

ANUARIO IBEROAMERICANO
DE DERECHO DEL ARTE
2018

CONSEJO EDITORIAL:

Encarnación ROCA TRÍAS (presidenta)

Catedrática de Derecho Civil. Vicepresidenta del Tribunal Constitucional.

Carmen ACEDO GRANDE (vocal)

Abogada del Estado. Ministerio de Cultura y Deporte.

Evelio ACEVEDO CARRERO (vocal)

Director Gerente del Museo Thyssen Bornemisza.

Pío CABANILLAS ALONSO (vocal)

Abogado. Presidente de PROTV, S.A.

Ramón CASAS VALLÉS (vocal)

Profesor Titular de Derecho Civil (Universidad de Barcelona).

Agustín GONZÁLEZ GARCÍA (vocal)

Socio de Uría Menéndez.

Anna O'CONNELL (vocal)

Profesora de Derecho del Arte (London School of Economics). Presidenta de la Asociación de Derecho del Arte.

Eduardo SERRA REXACH (vocal)

Presidente de la Fundación Everis.

DIRECTOR:

Rafael SÁNCHEZ ARISTI

Catedrático de Derecho Civil (Universidad Rey Juan Carlos). Consultor de Uría Menéndez.

FUNDACIÓN PROFESOR URÍA

ANUARIO IBEROAMERICANO DE DERECHO DEL ARTE 2018

Prólogo

José PÉREZ SANTOS



CIVITAS



THOMSON REUTERS

Primera edición, 2019



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.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

Por tanto, 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.

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

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© Fundación Profesor Uría / Thomson Reuters Legal Limited

© Portada: Fundación Profesor Uría

Editorial Aranzadi, S.A.U.

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISSN: 2530-7541

DL NA 708-2019

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

Objetivo, temática y destinatarios del Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte

El Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte (el «**Anuario**») es una publicación, como su nombre indica, de periodicidad anual, que pretende reunir en cada edición las aportaciones doctrinales más señeras en el panorama del Derecho del arte. Para lograrlo, se nutre en parte de los artículos –premiado y finalistas– procedentes del Premio Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte (el «**Premio Rodrigo Uría**»), organizado cada año por la Fundación Profesor Uría (la «**Fundación**»). El Anuario aspira también a alimentarse de originales enviados espontáneamente a su redacción, para lo que se ha dispuesto una dirección electrónica (anuario@fundacionprofesoruria.org), e incluye, en esta edición de 2018, varios trabajos encargados por la Fundación Profesor Uría a algunos destacados investigadores y expertos en el campo del Derecho del arte.

Junto con la sección doctrinal («Estudios») el Anuario incorpora otras cuatro secciones fijas: (i) «Legislación», la cual comprende información sobre novedades legislativas y proyectos normativos en marcha, de interés dentro de la disciplina; (ii) «Jurisprudencia», compuesta de reseñas de las principales novedades jurisprudenciales en el sector; (iii) «Bibliografía», donde se contienen las referencias de las publicaciones habidas en el periodo de referencia sobre las materias a las que se refiere el Anuario; y (iv) «Varia», sección de cierre en la que se ofrece un conjunto de otras contribuciones, desde artículos breves, notas o informes, a crónicas de eventos, noticias o convocatorias de interés para los lectores del Anuario.

Dada la vocación iberoamericana del Anuario, la procedencia geográfica, tanto de los estudios como de los materiales correspondientes al resto de secciones, se abre desde España y la Unión Europea hacia Portugal y los países de la órbita centro y sudamericana; sin descuidar las normas de carácter internacional, ni renunciar a proporcionar informaciones procedentes de países relevantes dentro del mercado del arte y de la protección del patrimonio cultural, como pueden ser Reino Unido, Estados Unidos, Francia o Italia, entre otros.

Para el Anuario, el Derecho del arte es una disciplina de amplio espectro que comprende, al menos, y sin carácter exhaustivo: (a) el estatuto de las obras de arte y su circulación en el mercado, tanto desde el punto de vista material (contratos de compraventa, permuta, subasta, depósito, préstamo, seguro, transporte, exposición y de financiación, además de aspectos sucesorios y de Derecho de familia), como inmaterial (cesión y gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual); (b) el régimen jurídico de los bienes que componen el patrimonio histórico-artístico en sus diversas modalidades, lo que incluye aspectos como su exportación, importación, expolio, tráfico ilícito y restitución; (c) el régimen de protección del patrimonio cultural inmaterial; (d) los aspectos jurídicos relevantes para la organización y funcionamiento de los museos y otras instituciones culturales relacionadas con el arte; (e) cuestiones relativas a la fiscalidad y el mecenazgo en materia de obras de arte; (f) problemas en torno a la autenticación de obras de arte y los delitos de falsificación, estafa y robo de obras de arte y bienes culturales protegidos.

Se trata, como decimos, de una enumeración ejemplificativa. Las manifestaciones del arte son variadas y cambiantes, la línea de demarcación conceptual entre «arte» y «cultura», o entre «arte» y «patrimonio histórico», es delgada, y la evolución del mercado y de la tecnología nos pone cada día ante nuevas realidades que se resisten a todo intento de clasificación.

Los destinatarios del Anuario serán pues, fundamentalmente, los juristas, teóricos y prácticos, involucrados en algunas de las materias a que nos hemos referido u otras que quepa asimilar a ellas, pero también los que cultivan otras disciplinas u oficios alrededor del arte, el patrimonio histórico y la cultura, a quienes no les sean indiferentes –y a buen seguro, a la mayoría no les serán– los aspectos jurídicos ligados a su área de actividad. Desde los creadores plásticos y los coleccionistas e inversores, hasta los museos y galerías, pasando por los marchantes y agentes, las casas de subastas, los curadores o comisarios, los restauradores y conservadores, los investigadores y estudiosos del arte –desde una perspectiva historiográfica, filosófica, sociológica, económica–, los críticos y, en último extremo, el público destinatario de las obras artísticas.

No existiendo en España –creemos– ninguna publicación que reúna las características del Anuario en cuanto a temática, estructura y periodicidad, nos proponemos humildemente colmar esa laguna. Confiamos, con la ayuda de quienes generosamente han aceptado participar en el Consejo Editorial, poder cumplir nuestra misión y lograr que el Anuario contribuya

a fomentar el estudio y el debate científico de los aspectos jurídicos del arte, así como a la divulgación de las novedades de toda índole que se vayan produciendo y que puedan interesar a los diversos sectores profesionales que giran alrededor del fenómeno del arte.

PROCESO DE SELECCIÓN Y EVALUACIÓN DE ORIGINALES

El Anuario se nutre de hasta tres tipos de trabajos de investigación originales:

- (i) los que proceden, como artículo premiado o artículos finalistas, de la correspondiente edición del Premio Rodrigo Uría, que convoca anualmente la Fundación;
- (ii) los que proceden de envíos espontáneos remitidos al Consejo Editorial del Anuario a través de los cauces habilitados al efecto; y
- (iii) los que provienen de encargos específicos realizados eventualmente por la Fundación a investigadores y expertos en el campo del Derecho del Arte.

Los criterios de selección y evaluación de los trabajos son los que se exponen a continuación en cada uno de los casos.

A) ARTÍCULOS PREMIADOS O FINALISTAS DEL PREMIO RODRIGO URÍA

De conformidad con las bases de las sucesivas convocatorias del Premio Rodrigo Uría, los artículos premiados, así como otros artículos elegidos para ello por la Fundación una vez oído el Jurado, serán publicados por la Fundación. En cumplimiento de esa previsión, como resultado de las ediciones del Premio Rodrigo Uría ya celebradas, los trabajos premiados y otros trabajos seleccionados por el Jurado han sido objeto de publicación en ediciones anteriores del Anuario.

El proceso de selección de estos artículos es el propio de los trabajos presentados al Premio Rodrigo Uría y aparece descrito en las bases de las convocatorias. Conforme a dichas bases, se exige que se trate de artículos originales y no divulgados, y se establece la presentación de los mismos a través de un sistema que garantiza el anonimato: remisión por vía electrónica del texto del artículo de manera tal que el autor no pueda ser identificado por la dirección de correo electrónico remitente ni de ningún

otro modo, y remisión postal de carta en la que se incluya plica con el título del trabajo en cuyo interior consten los datos personales del autor.

Por consiguiente, y como no podía ser de otro modo, el Jurado del Premio Rodrigo Uría¹, lleva a cabo la selección del trabajo premiado sobre la base de un perfecto anonimato. La valoración de los restantes trabajos efectuada por el Jurado sobre esa misma base, constituye el criterio que la Fundación tiene en cuenta para la inclusión de aquellos en el Anuario.

B) ARTÍCULOS ENVIADOS ESPONTÁNEAMENTE POR SUS AUTORES

Con independencia de la anterior vía de selección, que pasa por la presentación al Premio Rodrigo Uría, la aceptación de sus bases y la eventual selección por parte del Jurado, los interesados pueden hacer llegar sus trabajos de manera directa al Anuario, para su evaluación, eventual aceptación y posterior publicación, mediante el envío de los mismos en formato electrónico a la dirección anuario@fundacionprofesoruria.org. Los trabajos deberán versar sobre cualquier materia de Derecho del Arte en el sentido que ha sido descrito más arriba, y ateniéndose a las pautas de redacción y presentación que se señalan más abajo.

Los trabajos enviados por este conducto, deben ser originales y no haber sido divulgados, aceptados, enviados o comprometidos con ninguna otra revista, editorial, institución o medio de difusión de cualquier tipo. El incumplimiento por el autor de esta condición liberará a la Fundación de cualquier compromiso adquirido respecto de la publicación del trabajo.

Los autores de los originales podrán disponer libremente de ellos si la Fundación no los publicara en el plazo de un año contado bien desde su envío, bien desde la aceptación formal del trabajo, si ésta se hubiera producido. No obstante, podrá ser acordado un aplazamiento con el autor si, por acumulación de originales, no fuese posible publicar antes de un año un trabajo formalmente aceptado. La mera noticia de recepción del envío no equivaldrá a la aceptación formal del trabajo.

Los originales recibidos deberán superar una primera fase de selección preliminar por el Consejo Editorial del Anuario. En caso de aceptación

1. El Jurado del Premio Rodrigo Uría está compuesto por D. Daniel Proença de Carvalho, quien lo preside, D.^a Encarnación Roca Trías, D. Miguel Satrústegui Gil-Delgado, D. Juan Cadarso Palau y D. Juan E. Cambiaso, actuando como secretario –con voz pero sin voto– D. Agustín González García.

del trabajo por el Consejo Editorial, ésta será comunicada al autor por la Dirección del Anuario. La decisión de no aceptación preliminar de los trabajos no tendrá por qué ser motivada.

Una vez formalmente aceptados, los trabajos se someterán a un proceso de evaluación externa apoyado en informes emitidos por dos revisores ajenos al Consejo Editorial. Dichos expertos deberán emitir sus informes sobre la calidad del trabajo evaluado teniendo en cuenta, entre otros aspectos, si la materia tratada goza de suficiente interés teórico o práctico, si el método de análisis se ajusta a los estándares científicos, si el trabajo está correctamente estructurado desde el punto de vista expositivo, si los razonamientos vertidos y las conclusiones alcanzadas poseen suficiente rigor, si la bibliografía y materiales empleados resultan suficientes y si la redacción y presentación del trabajo se atiene a patrones de calidad formal homologables.

El proceso de evaluación externa se desarrollará bajo el sistema del simple ciego, a menos que el autor solicite, en respuesta a la comunicación formal de aceptación del trabajo para evaluación, su preferencia por el sistema de doble ciego. En este caso, el autor será responsable de llevar a cabo la anonimización de su trabajo. Si ésta no fuera completada por el autor dentro del plazo concedido al efecto, el artículo se revisará bajo el sistema de simple ciego.

Sobre la base de los informes externos recibidos, el Consejo Editorial comunicará a los interesados la decisión definitiva sobre la aceptación, necesidad de revisión o rechazo de los originales. En caso de necesidad de revisión o de rechazo, la decisión será motivada y se remitirán al autor los dictámenes emitidos por los evaluadores externos. Si el artículo exigiera una labor de revisión, la Dirección del Anuario concederá al autor un plazo prudencial para llevarla a cabo. Si el artículo no fuera revisado en plazo, o el autor no atendiera de manera satisfactoria las indicaciones formuladas por los evaluadores externos, el Consejo Editorial podrá rechazar motivadamente el artículo de manera definitiva.

Los artículos revisados en plazo y de forma satisfactoria serán objeto de definitiva aceptación y se publicarán en su integridad. La Fundación se reserva el derecho de publicar los artículos tanto en soporte papel como en formato electrónico. Los autores de los trabajos que sean publicados en el Anuario no podrán explotarlos en otra publicación, sea ésta editada en soporte papel o electrónico, ni aportarlos a un repositorio institucional, a menos que obtengan previo permiso para ello de la Fundación.

A fin de formalizar la cesión de derechos de explotación, los autores de los trabajos aceptados se comprometen a suscribir con la Fundación el oportuno contrato de edición, el cual se regirá por los términos previstos para la edición de los trabajos procedentes del Premio Rodrigo Uría conforme a las bases de la respectiva convocatoria.

Se entenderá que el hecho de efectuar el envío de algún original para su publicación en el Anuario implica la aceptación de todas las condiciones expuestas en este apartado.

C) ARTÍCULOS ENCARGADOS POR LA FUNDACIÓN PROFESOR URÍA

La Fundación podrá realizar encargos para la elaboración de artículos con vistas a su publicación en el Anuario. Los encargos versarán sobre aquellos temas que resulten de singular interés dentro de las diversas disciplinas del Derecho del Arte y que, a juicio de la Dirección y del Consejo Editorial, no estén suficientemente representados en las anteriores ediciones del Anuario.

Los encargos serán girados de forma personalizada a investigadores y expertos que destaquen por sus conocimientos y/o por su experiencia profesional en campos que estén relacionados con la materia objeto del estudio encargado.

Una vez aceptado el encargo, el autor deberá remitir a la Dirección del Anuario, en el plazo de un mes desde el momento de la aceptación, un proyecto de artículo en el que se refleje el índice o guion del trabajo y un breve resumen de su contenido de entre una y tres páginas. Sobre la base de ese proyecto, la Fundación decidirá si mantiene el encargo en sus mismos términos, si propone al autor la introducción de alguna modificación o si desiste del encargo realizado. En este último caso, la Fundación no asume ningún compromiso, económico o de otra índole, con el autor cuyo proyecto haya sido rechazado.

Una vez producida la aceptación del proyecto, en su caso con las modificaciones sugeridas por la Dirección y/o el Consejo Editorial, los trabajos encargados deberán ser enviados por vía electrónica a la Dirección del Anuario en el plazo máximo de seis meses contados desde que la aceptación del proyecto hubiera sido comunicada al autor. La falta de entrega tempestiva del artículo, o la no adecuación a lo proyectado o a las modificaciones sugeridas, serán causa legítima de no aceptación del trabajo por parte de la Fundación.

Supuesto que el trabajo sea objeto de entrega en el plazo señalado, se atenga a lo proyectado y recoja las modificaciones eventualmente sugeridas por la Dirección y/o el Consejo Editorial, el trabajo se someterá al proceso de evaluación externa descrito en el apartado anterior. A la terminación de dicho proceso, si el trabajo es definitivamente aceptado para publicación, se aplicará igualmente lo previsto en el apartado anterior sobre cesión de los derechos de explotación a favor de la Fundación y suscripción de un contrato de edición.

Se entenderá que el hecho de aceptar el encargo de la Fundación para elaborar un trabajo dirigido a su publicación en el Anuario implica, sin perjuicio de las condiciones particulares acordadas entre las partes, la aceptación de todas las condiciones expuestas en este apartado.

PAUTAS DE PRESENTACIÓN Y REDACCIÓN

Todos los trabajos publicados en el Anuario deberán atenerse a las pautas de presentación y redacción que se especifican a continuación. Ello afecta tanto a los originales enviados de manera espontánea como a los que sean fruto de un encargo, y a los procedentes del Premio Rodrigo Uría, los cuales deberán ser en su caso convenientemente adaptados tras el fallo del Jurado y la subsiguiente selección a cargo de la Fundación.

- 1.^a El texto de los trabajos que sean enviados espontáneamente podrá estar en cualquier formato de texto, no necesariamente editable. Sin embargo, en fase de composición editorial, sea cual sea el origen del trabajo, el autor deberá proporcionar el texto definitivo del trabajo en un archivo formato Word u otro procesador de textos plenamente compatible con él.
- 2.^a Los artículos deberán atenerse a estas pautas básicas de formato:
 - 1.º La letra será de tipo Times New Roman, tamaño 12 para el texto y 10 para las notas a pie.
 - 2.º Los márgenes superior e inferior serán de 2,5 cm, y los márgenes derecho e izquierdo de 3 cm.
 - 3.º El espaciado interlineal será sencillo, tanto para el texto como para las notas a pie.
 - 4.º El número de página deberá ir en la parte inferior derecha, con el mismo tipo de letra y tamaño que para el texto.

- 5.º El título del trabajo deberá ir en caja 14 con justificación izquierda. Debajo, con justificación derecha, se hará constar en caja 12 el nombre y apellidos del autor, y en una línea inferior su cargo o filiación académica y/o profesional.
- 3.^a Los artículos deberán incluir los siguientes elementos, que deberán aparecer al comienzo del trabajo, debajo del título y del nombre y filiación del autor, en este mismo orden:
 - 1.º Un resumen del artículo de un máximo de 30 líneas de extensión.
 - 2.º Un breve listado de palabras clave.
 - 3.º Un sumario o índice con los distintos apartados y subapartados en que se subdivide el trabajo.
 - 4.º Una traducción al inglés del título del trabajo («Title»), del resumen («Abstract»), de las palabras clave («Keywords») y del sumario («Table of Contents»).
- 4.^a En cuanto al formato de las citas y de los títulos de los diferentes epígrafes y subepígrafes en que se divida el trabajo, se emplearán las siguientes pautas de estilo:

EPIGRAFÍA

Los niveles de epigrafía deberán seguir la siguiente estructura. Hay un máximo de 5 niveles.

I NIVEL 1 UN NÚMERO ROMANO Y NEGRITA

1. NIVEL 2 UN NÚMERO ARÁBIGO

1.1 Nivel 3 *Dos números arábigos y cursiva*

A) Nivel 4 Letra mayúscula

a) Nivel 5 Letra minúscula

BIBLIOGRAFÍA

Los trabajos incluirán un listado final de bibliografía. Tanto en ese listado final como en las notas a pie de página, la bibliografía se citará de forma homogénea, conforme a los criterios y modelos que se ofrecen a continuación:

Monografías:

APELLIDO APELLIDO, Nombre: *Título de la obra*, Editorial, Lugar, Año.

Inicial del nombre. APELLIDO APELLIDO, *Título de la obra*, Editorial, Lugar, Año.

Ejemplos:

MARÍN LÓPEZ, Juan José: *El conflicto entre el derecho moral del autor plástico y el derecho de propiedad sobre la obra*, Aranzadi, Pamplona, 2006.

J. J. MARÍN LÓPEZ, *El conflicto entre el derecho moral del autor plástico y el derecho de propiedad sobre la obra*, Aranzadi, Pamplona, 2006.

Capítulos de libro:

APELLIDO APELLIDO, Nombre: "Título del capítulo", en *Título del libro colectivo* (coord. por Nombre Apellido Apellido), tomo o volumen, Editorial, Lugar, Año, páginas citadas.

Inicial del nombre. APELLIDO APELLIDO, "Título del capítulo", en *Título del libro colectivo* (coord. por Inicial del nombre. Apellido Apellido), tomo o volumen, Editorial, Lugar, Año, páginas citadas.

Ejemplos:

CASAS VALLÉS, Ramón: "La protección de los artistas plásticos en el Derecho español", en *I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Derchos de Autor y Derechos Conexos en los umbrales del año 2000*, vol. I, Ministerio de Cultura, Madrid, 1991, pp. 259-278.

R. CASAS VALLÉS, "El derecho de participación de los artistas plásticos (Droit de suite) en la LPI: bases teóricas", en *Derechos del artista plástico* (coord. A. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 67-122.

Artículos de revista:

APELLIDO APELLIDO, Nombre: "Título del artículo", *Nombre de la revista*, número, (mes y) año, páginas citadas.

Inicial del nombre. APELLIDO APELLIDO, "Título del artículo", *Nombre de la revista*, número, (mes y) año, páginas citadas.

Ejemplos:

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: "La Directiva sobre el derecho de participación: historia de una iniciativa frustrada", *pe. i. revista de propiedad intelectual*, n° 8 (mayo-agosto 2001), pp. 9-24.

R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "La Directiva sobre el derecho de participación: historia de una iniciativa frustrada", *pe. i. revista de propiedad intelectual*, n° 8 (mayo-agosto 2001), pp. 9-24.

ABREVIATURAS

Se emplearán las siguientes abreviaturas:

AA. VV.	autores varios
cap.	capítulo
cfr.	<i>confer</i> , consultar, confrontar, compárese
col.	colección
coord.	coordinador/a
dir.	director/a
ed.	edición o editorial
fasc.	fascículo
ibíd.	<i>ibídem</i> , allí mismo, en el mismo lugar
loc. cit.	<i>loco citato</i> , en el lugar citado
N. B.	<i>nota bene</i> , observa bien, nótese bien.
n°	número
op. cit.	<i>opere citato</i> , en la obra citada
p./pp.	página/páginas
s. d.	<i>sine data</i> , sin fecha
ss.	siguientes
t.	tomo
v./vid.	<i>vide</i> , véase
vol.	volumen
vs.	<i>versus</i> , contra

Índice general

	<u>Página</u>
OBJETIVO, TEMÁTICA Y DESTINATARIOS DEL ANUARIO IBEROAMERICANO DE DERECHO DEL ARTE.....	7
PRÓLOGO	27
por José PÉREZ SANTOS	

ESTUDIOS

INSURGENCIA Y CONTENIDOS OFENSIVOS: SOBRE LOS LÍMITES DEL ARTE	35
<i>Insurgency and offensive contents: on the limits of Art</i>	
por Fernando José ALCANTARILLA HIDALGO	
I. ARTE E IDENTIDAD CULTURAL: SU CARÁCTER PRO- TEICO Y MUTABLE.....	37
II. LA POLÉMICA SOBRE LA FORMA Y EL CONTENIDO DEL ARTE CONTEMPORÁNEO.....	46
1. De la indefinición jurídica del arte a la «bagatela» como objeto del mercado artístico	46
2. El «buen gusto» como límite: su problemático reco- nocimiento jurídico.....	56
III. EL ARTE COMO SUBVERSIÓN: LA UTILIZACIÓN IDEOLÓGICA DEL TALENTO	65
1. El fracaso de las revoluciones y la soledad actual de la vanguardia artística	65
2. Franquismo, Transición y Memoria histórica: el arte español contra el poder	72

	<u>Página</u>
IV. EL ARTE COMO TRANSGRESIÓN: DERECHOS Y LÍMITES EN TORNO LA CREACIÓN ARTÍSTICA.....	86
1. La ofensa de los sentimientos y creencias religiosas a través del arte	88
1.1. <i>El estado de la cuestión en el derecho comparado y en la jurisprudencia del TEDH: ¿derecho a no ser insultado o libertad de expresión?</i>	88
1.2. <i>El copernicano caso español: del nacionalcatolicismo a la inoperante virtualidad de los delitos contra los sentimientos religiosos</i>	100
2. La representación artística del racismo y del genocidio: límites jurídicos	118
3. La humillación de las víctimas de los delitos terroristas como límite a la libertad de expresión del artista	127
4. ¿Arte o pornografía?: la protección de la juventud y la infancia en juego.....	129
5. Arte en espacios públicos: la propiedad privada frente a murales y grafitis	138
6. La cuestión de la Tauromaquia: ¿arte o brutalidad contra los animales?	148
V. ANEXO BIBLIOGRÁFICO	154

ESTUDIO SOBRE ALGUNOS ASPECTOS JURÍDICOS EN LA VIDA Y OBRA DE MARIANO FORTUNY Y HENRIETTE NIGRIN

Mariano Fortuny and Henriette Nigrin: Some Legal Aspects in their Life and Work

por Silvia BAÑARES VILELLA

I. INTRODUCCIÓN	163
II. EL MATRIMONIO Y EL CONTRATO MATRIMONIAL ENTRE HENRIETTE NIGRIN Y JEAN EUSÈBE LEÓN BELLORGEOT	165
III. ACEPTACIÓN DE HERENCIA DE FRÉDÉRIC ALBERT NIGRIN	172
IV. EL DIVORCIO DE HENRIETTE NIGRIN	175

	<u>Página</u>
V. EL MATRIMONIO DE HENRIETTE NIGRIN Y MARIANO FORTUNY	178
VI. EL CONTRATO MATRIMONIAL ENTRE HENRIETTE NIGRIN Y MARIANO FORTUNY.....	182
1. Las aportaciones de Mariano Fortuny	185
2. Las aportaciones de Henriette Nigrin	187
VII. LE CERTIFICAT DE COUTUME DE MARIANO FORTUNY.....	188
VIII. ALGUNAS HIPÓTESIS EN TORNO A LOS CONTRATOS MATRIMONIALES EN LA VIDA DE HENRIETTE NIGRIN	191
IX. LAS PATENTES DE MARIANO FORTUNY	198
X. LAS PATENTES Y EL REGISTRO COMO <i>MODÈLE</i> DEL DELPHOS	201
XI. LITIGIOS EN TORNO AL DELPHOS	205
1. El litigio entre Mariano Fortuny y <i>Galleries Lafayette</i>	207
2. El litigio entre Mariano Fortuny y <i>Printemps</i>	214
3. El secreto comercial y otras medidas	215
XII. LA ACTIVIDAD COMO CÓNSUL Y EMPRESARIO DE MARIANO FORTUNY	218
XIII. LAS DONACIONES Y DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS DE HENRIETTE NIGRIN	223
1. Escritura de donación de 1952.....	227
2. Otras donaciones	229
3. Últimas disposiciones testamentarias	230
XIV. MARIANO Y HENRIETTE: DEFENSA DE SUS DERECHOS PERSONALES	231
1. El accidente de Mariano Fortuny	231
2. Henriette Nigrin y la Revista <i>Epoca</i>	233
XV. CONCLUSIONES	235
XVI. BIBLIOGRAFÍA.....	237
ANEXO 1: LISTADO DE PATENTES	242
ANEXO 2: PATENTE 408.629 (FUENTE INPI FRANCE).....	245
ANEXO 3: MODÈLE D'APPLICATION DE 10/10/1913 (FUENTE INPI FRANCE)	249

LAS OBRAS PLÁSTICAS CREADAS POR UN ARTISTA CASADO EN RÉGIMEN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES 251

The plastic works created by a married artist in a community of property system

por Nieves MORALEJO IMBERNÓN

I.	INTRODUCCIÓN	253
II.	UN NECESARIO PUNTO DE PARTIDA: EL CARÁCTER GANANCIAL O PRIVATIVO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL	258
1.	Los primeros trabajos sobre el tema	258
2.	La Ley francesa de propiedad intelectual de 11 de marzo de 1957 y su influencia en los planteamientos de LACRUZ BERDEJO	261
3.	Los derechos de propiedad intelectual son derechos inherentes a la persona del autor en el sentido del artículo 1346.5.º CC	265
4.	El «redescubrimiento» del principio de subrogación real del artículo 1346.3.º CC	270
5.	La postura actual de nuestra doctrina y jurisprudencia en relación con la naturaleza de los derechos de propiedad intelectual	272
III.	ESPECIALIDADES DE LA OBRA PLÁSTICA RESPECTO DEL RESTO DE CREACIONES INTELECTUALES	276
IV.	LOS ORÍGENES DE LA DISCUSIÓN ACERCA DE LA GANANCIALIDAD DE LA OBRA PLÁSTICA	277
1.	Los conocidos <i>affaires Bonnard, Picabia y Krémègne</i>	277
2.	Breve repaso al Derecho comparado	282
V.	¿CUÁL ES LA NATURALEZA DE LA OBRA PLÁSTICA CREADA POR AUTOR CASADO EN RÉGIMEN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES?	283
1.	Primera tesis: las obras plásticas son gananciales, independientemente de si están o no divulgadas.....	283
2.	Segunda tesis: las obras plásticas son privativas, incluso aunque hubieran sido divulgadas	284
3.	Tercera tesis: las obras plásticas son privativas, hasta el momento de su divulgación	286

	<u>Página</u>
4 Cuarta tesis: las obras plásticas son gananciales, pero el autor conserva su derecho a divulgarlas	289
VI. CONCLUSIONES.....	291
 SOBRE EL TRÁFICO ILÍCITO DE BIENES CULTURALES. ROBO Y DESTINO DEL TAPIZ DE RODA DE ISÁBENA.....	
<i>On the Illicit Traffic of Cultural Goods. Stealing and Destination of the Roda de Isábena Tapestry</i>	293
por Daniel MUÑOZ DE JULIÁN	
I. SOBRE EL PROPÓSITO DEL ARTÍCULO	296
II. LOS BIENES CULTURALES Y SU VULNERABILIDAD. LA ESPECIALIDAD DE LOS BIENES ECLESIASTICOS..	296
III. EL PATRIMONIO ESPAÑOL REGALADO. SÍRVASE US- TED MISMO	298
IV. REFLEXIONES SOBRE LOS HECHOS DELICTIVOS ASOCIADOS A ESTE TIPO DE BIENES.....	299
V. LA «OPERACIÓN TELAR». ROBO, ZARANDEO POSE- SORIO Y RECUPERACIÓN DEL TAPIZ DE RODA DE ISÁBENA	302
VI. REFLEXIONES AL HILO DEL CASO	308
1. Las formas de reacción ante casos como el de Roda.	308
1.1. El alcance del artículo 29 de la ley 16/1985	310
1.2. La regulación penal de la protección del patrimonio. Problemas de convivencia procesal entre dos procedi- mientos	312
2. Reflexiones sobre el mercado del arte. Los protago- nistas en el caso.....	316
3. La buena fe del vendedor y la diligencia debida del comprador: dos fuerzas en tensión dependientes de varias variables	318
4. La reclamación de De Witt.....	319
VII. CONCLUSIONES Y DESIDERÁTUMS.....	322
VIII. CODA FINAL.....	324
IX. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.....	325
X. ÍNDICE DE SENTENCIAS.....	327

	<u>Página</u>
EL SEGURO DE OBRAS DE ARTE	329
<i>The insurance of Works of Art</i>	
por Abel B. VEIGA COPO	
I. INTRODUCCIÓN	330
II. LA OBRA DE ARTE.....	340
III. EL RIESGO.....	344
1. Cláusulas de cobertura	348
2. Cláusulas específicas de obras de arte.....	349
3. Riesgos excluidos	350
IV. MODALIDADES DE SEGURO DE OBRAS DE ARTE	351
V. LA CUESTIÓN DE LA AUTENTICIDAD DE LA OBRA DE ARTE	358
VI. LA POSIBLE CONCURRENCIA TEMPORAL DE SEGUROS	360
VII. OBLIGACIONES DEL ASEGURADO.....	362
VIII. LA VALORACIÓN DE LAS OBRAS DE ARTE. VALOR DECLARADO. EL PACTO DE ESTIMA	363
IX. EL CÁLCULO DE LA PRIMA	380
X. LA SINIESTRALIDAD.....	382
 LA FISCALIDAD INDIRECTA EN EL MERCADO DEL ARTE	 389
<i>Indirect Taxation in the Art Market</i>	
por Gloria MARÍN BENÍTEZ	
I. INTRODUCCIÓN	390
II. EL CONCEPTO FISCAL DE OBRA DE ARTE	391
III. LA FISCALIDAD INDIRECTA Y EL MERCADO DEL ARTE	394
1. Conceptos básicos	394
2. Mercado nacional	395
2.1. Transmitedor empresario o profesional: IVA	395
A) Base imponible. Régimen especial	396
B) Tipo impositivo	397
2.2. Transmitedor particular: TPO	398
A) Cuantificación del impuesto: base imponible y tipo.....	398

ÍNDICE GENERAL

	<u>Página</u>
B) Las ventas de particulares a empresarios o profesionales.....	399
3. Mercado intracomunitario	400
3.1. <i>Adquisición intracomunitaria</i>	400
A) Transmitedente empresario o profesional	401
B) Transmitedente particular. TPO	401
3.2. <i>Entrega intracomunitaria</i>	402
A) Transmitedente particular. TPO	402
B) Transmitedente empresario o profesional. IVA.....	403
4. Mercado internacional.....	403
4.1. <i>Importaciones</i>	404
A) Cuantificación del impuesto	404
B) Exenciones	405
4.2. <i>Exportaciones</i>	407
IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.....	409

LEGISLACIÓN

UNIÓN EUROPEA	413
por María Luisa MACÍAS ROMERO y Rafael SÁNCHEZ ARISTI	
I. IMPORTACIÓN DE BIENES CULTURALES. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la importación de bienes culturales	413
II. RESTITUCIÓN DE OBRAS DE ARTE Y BIENES CULTURALES SAQUEADOS EN CONFLICTOS ARMADOS Y GUERRAS. Resolución del Parlamento Europeo sobre solicitudes transfronterizas de restitución de obras de arte y bienes culturales saqueados en conflictos armados y guerras ...	432
ESPAÑA	445
por María Luisa MACÍAS ROMERO y Rafael SÁNCHEZ ARISTI	
I. MODIFICACIÓN DE LA LEY 16/1985, DE 25 DE JUNIO, DEL PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL, EN LO RE-	

	<u>Página</u>
LATIVO AL RÉGIMEN DE PRÓRROGA PARA EXPOR- TAR BIENES MUEBLES IMPORTADOS LEGALMENTE ..	445
II. AMPLIACIÓN DEL PLAZO PARA LA REFUNDICIÓN DE LA LEY 16/1985, DE 25 DE JUNIO, DEL PATRIMO- NIO HISTÓRICO ESPAÑOL Y LA LEY 10/2015, DE 26 DE MAYO, PARA LA SALVAGUARDIA DEL PATRIMO- NIO CULTURAL INMATERIAL.....	447
CHILE	449
por Bárbara VIDAURRE y Rafael SÁNCHEZ ARISTI	
I. PROYECTO DE LEY POR LA QUE SE REGULA EL ARTE GRÁFICO URBANO, ESTABLECE CONDICIONES PARA SU DESARROLLO Y SANCIONA RAYADOS NO AUTORIZADOS	449
II. PROYECTO DE LEY SOBRE PROTECCIÓN DEL PATRI- MONIO CULTURAL TANGIBLE O MATERIAL DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS.....	459
III. PROYECTO DE LEY SOBRE RECONOCIMIENTO Y PRO- TECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL INDÍGENA Y PREVENCIÓN Y SANCIÓN DE LA BIOPIRATERÍA	474
IV. PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL NOMBRE DE LA COMISIÓN DE LA CULTURA, ARTES Y COMUNI- CACIONES POR EL QUE INDICA	508
PERÚ / PORTUGAL	511
por Bárbara VIDAURRE y Rafael SÁNCHEZ ARISTI	
I. ACUERDO ENTRE LA REPÚBLICA DEL PERÚ Y LA REPÚ- BLICA PORTUGUESA PARA LA PROTECCIÓN, CONSER- VACIÓN, RECUPERACIÓN Y DEVOLUCIÓN DE BIENES CULTURALES, PALEONTOLÓGICOS, ARQUEOLÓGICOS, ARTÍSTICOS E HISTÓRICOS, HURTADOS, ROBADOS E ILÍCITAMENTE EXPORTADOS O TRANSFERIDOS	511
PORTUGAL	519
por Cláudia LOPES GONÇALVES y Rafael SÁNCHEZ ARISTI	

ÍNDICE GENERAL

	<u>Página</u>
I. RESOLUÇÃO DA ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA N.º 256/2018. RECOMENDA AO GOVERNO A REVISÃO DO MODELO DE APOIO ÀS ARTES.....	519
II. ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO, 1 SECÇÃO, DO DÉCIMO SÉTIMO DE MAIO DE 2018..	521

JURISPRUDENCIA

RESEÑAS JUDICIALES	533
a cargo de Nerea SANJUAN RODRÍGUEZ, Teresa GARCÍA-BARRERO GIURGIU, Rafael FERNÁNDEZ JORDANO y Pilar BRAVO DE LALLANA	
PRINCIPALES HITOS JUDICIALES EN EL CONFLICTO SOBRE EL TESORO ARTÍSTICO DEL REAL MONASTERIO DE SANTA MARÍA DE SIJENA	549
a cargo de María Luisa MACÍAS ROMERO y Rafael SÁNCHEZ ARISTI	

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA	719
a cargo de María Luisa MACÍAS ROMERO y Rafael SÁNCHEZ ARISTI.	

VARIA

EL PAPEL DE LOS PODERES PÚBLICOS Y LA CONSTITUCIÓN CULTURAL	737
por Daniel SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO	
SUSTANCIALES REFORMAS AL RÉGIMEN DE CIRCULACIÓN DE OBRAS DE ARTE. MEDIANTE UN «DECRETO ÓMNIBUS» QUE CUBRE MUCHOS OTROS TEMAS, EL PODER EJECUTIVO DE LA ARGENTINA FLEXIBILIZÓ LAS NORMAS SOBRE ENTRADA Y SALIDA DE OBRAS DE ARTE	745
por Juan Javier NEGRI	

	<u>Página</u>
EL MITO DEL ARTISTA FAMÉLICO. SE VUELVE A PONER EN DISCUSIÓN EL DERECHO DE LOS ARTISTAS A RECIBIR PARTE DEL PRECIO DE REVENTA DE SUS OBRAS DE ARTE («DROIT DE SUITE»)	749
por Juan Javier NEGRI	
EL TESORO DE DEMBÉLÉ. EL FUTBOLISTA MOUSA DEMBÉLÉ (DEL SELECCIONADO BELGA) ENCONTRÓ UN TESORO EN SU CASA. ¿QUÉ DICEN LAS LEYES?.....	755
por Juan Javier NEGRI	
LA JARRA DE CRISTAL. UNA RECIENTE SENTENCIA INGLESA TIENE ALGO PARA ENSEÑARNOS EN MATERIA DE TRANSACCIONES SOBRE OBRAS DE ARTE.....	759
por Juan Javier NEGRI	
ARTE Y BUROCRACIA. LA IGNORANCIA SOBRE PRINCIPIOS BÁSICOS DEL ARTE LLEVÓ A COMETER UN ERROR VARIAS VECES MILLONARIO.....	765
por Juan Javier NEGRI	
ARTE Y BLOCKCHAIN: OPORTUNIDADES Y NUEVOS RETOS..	771
por Teresa GARCÍA-BARRERO GIURGIU	
CONVOCATORIA DEL PREMIO RODRIGO URÍA MERUÉN-DANO DE DERECHO DEL ARTE	775
CONVOCATÓRIA DO PRÉMIO RODRIGO URÍA MERUÉN-DANO DE DIREITO DA ARTE.....	783

Thomson Reuters ProView. Guía de uso

Prólogo

«La inspiración existe, pero tiene que encontrarte trabajando»

(Picasso)

Aunque es inmerecida, acepto, gustoso y muy honrado, la invitación de la Fundación Profesor Uría a prologar este *Anuario Iberoamericano 2018 de Derecho del Arte*.

En principio, el prólogo de una obra debe servir para guiar al lector en los contenidos de la obra prologada. Sin renunciar a ese objetivo, este prólogo busca sobre todo compartir con el lector algunas breves reflexiones –inevitablemente subjetivas– sobre el alcance y significado de los *Anuarios de Derecho del Arte* que la Fundación Profesor Uría viene poniendo a disposición de los estudiosos del mundo del arte año tras año.

La primera reflexión que quiero compartir con el lector es, precisamente, la relativa al carácter periódico de estas publicaciones, carácter periódico que merece, sin duda, el reconocimiento agradecido de los estudiosos del mundo del arte por cuanto refleja el compromiso continuado de la Fundación Profesor Uría de apoyar la creación jurídica innovadora en relación con estas materias.

Otra nota característica de los *Anuarios* –y que da pie a mi segunda reflexión al respecto– consiste en la vinculación de sus contenidos con los Premios Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte, Premios estos que constituyen, sin duda, otra de las contribuciones de la Fundación Profesor Uría al enriquecimiento progresivo de la creación jurídica innovadora en torno al mundo del arte.

En efecto, en su origen los *Anuarios* nacieron para difundir tanto el artículo premiado como otros artículos (presentados a las sucesivas ediciones de los Premios) en tanto que merecedores, por su elevada calidad, de difusión pública.

Merece destacarse, sin embargo, que, pese a ese señalado origen, inicialmente centrado en los artículos presentados a los Premios, los *Anuarios* se encaminan ahora por una senda académica más amplia al dar cabida a otras variadas aportaciones y creaciones jurídicas. Buena prueba de ello lo constituye este *Anuario 2018*, en el que, como veremos, tan solo los dos primeros artículos tienen vinculación con los Premios. Dicho de otro modo, los *Anuarios* parecen aspirar, acertadamente, a ganar autonomía y entidad propia en el ámbito de la creación científico-jurídica.

En efecto, en este *Anuario 2018* aparecen otras novedades (respecto de los anteriores *Anuarios*) que conviene destacar y que, a mi juicio, son igualmente dignas de elogio:

- Al frente de este *Anuario 2018* aparece, por primera vez, la figura de un director, cargo para el que ha sido designado un prestigioso académico, Rafael SÁNCHEZ ARISTI, que en su día fue distinguido con el primer Premio Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte.
- Otra de las novedades de este *Anuario 2018* es que viene arropado por un Consejo Editorial compuesto por juristas de extraordinaria valía y renombre.
- En tercer lugar, este *Anuario 2018* da cumplimiento a los criterios de calidad editorial de Latindex para publicaciones periódicas, y a los que fija la Comisión Nacional de Evaluación de la Actividad Investigadora para que las aportaciones en él incluidas puedan ser consideradas de impacto.
- Asimismo, en este *Anuario 2018*, además de los artículos doctrinales, aparecen otras secciones nuevas, como las de legislación y jurisprudencia.

Decíamos que en este *Anuario 2018* coexisten artículos presentados a la última edición de los Premios y artículos sin tal vinculación.

El primero de los artículos de la obra es, precisamente, el premiado en la cuarta edición de los Premios y su autor es Fernando José ALCANTARILLA HIDALGO. El autor estudia, desde la perspectiva

jurídica constitucional, uno de los temas más básicos del Derecho del arte, a saber: si la creación artística es plenamente libre o si, por el contrario, está sujeta a determinados límites derivados de la propia convivencia en sociedad y de la consiguiente necesidad de respetar, en su caso, derechos ajenos.

El segundo de los artículos del *Anuario 2018*, cuya autora es Silvia BAÑARES VILELLA, es el finalista en la cuarta edición de los Premios, y en él se analizan, desde la perspectiva jurídica –y, a la vez, con gran sensibilidad y simpatía hacia los personajes en cuestión– tanto la apasionante vida como la plurifacética obra de Mariano Fortuny y de su mujer Henriette Nigrin.

La idea espontánea de que el artista creador de una obra de arte es el titular originario de todos los derechos morales y patrimoniales inherentes a la obra creada se ve cuestionada en el caso de que el/la artista en cuestión esté casado/a en régimen de sociedad de gananciales. En este caso, la respuesta a la pregunta de si las obras creadas son bienes privativos o gananciales exige multitud de matizaciones. Tal es el atractivo objeto de estudio del tercero de los artículos de este *Anuario 2018*, cuya autora es Nieves MORALEJO IMBERNÓN.

Las obras de arte se caracterizan por una doble dimensión: cultural y patrimonial; en efecto, son bienes culturales a la vez que bienes de contenido patrimonial. En esta última condición, los bienes culturales pueden llegar a alcanzar valoraciones económicas muy elevadas, lo que no pocas veces provoca la aparición de un tráfico ilícito de tales bienes. A partir de un caso, antiguo pero emblemático, de este tráfico ilícito –el robo del tapiz de la catedral de Roda de Isábena–, otro de los artículos de este *Anuario 2018*, cuyo autor es Daniel MUÑOZ DE JULIÁN, sugiere interesantes propuestas *de lege ferenda* en aras de una más eficaz prevención del tráfico ilícito de bienes culturales.

Dada su importancia tanto cultural como patrimonial, el adecuado aseguramiento de las obras de arte reviste carácter esencial, y ello se logra mediante la figura del contrato de seguro. Si bien el seguro de otros bienes está razonablemente estudiado, el de obras de arte, en cambio, está poco analizado. De ahí, la utilidad de contar en este *Anuario 2018* con un artículo monográfico sobre el tema, cuyo autor es Abel VEIGA COPO.

Finalmente, en otro de los artículos de este *Anuario 2018*, cuya autora es Gloria MARÍN BENÍTEZ, se contienen una serie de reflexiones

clarividentes sobre la repercusión que la fiscalidad indirecta puede tener en el tráfico de obras de arte y sobre la necesidad de avanzar en la armonización de tal fiscalidad, en particular en materia de IVA.

Antes de efectuar este breve repaso a los artículos doctrinales contenidos en el *Anuario 2018*, evocábamos la incipiente autonomía de los *Anuarios* respecto de los Premios. Sin perjuicio de tal autonomía, tratándose (Premios y Anuarios) de dos aportaciones (o, si se quiere, dos «productos») de la Fundación Profesor Uría, parece probable –y en todo caso es deseable– que la vinculación entre ambas subsista a lo largo del tiempo, por cuanto la elevada calidad de los artículos presentados a los Premios justifica, sin duda, su difusión en una publicación periódica de elevado y creciente prestigio como son los *Anuarios*.

Hemos señalado que tanto los *Anuarios* como los Premios son aportaciones periódicas que la Fundación Profesor Uría hace a los estudiosos del mundo del arte. Y, llegados aquí, cabe no solo agradecer una vez más tales aportaciones, sino también reflexionar, muy brevemente, sobre su presumible significado y razón de ser.

A mi juicio, estas aportaciones son la consecuencia lógica del compromiso activo de la Fundación en promover el desarrollo de un marco jurídico adecuado para el mundo del arte. Y no hay duda de que ese marco jurídico será tanto más adecuado cuanto mejor sepa ponderar equitativamente la doble condición de las obras de arte como bienes culturales y, a la vez, como bienes de contenido patrimonial, susceptibles por tanto de tráfico jurídico.

Pues bien, dada la singularidad y relevancia del patrimonio artístico, me parece esencial que la creación jurídica en torno al mundo del arte esté a la altura del propio patrimonio artístico (cosa que no siempre sucede). En otras palabras, el marco jurídico en torno al mundo del arte debe alcanzar el mismo nivel de excelencia que esperamos de la propia creación artística. Y, seguramente, en este anhelo de excelencia creativa reside la razón de ser de ambos «productos» jurídicos de la Fundación Profesor Uría. Creo que no sería exagerado decir que bajo los dos citados «productos» de la Fundación Profesor Uría subyace, presumiblemente, una aspiración en pos de favorecer la excelencia jurídica y la excelencia artística.

Al evocar esa aspiración de la Fundación Profesor Uría a la excelencia jurídica y a la excelencia artística, emerge ante mí –con fuerza y nitidez– la figura de quien hizo de aquella aspiración seña de identidad de

PRÓLOGO

toda su trayectoria personal y profesional. Como gran jurista que fue, predicó y practicó la excelencia jurídica. A su vez, desde sus elevadas responsabilidades en el mundo del arte, fomentó y alentó la excelencia artística. Me refiero a Rodrigo Uría Meruéndano, quien da nombre a los Premios y dejó tras de sí un legado personal y profesional que inspira, sin duda, los citados «productos» jurídicos de la Fundación Profesor Uría, y quien, en buena hora de noviembre de 2005, decidió la creación de la Fundación.

José PÉREZ SANTOS

Noviembre 2018

ESTUDIOS

Insurgencia y contenidos ofensivos: sobre los límites del arte

Insurgency and offensive contents: on the limits of Art

por Fernando José ALCANTARILLA HIDALGO

Letrado del Tribunal Constitucional
Magistrado. Doctor en Derecho

A la memoria de mi bisabuelo, Eliseo Guardiola Valero

SUMARIO: I. ARTE E IDENTIDAD CULTURAL: SU CARÁCTER PROTEICO Y MUTABLE. II. LA POLÉMICA SOBRE LA FORMA Y EL CONTENIDO DEL ARTE CONTEMPORÁNEO. 1. De la indefinición jurídica del arte a la «bagatela» como objeto del mercado artístico. 2. El «buen gusto» como límite: su problemático reconocimiento jurídico. III. EL ARTE COMO SUBVERSIÓN: LA UTILIZACIÓN IDEOLÓGICA DEL TALENTO. 1. El fracaso de las revoluciones y la soledad actual de la vanguardia artística. 2. Franquismo, Transición y Memoria histórica: el arte español contra el poder. IV. EL ARTE COMO TRANSGRESIÓN: DERECHOS Y LÍMITES EN TORNO LA CREACIÓN ARTÍSTICA. 1. La ofensa de los sentimientos y creencias religiosas a través del arte. 1.1. *El estado de la cuestión en el Derecho comparado y en la jurisprudencia del TEDH: ¿derecho a no ser insultado o libertad de expresión?* 1.2. *El copernicano caso español: del nacionalcatolicismo a la inoperante virtualidad de los delitos contra los sentimientos religiosos.* 2. La representación artística del racismo y del genocidio: límites jurídicos. 3. La humillación de las víctimas de los delitos terroristas como límite a la libertad de expresión del artista. 4. ¿Arte o pornografía?: la protección de la juventud y la infancia en juego. 5. Arte en espacios públicos: la propiedad privada frente a murales y grafitis. 6. La cuestión de la tauromaquia: ¿arte o brutalidad contra los animales? ANEXO BIBLIOGRÁFICO.

Resumen

En este trabajo, el autor aborda la polémica cuestión de la definición jurídica de la obra de arte como una mera excusa para acotar su proteica virtualidad en la sociedad. Partiendo de conceptos tan evanescentes como «*bagatela*» o «*buen gusto*», se intenta perfilar una

doble naturaleza teleológica, y a la vez jurídica, en las obras de arte. Por un lado, se analiza el arte como manifestación subversiva contra el poder establecido en nuestra historia reciente. Por otro, se estudia la utilización del arte como instrumento transgresivo del orden social y jurídico de valores. En este último sentido, se analizan casos muy polémicos para intentar definir los derechos y límites existentes –o deseables– en torno a la creación artística. En concreto, se perfila el ámbito de la creación artística en torno a los sentimientos y creencias religiosas, la libertad de expresión, la representación del racismo y del genocidio, el debido respeto a las víctimas de los delitos terroristas, la protección de la juventud y la infancia frente a la pornografía, el uso de los espacios públicos y la irresoluta cuestión de la tauromaquia.

Palabras clave

Arte Contemporáneo, Concepto, Franquismo, Transición, Memoria Histórica, Libertad de Expresión, Delitos contra los sentimientos religiosos, Racismo, Delitos de terrorismo, Pornografía, Protección de la juventud y la infancia, Propiedad privada, Tauromaquia.

Abstract

In this work, the author addresses the controversial question of the legal definition of the concept of piece of art as a mere excuse to limit its role and impact in society. On the basis of evanescent concepts such as «trifle» or «elegant taste», the text tries to outline a teleological and legal double nature of a work of art. On the one hand, art is studied as a subversive representation against the vested powers in our recent history. On the other, the text analyses the use of art as a transgressive instrument of fundamental values of social order. In the latter sense, some very controversial cases are discussed in order to shape the existing –or desirable– rights and limits to artistic creation. In particular, the scope of artistic creation is confronted with the protection of religious sentiments and beliefs; freedom of expression; the representation of racism and genocide; the due respect for victims of terrorist crimes; the protection of youth and children from pornography; the use of public spaces and, finally, the unresolved question of bullfighting as an artistic performance.

Keywords

Concept of contemporary art, Franco regime, democratic transition, historical memory, freedom of expression, offences against religious sentiments and beliefs, racism, crimes of terrorism, pornography, protection of youth and children, private property, bullfighting.

I. ARTE E IDENTIDAD CULTURAL: SU CARÁCTER PROTEICO Y MUTABLE

En *El nacimiento de la tragedia en el espíritu de la música* (1871) Nietzsche sostuvo que el arte es la más alta tarea del hombre, pues la existencia y el mundo mismo solo son concebibles desde una perspectiva estética. Ahora bien, ¿qué hay del componente moral del arte?, ¿es el arte una mera manifestación estética o, por el contrario, encierra, o debiera encerrar también un contenido ético? De esta inicial duda ontológica se desgranar otras no menos importantes, ¿es el arte algo ideológicamente neutro o, por el contrario, está preñado de intencionalidad?, de ser así, ¿constituye sólo una manifestación del ánimo individual del autor o debe entenderse como una expresión de la esencia colectiva de la sociedad? En las próximas páginas intentaremos responder a estas preguntas analizando para ello la repercusión que en la creación artística tienen los límites jurídicos que articulan nuestra convivencia. Y ello desde la premisa, ya se anticipa, de que, pese a que los límites que impone el derecho constituyen una expresión de nuestra cultura, de nuestros valores y de nuestra manera de vivir, el arte presenta con cada vez más frecuencia unos contenidos llevados hasta esos límites, cuando no jurídicamente transgresores y claramente ofensivos.

La presunta desconexión entre arte y moral (del latín *moris*, «costumbre») que postuló Théophile GAUTIER al difundir, en la segunda mitad del siglo XIX, la expresión parnasiana de «el arte por el arte» (*l'art pour l'art*), con la que se venía a afirmar que arte y belleza tienen una autonomía propia, nos conduce a una postura que pretende aislar al artista –y al espectador– de la sociedad, colocándolos en una solitaria búsqueda individual de lo bello, alejados de cualquier componente ideológico y moral. Según ello, el fin último del artista –y del espectador, se insiste– debería ser vivir siguiendo sólo «su» ideal de belleza¹. Sin embargo, lo cierto es que toda obra de arte se refiere a un entorno cultural que opera como un universo simbólico de referencia, es reflejo de una determinada visión del mundo presente en toda estructura social. La mutua interacción entre arte y moral es una idea que se formula así desde los más renombrados autores de la Antigüedad clásica y que, en el siglo XVIII, vino a justificar la función política de los artistas ilustrados y su capacidad de dirección de las costumbres. Según

1. Los poetas Théophile GAUTIER y Leconte DE LISLE encarnaron el «Parnasianismo», una corriente literaria que surgió en la segunda mitad del siglo XIX en Francia para favorecer la perfección formal frente a los descuidos y al sentimentalismo excesivo del Romanticismo. Cultivaron «el arte por el arte» para rechazar la sociedad de su tiempo y refugiarse en lo antiguo, lo refinado, lo exótico y lo aristocrático.

ello, el arte, más allá de su vertiente estética, sirve para educar a la sociedad, para concretar y representar la esencia moral e ideológica de las naciones. Instruir en la virtud exige denunciar el vicio a través de la representación artística². Ahora bien, ¿cómo han asumido los poderes públicos y el derecho esta funcionalidad del arte?, ¿cómo se instrumentaliza y se controla su potencialidad ideológica y cultural?

Para responder a estas cuestiones debemos comenzar por preguntarnos, en primer lugar, qué es la identidad cultural. En una primera aproximación, esta idea nos remite a un conjunto de valores, tradiciones, creencias, modos de comportamiento y símbolos que actúan como elementos aglutinadores dentro de un grupo social, fundamentando el sentimiento de cohesión y pertenencia al mismo de sus miembros. El sociólogo Gustave LE BON (1841), al estudiar el papel de las ideas en la evolución de los pueblos, sostuvo que cada civilización deriva de un pequeño número de ideas fundamentales de muy rara renovación. Estas ideas penetran y se establecen en el alma de las multitudes con mucha dificultad, tras lo cual adquieren un «poder asombroso» que determina que las grandes perturbaciones históricas tengan su causa, precisamente, en el cambio de esas ideas fundamentales³. Diversas disciplinas han analizado el fenómeno del arte desde este mismo planteamiento.

La Historia del arte es una disciplina relativamente joven cuyas primeras formulaciones académicas son debidas al ensayista alemán Erwin PANOFSKY (1892-1968). En su artículo *La Historia del Arte como disciplina humanística*, afirmó que el espectador, al igual que el historiador, nunca es «ingenuo», sino que se enfrenta a la obra con unos presupuestos culturales – con unas ideas – para poder alcanzar su significado. Sostuvo la existencia de un «significado intrínseco» en toda obra de arte, que reflejaba algo más, una esencia cultural común. Por ello concibió las obras de arte, no como objetos misteriosos sobre los que especular, sino como fragmentos de historia que funcionaban y eran comprensibles en un contexto social concreto⁴.

En este mismo sentido, la Psicología del arte, cuyo desarrollo se debe a las contribuciones de, entre otros, Sigmund FREUD y la Escuela Gestalt,

2. HONTANILLA, A., *El gusto de la razón. Debates de arte y moral en el siglo XVIII español*, Ed. Iberoamericana, Madrid, Ed. Vervuert, Frankfurt, 2010, pág. 185.
3. LE BON, G., *Psicología de las multitudes*, Ed. Comares, Granada, 2012, págs. 29-30.
4. Citado por CABELLO PADIAL, G., y VALLE CORPAS, I., en *Descripción histórica y estética filosófica. La historia social del arte entre la reivindicación de los hechos y el anacronismo del sufrimiento*, en *Revista de Filosofía Moral y Política*, n.º 52, enero-junio 2015, págs. 312-313.

estudia la creación y comprensión de la obra artística utilizando conceptos y principios de la psicología científica, muy particularmente aquellos que hacen referencia a procesos básicos como la percepción, la emoción y la memoria, y a las funciones superiores del pensamiento y el lenguaje. Una de las principales cuestiones que se plantea esta disciplina es de qué manera el gusto individual está determinado por parámetros étnicos, sociales, económicos o temporales que hacen que, cuanto más se compartan estos aspectos, los gustos artísticos coincidan. Según esta idea, las artes generan un espacio educativo no convencional en el que entran en juego los perfiles emocionales, psicológicos y circunstanciales del grupo, es decir, las ideas colectivas que definen lo que llamamos «identidad cultural».

Siguiendo este mismo postulado, la Sociología del arte estudia el arte como producto de la sociedad, de las circunstancias materiales que lo originan. Esta disciplina debe sus primeros planteamientos al interés de diversos historiadores, desde mediados del siglo XIX, por el análisis del entorno social del arte, considerando al artista como parte indisoluble de la sociedad y a la obra artística como un fiel reflejo de los condicionamientos sociales que la envuelven. El punto de partida de esta disciplina se encuentra en autores como Hippolyte TAINÉ (*Filosofía del arte*, 1869) o Jean Marie Guyau (*El arte desde el punto de vista sociológico*, 1888), quienes afirmaron que el arte es un reflejo de la sociedad que actúa condicionado por parámetros objetivos como la raza, el contexto social y la época. Socialistas utópicos como SAINT-SIMON, FOURIER y PROUDHON defendieron así la función social del arte para contribuir al desarrollo de la sociedad desde la belleza y la utilidad. El marxismo vino posteriormente a considerar el arte como un factor más de la dinámica social y un componente ideológico con el que justificar el orden social. PLEJÁNOV (*Arte y vida social*, 1912) rechazó así el «arte por el arte» y la individualidad del artista ajeno a la sociedad. Al contrario, arte y artista debían ser catalizadores de las fuerzas sociales y fomentar el proceso revolucionario marxista⁵.

El arte, en definitiva, según todas estas disciplinas, tiene la capacidad de expresar y dirigir los valores del pueblo pues, tal y como afirmó LE BON, las imágenes tienen una gran capacidad de evocación e influencia sobre las muchedumbres, las aterrorizan o seducen, convirtiéndose en móvil de

5. Inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial, obras influidas por el pensamiento marxista como *Arte y revolución industrial*, de Francis KLINGENDER (1947), *La pintura florentina y su ambiente social*, de Friedrich ANTAL (1948) o *Historia social de la literatura y el arte*, de Arnold HAUSER (1951), incidieron en esta misma idea.

sus acciones. Es decir, lo que impresiona la imaginación popular no son los hechos en sí mismos, sino la manera en que son presentados y distribuidos, de forma que «el que conozca el arte de impresionar la imaginación de las muchedumbres, conoce también el arte de gobernarlas»⁶.

En este sentido, Carlos REYERO, Catedrático de Historia del Arte, recuerda como entre los siglos XVIII y XIX muchos artistas adoptaron una posición ideológica haciendo que sus imágenes difundieran un influyente mensaje para transformar activamente la sociedad. Cita, como ejemplo paradigmático, el caso de Goya, un artista ilustrado cuyo pensamiento político se enmarcó en la necesidad de un reformismo económico y social que sacase a España del atraso y la incultura. Aunque durante el reinado de José I no llegó a comportarse como un colaboracionista «afrancesado» ni como un liberal militante, sino, más bien, como un liberal moderado integrado en el sistema, ello no impidió que nos ofreciese un testimonio muy revelador de su ideología progresista a la hora de representar nuevos valores políticos como, por ejemplo, la evocación figurativa de la España Constitucional contenida en su cuadro *Alegoría de la adopción de la Constitución de 1812* (1812-1814); las esperanzas suscitadas por la política reformista liberal de las Cortes de Cádiz en su dibujo *Divina Libertad* (1812-1814); o las encontradas reacciones, de temor y alegría, que provocaron la instauración de la Constitución de Cádiz en su dibujo *Triunfo de la Justicia* (1812-1814). Poco más tarde, la serie *Los Desastres de la Guerra* también nos ofrecerá, de manera inequívoca, algunas preocupaciones del artista aragonés sobre la pérdida de los valores constitucionales, empleando, eso sí, la alegoría para evitar la censura. Así, en el *Desastre 79, Murió la verdad* (1814-1815), representará a la libertad constitucional como una joven mujer yacente, con el pecho descubierto y vestida de blanco, a la que dan sepultura unos siniestros clérigos; de igual manera, el *Desastre 80, Si resucitará?* (1814-1815), en el que aparece la misma mujer yacente rodeada de rayos de esplendor, se ha relacionado frecuentemente con los intentos de restablecer la libertad que culminarían con la sublevación de Riego⁷. Este discurso artístico de Goya se entremezcla con sus convicciones éticas

6. LE BON, G., *Psicología de las multitudes*, op. cit., pág. 34-36.

7. REYERO, C., *Arte y compromiso. Los artistas y las imágenes en la lucha política a comienzos del siglo XIX*, en la obra colectiva *Cambio político y cultura en la España de entresiglos*, Ramos Santana, A., y Romero Ferrer, A., (Eds.), Universidad de Cádiz, Ayuntamiento de Cádiz, 2008, págs. 407-422; y MATILLA, J.M., *Murió la Verdad/Si resucitará?*, en *Goya en tiempos de Guerra*, Museo Nacional del Prado, Madrid, 2008, en www.museodelprado.es.

generando un arte comprometido al servicio de un ideal democrático de individuos libres y solidarios⁸.



Desastre 79, Murió la verdad (Goya, 1814-1815).

Fuente: https://www.goyaenelprado.es/obras/ficha/goya/murio-la-verdad/?tx_gbgonline_pi1%5Bgocollectionids%5D=27&tx_gbgonline_pi1%5Bgosort%5D=d
(Museo del Prado)

Casos como el de nuestro genial pintor han propiciado un impulso formativo a las artes potenciando su capacidad para dibujar un escenario ético e ideológico dentro del amplio concepto de patrimonio cultural, uno de los elementos fundamentales de la identidad de los pueblos, cuyo contenido es proteico y mutable. Como señala SEGOVIA DE ARANA, todos tenemos una idea aproximada de qué es patrimonio cultural, pero cuando se trata de concretar su significado navegamos por aguas revueltas en las que se mezclan conceptos tales como arquitectura, arqueología, tradición, costumbre, literatura, museología, historia, sociedad, identidad

8. RODRÍGUEZ FOUZ, M., *Los combates del «Guernica». El arte como testimonio y denuncia para una cultura de la paz*, en «Cuadernos de Alzate: Revista Vasca de la Cultura y las Ideas», n.º 37, 2007, pág. 59. Vid. También JÍMENEZ, J., *Artes, cultura, humanidad*, en *Revista de Occidente* n.º 419, abril 2016, Fundación José Ortega y Gasset, Madrid, pág. 69.

y, cómo no, el arte⁹. Las obras de arte entendidas como bienes culturales presentan un valor simbólico y emotivo que las convierte en un vehículo de transmisión de ideas. Representan el «alma popular», el conjunto de valores que dan sentido a la vida del pueblo y al hombre la capacidad de reflexionar sobre sí mismo. Ahora bien, la realidad cultural es de ontología huidiza y metamórfica, como lo son las ideas, las idiosincrasias o los simbolismos del arte. Para mayor ambigüedad, a este caldo tenemos que añadir, en estos tiempos nuestros, las dudas sobre cómo recordar el pasado. Y es que la mutabilidad del poder político y la consiguiente necesidad de moldear una nueva identidad nacional conducen con más facilidad de la deseada a la perversión del sentido del arte y del patrimonio artístico y cultural¹⁰.

El reconocimiento de la capacidad de ciertas obras de arte para transmitir ideas y modelos de comportamientos es un hecho que en nuestro país ha empezado a adquirir cuerpo en términos jurídicos durante las últimas décadas. Por ejemplo, la STC 49/1984, de 5 de abril, dictada en el recurso de inconstitucionalidad promovido por la Generalitat de Cataluña contra determinados preceptos de la Ley 1/1982, de 24 de febrero, por la que se regulaban las Salas Especiales de exhibición cinematográfica, la Filmoteca Española y las tarifas de las tasas por licencia de doblaje, reconoció al respecto (FJ 4) que la calificación de películas de «Arte y Ensayo» o de películas «X», esto es, pornográficas, o que realicen la apología de la violencia, se orientaba a la protección de un bien constitucionalizado, como es la protección de la juventud y de la infancia (art. 20.4 CE y, en su caso, art. 39.4 CE), en relación con la «sensibilidad moral del espectador medio», con lo que se venía a aludir a la necesidad de conformar y proteger un código moral de comportamiento, unos valores cuyo consenso mínimo se pretendía alcanzar mediante su sometimiento a una uniformidad básica.

9. Tal y como se desprende del Convenio de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado; de la Convención de la UNESCO de 1970 sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad lícita de bienes culturales; de la Convención de la UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de 1972; y de la Declaración de la Conferencia Intergubernamental sobre políticas culturales, organizada por la UNESCO en 1982 en México.

10. SEGOVIA DE ARANA, J. M., *La construcción personal de la realidad*, en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Año LXIV, número 89, Curso académico 2011-2012, págs. 435-437. Sin olvidar que este patrimonio cultural también representa lo que tenemos derecho a heredar de nuestros predecesores con la obligación de conservarlo, a su vez, para las generaciones futuras (GARCÍA CUETOS, M.P., *El patrimonio cultural: conceptos básicos*, Pressas Universitarias de Zaragoza, 2012, págs. 14-15, 39, 77 y 119).

Otro ejemplo nos lo proporcionó, muy poco después, el Preámbulo de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, al considerar que dicho Patrimonio estaba integrado, entre otros, por todos aquellos bienes de valor «artístico», que conforman la aportación de España a la cultura universal, cuyo valor radica en la «estima que, como elemento de identidad cultural, merece a la sensibilidad de los ciudadanos». De nuevo, esta referencia a la «identidad cultural» nos remite a un ámbito de valores y conductas comunes, característicos de la sociedad española, expresados, en lo que aquí nos interesa, a través de bienes de valor artístico. En este mismo sentido, la Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, entendió los bienes culturales como testimonios dotados de una especie de «valor de civilización», como elementos expresivos de valores, creencias y actitudes éticas en las que se sustenta la sociedad¹¹.

Pocos movimientos artísticos se han sustraído a esta tentación ideologizante. Fernando CHUECA nos recuerda solo uno, la *Bauhaus* de Walter Gropius, basada en una ideología no trascendente, sino pragmática. Según Gropius había que liberar al arte de toda ideología, de toda mitificación, y ligarlo únicamente a la técnica, a la industria y a las férreas leyes económicas de la producción. La obra de arte no debe predicar, exhortar, apelar al sentimiento, ni señalar metas ideales. Tiene un fin en sí misma, no más allá de sí. Es útil en cuanto arte, puesto que es una función de la sociedad, pero no para producir otras aspiraciones¹². Salvando excepciones como esta, lo normal, como apuntó el sociólogo del arte GUARDIOLA (*Importancia social del arte*, 1907), es que el artista deposite en su obra algo inconsciente, una carga ideológica que hace que su producción estética, más allá de la materia que la contiene, transmita determinados valores. Por ello, como señala COBO, hay que comprender no solo al artista y a su obra, sino también sus razones, sus claves creativas, sus ideas y valores, no sólo artísticos, sino también sociológicos, políticos, culturales y religiosos¹³.

En *La deshumanización del arte* (1925), ORTEGA Y GASSET citaba a Jean-Marie GUYAU autor, en 1887, de *El arte desde el punto de vista filosófico*, donde

11. MAGAN PERALES, J.M.A., *La circulación ilícita de bienes culturales*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, pág. 41.
12. CHUECA GOITIA, F., *El arte en su encrucijada*, Revista «Cuenta y Razón del Pensamiento Actual», n.º 126, 2002, págs. 19-28.
13. COBO ARROYO, R., *Arte: una realidad más real que la vida misma*, en la Revista «Cuenta y Razón», junio-julio 2013, pág. 41.

afirmó que el arte «mantiene y manifiesta la unidad entre vida, sociedad, moralidad y religión»¹⁴. BONILLA, al prologar la obra de GUARDIOLA, señaló, en la estela de esta misma idea, que explicar la vida de un pueblo a través de la evolución de su arte, a la vez que demuestra la importancia social de este último, conduce de un modo más íntimo y directo al conocimiento de su carácter y de su representación histórica, que cuantas noticias se den acerca de sus vicisitudes políticas. Estas podrán servir para indicarnos el armazón en que la actividad del pueblo se ha encerrado, pero nada mejor que el arte nos revela el principio inmanente de su vida, los deseos que le han agitado, las grandes aspiraciones que han conmovido su ser y que le han hecho soportable la existencia.

Hegel, en su *Estética*, fue quizá el primero que comprendió en todo su alcance este valor sustancial del principio artístico y pretendió hallar en la realización de la belleza la clave del progreso social, cuyo fin mediato es instruir y moralizar a los individuos y a las sociedades. La belleza es el objeto inmediato del arte, pero su fin mediato es, como apuntó el filósofo francés GUYAU en *Los problemas de la estética contemporánea* (1902), instruir y moralizar a los individuos y a las sociedades a través de tres valores: la verdad, lo bueno y lo bello. Todo arte es, así, enseñanza. El agrado que en nosotros despierta lo bello no es más que un incentivo para hacernos desear el objeto, el ideal que se propone, un ideal que agrada, solicita imitación y nos mejora. El arte tiene un importantísimo papel moral y social, una misión instructiva, benéfica, educadora y civilizadora. Constituye un arma de valor social para dirigir y educar a las muchedumbres, para contribuir al perfeccionamiento intelectual y moral de la sociedad actuando como un medio de concordia social.

Esta virtualidad del arte responde al hecho de que toda sociedad tiende a transmitir sus creencias y valores. Como destaca el filósofo italiano Giorgio AGAMBEN, el sistema de ideales y nociones de toda cultura solo existe en el acto de su transmisión. Es su transmisibilidad la que, al atribuir a la cultura un sentido y un valor, permite al hombre moverse libremente hacia el futuro. Pero cuando una cultura pierde sus medios de transmisión o estos se subvierten radicalmente, el hombre se encuentra falto de referencias y atrapado entre un pasado que se acumula incesantemente a sus espaldas y lo oprime con la multiplicidad de sus contenidos, convertidos en indecifrables, y un futuro, en forma de *desiderátum*, que todavía no se

14. Citado por URRUTIA, J., *Vitalidad de La deshumanización del arte*, en Revista de Occidente n.º 300, mayo 2006, Fundación José Ortega y Gasset, Madrid, pág. 16.

ha materializado. Esta ruptura de la tradición, que hoy aparece como un hecho consumado, abre una época en la que entre lo nuevo y lo viejo no hay ningún vínculo posible, en la que la cultura, al perder su tradición y su vínculo con su pasado, ya no encuentra su lugar en la sociedad¹⁵.

En estas circunstancias, el arte, que normalmente actúa como un vehículo de transmisión cultural, deja de representar los valores que definen a la sociedad y/o los subvierte abruptamente, propiciando una clara ruptura cultural e ideológica. El arte se convierte, en este caso, en un factor en absoluto desinteresado, se transforma en un instrumento con un interés ideológico que puede llegar a resultar hasta subversivo. Timothy J. CLARK, en su obra *Imagen del pueblo: Gustave Courbet y la Revolución de 1848* (1981) estudió en profundidad las tendencias artísticas aparecidas al albor del movimiento revolucionario de 1848 para concluir que «[e]l material de una obra puede ser la ideología (dicho en otras palabras, las ideas, imágenes y valores aceptados por todos, dominantes), pero el arte trabaja el material, le da una forma nueva, y en determinados momentos esta nueva forma es en sí misma subversiva de la ideología». En estos casos el arte no es inocente. En realidad, se convierte en un instrumento de ruptura social pues lo que pretende es transmitir un mensaje contra el *statu quo* ético y cultural dominante, para, en definitiva, subvertir sus valores¹⁶. Ahora bien, como cualquier construcción humana, el arte puede conducirse por los caminos más extraviados, de manera que no puede ser indiferente la dirección que adopte. Un mal empleo de la belleza constituye, en palabras de Víctor Hugo, una profanación que genera un tipo de arte inmoral capaz de corromper a la sociedad y tornarla decadente. Es precisamente esta capacidad para desmoralizar el espíritu social y, en su caso, para trasgredir los valores constitucionales, lo que hace que deba ser objeto de una especial vigilancia.

15. En 1907, diversos autores incluso advertían del hecho de que la sociedad contemporánea era presa de un malestar indefinible por la falta de un ideal capaz de despertar el entusiasmo de los corazones hacia las más grandes empresas y de unir a los hombres en una aspiración común. Y es que, en esa época, unos lúgubres y pesimistas augures vaticinaban la, más o menos inminente, desaparición del arte. Así, el filósofo e historiador francés Ernest RENÁN afirmaba que «el arte es un instinto, y como tal desaparecerá poco a poco hasta llegar, como tantos otros, a la categoría de reflexión»; el poeta y ensayista francés Sully PRUDHOMME, Premio Nobel de Literatura en 1901, advertía que «el espíritu científico e industrial de nuestros días concluirá por matar el arte», mientras que NIETZSCHE profetizaba que «entre los superhombres, entre los dominadores del porvenir, no habrá puesto para los artistas» (GUARDIOLA VALERO, E., *Importancia social del arte*, Librería de Victoriano Sánchez, Madrid, 1907, págs. 5-17, 28-37 y 46).
16. CLARK, T.J., *Imagen del pueblo: Gustave Courbet y la Revolución de 1848*. Ed. Gustavo Gili, Barcelona, 1981, pág. 13; AGAMBEN, G., *El hombre sin contenido*, Ediciones Altera, Barcelona, 2005, págs. 7-19 y 172-174.

Esta polémica funcionalidad del arte, su poder ideológico, transgresor y potencialmente ofensivo nos lleva a la necesidad de precisar unas líneas maestras, unos cánones valorativos con los que el operador jurídico, al enfrentarse a la obra de arte, pueda atemperar con unas mínimas certezas la necesaria funcionalidad normativa destinada a racionalizar y justificar las posiciones culturales existentes, con la no menos necesaria labor de adaptación de las formas y los contenidos de las realidades artísticas a los andamiajes vitales, a los límites constitucionales y jurídicos, de la sociedad. Esta necesidad provoca, en definitiva, una crucial reflexión sobre cuáles son, o deben ser, los límites ontológicos, estéticos y legales del arte.

II. LA POLÉMICA SOBRE LA FORMA Y EL CONTENIDO DEL ARTE CONTEMPORÁNEO

1. DE LA INDEFINICIÓN JURÍDICA DEL ARTE A LA «BAGATELA» COMO OBJETO DEL MERCADO ARTÍSTICO

Aunque, como decía ORTEGA, una definición es siempre una pedantería, resulta necesario comenzar con un intento de precisión de lo que, desde una perspectiva jurídica, es una «obra de arte». Como en ningún ordenamiento existe una definición cerrada al respecto, se hace preciso concretar este concepto acudiendo, como sugiere PEÑUELAS, al «sentir de la sociedad»¹⁷. Con ello no se pretende aceptar una definición tautológica o institucional del arte, ni entenderlo como lo que hace un artista, lo que se exhibe en una galería de arte, lo que es comprado por museos o galerías o sobre lo que se escribe en las revistas especializadas. Aunque el término «arte» haya alcanzado unas altas cotas de indefinición se hace imprescindible un intento de precisión en términos jurídicos, para lo cual analizaremos algunos hitos fundamentales.

En 1928 la escultura *Pájaro en el espacio*, del artista rumano Constantin Brancusi, dio lugar a una peculiar controversia que sirvió para proporcionar, desde la perspectiva del derecho anglosajón, una embrionaria e interesante definición jurídica de «obra de arte». Adquirida por un coleccionista, esta escultura fue requisada en la Aduana americana tras ser considerada como un mero «objeto de bronce manufacturado» y no como una obra arte, por lo que debía pagar unos aranceles industriales muy elevados. El artista,

17. PEÑUELAS I REIXACH, LI., *Definición de obra u objeto de arte*, en la obra colectiva *Administración y dirección de los museos: Aspectos jurídicos*, Peñuelas i Reixach (Ed.), Fundación Gala-Salvador Dalí, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008, pág. 382.

ofendido no tanto por la imposición del arancel, como por el hecho de que su escultura no hubiera merecido la calificación de artística por quien no entendía de arte, recurrió la decisión ante el Tribunal de Aduanas de los Estados Unidos, provocando un litigio en el que, por primera vez, se discutió en clave jurídica sobre la naturaleza de la obra de arte, mientras que, en paralelo, el arte de vanguardia realizado en Europa era duramente enjuiciado por los jueces, abogados y fiscales que debatieron durante un mes sobre el arte moderno.



Pájaro en el espacio (Brancusi, 1928).

Fuente: https://www.moma.org/explore/inside_out/2014/07/24/but-is-it-art-constantin-brancusi-vs-the-united-states/

(The Museum of Modern Art, Nueva York).

La Sentencia de 26 de noviembre de 1928 del Tribunal de Aduanas (Brancusi v. United States, 54 Treas. Dec. 428, 429 – Cust. Ct. 1928), entendió que, para conceptualizar un objeto material como obra de arte, lo esencial era

que fuese una creación original de un artista que los expertos considerasen como arte. Así, tras reconocer que las escuelas de arte moderno, «cuyos seguidores intentan representar ideas abstractas y no tanto imitar objetos naturales», han hecho variar con el tiempo el criterio para considerar una obra como arte, terminó por admitir, para alivio y satisfacción de Brancusi, que la escultura en cuestión era una obra de arte, pues «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»¹⁸.

Años después, el Tribunal Constitucional Federal Alemán también realizó un intento de aproximación al concepto de arte al afirmar, en su Sentencia de 24 de febrero de 1971 (BVerfGE 30, 173, Caso Mephisto), que lo esencial de la actividad artística es la libre estructuración de la creatividad que se da intuitivamente en las impresiones, experiencias y vivencias del artista mediante el empleo de una determinada forma de lenguaje¹⁹. Todas las creaciones artísticas son el resultado de unos procesos conscientes e inconscientes en los que actúan conjuntamente la intuición, la fantasía y los conocimientos artísticos como expresión directa de la personalidad individual del artista²⁰.

A pesar de estos iniciales y algo inconcretos pronunciamientos, el arte sigue careciendo, a día de hoy, de una clara definición jurídica, de manera que la determinación de su contenido –y de sus límites– sigue resultando muy polémica, como lo demostró el complicado proceso legal en torno a unas obras de Dan Flavin y Bill Viola que llegaron en 2006 –desmontadas y embaladas– a la aduana británica, procedentes de Estados Unidos. Los agentes aduaneros consideraron que, por sus características materiales (tubos de neón, instalaciones eléctricas y proyectores de vídeo), no se trataba de obras de arte, beneficiarias de un tipo de IVA reducido (5%),

18. SUMOY GETE-ALONSO, M., *Brancusi contra los Estados Unidos. La definición jurídica del arte*, Ed. Comares, Granada, 2007, pág. 188.

19. El recurso se dirigió en la prohibición que recayó sobre el único heredero del actor y director artístico Gustaf Gründgens, para que no se reprodujera, distribuyera ni publicara el libro *Mephisto – Roman einer Karriere*, de Klaus MANN quien, en 1933 había abandonado Alemania, si bien en 1936 publicó la novela en Amsterdam. El libro describe el ascenso profesional del talentoso actor de ficción Hendrik Höfgen –basado en la muy real figura de Gründgen– tras renunciar a sus convicciones políticas y abandonar todo vínculo personal y ético en pacto con los gobernantes de la Alemania nacionalsocialista.

20. SCHWABE, J., *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes*, Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., Berlín-México, 2009, pág. 256.

de manera que se les debía aplicar el tipo general (20%). La decisión fue recurrida por la destinataria de las obras, la Galería Haunch of Venison, ante el Tribunal Especial de Impuestos de Reino Unido que, en diciembre de 2008, dictaminó que las piezas eran obras de arte y que, por tanto, debían tributar al tipo reducido. El asunto, sin embargo, llegó hasta la Unión Europea. El Reglamento (UE) n.º 731/2010 de la Comisión, de 11 de agosto, relativo a la clasificación de determinadas mercancías en la nomenclatura combinada del arancel aduanero, siguiendo el criterio del Comité del Código de Aduanas de la Comisión Europea, excluyó a las dos «instalaciones luminosas» de la categoría de «obras de arte» y revocó *de facto* la decisión de la justicia británica al determinar que la aplicación del tipo impositivo general en la aduana fue la correcta. La Comisión entendió que la valoración fiscal de los objetos introducidos en territorio comunitario debe corresponderse con su «realidad material» y que, como el carácter artístico de las obras en cuestión no reposaba en los elementos materiales intervenidos, sino que resultaba de su ulterior montaje y disposición, no se trataba de obras de arte. En concreto, la obra de Flavin se calificó como un mero «aparato de iluminación de pared», y de la de Viola se dijo «que no es la propia instalación la que constituye una obra de arte, sino el resultado de las operaciones (el efecto de luz) llevadas a cabo por ella».



Dan Flavin, sin título (1987).

Fuente: <https://www.studiointernational.com/index.php/colour-chart-reinventing-colour-1950-to-today>

Autor: Dan FLAVIN. Untitled (to Don Judd, colorist), 1–5, 1987. ARS, NY and DACS, London 2009.

Este contencioso puso de manifiesto la radical inconcreción jurídica del arte, suplida en este caso por un rudimentario concepto «aduanero» del mismo basado en una más que discutible valoración del aspecto material y formal de la obra artística, esto es, del *corpus mechanicum*. Según el criterio de los aduaneros, elevados a la categoría de críticos de arte, parece que la mera incorporación de una obra de arte a un soporte material trae de suyo una desvalorización absoluta de la creación artística en sí, su negación cómo realidad jurídica fuera de su soporte material. Un criterio este que se asienta en una visión absolutamente cerrada y francamente discutible de la creación artística, que se ve reducida, en la práctica, a su mínima expresión²¹.

Esta incapacidad para concretar una definición jurídica del arte nos lleva a acudir a disciplinas tan alejadas del Derecho como son la Historia del arte o la Filosofía para intentar alcanzar una idea cabal al respecto. Así, el filósofo polaco TATARKIEWICZ (1893-1970) propuso una definición abierta de obra de arte entendida como «la reproducción de cosas, la construcción de formas o la expresión de un tipo de experiencias que deleiten, emocionen o produzcan un choque»²². Con ello se viene a distinguir –retomando en cierta medida el debate entre proculeyanos y sabinianos en el Derecho romano– entre un *corpus mechanicum*, integrado por el soporte físico o material de la creación en sí, y un *corpus mysticum*, esto es, la obra, en sentido inmaterial, que produce la emoción. En este mismo sentido, para el filósofo español Eugenio TRÍAS la transmisión de ideas, la carga simbólica, parece ser lo propio y específico de la obra de arte, su nota característica «sin la cual no hay posible salto al universo propiamente artístico», de manera que el soporte físico o material de la obra parece pasar a un segundo –o tercer– plano²³.

La paradigmática *Fuente* del artista francés Marcel Duchamp (1887-1968) es un claro ejemplo de esta idea. Su autor afirmaba que cualquier objeto podía considerarse una obra de arte con tal que el artista lo situara en el contexto adecuado, esto es, en una galería o en un museo. En 1913 experimentó en este sentido al colocar una rueda de bicicleta con el eje invertido sobre un taburete de cocina, de manera que ambos objetos perdían su función original. En 1914 creará *Botellero*, otro objeto imposible. Pero la culminación de su idea llegaría con *Fuente*, un vulgar urinario, firmado como

21. ¿Hacia un concepto aduanero del arte?, LegArs Abogados, Pamplona, diciembre 2010, <http://www.legars.eu/?p=55>

22. TARTAKIEWICZ, W., *Historia de las seis ideas. Arte, belleza, forma, creatividad, mimesis, experiencia estética*, Ed. Tecnos/ Alianza, Madrid, 1992, pág. 67.

23. TRÍAS, E., *Ciudad sobre ciudad. Arte, religión y ética en el cambio de milenio*, Ed. Destino, Colección Áncora y Delfín, vol. 929, Barcelona, 2001, págs. 212-213.

«R.Mutt», que fue presentado en la exposición de la Society of Independent Artist celebrada en 1917 en la Galería Grand Central de Nueva York.



La Fuente (Marcel DUCHAMP, 1917).

Fuente: [https://es.wikipedia.org/wiki/La_Fuente_\(Duchamp\)](https://es.wikipedia.org/wiki/La_Fuente_(Duchamp))

Fotografía: Alfred STIEGLITZ

Con esta transgresora propuesta, Duchamp vino a menospreciar todos los valores y convenciones sobre los que se asentaba el concepto de arte, tratando de poner de manifiesto que cualquier elemento podía ser considerado una obra de arte con tal de que cumpliera con su función de significante. En realidad, el mítico urinario de Duchamp no llegó a ser contemplado por casi nadie en Nueva York. Situado detrás de un tabique durante toda la exposición, no apareció siquiera en el catálogo de la muestra. El jurado rechazó el escatológico objeto, privado por completo de todo valor funcional, con el argumento de que el tema era «obsceno, indecente, no es una obra original, no es arte». Sin embargo, su fama y consideración aumentó exponencialmente con el paso del tiempo. Así, en 1935, André BRETÓN escribió *Faro de la Novia*, un ensayo sobre Duchamp en el que vino a afirmar que esta y el resto de obras llamadas «ready-made», eran «objetos manufacturados promovidos a la dignidad de objetos de arte por la elección del artista».

En realidad, como apunta José JIMÉNEZ, Catedrático de Estética y Teoría de las Artes, los «ready-made» reflejan la pérdida de jerarquía y

exclusividad tradicional del arte²⁴. El 24 de agosto de 1993, cuando Pierre Pinoncelli, representante del violento, grotesco y transgresor movimiento artístico llamado «Accionismo Vienés», aprovechó la exposición del urinario de Duchamp en Nimes para orinar sobre él, declarando, al ser juzgado por ello, que lo hizo para terminar la obra y darle su cualidad de «trabajo completo», no realizó un acto degradante, inmoral, provocador, ni absurdo, sino, más bien, un gesto a través del cual vino a poner de manifiesto lo chocante de estas propuestas artísticas que se integran en el denominado «arte conceptual», un movimiento en el que la conceptualización de la obra es más importante que el objeto o su representación tangible, es decir, no es interpretada tanto como un objeto de contemplación fabricado por su creador, sino como un objeto de pura especulación intelectual²⁵.

En *La deshumanización del arte* (1925), ORTEGA Y GASSET realizó, al socaire de una reflexión sobre Debussy, el mejor manifiesto de la vanguardia artística española del momento. Para nuestro genial filósofo, en algún momento entre el Romanticismo y las vanguardias surgió un «arte nuevo» en el que decreció el componente realista de la obra en aras de un aumento de lo intelectual. Ello implicaba su difícil comprensión, una ruptura entre la obra artística y el público común, fruto de cierta despreocupación del artista respecto de la comprensión de su obra. El artista nuevo se preocupaba esencialmente por lo «artístico», tenía voluntad de «estilo», esto es, por «deformar lo real», en un proceso que llegaría a un punto en el que «el contenido humano de la obra sea tan escaso que casi no se vea»²⁶.

En la actualidad, sin embargo, muchas obras de arte presentan como característica fundamental, no ya un carácter conceptualizado e intelectual, sino una marcada naturaleza transgresora, no solo de los marcos estéticos,

24. JIMÉNEZ, J., *Las raíces del arte*, en Revista de Occidente n.º 356, enero 2011, Fundación José Ortega y Gasset, Madrid, pág. 108.
25. Casi trece años más tarde, en una performance realizada el 25 de agosto de 2006, Pinoncelli entró en el Centro Pompidou de París con un martillo escondido y golpeó el mingitorio de Duchamp. El recurso a lo «extravagante» también fue empleado a lo largo de varios meses de 2004 cuando la artista Monica Bonvicini instaló un urinario público de acero inoxidable frente a la entrada de la Tate Gallery de Londres con el título *Don't miss a sec*. Dentro de un habitáculo de vidrio, reflectante por fuera y transparente por dentro, el usuario del inodoro podía, durante su actividad mingitoria, ver a los que estaban a su alrededor pero sin ser, a su vez, observado, generando con ello, según argumentaba la autora, una fuerte sensación de vulnerabilidad, vigilancia e inseguridad (DEL RÍO ALMAGRO, A., y CORDERO RODRÍGUEZ, O., *Arte, cuerpos y aseos públicos Estrategias artísticas de cuestionamiento de los dispositivos arquitectónicos de segregación de sexo-género*, en «Política y Sociedad», vol. 52, núm. 2, 2015, pág. 472).
26. URRUTIA, J., *Vitalidad de La deshumanización del arte*, op. cit., págs. 5-22.

sino también de los parámetros morales e, incluso, de los límites jurídicos aplicables. La explicación orteguiana no sirve para justificar este tipo de arte cuyas propuestas hacen referencia a una determinada realidad, sentimientos o ideologías a los que se pretende desvalorizar desde una abrupta y frontal crítica. En realidad, la falta de respeto a los valores y creencias en los que se sustenta una parte más o menos amplia de la sociedad constituye, más que una desvalorización, un menosprecio. En estos casos, aquella especie de «aristocratismo estético» que parecía exigir el nuevo arte anunciado por ORTEGA se transforma en un vaciamiento moral y estético resultado del inmenso cansancio, del indisimulado odio hacia lo antiguo que ha provocado el hundimiento general del sistema de valores de la tradición europea. Un odio que, para nuestro filósofo, ya era especialmente preocupante pues expresa una terrible duda: «¿Es que fermenta en los pechos europeos un inconcebible rencor contra su propia esencia histórica?»²⁷.

En cualquier caso, la vía de apertura que comentamos ha propiciado, como apunta HEINICH, que estemos en un momento en el que concepciones muy heterogéneas debaten sobre lo que es el arte, no solo desde criterios de evaluación estética o de gusto (gusta más o menos), sino desde criterios ontológicos de pertenencia o exclusión (algo es o no es arte). Por poner un ejemplo, la cuestión no es si Duchamp pintaba mal o no (una acusación que le hicieron los impresionistas), sino si lo que hacía era o no arte. En realidad, las polémicas sobre el arte contemporáneo se centran muy poco en la cuestión de la belleza. Se centran más bien en enjuiciar la naturaleza de lo expuesto (arte auténtico vs. «bagatela», «camelo» o «cualquier cosa») y en formular juicios éticos sobre el valor de las intenciones del artista. Lo cierto es que el público descalifica con cada vez más frecuencia muchas propuestas creativas, no porque las considere de mala calidad o porque le disgusten, sino, simplemente porque no las considera como arte²⁸.

El famoso historiador marxista británico Eric HOBBSBAWM (1917-2012) diagnosticó en *Un tiempo de rupturas: sociedad y cultura en el siglo XX* –un apéndice póstumo a su vasta obra– la decadencia y el fracaso de las vanguardias artísticas del siglo XX. Entre 1905 y 1914 la vanguardia

27. ORTEGA Y GASSET, J., *Influencia negativa del pasado*, en *Obras Completas*, tomo III (1917-1928), Revista de Occidente, Madrid, 1957, pág. 380. Vid., al respecto, HERRERA, J. M., *Un repaso a «La deshumanización del arte»*, en Revista de Occidente n.º 360, mayo 2011, Fundación José Ortega y Gasset, Madrid, págs. 23-27.

28. HEINICH, N., *La polémica del arte contemporáneo*, en Revista de Occidente n.º 364, septiembre 2011, Fundación José Ortega y Gasset, Madrid, págs. 61-69.

artística occidental rompió deliberadamente la continuidad con el pasado y emprendió, sin remedio, su viaje a ninguna parte abandonando el lenguaje convencional tradicional hasta hacerse incomprensible. Tras medio siglo de experimentos tratando de repensar revolucionariamente el arte, a mediados de la década de los sesenta las vanguardias quedaron en la cuneta. Una interminable sucesión de nuevos estilos con sus inevitables manifiestos, casi siempre impenetrables, no tuvieron nada en común excepto la convicción de que ser artista era algo importante y que «cualquier cosa podía legitimarse como arte mientras que un artista la reivindicara como su creación personal». En realidad, los nuevos lenguajes empobrecidos de la pintura comunicaban mucho menos que los viejos. Lo que los nuevos lenguajes necesitaban de verdad eran «subtítulos y comentaristas». Es decir, necesitaban palabras, que aún tenían significados convencionales, para expresar sus indescifrables significados. Cuando el público no lo entendió –tras su rueda de bicicleta–, Duchamp exhibió su urinario con una firma de artista inventada. Tuvo la suerte de hacer esto en Nueva York, donde consiguió una gran fama, y no en París, donde solo era uno más de los intelectuales graciosos del momento y no tenía ninguna reputación como artista (como dijo CARTIER-BRESSON, «no era para nada un buen artista»). HOBBSAWM termina su discurso citando las últimas y tristes frases de la conferencia que Paul Klee pronunció en 1924 «Sobre el arte moderno» no lejos de la escuela de la Bauhaus, en su momento de mayor creatividad: «No tenemos el apoyo de la gente. Pero lo estamos buscando»²⁹.

Los expertos también critican esta forma de hacer y entender el arte. Para el filósofo y crítico de arte CASTRO FLOREZ, «la basura que, desde hace tiempo, se ha convertido en arte, genera un acatamiento colectivo y silencioso y, simultáneamente, sirve como energía sólida de la comedia megalómana, del narcisismo monumental de los creadores». Parafraseando al crítico literario francés Roger CAILLOIS en *El hombre y lo sagrado* (1939), sostiene que esta estética transgresora es un exponente de unos tiempos ridículos en los que un «viento de subversión» barre una sociedad desmantelada, senil y medio derruida. Sin embargo, no debemos resignarnos a bregar únicamente con las «bagatelas», con esta interminable pantomima global. Hay que rebelarse ante la visión de lo cotidiano, de lo reprimido elevado al pedestal de lo «insólito», hay, en definitiva, que impedir que nos tomen el pelo o, en otros términos, elevar el propio pensamiento hasta el nivel del

29. HOBBSAWM, E., *Un tiempo de rupturas: sociedad y cultura en el siglo XX*, Ed. Crítica, Barcelona, 2013, págs. 231-244.

enojo³⁰. En similar sentido se pronuncia CHUECA GOITIA, para quien el arte actual, en sus múltiples facetas, produce un «efecto desconcertante» que nos lleva muchas veces a una negación del arte clásico, a una pura nada que nos sitúa en una peligrosa encrucijada³¹. Esta situación provoca, en definitiva, que gran parte del arte actual no llegue a la sociedad. Así, en nuestro país, las Ferias de Arte ARCO constituyen, según MONTES, un «evento inclasificable» que, en sus cuatro días anuales, proporcionan al gran público una imagen distorsionada y artificial del arte contemporáneo cuya incidencia real en la ciudadanía es mínima³².

Frente a este triste panorama solo cabe afirmar la necesidad de articular unos límites estéticos, morales y jurídicos con los que revisar las características que hacen a un objeto artístico algo digno de pasar a nuestra memoria colectiva y a nuestra cultura. De lo contrario caeremos cada vez más en un indeseado «todo vale» a la hora de definir nuestra propia identidad³³. En este sentido, Roger SCRUTON ha señalado, desde una postura, para algunos, elitista, que ciertos gustos son mejores que otros, que cierto arte es más elevado y más valioso que otro. Ahora bien, ¿dónde radica el valor superior de este arte elevado? Para este filósofo inglés especializado en estética, el mejor arte es el consagrado a la tarea de hacer que reconozcamos el valor de una «vida ética», una vida pensada en términos de deber y virtud. Aunque las obras de arte no están ahí para influir o guiar –en primera instancia– nuestras vidas, sino para ser contempladas y valoradas, es precisamente a través de su contemplación cuando logramos desarrollar un sentido valorativo de lo que es significativo, valioso y ético³⁴.

Para superar los indeseados efectos de esta polisémica multiplicidad estética y narrativa del arte, a través de la cual adquieren carta de naturaleza espurias propuestas, haría falta, además, un filtro activo de crítica de arte que operase eficazmente desde parámetros éticos y de calidad artística. Dejando a un lado el hecho de que quien decide lo que es, o debería ser, verdaderamente valioso en la creación artística es una pequeña minoría,

30. CASTRO FLOREZ, F., *La realidad del arte contemporáneo al desnudo, «par ses célibateires, même»*, en Revista de Occidente n.º 386-387, julio-agosto 2013, Fundación José Ortega y Gasset, Madrid, págs. 75-100.

31. CHUECA GOITIA, F., *El arte en su encrucijada*, op. cit., págs. 19-28.

32. MONTES, J., *Polvos y lodos del arte contemporáneo en España*, en Revista de Occidente n.º 309, febrero 2007, Fundación José Ortega y Gasset, Madrid, págs. 53-61.

33. LÓPEZ FERNÁNDEZ-CAO, M., *El mundo del arte, la industria cultural y la publicidad desde la perspectiva de género*, en la obra colectiva *Sociología y género*, Ed. Tecnos, Madrid, 2013, pág. 296.

34. SCRUTON, R., *El valor del arte*, en la obra colectiva *Lo que piensan los filósofos*, Baggini, J. y Stangroom, J. (coord.), Ed. Paidós, Barcelona, 2011, págs. 149-151 y 156.

algunos autores han alertado sobre cómo la crítica de arte ha dejado de ser un agente lúcido y poderoso, sobre cómo ha hecho mella en ella el escepticismo generalizado hacia la idea de autoridad y cierto abandono del criterio de «calidad» a la hora de juzgar las obras. Este relativismo, que conlleva la imposibilidad de establecer jerarquías, se traduce en algo especialmente peligroso, pues, como afirma VOZMEDIANO, el arte, sin interlocutores, no es nada³⁵.

Como dijo Milan KUNDERA, «la palabrería del arte es eterna», por eso, en su magnífico ensayo *El telón* (2005) imaginó, refiriéndose a la novela, «el día en que el arte dejará de buscar lo nunca dicho y volverá, dócilmente, a ponerse al servicio de la vida colectiva». Tal vez esa sea la última solución para el problema que aquí hemos dejado planteado. No se está abogando por una limitación de los nuevos lenguajes y contenidos artísticos. No se trata de confundir el abandono de la tradición con la transgresión. Toda vanguardia ideológica y artística es, debe ser, por definición y por derecho propio, transgresora. Lo que no debe ser es necesariamente ofensiva, debe respetar los límites jurídicos establecidos.

2. EL «BUEN GUSTO» COMO LÍMITE: SU PROBLEMÁTICO RECONOCIMIENTO JURÍDICO

Mediado el siglo XVII, Baltasar GRACIÁN elaborará un concepto secular³⁶ del «buen gusto», asociándolo a las elecciones personales

35. VOZMEDIANO, E., *Juicio y valor en el arte actual. Cuando la crítica va por detrás*, en Revista de Occidente n.º 321, febrero 2008, Fundación José Ortega y Gasset, Madrid, págs. 119-137. Esta situación es resumida por Arthur C. Danto en su famosa teoría sobre el «fin de todos los relatos legitimadores» que da lugar a un pluralismo radical e inconsciente en la producción artística. Según este afamado crítico de arte norteamericano el arte contemporáneo ha perdido su orientación y está falto de criterios estéticos. Aunque ha ganado en libertad, no se sabe cuál es su esencia. Esto se traduce, a la postre, en que cualquier cosa es una obra de arte y en que cualquiera es un artista (DANTO, A.C., *Después del fin del Arte. El arte contemporáneo y el linde de la historia*, Ed. Paidós. Barcelona, 1999).

36. Durante el Antiguo Régimen la decisión de qué y cómo era lo que se podía representar en imágenes en nuestro país quedó encomendada al Santo Oficio de la Inquisición, una institución que, desde mediados del siglo XVI, asumió la competencia de velar por la salud espiritual de los católicos españoles, considerándose legitimada, sobre la base de una larga tradición eclesiástica, para decidir lo que éstos podían leer y contemplar. Basándose en el dogma, la moral y las «buenas costumbres», las Reglas Generales de 1583 contenían así la competencia del Santo Oficio sobre la censura de las representaciones plásticas. Con este marco jurídico, el ideario oficial de los artistas españoles del Siglo de Oro lo aportó Francisco Pacheco, suegro y maestro de Velázquez, en cuyo *Arte de la Pintura* (1639) defendió la tesis de que ningún motivo podía justificar que el pintor reprodujese cualquier tipo de deshonestidad o tema simplemente frívolo. Para Pacheco, la pintura tenía una meta mucho más noble y

cotidianas de cada individuo sobre su apariencia y su uso del lenguaje. La integridad intelectual, política y moral de cada cual se reflejaba en su actitud hacia los objetos materiales que lo rodeaban, distinguiendo entre lo que era o no valioso. Se articulaba así un justo equilibrio entre lo materialmente individual y las exigencias propias de la vida en comunidad.

En el siglo XVIII se produjo, en el marco de la Ilustración, un cambio radical, una revolución cultural e intelectual que hizo que la sociedad española se abriese a la recepción de las ideas del pensamiento filosófico y político francés. El «buen gusto» se convirtió entonces en un elemento clave de la educación moral y, lo que es más importante para nosotros, de la crítica artística. Como destaca HONTANILLA, en el ámbito del gusto, el acercamiento al objeto artístico se planteó con una marcada aspiración normativa de proclamar la universalidad de sus afirmaciones. En Francia, Alemania e Inglaterra los teóricos del gusto elaboraron un discurso en torno a la posible función moral y social de la experiencia estética, relacionando la evolución del concepto del buen gusto con la formación de modelos de identidad cultural y cohesión social. El buen gusto se concibió como la facultad de discriminar entre patrones de pensamiento útiles e inconvenientes, tanto en las decisiones relativas al desenvolvimiento de la vida moral, como en los procesos abstractos de vertebración e identidad social de las artes. El hombre de gusto poseía habilidades que le permitían diferenciar las perfecciones o defectos de una obra de arte, establecer su valor estético y examinar, a través suyo, los progresos o atrasos de la sociedad, convirtiéndose, sin duda, en un importante instrumento para la reforma moral y social³⁷.

En el arte actual, sin embargo, proliferan propuestas artísticas de todo tipo que, en ocasiones, desbordan los límites clásicos del buen gusto bajo la invocación de la libertad de expresión y de la libertad creativa del autor. Propuestas como la titulada *Mierda de artista* (1961), en la que el autor conceptual Piero Manzoni envasó, supuestamente, sus excrementos en noventa latas de conserva numeradas y rotuladas con el nombre de la obra, generan, de entrada, perplejidad. Expuestas por primera vez en la Galleria

elevada: ayudar a la religión en la tarea de conducir a los hombres hasta la vida eterna (GACTO FERNÁNDEZ, E., *El arte vigilado (Acerca de la censura estética de la Inquisición española en el siglo XVIII)*, en la obra colectiva *Inquisición y censura: el acoso a la inteligencia en España*, Gacto Fernández, E. (ed.) Ed. Dykinson, Madrid, 2006, págs. 399-401).

37. HONTANILLA, A., *El gusto de la razón. Debates de arte y moral en el siglo XVIII español*, op. cit., págs. 11-29, 104, 144-146 y 316.

Pescetto, de Albissola MARINA, las latas fueron vendidas, según su peso, al precio de la cotización del oro del día.



Merda d'artista (Piero Manzoni, 1961).

Fuente: <http://www.pieromanzoni.org/archivio.htm>

Fotografía: Alessandro VICARIO

Con esta escatológica crítica al mercado del arte, a los incrementos irracionales en el precio de las obras, al consumismo y al derroche, Manzoni hizo saltar por los aires cualquier límite artístico basado en el buen gusto, inaugurando una época en la que unas cada vez más inclasificables obras mueven a muchos espectadores al desconcierto. Ahí están propuestas como la de John Waters, director, entre otras, de la provocadora película *Pink flamingos* (1972) cuya escena final, en la que la Drag Queen Divine mastica excrementos de perro, convirtió la película en un objeto de culto a pesar de su evidente mal gusto; *Control de la muerte* (1974), una fotografía de Gina Pane en la que se muestra una joven mujer muerta con el rostro lleno de gusanos; *Epizoo* (1994) de Marcel-lí Antunez Roca, una performance «mecatrónica» sobre la tortura, la profanación y el sadomasoquismo, en la que el intérprete aparecía sobre el escenario conectado a unas prótesis mecánicas que permitían al público, a través de un ordenador, torturar su cuerpo; o *My bed* (1998), de Tracey Emin, obra finalista en el Turner Prize que revolucionó el panorama artístico con una puesta en escena en la que la autora intentó reflejar una crisis emocional presentando una habitación

desordenada, con restos de comida, ropa interior sucia, colillas, condones, botellas de alcohol y clínex usados.

Esta escatológica cosificación de lo humano por parte del arte encuentra constantemente nuevos ejemplos empeñados en producir un, si cabe, mayor estupor. Es el caso de Nicola Constantino (1964), una provocadora artista argentina que, a principios de los noventa, empezó a trabajar con conejos, pollos y cerdos envasados al vacío y exhibidos en bolsas. Más tarde realizó *Peletería humana* (1999-2013), una colección de trajes y accesorios –bolsos, zapatos, balones de fútbol– moldeados en silicona imitando piel humana, en concreto, pezones masculinos, ombligos y esfínteres anales recreados con un paroxismo estético que, al convertir partes del cuerpo en fetiches para el consumo, pretendía ser repulsivo y erótico a la vez.



Peletería humana (Nicola Constantino, 1999-2013).

Fuente: <https://www.nicolacostantino.com.ar/peleteria.php>

Un caso similar son los cuerpos humanos de Gunther Von Hagens (1945). Conocido como el «Doctor Muerte», este artista y científico alemán –físico y anatomista del Instituto Anatómico de la Universidad de Heidelberg– es el creador de una técnica llamada «plastinización», un proceso que permite la conservación y manipulación de animales y

cadáveres humanos de un modo supuestamente artístico para exhibirlos durante años en diversas exposiciones que han sido visitadas por cerca de cuarenta millones de personas en más de veinte países. Además, los cientos de miles de visitantes que han pasado por su museo-tienda de Guben, cerca de Berlín, han podido adquirir, desde el torso de una mujer abierto con sus órganos a la vista, hasta una lámina de cerebro humano. Aunque el hecho en sí no resultaba punible (ni tampoco el procesado, exposición y venta de los cadáveres) en 2009 el Tribunal Contencioso-administrativo (Verwaltungsgerichte) de Augsburgo, en Alemania, confirmó la prohibición, decretada por las autoridades municipales, de exhibición de una pareja de cadáveres plastinizados practicando sexo en la muestra *El ciclo de la vida*, que pretendía presentarse en dicha ciudad. El Tribunal justificó la prohibición en que la composición suponía un «atentado injustificado contra la dignidad humana que garantiza la ley más allá de la muerte», pues los dos cadáveres así tratados se veían «degradados a simple materia» tras verse privados de su personalidad.



El ciclo de la vida (Gunther Von Hagens, 2009).

Fuente: <https://www.elpensante.com/el-doctor-muerte-vuelve-de-nuevo-en-esta-ocasion-con-mas-de-cien-animales-plastinados/>

Más tarde, en 2014, las autoridades del distrito berlinés de Mitte prohibieron la apertura de otro museo a Von Hagens porque se consideró que entraba en conflicto directo con la normativa sanitaria que regulaba la sepultura de cadáveres. Sin embargo, el Tribunal Contencioso-administrativo de Berlín permitió finalmente a Hagens la apertura de

la exposición tras afirmar que los cuerpos sometidos a la técnica de la plastinización no eran cadáveres a efectos legales. Pero la polémica ética y jurídica se genera no solo por lo escabroso de estas obras, sino precisamente por el entramado que hay detrás de su actividad, pues, según desveló en 2011 la Fiscalía de Heidelberg, cientos de los cadáveres exhibidos eran de presos chinos que Von Hagens adquiriría tras haber sido ejecutados por el dictatorial régimen³⁸.

A pesar de que UNAMUNO se pronunciase en 1905 en contra de la imposición de un esteticismo basado en el «buen gusto» y en el «respeto a la tradición», lo cierto es que toda valoración acerca del arte se basa en una pura convención a la que no debe resultar ajena la definición de ciertos valores y límites estéticos y morales. Este tipo de arte, hecho de residuos orgánicos y materiales de desecho sin ocultar su origen, es arte para algunos y no más que basura para otros. Son obras que transgreden, según muchos espectadores, los límites del buen gusto. Ante estas paradojas que provocan las metamorfosis del arte SEGOVIA DE ARANA, desde la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, se pregunta, «¿qué verdad artística o interés artístico pueden tener escenas con montones de gente desnuda, excrementos de elefante, sangre, eyaculación, basura o una mujer sacándose un rollo de papel de su vagina al tiempo que lee un comunicado sobre lo que está haciendo?»³⁹.

El «buen gusto» ha quedado relegado al rango de mero valor moral del que nuestra doctrina constitucional ha dicho, al igual que de otras categorías como la «calidad literaria» o la «elegancia estilística», que no puede constituir un límite al ejercicio del derecho a la libertad de expresión o a la libertad de creación literaria (SSTC 51/2008, de 14 de abril; 23/2010, de 27 de abril; y 176/1995, de 11 de diciembre), de manera que no es posible invocarlo en términos jurídicos ni constitucionales. Su ámbito de desenvolvimiento se limita a la crítica artística. Sin embargo, cabría plantearse la reflexión de si, en aquellas ocasiones en las que su contenido se transgrede, *a limine*, de forma gruesa y con una intencionalidad claramente ofensiva, el «buen gusto» podría (o debería) llegar a ser jurídicamente argumentable al socaire de conceptos como la dignidad, la libertad religiosa, el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen o la protección de la

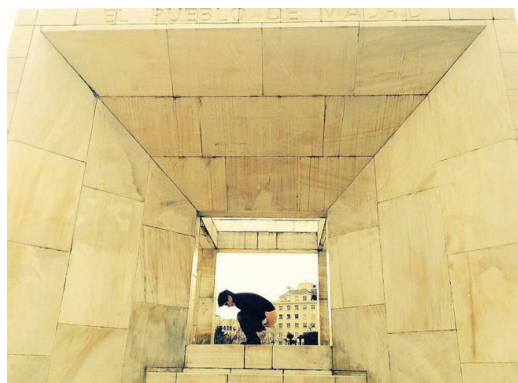
38. https://elpais.com/elpais/2009/09/04/actualidad/1252046937_850215.html; y ROMÁN, S. y SAEZ, F., *El doctor y su fábrica china de muertos*, 25 de enero de 2004, en <https://www.elmundo.es/cronica/2004/432/1075124288.html>.

39. SEGOVIA DE ARANA, J. M., *La construcción personal de la realidad*, op. cit., págs. 439-441.

juventud y la infancia, cuyos contenidos esenciales, estos sí (art. 20.4 CE), definen un espacio infranqueable para la libertad de expresión y de creación artística tal y como reconoce la misma doctrina. Veamos algunos polémicos ejemplos que parecen apuntar en este sentido.

En febrero de 2014, el Ayuntamiento de Salamanca, canceló una Exposición del artista Ausín Sainz en un Centro Municipal. Sacaron las pinturas del artista por la puerta de atrás con el pretexto de ser «inadecuadas para el público familiar», pues se exponían retratos de políticos y personajes públicos con heces en la cabeza (*El baile de la patata*, sobre Rajoy, el Presidente del Gobierno, y Bárcenas, el extesorero del Partido Popular; o *La joya de la Corona*, sobre la Infanta Cristina) con la intención de expresar una visión crítica de la sociedad. Poco después, en febrero de 2015, el Museo Nacional de Ciencias Naturales suspendió una performance de Laura Corcuera y Mónica Cofiño en la muestra «Excreta», organizada por el Museo para concienciar sobre la importancia del saneamiento y de los excrementos desde lo emocional, lo científico y lo social. Días antes, Corcuera publicaba dos fotos en su perfil personal de Twitter, en las que escribía: «La mierda es vida, es abono y regenera. El acto de excretar es un síntoma de vida sana y un cierre del ciclo orgánico», y acompañaba su mensaje con imágenes simuladas de ella y su compañera defecando en el interior del monumento del arquitecto Ruiz-Larrea a la Constitución de 1978, un cubo de mármol, hueco en su interior, situado en el Paseo de la Castellana frente al Museo. El contenido de la performance suspendida por el Museo pretendía mostrar, según las artistas, «la mierda» como abono y generadora de vida con una propuesta a medio camino entre el teatro, la improvisación y la provocación, argumentando que se trataba de «algo elegante y poético: la Constitución es de todos, pues vamos a abonarla»⁴⁰.

40. <http://www.elmundo.es/madrid/2015/02/14>



Ensayo de la performance cancelada de Laura Corcuera y Mónica Cofiño (Madrid, 2015).

Fuente: <https://www.elmundo.es/madrid/2015/02/14/54dfca4fe2704e5a7f8b4573.html>

Fotografía: Laura Corcuera (TWITTER @lcorcuera)

La disruptiva ideología de género también nos ha proporcionado algunos ejemplos de interés. Desde finales de los sesenta, algunas propuestas artísticas europeas habían tratado de subvertir los valores patriarcales haciendo que el cuerpo femenino pasase de ser víctima a ser verdugo, de dominado a dominante, como fue el caso de *Aus der mappe der Hundigkeit (Del dossier de lo canino)* (1968), una performance que trató de denunciar el sometimiento histórico de la mujer mostrando a la artista Valie Export cruzando una calle de Viena, con el coautor, Peter Weiber, a cuatro patas atado con una cadena como si de un perro se tratase⁴¹. En nuestro país, esta corriente ideológica cobró una forma incipiente a través de manifestaciones artísticas claramente transgresoras como la realizada en 1969 por el artista Juan Hidalgo (posterior Premio Nacional de Artes Plásticas en 2016) con sus provocadoras fotografías *Barroca alegre* y *Barroca triste* con las que vino a especular sobre los tópicos de la masculinidad al presentar un pene erecto y

41. Aunque el discurso del arte sobre el cuerpo de la mujer ha evolucionado con el tiempo, el sociólogo de la cultura y de las artes ROCHE CÁRCEL considera que, hoy en día, sigue manifestando una ideología patriarcal marcada por el temor y el deseo, por la evidencia de los progresos socioeconómicos de la mujer y, al mismo tiempo, por una voluntad de controlarla y de impedir su total liberación (ROCHE CÁRCEL, J.A., *Del cuerpo cósmico al cuerpo fragmentado. Análisis sociológico de las imágenes de la mujer en el arte occidental moderno*, en la obra colectiva *La sociología como una de las bellas artes: la influencia de la literatura y de las artes en el pensamiento sociológico*, Roche Cárcel, J.A., Ed. Anthropos, Barcelona, 2012, págs. 99-114).

otro flácido dentro de unas flores. Con estos antecedentes no es de extrañar que en la España de la Transición el arte comprometido con los postulados de la ideología de género recorriese un sinuoso camino⁴² hasta desembocar en propuestas artísticas tan polémicas como las llevadas a cabo por el colectivo LSD, constituido en Lavapiés en 1993 con una significación tan proteica como *Lesbianas Sangran Diluidamente* o *Lesbianas Sudando Deseo*. Sus transgresivas creaciones, como la serie fotográfica *Es-cultura lesbiana* (1994) o *Menstruosidades* (1995), manifestarán sin pudor la condición lésbica con un espíritu de ruptura similar al de las escabrosas propuestas de Jesús Martínez Oliva en las que plasma su fantasías homosexuales por medio de imágenes de cuerpos masculinos de espaldas, con los torsos cuajados de anos, representando escenas de «fist-fucking» y «head-fucking»⁴³.



Es-cultura lesbiana (Colectivo LSD, 1994).

Fuente: <http://archivo-t.net/1994-escultura-lesbiana/> (archivo-t.net)

42. Su más característica representación se encuentra en las propuestas del artista anarquista sevillano Juan Pérez Ocaña y su entorno. Tras llegar a Barcelona en 1973, Ocaña, un pintor de temas preferentemente folclóricos y marianos, comenzó a realizar acciones públicas muy transgresoras para cuestionar los paradigmas de género establecidos. Sus paseos por las Ramblas, disfrazado de actriz, de vieja o de folclórica constituyen una protomanifestación del activismo LGTB con la que trataba de redefinir las normas del género presentando el travestismo en el espacio público, fuera de los tradicionales lugares en los que se buscaba solo su escarnio (psiquiátrico, cabaret, prostíbulo...) (MARZO, J. L., y MAYAYO, P., *Arte en España (1939-2015). Ideas, prácticas, políticas*, Ed. Cátedra, Madrid, 2015, págs. 298-303 y 374– 382; y LUQUE, N., *La vida cotidiana del dibujante underground*, Ed. Anagrama, Barcelona, 2016).
43. MARZO, J. L., y MAYAYO, P., *Arte en España (1939-2015). Ideas, prácticas, políticas*, op. cit., págs. 771-782.



Menstruosidades (Colectivo LSD, 1995).

Fuente: <http://archivo-t.net/portfolio/1995-%C2%B7-menstruosidades/> (archivo-t.net)

Es cierto, como señala LÓPEZ FERNÁNDEZ-CAO, que la valorización de estas nuevas y diferentes prácticas requiere un cambio en la mirada canónica desde un análisis y reflexión feminista y LGTB sobre la construcción de género, pues una de las funciones del arte es imaginarse otra realidad que el derecho viene luego a recoger⁴⁴. Sin embargo, también resulta necesario afirmar la necesidad de establecer ciertos límites basados en el respeto entre géneros, en el deseable equilibrio entre crítica, denuncia y transgresión, en el claro reconocimiento del derecho de toda persona a disentir del pensamiento y de la sensibilidad estética dominante y en la imposibilidad de construir ideología ni estética alguna desde una abrupta exigencia de adhesión incondicional.

III. EL ARTE COMO SUBVERSIÓN: LA UTILIZACIÓN IDEOLÓGICA DEL TALENTO

1. EL FRACASO DE LAS REVOLUCIONES Y LA SOLEDAD ACTUAL DE LA VANGUARDIA ARTÍSTICA

Es un error suponer que el arte no es más que un recreo para los momentos de descanso y ociosidad. No es así. Se trata de un agente social por excelencia, una fuerza que la sociedad necesita para su mejoramiento y un elemento de valor indiscutible para la educación de las personas. El arte, además, ha contribuido a lo largo de los tiempos a destruir en el mundo el reinado de la violencia. Esta última afirmación se pone especialmente de

44. LÓPEZ FERNÁNDEZ-CAO, M., *El mundo del arte, la industria cultural y la publicidad desde la perspectiva de género*, op. cit., pág. 296.

manifiesto con la tragedia griega, una verdadera escuela de costumbres para los ciudadanos que acudían a las representaciones de las obras de Esquilo, Sófocles, Eurípides y Aristófanes para afirmar el sentimiento de su nacionalidad, acrisolar su esencia como pueblo y educar su moral y sus pasiones en la censura política y en los nobles ideales. El teatro griego nos ha dado los más altos ejemplos de enseñanzas morales e, incluso, jurídicas. Veamos un par de ejemplos.

En la última parte de *La Orestíada* de ESQUILO, el padre de la tragedia, *Las Euménides*, las diosas de la venganza (también llamadas las «Benévolas») persiguen a Orestes tras haber degollado a su madre, Clitemnestra, quien, a su vez, había asesinado a su padre, el Rey Agamenón. En un sobrecogedor pasaje, el fantasma de la madre muerta despierta a las Euménides y las insta a que persigan a su hijo: «¡espirad sobre él vuestro hálito sangriento, consumidle en el soplo inflamado de vuestras entrañas!». Conforme van saliendo del letargo, entonan juntas un tenebroso canto de locura mientras rodean a Orestes oliendo en el aire la sangre de su madre asesinada⁴⁵. En ese momento la diosa Atenea aparece en escena, «echa abajo la antigua Justicia» y decide, «con nuevas leyes», que sea un jurado de atenienses quien juzgue al suplicante parricida: «nombraré jueces ligados por juramento que juzguen en todos los tiempos que han de venir. En cuanto a vosotras, disponed testigos, pruebas e indicios que puedan venir en ayuda de vuestra causa»⁴⁶. Con esta nueva ley, que impide el castigo inmediato y sin proceso de los crímenes de sangre, Esquilo da una explicación mítica a un notable y crucial progreso jurídico y social: la sustitución de la venganza por la justicia, entendida esta como un procedimiento administrado por un poder delegado de la comunidad para determinar, en base a unas pruebas, la culpabilidad y el castigo⁴⁷. SÓFOCLES encarna un segundo ejemplo de enseñanzas jurídicas y avances sociales a través del teatro griego al colocar por primera vez en una obra griega, en *Antígona*, a una mujer como heroína principal, y afirmar, en *Edipo Rey*, la existencia de unas leyes naturales, divinas y eternas, superiores a toda ley humana, que nadie puede menospreciar ni eludir.

45. Parece ser que, durante su representación en las «Dionisiacas» de 458 a.C., el público, despavorido y horrorizado, se levantó ante esta terrible vista, atropellándose y lanzando gritos de espanto.

46. ESQUILO, *La Orestíada*, Compañía Ibero-Americana de Publicaciones, Librería Fernando Fe, Madrid.

47. GUARDIOLA VALERO, E., *Importancia social del arte*, op. cit., págs. 91-99 y 246-256.

En el polo opuesto, la iconoclasia desplegada en momentos revolucionarios también ha dado cuenta de las capacidades ideológicas del arte. En noviembre de 1789 la Asamblea Nacional Francesa puso los bienes del clero y de la Iglesia a disposición del pueblo. Conforme a una moción de THURIOT DE LA ROSIÈRE, diputado del distrito de San Luis, las estatuas de los Reyes de la Catedral de Notre-Dame (Enrique IV, Luis XIII, Luis XIV y Luis XV) fueron derribadas y decapitadas, incluso las estatuas de los monarcas de Judea e Israel cayeron de sus pedestales al ser confundidos con los reyes franceses. A partir de ese momento, la municipalidad provisional de París destruyó obras de arte sin control alguno en un fervor de iconoclasia ideológica que se multiplicó exponencialmente. Desde entonces, las relaciones entre arte e ideología han estado jalonadas de conflictos.

El llamado «Arte Degenerado» (*Entartete Kunst*) para el nacionalsocialismo alemán es un buen ejemplo de ello. El 10 de mayo de 1933 las Juventudes Hitlerianas y la Asociación de Estudiantes Nacionalsocialistas, instigados por el Ministro de Propaganda, Joseph Goebbels, lanzaron a la hoguera, en la Plaza de la Ópera de Berlín, miles de libros de autores judíos y comunistas, alemanes y extranjeros, cuyo contenido se consideraba «decadente» y «degenerado». Bertolt Brecht, Albert Einstein, Sigmund Freud, Franz Kafka, Rosa Luxemburg, Karl Marx, Carl Von Ossietzky, Erich Maria Remarque, Stefan Zweig y otros muchos ardieron durante horas⁴⁸. En julio de 1937, cuatro años después de su llegada al poder, el Partido Nacionalsocialista alemán inauguró en Múnich una exposición sobre «Arte Degenerado» que incluía obras de Paul Klee, Kandinsky o Kokoschka, junto con otros famosos artistas alemanes de la época. El catálogo de esta exposición explicaba que el objetivo era «revelar las metas y las intenciones de este movimiento filosófico, político, racial y moral, y las fuerzas motrices de la corrupción que le motivaba». Los cuadros se colgaron torcidos en una

48. Años después, en 1993, el programa municipal «Arte en el Espacio Público» construyó en el mismo lugar un monumento conmemorativo ideado por el escultor y artista conceptual judío Micha Ullman. Una biblioteca subterránea con estanterías vacías en las que podían tener cabida los cerca de veinte mil libros que se quemaron. Un hueco en el suelo de poco más de un metro cuadrado cubierto por un cristal deja ver parte de esta biblioteca vacía. De día pasa casi desapercibido, pero de noche la potente luz que emana del interior lo convierte en una especie de fanal que evoca aquella triste hoguera de 1933. A su lado, una placa de bronce en el suelo reproduce una frase del poeta Heinrich HEINE: «Eso sólo fue un preludio, ahí donde se queman libros se terminan quemando personas» (vid. VALDIVIESO RODRIGO, M., *Arte y memoria histórica: las intervenciones de Berlín*, en la obra colectiva *Duelo y memoria. Espacios para el recuerdo de las víctimas de la represión franquista en perspectiva comparada*, MIR CURCÓ, C. y GELONCH Solé, J. (Eds.), Edicions de la Universitat de Lleida, 2013, págs. 247-248].

especie de sala de subastas de provincia con grafitis en las paredes que insultaban a las obras y a los artistas para crear el efecto de que se trataba de cosas sin ningún valor.



Montaje interior de la Exposición «Arte Degenerado» (Munich, 1937).

Fuente: http://asociacionceat.org/aw/1/_private/ad.htm (José Ignacio Argote)

Poco después de la muestra, se promulgó el Decreto-Ley de 31 de mayo de 1938, sobre confiscación de los productos del arte degenerado, que permitía al Estado nacionalsocialista decidir qué obras podían ser exhibidas y cuáles no. Esta norma sirvió, además, para dar cobertura legal a la adquisición de estas obras por compradores internacionales, muchas de las cuales, a día de hoy, se encuentran en diversos museos, como es el caso de *El brujo de Hiva Oa* (1902) de Paul Gauguin, que se expone en el Museo de las Bellas Artes de Lieja a pesar de haber pertenecido a la colección del Kunstinstitut de Frankfurt.

Con posterioridad, otros brotes de depuración iconoclasta han diezmando el arte occidental. Por ejemplo, en plena Guerra Fría se llevó a cabo en Estados Unidos la denominada «caza de brujas», una depuración ideológica de las artes norteamericanas que causó la ruina de un gran número de artistas. Su brazo ejecutor fue el Comité de Actividades Antiamericanas, creado por la cámara de representantes de Estados Unidos en 1938 para investigar las actividades de agentes extranjeros, particularmente en la industria cinematográfica de Hollywood donde, a partir de 1947, llevaría a cabo una implacable purga de

comunistas bajo la presidencia del Senador demócrata J. Parnell Thomas. En un primer momento se detuvo a un grupo de actores y escritores conocido como los «Diez de Hollywood», una lista negra integrada por personajes como Lester Cole, Edward Dmytryk o Dalton Trumbo que fueron despedidos por pertenecer al Partido Comunista y llevar a cabo una supuesta infiltración en las filas de Hollywood. Poco después, entre 1948 y 1949, el futuro Presidente Richard Nixon tomaría las riendas del Comité demostrando una extraordinaria habilidad en la investigación del espionaje soviético. Sin embargo, sería el conocido senador republicano Joseph McCarthy quien, entre 1950 y 1956, desde la presidencia de la Subcomisión Permanente de Investigaciones del Senado, llevaría a cabo el más dilatado proceso de denuncias e interrogatorios a artistas meramente sospechosos de ser comunistas, dando lugar a una verdadera «caza de brujas» que llevaría al dramaturgo Arthur Miller a escribir su alegórica obra *Las brujas de Salem* (1953).

Todos estos ejemplos ilustran el hecho de que, en todas las épocas, el arte ha sido empleado para impulsar unos cambios políticos fuertemente ideologizados. Como señaló ORTEGA, el arte es donde primero «puede vislumbrarse cualquier cambio de la sensibilidad colectiva. Si el hombre modifica su actitud radical ante la vida comenzará por manifestar un nuevo temperamento en la creación artística y en sus emanaciones ideológicas». El arte de nuestro tiempo tiene así, en muchas ocasiones, un componente revolucionario, utópico y transgresor, un deseo de tocar los límites, de romper los perfiles de la realidad para alcanzar una realidad última más perfeccionada⁴⁹. En 1999 el crítico de arte Gilbert-Rolfe señaló que las preocupaciones ideológicas por las que atravesaba el arte contemporáneo hacían que el compromiso social y político primase sobre lo puramente bello. Lo que prevalece en este tipo de obras es algo que no se ve, es un significado oculto, que solo se entiende, tal y como sucedió con *Distraining for Rent* (1815), un notable óleo de David Wilkie que representó la dolorosa escena del desahucio de una familia de campesinos, expulsada de su casa por un alguacil ante la falta de pago del alquiler. Reproducido por los periódicos, la desesperación que transmitió este casi subversivo cuadro llegó a conmover la opinión pública de tal manera que, poco después, se produjo un cambio legislativo para impedir aquellas tristes situaciones⁵⁰. Las

49. ORTEGA Y GASSET, J., *Influencia negativa del pasado*, op. cit., pág. 378; vid. USCATESCU BARRON, J., *Tradición y futuro*, Revista de Estudios Políticos, n.º 141-132, 1965, pág. 219.

50. LÓPEZ MORENO, I., *Arte político y tradición estética: sobre la institucionalización del mural político*, en *Arte, Cultura y Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, núm. 10, 2007, págs. 9-16.

modernas vanguardias artísticas han expresado así unos activistas mensajes políticos e ideológicos, muchas veces de marcado carácter transgresor.

Un primer ejemplo nos lo proporcionó el Futurismo, un movimiento artístico con una innegable vocación política transgresora. Con la publicación del manifiesto *Le futurisme* (1909) Filippo Tommaso Marinetti fundó por sorpresa este movimiento, dictó sus normas y proclamó un nuevo Estado, una nueva concepción del mundo en once puntos que revelaba, básicamente, la admiración por el belicismo. En las tres décadas siguientes congregó a numerosos artistas bajo el objetivo común de la renovación de la vida social en todos sus ámbitos, tanto artísticos como sociales⁵¹. La agitación intelectual de Marinetti se extendió por toda Europa a través de movimientos de vanguardia artística fascista como el Vorticismismo inglés, presentado en junio de 1914 en la revista «Blast» («Sacudida») por el poeta americano Ezra Pound y por el pintor y escritor Wyndham Lewis. En su manifiesto fundacional, el Vorticismismo también mostró su deseo de sacudir y convulsionar el orden establecido, caduco y mezquino, de la burguesía liberal⁵². En el polo opuesto, el Dadaísmo surgió en el periodo de entreguerras no como un movimiento artístico, sino como un mero grupo reivindicativo que hizo un uso sistemático de la provocación y el escándalo para llamar la atención y criticar el orden forjado por la tradición. Mediante la contradicción, la inconsecuencia y la irracionalidad, los dadaístas se opusieron radicalmente a la guerra y a los intereses de las clases dominantes. Desarrollaron así una, en palabras de Herrera, «cordura del disparate» que poco a poco daría lugar a una corriente artística⁵³. El Surrealismo también estuvo íntimamente vinculado

51. MARTÍN, S., *Futurismo*, Ed. Taschen, Madrid, 2004, págs. 6 y 86.

52. En nuestro país, el nuevo arte producido por el fascismo se movió entre lo clasicista y lo revolucionario, con ciertos elementos modernos, a los que no fue ajeno el hecho de que el escritor Ernesto GIMÉNEZ CABALLERO, principal teórico de estas vanguardias en España, se decantase, a finales de los años veinte, tras su visita a Roma, por la estética fascista y las propuestas políticamente vanguardistas del escritor fascista italiano Curzio MALAPARTE. En concreto, GIMÉNEZ CABALLERO afirmará en *El arte y el Estado* (1935) su desprecio por las vanguardias del arte occidental, mercantilizadas por una élite ociosa, y propondrá a cambio un arte al servicio de la lucha revolucionaria, un arte que sea solo propaganda del Nuevo Estado (WAHNÓN, S., *Entre la vanguardia y el clasicismo. Visiones del arte nuevo en los fascismos europeos*, en *El fascismo clásico (1919-1945). Nuevas aportaciones teóricas*, Antón Mellón, J., (Coord.), Ed. Tecnos, Madrid, 2012, págs. 205-222; Vid. BRIHUEGA SIERRA, J., *El arte en la II República*, en la obra colectiva *1931-1936: de la sublevación democrática a la sublevación militar*, CASAS SÁNCHEZ, J.L., y DURAN ALCALÁ, F. (Dirs.), Diputación Provincial de Córdoba, Universidad de Córdoba, Patronato Niceto Alcalá-Zamora y Torres, 2009, págs. 27-47).

53. HERRERA, J. M., *Un repaso a «La deshumanización del arte»*, op. cit., Madrid, pag. 21.

con la política desde que, en el «Segundo Manifiesto Surrealista» (1930), André BRETON reconociese la politización del movimiento y su acercamiento al marxismo. A modo de epítome, en la década de los sesenta el «Accionismo Vienés», un corto, polémico y radical movimiento artístico de vanguardia, pretendió llevar el arte al terreno de la acción ideológica, incurriendo en actitudes grotescas y violentas en un claro desafío a las convenciones éticas de la sociedad occidental. El reconocimiento oficial, a nivel internacional, de esta tendencia se produjo en 1966, en Londres, con el primer «Simposio de la Destrucción en el Arte». Muchos de sus integrantes fueron perseguidos judicialmente y cumplieron condenas por participar en acciones de carácter abiertamente violento⁵⁴.

En realidad, como señala el antropólogo colombiano Carlos GRANÉS, mientras las grandes revoluciones políticas del siglo XX fracasaron, la revolución cultural que las acompañó durante una buena parte del trayecto y que, aparentemente, debía cumplir un papel secundario o de legitimación simbólica, triunfó. Las vanguardias políticas y artísticas surgieron unidas en una aspiración revolucionaria común; sin embargo, la configuración económica del mundo actual, junto con la profusión de los comportamientos irreverentes y transgresores propugnados por muchos artistas, permiten a GRANÉS constatar la derrota de la revolución marxista y el triunfo – descontextualizado, eso sí– de la artística. Sin embargo, se trata de una victoria más que pírrica, como lo demuestran los peligros de la creciente banalización del arte y de la equiparación entre libertad y «todo vale». La voluntad de cambiar un mundo caduco se ha transformado en un discurso huero, inconsistente y falto de originalidad. Este autor concluye así que, hoy en día, la búsqueda del éxito y la fama son la principal motivación de aquellos artistas que enarbolan una superficial iconoclasia y cuyos inocuos ataques al sistema han pasado a ser considerados por el público como ingredientes chic y transgresores⁵⁵.

54. En concreto, Günter BRUS, quien llegó a decir que la destrucción era un elemento fundamental de su arte, fue procesado y condenado en junio de 1968 por «degradar los símbolos del país» en la performance *Kunst und Revolution*, realizada en un edificio de la Universidad de Viena, en la que, junto con otros «accionistas», se desnudó, se hizo cortes en el pecho y en los muslos con una cuchilla de afeitar, orinó, bebió sus orines, vomitó y defecó mientras entonaba el himno nacional austriaco, tras lo cual se untó el cuerpo con sus heces y terminó tumbándose para comenzar a masturbarse.

55. GRANÉS MAYA, C., *El puño invisible. Arte, revolución y un siglo de cambios culturales*, Ed. Taurus, Madrid, 2011, pág. 492. Vid. MARCO GONZÁLEZ, A., *Los derroteros de la vanguardia en el siglo XX: «El puño invisible» de Carlos Granés*, en Revista Letral, núm. 9, 2012, págs. 184-186.

Cuando el arte llega a este punto, cuando ha perdido todo su significado simbólico tras haberse desmoronado su soporte de legitimación ideológica, se nos muestra como un envoltorio vacío y sin sentido.

2. FRANQUISMO, TRANSICIÓN Y MEMORIA HISTÓRICA: EL ARTE ESPAÑOL CONTRA EL PODER

Las relaciones entre arte e ideología durante el Franquismo se desarrollaron en unos términos inicialmente polémicos. Durante la guerra, un Decreto del Bando Nacional de 4 de septiembre de 1936 ordenó a los Gobernadores Civiles destruir cuantas obras de talante socialista o comunista se encontraran en bibliotecas y escuelas; en concreto, se declaró ilícita «la producción, el comercio y la circulación de libros, periódicos, folletos y toda clase de impresos y grabados pornográficos o de carácter socialista, comunista, libertario y, en general, disolventes». Poco después, en un discurso pronunciado el 1 de octubre de 1936, el general Franco definió la modernidad cultural del país como una corriente de intelectualidad equivocada que, despreciando lo que significaba el pensamiento verdaderamente nacional, tenía preferencias por todo cuanto de estrambótico se generaba en otros países. Este tipo de intelectuales representaban para el «Nuevo Estado» la laicidad, el comunismo y el antiespañolismo. Frente a este panorama, el nuevo arte nacional tenía ante sí la «sagrada misión» de construir y mitificar la identidad nacional, de recoger y expresar la tradicional grandeza del alma española y de nutrir lo genuinamente colectivo al servicio de un destino superior. Por este motivo, tras la Guerra Civil, el art. 12 del Fuero de los Españoles de 1945, una de las ocho Leyes Fundamentales del franquismo que recogía los derechos, libertades y deberes del pueblo español, estableció que todo español podría expresar libremente sus ideas «mientras no atente a los principios fundamentales del Estado».

A pesar de que, en estas condiciones, la represión, la purga y la censura de los elementos «indeseables» parecía inevitable⁵⁶, lo cierto fue que existieron relativamente pocos casos de censura explícita por parte del gobierno o

56. La solución ante este cataclismo ideológico fue, para muchos, el exilio, principalmente a Francia o Méjico. Para otros, los que se quedaron, significó la castración intelectual y la pérdida de la propia identidad. Para el país entero supuso, en cualquier caso, una dramática e incuestionable pérdida de potencia cultural ya que todo el discurso artístico, intelectual y cultural que había eclosionado durante los años treinta quedó extirpado, de una u otra forma, de la vida nacional. Vid. CANTO RUBIO, J., *Las tensiones políticas en el arte*, REP, CEPC, Madrid, n.º 213-214, 1977.

de las autoridades administrativas sobre las artes plásticas. A pesar de las diatribas condenatorias de las publicaciones especializadas contra el arte moderno o de vanguardia, el arte abstracto, por ejemplo, no fue objeto de ninguna campaña de censura al no percibirse sentido revolucionario ni oposición alguna en sus propuestas. En realidad, la aceptación por parte de los poderes públicos de las prácticas de vanguardia se debió a la necesidad de poner fin al aislamiento del Régimen y propiciar su paulatina incorporación a la diplomacia internacional. El arte de vanguardia se utilizó así como una herramienta de propaganda para promocionar una imagen de normalidad social. Esto conllevó cierta «vista gorda» de las autoridades ante las actitudes políticas que algunos artistas exhibían en privado, como fue el caso de Joan Miró, quien regresó a España en 1940 huyendo de la invasión alemana de Francia y, pese haber defendido a la República durante la guerra, mantuvo un prudente silencio en una especie de exilio interior. Como señalan MARZO y MAYAYO, esta postura refundidora transformaría el arte y la cultura española en un lugar de encuentro nacional donde las diferencias se pactaron y se consensuaron pacíficamente. Frente al desastre de lo social, de lo político y de lo colectivo, frente a la imposibilidad de entendimiento, la cultura –el arte– se erigió en el símbolo vertebrador de una esencia nacional común. El Franquismo apostó así por la idea de una cultura artística española que actuase «como un pegamento nacional» articulado en torno a unos canales oficiales en los que los artistas daban a conocer sus creaciones aun a costa de liquidar sus posibilidades de crítica y transformación social⁵⁷.

Sin embargo, por debajo de este aparente apaciguamiento artístico, en las postrimerías del Régimen fueron surgiendo diversas prácticas disruptivas bajo la superficie oficial con las que se vino a reactivar el activismo artístico y a evidenciar las tensiones que aún subyacían en la sociedad española. Por ejemplo, la revista «El Rrollo Enmascarado», surgida en Barcelona entre 1973-1974, fue el primer tebeo underground español que cuestionó abiertamente la ideología al uso⁵⁸. En sus páginas, autores como MARISCAL, Nazario

57. MARZO, J. L., y MAYAYO, P., *Arte en España (1939-2015). Ideas, prácticas, políticas*, op. cit., págs. 69-75, 157-159, 209, 240-245, 255-263 y 276.

58. Desde sus orígenes, la prensa gráfica de nuestro país protagonizó numerosos episodios de crítica política e ideológica con unas transgresoras propuestas artísticas. Y es que las particulares técnicas que desde el humor gráfico o la historieta se pueden poner en práctica para ejercer la crítica y encender la conciencia de la ciudadanía frente a las injusticias le han hecho objeto de la reacción de los poderes públicos. Por ejemplo, el 25 de noviembre de 1905 una turba de militares asaltó los talleres y la redacción de la revista satírica barcelonesa «Cu-Cut», conocida por secundar el nacionalismo catalán y por su descarado antimilitarismo. La crisis política que

LUQUE, PAMIÉS y los hermanos FARRIOL contaban, sin una ideología definida, cosas pequeñas pero molestas, sucias y desagradables para las autoridades y el mercado convencional. Tanto, que en septiembre de 1973 la Policía Nacional secuestró, por orden del Fiscal de Orden Público y antes de ser distribuido, las planchas de impresión y los ejemplares del primer número del tebeo por un presunto delito de escándalo público (art. 431 CP). La revista, con un marcado carácter humorístico, trataba de reproducir por medio de historietas (mudas o habladas) escenas de la vida cotidiana, preferentemente de carácter sexual y amoroso, haciéndose constar en la portada que se editaba solamente para «minorías selectas» y también para «adultos progres». La Sentencia de 31 de mayo de 1974 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Causa n.º 6/1973, Rollo n.º 2309/1973) absolvió finalmente al dibujante al que se había imputado un delito de escándalo público, por cuanto, aplicando la jurisprudencia al uso en relación con la naturaleza esencialmente mutable y circunstancial de los conceptos de moral y decencia pública, no se consideró que las frases recogidas «puestas en boca de supuestos juerguistas satirizados por el autor, revistan –pese a su indudable mal gusto– un ataque a esos sentimientos colectivos de pudor y decencia», ya que, puntualizaba la sentencia, la moral, las buenas costumbres o la decencia pública son conceptos «que han de ser entendidos y valorados en la medida en que resultan poseídos por la comunidad social dentro de la cual tiene lugar el supuesto atentado a la misma, y que no pueden ser confundidos con otra clase de apreciaciones de tipo estético o de buen gusto, cuya determinación no compete a los tribunales».

Con este importante y progresista pronunciamiento se vino a reconocer la existencia de un novedoso sector marginal y contracultural en la juventud española que, a través de un movimiento de «sedición gráfica», se separaba de la cultura y de la moral imperante desarrollando para ello un lenguaje expresivo propio. Se trataba, como apunta MARTÍN, de una juventud minoritaria y exótica que no se comprometió abiertamente en la lucha por la libertad y contra el sistema, pero que, sin pretenderlo, ofreció una alternativa a la cultura y a la moral oficial. Por otra parte, evidenció, de forma clara y meridiana, la relatividad de los valores morales que hasta ese momento habían sido defendidos por el sistema como inviolables e inmutables. Es justamente al poner en duda o destruir el concepto de inmutabilidad de los

desató esta agresión determinó la promulgación, el 23 de marzo de 1906, de la Ley de Jurisdicciones que sometía a la Jurisdicción Militar los delitos de injurias y ofensas al Ejército a través de cualquier medio impreso, incluidas las caricaturas.

valores establecidos que se encuentran en la base del sistema de creencias de la sociedad española, cuando esta sentencia cobró toda su importancia⁵⁹.

Pero los verdaderos enfrentamientos entre arte e ideología estaban a punto de producirse, poco después de la muerte del general Franco, cuando debutaron propuestas como las de los «Costus», nombre artístico de Enrique Naya y Juan José Carrero, dos magníficos pintores y escultores, pareja en la vida privada, cuya obra, inspirada en la esencia de la cultura popular española, ha quedado indeleblemente asociada a la «Movida Madrileña» desde que recibieran el encargo de decorar «La Vía Láctea», un paradigmático local de Madrid llamado a convertirse con el tiempo en todo un icono.

En 1978 los «Costus» organizaron en la Escuela Superior de Arquitectura de Madrid la exposición titulada «Ejemplos de Arquitecturas Nacionales y Otros Monumentos». Un espacio curre con ropa tendida, como una lavandería, en el que, con música flamenca de fondo, se mostraban atrevidos retratos de inspiración pop de grandes folklóricas españolas como Estrellita Castro, Paquita Rico, Lola Flores o Juanita Reina. El cuadro más polémico, sin embargo, fue *Quinto con Marmota*, de Enrique Naya, que, a causa del parecido del quinto con Franco, provocó el cierre de la exposición por escándalo público⁶⁰. El carácter provocador de este tipo de obras, propias de la «Movida», es un buen ejemplo del fuerte sentido transgresor que estas propuestas pretendió generar en la sociedad española de la Transición⁶¹.

59. Sin embargo, el camino no estaba del todo expedito. Poco después, la Sentencia de 25 de octubre de 1974, del Juzgado Municipal n.º 7 de Barcelona (Juicio de Faltas n.º 14/1974), condenó a Miguel Farriol a una multa de 4.000 pesetas por una infracción de la Ley de Prensa e Imprenta por la edición de la Revista «Catalina. Solo para adultos», en la que, además de dar cuenta del anterior pronunciamiento exculpatario señalando que «tras una brillantísima intervención de un picapleitos excepcional se ha demostrado al Jurado que el rollo acusado de ordinario, vulgar y mal gusto, era de una ordinariez, vulgaridad y un mal gusto divinos», se realizaban, según la resolución comentada, unos ataques de pésimo gusto a la «decencia pública» necesaria para la convivencia social, por medio de «esas publicaciones que sólo pueden encontrar público en los niveles más ínfimos de cultura de nuestra sociedad, y que en vez de tratar de elevarlo, lo que provoca es su mantenimiento de ínfimo nivel, cuando no de hundirlo más». Meses más tarde, en enero de 1975, la cubierta del n.º 6 de la contracultural Revista «Star», fundada solo un año antes, fue secuestrada, expedientada y sancionada con multa de 100.000 pesetas por el Ministerio de Información. De igual manera, el n.º 7 de la misma revista resultó sancionado con multa de 150.000 pesetas por publicar la historieta *Luz Bella corrompe a Mari Nieves*, de Nazario (MARTIN, A., *Nacimiento y primeros pasos de «El Rollo Enmascarado»*, en tebeosfera.com, 2004).

60. <http://www.costus.es/portfolio/arquitecturas-nacionales>

61. Una década después, con ocasión de la Exposición Universal de Sevilla de 1992, se produjeron otros singulares episodios de crispación. El primero acaeció cuando el



Quinto con Marmota (Enrique Naya, 1978).

Fuente: <http://www.costus.es/portfolio/arquitecturas-nacionales/>

En aquellos momentos, el Real Decreto-Ley 24/1977, de 1 de abril, sobre libertad de expresión, ya había proclamado el derecho de todos los ciudadanos a la libre información, aunque sin excluir, en su art. 3, el secuestro administrativo de imágenes obscenas o pornográficas y de las noticias, comentarios o informaciones que fuesen contrarias a la unidad

Alcalde de Málaga denegó al colectivo malagueño de artistas «Agustín Parejo School» el permiso necesario para llevar a cabo el proyecto titulado *Sin Larios* para el Pabellón de Andalucía de la Expo'92. La propuesta reivindicaba, como una acción artística que pretendía revisitar conflictos sociales latentes, la intervención de la turba anarquista que, en 1931, arrojó al mar una estatua del Marqués de Larios. De este colectivo surgió Rogelio López Cuenca, creador de otras transgresoras performances como *Décret n.º 1 para la democratización de las artes* (1992), otro proyecto que debía desplegarse en los espacios públicos de la Expo'92, parasitando la señalización oficial con lemas políticos y falsas señalizaciones de países sin Estado, como Palestina o el Sahara. La organización de la Exposición de Sevilla retiró esta iniciativa el día antes de su inauguración y almacenó las comprometedoras piezas. Por último, y también en el marco de la Expo'92, cabe recordar cómo el proyecto del artista estadounidense Dennis Adams titulado *Pabellón del Este* (1992) fue suspendido debido a los grandes recelos que despertaba el efecto de «farsa» y de «pabellón ficticio» que presentaba esta obra con la que, a través de imágenes de estatuas derribadas de destacados dirigentes comunistas, se pretendía representar la evanescente memoria de los países de Europa del Este desaparecidos tras la caída del Muro de Berlín (MARZO, J. L., y MAYAYO, P., *Arte en España (1939-2015). Ideas, prácticas, políticas, op. cit.*, págs. 557-569 y 627-628).

de España, que constituyesen demérito o menoscabo de la Institución Monárquica o de las personas de la Familia Real, o que atentasen al prestigio institucional y al respeto, ante la opinión pública, de las Fuerzas Armadas.

Un caso especialmente relevante en este sentido lo protagonizó la revista satírica «El Jueves» que, a lo largo de su andadura editorial, se iría separando de otras publicaciones humorísticas de la época, como «El Papus» o «La Codorniz», a las que acabaría enterrando, hasta convertirse en la única revista de humor político-satírico. En concreto, el primer número de la revista, surgida en Barcelona el 27 de mayo de 1977 en plena Transición y al amparo de la recién estrenada libertad de expresión, fue secuestrado al considerarse que su portada, en la que aparecía una imagen femenina sentada de espaldas y desnuda con las palabras «izquierda» y «derecha» pintadas en cada glúteo, acompañada del titular «Elecciones: España va de culo», constituía una ofensa a la Patria⁶². Poco después, el n.º 7 de la revista, de julio de 1977, sería igualmente secuestrado por el Juzgado de Instrucción n.º 3 de Barcelona, al estimar que su portada, titulada «Lefebvre se cisma en el Papa», en clara alusión al conflicto del arzobispo Marcel Lefebvre con la Iglesia Católica, constituía un «atentado a la libertad religiosa»⁶³.

Sin embargo, el más paradigmático conflicto entre arte e ideología política en esta época se produjo con ocasión de la película *El crimen de Cuenca*, dirigida por Pilar Miró en 1979 sobre los hechos reales sucedidos a principios del siglo XX en Tresjuncos y Osa de la Vega, dos pueblos de la provincia de Cuenca. Un asesinato sin muerto y uno de los mayores errores judiciales de nuestra historia fue la excusa utilizada para realizar una dura denuncia de la incompetencia de la justicia y los brutales métodos de la Guardia Civil. Una polémica metáfora de alto contenido político contra la Dictadura que generaría una controversia igual o mayor que la de los hechos narrados⁶⁴ al convertirse en el único filme prohibido durante la Democracia.

62. Vid. MALVEILLE, F., *Claves de la primera plana de la revista El Jueves (1977-2003)*, en la obra colectiva *Prensa, impresos, lectura en el mundo hispánico contemporáneo. Homenaje a Jean François Botrel*, Université Michel de Montaigne, Burdeos, 2005, págs. 539-568.

63. Años después, en 2002, la revista mostró una caricatura de Ariel Sharon con rasgos porcunos y una cruz gamada nacionalsocialista, lo que provocó que, con ocasión de la Conferencia Euromediterránea celebrada en Valencia en abril de ese año, el Ministro de Asuntos Exteriores israelí, Simon Peres, denunciase la publicación como ejemplo del «neoantisemitismo europeo». Las consecuencias fueron mínimas, como lo demuestra el hecho de que la publicación fuese nombrada mejor revista del año en el Salón del Cómic de Barcelona de 2006 a pesar de, o tal vez precisamente por, no renunciar a su línea editorial irrespetuosa y transgresora.

64. El filme recrea, con todo lujo de detalles, los brutales interrogatorios a los que fueron sometidos dos sospechosos, allá por 1913, tras ser detenidos por orden del Juzgado de Belmonte (Cuenca) que había reabierto el caso –cerrado por falta de pruebas–

La película de Pilar Miró no se estrenaría hasta 1981. Como el entonces Ministro de Cultura, Ricardo de la Cierva, consideró que podía contener injurias contra la Guardia Civil, la Dirección General de Cinematografía denegó a la película, en noviembre de 1979, la licencia de exhibición para que la jurisdicción competente pudiera pronunciarse sobre la existencia o no de estos indicios delictivos. Aunque el film no pudo estrenarse en España, paradójicamente fue seleccionado para representar a nuestro país en el Festival Internacional de Cine de Berlín donde, el 25 de febrero de 1980 recibió muy buena acogida por parte del público. Ese mismo mes de febrero, el Juzgado Militar Permanente n.º 5 secuestró todas las copias del filme e inició actuaciones contra la directora Pilar Miró, que fue procesada, si bien, tras la reforma del Código de Justicia Militar, se inhibió a favor de la Jurisdicción Penal Ordinaria. La Audiencia Nacional ya había fallado, en Sentencia de 31 de julio de 1980, la nulidad de la denegación de licencia de exhibición, si bien ello no significaba que la película pudiera exhibirse, ya que la directora seguía procesada. Finalmente, la Sentencia de 31 marzo de 1981 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 3.^a) puso fin a la azarosa aventura judicial de *El crimen de Cuenca* al absolver a su directora y levantar el secuestro de su película, que se estrenó, con gran éxito, en agosto de ese mismo año.

Pero este no había sido el primer caso de censura por parte de la Jurisdicción Militar en la recién estrenada Democracia española. Algo parecido había ocurrido pocos años antes. El 7 de noviembre de 1977 la compañía catalana de teatro «Els Joglars» estrenaba su obra *La torna*, una tragicomedia que narraba la detención por el asesinato de un Guardia Civil, el Consejo de Guerra y la ejecución a garrote vil de Heitz Chez el mismo día que el anarquista español Salvador Puig Antich. Tras cuarenta

después de tres años de la desaparición de «El Cepa». Uñas arrancadas, tremendas palizas y comidas sin agua a base de bacalao sin desalar hicieron que confesaran el asesinato y posterior descuartizamiento de un pastor de la misma finca donde ellos trabajaban para apropiarse del dinero procedente de la venta de unas ovejas. Un jurado popular los culpó tras debatir media hora y los condenó a 18 años de cárcel. Doce años después, en 1925, se descubrió que «el Cepa» estaba vivo y que había desaparecido el 21 de agosto de 1910 porque, según él mismo declaró, «me dio un barrunto y me marché». El Ministerio de Gracia y Justicia ordenó revisar la causa y el Tribunal Supremo, en Sentencia de 10 de julio de 1926, declaró nula la Sentencia condenatoria por cuanto «la confesión de los reos Gregorio Valero y León Sánchez, base esencial de sus condenas, fue arrancada mediante violencia continua inusitada». A pesar de que los presos fueron liberados e indemnizados, el caso levantó una fuerte polémica periodística en la España del Régimen de Primo de Rivera. La prensa más liberal, representada por periódicos como «El Sol», «El Liberal» o «El Heraldo de Madrid», le dio una gran relevancia pidiendo responsabilidades por el error judicial, mientras que la más conservadora, como «El Debate», casi obvió el caso.

representaciones por diversos puntos de España, el 2 de diciembre de ese mismo año, dos días antes de su estreno en un teatro de Reus, la obra fue prohibida por el Capitán General de Cataluña, y su director y los actores procesados y sometidos a un Consejo de Guerra. Los actores quedaron en libertad provisional mientras que el director, Albert Boadella, ingresaba en la Cárcel Modelo, si bien, después de ser trasladado al Hospital Clínico, consiguió escapar a Francia pocos días antes de la vista. Finalmente, en marzo de 1978 los actores fueron condenados a dos años de prisión cada uno, aunque en enero de 1979 fueron posteriormente indultados. En enero de 1981, el sumario pasó a la Jurisdicción ordinaria y en febrero la Audiencia Territorial de Barcelona condenó a Boadella a seis meses de prisión por quebrantamiento de condena, exculpándole del delito de injurias al Ejército. Mientras todo esto sucedía, se realizaron numerosas manifestaciones y protestas ciudadanas en un primer movimiento de la incipiente Democracia en favor de la libertad de expresión⁶⁵.

Con la Democracia ya plenamente implantada en nuestro país, la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, más conocida como «Ley de la Memoria Histórica», vino a impulsar un proyecto con una intención diametralmente contraria al persistente olvido sostenido durante los años iniciales de la Transición, al ordenar a las autoridades públicas a tomar las medidas oportunas para la retirada de símbolos franquistas en edificios, calles y lugares públicos⁶⁶, lo que supondría la retirada de numerosas obras de arte.

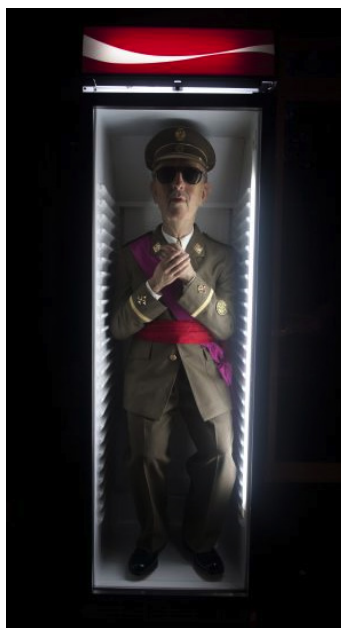
En este mismo sentido, el artista Fernando Sánchez Castillo ha analizado las relaciones entre arte y poder, fijando su particular mirada subversiva en las estatuas y monumentos oficiales del franquismo. Obras como *Ciudad sin héroes* (2002), en la que realiza un fotomontaje del pedestal vacío de la estatua ecuestre de Franco en Nuevos Ministerios; *Pacto de Madrid* (2003),

65. SUAREZ, J.C., *La transición como espacio de creación: cine, música y pintura (entre movidas anda el juego)*, en la obra colectiva *Transiciones en el mundo contemporáneo*, Reig Tapia, A., y Sánchez Cervelló, J., (Coords.), Publicacions Universitat Rovira i Virgili y Universidad Nacional Autónoma de México, 2016, págs. 620-621.

66. En su desarrollo, la Orden del Ministerio de Cultura 3190/2008, de 6 de noviembre, publicó el Acuerdo del Consejo de Ministros de 31 de octubre de 2008 por el que se dictan instrucciones para la retirada de símbolos franquistas en los bienes de la Administración General del Estado, de exaltación, personal o colectiva, de la sublevación militar, de la Guerra Civil y de la represión de la Dictadura, con excepción, de conformidad con lo previsto en el art. 15.2 de la Ley, de aquellos símbolos que se encuentren en un bien calificado como Bien de Interés Cultural que tengan un significado histórico o un valor artístico o artístico-religioso.

que presenta otra estatua ecuestre de Franco semienterrada en arena; una *Fuente con cabeza de Franco* (2008), ubicada en una calle peatonal de Caldas de Reis; o *Síndrome de Guernica* (2012), en la que los restos del yate Azor, tras ser desguazados y convertidos en un minimalista bloque con forma de prisma, fueron expuestos en la antigua cámara frigorífica del Matadero Madrid, generaron una gran polémica al ser interpretados como una provocación antifranquista, si bien el autor siempre reivindicó su única intención de provocar una «catarsis histórica», de «deconstruir» la funcionalidad espiritual del monumento, aunque, eso sí, en tono irónico.

Este mismo espíritu irónico se puso de manifiesto cuando el artista Eugenio Merino presentó en la Feria ARCO de 2012 su obra *Always Franco*, en la que una figura del general aparecía, vestido de gala, dentro de una máquina de refrescos con puerta de cristal de Coca-Cola, como metáfora de la permanencia del Dictador en nuestra memoria.



Always Franco (Eugenio Merino, 2008).

Fuente: https://elpais.com/cultura/2012/02/13/actualidad/1329163264_681831.html

Fotografía: Pedro Temboury

La Fundación Francisco Franco presentó una demanda que fue desestimada por la Sentencia de 15 de julio de 2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 26 de Madrid (Juicio Ordinario n.º 483/2012), basándose en la doctrina constitucional sobre el derecho a la producción y creación artística que señala la estrecha relación que existe entre tal derecho y la libertad de expresión. Según ella, la libre creación artística constituye una «concreción» del derecho a expresar libremente pensamientos o ideas (SSTC 153/1985, de 7 de noviembre, FJ 5; y 43/2004, de 23 de marzo, FJ 5), es una «faceta» de la libertad de expresión (ATC 152/1993, 24 de mayo, FJ 2), o un «ámbito» en que se manifiesta la libertad de pensamiento y expresión (ATC 130/1985, de 27 de febrero, FJ 2), manifestaciones todas ellas que llevan implícita la idea de que la libertad protegida por el art. 20.1.a) CE no es sólo la política sino, también, la artística (STC 51/2008, de 14 de abril, FJ 5). Así, el objetivo principal de este derecho es proteger la libertad del propio proceso creativo, manteniéndolo inmune frente a cualquier forma de censura previa (art. 20.2 CE) y protegiéndolo respecto de toda interferencia ilegítima proveniente de los poderes públicos o de los particulares⁶⁷. De esta manera, sin negar que se pudiese haber herido algún tipo de sensibilidad, la Sentencia – posteriormente confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Madrid, que concluyó que la Fundación Francisco Franco no estaba legitimada para defender el honor del anterior Jefe del Estado en los Tribunales⁶⁸– consideró que la obra *Always Franco* no dañaba la reputación u honor ni del Dictador ni de la Fundación demandante, sino que era, simplemente una obra crítica, caricaturesca, irónica y humorística que tenía

67. Tal y como señala la STC 176/1995, de 11 de diciembre (FJ 5), el ejercicio de la libertad de expresión no tiene otros límites que los fijados explícita o implícitamente en la Constitución, que son los demás derechos y los derechos de los demás. Por ello, se veda cualquier interferencia, principalmente, en este ámbito, la censura previa (art. 20.2 CE), que históricamente aparece apenas inventada la imprenta, en los albores del siglo XVI, por toda Europa.

68. En febrero de 2014 el escultor fue demandado de nuevo por la misma entidad por dañar el honor de Franco con su obra *Punching Franco*, en la que se reproducía la cabeza del Dictador como receptor de los puñetazos en un punching-ball. La demanda se desestimó en primera instancia por cuanto la obra «no pretende representar unos hechos reales sino que se trata de una composición extravagante y caricaturesca que no excede los usos sociales propios de nuestra realidad cultural». La Sentencia de 13 de octubre de 2015 de la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Madrid, al resolver el recurso presentado por la organización franquista contra la Sentencia que absolvió al artista, rechazó la demanda porque, en su opinión, la Fundación no estaba legitimada para defender el honor del Dictador. Si bien la Audiencia reconoció el derecho al honor de la entidad, afirmó que los demandantes no podían considerar que una supuesta ofensa contra aquel supusiese «automáticamente» una mofa y un escarnio que dañe el honor de la Fundación.

por objeto mover a la reflexión mostrando al personaje como el icono que es dentro de nuestra sociedad⁶⁹.

Esta corrosiva mirada sobre el anterior Jefe del Estado se ha prolongado en el tiempo hasta alcanzar, en diversas ocasiones, a la Corona y otras relevantes instituciones del Estado⁷⁰. El episodio más sonado lo protagonizó una portada de la Revista «El Jueves» de julio de 2007 que mostró a los entonces Príncipes de Asturias, hoy Reyes de España, en una postura sexual explícita con el texto: «¿Te das cuenta? si te quedas preñada... ¡Esto va a ser lo más parecido a trabajar que he hecho en mi vida!», en

69. La STC 51/2008, de 14 de abril, sobre un libro del escritor Manuel VICENT, reconoció (FJ 6), que el dato fisiológico de la muerte no puede ser soslayado tratándose de un derecho personalísimo como el del honor. Con la muerte de las personas su reputación se transforma en gran medida, vinculándose sobre todo a la memoria o al recuerdo por parte de sus allegados. De ahí que no pueda postularse que su contenido constitucional y la intensidad de su protección sean los mismos que en el caso de las personas vivas. En este sentido cabe recordar cómo en la STC 43/2004, de 23 de marzo, relativa a un reportaje en que se aludía a la participación de un familiar de los recurrentes en el Consejo de Guerra que condenó a muerte a un conocido político de la Segunda República, el Tribunal Constitucional no negó la posibilidad de acudir en amparo en defensa del honor del familiar fallecido. Pero reconoció que el paso del tiempo diluye necesariamente la potencialidad agresiva sobre la consideración pública o social de los individuos en el sentido constitucional del término y, por consiguiente, «la condición obstativa de la personalidad frente al ejercicio de las libertades del art. 20 CE» (FJ 5).
70. Esa práctica no es exclusiva de nuestro país. El 31 de marzo de 2016 la televisión pública alemana emitió, en horario nocturno, una parodia del cómico alemán Jan Böhmermann, quien, con la advertencia de que se trataba de un experimento sobre los límites de lo que podría entenderse como libertad de expresión, declamó un poema para ironizar sobre las prácticas autoritarias del Presidente de Turquía Erdogan, al que acusó de zoofilia, de maltrato y de persecución contra los kurdos. Erdogan dio un paso insólito y, tras expresar su malestar por vía diplomática, interpuso contra el autor, a título personal, una querrela penal ante la Fiscalía de Maguncia por un presunto delito de injurias previsto en el art. 185 del Código Penal Alemán, mientras que, en una nota verbal, el Gobierno turco pidió la apertura de un proceso con base en el art. 103 del mismo texto, que tipifica como delito la injuria a órganos y representantes de estados extranjeros y establece penas de hasta cinco años de cárcel. La apertura de ese proceso requería el visto bueno de la Canciller alemana Ángela Merkel, que lo concedió en una decisión por la que recibió duras críticas en el país. Este proceso iniciado por Erdogan en calidad de Jefe de Estado fracasó, al considerar la Fiscalía Federal Alemana que el cómico utilizó el poema como ejemplo de los límites de la libertad de expresión y estimó que una sátira no es un delito si, como era el caso, la caricaturización de debilidades humanas no supone una difamación grave de una persona. En octubre de 2016 los socios de la gran coalición alemana llegaron a un acuerdo para eliminar este polémico art. 103 que tipificaba como delito las injurias a un Jefe de Estado extranjero. Sin embargo, en febrero de 2017, en el procedimiento seguido por el presunto delito de injurias recogido en el art. 185 del Código Penal, la Audiencia de Hamburgo mantuvo la prohibición cautelar parcial de aquellos pasajes del poema que podrían resultar objetivamente injuriosos y difamatorios. Un pronunciamiento este que fue interpretado por los medios alemanes como una intromisión en el derecho a la libertad de expresión y creación artística.

clara referencia a la ayuda económica a la maternidad anunciada por el entonces Presidente del Gobierno, José Luis Rodríguez Zapatero. Esta denigrante imagen provocó el secuestro de la publicación de los puntos de venta en julio de 2007 por decisión del Juzgado Central de Instrucción n.º 6. Poco después, la Sentencia de 13 de noviembre de 2007 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Rec. n.º 43/2007, ROJ: SAN 4623/2007), condenó a los autores a una multa de 3.000 euros por un delito de injurias a la Corona, por cuanto con el referido dibujo de la portada «se tilda al Príncipe, esencialmente, de vago y, por ende, codicioso», de una manera ultrajante y ofensiva, y ello a pesar de que, según los autores, su finalidad no era otra que hacer una crítica al subsidio de natalidad anunciado. Y es que el Tribunal Constitucional ya había tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre la posible exclusión de la norma penal por un supuesto ejercicio de la libertad de expresión, advirtiéndole que, en caso de invocación de dicha libertad, la concesión del amparo dependería de que en la manifestación de la idea u opinión se hubiesen añadido o no expresiones injuriosas «desprovistas de interés público e innecesarias a la esencialidad del pensamiento o formalmente injuriosas», dado que el art. 20.1.a CE «no reconoce un pretendido derecho al insulto» (SSTC 107/1988, de 8 de junio, 176/1995, de 11 de diciembre, y 6/2000, de 17 de enero). Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sus Sentencias de 8 de julio de 1986 (Caso Lingens contra Austria) y de 20 de mayo de 1999 (Caso Bladet Tromsø y Stensaares contra Noruega) también había afirmado la necesidad de «respetar la reputación ajena y su honor porque estos derechos constituyen un límite al derecho de expresarse libremente y de la libertad de informar». En aplicación de esta doctrina, la Audiencia Nacional concluyó que la peyorativa utilización de los Príncipes de Asturias traspasaba la delgada línea que separa la sátira feroz y despiadada para situarse en el puro insulto y el vilipendio, innecesario, además, a los fines de criticar o satirizar la promesa gubernamental del subsidio de natalidad⁷¹.

En febrero de 2017 este mismo semanario satírico reprodujo, con una recalcitrante actitud, una portada con la imagen caricaturizada de la Infanta Cristina e Iñaki Urdangarín desnudos y practicando el coito con el titular «La Infanta irá a la cárcel» mientras, en un bocadillo, ella matiza «Pero sólo

71. En 2014, con motivo de la abdicación del Rey Don Juan Carlos, fue el grupo editorial RBA al que pertenecía la revista, el que, *motu proprio*, retiró su anunciada portada en la que el Rey Emérito, con una pinza en la nariz, entregaba a Felipe VI una corona llena de excrementos. Tras aquel cambio de portada, el director y el núcleo duro de los dibujantes decidieron abandonar la revista en un gesto de reivindicación de su dignidad profesional y de su libertad de expresión.

a los vis a vis». Una portada similar –la postura en la que los personajes practican el coito es idéntica–, a la secuestrada en 2007 con los entonces Príncipes de Asturias. En esta última ocasión de 2017, sin embargo, no se produjo reacción jurisdiccional alguna ante este claro homenaje a la portada secuestrada en 2007.

Otro notable ejemplo de arte ofensivo a través de la caricatura se produjo cuando, el mismo día de su inauguración, el 18 de marzo de 2015, el Director del Museo de Arte Contemporáneo de Barcelona canceló la exposición *La bestia y el soberano* coproducida por el Württembergischer Kunstverein de Stuttgart, debido a la negativa de los Comisarios de la misma a retirar una pieza considerada «inapropiada»: una escultura de Inés Doujak titulada *Haute Couture 04 Transport* que ya se había exhibido previamente en la Bienal de São Paulo en 2014 y en el Royal College of Art de Londres. La obra en cuestión era parte de un proyecto que exploraba la «relación asimétrica entre Europa y América latina» y mostraba al Rey Juan Carlos I vomitando una hierba llamada aciano sobre unos cascos de estética alemana mientras es sodomizado a cuatro patas por la activista obrera y feminista boliviana Domitila Barrios, siendo esta, a su vez, sodomizada por un pastor alemán.

Según los Comisarios de la Exposición cancelada, aceptar la supresión de la obra de Doujak amenazaba la libertad de expresión y el papel del museo en la sociedad contemporánea. En su opinión, este acto de censura reveló el funcionamiento no democrático de una institución cultural pública cuyos límites «no deben estar definidos por intereses particulares». La obra en cuestión, señalaban, «se inscribe en una larga tradición artística de la caricatura, las esculturas carnalescas y la parodia iconoclasta», de manera que «no constituye una ofensa personal a un individuo, sino la reformulación crítica de unos imaginarios colectivos, en este caso el imaginario representado por la monarquía, que precisamente por ser públicos son susceptibles de resignificar desde la práctica de los artistas»⁷².

Ya vimos cómo, con anterioridad, la doctrina constitucional había afirmado que la libertad protegida por el art. 20.1 a) CE no es sólo la política, sino también la artística (STC 51/2008, de 14 de abril), admitiéndose la virtualidad de la libertad de creación artística (art. 20.1.b CE) para operar, en determinadas circunstancias, como límite del derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE), un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas (SSTC 81/2001, de 26 de marzo, y 139/2001, de 18 de junio, 83/2002, de 22 de

72. http://www.eldiario.es/cultura/politicas_culturales/claves-escandalo-MACBA

abril y 14/2003, de 28 de enero). Más concretamente, la STC 23/2010, de 27 de abril, FJ 5, había reconocido que la afección al derecho a la propia imagen de la persona representada mediante una caricatura «puede venir justificada por el legítimo ejercicio de la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] o, incluso, de la libertad de creación artística [art. 20.1 b) CE]» pues, no en vano, «la caricatura constituye, desde hace siglos, una de las vías más frecuentes de expresar mediante la burla y la ironía críticas sociales o políticas que, en tanto que elemento de participación y control público, resultan inescindibles de todo sistema democrático, y coadyuvan a la formación y existencia “de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático” (STC 12/1982, de 31 de marzo, FJ 3). Con frecuencia, “este tipo de sátira es una forma de expresión artística y crítica social que con su contenido inherente de exageración y distorsión de la realidad persigue naturalmente la provocación y la agitación” (STEDH Vereinigung Bildender Künstler c. Austria, de 25 enero de 2007, § 33) y cuando así suceda, el uso manipulativo de la imagen ajena podrá constituir un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión en cuanto contribuya al mantenimiento de una opinión pública crítica y plural, como “condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al sistema democrático” (SSTC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6; 77/2009, de 23 de marzo, FJ 4)».

Sin embargo, a continuación, esta misma Sentencia matiza que la formación de la opinión pública y la libre circulación de ideas no son las únicas finalidades imaginables de «tales creaciones». En ocasiones la manipulación satírica de una imagen puede obedecer a intenciones que no gozan de relevancia constitucional suficiente para justificar la afectación del derecho al honor y a la propia imagen (art. 18.1 CE), por «venir desvinculadas de los objetivos democráticos reseñados». De hecho, como señaló la STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 5, a menudo «el propósito burlesco, animus iocandi, se utiliza precisamente como instrumento del escarnio» a través de la difusión de caricaturas «creadas con la específica intención de denigrar o difamar a las personas representadas» (cfr. STEDH Aguilera Jiménez y otros c. España, de 8 de diciembre de 2009, § 32 y ss.). En estos casos, ante la ausencia de un interés público constitucionalmente defendible, no cabe duda de que la intromisión en el derecho a la propia imagen carecerá de justificación alguna. Será delicada tarea del operador jurídico deslindar cada caso para identificar, con precisión, la transgresión y la ofensa.

IV. EL ARTE COMO TRANSGRESIÓN: DERECHOS Y LÍMITES EN TORNO LA CREACIÓN ARTÍSTICA

El derecho, en sus distintas ramas, se ocupa de las obras de arte regulando, básicamente, su titularidad, su conservación y su tráfico patrimonial⁷³. Sin embargo, en ocasiones, el contenido transgresor de ciertas manifestaciones artísticas hace que la norma jurídica vaya mucho más allá. Arte y derecho conviven en estas ocasiones de manera tensa, pues no se trata ya de definir ni de regular la propiedad y el tráfico de las obras de arte, sino de controlar, por un lado, su contenido externo, y por otro, el mensaje simbólico y valorativo que se intenta transmitir. En estos casos, el arte, al actuar como mecanismo de expresión de una protesta social o de una (des)valoración ideológica más allá de determinados límites jurídicos –que estudiaremos a continuación–, se convierte en objeto de la acción de las Administraciones Públicas y de los Tribunales de Justicia, que lo controlan, lo censuran, lo prohíben e, incluso, lo sancionan. Habrá que preguntarse sobre el papel que, en estas ocasiones, desempeñan los poderes públicos, si actúan como meros «castradores de ideas», o como legítimos garantes de la legalidad y el orden social. Cualquiera que sea la respuesta, esta habrá de tener presente dos factores.

En primer lugar, y sin que ello suponga una excusa, que el artista transgresor suele ser incapaz de baremar a priori el impacto de sus propuestas. Como reconoce HUBER⁷⁴, su impulso creativo está, por lo general, unido a un eufórico egocentrismo que le permite sentir y creer que todo lo que hace concierne e interesa a todo el mundo. Esta posición afirmativa, que desplaza toda posible autocrítica y hace que crea que el público no tiene opción alguna a la duda, llega, incluso, a traducirse en declaraciones artísticas apologeticas, políticamente provocadoras e incorrectas como las que en 2001 realizó el gran compositor alemán de música electrónica Karlheinz Stockhausen sobre el atentado contra el World Trade Center de Nueva York: «Lo que hemos visto –y ahora hemos de cambiar por completo nuestra manera de contemplar–, es la mayor obra de arte jamás realizada». Estas confusas e inexplicables palabras generaron una agria reacción del público, afectaron gravemente su imagen y provocaron

73. Como apunta NINA, el mero acto de regular el arte, crea de forma inmediata un «contra-poder de resistencia de liberar el arte» (NINA, D., *El Arte como objeto de apropiación común: Redefiniendo las bases del derecho moderno*, en «Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho», n.º 30, julio/diciembre 2010, págs. 27-30).

74. HUBER, K., *Tres meditaciones sobre arte y música*, en Revista de Occidente n.º 283, Diciembre 2004, Fundación José Ortega y Gasset, Madrid, pág. 82.

que muchos de sus inmediatos conciertos fueran cancelados a pesar de que el compositor intentase explicar posteriormente, a través de su página web, que en su frase original se refería a «la mayor obra de arte de Lucifer, el Ángel caído que encarna la destrucción»⁷⁵.

En segundo lugar, habrá que tenerse presente que, mientras más ofensivo resulte el arte transgresor y con más intensidad provoque la reacción del público y de los poderes públicos, más aumentará también el riesgo de que se produzca el indeseado «efecto Streisand», un fenómeno mediante el cual la sanción o la censura de ciertas obras se torna contraproducente, ya que estas acaban siendo ampliamente divulgadas y reciben mayor publicidad de la que habrían tenido de no haber sido sancionadas⁷⁶.

Desde estas premisas analizaremos seguidamente qué derechos se invocan al crear estas obras ofensivas y cuáles son los límites constitucionales y jurídicos cuya transgresión provoca –o debiera provocar– la intervención de los poderes públicos. Como veremos, lo que sucede en muchos casos es que, si bien la libertad de expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones (art. 20.1.a CE) tiene su límite en el respeto a los derechos y libertades de los demás, especialmente en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia (art. 20.4 CE), cuando se trata del derecho a la creación artística (art. 20.1.b CE) parece que dichos límites se difuminan, se relajan o se relativizan al socaire de la naturaleza artística de la obra y del espíritu crítico que anima a su autor.

La STC 51/2008, de 14 de abril, afirmó (FJ 5) que el derecho a la producción y creación literaria (art. 20.1.b CE) tiene un contenido autónomo que, sin excluirlo, va más allá de la libertad de expresión (en igual sentido se pronunció la STC 34/2010, de 19 de julio, FJ 3). El objetivo legítimo principal de este derecho –al igual que el derecho a la producción y creación artística– es proteger la libertad del proceso creativo, manteniéndolo inmune frente

75. Otro ejemplo, solo un año después, lo protagonizó en 2002 el provocador artista inglés Damien Hirst al afirmar también que los atentados del 11-S fueron «una obra de arte en sí mismo» que «de alguna manera merece una felicitación, una a la que mucha gente rehúye, una muy peligrosa». Evidentemente, estas declaraciones provocan, de entrada, un rechazo inmediato. El arte es, debe ser, otra cosa. Se debe situar lejos de la «utilización alienante de la imagen en sus usos espectaculares» (JIMÉNEZ, J., *Guerra, terror, paz. La interrogación del arte y de la filosofía*, en *Revista de Occidente* n.º 420, mayo 2016, Fundación José Ortega y Gasset, Madrid, págs. 77-78).

76. El término fue acuñado en 2003 en Estados Unidos, cuando la actriz Barbara Streisand demandó al fotógrafo Kenneth Adelman por haber tomado y distribuido imágenes aéreas de su casa. Aunque consiguió que los Tribunales retiraran las fotografías del mercado, la fácil propagación de imágenes en Internet provocó el efecto contrario, confiriéndoles una gran popularidad y repercusión mediática.

a cualquier forma de censura previa (art. 20.2 CE) y protegiéndolo respecto de toda interferencia ilegítima proveniente de los poderes públicos o de los particulares. Aunque en este pronunciamiento se reconoció la legitimidad, en términos constitucionales, de cierta desconexión con la realidad y del recurso a la exageración para cumplir con la función que se persigue en la obra, también se recordó que el ejercicio del derecho a la creación y producción literaria «está sometido a límites constitucionales que este Tribunal ha ido perfilando progresivamente. Sin ir más lejos, el propio apartado 4 del art. 20 CE dispone que todas las libertades reconocidas en este precepto tienen su límite en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

Pues bien, estos límites chocan frontalmente con una pretensión de impunidad artística que, bajo la excusa de la «resignificación» de las cosas llevada a cabo desde la actividad creativa, vendría a dotar al artista de una especie de *patente de corso* para incurrir en el escarnio, la denigración y la ofensa. Lo deseable sería que los conflictos entre la libertad artística y la esfera de la personalidad concernida se solucionasen aplicando con ecuanimidad estos criterios que limitan las libertades de expresión y de creación artística, tomando de entre todos ellos, como parámetro insoslayable, la indemnidad de la dignidad humana. Sin embargo, en el arte actual, no sucede así en todos los casos. Ello tal vez se deba a que, como tendremos ocasión de comprobar, se echa muy en falta una construcción dogmático-jurídica seriamente argumentada en torno a los límites constitucionales y legales de las obras de arte.

1. LA OFENSA DE LOS SENTIMIENTOS Y CREENCIAS RELIGIOSAS A TRAVÉS DEL ARTE

1.1. El estado de la cuestión en el Derecho comparado y en la jurisprudencia del TEDH: ¿derecho a no ser insultado o libertad de expresión?

El arte cristiano ha protagonizado durante un largo período histórico una parte muy importante del arte occidental. Sin embargo, su contenido no siempre ha sido pacífico pues, a lo largo de todo su recorrido se han producido numerosos episodios transgresores en los que se ha llegado, incluso, a criminalizar determinadas propuestas artísticas.

El primero que nos viene a la memoria sucedió entre 1537 y 1541, cuando Miguel Ángel pintó los frescos de la Capilla Sixtina. El descubrimiento del

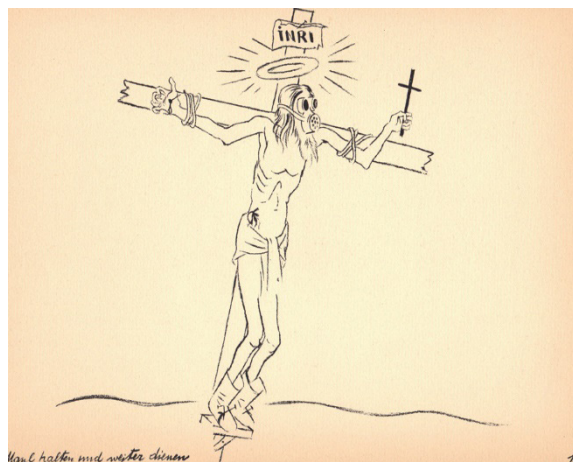
Juicio Final con sus imágenes desnudas provocó la inmediata reacción de las jerarquías eclesiásticas, que calificaron la obra de inmoral y obscena. Esta agria disputa se zanjó en la reunión de la Congregación del Concilio de 21 de enero de 1564, en la que se ordenó el cubrimiento de toda la «parte obscena» del fresco con «paños de pureza». Pocos años después, en la primavera de 1573, los Tribunales de la Inquisición pidieron a Paolo Veronese, «El Veronés», que explicase el contenido de un gran cuadro sobre la Última Cena que había sido colocado en el refectorio del convento veneciano de San Giovanni. En la escena aparecían, rodeando a Jesús y a sus discípulos, varios turcos ataviados con turbantes, dos soldados alemanes –probablemente protestantes–, un hombre al que le sangraba la nariz, un enano con un loro y otras figuras totalmente desinteresadas en la presencia de Cristo en la mesa. El pintor, requerido para explicar estas extrañas referencias y, por ende, el carácter blasfemo o no de la obra, respondió a los inquisidores –con un sarcasmo que le valdría una sentencia condenatoria–, que «nosotros, los pintores, nos tomamos las mismas licencias que los poetas y los locos». Es decir, invocó lo que hoy día conocemos como libertad creativa⁷⁷.

En la actualidad el arte religioso arrastra un largo periodo de languidecimiento y está prácticamente excluido de la actividad de los artistas. A pesar de ello, la iconografía cristiana se encuentra más que presente en el imaginario artístico con un sentido, eso sí, profundamente subvertido al ser transgresoramente utilizado por propuestas estéticas con las que se pretende no solo crear arte, sino también cuestionar y criticar abiertamente ciertos aspectos relacionados con las confesiones religiosas al socaire de la libertad de expresión del artista. Como apunta GAMERO, el arte contemporáneo no es siempre complaciente con el observador pues una de sus obligaciones debe ser provocar para despertar conciencias y alertar contra la injusticia, aunque sea a través de mensajes duros o polémicos. A ello se suma el hecho de que la libertad de expresión es una de las bases esenciales de cualquier sociedad democrática. Sin embargo, cuando esta choca con el sentimiento religioso, con la libertad ideológica y religiosa –que, no olvidemos, también es un derecho fundamental–, hay que tratar

77. Una última polémica la protagonizó el pintor barroco Caravaggio con *La Muerte de la Virgen* (1606). La obra fue encargada para la Iglesia de Santa María della Scala en Roma, pero, nada más verse, se tachó de irrespetuosa y herética en unos momentos en que la Contrarreforma utilizaba el arte para transmitir los dogmas católicos y luchar contra el luteranismo. Alejándose de la tradición –aún sin estar claro si la Virgen murió o ascendió al Cielo–, el pintor italiano eliminó toda referencia a la Ascensión y representó la figura de María con gran realismo como una mujer muerta con los pies y el vientre hinchados, tomando, según parece, como modelo, y para mayor escándalo, a una conocida prostituta que hallaron muerta en el Tíber.

de conciliarlos en la medida de lo posible, sin olvidar que la libertad de expresión es algo que nos afecta a todos, con independencia de credos o religiones⁷⁸.

Uno de los primeros casos de enfrentamiento entre arte moderno y sentimientos religiosos fue protagonizado por George Grosz, un pintor expresionista alemán que sufrió varios procesos por blasfemia e inmoralidad. En 1928 realizó una serie de láminas titulada *Hintergrund* entre las que se incluía un dibujo de Jesucristo crucificado con máscara de gas y botas sobre las palabras «Cállate y cumple con tu deber». Tras recibir una denuncia, el Tribunal Regional (Landgericht) de Berlín ordenó la confiscación de varias de las láminas referidas a motivos religiosos e imputó formalmente a Grosz y al editor de la obra por un delito de blasfemia y ofensas a la religión tipificado en el art. 166 del CP alemán.



Hintergrund (George Grosz, 1928).

Fuente: <http://50watts.com/Hintergrund>

Fotografía: Richard Sica

En el juicio, el artista reivindicó el carácter «acusador» de su obra con la que solo trataba de representar una queja sobre la guerra desde la posición de una minoría, invocando para ello el art. 142 de la Constitución de Weimar que literalmente señalaba que el arte, la ciencia y su enseñanza son libres

78. GAMERO, A., *Breve historia de la blasfemia en el arte*, en <http://lapiedradesisifo.com>.

y que el Estado debe protegerlas, el art. 102, que abolía la censura, y el art. 135 del mismo texto, que reconocía la libertad de conciencia de todos los ciudadanos. Tanto Grosz como el editor fueron condenados a pagar una multa de 2000 marcos, pero recurrieron la Sentencia y la condena fue revocada en apelación. El nuevo pronunciamiento señaló que el arte era libre y que no podía ser constreñido. El sentido antibelicista de toda la obra sirvió de base para interpretar el conjunto de láminas como una crítica a la Iglesia por su apoyo a la guerra, pero sin que ello supusiese ofensa alguna a los sentimientos religiosos al considerarse que los «comentarios insultantes» que exigía el tipo penal alemán solo podían ser verbales o escritos, pero no representaciones pictóricas. El Ministerio Público impugnó la decisión que llegó hasta el Tribunal Supremo del Imperio Alemán (Reichsgericht), quien finalmente rechazó la imputación del artista y el editor, aunque ordenó la requisa de las pocas reproducciones que quedaban de la lámina⁷⁹.

Tras la Segunda Guerra Mundial, diversos instrumentos internacionales han dotado de contenido sustantivo tanto a la libertad de creación y expresión artística, como a la libertad religiosa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), adoptado por el Consejo de Europa en Roma el 4 de noviembre de 1950, reconoció en su art. 10 el derecho de toda persona a la libertad de expresión, incluida (apartado 1) «la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras», si bien, en su apartado 2 se reconoce, en lo que aquí interesa, que el ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para, entre otras justificaciones, la protección de la «moral» y la «reputación o de los derechos ajenos». La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha consagrado el carácter esencial para la sociedad democrática de la libertad de expresión, incluida la realizada a través de la sátira, una forma más de expresión artística y de comentario social que, a través de la exageración y deformación de la realidad, aspira a provocar y agitar (Casos Handyside c. Reino Unido, 7 de diciembre de 1976, § 49, serie A, n.º 24, y Lingens c. Austria, 8 de julio de

79. George Grosz sería posteriormente objeto de la persecución antisemita nacionalsocialista y su obra *Christ in a Gasmask* incluida en la exposición «Arte Degenerado» de 1937 (GARCÍA RUBIO, M. P., *Arte, religión y Derechos Fundamentales. La libertad de expresión artística ante la religión y los sentimientos religiosos (algunos apuntes al hilo del caso Javier Krahe)*, en Anuario de Derecho Civil, BOE, n.º 2, 2014, págs. 404-406).

1986, § 41, serie A, n.º 103). Es por ello que se debe examinar con un cuidado particular cualquier injerencia en el derecho de los artistas a expresarse a través de ella (Caso Vereinigung Bildender Künstler c. Austria, n.º 68354/01, § 33, 25 de enero de 2007).

Por otra parte, el art. 9 CEDH reconoce el derecho de toda persona «a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión», un derecho que implica la libertad de manifestar su religión, o sus convicciones sin más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para, entre otras justificaciones, la protección de la «moral pública» o de los «derechos o las libertades de los demás».

Finalmente, en el art. 17 CEDH, con la rúbrica «Prohibición del abuso de derecho», se establece que «[n]inguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo». Sobre los límites de la libertad de expresión derivados de este último precepto, el TEDH ha señalado expresamente que «nadie puede alegar las disposiciones del Convenio para dedicarse a actos tendentes a la destrucción de los derechos y libertades» reconocidos en el mismo (Caso Lawless c. Irlanda, 1 de julio de 1961, § 7, serie A, n.º 3), de manera que las «palabras dirigidas contra los valores que sustentan el Convenio» –como son la justicia, la paz, la democracia o el respeto a los derechos humanos– se excluyen, por efecto del referido art. 17 CEDH, de la protección de la libertad de expresión (Caso Lehideux e Isorni c. Francia, 23 de septiembre de 1998), siendo muy numerosos los pronunciamientos del TEDH que han concernido, en este sentido, al uso de la libertad de expresión con fines islamóforos o antisemitas⁸⁰, en comparación, como veremos a continuación, con los referentes a la confesión cristiana.

80. Entre otros, casos Lehideux e Isorni c. Francia, de 23 de septiembre de 1998; Garaudy c. Francia (Decisión), n.º 65831/01, CEDH 2003-IX; Witzsch c. Alemania (Decisión), n.º 7485/03, 13 de diciembre de 2005; Marais c. Francia, n.º 31159/96; Decisión de la Comisión de 24 de junio de 1996, D.R. 86, p. 194; Norwood c. Reino Unido, n.º 23131/03, CEDH 2004-XI; Ivanov c. Rusia, n.º 35222/04, 20 de febrero de 2007; o la Decisión de 20 de octubre de 2015 del TEDH en la Causa 25239/13 (Dieudonné M'Bala M'Bala c. Francia).

Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000 en Niza, estableció en su art. 10 el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, y en su lacónico art. 13 dispuso que «las artes y la investigación científica son libres». Por otra parte, según su art. 52, estos derechos quedan sometidos a los límites necesarios establecidos por la ley para responder a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o «a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás».

En torno a estas regulaciones se han de destacar dos cuestiones nucleares. La primera, que, según el CEDH, tanto la libertad de expresión, como la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión podrán ser legítimamente sometidas a aquellas restricciones y, en su caso, sanciones, que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para proteger la moral pública y los derechos ajenos. Será, por tanto, competencia de cada Estado articular legalmente dichos límites entre los cuales se encuentra el proteico concepto de «moral pública», para la determinación de cuyo contenido se deberá tener inevitablemente en cuenta, entre otros factores, la implantación que el fenómeno religioso tenga en cada sociedad, así como el estándar medio de respeto exigible entre los individuos. Así pareció entenderlo el Tribunal Constitucional Federal Alemán cuando en su ya comentada Sentencia de 24 de febrero de 1971 (BVerfGE 30, 173, Caso Mephisto) afirmó que, como la libertad artística no contempla ninguna reserva para el legislador ordinario, no puede ser relativizada mediante el ordenamiento legal general ni a través de una cláusula indeterminada sin un punto de partida constitucional. Más bien, los conflictos que se den entre la libertad artística y la esfera de la personalidad –protegida constitucionalmente–, se deben solucionar de acuerdo con los criterios del orden de valores de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental, en especial la dignidad humana. Un criterio este que el Tribunal Constitucional Federal Alemán recalcó años después en su Sentencia de 13 de julio de 2007 al dejar sentado que el ámbito de desenvolvimiento de la libertad de expresión artística debe ser determinado en conjunción con otros derechos constitucionales, como el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana, de manera que, cuando haya una interferencia con la dignidad humana o los derechos que de ella se derivan, la libertad artística debe ceder.

La segunda cuestión a destacar es que, por libre que sea ontológicamente el arte, la creación artística en sí no es, en absoluto, algo emocional ni irracional, ni, por tanto, es inocente respecto de sus formas y sus contenidos.

Antes bien, en muchas, por no decir en la totalidad, de las obras que trataremos a continuación será posible percibir un consciente y deliberado propósito, una intencionalidad que rezuma de las muy elaboradas formas estéticas que proporcionan soporte material a unos más que meditados mensajes críticos con los que se pretende satirizar hasta el límite a la religión, a sus dogmas y a sus símbolos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha ido, en este sentido, perfilando los contornos de fricción entre la libertad de expresión y la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, dando, aparentemente, prevalencia a esta última en diversos pronunciamientos.

Uno de los casos más memorables acaeció el 13 de mayo de 1985, cuando la asociación sin ánimo de lucro Otto Preminger-Institut, con sede en Innsbruck (Austria), anunció la proyección inminente de la película *Das Liebeskonzil* (*El concilio del amor*), de Werner Schroeter, avanzando que en la obra se caricaturizaba la fe cristiana. En concreto, se representaba a Dios como un idiota senil e impotente, a Jesucristo como un hijo malcriado y cretino y a María como una desvergonzada sin escrúpulos. Además, se ridiculizaba la Eucaristía y se representaban escenas de insinuaciones eróticas entre María y el Diablo. Ante este contenido, el Ministerio Fiscal, a instancias de la Diócesis de Innsbruck de la Iglesia Católica Romana, solicitó el secuestro de la película tres días antes de su exhibición, con el motivo de sospecha de tentativa de «desprecio a las doctrinas religiosas» tipificada en el art. 188 del Código Penal austriaco. El Tribunal Regional de Innsbruck, acordó en primera instancia la retirada de la obra. El Tribunal de Apelación de Innsbruck, en su Sentencia de 30 de julio de 1985, inadmitió el recurso interpuesto por la asociación al entender que la libertad artística estaba limitada necesariamente por los derechos de los demás a la libertad de religión y por el deber del Estado de garantizar una sociedad cimentada sobre los valores del orden y la tolerancia. El 24 de octubre de ese mismo año las acciones penales fueron archivadas de manera que el procedimiento siguió su curso bajo la forma de un «Objektives Verfahren», es decir, un procedimiento que no pretende conseguir un pronunciamiento condenatorio, sino solo la incautación de la película en aplicación del art. 33 de la Ley austriaca sobre los medios de comunicación. El 10 de octubre de 1986, el Tribunal Regional de Innsbruck ordenó la referida incautación de la película al considerar que la gravedad del ataque a los sentimientos religiosos causada por la actitud provocadora de la película prevalecía sobre la libertad artística garantizada por la Constitución austriaca. La asociación

presentó un recurso ante el Tribunal de Apelación de Innsbruck que fue declarado improcedente en marzo de 1987.

Lejos de resignarse, la asociación Otto Preminger-Institut denunció a Austria ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la creencia de que el secuestro del film constituía una violación de su libertad de expresión garantizada en el art. 10 CEDH. Sin embargo, en su Sentencia de 20 de septiembre de 1994 (Caso Otto Preminger-Institut contra Austria) el TEDH consideró finalmente que el respeto a los sentimientos religiosos de los creyentes, tal y como lo garantiza el art. 9 CEDH, había sido violado por unas «representaciones provocadoras de objetos de culto religioso» y que las medidas objeto del litigio pretendían, legítimamente, «proteger el derecho de los ciudadanos a no ser insultados en sus sentimientos religiosos por la expresión pública de las opiniones de otras personas». En concreto, en esta crucial Sentencia el TEDH señaló, reiterando lo ya dicho en la Sentencia Kokkinakis contra Grecia⁸¹, que la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión consagrada en el art. 9 CEDH «representa uno de los pilares de una sociedad democrática en el sentido del Convenio», que quienes eligen ejercer la libertad de manifestar su religión deben tolerar y aceptar el rechazo por parte de los demás de sus creencias religiosas e incluso la difusión por otros de doctrinas hostiles a su fe, sin embargo, «la manera en que las creencias y las doctrinas religiosas son objeto de ataque o de negación es una cuestión que puede comprometer la responsabilidad del Estado, sobre todo en cuanto a que tenga que garantizar a quienes profesen dichas creencias y doctrinas el ejercicio pacífico del derecho garantizado por el artículo 9». En base a ello, concluyó que las medidas objeto del litigio pretendían «proteger el *derecho de los ciudadanos a no ser insultados* en sus sentimientos religiosos por la expresión pública de las opiniones de otras personas». Y es que, continúa la Sentencia, quien ejerza su derecho a la libertad de expresión asume una «obligación de evitar, en la medida de lo posible, expresiones que de manera *gratuita* sean ofensivas para los demás y constituyan por tanto un ataque a sus derechos». Por ello, el Tribunal admite que se pueda «sancionar, pero también prevenir, ataques injuriosos contra objetos de veneración religiosa», siempre de manera proporcional al fin legítimo perseguido. Además, el TEDH tomó en consideración «el hecho de que la religión católica romana es la de la inmensa mayoría de los

81. En la Sentencia de 25 de mayo de 1993 (Caso Kokkinakis contra Grecia), el TEDH afirmó, en un caso sobre proselitismo, que en el contexto del art. 9 CEDH un Estado puede adoptar legítimamente medidas para reprimir ciertos comportamientos como la comunicación de informaciones e ideas consideradas incompatibles con el respeto a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión de los demás.

tirolese», por lo que concluyó que, al retirar la película, las autoridades austriacas habían actuado «para proteger la paz religiosa en esta región y para impedir que algunos se sientan atacados en sus sentimientos religiosos de manera injustificada y ofensiva».

Los razonamientos de esta Sentencia de 20 de septiembre de 1994 (Caso Otto Preminger-Institut contra Austria) fueron utilizados posteriormente en la Sentencia de 25 de noviembre de 1996 (Caso Wingrove contra UK). En esta ocasión el TEDH tuvo que decidir si la negativa de las autoridades administrativas británicas en 1989 a conceder la licencia de exhibición y comercialización a la película de Nigel Wingrove *Visions of Ecstasy* –en la que se mostraban visiones eróticas de Santa Teresa de Ávila tratando de seducir a Jesucristo en la cruz– bajo el argumento de que, si otorgaba el certificado, su autor podía ser acusado de blasfemia, constituía o no una violación del art. 10 CEDH. El Tribunal consideró que la restricción estaba amparada por la ley, pues el rechazo del certificado tenía el fin de proteger los derechos de otros en los términos del art. 10.2 CEDH y estaba en consonancia con el art. 9 del mismo texto que protege la libertad religiosa. El Tribunal consideró, además, que el margen de apreciación permitido a los Estados podía ser más amplio cuando se ofenden las convicciones personales e íntimas relativas a la moral o, especialmente, a la religión.

Otra decisión trascendental fue la Sentencia de 13 de septiembre de 2005 (Caso I.A. contra Turquía), que enjuició la condena, por un delito de blasfemia tipificado en el art. 175 del Código Penal turco, del propietario y director de una editorial por la publicación de una novela que explicitaba puntos de vista ateos. El TEDH estimó que el libro cuestionado no contenía únicamente comentarios ofensivos u opiniones provocativas, sino ataques abusivos contra el Profeta del islam, de manera que, teniendo explícitamente en cuenta la «presión social» suscitada en torno a algunos de sus pasajes, los creyentes podían considerarse legítimamente ofendidos, lo que venía a justificar una mayor intervención del Estado turco en la libertad de expresión artística.

No parece, sin embargo, que los argumentos empleados por el TEDH en estos pronunciamientos hayan sido determinantes en la resolución de conflictos de esta índole por parte de los tribunales nacionales. Esto llama la atención en un país tan profundamente católico como Polonia, donde la artista Dorota Nieznalska protagonizó un llamativo incidente con su instalación *La Pasión* (2003), compuesta por una caja en forma de cruz griega con la foto de unos genitales masculinos acompañada de un vídeo en el que

un joven hacía ejercicios de musculación. Aunque Nieznalska se apresuró a desvincular su obra de la religión, aclarando que solo trataba de denunciar el masoquismo masculino que suponía tener un cuerpo perfecto, la Liga de las Familias Polacas y la Juventud de la Gran Polonia presentaron una demanda contra la artista.

En primera instancia, el sentimiento religioso estuvo por encima de la libertad de expresión y Nieznalska, a la sazón curadora del Museo Nacional de Polonia y directora de la Fundación de Arte Moderno, fue condenada en 2003 por un delito de blasfemia y de ofensa a los sentimientos religiosos (tipificado en el art. 196 del Código Penal Polaco) mediante una sentencia del Tribunal de Distrito de Gdansk que señaló que «el hecho de que una obra se encuentre dentro de los límites del arte no es relevante si puede ofender los sentimientos de otras personas». Sin embargo, el Tribunal Regional de Apelaciones ordenó repetir el juicio por errores procedimentales y una nueva sentencia de 4 de junio de 2009 del mismo Tribunal de Distrito de Gdansk absolvió esta vez a Nieznalska de todos los cargos al no apreciar ofensa alguna a los sentimientos religiosos y considerar que el verdadero responsable de este proceso fueron los medios de comunicación, la televisión en concreto, que presentó la obra para «manipular las emociones del público que no estaba formado en arte contemporáneo»⁸².

Otra obra fuertemente controvertida por su contenido religioso fue la película de Martin Scorsese *La última tentación de Cristo* (1988), en la que se mostraba una supuesta fantasía de Jesús, clavado en la cruz y moribundo, sobre lo que pudo haber sido su vida si hubiese llevado la existencia de un hombre normal, casándose con María Magdalena y teniendo hijos con ella. Esta concreta escena fue enjuiciada en la sentencia de 5 de febrero de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [Caso «La Última Tentación de Cristo» (Olmedo Bustos y otros) contra Chile], que vino a primar la libertad de expresión sobre los sentimientos religiosos al afirmar que el Estado de Chile había violado el art. 13 (libertad de pensamiento y de expresión), aunque no el art. 12 (libertad de conciencia y de religión) de

82. Años antes, en otoño del 2000 Anda Rottenberg, directora de la Galería Zacheta en Varsovia, perdió su cargo tras exponer una polémica figura de cera del artista italiano Maurizio Cattelan titulada *La novena hora*, en la que el Papa Juan Pablo II aparecía derribado por un meteorito. Las reacciones ante esta obra, que fue incluso interpretada en clave antisemita, no se hicieron esperar. La Iglesia Católica Polaca calificó el hecho de provocación gratuita, mientras que el representante parlamentario de la Liga de las Familias Polacas escribió una carta al Primer Ministro y al Ministerio de Cultura exigiendo que se procesara a Rottenberg por herir los sentimientos religiosos de los polacos.

la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al haber prohibido la exhibición pública de la película en base al art. 19.12 de la Constitución Política de Chile de 1980 que permitía la censura en la exhibición y publicidad de producciones cinematográficas, con el único argumento de que resultaba ofensiva a la figura de Jesucristo y a su honra y, por tanto, afectaba a los creyentes⁸³. La Corte Interamericana, tras invocar la doctrina del TEDH para señalar (punto 68) que «la libertad de expresión, como piedra angular de una sociedad democrática, es una condición esencial para que ésta esté suficientemente informada», concluyó que el Estado chileno debía modificar su ordenamiento interno a fin de revocar el sistema de censura previa sobre las producciones cinematográficas y su publicidad y así adecuar su legislación interna a la Convención Americana.

Estos pronunciamientos ponen de manifiesto el difícil equilibrio en la protección de derechos fundamentales de igual rango como son la libertad ideológica y religiosa y la libertad de expresión, sobre todo en aquellos casos en los que la práctica artística implica manifestaciones externas que pueden conmover y afectar los íntimos sentimientos que a la libertad religiosa se asocian.

Así sucede, por ejemplo, en una performance titulada *El cuerpo mecanizado* (1990-1995), en la que la artista francesa Mireille Suzanne Francette Porte, «Orlan», se sometió a una serie de nueve operaciones de cirugía estética que convirtieron su cuerpo en la materia prima de un espectáculo en el que reconstruyeron su rostro, su boca, sus orejas y sus nalgas con el fin de subvertir los cánones tradicionales de belleza y feminidad. La nota transgresora apareció cuando declaró, sin mayores consecuencias, que con ello intentaba llamar la atención sobre «los parecidos entre la mesa de operaciones y la misa católica»⁸⁴. Otro sonado escándalo fue el provocado por la exposición fotográfica *Ecce Homo* que la artista sueca Elisabeth Ohlson presentó en Estocolmo en julio 1998 y que dividió al país entre partidarios y detractores. Se trataba de un conjunto de doce imágenes de diferentes

83. El Consejo de Calificación Cinematográfica de Chile prohibió en principio la exhibición de la película y luego, al recalificarla, permitió su exhibición para mayores de 18 años. Posteriormente, la Corte de Apelaciones de Santiago dejó sin efecto lo resuelto por el Consejo de Calificación Cinematográfica en noviembre de 1996 debido a un recurso de protección interpuesto por particulares «por y en nombre de [...] Jesucristo, de la Iglesia Católica, y por sí mismos»; decisión ésta que fue confirmada por Sentencia de 17 de junio de 1997 de la Corte Suprema de Justicia de Chile.

84. Anteriormente, en 1978, esta creadora ya anticipó una muestra de este «arte carnal» al exponer sus genitales menstruantes en una exhibición llamada *Estudio Documental: La Cabeza de la Medusa*, en lo que pretendía ser una burla a Freud (<http://www.playgroundmag.net/noticias/bacardi/Orlan>).

escenas bíblicas en las que Jesús aparecía en un entorno moderno, rodeado de homosexuales, transexuales, personas con prendas de cuero negro y enfermos de SIDA (por ejemplo, en su *Piedad*, María sostiene a Jesús agonizando en un centro médico)⁸⁵.

También *La Santísima Virgen María* (1996) de Chris Ofili, un cuadro incluido en la exposición «Sensation» que tuvo lugar en Londres, Berlín y Nueva York entre 1997 y 2000, generó una agria polémica al representar a una Madonna negra rodeada de multitud de imágenes en collage que se asemejan a las mariposas aunque en realidad, vistas de cerca, eran fotografías de genitales femeninos. Además, uno de los pechos descubiertos de la Virgen era un bulto de estiércol de elefante seco y barnizado. Cuando la obra se expuso en 1999 en el Brooklyn Museum of Art de Nueva York su director presentó una demanda federal contra el alcalde Rudolph Giuliani al entender que su intento de retirarla del Museo constituía una infracción de la Primera Enmienda. El Museo ganó el caso en un pronunciamiento de la Corte de Nueva York (Brooklyn Institute of Arts and Sciences contra City of New York and Rudolph Giuliani, United States District of New York, 28 february 2001, 99-CV-6071) que puso de manifiesto un insólito grado de tolerancia hacia este tipo de obras al considerar que no era constitucionalmente admisible que las autoridades públicas subvencionaran únicamente el arte que ellas apreciaban adecuado. Esta decisión de la Corte neoyorquina vino a dar la réplica a lo sucedido con la obra de Andrés Serrano, un fotógrafo estadounidense de origen hondureño que alcanzó la fama con su polémico trabajo *Piss Christ* (1987), consistente en una fotografía de un crucifijo sumergido en un vaso con la orina y también, probablemente, sangre y semen, del propio artista con la que pretendía simbolizar la ambigua relación entre «lo sagrado y lo inmundo, la religión y la blasfemia». Esta más que impactante imagen fue denunciada por dos senadores estadounidenses que dieron a conocer que el National Endowment for the Arts (NEA), una agencia independiente del gobierno federal de los Estados Unidos de América, había contribuido con 45.000 dólares a la exposición y difusión de la obra de este autor. El escándalo generado provocó que una Ley del Congreso obligase desde entonces a la NEA a subvencionar únicamente las obras que mantuvieran un «general standard of decency»⁸⁶.

85. Lo chocante de esta exposición fue que se presentó, precisamente, en la Catedral de Uppsala, cuyo Arzobispo y la cabeza de la Iglesia de Suecia, declaró en una entrevista que la muestra era una oportunidad para que los homosexuales se sintieran integrados en el seno de la Iglesia (GAMERO, A., *Breve historia de la blasfemia en el arte*, op. cit.).

86. *Piss Christ* sería posteriormente atacada en 2011 por un grupo de activistas cristianos que rompieron a martillazos una copia que se exhibía en Aviñón y, finalmente,

A la vista de todos estos casos surge, inevitablemente, la tónica pregunta de por qué este tipo de arte ofensivo toma como referencia, en la mayoría de las ocasiones, al cristianismo, soslayando otras confesiones y sentimientos religiosos. Un ejemplo de crítica abierta contra el islam, se produjo en 2005, cuando el diario danés Jyllands-Posten publicó unas caricaturas de Mahoma en las que el Profeta aparecía como un terrorista. So pretexto de la libertad de expresión, las autoridades del país decidieron no imputar ni a los autores ni a la revista aun cuando el art. 140 del Código Penal danés –recientemente derogado, en junio de 2017– condenaba el público ridículo e insulto a cualquier comunidad religiosa. Varios líderes musulmanes lo consideraron como una provocación y emprendieron una campaña de censura de las imágenes que derivó en un debate a escala mundial sobre los límites de la libertad de expresión⁸⁷. Diez años después de la publicación de las imágenes en el diario Jyllands-Posten, en 2015, un grupo de extremistas musulmanes irrumpió en la sede de la revista francesa Charlie Hebdo y, al grito de «Alá es grande», asesinó inmisericordemente a doce de sus empleados entre editores, directores y guardias del edificio. Tal vez en esta execrable reacción, y en el lógico temor que tan injustificable violencia provoca, pueda estar la respuesta a la pregunta planteada.

1.2. El copernicano caso español: del nacionalcatolicismo a la inoperante virtualidad de los delitos contra los sentimientos religiosos

En nuestro país se ha producido una copernicana evolución en la protección jurídica de los sentimientos y creencias religiosas. La Iglesia Católica ha pasado de ser la artífice de una caustica censura durante el nacionalcatolicismo, a ver cómo, hoy en día, sus símbolos y sus dogmas son, una y otra vez, reutilizados por un arte claramente irreverente que actúa con una gran impunidad bajo el paraguas protector de la libertad de expresión.

Tras la Guerra Civil, como apuntan MARZO y MAYAYO, el entorno legislativo-represivo del arte se canalizó en torno a varios niveles de censura ejercida por autoridades político-administrativas, por autoridades militares

retirada en 2015 del Photolux Festival de Lucca por el director artístico de la muestra tras las críticas que había suscitado.

87. Vid. BARRERO, M., *Sátira, intromisión y transgresión. El humor como atentado gráfico*, en la obra colectiva, *Morfología del humor II. Fabricantes. Jornadas de Estudio y Análisis del Humor desde la Antropología, la Psicología, la Filosofía y la Cotidianidad*, Padilla Libros Editores y Libreros, Sevilla, 2007, págs. 23-82; y FERREIRO GALGUERA, J., *Las caricaturas sobre Mahoma y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos*, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2006.

y religiosas y por actores civiles. Sin embargo, fue la Iglesia Católica la que, de manera muy principal, aplicó las políticas represivas sobre la imagen en España. Ante todo sobre la figura humana desnuda que, virtualmente, desapareció del arte. Es más, cuando la censura partía de alguna autoridad civil o militar, esta se solía pasar por órganos eclesiásticos para legitimar moralmente la sanción.

Durante esta época, el auténtico caballo de batalla fue la modernización de la imagen religiosa. Aunque desde los años treinta se venían produciendo ciertos intentos de modernizar el arte sacro en otros países europeos, la Iglesia Católica Española no facilitó esta labor pues consideraba que este tipo de arte debía fomentar únicamente la devoción y la piedad y no ser causa de distracción o de interpretaciones arbitrarias por parte de los fieles⁸⁸. Un ejemplo de esta divergencia sucedió en 1947, cuando el artista Benito Prieto realizó *Cristo en la Cruz* (1947), un proyecto que rompía con la iconografía al uso al mostrar un Cristo expresionistamente retorcido en una crispada cruz. Esta obra, audaz en su tiempo, fue sometida a fuertes presiones por parte de la Iglesia que, al considerarla como una blasfemia, llamó al autor ante un tribunal de teólogos que le exhortó a su destrucción. Sin embargo, el cuadro recibió finalmente el plácet eclesiástico y fue expuesto en la Exposición Nacional de Bellas Artes de 1948, donde obtuvo el segundo premio a pesar de su enorme controversia.

Este inicial gesto de apertura hacia la modernidad cobró impulso en el Primer Congreso Internacional de Artistas Católicos, celebrado en Roma en 1950, cuyos ecos llegarían a España gracias a los medios impresos. En concreto, en 1951 se abriría un vivo debate en la revista madrileña «El Correo Literario» en torno al provocativo artículo del Cardenal COSTANTINI *Arte sagrado que deforma*, en el que, entre otras afirmaciones, se decía que «no parece admisible que para avanzar haya que volver a las pinturas

88. El Canon 562 del Código de Derecho Canónico de 1917 decretaba que, para cuidar del decoro de los edificios sagrados, nada se hiciera en ellos «que de algún modo repugne a la santidad del lugar y a la reverencia que a la casa de Dios se debe», por ello se rechazaban aquellas imágenes «insólitas» que no estuvieran en sintonía con «la decencia y la honestidad, o que ofrezcan ocasión de error peligroso para los ignorantes». Con esta base legal, Pío XII publicó en 1947 la Encíclica *Mediator Dei*, en la que, a pesar de reconocerse «el honor debido al arte moderno», se reprobaban «aquellas imágenes recientemente introducidas por algunos que parecen ser depravaciones y deformaciones del verdadero arte y que a veces repugnan abiertamente al decoro, a la modestia y a la piedad cristiana, y ofenden miserablemente al genuino sentimiento religioso».

rupestres»⁸⁹. Buena muestra de esta intolerancia sobre la imagen religiosa, que aún perduraría durante un tiempo, fue lo sucedido con el friso de los Apóstoles de la Basílica de la Virgen de Aránzazu, para cuya realización se seleccionó, en 1951, al escultor Jorge Oteiza. Su propuesta, catorce figuras de piedra huecas por dentro, fue paralizada en 1954 por el Obispo de San Sebastián, tras lo cual el Nuncio Vaticano la desaprobó por «grotesca, espectral y macabra». Un año después, la Comisión Diocesana de Arte Sacro señaló que el artista había sufrido cierto «extravío por las corrientes modernistas que no tienen en cuenta algunos de los preceptos de la Santa Iglesia en materia de arte sagrado». El friso quedaría abandonado en la carretera de acceso al complejo hasta que, en 1968, la Iglesia, con Pablo VI a la cabeza, reconsideró su postura y permitió su colocación sobre el acceso interior al Templo. Un último ejemplo de censura eclesiástica nos lo aportaron las pinturas murales que el artista informalista Manolo Millares realizó en Algallarín (Córdoba), dentro de uno de los programas de reasentamiento del Instituto Nacional de Colonización. Unos días antes de la inauguración, el entonces Obispo de Córdoba visitó el nuevo pueblo y, al entrar en el templo, rechazó con desprecio los murales que representaban a los Apóstoles, la huida a Egipto y la cena en casa de Emaús empleando figuras muy estilizadas, de rasgos angulosos y tonalidades azules y terrosas. El Obispo, al llegar a Córdoba, se puso inmediatamente en contacto con el ingeniero jefe de la Delegación del Instituto en Córdoba y las pinturas fueron inmediatamente destruidas⁹⁰.

Con el advenimiento de la Democracia, la Constitución Española de 1978 vino a garantizar, en su art. 16.1, la libertad ideológica, religiosa y de culto, si bien estableció en su apdo. 3 que «ninguna confesión tendrá carácter estatal». Actualmente, nuestro ordenamiento jurídico sigue

89. Se mostraron de acuerdo con la apuesta por el arte moderno en las iglesias personajes como José Luis López Aranguren, Luis Felipe Vivanco y el jesuita José María Lasarte. Sin embargo, se pronunciaron en contra el filósofo falangista Adolfo Muñoz Alonso, que escribiría «la novedad, por tradicional que la supongamos, es anticatólica»; o Salvador Dalí, al manifestar que «para mí, toda la pintura religiosa actual, exceptuando la obra de Rouault, que linda en lo psicopatológico, es de un materialismo absoluto».

90. Habrá que esperar hasta bien entrados los años cincuenta para que el arte de vanguardia, tanto abstracto como figurativo, pueda traspasar con normalidad el pórtico de las iglesias. En 1958, el Arzobispo de Zaragoza iniciaría cierto proceso de apertura al señalar, en la inauguración de la exposición «Continuidad del Arte Sacro», que la Iglesia y el arte debían seguir «haciendo juntos su camino», y que el arte moderno sería bienvenido en los templos siempre que fuese capaz de «presentar con decoro y reverencia los temas religiosos» (MARZO, J. L., y MAYAYO, P., *Arte en España (1939-2015). Ideas, prácticas, políticas*, op. cit., págs. 145-146 y 200).

sancionando penalmente los actos contrarios a los sentimientos religiosos a través de actos tan gravemente hirientes como son el escarnio, la vejación y la profanación (arts. 524 y 525 del vigente Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, según la redacción de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre). En paralelo, diversos pronunciamientos han ido definiendo el alcance y límites de la libertad de expresión (art. 20 CE) en relación con estos tipos penales, al hilo de las muy variadas formas que ha adoptado la expresión artística. En términos generales, las decisiones judiciales han intentado establecer límites entre la libertad de expresión artística⁹¹ y la ofensa a los sentimientos religiosos dando una clara prevalencia a la primera, y ello a pesar de que la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión consagrada en el art. 9 CEDH «representa uno de los pilares de una sociedad democrática en el sentido del Convenio» (STEDH de 20 de septiembre de 1994, Caso Otto Preminger-Institut contra Austria) y, en su concreta dimensión religiosa, constituye «uno de los elementos más importantes que definen la identidad de los creyentes y su concepción de la vida» (STEDH de 25 de mayo de 1993, Caso Kokkinakis contra Grecia).

Estos pronunciamientos han provocado un profundo proceso de reflexión sobre la virtualidad y, por ende, sobre la necesidad u oportunidad de un tipo penal como el previsto en el art. 525.1 CP, que castiga a «los que, *para ofender* los sentimientos religiosos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, *escarnio* de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o *vejen*, también públicamente, a quienes los profesen o practican»⁹². El bien jurídico protegido en este tipo es la libertad ideológica, en su vertiente religiosa y de culto, garantizada por el art. 16 CE, en concreto, los íntimos

91. Para algunos autores, la libertad artística tiene un ámbito de actuación más amplio que la libertad de expresión *lato sensu*, puesto que, además de proteger la creación artística en sí misma, protege también su presentación y su producto. Con la tutela de esta libertad, así entendida, no se protege únicamente a los artistas, sino también a los intermediarios, es decir, a las personas que participan en la difusión de la obra de arte, como pueden ser el propietario de una galería, el representante de un determinado artista, el editor de un libro o el propietario de un cine (GARCÍA RUBIO, M. P., *Arte, religión y Derechos Fundamentales. La libertad de expresión artística ante la religión y los sentimientos religiosos (algunos apuntes al hilo del caso Javier Krahe)*, op. cit., pág. 412).

92. Según cierto sector doctrinal, se trata de un anacrónico tipo penal que se mantiene como herencia del viejo delito de blasfemia. Se trataría de una innecesaria sobreprotección para la religión, sobradamente amparada por el art. 510 del Código Penal que, con la rúbrica «delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución», ya castiga los discursos de odio y la incitación a la violencia por motivos étnicos, religiosos o por la orientación sexual.

sentimientos que a la libertad religiosa se asocian. Se trata de reconocer que existe un sentimiento religioso colectivo por parte de quienes profesan una determinada religión, que se considera digno de protección por parte del Estado aconfesional (Sentencia de 8 de junio de 2012 del Juzgado de lo Penal n.º 8 de Madrid). El «escarnio» sería así una burla cualificada, una befa tenaz hecha con el propósito de afrentar, una grosera e insultante expresión de desprecio hacia los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de una confesión religiosa, que se intentan ridiculizar con la concurrencia de un elemento subjetivo específico consistente en el propósito consciente y deliberado de ofender, humillar o denostar los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa (Sentencia de 7 junio de 2004 de la Audiencia Provincial de Sevilla).

Frente a este tipo penal se erige el derecho a la libertad de expresión y a la creación artística (art. 20.1 CE), en virtud del cual las personas tienen derecho a no compartir y a discrepar de las creencias religiosas que los demás puedan tener. Es por ello que algunos autores han llegado a sostener que este delito pudiera ser inconstitucional en la medida en que vendría a limitar indebidamente el derecho fundamental a la libertad de expresión artística (art. 20.1.b CE), una limitación que no podría justificarse en el respeto a las creencias religiosas de otras personas, puesto que ello no está amparado por el derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16 CE)⁹³. Sin embargo, críticas de constitucionalidad aparte, lo cierto, como veremos a continuación, es que la virtualidad de este precepto en la práctica de los Juzgados y Tribunales es prácticamente nula, pues recurrentemente se viene a exigir la concurrencia de un dolo específico mediante una prueba indubitada del ánimo de «ofender los sentimientos religiosos», algo prácticamente imposible de acreditar sin un acto explícito de confesión. Este factor, el de la acreditación sin duda de la intencionalidad ofensiva de la obra

93. Para GARCÍA RUBIO la polémica cuestión enfrenta dos puntos de vista opuestos: según el primero el propósito artístico del autor sería la única base fiable para juzgar lo que merece ser protegido como arte, sea cual sea su contenido y las posibles ofensas que este pueda incluir (la llamada «coartada del artista»); para el segundo, las imágenes o palabras ofensivas para la religión deben ser censuradas aun cuando, pretendidamente, procedan de trabajos de artistas. Aunque actualmente parece prevalecer el primer punto de vista, el segundo nunca ha desaparecido del todo e incluso se puede decir que está resurgiendo tanto por la revitalización de los sentimientos religiosos, sobre todo de algunas religiones especialmente rígidas en sus planteamientos dogmáticos, como por la aparición de teorías críticas que disminuyen el significado de la intención del artista en el concepto de arte (GARCÍA RUBIO, M. P., *Arte, religión y Derechos Fundamentales. La libertad de expresión artística ante la religión y los sentimientos religiosos (algunos apuntes al hilo del caso Javier Krahe)*, op. cit., págs. 398 y 400).

de arte, será, como ya se ha dicho, determinante del sentido absolutorio en la mayoría de casos en los que diversas propuestas claramente transgresoras han empleado dogmas, ritos e imágenes religiosas para sus fines. Veamos algunos supuestos.

En 1983, en las postrimerías de la Movida Madrileña y tras la llegada del PSOE al poder, apareció en TVE *La edad de oro*, un espacio presentado por Paloma Chamorro en el que se daban cita grupos de música y otras manifestaciones artísticas emergentes. El programa, que tuvo un polémico recorrido, nos proporcionará el primer caso de pronunciamiento exculpatorio al no haberse podido probar ese ánimo ofensivo. En la emisión de 16 de octubre de 1984 la presentadora hizo una advertencia general de que su contenido podía herir la susceptibilidad de ciertos telespectadores. A continuación, dentro de la actuación del grupo musical inglés Psychic-TV, se proyectó un videoclip de unos tres minutos de duración titulado *Moon Child* en el que, entre una rápida sucesión de imágenes, aparecía por dos veces, una en primer plano vertical y otra en horizontal, sobre un ataúd, una cruz sin la parte superior del madero vertical en la que la figura humana crucificada tenía una cabeza de cerdo. Los representantes de Alianza Popular y de Convergència i Unió en el Consejo de Administración de RTVE denunciaron la emisión mientras la Comisión Permanente del Episcopado Español condenaba el hecho con energía. Solo un año después, en 1985, el programa se cancelaría y Paloma Chamorro sería procesada.

La presentadora fue absuelta en 1990 del delito de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos por la sentencia de 26 de septiembre de 1990 de la Audiencia Provincial, Sala de lo Penal, de Madrid. Tres años más tarde, el fallo de la Audiencia sería confirmado en el recurso de casación por infracción de ley resuelto por la sentencia de 25 de marzo de 1993 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (Rec. n.º 1007/1993). Según este último pronunciamiento, el aspecto objetivo del tipo del art. 208 CP, que castigaba al que «ejecutare actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados», se encontraba constituido por los «actos de profanación» que suponen «tratar a una cosa sagrada sin el debido respeto». Esto conducía a la necesidad de precisar, a su vez, que cosas habían de calificarse como «sagradas», siendo claro para el Alto Tribunal que, atendiendo a los dogmas de las distintas religiones, siempre se han reputado como tales las dedicadas a Dios o al culto divino, por lo que, concretándose a la religión católica, resultaba incuestionable que el Crucifijo era para la religión cristiana «quizá la cosa sagrada por excelencia después de la eucaristía, debiendo reputarse como punibles no solamente

los actos de burla, mofa, escarnio, etc., sino los simplemente atentatorios al debido respeto al Crucifijo». Ahora bien, la Sentencia puso de relieve el indudable contraste existente entre el «Crucifijo», constituido por una cruz a la que está incorporada la imagen del Jesús crucificado, y la «cruz» que, según el Diccionario de la Lengua, es la figura formada por dos líneas que se atraviesan y cortan perpendicularmente, o el patíbulo formado por un madero hincado verticalmente y atravesado en su parte superior por otro más corto en los que, como suplicio o pena, se clavaban las manos y los pies de los condenados a sufrir la muerte. Es decir, aunque la cruz, sin más, fuese un símbolo para los cristianos en memoria de que en una cruz padeció Cristo la muerte, el Alto Tribunal reconoció que tiene otras muchas simbologías, de manera que «la descrita cruz en modo alguno puede identificarse con el crucifijo y, en consecuencia, reputarse como cosa sagrada», abonando además esta conclusión el hecho de que en la mencionada cruz faltaba la parte superior del madero vertical en la que suele figurar la palabra «INRI».

Por otra parte, la sentencia formula un crucial razonamiento para este tipo de casos: resultaba claro que la presentadora no tenía la intención, el ánimo, de ofender los sentimientos religiosos de los cristianos, y ello porque la proyección del vídeo se enmarcó en la actuación de un grupo musical que intervenía en un programa realizado con la única finalidad de dar a conocer las tendencias musicales de vanguardia. Lo que faltaba en este, y en todos estos casos, para alcanzar un pronunciamiento condenatorio, era la intención de ofender del autor, el elemento subjetivo del tipo.

Dos décadas después, el 15 de diciembre de 2004, se produjo otro caso paradigmático cuando el programa *Lo + plus* de Canal Plus emitió un vídeo promocional del cantautor Javier Krahe titulado *Cómo cocinar un crucifijo*, en el que un crucifijo fue troceado, untado con mantequilla y metido en un horno, saliendo al «tercer día en su punto». El Centro Jurídico Tomás Moro presentó una querella contra Krahe en virtud de la cual el Juzgado de Instrucción n.º 3 de Colmenar Viejo acordó la apertura de juicio oral por un presunto delito contra los sentimientos religiosos (art. 525.1 CP) al apreciar cierto conflicto entre la libertad de expresión artística y la ofensa a los sentimientos religiosos de otras personas. Aunque en 2007 el Juzgado de Instrucción sobreseyó la causa, el Centro Jurídico recurrió esta decisión, consiguiendo reabrir el procedimiento. Krahe fue finalmente absuelto por la Sentencia 235/2012, de 8 de junio, del Juzgado de lo Penal n.º 8 de Madrid (P. Abreviado n.º 33/2011) al no haberse podido acreditar su específica intención de ofender, herir o perturbar sentimientos religiosos

ajenos. La Sentencia, y esto es importante, señaló, que la «libertad religiosa se integra no solo por la realización de actos materiales que la exterioricen, sino también, y en ocasiones principalmente, por el *respeto* a los sentimientos que conforman su esfera íntima». El Centro Jurídico recurrió esta decisión absolutoria y, si bien es cierto que la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso, se reconoció al menos que las imágenes emitidas y las manifestaciones que las acompañaban tenían «un indudable sentido satírico, crítico y provocador», aunque entendió que ello no era suficiente para dotarlas de «relevancia criminal, pese a su contenido burlesco, pues el tipo penal requiere que se haga escarnio público de dogmas, creencias, rito o ceremonias con la *finalidad* de ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa».

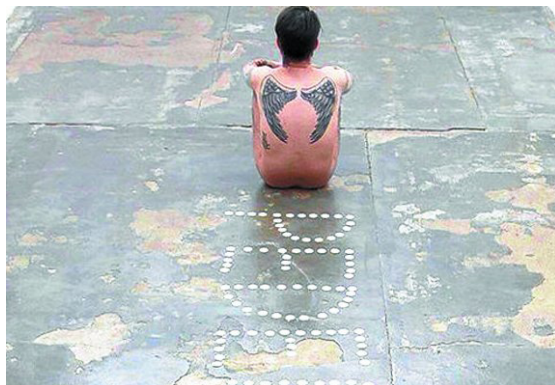
También en 2004, el mismo Centro Jurídico Tomás Moro se querelló, junto con otros 3000 denunciantes, contra el dramaturgo Iñigo Ramírez de Haro –cuñado, a la sazón, de Esperanza Aguirre– por un presunto delito contra los sentimientos religiosos (art. 525.1 CP) ocasionado por el estreno, en el Círculo de Bellas Artes de Madrid, de la obra *Me cago en Dios*. Al autor le bastó con negar su intención de herir los sentimientos religiosos de nadie para que el Juzgado de Instrucción n.º 26 de Madrid dictase, el 26 de septiembre de 2004, auto de sobreseimiento provisional de las diligencias seguidas al no observar en su obra ánimo alguno de ofender los sentimientos religiosos, aunque esta vez, dicha conclusión se anudó a una peculiar argumentación, pues se colegía del hecho de que tales sentimientos «aparecen diluidos en el texto, sin identificación concreta y material de una determinada confesión religiosa». Sin embargo, lo cierto es que, desde el punto de vista penal, parece que resulta indiferente que en la obra en cuestión se identifique o no una religión concreta, ya que el tipo contempla la ofensa a los sentimientos de los miembros de una «confesión religiosa» en general, de manera que sería cuestionable sostener que únicamente existe delito si se ataca a una religión concreta y no si se atacan varias a la vez.

En 2006, el mismo demandante presentó una querrela en los Juzgados de Instrucción de Madrid contra el transgresor payaso italiano Leo Bassi y los propietarios del Teatro Alfil por un presunto delito de ofensas contra los sentimientos religiosos (art. 525.1 CP) por la representación de la obra *Revelación*, en la que, entre otras parodias, el actor, disfrazado de Papa, consagró un preservativo. El asunto fue finalmente archivado al considerarse que el autor únicamente intentaba reivindicar el ateísmo en clave de humor y denunciar la contradicción que, en el mundo actual, tan avanzado científica y técnicamente, supone la proliferación de sectas

y fundamentalismos religiosos. En octubre de 2010 Bassi protagonizó una actuación humorística similar en la Universidad de Valladolid en la que parodió al Papa y a la curia, puso en duda ciertos dogmas del catolicismo y, de nuevo, repartió preservativos vestido de Papa. El Juzgado de Instrucción n.º 6 de Valladolid admitió a trámite la querella formulada por la Asociación Española de Abogados Cristianos y HazteOir.Org, por un supuesto delito contra los sentimientos religiosos (art. 525 CP) y, subsidiariamente, por el delito del art. 510 CP y por los delitos de calumnias e injurias. Sin embargo, la Sentencia de 9 de junio de 2011 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Valladolid (Rec. n.º 332/2011) estimó el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y por el actor y archivó finalmente la querella presentada contra el intérprete argumentando (FJ 3) que se trataba solo de un espectáculo humorístico dirigido a personas adultas con capacidad crítica que solo ponía de relieve unas reflexiones o juicios subjetivos discrepantes con determinadas creencias religiosas desde un «posicionamiento laico y, si se quiere, anticlerical del conferenciante, sin que ello constituya realmente escarnio de los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de la religión católica, ni vejación de quienes los profesan o practican». En concreto, en cuanto al gag de los preservativos, la Sala no advirtió equiparación alguna con el acto de la consagración, pues no se acompañó de expresiones y actos propios de este acto litúrgico. Así pues, con independencia de la valoración personal que de la misma se pudiese hacer, la Sala consideró amparada la actuación por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) puesto en relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE).

Uno de los casos más mediáticos de imágenes transgresoras se lo debemos al artista Abel Azcona cuando, en noviembre de 2015, presentó en Pamplona su obra «Amén», unas fotografías en la que el autor aparecía desnudo tras haber conformado en el suelo la palabra «pederastia» con cientos de formas supuestamente consagradas, acompañándose esas fotografías con un cuenco delante de aquellas en el que se contenían formas como las usadas⁹⁴.

94. En realidad, la performance constaba de varias partes: primero, obtención de las formas consagradas, formación de la palabra y posado de Azcona; segundo, plasmación de la mencionada performance en fotografías y colocación de algunas de las formas en un cuenco, lo que se llevó a cabo en la exposición de Pamplona; y tercero, las reacciones que, como consecuencia de la mencionada obra, se produjeron en parte de la ciudadanía de Pamplona, de las cuales dio puntual cuenta el propio artista al publicar una fotografía de un sacerdote arrodillado ante la puerta de la sala de exposiciones y otras del público congregado para el rezo de un rosario.



Fotografía de la obra «Amén» (Abel Azcona, 2015).

Fuente: <https://www.abelazcona.art/amen/>

La Delegación del Gobierno en Navarra envió a la Fiscalía un informe sobre la exposición para que investigase la posible concurrencia de un delito de ofensa a los sentimientos religiosos y de profanación (arts. 524 y 525.1 CP). La Asociación Española de Abogados Cristianos, por su parte, presentó una querrela contra el artista y el Concejal de Cultura del Ayuntamiento de Pamplona por la comisión de presuntos delitos contra los sentimientos religiosos y de odio (arts. 510, 515 y 525.1 CP), acumulándose al procedimiento incoado una denuncia interpuesta también por el Arzobispado de Pamplona y Tudela.

Mediante Auto de 10 de noviembre de 2016 (Diligencias Previas 8774/2015) el Juzgado de Instrucción n.º 2 de Pamplona ordenó el archivo de la causa argumentando que, cuando Azcona obtuvo las formas consagradas, acudiendo y comulgando en diferentes misas, no realizó actos de profanación de las formas consagradas (art. 524 CP), pues no trató algo sagrado (las formas consagradas lo son, sin duda, para los católicos) «sin el debido respeto, puesto que no cabe confundir faltar al respeto con no realizar lo que la religión católica exige a sus fieles que hagan con las formas consagradas en el acto de la comunión». Es decir, según el Auto, Azcona, simplemente, no cumplió con las normas canónicas reguladoras de la comunión puesto que, en vez de ingerir las hostias que recibía de manos del sacerdote en cada una de las misas a las que acudió, se las guardó para sí, pero ello lo hizo «de forma discreta, sin que su conducta pueda calificarse como irrespetuosa, ofensiva o irreverente». Ciertamente,

el querellado aplicó dichas formas consagradas a un uso profano, pero ello «no es suficiente para apreciar la existencia de este delito puesto que dicho uso profano no se llevó a cabo en templo, lugar destinado al culto o en una ceremonia religiosa». Acto seguido, el Auto descarta igualmente la comisión de un delito de ofensa de los sentimientos religiosos (art. 525.1 CP), porque, ni en su estado original ni en la forma resumida y fotográfica que se exhibió, la obra realizada por el querellado constituye escarnio de los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de la Iglesia Católica ni tampoco una vejación de quienes profesan o practican dichas creencias, y ello porque los actos de vejación han de ser «directos» sobre las personas (insultos, humillaciones u ofensas, de palabra o de obra, dirigidos directamente a ellas), «no indirectos», como sucede en una obra o performance de este tipo.

Especialmente relevante resulta que el Auto finalice señalando, una vez más, la falta del elemento subjetivo del injusto, el ánimo de ofender del autor, al que bastó con afirmar «que la finalidad de su obra no era la de ofender los sentimientos religiosos de los católicos, aunque fuera consciente de que con la misma podía molestar a estos o a una parte de ellos, sino la de criticar públicamente, de una forma que provocara reacciones en la sociedad, el problema de la pederastia entre algunos miembros de la Iglesia Católica». En este sentido, el Auto admite que «[c]iertamente, el medio elegido por el investigado para denunciar dicha lacra podrá ser criticado y no compartido, en la medida en que se ha utilizado uno de los signos más sagrados de la religión católica, pero la presencia de dicha finalidad en la actuación del querellado excluye la existencia del elemento subjetivo del tipo penal previsto». Por último, también se descarta la comisión de un delito de odio (art. 510 CP), pues, ni las fotografías ni el texto que las acompañaba pueden ser interpretadas como una acción de promoción o incitación, directa ni indirecta, al odio u hostilidad contra la Iglesia Católica o los miembros de esta, ni siquiera, contra los curas que hayan podido cometer los execrables actos que quería denunciar el investigado. Las imágenes no proponen a quienes las observen «acción alguna a tomar en relación a la realidad que denuncia, más allá de la de tomar conciencia o posicionarse respecto de la lacra de la pederastia». En definitiva, según el Auto, solo se pretende una acción crítica frente a la realidad de la pederastia en la Iglesia Católica, lo que, obviamente, se encuentra amparado por el derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 20.1.a CE). Tanto la Asociación Española de Abogados Cristianos como la Fiscalía de Pamplona interpusieron sendos recursos de apelación contra el meritado Auto del Juzgado de Instrucción n.º 2 de Pamplona, que fueron desestimados por Auto de 4 de mayo de 2017

de la Audiencia Provincial de Navarra, Sala de lo Penal, al considerar que la utilización de hostias supuestamente consagradas responde a un intento de Azcona de «provocación intensa» con el único objetivo de denunciar la pederastia y provocar un proceso de reflexión. La Audiencia Provincial, al afirmar que la crítica o provocación desplaza al escarnio, ofensa o befa, vino, en definitiva, a primar la libertad de expresión del artista⁹⁵.

Este mismo argumento es el que se aplicó en la controversia suscitada en la gala de entrega de los Premios Ciudad de Barcelona 2015, cuando el consistorio municipal contrató a la conocida poetisa Dolors Miquel, quien, en el Saló de Cent del Ayuntamiento, leyó su poema *Mare Nostra* que comenzaba «Madre nuestra que estáis en el cielo, santificado sea vuestro coño, la epidural, la comadrona [...]», para concluir «¡Libéranos! Por los siglos de los siglos, vagina». La Asociación Amistad en Cristo Nuevo Amanecer interpuso una querella contra la poetisa y la alcaldesa por la comisión de un presunto delito contra los sentimientos religiosos (art. 525.1 CP) en el entendimiento de que constituía un grosero escarnio de la oración *Padrenuestro*, una falta de respeto a los cristianos y una intolerable trasmutación de la libertad de expresión en un derecho a ofender confundiendo, para ello, el insulto con la creatividad. Sin embargo, el Auto de 15 de marzo de 2016 del Juzgado de Instrucción n.º 2 de Barcelona inadmitió a trámite la querella en una decisión confirmada por el Auto de 14 de febrero de 2017 de la Audiencia Provincial de Barcelona, según el cual, aunque en la oración había un inequívoco sentido satírico, provocador y crítico, no era posible apreciar el ánimo concreto de ofender a los creyentes, advirtiendo que, no basta «la mera idoneidad objetiva de la conducta para herir los sentimientos religiosos de la generalidad de los miembros de determinada confesión, prescindiendo de que esa acción constituya, precisamente, un escarnio y se realice justamente para ofender» pues, de ser así «el catálogo de posibles conductas típicas sería tan amplio como extenso lo es el de las confesiones religiosas y sus distintas corrientes, de modo que dejaríamos en manos de cada creyente la existencia o no del

95. Frente al Auto en cuestión, la Asociación Católica Enraizados presentó, en diciembre de 2016, una queja ante el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), en la que pedía, además de una disculpa por parte del Magistrado, que se instase «al juez y a todo el sistema judicial a ser respetuoso con todas las creencias, tanto mayoritarias como minoritarias». El objeto de la queja radicaba en que el Auto se refería a las formas consagradas como «objetos blancos y redondos de pequeñas dimensiones», un lenguaje que la Asociación consideró poco respetuoso con los creyentes al referirse a «lo más sagrado para un católico, una Forma Consagrada». El CGPJ, respetando la percepción de la Asociación, lamentó en su contestación cualquier sentimiento de ofensa, limitándose a informar de la vía abierta en el art. 418.6 LOPJ.

delito», algo que sería contrario a los principios de legalidad y seguridad jurídica. Es decir, no niega la Audiencia Provincial que, con la poesía en cuestión, que transmuta la oración del *Padrenuestro*, se hayan podido sentir sinceramente ofendidos los miembros de la asociación querellante, pero el texto no constituye, en su opinión, una befa, ni se hizo con intención de afrentar. Como explicó su autora, se trataba solo de una «creación artística» con dosis de provocación que contenía una crítica feminista al servilismo a la deidad masculina imperante en nuestra sociedad en los dos últimos milenios, propugnando la modernización de la oración de los cristianos, ajustándola a la sociedad actual y a las necesidades personales y morales de sus integrantes, donde la mujer y el amor deben, en su opinión, jugar un papel destacado. El recitado del poema en público se hizo así, según el Auto comentado, en ejercicio del derecho a la libertad de expresión, sin que ello supusiese un escarnio firme, porfiado y tenaz y, por supuesto, sin el ánimo de atentar contra los sentimientos religiosos.

Particularmente polémicas han resultado las diversas performances realizadas con ocasión de la Semana Santa en ciudades españolas donde esta celebración católica cuenta con una gran raigambre social⁹⁶. La más notoria se produjo el 1 de mayo de 2014 en Sevilla cuando la agrupación «Aquelarre Feminista» convocó, bajo el lema «Procesión del coño insumiso», una provocadora manifestación-performance en la que unas mujeres con capuchones de colores y otras vestidas de negro y con mantilla, a imitación de las procesiones católicas de Semana Santa, portaron una gran vagina de plástico de dos metros, con mantilla y corona, mientras gritaban frases como «la Virgen María también abortaría» y «hay que quemar la

96. Un primer caso, en el que no estuvo en juego manifestación artística alguna, resulta, sin embargo, especialmente relevante en la medida en que sentó la doctrina posteriormente aplicable. Se trata de la Sentencia de 21 de octubre de 2005 de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sala de lo Penal– (ROJ: SAP VA 1223/2005), que desestimó el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia de 4 de febrero de 2005 del Juzgado de lo Penal n.º 1 de Valladolid que absolvió al sujeto que había exhibido, en época de Semana Santa y en el recorrido de una procesión, una pancarta con la imagen de la Virgen María y de Jesús con la leyenda «Adúltera con su bastardo». En aquel caso se concluyó, con una doctrina repetida luego hasta la saciedad, que la conducta descrita «no estaba dirigida a lesionar los sentimientos religiosos ajenos, sino a su deseo de expresar y exteriorizar opiniones discrepantes», de manera que la acción no se realizó para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa. El acusado, que padecía un trastorno paranoide de la personalidad, explicó reiteradamente que su intención al mostrar esas pancartas no fue la de despreciar o insultar a los que profesan la religión católica, sino hacer uso de su libertad de expresión y mostrar públicamente su opinión contraria al dogma relativo a la virginidad de María. Eso sí, en esta ocasión la Sala, al menos, reconoció que la crítica se había realizado de una manera burda y grosera «que no resulta respetuosa con los sentimientos ajenos».

Conferencia Episcopal por machista y patriarcal», y usaron oraciones como el Credo y el Ave María, con expresiones de contenido sexual, claramente soeces. El Auto de 7 de junio de 2016 del Juzgado de Instrucción n.º 10 de Sevilla (Diligencias Previas n.º 6766/2014) acordó el archivo de la querella interpuesta por la Asociación Española de Abogados Cristianos por un presunto delito contra los sentimientos religiosos (art. 525.1 CP), al considerar que no se había acreditado el dolo específico o ánimo deliberado de ofender los sentimientos religiosos. Según el Auto, las autoras de esta burla solo intentaron exteriorizar opiniones contrarias o discrepantes con la Iglesia Católica con el único fin de apoyar los derechos laborales de la mujer y no de menoscabar, humillar o herir los sentimientos religiosos de terceros. Sin embargo, la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Sevilla, en su reciente Auto 297/2017, de 28 de marzo (Diligencias Previas n.º 6766/2014), estimó el recurso de apelación interpuesto por la Asociación querellante y decidió reabrir la investigación penal por cuanto la naturaleza y contenido humillante e hiriente de los actos realizados no permite, en su opinión, descartar la intención de ofender los sentimientos religiosos de los católicos que exige el art. 525.1 CP. La Sala, tras reconocer que «la intención es algo que, por pertenecer a lo más recóndito del alma humana, no es perceptible por los sentidos», señaló, de manera novedosa, que el fuerte contenido humillante y ofensivo de los actos realizados en este caso, su reiteración, el que se trate de «ataques absolutamente *innecesarios* para la defensa de sus postulados y que dichos actos hubieran necesitado de una previa organización y, por tanto, de una reflexión previa, impide descartar ese ánimo subjetivo». Por último, también reconoció que «bajo la libertad de expresión no se puede dar cobijo a conductas de ofensa, burla, menosprecio, amenazas e insultos contra personas o grupos o miembros de una confesión religiosa»⁹⁷.

Otro reciente caso de transgresión sin ánimo ofensivo acreditado sucedió en la Gala Drag Queen del Carnaval 2017 de Las Palmas de Gran Canaria, un evento que ha ido dejando atrás su inicial función de promoción turística para ir adoptando unos contenidos cada vez más atrevidos. En esta ocasión resultó ganadora la actuación de *Drag Sethlas*, seudónimo de Borja Casillas, quien apareció disfrazado como una Virgen escoltada por nazarenos y a

97. Sin embargo, el efecto Streisand estaba ya en marcha. Bajo la invocación del derecho a la libertad de expresión, un grupo de encapuchadas feministas radicales aprovechó el Día Internacional de la Mujer, 8 de marzo de 2017, para reiterar, una vez más, esta performance del «coño insumiso» en la Plaza de Cibeles de Madrid, portando, como si se tratase de un paso procesional de Semana Santa, la imagen de una vagina gigante.

ritmo de la canción *Like a prayer*, de Madonna que, por lo demás, en su día fue motivo de otro sonado escándalo religioso. Luego se fue transformando hasta convertirse en Jesucristo en la Cruz, con corona de espinas y lanzada en el costado incluidas, pronunciando frases provocadoras, como «¿Quieres mi perdón? Agáchate y disfruta. Siéntelo en tu boca, arrodíllate».

La Conferencia Episcopal Española consideró esta utilización de la iconografía católica como una blasfemia y la Asociación Española de Abogados Cristianos interpuso una denuncia contra Casillas por unos presuntos delitos contra los sentimientos religiosos (art. 525.1 CP) y de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia (art. 510 CP). Sin embargo, mediante Decreto de 13 de marzo de 2017, la Fiscalía Provincial de Las Palmas decidió archivar las Diligencias preprocesales de investigación penal n.º 35/2017 abiertas por estos hechos atendiendo, primero, a que no se pusieron en cuestión ni se negaron los dogmas de la Iglesia Católica, antes al contrario, se hizo una clara referencia al «sacramento de la penitencia»; segundo, a que el contexto del Carnaval, cuyas bases no establecen límite ni control alguno, «permite descartar una intencionalidad de ofensa», pues lo que se potencia es la «mera diversión» y la «crítica ácida»; y tercero, que, en declaraciones públicas y notorias realizadas con posterioridad a los hechos, Casillas manifestó que «no tenía intención de ofender los sentimientos religiosos de ninguna persona, pidiendo disculpas por si alguien se pudiera haber sentido ofendido», al tiempo que también señaló que «sólo pretendía provocar y generar polémica»⁹⁸.

La argumentación jurídica absolutoria presente en todos estos casos choca frontalmente con un asunto del Reino Unido en el que el delito de blasfemia, que casi había caído en el olvido, fue vivamente actualizado a finales de los setenta. El 3 de junio de 1976 la revista *Gay News* publicó un poema de James Kirkup titulado *El amor que se atreve a decir su nombre* que trataba de la conversión de un homosexual al cristianismo y describía prácticas amatorias de Jesús con los Apóstoles, un centurión e incluso con Poncio Pilato. El editor (Denis Lemon) fue condenado en un juicio de jurado por un delito de blasfemia. La posterior Sentencia de 21 de febrero de 1979 del Tribunal de Apelación (House of Lords) (Caso *Whitehouse* contra *Gay News Ltd. and Lemon* (1979) AC 617), a pesar de haberse anulado la pena de prisión de Lemon, mantuvo la multa impuesta al considerar que los motivos o intenciones de los acusados eran irrelevantes, ya que la blasfemia era un delito de *strict liability*, es decir, no se necesitaba una concreta intención de

98. <http://www.abc.es/espana/canarias> y <http://diariodeavisos.elespanol.com>

blasfemar, bastando con que la materia fuera *objetivamente* blasfema. Lo único que se necesitaba probar era que el material en cuestión, que había sido publicado con el conocimiento del acusado, había cruzado la línea entre la crítica moderada y el trato ofensivo e inmoderado hacia la cristiandad. Ni siquiera hacía falta probar que efectivamente había habido ofensa, bastaba con que pudiera ser ofensivo. El argumento subyacente no fue otro que la garantía de una convivencia armónica entre sociedades⁹⁹. La Sentencia fue objeto de fuertes críticas doctrinales. Gay News recurrió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero el 7 de mayo de 1982 su recurso fue finalmente inadmitido por la Comisión Europea de Derechos Humanos¹⁰⁰.

Ante todos estos casos surge una inevitable reflexión de carácter cuantitativo en torno a cuál es el grado de intensidad *objetivamente* requerido, si es que existe, para que una idea u opinión expresada en forma de arte transgresor no resulte amparada por la libertad de expresión y se convierta en una ofensa vulneradora de la libertad religiosa al atacar de forma ilegítima los sentimientos religiosos. En todos los pronunciamientos estudiados se echa en falta una –necesaria– argumentación profunda sobre en qué supuestos el discurso subyacente a la creación artística resulta legítimamente vinculado a asuntos sometidos a debate público, sobre la posibilidad –y sobre la conveniencia– de un juicio de inferencia acerca del ánimo ofensivo y, en definitiva, acerca de cuál es la real capacidad del arte de contenido ofensivo para erosionar otros derechos. Y se echa en falta porque, en principio, parecería lógico que aquellas críticas artísticas que careciesen de una clara conexión con asuntos de interés público, que empleasen contenidos ofensivos claramente innecesarios a sus legítimos fines de debate, o que se mostrasen abiertamente ofensivas, más allá de las declaraciones de su

99. Es decir, se defendió la existencia del delito de blasfemia para «promover la tranquilidad y la convivencia armónica entre las diferentes comunidades». Sin embargo, este discurso fue totalmente desacreditado cuando, en 1989, los ciudadanos británicos musulmanes que se sintieron ofendidos por la publicación la novela *Los Versos Satánicos*, de Salman RUSHDIE, no pudieron presentar una denuncia formal ante los tribunales británicos. En este caso, un comité especial de la Cámara de los Lores explicó que las disposiciones en materia de blasfemia solo protegen a la Iglesia de Inglaterra debido a la relación intrínseca que esta tiene con el Estado, quedando así evidenciada la discriminación de otros credos. Finalmente, en 2008 fueron derogadas todas las disposiciones relacionadas con la blasfemia en el régimen jurídico británico (GONZÁLEZ, R., *No blasfemarás. Una revisión de los casos judiciales en los países en donde existe el delito de blasfemia*, en <http://www.letraslibres.com>).

100. GARCÍA RUBIO, M. P., *Arte, religión y Derechos Fundamentales. La libertad de expresión artística ante la religión y los sentimientos religiosos (algunos apuntes al hilo del caso Javier Krahe)*, op. cit., pág. 440.

autor al respecto, deberían gozar de una menor protección al amparo de la libertad de expresión o de creación artística.

Así parece que podría haber sucedido en octubre de 2014, cuando la Conferencia Episcopal Española solicitó al Museo Reina Sofía, un centro público en el que es frecuente la visita de colegios y menores de edad, la retirada, dentro de la muestra *Un saber realmente útil*, de unas obras que ofendían y violentaban gratuitamente a los católicos. Se trataba, en concreto, de una caja de cerillas donde se podía leer «La única Iglesia que ilumina es la que arde, ¡CONTRIBUYA!», con lo que parece que se incitaba a la violencia contra los recintos católicos al solicitar la contribución a incendiar iglesias; de una foto que mostraba a la Virgen y a otros Santos junto a la palabra «IDIOTAS»; y de la obra titulada «Estampita», en la que se recreaba la oración *Padrenuestro* tergiversada y manipulada.



Cajas de cerillas del colectivo «Mujeres Públicas» (2014).

Fuente: https://www.elconfidencial.com/cultura/2014-10-29/unas-cerillas-incendian-el-reina-sofia_421699/ (El Confidencial)

La Asociación Española de Abogados Cristianos presentó una querrela contra el Director del Museo por permitir la exposición de obras y mensajes que pudieran ser constitutivos de un delito contra los sentimientos religiosos en concurso con un delito de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia por motivos referentes a la religión o creencia, y de un delito de injurias (arts. 510 y 525 CP). Sin embargo, la querrela fue inadmitida a trámite por Auto de 27 de marzo de 2015 del Juzgado de Instrucción n.º 13 de Madrid (Diligencias Previas Proc. Abreviado n.º 4564/2014), que señaló la imposibilidad de imputar un delito al director de un museo por las obras

que permite exponer en él¹⁰¹, sin que fuese posible entrar a argumentar en torno al carácter, gratuito o no, de la crítica contenida en la obra en cuestión, ni sobre la intencionalidad del autor.

En otros sonados casos, ha sido la apreciación del instituto de la prescripción o, sencillamente, su falta de judicialización, lo que ha impedido entrar a conocer sobre unos polémicos fondos, respecto de los cuales, con toda probabilidad, se habría invocado la ausencia de ánimo ofensivo con independencia de la actualidad, conveniencia y necesidad de la crítica de fondo. Así sucedió con el fotógrafo José Antonio Moreno Montoya, cuya colección *Sanctorum* (2003) contiene unas impactantes imágenes en las que la iconografía cristiana se emplea en unas actitudes impúdicas y explícitamente sexuales. Entre otras, destaca la fotografía titulada *El último deseo*, un remedo del Cristo de Velázquez que presenta una tremenda erección. En su web¹⁰² el autor explicó, quizás anticipando futuros problemas, que había recurrido «a la paráfrasis, a la reutilización de imágenes religiosas de la iconografía clásica, dotándolas de un nuevo sentido e intencionalidad claramente transgresiva y procurando una inversión en su significado más profundo». Aclaró también, quizás en previsión de su posible criminalización, que su intención era exaltar «la sexualidad como faceta inherente al ser humano independiente de cualquier creencia o religión», y ello «a pesar de que la religión católica esté obsesionada por negarlo».

La publicación en 2003 de un catálogo de dicha colección fotográfica¹⁰³ por la Junta de Extremadura recibió hasta ocho querellas de diversos particulares y asociaciones, entre ellas del Centro Jurídico Tomás Moro, que la consideró, amén de pornográfica e irreverente, como constitutiva de un delito contra los sentimientos religiosos (art. 525.1 CP). Aunque el procedimiento fue archivado por prescripción del delito en 2007 mediante Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Mérida, estos hechos provocaron el cese del Consejero de Cultura y las públicas disculpas del entonces Presidente de la Junta de Extremadura, Juan Carlos Rodríguez Ibarra.

101. Dicho Auto fue confirmado en apelación por el Auto de 14 de julio de 2015 de la Audiencia Provincial de Madrid, contra el cual se intentó recurso de casación que fue inadmitido por el Auto de 7 de septiembre de 2015 de la Audiencia Provincial de Madrid.

102. <http://www.jam-montoya.es>

103. Entre las imágenes de la publicación se encontraban, además de la ya citada, las tituladas *¿Varón de dolores...? Varón de amores*, en la que aparecía Cristo masturbándose; *Y vosotros, ¿qué decís que soy yo?*, que mostraba un Cristo desnudo con cuerpo de mujer; o *Lucas Apócrifo*, donde se simulaba una recreación del Apóstol sosteniendo un libro en sus manos con imágenes de dos personas practicando sexo.

En esta misma línea, habría resultado interesante conocer lo sucedido de haberse judicializado la impactante performance de estética sadomasoquista titulada *La Virgen pornoterrorista* realizada en 2010 por Diana J. Torres y Karolina Spinola en Barcelona. Una inversión en los cánones de la *Piedad* sobre el dolor, el sufrimiento y la muerte de la Virgen, «donde Jesús es un cabronazo que agobia a su madre, la Virgen, con todo el peso de la masculinidad y las responsabilidades femeninas»¹⁰⁴.

El resultado puede imaginarse porque, como hemos visto, los criterios configurados por el TEDH para permitir que la libertad de expresión artística pueda ser legítimamente sometida a las restricciones y, en su caso, sanciones, necesarias y proporcionadas para proteger los derechos ajenos mediante el sometimiento a un orden de valores en el que prima la dignidad humana; para proteger el derecho de los ciudadanos a no ser insultados en sus sentimientos religiosos o en convicciones personales e íntimas por la expresión pública de las opiniones de otras personas; y para proteger la paz y el orden social tomando en consideración factores de presión social y de mayorías religiosas, sencillamente no son aplicados por nuestros operadores jurídicos, a los que basta con descartar sistemáticamente la intencionalidad ofensiva del autor para transformar propuestas más que transgresoras en meros casos de crítica social e ideológica. Se echa en falta un criterio claro y objetivo con el que definir, desde todas las perspectivas posibles, más allá del confeso subjetivismo del autor, en qué casos la polémica, la crítica y la provocación pretendidas transforman la obra artística, dotándola de un contenido claramente ofensivo, en algo ilícito. Para ello, tal vez, sería conveniente acudir al criterio de la *necesidad* a la hora de enjuiciar aquellas expresiones que, de manera gratuita e innecesaria a los fines de denuncia, de crítica o de provocación perseguidos, resulten ofensivas para los demás y, por tanto, constituyan un ataque a sus derechos; y también, por qué no, a un juicio objetivo de *inferencia* acerca del ánimo ofensivo del artista, más allá de su confesa intencionalidad.

2. LA REPRESENTACIÓN ARTÍSTICA DEL RACISMO Y DEL GENOCIDIO: LÍMITES JURÍDICOS

Los cómics constituyen uno de los medios de expresión artística más característicos de la cultura contemporánea y presentan una marcada

104. MARZO, J. L., y MAYAYO, P., *Arte en España (1939-2015). Ideas, prácticas, políticas*, op. cit., pág. 780.

funcionalidad ideológica puesta de manifiesto a lo largo de su historia¹⁰⁵. Muestran actitudes y valores a la vez que narran una acción, creando con ello un solapamiento entre la trama y su valoración. Gracias a la rica complejidad del sistema semiótico del cómic, que utiliza imágenes y textos literarios, es posible la transmisión de ideas subyacentes a la propia historieta mediante metáforas visuales e ideogramas. El cómic, como medio de difusión de la cultura de masas, despliega así, cada vez más, una profunda e importante función de enseñanza y adoctrinamiento ideológico¹⁰⁶.

El peligro radica, como apunta McCLOUD, en que las viñetas tienen capacidad más que suficiente para plantear y difundir todo tipo de ideas. Cuando el artista toma como principal objetivo, no la forma, sino la idea o el propósito que pretende transmitir, entonces su trabajo se convierte en una herramienta del poder, en un instrumento tan poderoso como las ideas que desarrolla y propaga¹⁰⁷. Y es que el cómic está llamado a modular y a transmitir un determinado modo de entender la realidad política y social. Mediante el entretenimiento, lectores de todas las edades se ven subliminalmente arrastrados por los valores contenidos en sus páginas. Las informaciones facilitadas sobre acontecimientos reales o imaginarios, así como las actitudes y valoraciones que adoptan los personajes frente a aquellos, pueden resultar determinantes a la hora de asentar una determinada concepción del mundo.

Un buen ejemplo de lo acertado de estos recelos han sido las controversias suscitadas en torno a *Tintín en el Congo* (1930-1931), un álbum donde el autor belga Hergé retrata a los africanos como buenos de corazón, pero atrasados y perezosos, necesitados del dominio europeo, obviando cualquier referencia, cualquier sanción moral, sobre Leopoldo II y sus crímenes. En realidad, como se demostraría, esta obra no se pronuncia sobre el proceso de destrucción y horror llevado a cabo sobre el país sencillamente porque aún no se había desvelado toda la verdad al completo. Solo alude a la realidad de su época al mostrarnos a los occidentales provocando guerras entre

105. El denominado arte secuencial, la historieta, aspira, como su propio nombre indica, a contar una historia, por pequeña que ésta sea. Por ello, y con razón, Luis Alberto DE CUENCA, afirma que las obras maestras del cómic estadounidense de la pasada centuria –como *The Yellow Kid*, *Little Nemo in Slumberland*, *The Katzenjammer Kids*, *Krazy Cat*, *Prince Valiant*, *Dick Tracy* o *Flash Gordon*– son, sin lugar a dudas, «grande y altísima literatura dibujada» (DE CUENCA, L. A., *Noveno Arte*, Ed. De Tebeos Editores, Almería, 2010, págs. 43 y 61).

106. GASCA, L., y GUBERN, R., *El discurso del cómic*, Ed. Cátedra, 2011, págs. 13 a 15; también GUBERN, R., *Medios icónicos de masas*, Historia 16, Madrid, 1997, pág. 9.

107. McCLOUD, S., *Entender el cómic. El arte invisible*, Ed. Astiberri, Bilbao, 2009, págs. 179, 183 y 184.

tribus rivales y vecinas, la explotación de las materias primas de la colonia belga –a través de una expedición con colmillos de elefante, o cuando Tintín emplea el látex de dos árboles de caucho como tirachinas contra un búfalo– y a los «Aniotas», una sociedad secreta dedicada a luchar contra los blancos eliminando a los jefes negros que colaboraban con la colonización por medio de los famosos «hombres-leopardo», unos temibles sicarios que empleaban garras de hierro. Salvo estas alusiones, lo cierto es que el álbum refleja la visión general de su época aunque obviando las voces discrepantes que, desde hacía tiempo, clamaban contra los excesos cometidos en el Congo¹⁰⁸. A pesar de estas denuncias, Hergé seguiría la versión oficial sin criticar el sistema, sino más bien todo lo contrario, exaltando la labor de los misioneros para complacer al padre Wallez, el director de su periódico. Quizás consciente de ello, el dibujante suavizaría con el tiempo ciertos aspectos de esta obra. Así, la versión original en la que Tintín explica a los niños africanos que Bélgica es su patria, será suprimida posteriormente por una, más inocua y políticamente más aceptable, lección de aritmética. De igual manera, en la versión de 1931, entre el equipaje del reportero, se podía ver una caja con el rótulo «Equipo colonial» que también desaparecerá en la versión a color de 1946. En cualquier caso, el problema principal es que *Tintín en el Congo* parece incurrir en ciertas dosis de racismo al mostrarnos a los negros como unos seres torpes y perezosos a lo largo de toda la trama.

Sin embargo, en su momento, la publicación de este álbum no produjo polémica ni controversia alguna pues su espíritu estaba en completa sintonía con los tiempos que corrían. No era un álbum racista, sino paternalista. Más tarde, al ser sospechoso de racismo, Hergé se disculparía invocando la mentalidad de una época en la que todo el mundo consideraba normal que un país tuviese colonias y la auténtica propaganda colonial comenzaba en la escuela¹⁰⁹. En estas condiciones fue inevitable que el álbum cayese en

108. Así, en 1927 André GIDE había publicado su *Viaje al Congo*, en el que se percibe una sincera indignación contra los abusos del colonialismo. En 1929 el periodista francés Albert LONDRES había publicado *Tierra de ébano*, una recopilación de artículos sobre la trata de negros publicados en «Le Petit Parisien». Su relato de las tropelías cometidas con los negros durante la construcción del ferrocarril Congo-Oceano, una obra que causó veinte mil muertos, fue una clara denuncia de las injusticias del sistema colonial. Además, durante los años veinte el escritor belga Georges SIMENON había denunciado en muchas de sus novelas de juventud los abusos y excesos cometidos en el Congo (ASSOULINE, P., *Hergé*, Ediciones Destino, S.A., Colección Áncora y Delfín, Barcelona, 1997, págs. 50-51).

109. Así declararía «[h]a habido *Tintín en el Congo*, lo reconozco. Era en 1930. Yo no conocía de ese país más que lo que la gente contaba en aquella época: “Los negros son unos niños grandes... Tienen suerte de que nosotros estemos allá”, etc. Y yo dibujé a estos africanos según estos criterios, con el más puro paternalismo, que era el de la

desgracia a finales de los años cincuenta, siendo muy difícil de encontrar. Se convirtió, de hecho, en una aventura políticamente incorrecta. Sin embargo, tras su publicación en 1970 en el Zaire, Tintín se rehabilitó en la conciencia africana con una gran popularidad, tanto que hoy, como reconoce FARR, «lejos de ser considerado como un belga colonialista y reaccionario, Tintín se ha convertido con los años en una figura internacional que ha encontrado eco en todas las razas e idiomas»¹¹⁰. A pesar de todo, las dudas y la controversia sobre las intenciones de Hergé estaban servidas y el autor belga procuraría en lo sucesivo no aludir en demasía ni posicionarse explícitamente sobre los conflictos coloniales.

No han faltado, sin embargo, momentos de gran crispación. En julio de 2007 la Comisión británica para la Igualdad Racial pidió que se impidiese la venta de *Tintín en el Congo* por resaltar «groseros estereotipos raciales». Anteriormente, la Universidad Libre de Bruselas había formulado una denuncia similar, y la Biblioteca Municipal de Brooklyn, en Nueva York, había trasladado este cómic a la estantería de las «obras ofensivas», junto a *Mein Kampf* de Adolf Hitler o a *Trópico de Capricornio* de Henry Miller.

El más reciente conflicto se produciría poco después, en agosto de 2007, cuando el activista belga de origen congoleño Bienvenú Mbutu Mondondo presentó una demanda contra la sociedad «Moulinsart» (gestora de los derechos de la obra de Hergé) en la que pedía la prohibición del cómic *Tintín en el Congo* por su contenido ofensivo, lleno de estereotipos humillantes y de propaganda colonizadora que, en su opinión, incitaba al paternalismo, al racismo y a la xenofobia para con los personajes africanos, cuya representación gráfica, grosera y caricaturesca, hace que se parezcan todos, que se asemejen a monos con bocas enormes, hasta el punto de ocupar en ocasiones la mitad del rostro. Son pequeños, enclenques, de aspecto sistemáticamente atontado y ataviados con ropas ridículas, cuando no están en harapos, e intentan vestirse a la manera occidental de una forma inadaptada al clima y a las situaciones. Por último, se alegó que a menudo tienen un aire agresivo y desconfiado. Del mismo modo se criticó la actitud de Tintín frente a la sociedad del Congo, en tanto los «negros» no pertenecerían a un pueblo civilizado. Tintín practica con ellos una justicia expeditiva, paternalista e infantil (por ejemplo, en el episodio del sombrero) y evidencia su pretendida superioridad permitiendo que los

época en Bélgica» (SADOUL, N., *Conversaciones con Hergé. Tintín y yo*, Ed. Juventud, Barcelona, 1986, págs. 49-50).

110. FARR, M., *Tintín. El Sueño y la realidad. La historia de la creación de las aventuras de Tintín*, Ed. Zendrera Zariquiey, Barcelona, 2002, pág. 27.

negros se postren ante él y su perrito Milú. Otros aspectos denunciados fueron la referencia expresa a la «patria belga», la incapacidad de los escolares del Congo para hacer una simple suma y, en definitiva, el hecho de que todas las personas de color son presentadas de manera genérica y deshumanizada, a modo de animales que estuvieran dotados de la facultad de hablar.

En octubre de 2011 el Procurador del Reino de Bélgica, un asesor judicial cuyas recomendaciones deben cumplir los tribunales belgas, consideró que debía rechazarse la pretensión porque las representaciones del pueblo africano que se contienen en la obra debían ser contextualizadas y entendidas como un reflejo de su época. La visión de Hergé sobre el colonialismo era la propia de aquellos tiempos, esto es, difuminada por la distancia y plagada de tópicos y estereotipos. Partiendo de la premisa de que el criterio clave para sostener una acusación de racismo es la intencionalidad del autor, el Procurador concluyó que Hergé no tenía intención de incitar el odio racial al dibujar, en 1930-1931, las aventuras en la antigua colonia belga, ni al actualizarlas en 1946, ya que Tintín no se coloca en una situación de competencia o confrontación con ningún negro o grupo de negros, sino que el protagonista se enfrenta contra un grupo de ladrones que son, precisamente, blancos.

El asunto fue zanjado mediante la Sentencia de 28 de noviembre de 2012 del Tribunal de Apelación Belga (Sala Novena) que desestimó la petición del Sr. Mbutu Mondondo y del Consejo Representativo de las Asociaciones de Color, argumentando que, para encontrar la naturaleza dolosa o negligente del elemento moral, había que acudir a la época en que se difundió por primera vez el cómic y no «sobre la base de los valores actuales, tal y como derivan de la sociedad multicultural en que viven los niños susceptibles de leer hoy el álbum». Prosigue el Tribunal motivando que, de acoger el razonamiento de los apelantes, habría que proscribir igualmente las obras de Voltaire o incluso estantes enteros de literatura (*pans entiers de la littérature*), algo que no puede ser admitido habida cuenta que el fluir del tiempo debe ser tomado en consideración (*l'écoulement du temps doit être pris en compte*). Con estas premisas, las pretensiones de la parte apelante fueron consideradas como una «injerencia a posteriori en el ejercicio de la libertad de expresión» contraria al art. 10.2 del Convenio para la protección de los derechos del hombre y las libertades fundamentales (CEDH) pues, al tratarse de una obra del pasado que pertenece a los fondos culturales de Bélgica, no existe una razón preponderante de interés público ni proporcionalidad que exijan la adopción de la medida solicitada. De

ninguno de los dibujos ni de los diálogos («ni de otra circunstancia exterior», añade) se deduce la voluntad, por parte de Hergé, de concebir un cómic destinado a servir de vehículo a ideas racistas, vejatorias, humillantes o degradantes para con los habitantes del Congo. Nada hace pensar que dicho autor considerara que los africanos constituyeran una «raza», ni que intentara compararla con otra que él considerara superior. En palabras de la sentencia, «Hergé se propuso realizar una obra de ficción con el objetivo único de divertir a sus lectores. Practica un humor cándido y gentil».

En sustento de dicha tesis, recuerda la Sentencia que el autor nunca estuvo en el Congo, habiéndose inspirado en la documentación del Museo Colonial de Tervuren así como en los libros, la prensa y los relatos de los colonos que volvían de la antigua colonia francesa. De tal modo, el autor no habría hecho sino reproducir los estereotipos usados en el entorno burgués y católico donde vivía. Así, Tintín sería, ante todo, un testimonio de la historia común de Bélgica y del Congo en un momento y una época dados, conclusión para la que le basta al órgano de apelación con comparar las fotografías tomadas en 1930 y ciertas viñetas del álbum y sorprenderse ante la similitud de las situaciones plasmadas. Nada permite afirmar, concluye la Sala de Apelación, que los niños del siglo XXI, confrontados con este cómic, no sean capaces de relativizar los estereotipos del pasado ni de considerar la obra en su contexto histórico propio. Tampoco se puede afirmar que el personaje de Tintín en este álbum sea malvado, pues, inspirándose en los valores éticos de los *scouts*, es acogido calurosamente por los nativos, cultiva una amistad con el pequeño Coco, contribuye a la paz entre tribus rivales, arriesga su vida por los demás y lucha contra el mal, representado éste, empero, en la persona de un blanco. Hasta el punto de que su partida es unánimemente sentida y es presentado como modelo a seguir por los propios nativos, como lo muestra la última viñeta del cómic, donde literalmente se manifiesta que «en Europa todos los pequeños blancos son como Tintín»¹¹¹.

El problema, como apuntan BURUCÚA y KWIATKOWSKI, es que la interpretación y representación de masacres y genocidios se ve seriamente condicionada y restringida en comparación con lo que ocurre con otros fenómenos históricos. Al tratarse de hechos extremos, de sucesos de una enormidad tal que desafían los marcos éticos, retóricos y analíticos, existe una clara exigencia de no distorsionar lo ocurrido mediante representaciones

111. Vid. ALCANTARILLA HIDALGO, F.J., *El siglo XX en viñetas: barbarie y humanismo en el cómic europeo*, Ed. Coeditum, Barcelona, 2017, págs. 129-133.

inadecuadas. En concreto, existe una idea, más o menos extendida, que afirma que el Holocausto judío es, en sí mismo, irrepresentable, al tratarse de un acontecimiento de tal índole que escapa al poder de cualquier lenguaje para describirlo y de cualquier soporte para representarlo. Es decir, el mundo de Auschwitz está fuera del discurso artístico, como está fuera de la razón¹¹².

Sin llegar al extremo de una absoluta irrepresentatividad, lo cierto es que los tratamientos irrespetuosos de hechos que la sociedad considera inaceptables están normalmente vedados para las obras de arte, de manera que su exposición no se tolera. Un caso claro serían las obras que contienen dosis de sarcasmo y sátira sobre el Holocausto judío. Un ejemplo paradigmático de rechazo hacia este tipo de creaciones fue la prohibición de la publicación en la revista *Makoki* de la edición española del cómic *Hitler = SS*, una serie creada por Jean-Marie Gourio (guión) y Philippe Vuillemin (dibujo) en los años ochenta en la revista francesa *Hara-Kiri*. Se trataba de una obra ambientada en los campos de concentración nazis durante la Segunda Guerra Mundial en la que se exploraban los sucesos utilizando el absurdo y el humor negro. Era una obra de ficción, sin la menor pretensión histórica, en la que se relataban una serie de episodios con alemanes de las *Schutz-Staffel* (SS) y judíos como protagonistas de

112. BURUCÚA, J. E., y KWIATKOWSKI, N., «Como sucedieron las cosas». *Representar masacres y genocidios*, Ed. Katz, Móstoles, 2015, págs. 14 y 15. En este mismo sentido, la Decisión de 20 de octubre de 2015 del TEDH en la Causa 25239/13 (Dieudonné M'Bala M'Bala c. Francia), inadmitió la demanda presentada por el humorista francés Dieudonné M'Bala M'Bala, quien, en 2008, al finalizar la representación de un espectáculo, invitó a Robert Faurisson –condenado en diversas ocasiones por negar la existencia de las cámaras de gas en los campos de concentración– a que le acompañara en el escenario para recibir los aplausos del público y hacerle entrega, vestido el actor con un pijama a cuadros sobre el que estaba cosida una estrella de David, del «premio de la intratabilidad y de la insolencia», anunciando su deseo de «superarse» con respecto a un espectáculo anterior, al que se habría calificado como el «mayor mitin antisemita desde la última guerra mundial». La Sentencia de 27 de octubre de 2009 del TGI de París condenó a Dieudonné por injuria pública contra una persona o grupo de personas en base a su pertenencia o no pertenencia a una etnia, nación, raza o religión determinada, a una multa de 10.000 euros, así como al pago de un euro en concepto de daños y perjuicios a cada una de las ocho partes personadas, siendo esta Sentencia confirmada por la Sentencia de 17 de marzo de 2011 de la Cour d'Appel de París. Finalmente, la Sentencia de 16 de octubre de 2012 de la Cour de Cassation desestimó el recurso de casación del humorista, entre otros motivos, porque la expresión de una ideología que va en contra de los valores fundamentales del CEDH no puede ser equiparada con un espectáculo, aun satírico o provocador, que entraría en el ámbito de la protección del art. 10 CEDH. Es decir, porque el derecho a la libertad de expresión no puede ser empleado para fines contrarios al texto y al espíritu del propio Convenio ya que, si se admitieran, contribuirían a la destrucción de los derechos y libertades garantizados por el mismo.

conductas inhumanas, viles y abyectas. El transporte de prisioneros como si fuera ganado, la burla y el engaño del reparto de jabón antes de entrar en la cámara, el olor del gas y de los cadáveres, el aprovechamiento de restos humanos, como otros muchos episodios similares, se narraban en tono de mofa, sazonado todo con expresiones insultantes o despectivas («animales» o «carroña», entre otras). Gráficamente se acentuaba la decrepitud física de las víctimas en contraste con el aspecto arrogante de sus verdugos. Su lectura ponía de manifiesto que la finalidad global de la obra era humillar a quienes fueron prisioneros en los campos de exterminio, no sólo, pero muy principalmente, a los judíos. Cada viñeta – palabra y dibujo– era agresiva por sí sola, con un mensaje tosco y grosero, burdo en definitiva, ajeno al buen gusto, que constituía un signo externo de su talante ofensivo. Este irrespetuoso tratamiento de tan espinoso tema suscitó una viva polémica, sobre todo en Francia, donde fue objeto de varias demandas judiciales de asociaciones de supervivientes de los campos de exterminio.

En España la publicación fue secuestrada y se emprendieron diversos procesos entre comienzos y mediados de los noventa contra el editor de la revista Makoki al considerarse un atentado a la dignidad de los supervivientes y un ataque contra el judaísmo. Según la opinión del editor, la historieta no era más que una parodia del revisionismo nazi. Evidentemente, el trazo grueso y grosero de Vuillemin pretendía desmitificar los hechos haciéndose eco de una corriente de opinión denominada «revisionismo», que venía a negar o minimizar la dimensión del Holocausto. Pero la crueldad con la que se mostraban los hechos, más que enjuiciar a los verdugos, terminaba por denigrar a las víctimas. Por ello, en la STC 176/1995, de 11 de diciembre, el Tribunal Constitucional rechazó el recurso presentado por el editor –que había sido condenado por un delito de injurias (art. 458 CP)– y, basándose en el pronunciamiento del caso Violeta Friedman contra León Degrelle (STC 214/1991, de 11 de noviembre), afirmó que el cómic tenía por objetivo humillar a los prisioneros de los campos y a los judíos en particular¹¹³. La Sentencia trató de desentrañar el auténtico significado, el mensaje de este cómic en su integridad, para concluir que, en su contexto, en lo que se dice y en lo que se calla, entre líneas, «late un concepto peyorativo de todo un pueblo, el judío, por sus rasgos étnicos y sus creencias. Una actitud racista,

113. GÁLVEZ, P., y FERNÁNDEZ, N., *Irreverentes. Viñetas incómodas*, Fundación Municipal de Cultura, Educación y Universidad Popular, Ayuntamiento de Gijón, 2007, págs. 55-56.

contraria al conjunto de valores protegidos constitucionalmente» y, muy en concreto, a la libertad de expresión (art. 20.1 CE).

La decisión se basó muy principalmente en el hecho de que el público al que iba destinado era, en su mayor parte, juvenil y, por tanto, falto de madurez y sugestionable, lo que podría conducir al odio y la violencia raciales. Se destacó así la especial transcendencia del medio utilizado, un tebeo «cuyos destinatarios habrán de ser en su mayoría niños y adolescentes. Por esta condición del público lector al cual se dirige el mensaje, hay que ponderar su influencia sobre personalidades en agram, aun no formadas por completo en temas que, además, puedan depravarles, corromperles y, en definitiva, deformarles (STEDH 7 de diciembre de 1976, Caso Handyside)». El Tribunal concluyó también que, al mensaje racista, ya de por sí destructivo, le servía de vehículo expresivo un talante libidinoso en las palabras, en los gestos y en las actitudes de los personajes que bien pudiera ser calificado de pornográfico, por encima del nivel tolerable para la sociedad española en aquellos momentos, desprovisto, además, de cualquier valor socialmente positivo, ya fuese estético, histórico, sociológico, científico, político o pedagógico. A lo largo de sus casi cien páginas se hablaba el lenguaje del odio, con una densa carga de hostilidad que incitaba, a veces directa y otras subliminalmente, a la violencia por la vía de la vejación. El efecto explosivo de tales ingredientes así mezclados era tan evidente que estaba en contradicción abierta con los principios de un sistema democrático de convivencia pacífica y reflejaba un claro menosprecio hacia los derechos fundamentales.

Esta historieta nada tenía que ver con una crónica del pasado, es decir, carecía de valor informativo y cultural alguno. Por otra parte, el propósito burlesco se utilizaba precisamente como instrumento del escarnio. Es posible que, para algunos, ciertas escenas del folleto resultasen cómicas por su capacidad para poner en ridículo el sufrimiento, minimizando la abyección. Ese tratamiento, sin embargo, no encaja, por supuesto, en el humor tal y como se conoce en la preceptiva literaria. Lo que se decía y lo que se dibujaba en el «panfleto» (así lo titula la Sentencia), rezumaba crueldad gratuita, sin gracia o con ella, hacia quienes sufrieron en su carne la tragedia sin precedentes del Holocausto, muchos de los cuales –la inmensa mayoría– no podían quejarse, pero otros aún vivían al tiempo de su publicación, y también hacia sus parientes, amigos o correligionarios o hacia cualquier hombre o mujer. El cómic, que convirtió una tragedia histórica en una farsa burlesca, fue así, con toda justicia, calificado como

libelo, por buscar, deliberadamente y sin escrúpulo alguno, el vilipendio del pueblo judío.

3. LA HUMILLACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS DELITOS TERRORISTAS COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL ARTISTA

La polémica revista *El Jueves* se ha hecho recientemente eco, mediante la portada de un número de abril de 2017, de la condena a doce meses de cárcel impuesta por la Sentencia de 29 de marzo de 2017 (P.A. n.º 40/2016) de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, al joven estudiante Ramón Vera Paz por un delito de humillación a las víctimas del terrorismo¹¹⁴ al haber tuiteado (con el nombre de «Cassandra Vera») varios chistes burlescos sobre el asesinato en 1973 del Presidente del Gobierno Luis Carrero Blanco a manos de la banda terrorista ETA. Mensajes como «Película: A Tres metros sobre el Cielo; Producción: ETA Films. Director: Argala; Protagonista: Carrero Blanco. Género: Carrera espacial», y otros de semejante tenor, constituyen para la Audiencia Nacional «desprecio, deshonor, descrédito, burla y afrenta» a «personas que han sufrido el zarpazo del terrorismo y sus familiares», y ello sin que el tiempo transcurrido –más de cuarenta años– desde que la banda terrorista volase con explosivos el coche oficial del Almirante Carrero Blanco, quiten un ápice de gravedad a los hechos, pues, según subraya la Sentencia, «la lacra del terrorismo persiste, aunque con menor intensidad, y las víctimas del terrorismo constituyen una realidad incuestionable, que merecen respeto y consideración, con independencia del momento en que se perpetró el sangriento atentado»¹¹⁵.

114. Que, tipificado en el art. 578.1 CP, según la redacción de la L.O. 2/2015, de 30 de marzo, castiga «[e]l enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares».

115. En este mismo sentido, la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo, ha expresado el compromiso permanente del pueblo español con todas las personas que lo han sufrido o que lo pudieran sufrir en el futuro, en cualquiera de sus formas, como signo de reconocimiento, de respeto y de solidaridad debida, representando así el esfuerzo compartido de reparación que las víctimas y sus familias merecen, inspirado por los principios de memoria, dignidad, justicia y verdad.



Portada de la Revista «El Jueves», n.º 2080, del 5 al 11 de abril de 2017.

Fuente: <https://www.eljueves.es/revista/hemeroteca/2017>

El pronunciamiento judicial que comentamos no viene sino a aplicar la doctrina fijada por la Sentencia de 18 de enero de 2017 (Rec. casación n.º 1619/2016) de Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, sobre la condena al cantante del grupo Def con Dos César Augusto Montaña Lehmann, conocido por el nombre artístico de César Strawberry, a un año de prisión por enaltecimiento o humillación de las víctimas del terrorismo en una serie de «tuits» que este publicó sobre el funcionario de prisiones Ortega Lara, secuestrado durante más de quinientos días por ETA, o sobre los GRAPO¹¹⁶. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo vino a estimar el recurso interpuesto por la Fiscalía contra la absolución del cantante acordada por la Sentencia de julio de 2016 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

116. En concreto, los tuits citados en los hechos probados de la Sentencia son del siguiente tenor: «el fascismo sin complejos de Aguirre me hace añorar hasta los GRAPO [...] a Ortega Lara habría que secuestrarle ahora [...] FRANCO, SERRANO SUÑER, ARIAS NAVARRO, FRAGA, BLAS PIÑAR... Si no les das lo que a CARRERO BILANCO, la longevidad se pone siempre de su lado [...] Cuántos deberían seguir el vuelo de CARRERO BLANCO», y un último que era una conversación con otro usuario donde STRAWBERRY empezaba diciendo «Ya casi es el cumpleaños del Rey. ¡Qué emoción!» y ante la pregunta del otro usuario «ya tendrás el regalo preparado no? Qué le vas a regalar?», el cantante contesta «un roscón-bomba».

El Alto Tribunal no compartió que, como concluyó aquella Sentencia, «la provocación, la ironía o el sarcasmo» pudiesen justificar la absolución del cantante, cuyos mensajes de humillación y burla alimentan el discurso del odio, legitiman el terrorismo como fórmula de solución de los conflictos sociales y obligan a la víctima «al recuerdo de la lacerante vivencia de la amenaza, el secuestro o el asesinato de un familiar cercano». La Audiencia Nacional consideró que no se había acreditado que Strawberry buscase con estos mensajes «defender los postulados de una organización terrorista» ni tampoco «despreciar o humillar a sus víctimas». El Tribunal Supremo sostuvo, sin embargo, lo irrelevante que resulta a ese respecto la intención del cantante, ya que, a diferencia de lo que sucede con los delitos contra los sentimientos religiosos, el art. 578 CP no exige acreditar con qué finalidad se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación, sino que «basta con asumir como propia la justificación de una forma violenta de resolver las diferencias políticas y la reiteración consciente de esos mensajes a través de Twitter».

4. ¿ARTE O PORNOGRAFÍA?: LA PROTECCIÓN DE LA JUVENTUD Y LA INFANCIA EN JUEGO

La diferencia entre arte erótico y pornografía radica, según SCRUTON, en que, mientras esta última es una invitación directa a la fantasía sexual, lo erótico, en cambio, pone a cierta distancia el cuerpo humano, de suerte que este deviene un mero objeto de contemplación, siendo la pasión que suscita imaginaria, no real. Los desnudos de Tiziano, son así espléndidos ejemplos de arte erótico. Sus idealizadas *Venus* no son, en modo alguno, materiales aptos para la excitación sexual, sino que, para captar su atmósfera, es necesario situarse a cierta distancia¹¹⁷.

La intrincada historia legal de la publicación de la novela *Ulises*, de James Joyce, es una buena muestra de lo difícil que resulta en cada época deslindar arte y pornografía. La que muchos consideran la mejor novela en inglés de todos los tiempos estuvo prohibida por «obscena, impúdica y lasciva» durante más de una década en Inglaterra y en Estados Unidos. Autoridades de ambos lados del Atlántico confiscaron y quemaron más de un millar de ejemplares del libro tras ser declarado ilegal cuando todavía se estaba publicando por entregas en la revista *The Little Review*. El *Sunday Express* lo describió como «el libro más infamemente obsceno de la historia de la literatura, tanto antigua como moderna», y *The Dublin Review* advirtió

117. SCRUTON, R., *El valor del arte*, op. cit., pág. 152.

a los paisanos de Joyce de que leer *Ulises* era un pecado contra el Espíritu Santo, el único pecado sin perdón de Dios. Así las cosas, en 1922 Francia era el único lugar en el que *Ulises* podía ser adquirido legalmente, de manera que el libro acabó convirtiéndose en objeto de contrabando literario de los ejemplares editados en París.

Como señala BIRMINGHAM, los novelistas anteriores a Joyce daban por hecho que un velo de pudor separaba el mundo real de sus mundos de ficción. Escribir era aceptar que existían categorías de la experiencia humana que uno nunca podría plasmar con explicitud. Sin embargo, Joyce no dejó nada sin expresar. El modo real y explícito en el que las personas hablaban, pensaban y actuaban en el transcurso de un día normal y corriente pasó a ser un ingrediente de escritura. Cuando *Ulises* fue finalmente legalizado y publicado en Estados Unidos en 1934, pareció como si el arte no tuviera límites. Hasta entonces, todo lo que la cultura oficial rechazaba o se negaba a reconocer era relegado de la esfera pública para ser enclaustrado en categorías peligrosas: lo oculto, lo superfluamente subjetivo, lo callado, lo inenarrable, y su culmen, lo obsceno. *Ulises* era un libro transgresor porque no aceptaba una jerarquía entre lo decente y lo obsceno, entre la vida exterior y la interior. Era peligroso porque demostraba cómo un libro podía abolir el poder del secretismo. No en vano, para los escritores modernistas, el ejercicio de la literatura supuso una batalla contra una civilización considerada obsoleta en la que la censura ejercía la férrea tiranía de los estándares culturales instaurados¹¹⁸.

118. Los aparatos censores de Estados Unidos y Gran Bretaña dependían de una difusa red funcional respaldada por estatutos morales de mediados del siglo XIX. En ambos lados del Atlántico, las leyes contra el vicio se concebían como herramientas de control y garantía del orden social y fueron impulsadas por organizaciones semioficiales de moralistas voluntarios comprometidos en la supresión de lacras como la mendicidad, el vagabundeo, la prostitución y la pornografía. Una de las más exitosas fue la Sociedad Londinense para la Supresión del Vicio, que ayudó a redactar las leyes contra la obscenidad cuyo cumplimiento supervisaba. En Estados Unidos la lucha contra la obscenidad llegó a ser muy intensa. Desde 1872 hasta su muerte en 1915, el personaje más influyente a la hora de definir lo que era o no obsceno fue Anthony Comstock, un reformador y rígido defensor de la tradición moralista de las comunidades de Nueva Inglaterra. Líder activo en la Asociación Cristiana de Jóvenes de Nueva York (*Young Men's Christian Association*, YMCA), desde ella contribuyó a la creación en 1873 de la Sociedad Neoyorquina para la Supresión del Vicio (NYSSV), institución que, bajo su liderazgo, emprendió una feroz campaña contra las corrientes artísticas de vanguardia y contra todo tipo de manifestación cultural o artística que se considerase inmoral. Ese mismo año logró que el Congreso aprobara la llamada «Ley Comstock» contra la obscenidad, con el resultado de millares de obras destruidas, autores encarcelados y muchas editoriales cerradas. Su instrumento para contener la marea creciente de lujuria fue el Servicio Postal de Estados Unidos. La Ley que lleva su nombre convirtió la distribución o promoción a través del correo estadounidense

Las disputas sobre los pasmosos contenidos de la prosa de Joyce comenzaron con la publicación del *Ulises* como una serie de entregas aparecidas entre la primavera de 1918 y finales de 1920 en una revista modernista neoyorquina llamada *The Little Review* patrocinada por John Quinn, un abogado de Wall Street y, probablemente, el coleccionista de arte moderno más importante de Estados Unidos en aquella época. El modo en el que Joyce lanzaba «obscenidades» contra sus lectores hizo que la revista acabase en los Juzgados. A partir de ahí comenzaron las reacciones del Gobierno de los Estados Unidos, tanto a nivel estatal como federal. El Servicio Postal prohibió repetidas veces la distribución por correo de *The Little Review* debido a los «raudaes de inmundicia» de Joyce. El escritor tuvo que librar una batalla contra los guardianes de la moral y su ejército de inspectores postales, agentes de aduanas, fiscales y detectives. Su lucha contra las acusaciones de obscenidad fue más allá del derecho a publicar material sexualmente explícito, pues su libro había acabado en el mismo saco que los anarquistas, los intelectuales y los irlandeses, todos ellos gente sospechosa desde 1917. Joyce sostuvo una dura batalla legal que se prolongó durante años. En el curso de tres procesos judiciales, en un Tribunal de lo Penal de la ciudad de Nueva York en 1921, en el Tribunal Superior de Justicia en 1933 y ante el Tribunal de Apelaciones en 1934, acabaría por ver reconocido su derecho a publicar la novela en Estados Unidos. Cuando el caso de *Ulises* llegó al Juez Woolsey en el otoño de 1933, hacía cuatro meses que los nazis habían empezado a quemar libros. Su resolución hizo algo más que legalizar una obra. Convirtió la insurgencia cultural en una virtud cívica. Además de reconfigurar la propia definición legal de la literatura, estos procedimientos legales convirtieron al escritor irlandés en adalid del vanguardismo, en un símbolo de la creatividad en pugna contra las autoridades empeñadas en constreñirla. *Ulises* suprimió las barreras del arte y reivindicó una libertad artística total de forma, estilo y contenido, unas libertades predicables de cualquier tipo de manifestación protegida por la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos¹¹⁹.

de cualquier «libro, panfleto, imagen, periódico y grabado obsceno, lúbrico o lascivo, o de cualquier otra publicación de carácter indecente» en un delito castigado con hasta diez años de prisión y una multa de diez mil dólares. Armado con el poder de la ley, actuando como Agente Especial del Servicio Postal y nombrado Director de la Sociedad Neoyorquina para la Supresión del Vicio, Comstock llevó a la cárcel a miles de pornógrafos y destruyó libros por toneladas. «Debemos cazar a estos individuos tal como cazamos a las ratas», dijo, «sin piedad» (<http://www.biografiasyvidas.com>).

119. BIRMINGHAM, K., *El libro más peligroso. James Joyce y la batalla por Ulises*, Es Pop Ediciones, Madrid, 2016, págs. 13-35.

En nuestro país, el primer intento de deslindar, en términos jurídicos, el erotismo de la pornografía a la luz de la libertad de expresión se produjo cuando el anticuario Fernando Vijande y Gloria Kirby fundaron la Galería Vandrés con la Exposición «Eros y el arte actual en España», en la que se mostraban obras de numerosos artistas del momento. La Policía Nacional clausuró la muestra al poco de inaugurarse, en mayo de 1971, por considerarla escándalo público, atentatoria contra la moral y pornográfica. El propio Presidente del Gobierno, Carrero Blanco, clamó en las Cortes contra los enemigos de España, la masonería y la pornografía, refiriéndose expresamente a esta exposición. Tras un juicio en el que participaron numerosos intelectuales y artistas, se dictó una Sentencia absolutoria, insólita para aquellos tiempos, en la que se vino a delimitar la diferencia entre erotismo, que ya estaba presente en el Museo del Prado, y pornografía, reconociéndose así cierto atisbo de libertad de expresión en el artista¹²⁰.

Años después, con la Democracia recién implantada en nuestro país, la doctrina del Tribunal Supremo entendió por pornográfico «lo obsceno e inmoral, esto es, cuanto contribuya a excitar y despertar la “libido” de forma artificial, provocando deseos lujuriosos prematuros o intempestivos con los consiguientes perjuicios morales, formativos e incluso somáticos, los que siendo patente en la generalidad de los destinatarios se acentúan cuando éstos son impúberes o adolescentes» (STS de 14 de febrero de 1979, Sala de lo Penal, ROJ. n.º 4903/1979). Poco después, la STC 62/1982, de 15 de octubre, la definió (FFJJ 4.º y 5.º) como aquellos contenidos que «atentan al pudor y a las buenas costumbres en lo que de valores perennes e inmutables tienen en sí mismas, pese a la dificultad que a veces se encuentra en la delimitación de sus fronteras», si bien se matizaba que «la pornografía no constituye para el ordenamiento jurídico vigente, siempre y en todos los casos, un ataque contra la moral pública en cuanto *mínimum ético* acogido por el Derecho, sino que la vulneración de ese *mínimum* exige valorar las circunstancias concurrentes y, entre ellas, muy especialmente tratándose de publicaciones, la forma de la publicidad y de la distribución, los destinatarios –menores o no– e incluso si las fotografías calificadas contrarias a la moral son o no de menores, y el texto en la parte que se califique así trata de actuaciones o no de menores, pues no cabe duda que cuando los destinatarios son menores –aunque no lo sean exclusivamente– y cuando éstos son sujeto pasivo y objeto de las fotografías y texto, el ataque a la moral pública, y por supuesto

120. <http://elpais.com/diario/1986/06/19/cultura>

a la debida protección a la juventud y a la infancia, cobra una intensidad superior».

Este pronunciamiento respondía al hecho de que el bien jurídico que viene a justificar las limitaciones a las que se ven sometidas las obras pornográficas, dentro y fuera de nuestro país, no deriva tanto de la moral pública o las buenas costumbres como de la necesaria protección a la juventud y a la infancia. Así, lo evidenció el caso del artista francés Philippe Pissier cuando, en junio de 2008, fue invitado a participar en una exposición de Arte Postal Erótico en Alemania para la cual envió por correo cuatro tarjetas postales sin sobre en las que había un collage de recortes de viejas fotos de una joven exnovia con los senos al descubierto¹²¹. El subdirector de la oficina de correos del pueblo francés de Cahors lo denunció por uso indebido del servicio postal al mostrar pornografía en un soporte que podría ver todo el mundo, incluidos los niños. Acusado de perturbar el orden público y de poner en peligro la mente de los niños a través de una obra pornográfica, el perplejo artista se enfrentaba a una pena de tres años de prisión y una multa de 75.000 euros según el art. 227-24 del Código Penal francés. Sin embargo, Pissier fue finalmente absuelto, en junio de 2010, sobre la base de que los posibles espectadores de su obra, esto es, los empleados del servicio postal y el destinatario, eran adultos, no niños; que, con su propuesta erótica, solo pretendía reflexionar sobre la teatralidad del cuerpo en una feria en Alemania; y que sus postales no eran, en absoluto, pornográficas, pues no se exhibían los genitales, de manera que, a lo sumo, se trataría de una obra de erotismo¹²².

Otro notorio ejemplo nos lo proporcionó un maestro francés que, en 2011, presentó ante un Tribunal de París una demanda contra Facebook por haber cerrado su cuenta sin previo aviso después de colgar una reproducción del cuadro *El origen del mundo* (1866) del pintor francés Gustave Courbet, uno de los cuerpos desnudos más audaces, explícitos y perturbadores de la historia

121. A través del denominado «Arte-Postal» el artista realiza su obra a través del envío de una carta por correo. Además de un novedoso hecho artístico, se trata de un «acto de comunicación» entre un emisor y un receptor. Las postales creativas son diferentes, en sus propuestas y resultados, de las tradicionales tarjetas postales producidas industrialmente para ser consumidas por un público pasivo que las elige para una determinada función (recuerdos de viajes, felicitaciones de Navidad, cumpleaños, etc.). Por lo general son reproducciones o collages de cuadros, fotografías, esculturas o grabados. El creador es el emisor y no necesita de un acontecimiento exterior para justificar su envío. La crea y, simplemente, la envía por correo. En este nuevo lenguaje artístico, el hecho de que la obra deba recorrer determinada distancia es parte de su estructura, es la obra misma (<http://post.at.moma.org>).

122. <http://pissierarchives.canalblog.com/>

del arte¹²³. Conservado en el Museo de Orsay, en París, el cuadro muestra un primer plano del sexo de una mujer profusamente poblado de vello púbico.



El origen del mundo (Gustave Courbet, 1866).

Fuente: https://es.wikipedia.org/wiki/El_origen_del_mundo (Wikipedia)

El demandante, que en su escrito acusaba a la red social de censura y de atentar contra su libertad de expresión, pidió la reactivación de la cuenta y una indemnización por los daños sufridos. Se daba la circunstancia de que la polémica obra de Courbet, ya había llevado anteriormente a la red social a cerrar la cuenta del artista danés Frode Steinicke –que la volvió a reabrir sin el cuadro en cuestión–, con la excusa de que la red debía ser «un lugar virtual seguro para los visitantes, incluidos los numerosos niños que lo utilizan»¹²⁴.

123. MORA, M., *¿Tiene cara El origen del mundo?*, en <http://cultura.elpais.com/cultura>.

124. Vid. <http://www.infobae.com>. Sobre los desnudos, las *Normas comunitarias* de Facebook establecen: «Eliminamos fotografías que muestren los genitales o las nalgas en su totalidad y de una forma directa. También restringimos algunas imágenes de pechos de mujer si se ve el pezón, pero siempre permitimos fotos de mujeres que estén dando el pecho o que los muestren con cicatrices por una mastectomía. También autorizamos fotografías de pinturas, esculturas y otras obras de arte donde se muestren figuras desnudas. Las restricciones sobre la exhibición de desnudos y actividad sexual también se aplican al contenido digital, a menos que dicho contenido se publique con fines educativos, humorísticos o satíricos. Se prohíben las imágenes explícitas de relaciones sexuales. También podemos eliminar descripciones de actos sexuales que sean demasiado gráficas».

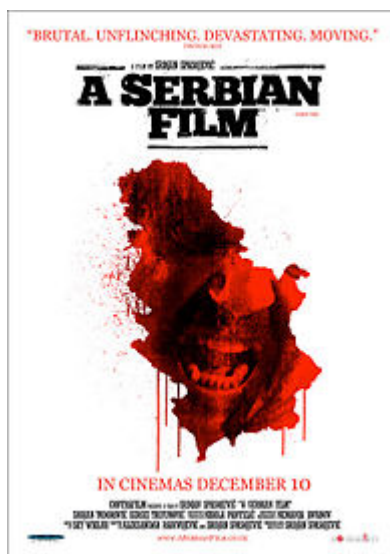
Aunque el discernimiento entre la libertad de expresión e imágenes inapropiadas u ofensivas resulta algo extremadamente complejo para una red social que maneja casi mil cuatrocientos millones de usuarios con diversas culturas y religiones en todos los lugares del planeta, Facebook fue acusada por la opinión pública de incurrir en un puritanismo más que hipócrita al censurar obras como esta, con ciertos contenidos sexuales, mientras permite otros de carácter extremadamente violento sin razón alguna con una aparente arbitrariedad de criterio. Además, se le imputó, y esto es lo crucial, no distinguir entre pornografía y obra de arte. Estas críticas sociales se explicitaron aún más en junio de 2014, cuando la artista luxemburguesa Deborah de Robertis realizó, sin permiso ni previo aviso, una polémica performance en el Museo d'Orsay de París donde se expone *El origen del mundo*. La acción, titulada *Espejo de origen*, consistió, básicamente, en sentarse en el suelo y exponer su sexo delante del cuadro de Courbet mientras se escuchaba recitar un poema: «Yo soy el origen, yo soy todas las mujeres. No me has visto, quiero que me reconozcas. Virgen como el agua creadora de esperma». Como era de esperar, el vídeo que recogió esta performance también fue censurado en varias plataformas¹²⁵.

Finalmente, en febrero de 2016 la Corte de Apelaciones de París sentó un novedoso precedente legal al admitir a trámite el caso del maestro cuya cuenta fue suspendida sin previo aviso. Los abogados de Facebook habían argumentado que dichas demandas sólo podrían ventilarse en los Tribunales de California, donde está su sede, y que la Ley de Derechos del Consumidor francesa no era aplicable a sus usuarios en Francia porque su servicio a nivel mundial es gratuito. Sin embargo, la Corte de Apelaciones desestimó esos argumentos y reiteró la decisión de la Corte de Primera Instancia de que los Tribunales franceses pueden enjuiciar casos en los que estén involucrados usuarios en Francia. La justicia francesa consideró que la pequeña cláusula incluida en los términos y condiciones de Facebook, que requiere que cualquier demanda a nivel mundial sea ventilada ante los Tribunales estadounidenses, es injusta y abusiva y que este particular del contrato de términos y condiciones, firmado por cualquier usuario antes de crear una cuenta de Facebook, no tiene cabida en la Ley de Derechos del Consumidor francesa. De esta manera, los Tribunales franceses podrán pronunciarse sobre el controvertido carácter, pornográfico o no, de la obra

125. En realidad de Robertis no fue original pues solo vino a reproducir acciones similares precedentes, como la que, con el título *Genital panic*, Valie Export llevó a cabo en 1969 en el MoMA, en la que apareció con una metralleta y el sexo visible, o la realizada en 2005 por la famosa performer Marina Abramovic (<http://www.abc.es/cultura/arte>).

en cuestión, y sobre si el inopinado cierre de la cuenta por la red social vulneró la libertad de expresión del usuario.

De naturaleza muy diferente fue la polémica generada por el brutal contenido de la película *A Serbian Film* (Srdjan Spasojevic, 2010) al narrar la historia de un actor porno retirado cuya desesperada situación económica le lleva a aceptar la oferta de protagonizar una película de un género llamado «newborn porn», un enfermizo aquelarre de violaciones, sangre y pornografía infantil con escenas atroces sobre la violación de un recién nacido unido todavía a la madre por el cordón umbilical y de un niño de ocho años¹²⁶.



A Serbian Film (Srdjan Spasojevic, 2010).

Fuente: https://en.wikipedia.org/wiki/A_Serbian_Film (Wikipedia)

El filme se exhibió en el curso del Festival de Cine de Terror de Sitges de octubre de 2010 en un solo pase a medianoche. Ello determinó que el director del certamen fuese imputado, en marzo de 2011, por el Juzgado de Instrucción n.º 8 de Vilanova i la Geltrú por un presunto delito de

126. <http://www.elperiodico.com/es>. El filme recrea, además, escenas de sexo «doggy style», donde la eyaculación masculina coincide con la decapitación de la mujer, o escenas de sexo oral por una mujer a quien previamente se le han arrancado todas las piezas dentales con unas tenazas.

pornografía infantil a raíz de la denuncia que presentó la Fiscalía de Cataluña. La defensa del director pidió el archivo de la causa tras presentar el *making off* de la película para demostrar que las imágenes de menores que aparecían en las escenas de sexo fueron realizadas con maniquíes, no con niños reales, y que el recién nacido que en la película es penetrado por un adulto era un muñeco de plástico. Entretanto, en noviembre de 2010, el Juzgado de Instrucción n.º 4, San Sebastián también suspendió cautelarmente la proyección de la película dentro de la XXI Semana de Cine Fantástico y de Terror-Calle 13, y ello por el mismo motivo, esto es, por si pudiera incurrir en un presunto delito contra la libertad sexual previsto en el art. 189.7 del Código Penal entonces vigente, que castigaba a quien «producere, vendiere, exhibiere, o facilitare por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada».

Finalmente, en febrero de 2012, el Juzgado de Vilanova i la Geltrú archivó la causa al considerar que no se trataba de una película pornográfica «por cuanto las imágenes, antes de poseer una finalidad de provocación sexual, tienden a todo lo contrario», especificando que «se trata más de una película de género *gore*». Tras aludir a la normativa europea, que considera pornografía infantil «toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales, explícitas, reales o simuladas» y que contempla también cualquier «imagen realista de un niño inexistente practicando o participando en una conducta sexualmente explícita», el Auto reconoce que las secuencias de la película «pueden calificarse de execrables, masoquistas y de una violencia extrema, pero en modo alguno persiguen o tienden a la excitación sexual (por lo menos para personas sexualmente cabales)». También tuvo el Auto en cuenta que la película fue proyectada en diversos festivales «lo que motivó que por parte del Festival de Sitges quizás no se adoptaron las correspondientes precauciones ni se visualizó íntegramente la cinta antes de su proyección»¹²⁷.

127. La organización del Festival de Sitges mostró su total apoyo al director imputado, rechazando que el film fuese una película pornográfica, sino una mera ficción de terror que «no integra un ataque contra la indemnidad sexual de menores». El director del certamen, además, recibió el apoyo de otros directores de festivales de cine de toda España, que suscribieron un manifiesto a su favor recordando que la película fue exhibida anteriormente en ciudades como Bruselas, Montreal, Londres, Oporto, Austin, San Francisco, Toronto, Sofía, Hamburgo, Helsinki y Estocolmo, así como en los prestigiosos Certámenes de cine de Cannes y Santa Mónica, sin que nadie hubiese presentado denuncia alguna.

Como apunta JIMÉNEZ, la consideración del cuerpo y de la vida humana como ámbitos intocables, la repugnancia moral que hoy sentimos ante el suplicio, la tortura y la muerte violenta en todas sus formas, es una larga conquista de la tradición cultural europea, que encuentra su mejor formulación en la filosofía de Kant cuando afirma el principio ético de que los hombres no pueden, en ningún caso, ser considerados como medios para ninguna otra cosa, pues todos son, entre sí, sujetos merecedores de la máxima dignidad y respeto¹²⁸. La violencia que el ser humano es capaz de ejercer es casi infinita. Pero cuando esta se explicita sin contención, sin medida, en obras pretendidamente artísticas como *A Serbian Film*, sobre el cuerpo fabulado de un niño, máxima expresión de la fragilidad de la propia existencia, el rechazo social resulta, además de lógico, necesario.

5. ARTE EN ESPACIOS PÚBLICOS: LA PROPIEDAD PRIVADA FRENTE A MURALES Y GRAFITIS

La arquitectura es el arte público por definición, un arte de la calle y de la vida ciudadana que busca ser útil a la vez que satisface necesidades puramente estéticas. Es el arte social por excelencia, hecho por el pueblo y para el pueblo para reflejar la conciencia colectiva. El pueblo romano, creador del derecho tal y como hoy lo entendemos, dictaba sus leyes y dirigía su gobierno en el Foro, en un marco arquitectónico apropiado a su grandeza donde se hallaban aglomerados, en profusión imponente, los edificios y monumentos más bellos de la ciudad. Por otra parte, Roma sometió una multitud de pueblos a su orden pacificador empleando, junto con el derecho, un arte unificador del que fueron digna expresión pinturas murales como las encontradas en casas particulares y edificios públicos de Pompeya y Herculano, en cuyos muros y columnas también se hallaron, de manera anticipatoria, los primeros ejemplos de escritura popular a base de consignas, caricaturas y dibujos de contenido político¹²⁹. Desde entonces, la pintura mural ha trazado una larga elipsis hasta llegar al siglo XX de la mano de ciertos movimientos artísticos de vanguardia activamente vinculados a ideologías y regímenes políticos, como fue el caso de Diego Rivera o Siqueiros, quienes desarrollaron su impactante pintura mural, normalmente por encargo, en emblemáticos edificios institucionales.

128. JIMÉNEZ, J., *Guerra, terror, paz. La interrogación del arte y de la filosofía*, op. cit., págs. 78-79.

129. GUARDIOLA VALERO, E., *Importancia social del arte*, op. cit., págs. 45-47 y 283 y sigs.

El muralismo mexicano fue un arte público ideologizado que se desarrolló durante los años veinte y treinta como parte de un programa postrevolucionario de pedagogía de masas orientado a la construcción de un relato del pasado y del presente que redibujara el nuevo sentido mestizo y republicano del Estado. Tuvo como figuras destacadas a Diego Rivera, David Alfaro Siqueiros, Gerardo Murillo (Dr. Atl), José Clemente Orozco y Jorge González Camarena. Al servicio de la Revolución, estos artistas llenaron los muros de los nuevos edificios estatales con grandes narraciones y representaciones de la memoria colonial, la realidad campesina e indígena y los avances agrarios e industriales llevados a cabo con las nacionalizaciones del Presidente Cárdenas. Esta pulsión idealista permitió al muralismo granjearse el favor del mercado artístico de los vecinos Estados Unidos, donde Rivera, Siqueiros y Orozco lograrían una gran repercusión¹³⁰.

A principios de 1930 la familia Rockefeller patrocinó en Estados Unidos a diversos pintores muralistas mexicanos quienes, junto con los vanguardistas parisinos, gozaban de un gran reconocimiento en una época en la que los estadounidenses, inmersos aún en las secuelas de la Depresión, buscaban una identidad artística propia e independiente del modelo europeo. Raymond Hood, uno de los arquitectos del Rockefeller Center, estableció contacto con Picasso, Matisse y Diego Rivera para que pintasen unos murales en este novedoso e impactante edificio. Los dos primeros declinaron la oferta. Rivera, sin embargo, tras un rechazo inicial, aceptó el encargo de realizar un mural de casi cien metros cuadrados en el Radio City Music Hall ubicado en el rascacielos. El tema del mural lo eligieron los Rockefeller, «El hombre en el cruce de caminos, mira con incertidumbre pero con esperanza hacia el futuro», un título con el que se pretendía abordar el desenvolvimiento de los Estados Unidos como nación. Los Rockefeller confiaban en que, siendo mexicano y comunista, Rivera pintase una glorificación paradisiaca y sensual del «American Dream» en la era de la ciencia¹³¹.

En marzo de 1933 Rivera llegó a Nueva York acompañado de su esposa Frida Kahlo y de un equipo de asistentes con el propósito de pintar el mural según las indicaciones recibidas. Pero, de repente, en un inesperado viraje, el espíritu del muro del Rockefeller Center se tornó en un juicio

130. MARZO, J. L., y MAYAYO, P., *Arte en España (1939-2015). Ideas, prácticas, políticas*, op. cit., pág. 42.

131. WOLFE, B.D., *La fabulosa vida de Diego Rivera*, Ed. Diana/SEP, México, 1986, págs. 259-260.

apocalíptico. Ante el pasmo de sus mecenas, la figura que guiaba a la Humanidad se encarnó en un retrato de Lenin uniendo entre sus manos las de los trabajadores. Estos aparecían furiosos marchando con sus pancartas mientras unas masas triunfantes cantaban la Internacional en su camino a la Plaza Roja de Moscú. Se trataba de una abierta condena al imperialismo, una denuncia del paraíso del progreso en un mundo donde los trabajadores vivían en penosas condiciones. Para más inri, Rivera pintó a un Rockefeller degradado por la frivolidad, un magnate que, displicente, toma la mano de una mujer mientras un conjunto de damas de la alta sociedad juega a las cartas.



Detalle de Lenin en la obra *El hombre en el cruce de caminos* (Diego Rivera, 1934).

Fuente: https://es.wikipedia.org/wiki/El_hombre_controlador_del_universo
(Wikipedia)

Los Rockefeller pidieron a Rivera que retirara el retrato de Lenin argumentando que su presencia podía resultar ofensiva para los visitantes del edificio, pero el pintor respondió que prefería ver su obra destruida antes que cambiada. Ante esta actitud, los magnates pagaron al artista y le dieron la orden de paralizar su trabajo, tras lo cual unos operarios cubrieron inmediatamente el mural de la vista del público. Rivera salió de Rockefeller, completamente descompuesto y azorado, en busca de un abogado. Quería terminar la obra, incluso estaba dispuesto a que, una vez

terminada, los Rockefeller la bajarán del muro y la exhibirán en otro lugar. Sin embargo, legalmente, el muro era del dueño del edificio quien, además, había pagado al pintor la cantidad pactada a pesar de no haber concluido su trabajo. El derecho norteamericano de 1933 no contemplaba la defensa de los derechos de autor en supuestos semejantes y hasta ese momento ningún caso similar había sido fallado por los tribunales norteamericanos. El lunes 13 de febrero de 1934 aquellos mismos operarios hicieron polvo el fresco y lo llevaron al basurero municipal. Este acto vandálico se convertía en un indiscutible «performance político». Rivera calificaría lo sucedido «como un acto de barbarismo que solamente puede emanar de la clase capitalista» e iniciaría una campaña en todos los medios de comunicación reivindicando su derecho de autor frente al derecho del patrocinador. Alegó que la censura fue moral, no legal. Su batalla se centró en el alcance de la libertad de expresión como elemento fundamental del arte. Cuando Rockefeller bajó a Rivera del andamio, lo convirtió en una víctima de la intolerancia, en un crucificado que recordaba al Cristo que Siqueiros había pintado en Olvera Street meses antes. Perdió en el Rockefeller Center, pero suscitó una viva polémica acerca de la libertad del artista para expresarse libremente en sus obras públicas, sobre la propiedad de la cultura y el lugar del patrocinador y el creador en el arte¹³².

Otro caso similar fue protagonizado, como ya se ha apuntado, por el destacado muralista David Alfaro Siqueiros al concluir, el 9 de octubre de 1932, el mural *América Tropical* en el Plaza Art Center de Los Ángeles. Los dueños del edificio histórico donde se ubicaba el mural esperaban un paisaje idílico, inspirado en leyendas precolombinas, que reforzara la identidad folclórica de la calle Olvera donde se encontraba el edificio, en pleno barrio de Sonora, un enclave mexicano en la ciudad estadounidense. Pero el muralista, un fervoroso comunista, vino a denunciar la explotación de los pueblos del sur del continente mediante la imagen de un indígena crucificado bajo las amenazantes alas de un águila americana y un par de revolucionarios con las armas en alto. Los dueños del edificio, escandalizados, cubrieron el mural con una capa de pintura. Habría que esperar hasta 2012, tras innumerables polémicas legales y un proceso de conservación de casi veinticinco años, para poder contemplar el mural otra vez.

132. HERNER, I. *Diego Rivera. Paraíso perdido en Rockefeller Center. Diego Rivera. Arte y Revolución*, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, Instituto Nacional de Bellas Artes, Landucci Editores, México, 1999, págs. 235-259. En <https://colecciondecomunicacionartistica.wordpress.com>.

Junto al trabajo de estos insignes muralistas fue surgiendo el arte de unos colectivos urbanos que no estaba concebido, originalmente, para su circulación en galerías o museos, ni contaba con un reconocimiento oficial. Era un arte producido en el conflicto que surgía y se exponía en la calle, al margen de la ley, y estaba pensado como instrumento de lucha política y social¹³³. Por ejemplo, desde finales de los sesenta, el «Movimiento Mural Contemporáneo» realizó numerosos murales en diferentes lugares de la geografía de los Estados Unidos. Alejados del sistema oficial de arte, tenían la pretensión de actuar como medio de reivindicación social de comunidades raciales marginales. Frente a la pintura mural tradicional, este movimiento surgió en la calle, en barrios de clase trabajadora y, casi siempre, por iniciativa espontánea de los propios artistas, sin financiación oficial alguna. El acontecimiento inaugural se produjo en Chicago, en la primavera de 1967, en el marco de un Festival para las Artes a cargo de la Organización para la Cultura Negra Americana. En una zona del viejo cinturón negro de Chicago que estaba destinada a la demolición, un grupo de artistas improvisaron *The Wall of Respect*, un mural dedicado a representar diferentes expresiones culturales afroamericanas como deportes, música, literatura, religión, etc. La demolición del inmueble –una propiedad privada– fue suspendida debido al valor simbólico que el mural llegó a adquirir para la comunidad. Aunque desapareció posteriormente en un incendio, su ejemplo se propagó a lo largo del país entre las comunidades negras e hispanas, donde proliferarían los murales dedicados a la lucha por las libertades o a la protesta contra la guerra de Vietnam.

A partir de los setenta, estos muralistas marginales comenzarían a ser absorbidos por el entramado institucional. En Nueva York, tras un primer encuentro de muralistas autodidactas, Eva SPERLING COCKCROFT publicó *Toward a People's Art: The Contemporary Mural Movement*, con cuyo reconocimiento los murales pasaron a considerarse, por derecho, expresiones culturales del pueblo, y sus autores, artistas respetables. Aunque poco a poco comenzarían a mostrar sus obras en el sistema de galerías, esta oficialización no haría decaer el activismo del movimiento mural que, aún profesionalizado, continuaría implicado con la comunidad hasta nuestros días, como lo demuestra el hecho de que, en mayo de 2006, los miembros de una facción disidente del Sindicato Nacional de Trabajadores

133. ESTRADA SAAVEDRA, M., *La estética de los agraviados: arte callejero y política. El caso de la Asamblea Popular de los Pueblos de Oaxaca, México*, en la obra colectiva *Cultura, sociedad y democracia en América Latina. Aportes para un debate interdisciplinario*, Bodemer, K., (Coord.), Ed. Iberoamericana, Vervuert, 2012, págs. 136-141.

de la Educación de Méjico, ante el fracaso de unas negociaciones con los poderes públicos, formasen, junto con la ciudadanía, la «Asamblea Popular de los Pueblos de Oaxaca» en la que diferentes colectivos de artistas urbanos –como «Arte Jaguar» y «Lapiztola»– se sumaron a la lucha social y política del pueblo, apropiándose de los muros y espacios públicos de la ciudad para expresar su resistencia visual en una suerte de protesta gráfica surgida como nueva forma de participación política¹³⁴.

A pesar de su legítima carga social y política, el grafiti, qué duda cabe, es un acto vandálico que, en ocasiones, además, constituye una innegable expresión artística. En la mayoría de los casos, como apunta SÁNCHEZ ARISTI, el grafiti no es más que un «pintarrajo sin valor artístico alguno», pero en otros puede constituir una obra de arte de alta calidad. Esto es lo que sucede con los dibujos de Banksy, uno de los máximos exponentes del «Street Art». Ante la creciente popularidad de las obras de este artista, los dueños de los inmuebles donde realiza sus trabajos y, en algunos casos, empresas especializadas que han adquirido de estos las pinturas, han retirado los murales de sus emplazamientos originales para subastarlos a precios elevados¹³⁵. Así parece que podrá suceder con uno de sus últimos trabajos, un enorme mural en la fachada de un edificio de Dover –situado junto a la terminal del ferry que une el sur de Inglaterra con Francia– sobre la salida del Reino Unido de la Unión Europea, en el que un trabajador encaramado a una escalera aparece tratando de eliminar con un martillo una de las estrellas doradas de la bandera azul comunitaria.

134. LÓPEZ MORENO, I., *Arte político y tradición estética: sobre la institucionalización del mural político*, op. cit., págs. 16-21.

135. Es el caso, por ejemplo, de *Slave Labour*, un grafiti que denuncia el trabajo infantil a través de la imagen de un niño de raza asiática que aparece cosiendo una ristra de pequeñas banderitas británicas que penden de un muro con ocasión del aniversario de la coronación de Isabel II. El dibujo fue vendido en una subasta con un precio de salida de nueve mil libras. Vid. SÁNCHEZ ARISTI, R., *La propiedad trenzada. El juego de lo material y lo inmaterial en las obras de arte*, en la obra colectiva *Derecho del arte. Anuario Iberoamericano 2015*, Fundación Profesor Uría, Cívitas, Thomson Reuters, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2015, págs. 51-53.



Mural de Banksy en Dover (2017).

Fuente: <https://www.irishtimes.com/news/world/uk/brexit-mural-by-banksy-in-dover-shows-man-chipping-away-at-eu-flag-1.3074658>

Fotografía: Hannah McKay / Reuters

Casos como el de Banksy han hecho que el grafiti y los murales hayan pasado de ser una expresión cultural discordante a estar integrados en los entresijos del medio urbano y ocupar un puesto de relevancia en el mundo del arte. En nuestro país los grafitis alcanzaron un importante valor simbólico desde finales de los años sesenta. Los mercados artísticos vinieron a admitir estas jóvenes y radicales prácticas creativas que venían a desplazar la ideología del discurso político tradicional con propuestas preñadas de individualismo mientras, paralelamente, sus autores eran legalmente sancionados por suponer una disrupción ilegal en los espacios públicos y privados. El problema del grafiti no surge, por tanto, en torno a su cualidad estética o artística, sino, más bien, sobre la disposición política y legal a configurar los espacios públicos como entornos apropiados para tal fin. Como apuntan MARZO y MAYAYO, el grafiti deja de ser vandálico cuando se reconoce y se regula institucionalmente la autoridad simbólica del espacio público para plasmar una determinada identidad social¹³⁶.

136. MARZO, J. L., y MAYAYO, P., *Arte en España (1939-2015). Ideas, prácticas, políticas*, op. cit., pág. 637. Como apunta WERT, «el grafiti generó desde su desembarco en nuestro país, a principios de los ochenta, un rechazo casi universal desde el registro político

El caso de Juan Carlos Argüello, alias «Muelle», es paradigmático. Su firma «flechera» –los grafiteros se consideran escritores, no dibujantes– comenzó a mostrarse con ubicuidad, primero por el barrio de Campamento, y luego por todas las calles de Madrid, hacia 1984. Trabajaba de noche, en la clandestinidad, con una ética propia: no firmaba en fachadas de casas, ni en trenes, ni en autobuses. Buscaba lugares neutros como carteles publicitarios, muros y paredes de solares vacíos en los que estampaba su inconformismo en una España de nuevas libertades. No era, en absoluto, vandálico. Celoso de su creatividad, en 1985 registró su logotipo en la Oficina Española de Patentes y Marcas, llegando incluso a denunciar al Ayuntamiento de Madrid con ocasión de una ilustración en la revista «Villa de Madrid» que reproducía su marca. En 1987 fue sorprendido mientras firmaba sobre el pedestal de la estatua del oso y el madroño en la Puerta del Sol, pocas horas después de ser emplazada, lo que le valió una multa de 2.500 pesetas. Su última rúbrica, que se encuentra en el número 30 de la calle Montera de Madrid, un edificio particular, es el objeto de la «Plataforma por la declaración de la firma de Muelle como BIC» (Bien de interés cultural)¹³⁷.

El imaginario de artistas como «Muelle» dio lugar a una creciente sensibilidad social en este ámbito que se ha plasmado, con el fin primordial de proteger el paisaje urbano, en la Ley 3/2007, de 26 de julio, de Medidas Urgentes de Modernización del Gobierno y la Administración de la Comunidad de Madrid, que vino a establecer la prohibición general de grafitis y pintadas en la vía pública sin perjuicio de asumir el ocasional carácter artístico de estas propuestas articulando la posibilidad de que, por los Ayuntamientos, se pudiesen habilitar espacios para realizar grafitis de valor artístico. Así, el apdo. 1 de su art. 20 –ubicado en el Título I, Capítulo III, con la rúbrica «Medidas para el embellecimiento, limpieza y calidad de vida de nuestras ciudades»– con el fin de proteger el paisaje urbano, evitar la degradación arquitectónica y contribuir al embellecimiento de nuestras ciudades, «prohíbe la realización de grafitis o pintadas en la vía pública, monumentos, estatuas, mobiliario urbano, arbolado, cierres de obras, espacios publicitarios, así como en las fachadas de los edificios y

y escaso entusiasmo desde el artístico. La derecha le reprochaba, como es lógico, la violación de la propiedad y sus torpes e incomprensibles resultados estéticos y la izquierda el carácter tautológico y banal de sus contenidos que se identificaban con los garabatos o las improntas de manos de los niños como gesto de autoafirmación infantil» (WERT ORTEGA, J.P., *Sobre el arte de acción en España*, Artea, Investigación y Creación Estética, <http://artescenicas.uclm.es>).

137. Vid. MARZO, J. L., y MAYAYO, P., *Arte en España (1939-2015). Ideas, prácticas, políticas*, op. cit., pág. 638 y <http://www.eldiario.es/cultura/Muelle>.

construcciones», si bien en su apdo. 2 dispone que, «excepcionalmente, los Ayuntamientos podrán ceder espacios públicos para la realización de los murales y grafitis de valor artístico, siempre que no perjudiquen al entorno urbano ni a la calidad de vida de los vecinos». La idea principal que subyace en esta regulación no es otra que eliminar del espacio público el grafiti vandálico y sin valor, pero promoviendo para ello los murales artísticos y de calidad en los muros. Con este ánimo, en mayo de 2013 el Ayuntamiento de nuestra capital aprobó un plan estratégico dentro del Plan Estratégico de Cultura del Ayuntamiento de Madrid 2012-2015 (PECAM) con la específica finalidad de mejorar el paisaje urbano a través de realizaciones artísticas en los espacios públicos incorporando para ello al grafiti en el tejido cultural de la ciudad.

Con una sensibilidad similar, *La ciudad pintada* es el nombre del proyecto de muralismo urbano que, desde 2007, viene funcionando en Vitoria-Gasteiz como una herramienta de expresión pública y comunitaria mediante la creación de un espacio abierto de participación y creación mural artística a gran escala. Una excepcional galería de murales en el corazón de Vitoria-Gasteiz, en su Casco Histórico Medieval y en el Barrio de Zaramaga, se erige como una expresión contemporánea del arte monumental realizado por artistas y vecinos de la ciudad de forma colectiva con el objeto de crear un patrimonio cultural contemporáneo y humanizado que embellezca el anodino paisaje urbano preexistente, que genere, además, un foco de atracción turística y que promueva la cohesión social, la identidad de barrio y el voluntariado cívico.



La luz de la esperanza, Vitoria-Gasteiz, un mural sobre la desigualdad de género (Ortiz y García Bartolomé, 2011).

Fuente: <http://www.muralismopublico.com/p/es/murales/vitoria-gasteiz/la-luz-de-la-esperanza-2011.php> (IMVG La ciudad pintada)

Desde el año 2007 hasta el 2016 se han realizado un total de dieciséis murales en las fachadas de diferentes edificios en los que se unen dos aspectos de interés para la cohesión social de la ciudad. Por un lado, la regeneración de la fachada concreta, y por otro, la participación de ciudadanos y artistas en talleres colectivos para la realización de los murales. Hasta el año 2014 los murales se ejecutaron por medio de Convenios. A partir de ese año, el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz asumió, con presupuesto municipal, la contratación de empresas especializadas para el diseño y la ejecución de los «paisajes muralísticos» conforme a unos criterios tasados (calidad artística y técnica y oferta económica). Dichas empresas se encargan de buscar la localización y, con la participación vecinal, de elegir la temática del mural con la que se busca promover la identidad de barrio y la cohesión social. También se encarga de obtener las correspondientes licencias y permisos municipales y las autorizaciones de las respectivas comunidades de propietarios para efectuar los murales. De igual manera, se responsabilizan de divulgar y popularizar los trabajos durante su ejecución y culminación, difundiendo los en redes sociales y en los medios de comunicación tradicionales. El presupuesto total para el periodo 2014-2016 fue de 90.000 euros y, solo para 2017, el Departamento de Participación Ciudadana y Centros Cívicos cuenta con un presupuesto inicial de otros 90.000 euros, lo que da cuenta de la enorme importancia que están adquiriendo estos murales en la capital vasca.

6. LA CUESTIÓN DE LA TAUROMAQUIA: ¿ARTE O BRUTALIDAD CONTRA LOS ANIMALES?

El presupuesto básico de la Ley 18/2013, de 12 de noviembre, para la regulación de la Tauromaquia como patrimonio cultural, confeso en su rúbrica y en su Preámbulo, es que, además de constituir un sector económico de primera magnitud, la Tauromaquia es cultura y parte esencial del Patrimonio Histórico, Artístico, Cultural y Etnográfico de todos los españoles, tal y como señaló la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de octubre de 1998 (ROJ: 6033/1998). En la Tauromaquia se incluyen no sólo las corridas y el arte de la lidia, sino también un numeroso conjunto de tradiciones y festejos populares vinculados al mundo del toro que van desde la crianza y selección del toro de lidia, a la confección de los «trajes de luces», la música de las corridas y el diseño y producción de carteles. Desde estas premisas, el mundo del toro, es evidente, presenta una compleja naturaleza.

En primer lugar, forma parte del patrimonio histórico y cultural común de todos los españoles en cuanto actividad enraizada en nuestra historia y en nuestro acervo cultural común. Por otra parte, y esto es lo importante a los efectos de este estudio, es una manifestación artística en sí misma, desvinculada de toda ideología. A ello, a la consideración de la Tauromaquia como arte, se añade su integración en la cultura tradicional y popular, convirtiéndose así en uno de los puntos de referencia que configuran nuestra identidad nacional de manera fácilmente identificable desde otros países de nuestro entorno. Así, por ejemplo, en 1965 el crítico británico Paul Grinke analizaba una exposición de Antoni Tàpies en Londres asociando las señales de pisadas y la arena oscura con «la arena de una corrida de toros, especialmente sedienta de sangre». Los toros inspiraron de igual manera la lectura de un crítico del New York Times sobre una obra de Manolo Millares: «Las arpilleras de Millares son vestigios ceremoniales, particularmente de las corridas de toros; la elegancia de la vestimenta de los toreros, la almohadilla de los caballos rasgada por el ataque del toro»¹³⁸.

Con estos mimbres, los arts. 1 y 2 de la citada Ley 18/2013 definen la Tauromaquia como «el conjunto de conocimientos y actividades *artísticas*, creativas y productivas, incluyendo la crianza y selección del toro de lidia, que confluyen en la corrida de toros moderna y el *arte* de lidiar, expresión relevante de la cultura tradicional del pueblo español. Por extensión, se

138. MARZO, J. L., y MAYAYO, P., *Arte en España (1939-2015). Ideas, prácticas, políticas*, op. cit., pág. 207.

entiende comprendida en el concepto de Tauromaquia toda manifestación *artística* y cultural vinculada a la misma», de manera que, en los términos así definidos, «forma parte del patrimonio cultural digno de protección en todo el territorio nacional». Esto trae como consecuencia un deber general de protección y fomento, a cargo de la Administración General del Estado, que se concreta en el art. 3 cuando establece que «los poderes públicos garantizarán la conservación de la Tauromaquia y promoverán su enriquecimiento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 46 de la Constitución», a través de una serie de mecanismos predefinidos en el art. 5, entre los que destacan la aprobación de un Plan Nacional de fomento y protección de la Tauromaquia o conseguir su reconocimiento como Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad.

Pero ¿qué sucede cuando determinadas Comunidades Autónomas y municipios prohíben las corridas de toros?, ¿está el arte, en estos casos, en contra de la sensibilidad social? La STC 177/2016, de 20 de octubre, vino a estimar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Grupo Parlamentario Popular contra el art. 1 de la Ley del Parlamento de Cataluña 28/2010, de 3 de agosto, de modificación del art. 6 del Texto Refundido de la Ley de protección de los animales, aprobado por el Decreto Legislativo 2/2008, de 15 de abril, que prohibía en Cataluña las corridas de toros y espectáculos similares. En realidad, la prohibición que establecía el precepto autonómico impugnado no se limitaba a las corridas de toros, sino que se extendía a «los espectáculos con toros que incluyan la muerte del animal y la aplicación de la suerte de la pica, banderillas y el estoque», y a «los espectáculos taurinos de cualquier modalidad que tengan lugar dentro o fuera de las plazas de toros». Únicamente quedaban excluidas de la prohibición «las fiestas con toros sin muerte del animal (correbous) en las fechas y localidades donde tradicionalmente se celebran».

Partiendo de la existencia de una concurrencia no excluyente de competencias estatales y autonómicas en materia de cultura, correspondiendo al Estado la «preservación del patrimonio cultural común», así como «lo que precise de tratamientos generales o que no puedan lograrse desde otras instancias» (art. 149.2 CE), la Sentencia comentada reconoce que las corridas de toros presentan un complejo carácter como «fenómeno histórico, cultural, social, *artístico*, económico y empresarial», y que las decisiones autonómicas «no pueden llegar al extremo de impedir, perturbar o menoscabar el ejercicio legítimo de las competencias del Estado en materia de cultura al amparo del art. 149.2 CE». Por esa razón la norma autonómica, al incluir la prohibición de las

corridas de toros y otros espectáculos similares, adoptada en el ejercicio de su competencia en materia de espectáculos, «menoscaba las competencias estatales en materia de cultura, en cuanto que afecta a una manifestación común e impide en Cataluña el ejercicio de la competencia estatal dirigida a conservar esa tradición cultural, ya que, directamente, hace imposible dicha preservación, cuando ha sido considerada digna de protección por el legislador estatal» en los términos expuestos.

Esto no significa, concluye la Sentencia, que la Comunidad Autónoma, no pueda, en ejercicio de sus competencias sobre ordenación de espectáculos públicos, regular el desarrollo de las representaciones taurinas –como, de hecho, ya realizó Cataluña en una Ley previa que limitaba el acceso a las corridas a los mayores de catorce años y restringía sus celebraciones a las plazas ya construidas–; ni tampoco que, en ejercicio de su competencia en materia de protección de animales, pueda establecer requisitos para el especial cuidado y atención al toro bravo. Tampoco significa que tenga que adoptar medidas concretas de fomento en relación a las corridas de toros y otros espectáculos similares, al modo de las que sí se prevén, en cambio, para los *correbous* como manifestación específica del patrimonio cultural catalán.

Este polémico pronunciamiento contó con dos votos particulares. El primero, suscrito por los Magistrados Asua y Valdés, destacaba el menor interés que suscita ese tipo de espectáculos en Cataluña; la ausencia, en la norma estatal, de obligación de celebrar corridas de toros en todo el territorio del Estado; y la falta de cuestionamiento por parte de la Ley autonómica del carácter de bien cultural que la Ley estatal asigna a la Tauromaquia. Por su parte, el Magistrado Xiol señaló, en otro interesante voto discrepante, que la cuestión de fondo a la que nos enfrentamos «es el conflicto entre, por un lado, una cultura emergente ambientalista y de protección de los animales, que intenta abrirse camino conformando consensos para un cambio de paradigma de la relación del ser humano con su entorno y con otros seres sensibles que lo habitan; y, por otro, una cultura apoyada por una sólida tradición, defensora de la tauromaquia como manifestación cultural y artística cuyo paradigma, desde una posición antropocéntrica, es la exaltación del valor, la estética, el raciocinio y la inteligencia como superior característica humana de control y dominación de la fuerza bruta animal». En su opinión, la constitucionalidad de la normativa autonómica es clara pues «la competencia estatal de protección cultural no podía resultar prevalente ya que, materialmente, la tauromaquia, en atención a su carácter no neutral desde determinados sistemas de

valores culturales, solo podría ser considerada una manifestación digna de protección cultural en la globalidad del territorio nacional en la medida en que quedara acreditada una concreta afección e identificación con el sistema de valores culturales que representa, lo que no se verifica en la Comunidad Autónoma de Cataluña, entre otras a cuya normativa restrictiva o prohibitiva el Estado no ha dedicado atención». Considera, además, que una imposición de protección cultural de la tauromaquia en todas sus manifestaciones y en toda la extensión del territorio del Estado, como la pretendida mediante la Ley 18/2013, «no puede pretenderse prevalente con ese carácter omnímodo frente al reconocimiento de específicas competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma de Cataluña con incidencia directa en materia de espectáculos taurinos, como son las relativas a la protección de los animales y espectáculos públicos, y el respeto debido a un sistema de valores culturales propio de la nacionalidad catalana cuya protección constitucional está garantizada mediante el reconocimiento de la pluralidad de los pueblos de España y sus culturas».

En realidad, este voto particular no viene sino a afirmar la existencia de unos valores culturales propios y peculiares en la «nacionalidad catalana» que marcarían una profunda y divisoria divergencia con los comunes al resto de los españoles. En este sentido, debe repararse en que la Ley 18/2013, de 12 de noviembre, para la regulación de la Tauromaquia como patrimonio cultural –que, por lo demás, no era, en absoluto, el objeto del debate en este pronunciamiento del Tribunal Constitucional–, reconoció en su Preámbulo, precisamente en la misma línea apuntada por el voto, aunque con un sentido diametralmente distinto, que la sociedad española –toda la sociedad española– es muy diversa y que dentro de esa diversidad se encuentran grandes aficionados y, a la vez, muchos ciudadanos –en toda España, no solo en Cataluña– que han manifestado su preocupación por el trato que reciben los animales durante los espectáculos taurinos. La fiesta de los toros y los espectáculos taurinos populares son algo vivo y dinámico, sujeto a constante evolución, pero sin que puedan hacerse conjeturas sobre de qué manera se adaptarán a las sensibilidades cambiantes de nuestros tiempos u otros venideros. Esto dependerá de que se mantenga la afición popular y de que la misma sea capaz de renovarse en las nuevas generaciones de aficionados que son los que, en su caso, deberán mantener, actualizar y conservar la fiesta de los toros. Pero esto se hará, en todo caso, desde la libertad de la sociedad –de toda la sociedad española, expresada en una norma de rango legal–, a optar o no por el mantenimiento de esta manifestación cultural, no cercenando el acceso a la misma en determinadas

partes del territorio nacional. Es más, la propia STC 177/2016, de 20 de octubre, reconoció (FJ 7) «la existencia de rechazo, desafección o desinterés de parte de la población respecto a este espectáculo», sin embargo, «el hecho que la aceptación de ese carácter no sea pacífico, no priva a las corridas de toros, en la decisión del legislador estatal, de su carácter cultural [...] pues, se comparta o no, no cabe ahora desconocer la conexión existente entre las corridas de toros y el patrimonio cultural español, lo que, a estos efectos, legitima la intervención normativa estatal».

Este debate provoca, qué duda cabe, una honda reflexión sobre el hecho incontrovertible de que los Derechos Humanos, considerados de forma clásica, estricta y limitada, no tienen más sujeto que el hombre. Ahora bien, pese a no ser titulares de derechos, es posible encontrar un primer atisbo de reconocimiento de deberes para con los animales en ROUSSEAU, cuando, en su *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres* (1756), afirmaba que «si tengo la obligación de no hacer ningún mal a mi semejante, es menos porque es un ser razonable que porque es un ser sensible, cualidad esta que por ser común al animal y al hombre debe al menos darle al primero el derecho de no ser maltratado inútilmente por el otro». También KANT, en sus *Lecciones de Ética* (1775-1781), dedicó uno de los epígrafes a hablarnos de «los deberes para con los animales y los espíritus», no para presentarlos como titulares *per se* de derecho alguno, sino para establecer la necesidad de dispensarles un trato humanitario en atención a la existencia de unos deberes del hombre para con el resto los seres de la Creación. El filósofo alemán señaló que, como la naturaleza animal es análoga a la naturaleza humana en cuanto a sentimientos, afectos e inclinaciones, cuando observamos deberes para con los animales promovemos directamente el cumplimiento de los deberes para con la Humanidad. La ternura hacia los animales acaba por calar en el hombre haciéndole más afable con sus semejantes. Dicho de otra forma, aun negándose el carácter de estrictos derechos a los deberes que para con el resto de los seres vivos tenemos los hombres, lo cierto es que el reconocimiento de una concreta expresión de esos deberes mejoraría las condiciones ético-sociales de nuestra civilización. Defender el respeto hacia el resto de los seres animados no es sino una forma de extender nuestro mundo ético más allá de los límites de nuestra propia especie. Así lo entendió el historiador William E. LECKY en su libro *Historia de las morales europeas* (1910) al afirmar que «en un primer momento los afectos benevolentes abarcaban meramente a la familia, pronto el círculo se expandió incluyendo primero a una clase social, luego a una nación,

luego a una coalición de naciones, después a la Humanidad y finalmente, su influencia se siente en las relaciones del hombre con el mundo animal».

Lo que hay que afirmar es la existencia de un deber moral a cargo de los seres humanos de evitar el sufrimiento innecesario de los animales. Este deber puede ser construido partiendo no sólo de su conveniencia para la comunidad humana (ya que es evidente que la crueldad para con los animales puede redundar en crueldad hacia las personas y además porque se debe proteger la sensibilidad de los hombres amantes de los animales) sino también por consideración y respeto hacia los mismos animales cuya capacidad de sufrimiento debe generar un sentimiento de simpatía en los seres humanos (es esa misma capacidad de sufrimiento de los animales la que fundamenta a su vez su pretensión de no sufrir malos tratos). No hay ningún problema técnico-jurídico para que esta pretensión pueda ser debidamente legalizada, y ello sin entrar a discutir si los animales pueden ser o no titulares de derechos subjetivos, ya que bastaría con afirmar que pueden ser el objeto hacia el que se dirige una conducta obligatoria de las personas¹³⁹.

Aunque esta defensa de los deberes para con los animales sea una posición incorrecta para muchos y choque con una concepción clásica del derecho basado en relaciones interpersonales, para el profesor LUCAS VERDÚ la configuración de un derecho de la naturaleza y de los animales es posible. Para ello, parte de cierta correspondencia entre los hombres y el entorno vital en orden a la existencia y la calidad de la vida humana. En concreto, sostiene que una interpretación flexible del art. 45, en conexión con el 43 y el 15, de la Constitución Española que comienza diciendo «*todos* tienen derecho a la vida», podría llevar a incluir a los seres irracionales¹⁴⁰.

El camino está abierto y con planteamientos como estos no es difícil prever que en el futuro, como ha señalado BOBBIO, puedan surgir nuevas exigencias legales que ahora no logramos apenas entrever, como el deber de respetar la vida, no sólo de los hombres, sino incluso la de los animales¹⁴¹. Existen ciertas iniciativas en este sentido que intentan superar

139. PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, A., *Sobre los derechos de los animales*, AFD, n.º 7, 1990, págs. 545-556.

140. LUCAS VERDÚ, P., *Los derechos humanos como «religión civil»*. *Derechos Humanos y concepción del mundo y de la vida. Sus desafíos presentes*, en la obra colectiva *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pág. 240.

141. BOBBIO, N., *L'illusion du fondement absolu*, en la obra colectiva *Le fondement des droits de l'homme. Actes des entretiens de L'Aquila (14-19 septembre 1964)*, Institut International de Philosophie, La Nuova Italia, Firenze, 1966, pág. 5.

el antropocentrismo clásico en la configuración de los Derechos Humanos y asignar derechos a los seres irracionales. Por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos del Animal de la Liga Internacional de los Derechos del Animal y las Ligas Nacionales de 1977, que fue aprobada más tarde por la UNESCO y por la ONU.

Sin embargo, por el momento, el nivel ético de nuestra civilización es el descrito por ORWELL en *Rebelión en la Granja* (1945), donde –dejando a un lado el hecho de que la historia sea un trasunto de la Revolución de Octubre– los animales encaran la realidad de que sus vidas «son miserables, laboriosas y cortas. Nacemos, nos suministran la comida necesaria para mantenernos y a aquellos de nosotros capaces de trabajar nos obligan a hacerlo hasta el último átomo de nuestras fuerzas; y en el preciso instante en el que ya no servimos, nos matan con una crueldad espantosa»¹⁴².

V. ANEXO BIBLIOGRÁFICO

AGAMBEN, G., *El hombre sin contenido*, Ediciones Altera, Barcelona, 2005.

ALCANTARILLA HIDALGO, F.J.,

- *Utopía y Derechos Humanos. Los derechos del hombre en las sociedades ideales*, Ed. Dykinson, Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, Diputación Foral de Álava, Gobierno Vasco, Madrid, 2009.
- *El siglo XX en viñetas: barbarie y humanismo en el cómic europeo*, Ed. Coeditum, Barcelona, 2017.

ASSOULINE, P., *Hergé*, Ediciones Destino S.A., Colección Áncora y Delfín, Barcelona, 1997.

BARRERO, M., Sátira, intromisión y transgresión. El humor como atentado gráfico, en la obra colectiva, *Morfología del humor II. Fabricantes. Jornadas de Estudio y Análisis del Humor desde la Antropología, la Psicología, la Filosofía y la Cotidianidad*, Padilla Libros Editores y Libreros, Sevilla, 2007.

BIRMINGHAM, K., *El libro más peligroso. James Joyce y la batalla por Ullises*, Es Pop Ediciones, Madrid, 2016.

142. ORWELL, G., *Rebelión en la granja*, Ed. Destino, Barcelona, 1984, pág. 50. Vid. al respecto ALCANTARILLA HIDALGO, F.J., *Utopía y Derechos Humanos. Los derechos del hombre en las sociedades ideales*, Ed. Dykinson, Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, Diputación Foral de Álava, Gobierno Vasco, Madrid, 2009, págs. 600-607.

- BOBBIO, N., *L'illusion du fondement absolu*, en la obra colectiva *Le fondement des droits de l'homme. Actes des entretiens de L'Aquila (14-19 septembre 1964)*, Institut International de Philosophie, La Nuova Italia, Firenze, 1966.
- BRIHUEGA SIERRA, J., *El arte en la II República*, en la obra colectiva *1931-1936: de la sublevación democrática a la sublevación militar*, Casas Sánchez, J.L., y Duran Alcalá, F. (Dirs.), Diputación Provincial de Córdoba, Universidad de Córdoba, Patronato Niceto Alcalá-Zamora y Torres, 2009.
- BURUCÚA, J. E., y KWIATKOWSKI, N., «*Como sucedieron las cosas*». *Representar masacres y genocidios*, Ed. Katz, Móstoles, 2015.
- CABELLO PADIAL, G., y VALLE CORPAS, I., *Descripción histórica y estética filosófica. La historia social del arte entre la reivindicación de los hechos y el anacronismo del sufrimiento*, en *Revista de Filosofía Moral y Política*, n.º 52, enero-junio 2015.
- CANTÓ RUBIO, J., *Las tensiones políticas en el arte*, REP, CEPC, Madrid, n.º 213-214, 1977.
- CASTRO FLOREZ, F., *La realidad del arte contemporáneo al desnudo*, «*par ses célibateires, même*», en *Revista de Occidente* n.º 386-387, julio-agosto 2013, Fundación José Ortega y Gasset, Madrid.
- CLARK, T.J., *Imagen del pueblo: Gustave Courbet y la Revolución de 1848*. Ed. Gustavo Gili, Barcelona, 1981.
- COBO ARROYO, R., *Arte: una realidad más real que la vida misma*, en «*Cuenta y Razón*», junio-julio 2013.
- CHUECA GOITIA, F., *El arte en su encrucijada*, *Revista «Cuenta y Razón del Pensamiento Actual»*, n.º 126, 2002.
- DANTO, A.C., *Después del fin del Arte. El arte contemporáneo y el linde de la historia*, Ed. Paidós, Barcelona, 1999.
- DE CUENCA, L. A., *Noveno Arte*, Ed. De Tebeos Editores, Almería, 2010.
- DEL RÍO ALMAGRO, A., y CORDERO RODRÍGUEZ, O., *Arte, cuerpos y aseos públicos Estrategias artísticas de cuestionamiento de los dispositivos arquitectónicos de segregación de sexo-género*, en *Política y Sociedad*, Vol. 52, n.º 2, 2015.
- ESQUILO, *La Orestiada*, Compañía Ibero-Americana de Publicaciones, Librería Fernando Fe, Madrid.

- ESTRADA SAAVEDRA, M., *La estética de los agraviados: arte callejero y política. El caso de la Asamblea Popular de los Pueblos de Oaxaca, México*, en la obra colectiva *Cultura, sociedad y democracia en América Latina. Aportes para un debate interdisciplinario*, Bodemer, K., (Coord.), Ed. Iberoamericana, Vervuert, 2012.
- FARR, M., *Tintín. El Sueño y la realidad. La historia de la creación de las aventuras de Tintín*, Ed. Zendrera Zariquiey, Barcelona, 2002.
- FERREIRO GALGUERA, J., *Las caricaturas sobre Mahoma y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos*, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2006.
- GACTO FERNÁNDEZ, E., *El arte vigilado (Acerca de la censura estética de la Inquisición española en el siglo XVIII)*, en la obra colectiva *Inquisición y censura: el acoso a la inteligencia en España*, Gacto Fernández, E. (ed.) Ed. Dykinson, Madrid, 2006.
- GÁLVEZ, P. y FERNÁNDEZ, N., *Irreverentes. Viñetas incómodas*, Fundación Municipal de Cultura, Educación y Universidad Popular, Ayuntamiento de Gijón, Gijón, 2007.
- GAMERO, A., *Breve historia de la blasfemia en el arte*, en <http://lapiedradesisifo.com>.
- GARCÍA CUETOS, M.P., *El patrimonio cultural: conceptos básicos*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2012.
- GARCÍA RUBIO, M. P., *Arte, religión y Derechos Fundamentales. La libertad de expresión artística ante la religión y los sentimientos religiosos (algunos apuntes al hilo del caso Javier Krahe)*, en *Anuario de Derecho Civil, BOE*, n.º 2, 2014.
- GASCA, L., y GUBERN, R., *El discurso del cómic*, Ed. Cátedra, 2011.
- GONZÁLEZ, R., *No blasfemarás. Una revisión de los casos judiciales en los países en donde existe el delito de blasfemia*, en <http://www.letraslibres.com>
- GRANÉS MAYA, C., *El puño invisible. Arte, revolución y un siglo de cambios culturales*, Ed. Taurus, Madrid, 2011.
- GUARDIOLA VALERO, E., *Importancia social del arte*, Librería de Victoriano Sánchez, Madrid, 1907.
- GUBERN, R., *Medios icónicos de masas*, Historia 16, Madrid, 1997.
- HEINICH, N., *La polémica del arte contemporáneo*, en *Revista de Occidente* n.º 364, Septiembre 2011, Fundación José Ortega y Gasset, Madrid.

- HERNER, I. *Diego Rivera. Paraíso perdido en Rockefeller Center. Diego Rivera. Arte y Revolución*, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, Instituto Nacional de Bellas Artes, Landucci Editores, México, 1999.
- HERRERA, J. M., *Un repaso a «La deshumanización del arte»*, en Revista de Occidente n.º 360, mayo 2011, Fundación José Ortega y Gasset, Madrid.
- HOBBSAWM, E., *Un tiempo de rupturas: sociedad y cultura en el siglo XX*, Ed. Crítica, Barcelona, 2013.
- HONTANILLA, A., *El gusto de la razón. Debates de arte y moral en el siglo XVIII español*, Ed. Iberoamericana, Madrid, Ed. Vervuert, Frankfurt, 2010.
- HUBER, K., *Tres meditaciones sobre arte y música*, en Revista de Occidente n.º 283, diciembre 2004, Fundación José Ortega y Gasset, Madrid.
- JIMENEZ, J.,
- *Artes, cultura, humanidad*, en Revista de Occidente n.º 419, abril 2016, Fundación José Ortega y Gasset, Madrid.
 - *Las raíces del arte*, en Revista de Occidente n.º 356, enero 2011, Fundación José Ortega y Gasset, Madrid.
 - *Guerra, terror, paz. La interrogación del arte y de la filosofía*, en Revista de Occidente n.º 420, mayo 2016, Fundación José Ortega y Gasset, Madrid.
- LE BON, G., *Psicología de las multitudes*, Ed. Comares, Granada, 2012.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ-CAO, M., *El mundo del arte, la industria cultural y la publicidad desde la perspectiva de género*, en la obra colectiva *Sociología y género*, Ed. Técnos, Madrid, 2013.
- LÓPEZ MORENO, I., *Arte político y tradición estética: sobre la institucionalización del mural político*, en *Arte, Cultura y Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, n.º 10, 2007.
- LUCAS VERDÚ, P., *Los derechos humanos como «religión civil». Derechos Humanos y concepción del mundo y de la vida. Sus desafíos presentes*, en la obra colectiva *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- LUQUE, N., *La vida cotidiana del dibujante underground*, Ed. Anagrama, Barcelona, 2016.
- MAGAN PERALES, J.M.A., *La circulación ilícita de bienes culturales*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001.

- MALVEILLE, F., Claves de la primera plana de la revista *El Jueves* (1977-2003), en la obra colectiva *Prensa, impresos, lectura en el mundo hispánico contemporáneo. Homenaje a Jean Françoise Botrel*, Université Michel de Montaigne, Burdeos, 2005.
- MARCO GONZÁLEZ, A., *Los derroteros de la vanguardia en el siglo XX: «El puño invisible» de Carlos Granés*, en Revista Letral, n.º 9, 2012.
- MARTIN. A., *Nacimiento y primeros pasos de «El Rollo Enmascarado»*, en tebeosfera.com, 2004.
- MARTÍN, S., *Futurismo*, Ed. Taschen, Madrid, 2004.
- MARZO, J. L., y MAYAYO, P., *Arte en España (1939-2015). Ideas, prácticas, políticas*, Ed. Cátedra, Madrid, 2015.
- MATILLA, J.M., *Murió la Verdad/Si resucitará?*, en *Goya en tiempos de Guerra*, Museo Nacional del Prado, Madrid, 2008, en www.museodelprado.es.
- McCLOUD, S., *Entender el cómic. El arte invisible*, Ed. Astiberri, Bilbao, 2009.
- MONTES, J., *Polvos y lodos del arte contemporáneo en España*, en Revista de Occidente n.º 309, febrero 2007, Fundación José Ortega y Gasset, Madrid.
- MORA, M., ¿Tiene cara «El origen del mundo»? , en <http://cultura.elpais.com/cultura>.
- NINA, D., *El Arte como objeto de apropiación común: Redefiniendo las bases del derecho moderno*, en «Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho», n.º 30, julio/diciembre 2010.
- ORTEGA Y GASSET, J., *Influencia negativa del pasado*, en *Obras Completas*, Tomo III (1917-1928), Revista de Occidente, Madrid, 1957.
- ORWELL, G., *Rebelión en la granja*, Ed. Destino, Barcelona, 1984.
- PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, A., *Sobre los derechos de los animales*, AFD, n.º 7, 1990.
- PEÑUELAS I REIXACH, LL., *Definición de obra u objeto de arte*, en la obra colectiva *Administración y dirección de los museos: Aspectos jurídicos*, Peñuelas i Reixach (Ed.), Fundación Gala-Salvador Dalí, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008.
- REYERO, C., *Arte y compromiso. Los artistas y las imágenes en la lucha política a comienzos del siglo XIX*, en la obra colectiva *Cambio político y cultura en la España de entresiglos*, Ramos Santana, A. y Romero Ferrer, A., (Eds.), Universidad de Cádiz, Ayuntamiento de Cádiz, 2008.

- ROCHE CÁRCEL, J.A., *Del cuerpo cósmico al cuerpo fragmentado. Análisis sociológico de las imágenes de la mujer en el arte occidental moderno*, en la obra colectiva *La sociología como una de las bellas artes: la influencia de la literatura y de las artes en el pensamiento sociológico*, Roche Cárcel, J.A. (Ed.), Ed. Anthropos, Barcelona, 2012.
- RODRÍGUEZ FOUZ, M., *Los combates del «Guernica». El arte como testimonio y denuncia para una cultura de la paz*, en «Cuadernos de Alzate: Revista Vasca de la Cultura y las Ideas», n.º 37, 2007.
- SADOUL, N., *Conversaciones con Hergé. Tintín y yo*, Ed. Juventud, Barcelona, 1986.
- SÁNCHEZ ARISTI, R., *La propiedad trenzada. El juego de lo material y lo inmaterial en las obras de arte*, en la obra colectiva *Derecho del arte. Anuario Iberoamericano 2015*, Fundación Profesor Uría, Cívitas, Thomson Reuters, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2015.
- SCRUTON, R., *El valor del arte*, en la obra colectiva *Lo que piensan los filósofos*, Baggini, J. y Stangroom, J. (coord.), Ed. Paidós, Barcelona, 2011.
- SCHWABE, J., *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes*, Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., Berlín-México, 2009.
- SEGOVIA DE ARANA, J. M., *La construcción personal de la realidad*, en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Año LXIV, n.º 89, Curso académico 2011-2012.
- SUAREZ, J.C., *La transición como espacio de creación: cine, música y pintura (entre movidas anda el juego)*, en la obra colectiva *Transiciones en el mundo contemporáneo*, Reig Tapia, A., y Sánchez Cervelló, J., (Coords.), Publicacions Universitat Rovira i Virgili y Universidad Nacional Autónoma de México, 2016.
- SUMOY GETE-ALONSO, M., *Brancusi contra los Estados Unidos. La definición jurídica del arte*, Ed. Comares, Granada, 2007.
- TARTAKIEWICZ, W., *Historia de las seis ideas. Arte, belleza, forma, creatividad, mimesis, experiencia estética*, Ed. Tecnos/ Alianza, Madrid, 1992.
- TRÍAS, E., *Ciudad sobre ciudad. Arte, religión y ética en el cambio de milenio*, Ed. Destino, Colección Áncora y Delfín, vol. 929, Barcelona, 2001.
- URRUTIA, J., *Vitalidad de La deshumanización del arte*, en *Revista de Occidente* n.º 300, mayo 2006, Fundación José Ortega y Gasset, Madrid.

USCATESCU BARRON, J., *Tradición y futuro*, Revista de Estudios Políticos, n.º 141-132, 1965.

VALDIVIESO RODRIGO, M., *Arte y memoria histórica: las intervenciones de Berlín*, en la obra colectiva *Duelo y memoria. Espacios para el recuerdo de las víctimas de la represión franquista en perspectiva comparada*, Mir Curcó, C. y Gelonch Solé, J. (Eds.), Edicions de la Universitat de Lleida, 2013.

VOZMEDIANO, E., *Juicio y valor en el arte actual. Cuando la crítica va por detrás*, en Revista de Occidente n.º 321, febrero 2008, Fundación José Ortega y Gasset, Madrid.

WERT ORTEGA, J.P., *Sobre el arte de acción en España*, Artea, Investigación y Creación Estética, <http://artesescenicas.uclm.es>

WOLFE, B.D., *La fabulosa vida de Diego Rivera*, Ed. Diana/SEP, México, 1986.

WAHNÓN, S., *Entre la vanguardia y el clasicismo. Visiones del arte nuevo en los fascismos europeos*, en *El fascismo clásico (1919-1945). Nuevas aportaciones teóricas*, Antón Mellón, J., (Coord.), Ed. Tecnos, Madrid, 2012.

Páginas web

<http://www.legars.eu/?p=55>

<http://acernuda.com>

<http://www.costus.es>

<http://www.playgroundmag.net>

<http://www.jam-montoya.es>

<http://post.at.moma.org>

<http://www.biografiasyvidas.com>

Estudio sobre algunos aspectos jurídicos en la vida y obra de Mariano Fortuny y Henriette Nigrin

Mariano Fortuny and Henriette Nigrin: Some Legal Aspects in their Life and Work

por Silvia BAÑARES VILELLA
Abogada y Doctora en Derecho Mercantil

«En el alto rellano una dama sobre los setenta, un elegante Boldini redivivo, os introducirá con sencillez prócer en el mundo más inesperado. Es Henriette Fortuny, la nuera del Fortuny de Reus y viuda del Fortuny veneciano».

Juan Ramón Masoliver, 1950

Dedicado a Henriette Nigrin, artista.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL MATRIMONIO Y EL CONTRATO MATRIMONIAL ENTRE HENRIETTE NIGRIN Y JEAN EUSÈBE LEÓN BELLORGEOT. III. ACEPTACIÓN DE HERENCIA DE FRÉDÉRIC ALBERT NIGRIN. IV. EL DIVORCIO DE HENRIETTE NIGRIN. V. EL MATRIMONIO DE HENRIETTE NIGRIN Y MARIANO FORTUNY. VI. EL CONTRATO MATRIMONIAL DE HENRIETTE NIGRIN Y MARIANO FORTUNY. 1. Las aportaciones de Mariano Fortuny. 2. Las aportaciones de Henriette Nigrin. VII. LE CERTIFICAT DE COUTUME DE MARIANO FORTUNY. VIII. ALGUNAS HIPÓTESIS EN TORNO A LOS CONTRATOS MATRIMONIALES EN LA VIDA DE HENRIETTE NIGRIN. IX. LAS PATENTES DE MARIANO FORTUNY. X. LAS PATENTES Y EL REGISTRO COMO *MODÈLE* DEL DELPHOS. XI. LITIGIOS EN TORNO AL DELPHOS. 1. El litigio entre Mariano Fortuny y *Galerie Lafayette*. 2. El litigio entre Mariano Fortuny y *Printemps*. 3. El «secreto comercial» y otras medidas. XII. LA ACTIVIDAD COMO CÓNsul Y EMPRESARIO DE MARIANO FORTUNY. XIII. LAS

DONACIONES Y DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS DE HENRIETTE NIGRIN. 1. Escritura de donación de 1952. 2. Otras donaciones. 3. Últimas disposiciones testamentarias. XIV. MARIANO Y HENRIETTE: DEFENSA DE SUS DERECHOS PERSONALES. 1. El accidente de Mariano Fortuny. 2. Henriette Nigrin y la Revista Epoca. XV. CONCLUSIONES. XVI. BIBLIOGRAFÍA. ANEXOS.

Resumen

El propósito de este artículo es describir determinados aspectos legales en la vida y en la obra tanto de Mariano Fortuny como de su mujer Henriette Nigrin. Mariano Fortuny es un conocido artista del siglo XX. Sin embargo la figura de Henriette es todavía bastante desconocida, aunque fue a su vez una importante inventora y diseñadora textil.

Palabras clave

Mariano Fortuny, Henriette Nigrin, Jean Eusèbe León Bellorgeot, Elsie McNeill, Cecilia de Madrazo, Federico de Madrazo, Lyon Caen, Zamacois, Haute et Claire, *Beleuchtung System Fortuny GMBH*, *Società Anonima Fortuny*, Palazzo Orfei, Giudecca, contratos matrimoniales, certificados de ley y costumbre, divorcio, donaciones, régimen español de gananciales, comunidad de bienes reducida a las ganancias, patente, modelo de utilidad, secreto comercial, Galeries Lafayette, *Genre d'étoffe plissé ondulée*, *Conseil des prud'hommes*. Delphos, Peplos, revista Epoca.

Abstract

The aim of this article is to describe some legal facts that were related to life and work of Mariano Fortuny and his wife Henriette Nigrin. Mariano Fortuny is a well known icon of 20th Century. However the figure of Henriette is still quite unknown despite she was, at her turn, a relevant inventor and textile designer.

Key words

Mariano Fortuny, Henriette Nigrin, Jean Eusèbe León Bellorgeot, Elsie McNeill, Cecilia de Madrazo, Federico de Madrazo, Lyon Caen, Zamacois, Haute et Claire, *Beleuchtung System Fortuny GMBH*, *Società Anonima Fortuny*, Palazzo Orfei, Giudecca factory, marriage contract, divorce, donations, patent, utility model, trade secret, Galeries Lafayette, *Genre d'étoffe plissé ondulée*, *Conseil des prud'hommes*, Delphos, Peplos, «Epoca» magazine.

Deseo agradecer a Belén Guarner toda la ayuda prestada en relación con la investigación llevada a cabo en Venecia y Reus; a Cristina da Roit y Claudio Franzini, su disposición a facilitarnos la información que nos era precisa así como la amable acogida que nos ofrecieron en nuestra visita al Museo Fortuny; a Ana Bañares y Jeremy Fraissinet la cuidadosa transcripción de los manuscritos citados en este trabajo; a Sophie Grossiord y María Jesús Cervelló el apoyo manifestado en todo momento; a Guillermo de Osma sus sabias orientaciones y consejos los cuales nos ha ofrecido en todo momento sin importar la hora o el lugar; a Santiago Espiau su completa y amable revisión de esta obra, sin cuya dedicación este trabajo adolecería de muchas lagunas e imprecisiones.

Por último agradecer también a mi familia la paciencia de la que han hecho gala durante el desarrollo de este trabajo, en particular a mi marido por su entusiasta colaboración en el trabajo de campo realizado en Marlotte, Fontainebleau y París; y a aquellos familiares que ya no están, sus enseñanzas demostrando que el arte puede formar parte de nuestras vidas más allá de nuestras profesiones o circunstancias.

I. INTRODUCCIÓN

Afortunadamente hoy en día la figura de Mariano Fortuny y Madrazo ya no es la de un artista desconocido. Importantes autores de nuestro país y de más allá de nuestras fronteras se han encargado de rescatar del olvido la vida y obra de este prolífico artista e inventor. Quedan atrás aquellas épocas en las que su vida (e incluso muerte) pasaron desapercibidas para la gran mayoría de los españoles¹.

Sin embargo el papel que desempeñó su mujer, Adèle Henriette Elisabeth Nigrin, había sido tratado de forma un tanto circunstancial. De ella tan sólo era conocida su faceta de musa y compañera: su actividad creativa había sido sistemáticamente ignorada. Tal hecho no cabe atribuirlo a una omisión o descuido por parte de los historiadores que hasta ahora se habían ocupado de la pareja, sino esencialmente a la dificultad de acceso (y consiguiente falta de difusión) de los documentos que así lo atestiguaban.

En el empeño por rescatar del olvido la figura de esta creadora realizamos una pequeña búsqueda jurídica sobre determinados aspectos de su vida que, de manera insospechada, nos llevó a localizar una serie de documentos (tanto públicos como privados –algunos de ellos desconocidos hasta ahora–)

1. Valga como testimonio lo dicho por César GONZÁLEZ RUANO: «Al leer su muerte que poco o nada dice a los españoles, yo pienso con melancolía en aquel raro enamorado de Venecia, que ha muerto en su viejo palacio... Es una última vida impresionante que se va», La Vanguardia Española, 24 de mayo de 1949.

que acabaron siendo absolutamente reveladores sobre la vida de ambos artistas. Además de dichos archivos, la consulta de fondos obrantes en bibliotecas y museos resultó ser una pieza esencial para completar este trabajo.

La ubicación de tales documentos nos permitió también reconstruir en parte el devenir de estos artistas. Las ciudades de París, Fontainebleau, Venecia, Barcelona, Madrid o Reus guardan algunos de estos tesoros, muchas veces de forma paralela pero incompleta en cuanto a su contenido.

Así, por ejemplo, determinados museos conservan parte de una correspondencia cuya contrapartida figura en otra institución cultural; en otros casos (como en el litigio entre Mariano Fortuny y *Galerías Lafayette*) la información se obtuvo parcialmente en Francia y se completó tras la localización de otros documentos en la Biblioteca Marciana de Venecia. Recopilar todo ello resulta enriquecedor para cualquier investigador y permite asimismo una visión «periférica» sobre determinadas circunstancias que de otra forma no podrían ser aprehendidas.

Ciertamente, los aspectos legales suelen ser obviados cuando se abarca el periplo vital de los creadores. Sin embargo, no se puede ignorar la valiosa información que éstos pueden arrojar, clarificando detalles y motivaciones que de otra forma permanecerían ocultos. El caso del matrimonio Fortuny-Nigrin no es una excepción a esta máxima; es más, podría decirse que son un ejemplo paradigmático de cómo y hasta qué punto el análisis jurídico puede contribuir a ofrecer una nueva mirada sobre su obra así como sobre sus preocupaciones y genuinos intereses.

Nuestra finalidad no es otra que la de interpretar y ubicar en el contexto de la obra de estos artistas una serie de actos y documentos legales, de forma que se ofrezca una nueva mirada (la legal) sobre acontecimientos esenciales de su periplo vital.

En todo momento el propósito que nos ha animado ha sido el de poner en valor la figura de estos dos artistas; por ello adoptamos como máxima el no efectuar un análisis de hondo calado jurídico (como en determinados momentos hubiéramos deseado) sino tan sólo facilitar la comprensión del contexto socio-jurídico y de las normas aplicables en un momento determinado. Es decir, deseábamos actuar a modo de «intérpretes» de determinados hechos, de forma que estudiosos de otras disciplinas pudieran incorporarlos a su bagaje específico y vieran así

allanado su camino. El carácter multidisciplinar del que siempre hizo gala Mariano Fortuny es un ejemplo a seguir; y por ello nos atrevemos a decir que los aspectos legales deberían formar parte en el futuro del análisis y comprensión de su obra.

Intentar abarcar todos y cada uno de los aspectos jurídicos que incidieron en su vida era una tarea difícil e inabarcable en un estudio de estas características. Por ello, tampoco ha resultado fácil la elección de los temas a tratar dado el interés y atractivo que presentaban muchos de ellos. Finalmente la novedad y, por qué no reconocerlo, el interés personal nos decantó por el análisis de aquéllos que resultaban propios de la esfera más privativa de la pareja y los relacionados con la protección jurídica de su creación artística.

Tampoco ha sido sencilla la sistematización de los epígrafes. Aunque inicialmente pensamos que, dada la coincidencia de algunos de ellos, sería conveniente su agrupación en función de su contenido (como por ejemplo los contratos matrimoniales firmados por Henriette) entendimos que el *iter* vital de estos artistas sería más comprensible para el lector en caso de seguirse un cierto orden cronológico. Ésa ha sido la opción finalmente adoptada con carácter general, si bien los registros de derechos de propiedad industrial o determinadas acciones relacionadas con sus derechos personales serán analizados conjuntamente para facilitar la claridad expositiva.

II. EL MATRIMONIO Y EL CONTRATO MATRIMONIAL ENTRE HENRIETTE NIGRIN Y JEAN EUSÈBE LEÓN BELLORGEOT²

Henriette Nigrin nació en Fontainebleau el 4 de octubre de 1877. Su nombre completo era el de Adèle Henriette Elisabeth, y así figura en su acta de nacimiento. Sin embargo y a pesar de que Adèle fuera su primer nombre, siempre utilizó el de Henriette.

Henriette era hija de Frédéric Albert Nigrin y de Marie Juliette Brassart.

La familia de su padre era de origen alsaciano, si bien su padre (Frédéric Nigrin) ya había nacido en París. Por su parte, la familia de su madre (Marie Juliette Brassart) provenían de Valenciennes.

2. Los datos biográficos de Henriette se basan, en cuanto a su nacimiento, en lo publicado por D. FERRETTI, *Ritratto di una musa en Henriette Fortuny, Ritratto di una musa*, Palazzo Orfei, Venecia, 2015, p. 11, y los restantes en nuestro artículo *Una breve nota biográfica sobre Henriette Nigrin, creadora del Delphos* en Revista DataTextil n.º 36.

Los padres de Henriette, aunque se casaron en París, pronto se trasladarían a Fontainebleau donde el padre trabajaría como *gérant de mess de l'Ecole d'application de l'artillerie et du génie* de esa ciudad, y posteriormente como *restaurateur* en la Rue Grande 112³.

Muy poco se sabe de la infancia de Henriette; en cambio, es conocido que tuvo una única hermana (Marie) dos años menor que ella.

Henriette se casó siendo muy joven con Jean Eusèbe León Bellorgeot, concretamente el 12 de enero de 1897. Dado que la mayoría de edad en Francia se alcanzaba a los 21 años, Henriette precisó del consentimiento paterno para la celebración de ese matrimonio. El lugar escogido fue el Ayuntamiento de Fontainebleau.

La pareja se trasladó a vivir a Marlotte⁴, población muy cercana a Fontainebleau, donde residirían durante todo su matrimonio. Según declaraba Jean Bellorgeot su profesión era la de *entrepreneur de peintures* (si bien en algún listado de población figuraba exclusivamente como *peintre*).

Como hemos dicho, Henriette se casó por primera vez el 12 de enero de 1897. Horas antes de la celebración de ese matrimonio, se firmó en su propio domicilio y en presencia del Notario de Fontainebleau, un *contrat de mariage* entre Jean Eusèbe León Bellorgeot y Adèle Henriette Elisabeth Nigrin⁵.

A la firma de dicho documento comparecieron tanto los padres de Bellorgeot como los de la propia Henriette. Y ello era así por cuanto en ese acto, además de regularse el régimen del futuro matrimonio, se establecía la dote que los respectivos padres otorgaban a sus hijos⁶. Asimismo tal presencia paterna era obligada en el caso de Henriette, por cuanto a causa de su minoría de edad debía ser asistida y autorizada para ese acto por sus padres.

3. Dado que el Ayuntamiento de Fontainebleau ha mantenido inalterada la numeración de las calles desde la época napoleónica, la vivienda donde Henriette residió hasta su primer matrimonio puede ser actualmente localizada sin margen de error (tal hecho fue confirmado por el departamento de urbanismo del Ayuntamiento de Fontainebleau en visita realizada en octubre de 2017).
4. Hoy Bourron-Marlotte. Su presencia (así como la de su hermana) en este pequeño pueblo está confirmada por numerosas fuentes escritas, así como por documentalistas locales pertenecientes a la asociación francesa *Les amis de Bourron-Marlotte*.
5. Agradecemos a Ana Bañares y Jeremy Fraissinet la ayuda prestada en la transcripción y traducción de este documento.
6. Las respectivas madres de los futuros cónyuges comparecían *avec l'assistance et sous l'autorisation* de sus respectivos maridos. Tal hecho venía motivado por la condición del hombre como administrador y representante de la comunidad.

La figura jurídica de los *contrats de mariage* guarda una gran similitud con la de las capitulaciones matrimoniales contempladas en el articulado del Código Civil español⁷.

Como es sabido las capitulaciones matrimoniales son

«el contrato en que, por razón del matrimonio, se establece el régimen de los bienes en orden a la familia. Los esposos para consigo mismos y con relación a sus hijos, y frecuentemente los padres de los cónyuges con respecto a éstos y a su descendencia, establecen en esta escritura las bases de la organización de la familia, de la propiedad y de la sucesión»⁸.

Según la Doctrina francesa, el *contrat de mariage* puede ser definido como «le règlement des intérêts pécuniaires des époux...» y de forma más restrictiva como «le titre, l'instrumentum qui contient les conventions matrimoniales des époux»⁹.

En cuanto al régimen matrimonial, adoptaron el de la comunidad de bienes limitada a las ganancias (es decir, el de la *communauté de biens réduite aux acquêts*)¹⁰. Se trata de un régimen convencional, alternativo al legal (el de la *communauté légale de biens*), previsto por el Código Civil francés (en adelante el *Code*)¹¹.

7. El vigente Código Civil Español establece en su artículo 1315 que «el régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código». De forma similar la versión de este mismo artículo en la redacción de 1889 (aplicable a la época analizada) establecía que «los que se unan en matrimonio podrán otorgar sus capitulaciones antes de celebrarlo, estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros, sin otras limitaciones que las señaladas en este Código. A falta de contrato sobre los bienes, se entenderá el matrimonio contraído bajo el régimen de la sociedad legal de ganancias».
8. M. J. COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, *Comunidad de ganancias y capitulaciones matrimoniales en la codificación civil española* en *Anuario de historia del derecho español*, ISSN 0304-4319, N.º 69, 1999, p. 404 citando a M. DE BOFARULL, *El Código civil español según la edición oficial anotado y concordado con la anterior legislación y jurisprudencia española y los códigos extranjeros*, 2.ª Ed., Madrid, 1888. Aportamos esta definición por ser prácticamente coetánea a la redacción del Código de Comercio español.
9. L. GUILLOUARD, *Traité du Contrat de mariage. Livre III Titre V du Code Civil. Tome Premier (art. 1387 a 1406)*, troisième édition, París, 1894, p. 103.
10. Artículo primero del *contrat de mariage* de fecha 12/1/1897 («régime»).
11. Código Civil francés de 1804, cuyas disposiciones sobre el régimen matrimonial se vieron modificadas en 1835 y también de forma importante por la ley de 10 de julio de 1850. Por lo tanto las referencias legales al *Code* que citaremos serán las aplicables tras dicha fecha.

Las distintas versiones del *Code* pueden ser consultadas a través del siguiente link: <https://criminocorpus.org/fr/reperes/legislation/civil/>. Y en particular, las relativas a los *contrats de mariage* (reguladas en el libro III, título V) a través del siguiente link: <https://criminocorpus.org/fr/reperes/legislation/civil/iii/v/1804-03-31/>

En efecto, la regulación de los sistemas matrimoniales recogida en el *Code* era detallada a la par que minuciosa¹², y aunque similar a la española (no en vano el Código Civil español es heredero en buena medida del francés) divergía en ciertos puntos. Un análisis detallado de las diferencias normativas entre ambos sistemas excede con creces la pretensión de este trabajo. Aún y así, deseamos resaltar cuatro aspectos de norma civil francesa, la cual:

(i) establecía que los regímenes matrimoniales admitidos en Francia eran esencialmente dos: el régimen dotal y el de la comunidad de bienes¹³,

(ii) el régimen legal, aplicable en defecto de regímenes convencionales, era el de la *communauté*¹⁴,

(iii) en cuanto a los regímenes convencionales el *Code* recogía expresamente la posibilidad de que los cónyuges establecieran los pactos que considerasen oportunos siempre y cuando no fueran contrarios a las buenas costumbres y a determinados artículos del mismo¹⁵,

(iv) y dentro de estos regímenes convencionales el *Code* recogía el de la *communauté réduite aux acquêts* en sus artículos 1498 y 1499, en virtud del cual se excluían de la comunidad las deudas de cada

12. Recogida en los artículos 1387 a 1581 del *Code*.

13. Artículo 1391 del *Code*: «*Ils peuvent cependant déclarer d'une manière générale qu'ils entendent se marier ou sous le régime de la communauté, ou sous le régime dotal. Au premier cas, et sous le régime de la communauté, les droits des époux et de leurs héritiers seront réglés par les dispositions du chapitre II du présent titre.*

Au deuxième cas, et sous le régime dotal, leurs droits seront réglés par les dispositions du chapitre III. Au deuxième cas, et sous le régime dotal, leurs droits seront réglés par les dispositions du chapitre III. Toutefois, si l'acte de célébration du mariage porte que les époux se sont mariés sans contrat, la femme sera réputée, à l'égard des tiers, capable de contracter dans les termes du droit commun, à moins que, dans l'acte qui contiendra son engagement, elle n'ait déclaré avoir fait un contrat de mariage.».

14. Así el artículo 1400 del *Code* establecía que la «*Communauté qui s'établit par la simple déclaration q'on se marie sous le régime de la communauté, ou à défaut de contrat, est soumise aux règles expliquées dans les six sections qui suivent.*». Este régimen regulaba las relaciones matrimoniales desde el mismo día de la celebración del matrimonio (según el artículo 1399 de dicha norma «*la communauté, soit légale, soit conventionnelle, commence du jour du mariage contracté devant l'officier de l'état civil: on ne peut stipuler qu'elle commencera à un autre époque.*»).

15. Artículo 1387 del *Code*: «*La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes moeurs, et, en outre, sous les modifications qui suivent.*».

uno de ellos, presentes y futuras; y lo mismo cabía predicar del mobiliario¹⁶.

Según la Doctrina francesa de la época *la communauté réduite aux acquêts* (también denominada como *communauté d'acquêts*) era una «comunidad legal modificada», en el sentido de que se regía por las normas propias de la *communauté d'acquêts* y subsidiariamente por las reglas generales de la *communauté*¹⁷.

A grandes rasgos, aunque ambos sistemas establecían la existencia de una comunidad de muebles e inmuebles durante el matrimonio, los restantes bienes (particularmente el mobiliario y los créditos anteriores al matrimonio y pertenecientes a uno de los cónyuges) quedaban excluidos de la misma¹⁸.

Las diferencias entre una y otra se dejaban notar tanto en el activo como en el pasivo, y así en la *communauté d'acquêts* uno y otro eran «*moins étendus que celui de la communauté légale, mais avec un organisation semblable*»¹⁹.

En palabras de BUSTOS MORENO ese sistema, a diferencia del régimen legal, «no comprendía ni los bienes muebles presentes ni los muebles adquiridos a título gratuito durante el matrimonio, de la misma manera las deudas actuales, es decir, las existentes el día de la celebración del matrimonio, y las deudas futuras, o sea las que gravaban las herencias o donaciones recibidas o adquiridas durante el matrimonio continuaban siendo propias de cada esposo».

O dicho de otro modo, comprendía «todos los bienes muebles de los esposos y los bienes inmuebles que adquirieran a título oneroso durante el matrimonio. Los inmuebles que les pertenecían al casarse y los que adquirirían después por sucesión

16. Artículo 1498 del Code: «Lorsque les époux stipulent qu'il n'y aura entre eux qu'une communauté d'acquêts, il sont censés exclure de la communauté et les dettes de chacun d'eux actuelles et futures, et leur mobilier respectif présent et futur.

En ce cas, et après que chacun des époux a prélevé ses apports dûment justifiés, le partage se borne aux acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage, et provenant tant de l'industrie commune que des économies faites sur les fruits et revenus des biens des deux époux».

Artículo 1499 del Code: «Le mobilier existant lors du mariage ou échu depuis est réputé acquêt, sauf preuve contraire, établie suivant le droit commun à l'usage des tiers. Entre époux, la preuve est réglée par les articles 1502 et 1504».

17. L. GUILLOUARD, *Traité du Contrat de mariage. Livre III Titre V du Code Civil Tome Troisième* (articles 1441 à 1539), troisième édition, Paris, 1895, p. 346.

18. «Les époux qui ont stipulé qu'il y aura entre eux une communauté des acquêts meubles et immeubles qu'ils feront pendant le mariage, sont réputés avoir, par cette clause, exclu de la communauté tous leurs autres biens, et spécialement le mobilier et les créances qu'ils possédaient au jour du mariage». H.F. RIVIERE, *Codes Français et Lois Usuelles*, quatrième édition, Paris, 1878 p. 195.

19. *Ibid.* nota 17, p. 392.

*continuaban siendo propios de cada de uno de ellos»*²⁰. Es decir, los cónyuges se convertían en copropietarios aunque los bienes los hubiera adquirido uno de ellos con dinero propio.

Este régimen, que como hemos dicho fue el escogido por Jean Bellorgeot y Henriette Nigrin, guarda una tremenda similitud con el régimen de gananciales establecido en los artículos 1396 y siguientes del Código Civil español. Así, éste, en su versión de 1889 (vigente en la época analizada), establecía en su artículo 1410 que «el pago de las deudas contraídas por el marido o la mujer antes del matrimonio no estará a cargo de la sociedad de gananciales...»²¹.

El paralelismo entre los dos sistemas (el español de gananciales y el francés de *communauté réduite aux acquêts*) fue resaltado también por la Doctrina francesa de la época. Así, RODRÍGUEZ DE CEPEDA en una obra publicada en París pero relativa al (entonces nuevo) Código Civil español afirmaba que:

*«Quant au régime des biens, les époux ont désormais une complète liberté pour faire toutes stipulations qui leur paraissent convenables, sans autres limitations que les constatations légales. S'il n'a point été fait de contrat, le régime sera celui de la communauté d'acquêts (sociedad –sic– legal de gananciales), régime de droit commun aux termes de la législation en vigueur»*²².

En cuanto al *contrat de mariage* suscrito entre Henriette y Jean Bellorgeot una de las cláusulas más relevantes era la relativa a las deudas. Así se estipuló de forma específica que:

«les futurs époux ne seront par tenus des dettes l'un de l'autre qui seraient antérieures a la célébration du mariage ou qui grèveraient les biens qui seraient par eux recueillis au cours de la communauté; ces dettes s'il en existe ou survient, seront acquittées par celui du futurs époux qui les aura contractées, ou du chef duquel elles proviendront, sans que l'autre époux,

20. Vid. Y. BUSTOS MORENO, *El pasivo ganancial en la relación interna*, tesis doctoral, Universidad de Alicante, Facultad de derecho, 2001, p. 73.

21. Este paralelismo entre los dos sistemas normativos (español y francés) sería también ratificado posteriormente en el año 1924 por el abogado de la embajada española en París en el certificado de ley que analizaremos en el capítulo sexto.

22. R. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, *Le nouveau Code Civil Espagnol. La constitution de la famille. Le droit successoral en La Reforme Sociale en Bulletin de la Société d'Economie Sociale et des Unions de la Paix Sociale*, neuvième année, deuxième série, tomo VIII n.º 90, 1 de julio de 1889.

ses biens ni sa part dans la communauté en puissent être aucunement tenus ni chargés»²³.

Es decir, las deudas derivadas de la actividad empresarial anteriores a la celebración del matrimonio serían asumidas por el cónyuge que las generó, al igual que las que pudieran gravar los bienes recibidos por uno de ellos.

Por otra parte, la expresión «*les futurs époux ne seront pas tenus des dettes l'un de l'autre*» no implica *per se* una actividad mercantil por parte de Henriette; antes bien, entendemos que debe interpretarse como una cláusula de estilo, muy frecuente en los contratos matrimoniales de la época y probablemente derivada de la propia redacción del *Code*²⁴.

Es más, del contexto general del contrato se deduce que tal cláusula era especialmente aplicable a Jean Bellorgeot, por cuanto Henriette manifestaba no tener profesión especial en aquel entonces («*sans profession*» según el documento analizado).

En dicho documento se pactó asimismo una *réserve de propres*, es decir, que las respectivas dotes o aportaciones que pudieran recibir los cónyuges durante la vigencia del matrimonio (con independencia del título de adquisición) serían excluidas de la comunidad y retomadas por cada uno de los esposos en caso de disolución de la misma²⁵. Por lo tanto, en caso de divorcio (como efectivamente se produjo) es de esperar que la dote le fuera retornada a Henriette.

En cuanto a la dote, ambas familias otorgaron un importe prácticamente similar a sus respectivos hijos: 2.000 francos de la época en el caso de los

23. Artículo segundo del *contrat de mariage* de fecha 12/1/1897 («*exclusion des dettes*»).

24. Artículo 1498 del *Code*: «*Lorsque les époux stipulent qu'il n'y aura entre eux qu'une communauté d'acquêts, il sont censés exclure de la communauté et les dettes de chacun d'eux actuelles et futures, et leur mobilier respectif présent et futur.*

En ce cas, et après que chacun des époux a prélevé ses apports dûment justifiés, le partage se borne aux acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage, et provenant tant de l'industrie commune que des économies faites sur les fruits et revenus des biens des deux époux».

25. Artículo 3 del *contrat de mariage* de fecha 12/1/1897: «*Réserve de propres: Les apports en mariage et dots ci-après constatés des futurs époux, ensemble des biens tant meubles qu'immeubles, qui, pendant la durée de la communauté échoiront à chacun d'eux tant en meubles qu'en immeubles, par successions, donations, legs ou autrement, seront exclus de la communauté pour être repris lors de sa dissolution par chacun des époux ou ses représentants, de telle sorte que la Communauté à partager, par moitié, se composera uniquement des revenus des époux et des économies et bénéfices réalisés pendant le mariage. Toutefois il est convenu: que le fonds de commerce, le matériel, les marchandises en dépendant et les créances actives compris dans les articles deux trois et quatre de l'apport du futur époux appartiendront à la communauté par le montant de cette estimation et que la reprise à exercer ultérieurement à ce sujet se composera de montant de l'estimation dont s'agit*».

padres de Bellorgeot y 1.800 francos en el caso de los padres de Henriette. Y si bien Henriette declaraba recibirla en ese momento, Bellorgeot manifestaba haber entrado en posesión de la misma con anterioridad a ese acto así como haberla destinado a su negocio de pinturas desarrollado en Marlotte. De hecho, ese negocio se aportó a la comunidad de bienes con Henriette y se valoró en 2.200 francos de la época.

III. ACEPTACIÓN DE HERENCIA DE FRÉDÉRIC ALBERT NIGRIN

El padre de Henriette (Frédéric Albert Nigrin) falleció el 2 de noviembre de 1901, cuando contaba 52 años de edad. Hasta ese momento había trabajado como *restaurateur* al frente de un negocio de la Rue Grande de Fontainebleau.

A raíz de esa defunción se abrió el proceso de aceptación de herencia ante el notario de Fontainebleau, del cual se ha podido obtener una copia.

Frédéric Albert Nigrin falleció sin que existiera un contrato matrimonial con su mujer²⁶; así lo recoge la escritura notarial, la cual también detalla que sus únicas herederas eran Henriette y su hermana²⁷. Y también parece, aunque la escritura no lo recoja, que falleció sin haber otorgado testamento²⁸.

Ciertamente, tras la muerte del padre, se llevó a cabo la confección del inventario; posteriormente, y en fecha 7 de enero de 1902 se realizó la escritura de herencia y liquidación de la comunidad de bienes.

Ahora bien, esa liquidación se limitó exclusivamente a los valores mobiliarios²⁹ por cuanto el inmueble (la vivienda familiar) se dejó fuera de tal división.

26. Página 2 del documento de 7/1/1902: «*aucun contrat de mariage n'ayant précédé leur union célébrée...*».

27. Página 3 del documento de 7/1/1902: «*Mesdames Bellorgeot et Nicault surnommées, sœurs germaines, seules enfants existant et issues de mariage de M. Albert Frédéric Nigrin avec Mad. Maria Juliette Brassart son épouse Seules héritières conjointement pour le tout ou dévissement chacune pour moitié...*».

28. Sorprende la ausencia de pronunciamiento sobre la existencia de un posible testamento. Sin embargo, dado que el régimen sucesorio recogido en la escritura se adapta plenamente a lo dispuesto en el *Code* sin que existan cláusulas modificatorias del régimen legal, nos inclinamos a pensar que Albert Frédéric Nigrin falleció sin testar.

29. Página 3 del documento de 7/1/1902. «*...Désirant procéder aux opérations de comptes, liquidation et partage des valeurs mobilières seulement...*».

Esta escritura de aceptación y liquidación junto con el *contrat de mariage* que acabamos de mencionar arrojan una buena luz sobre la situación económica de Henriette previa a su relación con Mariano Fortuny.

La masa activa de la sucesión importaba la suma de 82.231,82 francos franceses y el pasivo de la herencia se fijó en 3.974 francos³⁰.

De tales montantes a la madre le correspondieron 39.945,61 francos (cantidad inclusiva de la mitad del valor de la comunidad y los derechos por alimentos) y la parte correspondiente del usufructo (9.577,84 francos)³¹. Y a las hijas Henriette y Marie, 14.366 francos (en titularidad plena) más otros 4.788 (en nuda propiedad debido al usufructo de la madre) a cada una de ellas.

Es decir, cada una de las hermanas percibió unos 19.000 francos de la época, a los cuales se deberían añadir las mitades indivisas correspondientes a la vivienda de Fontainebleau (que como ya hemos comentado, se dejó fuera de la división practicada y se atribuyó conjuntamente a la madre y a las dos hermanas).

La gran mayoría de los bienes mobiliarios de la herencia del padre estaban integrados por una serie de inversiones que cualquier experto podría definir como prudentes u ordenadas: se trataba de una atomizada cartera de valores comprensiva en su mayoría de títulos de renta fija (obligaciones, deuda pública, cupones, etc.) invertidos en compañías de prestigio y solvencia.

El resto de bienes incluía algunas cuentas de ahorro, el fondo de comercio del restaurante así como algún pequeño derecho de crédito derivado de un préstamo concedido a un conocido.

La firma de la aceptación de la herencia de su padre (enero de 1902) se sitúa temporalmente entre las dos ocasiones en las que Henriette abandonó el domicilio conyugal y que comentaremos en el capítulo tercero; quizás ésta retornó movida por un deseo personal, pero también es posible que lo

30. Según consta en el anexo del documento de 7/1/1902: «*tableau des abandonnements*».

31. Que en virtud del artículo 767 del *Code* recaía sobre una cuarta parte de los bienes: «*le conjoint survivant non divorcé qui ne succède pas à la pleine propriété, et contre lequel n'existe pas de jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée, a, sur la succession du prédécédé, un droit d'usufruit qui est: D'un quart, si le défunt laisse un ou plusieurs enfants issus du mariage...*». La redacción de este artículo del *Code* en el momento de la aceptación y liquidación de herencia de Frédéric Nigrin fue fruto de una ley aprobada escasos años antes de esa aceptación (Ley de 9 de marzo de 1891).

hiciera con carácter temporal conocedora de la compleja situación jurídica a la que se enfrentaba.

Efectivamente, casada todavía y sin sentencia legal de divorcio en esos momentos, la firma de cualquier documento pasaba por la presencia de su entonces marido como legal representante de la *communauté réduite aux acquêts*. Debe recordarse que el artículo 1388 del *Code* vigente en esa época recogía claramente la *puissance maritale* sobre la mujer³², la cual no podía ser derogada por ningún pacto convencional entre los cónyuges porque así lo preveía específicamente el artículo 1497: «*les époux peuvent modifier la communauté légale par toute espèce de conventions non contraires aux articles 1387, 1388, 1389 et 1390*».

Al margen de todo ello, resulta interesante resaltar cómo y de qué manera «firmó» Henriette (extremo que podría considerarse casi como eufemismo) dicho documento. De hecho, quien comparecía en su lugar fue su marido de entonces, no sólo en su calidad de representante de la comunidad como hemos mencionado sino además en virtud de un poder específico previo otorgado por la propia Henriette el 10 de diciembre de 1901³³.

La representación que ostentaba Bellorgeot haría creer que Henriette no compareció a la lectura y firma de la escritura de aceptación de herencia de su padre, habiendo delegado tal cometido en su entonces marido. Sin

32. Artículo 1388 del *Code*: «*Les époux ne peuvent déroger ni aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfants, ou qui appartiennent au mari comme chef, ni aux droits conférés au survivant des époux par le titre de la Puissance paternelle et par le titre de la Minorité; de la Tutelle et de l'Émancipation ni aux dispositions prohibitives du présent Code*».

Ese extremo venía confirmado por la Doctrina: «*Il en résulte que, de même que le mari est seigneur et maître de la communauté légale, de même il est seigneur et maître de la communauté réduite aux acquêts*». L. GUILLONARD *Traité du Contrat de mariage*. Livre III Titre V du *Code Civil* Tome Troisième (articles 1441 a 1539), Troisième Edition, Paris, 1895, p. 392.

33. Página 2 del documento de 7/1/1902: «*M. Jean Eusèbe Léon Bellorgeot entrepreneur de peinture, demeurant à Marlotte... Agissant en nom et comme mandataire de M^{me}. Adèle Henriette Elisabeth Nigrin, son épouse, demeurant avec lui; aux termes de la procuration qu'elle lui a donnée, sous son autorisation suivante acte reçu en minute par le notaire soussigné le dix décembre mil neuf cent un.*

M. et M^{me}. Bellorgeot mariés en premières noces sous le régime de la communauté de biens réduite aux acquêts, aux termes de leur contrat de mariage reçu par le notaire soussigné le douze janvier mil huit cent quatre vingt dix sept, lequel contrat ne contient aucune clause d'emploi ou de remploi des biens propres de l'épouse, ni aucune clause restrictive de la capacité civile de l'épouse».

Entendemos que ese poder era consecuencia de lo dispuesto por el artículo 776 del *Code*: «*Les femmes mariées ne peuvent pas valablement accepter une succession sans l'autorisation de leur mari ou de justice, conformément aux dispositions du chapitre VI du titre du Mariage*».

embargo no fue así: asistió junto con hermana (quien lo hizo en idéntica calidad, es decir representada por su marido) y ambas estamparon su firma al final del documento.

Dicho de otro modo, a pesar de estar presente en ese acto de liquidación y aceptación de la herencia de su padre, hubo de ser representada por su marido (como representante de la comunidad y en virtud de los poderes conferidos).

Tales hechos son demostrativos de la situación legal de la mujer casada en el país vecino en torno al año 1900. El sistema legislativo francés a pesar de sus adelantos normativos (como la admisión del instituto de divorcio ya comentada) mantenía a la mujer en una situación jurídica que no puede calificarse más que de vejatoria y discriminatoria. Si comparamos la condición de las dos hermanas respecto de la madre, podría decirse que la autonomía y capacidad legal de la mujer casada tan sólo se recuperaba plenamente tras la viudedad³⁴.

Al margen de todo ello, este documento demuestra que la situación económica de Henriette previa a su relación con Mariano Fortuny no era, ni mucho menos, tan precaria como se pensaba³⁵.

En el imaginario común subyacía la idea de que se trataba de una mujer de escasos medios económicos y probablemente, de escasa cultura también.

Sin embargo, los documentos analizados demuestran que su situación era la propia de una hija de un hombre de clase media que había sido prudente con sus negocios e inversiones, y el cual posiblemente procuró a sus hijas una infancia y juventud sin grandes sobresaltos económicos.

IV. EL DIVORCIO DE HENRIETTE NIGRIN

El primer matrimonio de Henriette, y del cual no habría descendencia, acabaría oficialmente por sentencia de 31 de julio de 1902, emitida por el Tribunal Civil de la Seine³⁶.

34. Quizás la experiencia sufrida durante su primer matrimonio pudo provocar que Henriette pospusiera su decisión de casarse con Mariano Fortuny hasta muchos años más tarde.

35. Según el *Institut national de la statistique et des études économiques* de Francia (INSEE) el activo de la herencia equivaldría actualmente a 318.749,37 euros («*Compte tenu de l'érosion monétaire due à l'inflation, le pouvoir d'achat de 82 231,82 Anciens francs en 1901 est donc le même que celui de 318 749,37 Euros en 2016*») al cual debería añadirse el valor de la vivienda familiar.

36. Sentencia n.º 8475 de 1902.

En dicha resolución se hace constar (por manifestación de Bellorgeot) que Henriette abandonó por primera vez el domicilio conyugal el 13 de octubre de 1901, y una segunda vez el 11 de febrero de 1902³⁷.

Tras ello Bellorgeot instó (a través de los agentes judiciales) dos solicitudes o demandas de reintegración al domicilio conyugal («*information de réintégrer*» según la propia sentencia) la primera el 24 de abril de 1902 y la segunda el 2 de mayo de 1902, siendo las dos infructuosas. Es de suponer que tales notificaciones fueron remitidas al domicilio de Henriette que figura en la sentencia, y que no era otro que el 201 de Boulevard Saint Germain de París.

Según se hace constar en la sentencia estos hechos constituían, según el marido, unas «injurias graves» a su persona: literalmente se dice que «*attendu que le nouvel abandon prend un caractère particulier remuant injurieuse quand au le rapproche de celui qui s'était produit a la fin d'Octobre mil neuf cent un, sans cause apparente; attendu que ces faits constituent des injures graves à l'égard du mari et justifient des lors la demande en divorce...*».

Tales «injurias» podrían ser reflejo de un sentimiento personal, pero en ese contexto histórico-jurídico (proceso entablado en 1901) hay que entenderlas como relativas a una de las posibles causas de divorcio previstas en el *Code* vigente en la época: «*les époux pourront réciproquement demander le divorce pour excès, sévices ou injures graves, de l'un d'eux envers l'autre*»³⁸.

Henriette no compareció en dicho proceso, y por lo tanto, fue seguido en su ausencia. Sea como fuere, el Tribunal estimó que había causa suficiente para declarar el divorcio y dictó sentencia de conformidad con las pretensiones de Bellorgeot; consecuentemente se ordenó también la división y liquidación de la comunidad de bienes existentes entre ambos³⁹.

37. La aceptación de la herencia del padre, tal y como hemos comentado en el capítulo segundo, se situaría entre ambas fechas.

38. Artículo 231 del *Code* tras la reforma introducida por la «Ley Naquet» (*Loi qui rétablit le divorce*, de 27 de julio de 1884, *Journal Officiel* de 29 julio de 1884 y denominada así en reconocimiento a su promotor, el médico y político francés Alfred Naquet, la cual puede consultarse en http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Loi_retablissement_divorce_1884.pdf).

Vid. al respecto B. DECOURT HOLLENDER, *La notion de faits injurieux dans le divorce et la séparation de corps au XIX e siècle en Revue historique de droit français et étranger*, vol. 90, n.º 3 (julio septiembre 2012), pp. 329-378.

39. «*Prononce le divorce entre les époux Bellorgeot, avec toutes les conséquences de droit, a la requête et au propi de la person du mari; le (ilegible) de pouvoir en exécution du présent jugement conformément la loi du dix huit Avril mil huit cent quatre vingt six; (ilegible) le Président de la chambre des Notaires de Paris (ilegible) qui sera par lui désigné pour procéder*

Cabe preguntarse por qué dicho divorcio no se tramitó de mutuo acuerdo. Ciertamente, aunque en Francia se reconocía el divorcio desde 1792 (y así se incorporó también al *Code* de 1804), éste fue posteriormente derogado durante el periodo de la Restauración (ley de 8 de mayo de 1816) y nuevamente vuelto a instaurar durante la III República gracias a la «Ley Naquet» de 1884⁴⁰.

Ahora bien, esta última norma (que efectivamente derogó la ley de 1816) no restableció la totalidad de los artículos del *Code* anterior a la Restauración; de forma particular dejó fuera todos los relativos al divorcio de mutuo acuerdo⁴¹ el cual no fue plenamente instaurado hasta 1975⁴².

Por lo tanto, en la época en la que Jean Bellorgeot y Henriette Nigrin se divorciaron no existía la posibilidad de un divorcio «amistoso», y en consecuencia tan sólo existía la opción de acudir a un divorcio casualizado o «por culpa».

La ausencia pues de un cauce legal que facilitara un divorcio por consentimiento de ambos cónyuges nos impide conocer si realmente existió una situación conflictiva previa o si simplemente utilizaron la opción más posibilista desde un punto de vista jurídico, aunque la rapidez del procedimiento induce a pensar en esta segunda alternativa.

Por otra parte, en esa época el adulterio en Francia estaba sancionado y en el caso de la mujer las consecuencias podían tener una especial repercusión. El artículo 298 del Código Civil vigente en aquel entonces establecía que *«dans le cas de divorce admis en justice pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pourra jamais se marier avec son complice. La femme adultère sera condamnée par le même jugement, et sur la réquisition du ministère public, à la réclusion dans une maison de correction pour un temps déterminé, qui ne pourra être moindre de trois mois, ni excéder deux années»*.

Afortunadamente, en el proceso de divorcio entre Henriette Nigrin y Jean Bellorgeot no se contempló la figura del adulterio, pero el riesgo

aux opérations de compte, liquidation et partage de la communauté de biens qui a existé entre les dits époux et des reprises de la femme...».

40. Vid. nota 39.

41. Artículo primero: *«La loi du 8 mai 1816 est abrogée. Les dispositions du Code civil abrogées par cette loi sont rétablies, à l'exception de celles qui sont relatives au divorce par consentement mutuel...»*.

42. *Loi 76-617 du 11 Juillet 1975 portant réforme du divorce*, Journal officiel de 12 de julio de 1975. Consultable en https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?id=JORFTEXT000000888294.

asumido por ella (reclusión en una casa correccional entre tres meses y dos años) no fue nada desdeñable.

En lo que respecta a Jean Bellorgeot, éste acabaría desvinculándose de la familia Nigrin a partir de 1902. Hasta ese momento Bellorgeot había venido compareciendo como testigo en los distintos momentos importantes de la familia (boda de su cuñada, defunción de su suegro, nacimiento de la primera sobrina de Henriette...). Sin embargo, cuando nace el segundo hijo de Marie Nigrin en 1903, aquél ya no comparece como testigo⁴³. A partir de esa fecha Jean Bellorgeot aparecería regentando un negocio de *peintures et vitrerie* en una nueva localidad cercana a París (Sèvres). Poco después (en noviembre de 1904) contraería nuevo matrimonio y fallecería en Mureaux (Francia) en 1959⁴⁴.

Sea como fuere, ese proceso arroja cierta luz sobre la personalidad de Henriette. El hecho de que abandonara el domicilio conyugal, que retornara al mismo tras la muerte de su padre (momento que coincide también con la aceptación y liquidación de la herencia de éste) y que finalmente decidiera divorciarse a pesar del contexto socio- jurídico de la época, demuestran no sólo una honda reflexión por su parte sino también una fortaleza particular en una mujer de tan sólo veinticuatro años.

V. EL MATRIMONIO DE HENRIETTE NIGRIN Y MARIANO FORTUNY

Se ignora cómo se conocieron Henriette y Mariano Fortuny y Madrazo: es posible que Mariano acudiese a Marlotte en algún momento entre los años 1897 y 1902, o bien que el entonces marido de Henriette (por su profesión de *entrepreneur de peintures*) acudiese junto con ella a algún evento artístico en París; y tampoco resulta descabellado pensar que algún pariente o amigo común los presentase⁴⁵. Incluso algunos autores han aventurado que ese pariente común fue Federico de Madrazo («Cocó»), primo de Mariano Fortuny, el cual frecuentaba los más exclusivos círculos artísticos de París⁴⁶.

43. S. BAÑARES, *Una breve nota biográfica sobre Henriette Nigrin, creadora del Delphos*, Revista DataTextil, n.º 36.

44. *Ibíd.*

45. *Ibíd.*

46. D. FERRETTI, *Ritratto di una musa en Henriette Fortuny, Ritratto di una musa*, Palazzo Orfei, Venecia, 2015, p. 12.

Recientes informaciones⁴⁷ sugieren la posible participación de Henriette en la comunidad artística conocida como *Haute y Claire* promovida por el artista Armand Point en Marlotte a partir de 1896. En ella, y siguiendo las ideas de William Morris, se realizaban piezas de esmalte, joyería, bordado o ebanistería además de pintura y grabado. Armand Point expuso junto a Mariano Fortuny y Madrazo en el *Troisième Salon d'Art Idéaliste* en París en 1898 y bien pudiera ser que fuera aquél el que hubiera presentado a la pareja en un momento posterior a ese año.

Igualmente se desconoce la fecha exacta de su primer encuentro o cuando iniciaron su relación pero existen dos documentos que arrojan cierta luz sobre este extremo: por una parte, una manifestación de la propia Henriette recogida en una entrevista realizada por Oriana Fallaci⁴⁸ y por otra la sentencia de divorcio.

Según Fallaci la pareja se conoció cuando Mariano Fortuny contaba treinta años (lo cual sitúa el momento entre los meses de mayo de 1901 y abril de 1902). Por otra parte, la propia sentencia de divorcio recoge que Henriette abandonó por vez primera el domicilio conyugal en octubre de 1901 (hecho que podría ser consecuencia de su relación con Fortuny y que situaría la posible fecha en los meses previos a ese abandono). Lo anterior permitiría datar su primer encuentro entre mayo y octubre de 1901.

Sea como fuese, lo cierto es que el 14 de julio de 1902⁴⁹ Henriette se traslada a Venecia para vivir con Mariano Fortuny.

Desde ese momento, y ya en el Palacio Pesaro Fortuny⁵⁰ la pareja iniciaría una relación personal y de trabajo⁵¹, la cual tan sólo se vería interrumpida tras la muerte del artista (acaecida en Venecia el 2 de mayo de 1949).

47. Informaciones facilitadas en octubre 2017 por la Sra. Françoise Cantonnet de *l'Association des Amis de Bourron-Marlotte*.

48. La cual comentaremos en el capítulo decimotercero de este trabajo.

49. G. DE OSMA, *Mariano Fortuny, ciencia, arte y diseño*, Ollero y Ramos, 2012, p. 56.

50. La vivienda familiar es hoy el actual Museo Fortuny de Venecia, también conocido como Museo Orfei e incluso Pesaro Orfei. Sin embargo, en este trabajo hemos escogido denominarlo como «Palacio Pesaro Fortuny» por ser ésta la denominación utilizada por Henriette con ocasión de su primer testamento ológrafo y de la donación del mismo a la ciudad de Venecia.

51. S. BAÑARES, *Una breve nota biográfica sobre Henriette Nigrin, creadora del Delphos*, Revista DataTextil, n.º 36.

Mariano y Henriette vivieron muchos años sin legalizar su unión⁵². Este hecho parecía no ser del agrado de Cecilia de Madrazo, madre de Mariano⁵³.

Sin embargo, en 1924 las circunstancias debieron variar, porque contrajeron matrimonio civil en París el 29 de febrero de ese año. Fue justamente esa larga espera la que nos llevó a analizar si existieron causas legales que impidieran ese matrimonio. Pero examinadas todas ellas resultó evidente que el divorcio de su primer marido se había desarrollado sin grandes complicaciones.

Y que otras normas, que en su momento podían haber obstado a la celebración de un segundo matrimonio (como sería el caso de prohibición de segundas nupcias entre el supuesto adúltero y su cómplice) ya habían sido derogadas en aquel entonces por el Estado francés⁵⁴.

Por otra parte, tal y como manifestamos en otra ocasión, debe reconocerse que Francia no otorgó a las mujeres casadas el derecho a disponer de su patrimonio hasta el año 1938. Sin embargo esa limitación no parece que afectase a Henriette, pues estando esta norma todavía en vigor, se casó nuevamente con Mariano Fortuny⁵⁵.

En cuanto al país escogido ciertamente resulta lógico que éste fuera Francia, por cuanto ni España ni Italia recogían en aquel entonces la figura del divorcio. Así, el 29 de febrero de ese año 1924 comparecieron ante el ayuntamiento del octavo *arrondissement* de París (el cual se hallaba a escasa distancia de su domicilio en Champs Elysées⁵⁶) y se casaron en la práctica intimidad a las 11 de mañana.

De la copia del acta de matrimonio que se ha podido obtener se deducen muchos extremos interesantes, como por ejemplo la profesión que ambos

52. Tal hecho se constata asimismo en su contrato matrimonial, en el que los dos manifiestan residir en el mismo lugar (Palacio Pesaro Fortuny) tal y como se verá en el capítulo quinto.

53. Vid. G. DE OSMA, *Mariano Fortuny, ciencia, arte y diseño*, Ollero y Ramos, 2012, p. 68.

54. «*Loi portant abrogation de l'article 298 du code Civil*». *Loi du 15 décembre 1904*, *Journal Officielle du 16 Décembre 1904*. Dicho artículo ha sido comentado en el capítulo tercero de este trabajo.

55. S. BAÑARES, *Una breve nota biográfica sobre Henriette Nigrin, creadora del Delphos*, *Revista DataTextil*, n.º 36 en referencia a la *Loi du 18 février 1938 portant modification des textes C. Civ. relatifs à la capacité de la femme mariée*, *Journal Officiel* de 19 de febrero de 1938.

56. En visita personal realizada al Ayuntamiento del octavo *arrondissement* de París en búsqueda del lugar de la celebración del matrimonio se pudo constatar que éste se hallaba en el año 1924 en lugar diferente al actual, dado que en aquel entonces se ubicaba en la Rue d'Anjou, trasladándose en 1926 a su emplazamiento actual (3 de la Rue de Lisbonne).

hicieron constar; en el caso de Mariano Fortuny ésta era la de *négociant* y en el caso de Henriette (al igual que ya lo hiciera con ocasión de su primer matrimonio) la de *sans profession*: «*ont comparu publiquement en la maison commune Mariano Buenaventura Fortuny, négociant,... et Adèle Henriette Elisabeth Nigrin, sans profession...*».

También demuestra cuál era su estado civil en aquel entonces: Fortuny era soltero y Henriette divorciada: «*et Adèle Henriette Elisabeth Nigrin,... divorcée de Jean Eusèbe Léon Bellorgeot depuis le vingt trois Décembre mil neuf cent deux...*»⁵⁷.

En cuanto a su domicilio la pareja no reseñó en ese acto el Palacio Pesaro Fortuny como su residencia, sino la del número 63 de la Avenue des Champs Elysées (la cual era en aquel momento, tal y como se verá en el capítulo quinto, una de las tiendas con las que contaban en la ciudad parisina).

También constata el carácter íntimo de esa celebración; además de los contrayentes y del celebrante («*Joseph Sansboeuf adjoint au Mairie... Commandeur de la Légion d'Honneur*») tan sólo asistieron «*Rafael de Ochoa artiste peintre, 41 rue Bayen et Frédéric Madrazo, artiste peintre 7 rue Boccador*».

Tanto uno como otro eran familiares de Mariano Fortuny y residían también en París⁵⁸. La presencia de Federico de Madrazo («Cocó») podría deberse además al hecho de haber sido el que hipotéticamente presentara a la pareja. Es de resaltar asimismo que ni sus respectivas madres o hermanas acudieran a dicho matrimonio⁵⁹.

En cuanto a la fecha escogida (viernes 29 de febrero, fecha que tan sólo se repite una vez cada cuatro años), bien pudiera ser que se debiera simplemente a una coincidencia, o quizás fuera un guiño de humor a todas aquellas personas o circunstancias que les empujaron a un matrimonio que Mariano y Henriette no necesitaban como pareja⁶⁰.

Aunque el acta de matrimonio no contenga ninguna manifestación en torno a la nacionalidad de los contrayentes (por cuanto se limita a citar su lugar de residencia y nacimiento –Granada y Fontainebleau

57. La fecha de 23 de diciembre de 1902 corresponde a la inscripción por nota marginal de la sentencia de divorcio (de 31 de julio de 1902) en el acta de matrimonio entre Jean Bellorgeot y Henriette Nigrin. Ignoramos la razón por la cual el funcionario público hizo constar esta fecha en lugar de la fecha de la sentencia misma.

58. Vid. G. DE OSMA, *Mariano Fortuny, ciencia, arte y diseño*, Ollero y Ramos, 2012, pp. 23 y 48.

59. S. BAÑARES, *Una breve nota biográfica sobre Henriette Nigrin, creadora del Delphos*, Revista DataTextil, n.º 36.

60. *Ibíd.*

respectivamente-) lo cierto es que Mariano Fortuny mantuvo en todo momento su nacionalidad española⁶¹.

De ello se derivan dos consecuencias importantes: la primera, que la legislación aplicable a ese matrimonio era la española; la segunda, que Henriette adquirió tras el mismo la nacionalidad española de su esposo. Ciertamente, el Código Civil español vigente en la época (tras la última modificación publicada en aquel entonces⁶²) establecía en su artículo vigesimosegundo que la mujer casada seguía la condición y nacionalidad de su marido.

Por otra parte, se ignora si Henriette Nigrin mantuvo la nacionalidad francesa tras su matrimonio, aunque de la información consultada hasta la fecha nada hace pensar que renunciara a ella.

Ciertamente, el Código Civil español vigente en aquel entonces no imponía en modo alguno la pérdida de la nacionalidad de origen, y de la lectura del *Code* tampoco se desprende lo propio. Por ello es bien probable que Henriette ostentara la doble nacionalidad (española y francesa) a partir de 1924.

VI. EL CONTRATO MATRIMONIAL ENTRE HENRIETTE NIGRIN Y MARIANO FORTUNY

El acta de matrimonio que acabamos de citar recoge un extremo más: «*Les futurs époux déclarent qu'un contrat de mariage a été reçu le vingt cinq Février courant par... Notaire à Paris*».

Es decir, cinco días antes de la celebración del matrimonio los dos firmaron ante un notario de París un *contrat de mariage* que resultó ser el primero de Mariano pero el segundo que firmaba en su vida Henriette.

Ese documento resulta interesantísimo no sólo por las condiciones económicas fijadas en el mismo, sino también por los abundantes datos personales que ofrece.

Respecto de estos últimos, ese nuevo contrato deja constancia de la nacionalidad francesa de Henriette antes de contraer matrimonio, de su condición de divorciada, así como de la ausencia de descendencia de su primer matrimonio.

61. A.M. DESCHODT y D. DAVANZO POLI, *Mariano Fortuny, un magicien de Venise*, Editions du Regard, París, 2000, p. 185. *Vid.* asimismo lo dicho en el capítulo quinto.

62. Ley de 21 de julio de 1904, BOE n.º 206 de 24/07/1904.

También ratifica cuál era su domicilio habitual (que efectivamente no era otro que el Palacio Pesaro Fortuny de Venecia⁶³) y de su lugar de residencia en París (Avenue des Champs Élysées número 63⁶⁴).

Asimismo demuestra que en 1924 la madre de Henriette no había fallecido (por cuanto residía en aquel entonces en Noisy le Sec –Francia–⁶⁵) y que tras la muerte de su marido, no había vuelto a contraer nuevo matrimonio.

En cuanto a Mariano Fortuny, acredita su nacionalidad española, sus lugares de domicilio (tanto en Venecia como en París –coincidentes con los de Henriette–), su filiación (hijo de Mariano Fortuny y Marsal y Cecilia de Madrazo) y la ausencia de un matrimonio anterior por su parte.

Referente al régimen económico matrimonial, los futuros esposos adoptaron el régimen de la *communauté de biens réduite aux acquêts* (o comunidad de bienes limitada a las ganancias)⁶⁶.

Este nuevo *contrat de mariage* también resultaba muy similar a lo firmado en su día por Henriette con ocasión de su matrimonio con Bellorgeot. Así, nuevamente se excluían de la comunidad las posibles deudas contraídas con anterioridad a la celebración del matrimonio⁶⁷.

63. Domicilio que en la escritura se reseña como «Venise (Italie) San Gregorio 178».

64. La pareja tuvo dos tiendas en París, la primera en el número 2 bis de la Rue Marignan y la segunda en el número 67 de la Rue Charron. Esta última (sobre la cual existen indicios que llevan a creer que se amplió con el transcurso del tiempo) hacía esquina con el número 63 de la Avenue des Champs Élysées; parece ser que ambos locales pertenecían al mismo inmueble y se hallaban conectados por el interior de la finca. Según informaciones recientes ese edificio fue en su día fue propiedad de la Condesa de Bearn la cual le había encomendado algunos trabajos para su teatro en París (vid. en ese sentido Ch. GROS y C. FRANZINI, *Repères biographiques*, en la obra *Fortuny, un Espagnol à Venise*, Catálogo de la Exposición, Palais Galliera, Paris Musées, 2017, p. 27).

65. Por cuanto se afirma que Henriette es hija de «Frédéric Albert Nigrin, décédé et Madame Marie Juliette Brassart, son épouse restée veuve, demeurant a Noisy le Sec...».

66. Artículo primero del *contrat de mariage* de 24/2/1924: «Les futurs époux adoptent pour base de leur Union le régime de la communauté de biens réduite aux acquêts cet qu'il est régi par les articles 1498 et 1499 du code civil». Vid. respecto este régimen lo dicho en el capítulo primero.

67. Artículo tercero del *contrat de mariage* de 24/2/1924: «Exclusion des dettes. De même les futurs époux ne seront pas tenus des dettes l'un de l'autre antérieures à la célébration du mariage ni de celles dont seraient grevés les biens et droits qui pourront leur échoir dans la suite par successions, donations legs ou autrement. Ces dettes s'il en existe ou survient seront acquittées et supportées par celui des époux qui les aura contractées ou du chef duquel celles proviendront sans que l'autre époux, ses biens personnelles ni sa part dans ceux de la communauté en puissent être aucunement tenus en charges». Nos remitimos a lo dicho en el capítulo primero respecto la consideración de este redactado como presumible cláusula de estilo.

E igualmente se estipuló una *réserve de propres* de forma tal que, salvo los bienes muebles aportados a la comunidad en dicho *contrat de mariage* (y que como veremos fueron numerosísimos), se pactaba la exclusión de los restantes bienes muebles que pudieran poseer en el momento de contraer matrimonio o cualesquiera otros que pudieran adquirir en el futuro a título propio (ya fuera por título de donación, sucesión, etc.) incluyendo entre ellos los bienes inmuebles⁶⁸.

Sin embargo en este segundo matrimonio de Henriette existe un factor diferencial respecto del primero contraído. En efecto, al ostentar Mariano Fortuny la nacionalidad española el régimen matrimonial vendría determinado por legislación española, siendo el régimen aplicable el de gananciales⁶⁹.

Por lo tanto, ese contrato matrimonial hubiera sido de por sí innecesario dada la similitud del régimen de gananciales español y el de la *communauté de biens réduite aux acquêts*; de hecho, y desde el punto de vista de la normativa de nuestro país tan sólo hubiera sido preciso en el caso de que los contrayentes hubieran decidido modificar ese régimen por otro (como podría ser el de separación de bienes).

Dicho de otro modo, si lo que se pretendía con ese *contrat de mariage* eran las condiciones económicas y patrimoniales que éste ofrecía para los cónyuges, el régimen de gananciales español hubiera servido perfectamente a tal fin.

Ello nos lleva a creer que la motivación que llevó a Mariano Fortuny y Henriette Nigrin a firmar ese contrato matrimonial no radicaba pues en un

68. Artículo segundo del *contrat de mariage* de 24/2/1924: «*Réserve de propres. Comme conséquence du régime adopté par eux les futurs époux excluent de la communauté toutes biens meubles et immeubles que chacun d'eux possèdera au jour de la célébration du mariage et qui pourront leur advenir pendant le mariage par succession, donation legs ou autrement sauf ce qui sera dit ci après relativement aux objets mobiliers figurant a l'apport des futurs époux et notamment leur apports ci après constates, ainsi que les immeubles qui seront acquis pendant le mariage comme (ilegible) de biens propres à l'un ou l'autre des époux qu'ils soient consignés (ilegible) ou non, lesquels immeubles seront considérés comme appartenant en propre à l'époux propriétaire (ilegible) des biens dont ils seront l'annexe a la charge pour l'époux acquéreur de leur compte à la communauté des prix, en principal et frais, dont elle aurait fait l'avance*».

69. Artículo 1315 del Código Civil: «*Los que se unan en matrimonio podrán otorgar sus capitulaciones antes de celebrarlo, estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros, sin otras limitaciones que las señaladas en este Código. A falta de contrato sobre los bienes, se entenderá el matrimonio contraído bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales*».

interés específico sobre el tipo de régimen matrimonial francés sino en otras causas distintas que analizaremos en el capítulo séptimo de este trabajo.

1. LAS APORTACIONES DE MARIANO FORTUNY

Por otra parte, también resulta sorprendente el monto total de las aportaciones realizadas por cada uno de los futuros cónyuges: Mariano Fortuny declaraba aportar bienes por un valor total de 423.000 francos⁷⁰ y Henriette por su parte, bienes valorados en 55.000 francos⁷¹ de la época.

La confección del inventario realizada por el Notario francés fue minuciosa; y es gracias a ese detalle que hoy podemos saber que entre los bienes aportados por Mariano Fortuny se hallaban sus derechos sobre los títulos de la sociedad que explotaba la fábrica de Giudecca (y cuyas acciones poseía por mitad con Stucky⁷² –valorando su parte en 150.000 francos–), el negocio desarrollado en el Palacio Pesaro Fortuny (en el cual se confeccionaban los famosos vestidos Delphos y Peplos, valorado en 200.000 francos) y un taller de pintura situado asimismo en el Palacio Pesaro Fortuny (valorado en 40.000 francos).

Otro dato interesante que ofrece la escritura es la descripción que se hace del negocio desarrollado en el Palacio y aportado por Mariano Fortuny (negocio en el que Henriette, como es sabido, tenía un relevante papel):

«Un fonds de commerce d'impression sur soieries et cotons, situé à Venise, Palazzo Orfei San Benedetto 3780 comprenant le droit au bail des lieux ou le fonds est exploité, ..., le nom commercial, la clientèle, le matériel et les marchandises aussi que le droit au bail de deux magasins de vente, avec le matériel et les marchandises qui s'y trouvent situés l'un à Paris avenue des Champs Élysées n.º 63 et rue Pierre Charron n.º 67 et l'autre à Londres rue Bond Street n.º 42»⁷³.

70. «Compte tenu de l'érosion monétaire due à l'inflation, le pouvoir d'achat de 423 000,00 Anciens francs en 1924 est donc le même que celui de 380 908,07 Euros en 2016». Fuente: www.insee.fr

71. «Compte tenu de l'érosion monétaire due à l'inflation, le pouvoir d'achat de 55 000,00 Anciens francs en 1924 est donc le même que celui de 49 527,05 Euros en 2016». Fuente: www.insee.fr

72. «Ses droits indivis étant de moitié avec monsieur Stucky demeurant à Venise dans une société ayant son siège à Venise à la Giudecca et ayant pour objet l'exploitation d'un fonds de commerce et impression pour tous tissus à l'exception des soieries situé à Venise à la Giudecca et comprenant le terrain sur lequel l'usine est construite, les bâtiments, le matériel, les marchandises, les espèces au caisse, et les créances d'un recouvrement certain». Sobre la factoría de Giudecca, *vid.* lo dicho en el capítulo decimoprimer.

73. Artículo 4 del contrat de mariage de 24/2/1924: «Apport du futur époux».

Es decir, en el año 1924 el negocio de la pareja se desarrollaba, además de en Venecia, a través de una tienda en París (en Avenue des Champs Élysées 63 –la cual era además la vivienda del matrimonio Fortuny-Nigrin en esa ciudad– y Rue Pierre Charron 67) y otra en Londres (Bond Street 42).

Cabe resaltar que Mariano Fortuny aportó a la comunidad la práctica totalidad de los bienes muebles que hoy en día es sabido que disponía. Tan solo dejó fuera de ese inventario dos elementos significativos respecto de lo que llegó a poseer: nos referimos las patentes y los diseños registrados (aspecto sobre el que incidiremos en los capítulos octavo y noveno de este trabajo) y el inmueble del Palacio Pesaro Fortuny.

En cuanto al segundo (el Palacio Pesaro Fortuny) y según algunos autores, Cecilia de Madrazo (madre del artista) lo regalaría a su hijo en agosto de 1931⁷⁴ (entendiendo que la transmisión se realizaría a título de donación).

Este dato nos ha sido confirmado por informaciones orales que nos merecen toda credibilidad, las cuales añadían que aunque la titularidad del inmueble recaía en Doña Cecilia, las cuotas derivadas del préstamo hipotecario eran asumidas por su hijo.

En tal caso, lo recogido en el *contrat de mariage* sería compatible con esa situación: es decir, la ausencia de referencias al inmueble no se debería a un olvido del artista sino a una imposibilidad de disposición por carencia de título.

El hecho de que la vivienda que ocupaba no estuviera a su nombre no debía preocupar grandemente a Fortuny, e incluso es posible que le confortara saber que en caso de riesgo económico el Palacio estaría a salvo de acciones de hipotéticos acreedores mientras permaneciese bajo la titularidad de su madre. Por otra parte, en caso de fallecimiento de Cecilia de Madrazo, el Palacio Pesaro Fortuny pasaría en caso de sucesión legal a manos de su hermana (con la cual guardaba una excelente relación) y las suyas propias (lo cual finalmente no fue el *iter* seguido dada la donación del año 1931).

74. Vid. al respecto M. del M. NICOLÁS MARTÍNEZ *El legado Fortuny-Nigrin en Cuadernos de Arte de la Universidad de Granada*, 2010 p. 274 (autora que data ese acto el 12 de agosto) y Ch. GROS y C. FRANZINI *Repères biographiques* en la obra *Fortuny, un Espagnol à Venise*, Catálogo de la Exposición. Palais Galliera, Paris Musées, 2017, p. 30.

2. LAS APORTACIONES DE HENRIETTE NIGRIN

La aportación de Henriette fue efectivamente más modesta que la de Mariano. Esta incluía dinero en efectivo por valor de 15.000 francos, bienes muebles por valor de 25.000 francos, un ajuar valorado en 10.000 y sus derechos indivisos sobre una vivienda situada en Fontainebleau, la cual se valoró en 5.000 francos a efectos de la comunidad constituida con Mariano Fortuny.

Curiosamente, algunos extremos que resultaban ilegibles en la escritura (manuscrita) de liquidación y aceptación de herencia de Frédéric Nigrin (padre de Henriette) aparecen clarificados en el contrato matrimonial que ahora comentamos.

Así, en lo que respecta a la vivienda de Fontainebleau, el notario (después de ratificar que la vivienda era la que procedía de dicha liquidación) puntualiza que Henriette era titular de tres dieciseisavas partes en plena propiedad y una dieciseisava parte en titularidad conjunta con su madre y hermana:

«ses droits individus étant de trois/seizièmes en toute propriété et de un seizième en une propriété avec Madame veuve Nigrin son mère et Madame Nicault sa sœur dan une maison sise à Fontainebleau Grande Rue numéro... louée jus qu'au quinze Janvier mil neuf cent vingt huit, moyennant un loyer annuel de douze cent francs»⁷⁵.

En consecuencia, el contrato matrimonial firmado con Mariano Fortuny ratifica que la vivienda adquirida por vía sucesoria en el año 1902 no había sido transmitida y que la madre y las hijas mantenían todavía entre ellas la misma proporción hereditaria⁷⁶.

Todo lo anterior demuestra, en nuestra opinión, que a pesar de su constante e intenso trabajo en el Palacio Pesaro Fortuny, Henriette no utilizó

75. Esa proporción lleva a pensar en la posibilidad de que la hermana ostentase unas cuotas similares a las de Henriette, y su madre las restantes ocho dieciseisavas partes. Tal peculiar reparto podría responder a la finalidad de evitar cuotas porcentuales iguales entre la madre por una parte y las dos hermanas por otra, que impidiesen la adopción de decisiones relativas a dicha vivienda.

76. De la lectura del contrato matrimonial parece deducirse que el número de la Grande Rue era el 72. Sin embargo, más parece deberse a un error material, por cuanto el notario afirmaba sin lugar a dudas que *«la maison ci dessus résignée a été recueille pour partie indivise par Madame Nigrin dans la succession de Monsieur Albert Frédéric Nigrin son père, en son vivant demeurant à Fontainebleau ou il est décédé...»*.

su convivencia con Mariano Fortuny durante esos veintidós años previos a su matrimonio para lucrarse a título personal⁷⁷.

VII. LE CERTIFICAT DE COUTUME DE MARIANO FORTUNY

En ese *contrat de mariage* que acabamos de citar figuraba una pequeña nota marginal en la que se reseña que Mariano Fortuny aportó en el momento de su firma un «*certificat de coutume*». Dicho certificado fue expedido por Cristóbal Botella, abogado del Consulado y Embajada española en París⁷⁸, el 5 de febrero y ratificado por el cónsul español el 9 de febrero de ese mismo año.

Los «certificados de ley y costumbre» (o «certificados de ley» también denominados «certificados de vigencia de ley») consistían y consisten en un medio de prueba del derecho extranjero, siempre y cuando fueran expedidos por un funcionario autorizado o juristas de reconocido prestigio⁷⁹.

También eran obligados documentos en caso de celebración de matrimonio de extranjeros contraídos en Francia (*certificat de coutume*)⁸⁰. Dado que ésta era la situación de Mariano Fortuny, el artista tuvo que acudir a la embajada española a fin de que tal documento le fuera expedido.

Afortunadamente pudimos obtener una copia de ese nuevo documento el cual, a pesar de no recoger datos personales, resulta también interesante por cuanto refleja el panorama normativo de nuestro país en lo referente

77. Debe recordarse que el monto de la adjudicación de bienes resultado de la herencia paterna se elevaba en 1902 a unos 19.000 francos aproximadamente, mas una parte indivisa sobre una vivienda en Fontainebleau. Por lo tanto, el incremento patrimonial alcanzado en los años transcurridos (veintidós concretamente) no puede considerarse significativo.

78. Según figura en este documento, Cristóbal Botella no sólo era abogado consejero de la Embajada y del Consulado General de España en París, sino también «*Avocat International... Docteur en droit, Avocat du Barreau de Madrid, Ancien Député, membre de la Royale Académie de Législation et de Jurisprudence, Commandeur de Charles III et d'Isabelle la Catholique, Officier de la Légion d'Honneur, etc., etc.*» –sic–.

79. El artículo 36 del vigente Reglamento Hipotecario español establece que «... la observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto podrán acreditarse, entre otros medios, mediante aseveración o informe de un Notario o Cónsul español o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable. Por los mismos medios podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles».

80. El cual se sigue exigiendo hoy en día, tal y como se desprende de la página web «<http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/adopter-a-l-etranger/les-conditions-de-l-adoption-internationale/le-glossaire-de-l-adoption/tous-les-termes-de-l-adoption/article/certificat-de-coutume>

al régimen matrimonial en el año en que Mariano y Henriette contrajeron matrimonio (1924).

Así, Cristóbal Botella, hace una pormenorizada recapitulación de los artículos 9, 11, 1315, 1316, 1319, 1320, 1321, 1322, 1325, 1327, 1334 y 1392 de nuestra norma civil y concluye recogiendo tres aseveraciones, a saber:

(i) que el matrimonio de un español, incluso cuando se haya celebrado en el extranjero con una mujer de origen extranjero, que por tal hecho deviene española, se rige por las leyes españolas en todo lo que concierne a la capacidad jurídica de los esposos, sus relaciones y bienes.

(ii) que el matrimonio de españoles celebrado sin contrato (o capitulaciones) está sujeto al régimen de gananciales⁸¹.

(iii) y que según las normas españolas en los contratos matrimoniales se pueden establecer las cláusulas que se deseen sin otros límites que los expresados en los artículos del Código Civil citados anteriormente^{82 y 83}.

81. «*A défaut de contrat sur les biens, on considèrera le mariage comme contracté sous le régime de la société légale d'acquêts*» según consta en dicho certificado, y cuyo texto no es más que la traducción del artículo 1315 del Código Civil (citado en nota 83).

82. En lengua francesa en el original. Traducción del autor.

83. Dicho abogado no transcribe dichos artículos en su literalidad, sino que se limita a hacer un resumen de su contenido e indicar su correspondiente número.

A los simples efectos de facilitar la comprensión de las normas citadas por Cristóbal Botella, las reproducimos ahora según su redacción en 1924:

Artículo 9: «*Las Leyes relativas a los derechos y deberes de familia, o al estado, condición y capacidad de las personas, obligan a los españoles, aunque residan en país extranjero*».

Artículo 11: «*Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás instrumentos públicos se rigen por las Leyes del país en que se otorguen. Cuando los actos referidos sean autorizados por funcionarios diplomáticos o consulares de España en el extranjero, se observarán en su otorgamiento las solemnidades establecidas por las Leyes españolas. No obstante lo dispuesto en este artículo y en el anterior, las Leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos o sus bienes, y las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por las Leyes o sentencias dictadas, ni por disposiciones o convenciones acordadas en país extranjero*».

Artículo 1315: «*Los que se unan en matrimonio podrán otorgar sus capitulaciones antes de celebrarlo, estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros, sin otras limitaciones que las señaladas en este Código. A falta de contrato sobre los bienes, se entenderá el matrimonio contraído bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales*».

Artículo 1316: «*En los contratos a que se refiere el artículo anterior no podrán los otorgantes estipular nada que fuere contrario a las leyes o a las buenas costumbres, ni depresivo de la autoridad que respectivamente corresponda en la familia a los futuros cónyuges*».

Artículo 1319: «*Para que sea válida cualquiera alteración que se haga en las capitulaciones matrimoniales, deberá tener lugar antes de celebrarse el matrimonio y con la asistencia y*

De este documento se desprenden varias conclusiones: la primera y más relevante (a pesar de su evidencia) confirma que Mariano Fortuny conservó en todo momento su nacionalidad española; también que deseó casarse cumpliendo con todas y cada una de las formalidades que exigía el sistema normativo español a pesar de celebrar su matrimonio en París; corrobora asimismo la adquisición de la nacionalidad española por parte de Henriette tras dicho matrimonio; ratifica igualmente el paralelismo entre el régimen español de gananciales y la *communauté des biens réduite aux acquêts* francesa. Y por último confirma la posibilidad de modificar este régimen sin otras limitaciones que las establecidas por el Código Civil español.

curso de las personas que en aquéllas intervinieron como otorgantes. No será necesario el curso de los mismos testigos.

Sólo podrá sustituirse con otra persona alguna de las concurrentes al otorgamiento del primitivo contrato, o se podrá prescindir de su curso, cuando por causa de muerte u otra legal, al tiempo de otorgarse la nueva estipulación o la modificación de la precedente, sea imposible la comparecencia, o no fuese necesaria conforme a la Ley».

Artículo 1320: «Después de celebrado el matrimonio no se podrán alterar las capitulaciones otorgadas antes, ya se trate de bienes presentes, ya de bienes futuros».

Artículo 1321: «Las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones que se hagan en ellas habrán de constar por escritura pública, otorgada antes de la celebración del matrimonio. Se exceptúan de esta regla los bienes que se hallen en las condiciones a que se refiere el artículo 1324».

Artículo 1322: «Cualquiera alteración que se haga en las capitulaciones matrimoniales no tendrá efecto legal en cuanto a terceras personas si no reúne las condiciones siguientes: 1.^a, que en el respectivo protocolo, por nota marginal, se haga indicación del acta notarial o escritura que contenga las alteraciones de la primera estipulación; y 2.^a, que, caso de ser inscribible el primitivo contrato en el Registro de la Propiedad, se inscriba también el documento en que se ha modificado aquél. El Notario hará constar estas alteraciones en las copias que expida por testimonio de las capitulaciones o contrato primitivo, bajo la pena de indemnización de daños y perjuicios a las partes si no lo hiciere».

Artículo 1325: «Si el casamiento se contrajere en país extranjero entre español y extranjera o extranjero y española, y nada declarasen o estipulasen los contratantes relativamente a sus bienes, se entenderá, cuando sea español el cónyuge varón, que se casa bajo el régimen de la sociedad de gananciales, y, cuando fuere española la esposa, que se casa bajo el régimen de derecho común en el país del varón; todo sin perjuicio de lo establecido en este Código respecto de los bienes inmuebles».

Artículo 1327: «Son donaciones por razón de matrimonio las que se hacen antes de celebrarse, en consideración al mismo y en favor de uno o de los dos esposos».

Artículo 1334: «Será nula toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio. No se incluyen en esta regla los regalos módicos que los cónyuges se hagan en ocasiones de regocijo para la familia».

Artículo 1392: «Mediante la sociedad de gananciales, el marido y la mujer harán suyos por mitad, al disolverse el matrimonio, las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges durante el mismo matrimonio».

VIII. ALGUNAS HIPÓTESIS EN TORNO A LOS CONTRATOS MATRIMONIALES EN LA VIDA DE HENRIETTE NIGRIN

A pesar del interés de todos los documentos anteriores, ninguno de ellos (de forma aislada o conjunta) ofrecía una explicación plausible sobre las razones que llevaron a Henriette a firmar dos *contrats de mariage* durante su vida.

Toda la información obtenida sobre Henriette hacía pensar que no se trataba de una persona especialmente preocupada por los formalismos legales o por la protección de su patrimonio. *A priori*, resultaba sorprendente que una mujer tan alejada de los convencionalismos y de los estereotipos de la época, firmase este tipo de contratos (los cuales podríamos calificar de poco habituales y «proteccionistas» para uno de los cónyuges –que normalmente y en ese contexto socio-jurídico, solía ser la mujer–).

Sin embargo, la firma de dichos contratos era una realidad tozuda que se imponía sobre cualquier consideración personal.

Con el fin de calificar este aspecto, se analizaron los matrimonios de los padres y hermana de Henriette para determinar si se trataba de un acto jurídico de naturaleza consuetudinaria en su familia, pero tal análisis resultó infructuoso. De hecho no se trataba de un documento frecuente entre sus familiares directos por cuanto ni sus padres ni su hermana (cuya boda se celebraría tan sólo dos años más tarde) firmaron contratos similares con ocasión de sus respectivos matrimonios⁸⁴.

También realizamos una búsqueda al azar en otros matrimonios franceses de la época, la cual tampoco ofreció ningún resultado positivo.

Por otra parte, se desestimó el análisis de la familia de Mariano Fortuny por cuanto la única hermana de éste (María Luisa) permaneció soltera durante su vida y sus padres, al parecer, no firmaron ningún tipo de capitulación matrimonial⁸⁵.

84. De hecho, en el caso de Marie Léonie (hermana de Henriette) se firmó entre ésta y sus padres un contrato de préstamo sin interés y sin fecha de devolución, según se desprende del documento de aceptación de herencia de su padre comentado en el capítulo segundo.

85. «El día catorce de diciembre, Cecilia solicitó al embajador de España en Italia, en virtud de las leyes del matrimonio civil, disponer de la totalidad de los bienes inventariados, pues, al no haberse contratado su matrimonio de otro modo, los bienes se reputaban como gananciales y, por tanto, la viuda era la legítima destinataria de la mitad del total, mientras que la otra mitad pertenecía a sus hijos, de quienes también ella ostentaba la patria potestad» C. G. Navarro, *Testamentaria e inventario de bienes de Mariano Fortuny en Roma*, Locvs Amoenvs 9, 2007-2008, p. 324.

Sin embargo, de forma casual, observamos que Jean Eusèbe Bellorgeot (primer marido de Henriette) había firmado un *contrat de mariage* cuando contrajo matrimonio con su segunda esposa.

Ello incidía en la hipótesis de que la firma de tales documentos no cabía atribuirlos a un particular interés de Henriette, sino en un factor exógeno a su persona; es decir, en un acto volitivo de terceros, el cual podía estar provocado por la existencia de un denominador común entre Jean Bellorgeot y Mariano Fortuny.

Sin embargo, quedaba por determinar cuál podría ser ese denominador, el cual por ende debía tener consecuencias en la esfera patrimonial del matrimonio.

Y fue la lectura del Código de Comercio español la que nos indujo a pensar que esa semejanza o coincidencia bien podía radicar en la actividad o profesión desempeñada por los dos maridos de Henriette en algún momento de su vida: la de comerciantes.

Efectivamente los artículos sexto, séptimo, octavo y particularmente el decimosegundo de esta norma española en su redacción de 1885 (escogida por ser la más cercana en el tiempo a la situación analizada) establecían sumariamente que en caso de comercio por parte de persona casada quedarían obligados a las resultas del mismo los bienes propios del cónyuge

Tan solo a título de hipótesis deseamos apuntar la posibilidad de que, aún en ausencia de dichas capitulaciones, el régimen matrimonial de la pareja Fortuny-Madrado pudiera ser el de separación de bienes. Ello sería así dada la presumible vecindad civil catalana del pintor de Reus en el momento de contraer matrimonio con Cecilia de Madrazo (celebrado en 1867), la cual podría haberse mantenido a través del tiempo al no haber residido el artista durante periodos prologados y continuados fuera Cataluña (la pareja alternaría su residencia entre las ciudades de París y Roma y posteriormente se trasladaría a Granada –en 1870– y Roma –en 1872– ciudad en la que moriría en 1874). Sobre ese periodo de su vida *vid.* G. DE OSMA *Les héritages de Mariano Fortuny en Mariano Fortuny, un espagnol à Venise*, Catálogo de la Exposición, Palais Galliera, Paris Musées, 2017 particularmente lo dicho en p. 49.

Sin embargo, las manifestaciones realizadas por Cecilia de Madrazo recogidas en la nota anterior, el examen al que a buen seguro se sometió dicha testamentaria por parte de la embajada española en Roma, la circunstancia de que dicho matrimonio se celebró con anterioridad a la promulgación del Código Civil español junto con el hecho de que los historiadores que han examinado esta herencia no hayan planteado objeciones al régimen de gananciales, hacen que formulemos las anteriores aseveraciones a título meramente hipotético.

Por otra parte debe reconocerse que el régimen más favorable para Cecilia de Madrazo en ese momento particular de su vida (viuda, sin profesión, con dos menores de edad a su cargo y una mayoría de bienes procedentes de las actividades artísticas y adquisiciones realizadas por marido) era el de comunidad de bienes; y que resultaría muy lógico intentar obviar la posible aplicación de un régimen foral que pudiera resultarle menos conveniente que aquél.

que lo ejerciera y los adquiridos con esas resultas⁸⁶. Y que para comprometer los demás bienes comunes era preciso el consentimiento del otro cónyuge (el cual se presumía en caso de que, en el momento de contraer matrimonio, uno de los cónyuges estuviera ejerciendo el comercio). Sin embargo, tal régimen podía ser alterado por la existencia de unas capitulaciones matrimoniales.

Es decir, la afectación de los bienes gananciales adquiridos por el propio cónyuge comerciante y en los que el consorte ostentara una participación (según los artículos 7 y 8 del Código de Comercio español) era una posibilidad (y consiguientemente un riesgo) en los casos en los que uno de ellos fuera comerciante. La única forma de acotarlo antes del matrimonio (según el artículo 12 del Código de Comercio) era mediante el otorgamiento de unas capitulaciones matrimoniales que hubieran sido inscritas en el Registro Mercantil.

Sin embargo, el sistema normativo español no podía ofrecer una plena respuesta: debíamos acudir al sistema francés para analizar si tanto Bellorgeot como Fortuny reunían la cualidad de «comerciante» y, paralelamente, determinar si el sistema normativo aplicable en aquel entonces en el país vecino recogía disposiciones similares a las previstas en la legislación española.

Respecto del primer punto, el Código de Comercio francés en su redacción de 1807 establecía que «*sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle*»⁸⁷.

En cuanto a las profesiones de ambos, ya ha sido comentado que Bellorgeot solía manifestar en los documentos que firmaba que era

86. Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio, BOE 289 de 16/10, artículo 6: «Persona casada. En caso de ejercicio del comercio por persona casada, quedarán obligados a las resultas del mismo los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos con esas resultas, pudiendo enajenar e hipotecar los unos y los otros. Para que los demás bienes comunes queden obligados será necesario el consentimiento de ambos cónyuges».

Artículo 7: «Consentimiento presunto del cónyuge para ejercicio del comercio. Se presumirá otorgado el consentimiento a que se refiere el artículo anterior cuando se ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo».

Artículo 8: «Ejercicio del comercio por cónyuge antes del matrimonio. También se presumirá prestado el consentimiento a que se refiere el artículo 6 cuando al contraer matrimonio se hallare uno de los cónyuges ejerciendo el comercio y lo continuare sin oposición del otro».

Artículo 12: «Lo dispuesto en los artículos anteriores se entiende sin perjuicio de pactos en contrario contenidos en capitulaciones matrimoniales debidamente inscritas en el Registro Mercantil».

87. Artículo 1 del Código de Comercio francés de 1807.

«*entrepreneur de peintures*»⁸⁸. A su vez, Mariano Fortuny, tanto en el *contrat de mariage*⁸⁹ como en el acta de matrimonio⁹⁰ con Henriette se definía a sí mismo como «*négociant*». La misma condición (*merchant*) era la que hacía figurar en sus solicitudes de patente en el Reino Unido.

Es decir, tanto Bellorgeot como Fortuny desempeñaban *actes de commerce* en el sentido establecido por el Código de comercio francés (el primero, a través del comercio de pinturas, y el segundo, mediante la comercialización de sus tejidos e invenciones). Y también, dado que los dos lo hacían habitualmente (recordemos que el artículo primero exigía que la profesión se ejerciera de forma *habituelle*) ambos podían ser calificados como *commerçants*.

Respecto del segundo aspecto (es decir, si el sistema normativo aplicable en Francia guardaba similitud con el español) la respuesta también debe ser afirmativa aunque con ciertos matices.

Así, el Código de Comercio francés vigente en la época era más mucho parco que el español en cuanto a la regulación de la situación del cónyuge casado con un comerciante: prácticamente se limitaba a establecer la publicidad del *contrat de mariage*, en el sentido de que el mismo

«*sera transmis, par extrait, dans le mois de sa date, aux greffes et chambres désignés par l'article 872 du Code de procédure civile, pour être exposé au tableau, conformément au même article. Cet extrait annoncera si les époux sont mariés en communauté, s'ils sont séparés de biens, ou s'ils ont contracté sous le régime dotal*»⁹¹.

Ello era en parte así por cuanto la regulación del sistema matrimonial en el país vecino se contenía esencialmente en el *Code*⁹². Y dentro de los regímenes matrimoniales éste contemplaba, como ha sido analizado, el

88. *Vid.* al respecto lo dicho en el capítulo primero.

89. *Vid.* al respecto lo dicho en el capítulo quinto.

90. En el acta de matrimonio entre Mariano Fortuny y Henriette Nigrin se establece que «*ont comparu publiquement en la maison commune Mariano Buenaventura Fortuny, négociant, né à Grenade (Espagne) ...*».

91. Artículo 67 del Código de Comercio francés. Estas obligaciones relativas a la publicidad del *contrat de mariage* se extendían también a los notarios que hubieran intervenido en el mismo (artículo 68) y a las parejas en los que uno de los cónyuges hubiera devenido comerciante con posterioridad a la fecha de celebración del matrimonio (artículo 69).

92. Ciertamente sorprende la parquedad del Código de Comercio francés en esta materia, el cual (bajo la rúbrica *des séparations de biens*) dedicaba a ello tan sólo seis artículos (del 65 al 70) relacionados en su práctica totalidad con las exigencias de publicidad del *contrat de mariage*.

de la *communauté réduite aux acquêts* (aplicable a los dos matrimonios de Henriette).

La adopción de este régimen en lugar de la *communauté* era también una práctica que, por lo que hemos podido constatar⁹³, estaba bastante extendida entre los que podían ser calificados en Francia como *commerçants* y era por tanto una deferencia y/o precaución que adoptaban éstos en caso de contraer matrimonio. Entre las profesiones de los que solían inscribir sus contratos matrimoniales figuraban las de *hôtelier, négociant, pharmacien, industriel*, etc.

El paso del régimen de la *communauté* al de la *communauté réduite aux acquêts* constituía por tanto «la excepción a la regla» y en consecuencia, los requisitos formales a los que se veían sujetos los comerciantes para acreditarlo eran bien numerosos: por una parte, los contratos debían ser otorgados ante notario⁹⁴; por otra, un extracto del mismo debía ser depositado por el propio notario en el registro correspondiente (a efectos de lo que hoy denominaríamos publicidad frente a terceros⁹⁵) y por último, el funcionario interviniente en el acto del matrimonio interpellaba específicamente a los contrayentes sobre este punto⁹⁶.

Como hemos visto, tanto Jean Eusèbe Bellorgeot como Mariano Fortuny cumplieron con dichos requisitos, y ello es bien probable que se debiera a su común condición de comerciantes en el momento de sus respectivos matrimonios con Henriette.

Sin embargo, existía entre ambos una notable diferencia desde la óptica jurídica: mientras el primero era francés, el segundo era español. Y a causa de dicha nacionalidad, el régimen matrimonial de Mariano Fortuny sería

93. Vid. al respecto los registros de *contrat de mariage* recogidos en los *Archives nationales* franceses consultables en

<https://www.siv.archives-nationales.culture.gouv.fr/siv/cms/content/helpGuide.action?uuid=33ec08af-df1b-4ad4-acd8-ad46ce5cf029&version=7&preview=false&typeSearch=&searchString=>

94. Artículo 75 del *Code*: «... L'officier de l'état civil interpellera les futurs époux, et, ..., d'avoir à déclarer s'il a été fait un contrat de mariage et, dans le cas d'affirmative, la date de ce contrat, ainsi que les nom et lieu de résidence du notaire qui l'aura reçu...» .

95. Vid. artículo 67 del Código de Comercio francés citado anteriormente. Ese registro era normalmente el del Colegio de Notarios o el de Abogados de la población correspondiente; vid. al respecto sentencia de 10 de diciembre de 1822 del Tribunal de Casación francés, sección Civil.

96. Artículo 75 del *Code*: «... L'officier de l'état civil interpellera les futurs époux, et, s'ils sont mineurs, leurs ascendants présents à la célébration et autorisant le mariage, d'avoir à déclarer s'il a été fait un contrat de mariage et, dans le cas d'affirmative, la date de ce contrat, ainsi que les nom et lieu de résidence du notaire qui l'aura reçu».

por defecto el de gananciales mientras que en el caso de Bellorgeot éste sería el régimen de la *communauté*. El artículo 1325 del Código Civil español no ofrecía dudas sobre ello:

«Si el casamiento se contrajere en país extranjero entre español y extranjera o extranjero y española, y nada declarasen o estipulasen los contratantes relativamente a sus bienes, se entenderá, cuando sea español el cónyuge varón, que se casa bajo el régimen de la sociedad de gananciales, y, cuando fuere española la esposa, que se casa bajo el régimen de derecho común en el país del varón; todo sin perjuicio de lo establecido en este Código respecto de los bienes inmuebles»⁹⁷.

Por ello, si en el caso de Bellorgeot resulta absolutamente comprensible que si dieran todos los pasos para la modificación del régimen legal por el de la *communauté réduite aux acquêts* (más beneficioso para el cónyuge), en el caso de Fortuny no existía la necesidad de pasar por tales formalidades, al sujetarse su matrimonio por defecto a un régimen que era equiparable a aquél.

Aun así, Mariano Fortuny y Henriette Nigrin cumplieron con todos y cada uno de dichos requisitos a pesar de la nacionalidad española del primero. Son diversas las razones que pueden alegarse para ello, desde cuestiones de forma hasta cuestiones pertenecientes a la esfera económica interna de la pareja.

En cuanto a la forma debe recordarse el contenido del artículo 11 del Código Civil español, el cual establecía que *las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás instrumentos públicos se rigen por las Leyes del país en que se otorguen...*⁹⁸.

En consecuencia, dada la nacionalidad española de Mariano Fortuny, las formas de cualquier contrato firmado por éste en Francia se hallarían sujetas al sistema normativo francés.

Por otra parte, también pudieron pesar en el ánimo de la pareja otro tipo de razones de carácter práctico, como podría ser el deseo de hacer constar en un documento notarial el inventario de los bienes que consideraban privativos, o la posibilidad de dar publicidad a su contrato matrimonial frente a terceros dada la condición de comerciante de Fortuny (publicidad que necesariamente pasaba por la expedición de un certificado por parte

97. En su versión de 1889.

98. En su versión de 1904.

del notario interviniente y su correspondiente inscripción en el registro del Colegio de Notarios de la ciudad de París).

Al margen de las cuestiones anteriores cabe asimismo preguntarse cuál sería la ley aplicable en aquel entonces a la actividad desempeñada por Mariano Fortuny. Efectivamente su nacionalidad española remitía a nuestras leyes para determinar su capacidad. Por otra parte el artista no sólo ejercía su actividad en Francia puesto que producía la mayoría de sus productos en Italia y los vendía en países tan distintos como Alemania, España, Reino Unido y Estados Unidos.

Algunos autores, como MIAJA DE LA MUELA⁹⁹, recogen que «*algunos juristas han pretendido salvar esta inconsecuencia, y sostienen como Lyon-Caen y Renault, que tanto el estado como la capacidad de los comerciantes debe regirse por la ley del foro*».

Consecuentemente, en el caso de Mariano Fortuny la ley aplicable en aquel entonces respecto de la actividad desempeñada en el país vecino sería la francesa¹⁰⁰. Este factor también podría haber contribuido a que la pareja adoptase la decisión de firmar tal *contrat de mariage* en el año 1924.

Sea como fuere, somos de la opinión que la firma de ambos contratos matrimoniales no se debió a un interés particular de Henriette, sino a la actividad desempeñada por sus respectivos maridos. El carácter de «comerciantes» habituales de éstos, así como los consiguientes riesgos que ello podía conllevar, aconsejaban la firma de dichos *contrats de mariage* como forma válida de modificar el régimen legal de la *communauté* (particularmente en el caso de Bellorgeot) y de hacer valer frente a terceros la protección concedida sobre los bienes privativos en el caso de deudas anteriores al matrimonio.

Asimismo también podría añadirse que, si bien en la firma del primero de ellos podría atribuirse a una decisión paterna (dada la minoría de edad de Henriette cuando contrajo matrimonio por primera vez) en el segundo tan sólo debería atribuirse a una voluntad expresa de Mariano Fortuny como forma de proteger a su futura mujer frente a los posibles vaivenes de sus negocios.

99. A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado*, tomo II, parte especial, octava edición, p. 432.

100. Como curiosidad cabe apuntar que Lyon-Caen fue abogado asimismo de Mariano Fortuny, tal y como veremos en el capítulo décimo de este trabajo.

IX. LAS PATENTES DE MARIANO FORTUNY

Tanto Mariano Fortuny como su mujer atribuían una importancia fundamental al registro de sus invenciones, y ello no sólo por razones de índole económica o patrimonial.

Mariano Fortuny creó y patentó numerosos inventos: desde 1901 a 1946 llegó a registrar múltiples creaciones. Y lo hizo en países tan diversos como Francia, Suiza, Estados Unidos, Bélgica, Austria, Alemania, España, Italia o Reino Unido. En nuestra opinión, algunas de ellas eran tan sólo registros de patentes anteriores ya inscritas en otros países, mientras que otras eran variaciones de invenciones ya patentadas; sin embargo nada de lo anterior desmerece el reconocimiento que debe otorgarse a su prolífica actividad inventiva¹⁰¹.

Por otra parte, el estudio de los registros localizados demuestra que el artista no patentaba sus invenciones de forma homogénea en todos los estados, sino que los escogía cuidadosamente en función de los proyectos (presentes o futuros) a desarrollar, lo cual justifica la gran diferencia existente entre los distintos países.

El hecho de que Mariano Fortuny patentase tantas invenciones constata también la relevancia que el autor atribuía a su propia obra: el proceso de registro de una patente no es tarea sencilla en la actualidad, y era aún más compleja y costosa a principios del siglo XX, momento en el que Mariano Fortuny empezó a registrar sus innovaciones¹⁰².

El motivo que impulsaba a los creadores de principios del siglo XX a proteger sus obras vía derechos de propiedad industrial no se basaba exclusivamente en un deseo de reconocimiento a su autoría, sino principalmente a la defensa de su obra en caso de copia o plagio (fenómeno muy extendido en Europa, y principalmente en Francia en esa época).

Debe reconocerse que esa era una práctica mucho más extendida en el país vecino que en España: una simple comparativa entre los años 1911 a 1913 demuestra que ello era así¹⁰³.

La gran mayoría de las patentes de Mariano Fortuny tienen un denominador común: si excepcionamos las relativas a un motor de barco o las relacionadas a los métodos de impresión textil, el rasgo definitorio de todas ellas es el estudio y manipulación de la luz, tanto natural como artificial.

101. S. BAÑARES, *Una breve nota biográfica sobre Henriette Nigrin, creadora del Delphos*, Revista DataTextil, n.º 36.

102. *Ibíd.*

103. *La Propriété Industrielle: organe mensuel du Bureau International de l'Union*, n.º 12 de 31/12/1914.

El número de patentes dedicadas a ella es asombroso: sistemas de transmisión y de iluminación (mixta y difusa), de lámparas de arco y cóncavas, o de dispositivos de iluminación escénica para el teatro fueron algunas de las invenciones que registró a su nombre.

Incluso sus invenciones relativas al papel fotográfico o sus cortinas flexibles y transparente para bibliotecas guardan relación con la luz; esa relación con el fenómeno lumínico ha sido resaltada por numerosos autores hasta la fecha¹⁰⁴.

Como decíamos, hasta el momento han sido localizadas más de sesenta patentes (bien a su nombre, bien en colaboración) las cuales demuestran que durante algunos años Mariano Fortuny desarrolló una ingente actividad inventiva: tan sólo en Francia y durante el periodo comprendido entre 1901 y 1911 llegó a registrar diecinueve de ellas.

En cuanto a los modelos industriales, solicitó y obtuvo varios registros a su favor en Francia (todos ellos relacionados con el Delphos y con su sistema de plisado-ondulado) los cuales jugaron un papel fundamental en la defensa de los derechos como creadores textiles del matrimonio, y que se analizarán en el capítulo décimo de este trabajo.

Respecto de las marcas, existe documentación que acredita que obtuvo (como mínimo) un total de siete y ello en países bien diversos tales como Francia, Italia, Reino Unido y Estados Unidos.

Basta consultar el listado¹⁰⁵ que aportaremos al final de este trabajo para constatar la ingente y variada actividad de este creador, la cual se extendió al

V. BREVETS DÉLIVRÉS, MODÈLES D'UTILITÉ DÉPOSÉS ET MARQUES ENREGISTRÉES, RANGÉS PAR PAYS D'ORIGINE

PAYS	BREVETS DÉLIVRÉS				MODÈLES D'UTILITÉ DÉPOSÉS				MARQUES ENREGISTRÉES			
	1911	1912	1913	1877 à 1913	1911	1912	1913	1891 à 1913	1911	1912	1913	1894 à 1913
Allemagne	8,569	8,829	9,045	179,109	50,408	51,961	58,028	662,821	13,855	15,250	16,480	173,996
Autriche	419	458	455	—	1,199	1,003	1,085	10,534	134	111	139	1,662
Hongrie	101	198	108	—	203	150	159	1,674	20	25	11	581
Belgique	123	143	167	—	94	141	131	1,128	38	16	34	371
Bulgarie	—	1	3	—	2	2	4	13	—	—	—	2
Danemark	86	101	100	—	94	72	92	712	12	8	8	114
Espagne et colonies	16	12	12	—	10	16	18	147	1	5	1	41
France et colonies	659	646	755	—	270	368	343	3,010	158	117	170	2,746
Grande-Bretagne et Irlande	633	655	619	—	458	544	575	5,563	114	137	139	2,779

104. Vid., en ese sentido, G. DE OSMA, *Mariano Fortuny: arte, ciencia y diseño*, p. 15, Editorial Ollero y Ramos, 2012; M.A. ROQUÉ, *Mariano Fortuny Madrazo, el mediterráneo luminoso y cosmopolita*, pp. 241 y sig., Icaria Editorial, Institut Europeu de la Mediterrània (IEMed), 2011; y M. del M. NICOLÁS MARTÍNEZ, *Mariano Fortuny y Madrazo: entre la modernidad y la tradición*, PhD tesis, pp. 7 y 43, Universidad de Granada, 1995.

105. Dicho listado se incluye como anexo a este trabajo. En fechas recientes han aparecido algunos excelentes trabajos recopilatorios sobre las patentes francesas de Mariano Fortuny (vid. a título de ejemplo G. DE OSMA, *Fortuny*, Ed. Nerea, 2016, p. 326 y

menos durante cuarenta y cinco años de su vida, bien fuera a través de nuevas invenciones o bien mejorando otras desarrolladas con anterioridad.

También es sabido que colaboró con el ingeniero eléctrico Alfred Guy Claparède¹⁰⁶ en el diseño de la pared cóncava hinchable¹⁰⁷, aunque posteriormente desarrollaría esta invención en solitario.

De igual modo existen sobrados indicios de su colaboración con otras empresas, tales como la alemana AEG (con la que llegaría a constituir la sociedad *Beleuchtung System Fortuny GMBH*¹⁰⁸ a fin de desarrollar su cúpula¹⁰⁹) o la francesa *Compagnie Générale de Constructions Electriques* (con la que cooperaría en el diseño de un aparato de decoración teatral)¹¹⁰.

Mención aparte merece su colaboración con la empresa italiana *Leonardo Da Vinci*¹¹¹ de Milán para el desarrollo de una nueva estructura para la «Cúpula Fortuny»¹¹² y del «Carro de Tespi»¹¹³.

La correspondencia entre el artista y la empresa milanese durante los años treinta y conservada en la Biblioteca Marciana de Venecia es

Mariano Fortuny, un espagnol à Venise, Catálogo de la Exposición, Palais Galliera, París Musées, 2017, p. 248).

Por nuestra parte, nos hemos limitado a completar esa información añadiendo los nuevos registros localizados. Nos referimos en concreto a las patentes concedidas en otros estados (como Reino Unido, España, Bélgica, Austria, etc.) o a las que figuran a nombre de personas jurídicas en las que Mariano Fortuny participaba como accionista e inventor (como sería la compañía *Beleuchtung System Fortuny GMBH*).

106. El cual, al parecer era a su vez empleado de la mencionada *Compagnie Générale de Constructions Electriques* y primo de Appia. *Vid.* al respecto M.L. BABLET HAHN, *Adolphe Appia, œuvres complètes*, tomo II, Ed. *L'âge de l'homme*.

107. *Vid.* anexo *Système de constitution d'une paroi concave au moyen d'une capacité gonflable*, patente FR 341.952 (A).

108. Según Christian GROS y Claudio FRANZINI esta sociedad se constituyó en octubre de 1906 (*Repères biographiques* en la obra *Fortuny, un Espagnol à Venise*, Catálogo de la Exposición, Palais Galliera, París Musées, 2017, p. 27).

Vid. asimismo la patentes FR 402.614 (A) GB190711797 (A) y AT 43.780 B relativas al proyector referenciadas en el anexo de este trabajo (y que constatan la colaboración de Fortuny con AEG).

109. G. DE OSMA, *Mariano Fortuny, ciencia, arte y diseño*, Ollero y Ramos, 2012, p. 117.

110. *Vid.* anexo *Appareil de décoration théâtrale*, patente FR 329.176.

111. Según Christian GROS y Claudio FRANZINI esta colaboración se inició en 1921 y Mariano Fortuny participaba como *associé* en esa Compañía. *Ibid.* nota 111, p. 29.

112. Biblioteca Nacional Marciana, Fondo Mariutti-Fortuny M.3.1.11. Como curiosidad deseamos añadir que esa cúpula estaba destinada, entre otros lugares, al teatro Real de Madrid (*vid.* artículo de J. CORTÉS CAVANILLAS en *ABC* de 11 de octubre de 1957) o el de Montjuic de Barcelona (éste último proyecto no se llevó finalmente a cabo a causa de la guerra civil; *vid.* crónica escrita para el diario *La Vanguardia Española* el 30 de junio de 1950 por J.R. MASOLIVER). Y que tales hechos provocaron en Fortuny una «de las más dolorosas amarguras del genial creador» (*vid.* artículo citado de J. CORTÉS CAVANILLAS).

113. Biblioteca Nacional Marciana, Fondo Mariutti-Fortuny M.3.1.12.

ciertamente numerosa¹¹⁴; de hecho, el Fondo Mariutti-Fortuny de dicha biblioteca guarda documentos que atestiguan que el artista fue el inventor de las conocidas lámparas de luz difusa, aunque la patente se registrara finalmente a favor de dicha sociedad¹¹⁵.

Asimismo inventó unas témperas (conocidas como las «témperas Fortuny» de las que llegó a crear al menos cuarenta y cuatro colores) las cuales tuvieron una gran acogida y que Henriette seguiría fabricando tras su muerte, atendiendo así las peticiones de muchos artistas que se dirigían a ella¹¹⁶.

Desafortunadamente, muchas de las patentes históricas registradas en algunos estados (como probablemente fue el caso de dichas témperas) no han sido todavía trasladadas a las bases de datos internacionales (como *Espacenet* o *Wipo*¹¹⁷) y por ello no han podido ser objeto de constatación.

Es de esperar que en el futuro las fuentes de información puedan ser ampliadas en países como Alemania o Italia, y de esa forma se pueda conocer la vastedad de los registros e invenciones de Mariano Fortuny.

Sea como fuere, lo cierto es que fue autor de numerosísimas invenciones, muchas a título personal, otras bajo titularidad conjunta o societaria; y que también participó de forma activa en otras invenciones aunque no todas se registraran finalmente a su nombre.

X. LAS PATENTES Y EL REGISTRO COMO *MODÈLE DEL DELPHOS*

De entre todas las patentes registradas por Mariano Fortuny, existen dos que merecen particular atención: nos referimos a las patentes del Delphos y del «plisado-ondulado» (que era el tipo de plisado utilizado en el Delphos).

114. Biblioteca Nacional Marciana, Fondo Mariutti-Fortuny M.3.3.2 a M.3.3.32.

115. Biblioteca Nacional Marciana, Fondo Mariutti-Fortuny M.3.1.5 a 3.1.9.

116. *Vid.* C. FRANZINI, *El mago de los Orfei. Mariano Fortuny Madrazo: una biografía*, en Fortuny, *el mago de Venecia*. Fondazione Musei Civici de Venezia y Caixa Catalunya, Catálogo de la exposición de La Pedrera, 2010, p. 200 y S. RINALDI, *Le tempere veneziane di Mariano Fortuny*, consultable en https://www.academia.edu/23829041/Le_tempere_veneziane_di_Mariano_Fortuny
También, y en lo relativo a Henriette como continuadora de la labor de su marido en la fabricación de las témperas, existen en la Biblioteca Marciana varias cartas cruzadas con pintores que acudían a ella en búsqueda de esas deseadas témperas (*vid.* a título de ejemplo, la carta que le remitió el pintor Navarro, Biblioteca Nacional Marciana, Fondo Mariutti-Fortuny M.1.5.26). Ese hecho es ratificado por A. MARIUTTI, *Quattro Spagnoli in Venezia*, Ed. Ferdinando Ongania Editore, 1957, p. 145.

117. *World Intellectual Property Organization*.

El Delphos (y su variación –el Peplos–) es una prenda de vestir extraordinaria¹¹⁸, y que, a pesar de su antigüedad, sigue causando admiración hoy en día. Además fue uno de los escasos vestidos que lograron una patente a su favor, pero no fue el primero. Pocos años antes, una mujer (Louise Fuller, bailarina y actriz americana) había registrado entre 1892 y 1894 en Estados Unidos cuatro diseños para ballet¹¹⁹. Posteriormente, en el año 1903 Mari Simon patentaría un vestido transformable. También entre los años 1907 y 1910 el modisto Paquin y las hermanas Callot depositarían sus diseños como *modèles d'application* en Francia. Incluso en la invención de los plisados hubo quienes se adelantaron a Fortuny, como sería Mme. Lelubre la cual depositaría dos variantes de plisados también como *modèles* en el año 1906.

Aun así, a Fortuny debe reconocérsele el mérito de ser uno de los pioneros en el uso de una patente para vestimenta de uso ordinario.

Entre las patentes que hemos recogido en el capítulo anterior figuran ciertamente las relativas a este vestido y su sistema de plisado. Concretamente se trata de las patentes francesas FR 414.119 (*Genre d'étoffe plissée ondulée*) y FR 408.629 (*Genre de vêtement pour femmes*) concedidas en agosto y abril de 1910 respectivamente.

Esas patentes han sido históricamente atribuidas a Mariano Fortuny, y quienes lo han hecho no han errado por cuanto así figuran todavía en las bases actuales sobre derechos de propiedad industrial.

Sin embargo, en los últimos tiempos han aparecido nuevas informaciones que han permitido saber que tales invenciones deben ser atribuidas a Henriette Nigrin.

Así lo reconocía el propio Mariano Fortuny cuando, en una copia de la solicitud de la patente relativa al sistema de plisado ondulado, alegaba que «*ce brevet est de la propriété de Madame Henriette Brassart qui est l'inventeur*».

118. En el momento de concluir estas líneas, el museo Galliera de París está dedicando una extraordinaria exposición monográfica a Mariano Fortuny y Henriette Nigrin («*Fortuny, un Espagnol à Venise*»). En ella se exhiben varios modelos Delphos y Peplos (algunos provenientes del Museo de la Indumentaria de Madrid) que atestiguan la originalidad y vigencia de esos modelos.

Sobre las características que lo convierten en especial *vid.* nuestro artículo *La robe Delphos, la lumière capturée*, en *Fortuny, un Espagnol à Venise*, Catálogo de la Exposición, Palais Galliera, Paris Musées, 2017, p. 145.

119. Patentes US 21458, US 21526, US 21527 y US 518347. Agradecemos a Guillermo de Osma el habernos facilitado las primeras informaciones relativas a las patentes de Fuller.

J'ai pris ce brevet en mon nom pour l'urgence du dépôt... Le 10 Juin 1909 à Paris. Fortuny»¹²⁰.

La propia Henriette lo hizo constar años después al menos en tres ocasiones. Así, en una carta manuscrita dirigida a McNeill hacia 1952, le manifestaba que

«... Per quanto concerne al Delphos, dopo maturo esame, e ciò mi ha fatto ritardare a risponderti, sono venuta nella determinazione irrevocabile di cessare la produzione a carattere commerciale. Considerato poi che tali vesti, ancor più di tante altre, sono de la mia propria creazione, desidero che non siano riprese da altri, e pertanto al commercio della Delphos si deve porre la parola "fine"»¹²¹.

Así debió comentárselo también a Oriana Fallaci en 1952 por cuanto esta periodista recogía que (tras un viaje a Grecia realizado a principios del siglo XX) «Henriette s'era messa con l'ardore di una bambina a ricostruire la tunica dell'auriga»¹²².

Y por último, Angela MARIUTTI en 1957 diría en relación al Delphos que éste había sido «ideate da Henriette de Fortuny»¹²³.

Otras variaciones de esas patentes fueron registradas en Reino Unido, tituladas todas ellas como «*improvements in and relating to garments*»; nos referimos a las patentes GB191216638 (A), GB191216639 (A) y GB191312848 (A) concedidas entre los años 1912 y 1913.

Consultados los documentos originales de dichas patentes no aparece (como ocurría en las patentes francesas) una atribución específica por

120. Biblioteca Nacional Marciana, Fondo Mariutti-Fortuny M.8.1.1. Desconocemos las razones que llevaron a Mariano Fortuny a citar a Henriette bajo su apellido materno («Brassart») y no el paterno. También se desconoce cual pudo ser la «urgencia» que impidió el registro a su nombre en el año 1909, por cuanto los primeros litigios por copia de los que se tiene constancia, y a los que la pareja hubo de hacer frente, corresponden al año 1913.

121. Los numerosos borradores de esa carta demuestran la profunda reflexión de Henriette previa a adoptar tan drástica decisión. Tanto este documento como el anterior fueron exhibidos por vez primera en una maravillosa exposición llevada a cabo en el Palazzo Pesaro Fortuny en el año 2015 en Venecia comisariada por Cristina da Roit y Daniella Ferretti. Ambos documentos se conservan en la Biblioteca Nacional Marciana, Fondo Mariutti-Fortuny M.1.10.25 y M.1.10.32.

122. El cual comentaremos en el capítulo decimotercero.

123. A. MARIUTTI, *Quattro Spagnoli in Venezia*, Ed. Ferdinando Ongania Editore, 1957, p. 138. Angela MARIUTTI fue directora en los años sesenta de la Biblioteca Marciana de Venecia y amiga personal de Henriette Fortuny; era también conocedora de la cultura española por cuanto fue la esposa del ensayista y crítico de arte español Ángel Sánchez Rivero.

parte de Mariano Fortuny a Henriette, pero es factible colegir que si ella era la autora de la patente francesa de la cual traían causa los registros británicos, también lo sería de sus variaciones. Curiosamente, no parece que esas patentes se solicitaran en Estados Unidos, Bélgica o España, aunque ciertamente llegaron a registrarse en Italia en el año 1911 (patente 110457).

Lo mismo cabe predicar de aquellos modelos o variantes del Delphos¹²⁴ registrados como *modèles*¹²⁵ en Francia y en los cuales no consta la autoría de Henriette.

A diferencia de lo que ocurría con la patente francesa relativa al plisado ondulado (en la que Mariano Fortuny manifestaba haberla registrado a su nombre «*pour l'urgence du dépôt...*») en los restantes registros que hemos comentado es difícil imaginar tal urgencia. Y de no existir ésta, cabe

124. *Robe* registro 3327-001 depositado el 5/9/1912; *robe* registro 3327-002 depositado el 5/09/1912; *robe* registro 3289-001 depositado el 10/10/1913; y *modèle d'étoffe plissée ondulée* registro 28882-001 depositado el 30/01/1914.

125. Entendiendo por tal «*toute forme plastique nouvelle... tout objet industriel qui se différencie de ses similaires, soit par une configuration distincte et reconnaissable lui conférant un caractère de nouveauté, soit par un ou plusieurs effets extérieurs lui donnant une physionomie propre et nouvelle...*» (artículo 2 de la Ley de 14 de julio de 1909 sobre diseños y modelos –de ahora en adelante Ley de 1909, la cual además era la vigente en el momento que se iniciaron los litigios que comentaremos en el capítulo siguiente–).

Un tanto sumariamente podría decirse que el depósito como modelo o diseño de una creación constituía esencialmente un medio de prueba de la prioridad de la creación; dicho de otro modo, de la acreditación u otorgamiento de una fecha cierta al nacimiento de la obra creativa (*vid.* en ese sentido los interesantes comentarios del Ministro de Comercio incluidos como anexo a la Ley de 1909). Sin embargo, y a diferencia de otros sistemas de propiedad industrial, el depósito de un diseño o modelo en la Francia de principios del siglo XX no implicaba el previo examen de la obra. Tan sólo suponía una presunción *iuris tantum* de la autoría de forma tal que el primer depositante sería considerado a partir de dicho momento como creador de la obra salvo prueba en contrario (*ex* artículo 3 de la Ley de 1909).

El depósito constituía el acto en torno al cual pivotaba la norma y por ello el acto formal del mismo venía minuciosamente regulado. Así, el artículo 5 establecía que «*le dépôt est effectué, sous peine de nullité, au secrétariat du Conseil de prud'hommes, ou, à défaut du Conseil de prud'hommes, au greffe du Tribunal de commerce du domicile du déposant*» y que en aquellos casos en los que el depositante no tuviera domicilio en Francia (como sucedía en el caso de Mariano Fortuny) el depósito debería realizarse ante el *Conseil de prud'hommes* del Sena (sobre este organismo, *vid.* lo dicho en el capítulo siguiente). La Ley de 1909 y su reglamento de desarrollo (de 26 de junio de 1911) establecieron con todo lujo de detalles la forma en la que se llevaría a cabo el depósito (caja de madera de medidas específicas, lacrada, con sellos, cierre mediante alambres, etc.). Ese depósito se transcribía en un registro que se llevaba al efecto; tras ello se expedía un certificado el cual se entregaba al depositante (*ex* artículo quinto de la Ley de 14 de julio de 1909).

Algunos de los certificados expedidos a nombre del artista se conservan en la Biblioteca Nacional Marciana (Fondo Mariutti-Fortuny M.8.1.9 y sig.) y demuestran que Fortuny cumplió con los requisitos de forma que la normativa francesa imponía en aquel entonces.

pensar que en Henriette no existía afán de protagonismo y delegaba en su compañero (y luego marido) su propia titularidad haciendo gala de una plena confianza en éste.

La colaboración de Henriette en las actividades del Palacio Pesaro Fortuny era conocida entre sus allegados. María de Cardona, periodista española y amiga de la pareja, manifestaba en una carta de 1953 su agradecimiento por dos piezas de ropa que Henriette le había remitido. En ella afirmaba que los destinatarios de tales prendas (entre ellos Paul Claudel –poeta y diplomático–) eran declarados admiradores de Henriette y que conocían «*ce que tu as été pour lui* –en referencia a Fortuny– *dans ta collaboration pleine de courage et d'affection constante*»¹²⁶.

Así lo había ratificado también el propio Mariano Fortuny años antes cuando afirmaba en su biografía¹²⁷ que «*ma Femme et moi, nous avons fondé, au Palazzo Orfei un atelier d'impression suivant un méthode entièrement nouvelle... Cette industrie a commencée par des châles en soie et s'est développée avec des robes*»¹²⁸.

El hecho de que Henriette asumiera voluntariamente un papel secundario en cuanto a la actividad creativa que desarrollaba conjuntamente con su marido no debería hacernos olvidar que fue ella la inventora (entre otras) de una pieza icónica que hasta la fecha sigue guardando todo su encanto a través del tiempo.

XI. LITIGIOS EN TORNO AL DELPHOS

Como ha sido dicho anteriormente, Mariano Fortuny patentó a su nombre una versión del Delphos en abril de 1910. Aunque su diseño y realización había empezado unos años antes (algunos autores sitúan la fecha en torno a 1907¹²⁹), lo cierto es que la patente se registró en ese año ante la *Office National de la Propriété Industrielle*, bajo el número 408.629 y rúbrica de «*Genre de vêtement pour femmes*» dentro de la clase XVI.3 («*Habillement. Vêtement, chapellerie, coiffure*»).

126. Biblioteca Nacional Marciana, Fondo Mariutti-Fortuny M.1.5.11.

127. Biografía que no ha sido publicada hasta la fecha.

128. D. FERRETTI, *Ritratto di una musa, en Henriette Fortuny, Ritratto di una musa*, Palazzo Orfei, Venecia, 2015, p. 14.

129. G. de OSMÁ, *Mariano Fortuny, ciencia, arte y diseño*, Ollero y Ramos, 2012, p. 140 y Ch. GROS y C. FRANZINI, *Repères biographiques, en Fortuny, un Espagnol à Venise*, Catálogo de la Exposición, Palais Galliera, París Musées, 2017, p. 28.

Posteriormente (entre los años 1912 y 1913), ese mismo diseño y sus variantes fueron registrados asimismo como *modèles d'application* ante el *Conseil des prud'hommes de la Seine (Section des Tissus)*¹³⁰. Uno de dichos registros se convirtió en pieza fundamental para la defensa de su creación en el litigio entre Mariano Fortuny y *Galleries Lafayette* como veremos más adelante.

Ese vestido, confeccionado en Italia (concretamente, en el Palacio Pesaro Fortuny de Venecia) obtuvo un éxito inmediato. Inicialmente ideado como vestido para llevarlo en el ámbito doméstico, fue rápidamente adoptado por artistas y creadoras, lo cual incrementó su popularidad¹³¹.

La prensa no fue ajena a este fenómeno y se hizo eco en sus páginas ya desde los inicios de su comercialización¹³². El éxito del vestido fue inmediato y las copias e imitaciones no tardaron en aparecer. En un interesante documento que conserva la Biblioteca Marciana de Venecia, Gustave Dumont (ingeniero de la Oficina Casalonga de París, firma especializada en patentes la cual prestó sus servicios a Fortuny en numerosas ocasiones) avisaba en junio de 1910 al artista que:

«J'ai vu aujourd'hui à M. Babani qui m'a montré une robe qui me paraît être nettement une contrefaçon de la vôtre. J'ai dit à M. Babani qu'il convenait de surveiller de très près cette affaire sans, toutefois, la précipiter, afin d'agir quand le nombre d'objets contrefaits sera suffisant et quand nous serons sûrs, en opérant à la saisie...»¹³³.

130. Según algunos autores el *Conseil de prud'hommes* fue creado en 1806 «lors d'un voyage à Lyon, l'empereur Napoléon I reçoit les doléances des fabricants de soieries et de leurs chefs d'atelier, privés depuis 1791 de tout moyen de protection de leurs modèles. Le 18 mars 1806, une nouvelle loi est votée, qui instaure un conseil de prud'hommes pour la ville de Lyon et prévoit la création de cette institution dans toutes les autres villes de fabriques et de manufactures qui le solliciteraient» Vid. A. MARCHAL *Brevets, marques, dessins et modèles. Évolution des protections de propriété industrielle au XIXe siècle en France, en L'invention technique et les figures de l'inventeur (XVIIIe-XXe siècles)*, n.º 17, 2009.

Este organismo judicial fue posteriormente ampliando sus competencias, entre las cuales se hallaba el depósito y custodia de los diseños.

Posteriormente en fechas ya más recientes, las funciones de dicho organismo en su vertiente administrativa (depósito y registro de invenciones) fueron asumidas por el INPI (*Institut national de la propriété industrielle*).

131. G. DE OSMA, *Mariano Fortuny, ciencia, arte y diseño*, Ollero y Ramos, 2012, pp. 140, 163 y sig.

132. *Vogue* 15 de diciembre de 1912, *Le Gaulois* 31 de julio de 1911, etc.

133. Biblioteca Nacional Marciana, Fondo Mariutti-Fortuny M.8.1.13. Babani era un importador de objetos (calificados en aquel entonces como «orientales») y también distribuidor de diseños de creadores franceses. Algunos modelos de la pareja Fortuny-Nigrin se vendieron en los establecimientos de éste. Sobre las relaciones entre Babani y Mariano Fortuny vid. S. GROSSIORD, *Babani ou le Palais de Soieries*, en Fortuny, un

Este hecho no debió ser un fenómeno aislado, por cuanto hay noticias de que al menos dos grandes almacenes, *Galleries Lafayette* y *Grands magasins du Printemps* de París estaban vendiendo a su vez vestidos que podían considerarse copias ilegales de los modelos registrados como patentes y diseños por Fortuny. Tal debió ser el uso y abuso de esas copias que éste decidió finalmente en el año 1913 interponer sendas demandas contra los mencionados almacenes.

1. EL LITIGIO ENTRE MARIANO FORTUNY Y GALERIES LAFAYETTE

El litigio entre Mariano Fortuny y *Galleries Lafayette* surge a raíz de unas imitaciones que dichas galerías venían realizando sobre una de las variantes del Delphos. En el año 1913 (y quizás incluso un poco antes) *Galleries Lafayette* había puesto a la venta unos modelos con una semejanza más que notable a ese tipo del Delphos. Apercebido Mariano Fortuny de esa situación, decidió iniciar ese mismo año una demanda contra dichas galerías por falsificación.

Como ha sido comentado anteriormente, Mariano Fortuny había patentado esa variante en 1910¹³⁴ y la había depositado también como *modèle* en 1913. Ese depósito obedecía a la finalidad de obtener una protección distinta a la patente¹³⁵ para el hipotético caso de ser acusado de violarla él mismo, dado que el artista fabricaba y comercializaba ese modelo en otro país (Italia).

Tras ello la primera acción de Mariano Fortuny fue la de iniciar un proceso verbal ante el *Tribunal Civil de la Seine*, el cual procedió a la incautación (el 15 de octubre de 1913) del vestido comercializado por *Galleries Lafayette*.

Espagnol à Venise, Catálogo de la Exposición, Palais Galliera, Paris Musées, 2017, pp. 197 y sig.

Vid. asimismo C. FRANZINI, *Henriette e Mariano*, en *Henriette Fortuny, Ritratto di una musa*, Palazzo Orfei, Venecia, 2015, p. 89.

134. En los anexos se incluye una copia de la descripción de dicha patente.

135. Esa variante es citada en el proceso verbal como el modelo 2781 registrado ante el Tribunal de *prud'hommes* el 10 de octubre de 1913. Las sentencias posteriores recaídas en este mismo litigio omiten su número de referencia. Sin embargo, consultadas las bases de datos del *Institut National de la Propriété Industrielle* el único modelo que se depositó en esa fecha (la cual debe adoptarse como válida por ser la recogida en las resoluciones judiciales) es el que figura en ese organismo con el número de registro 3289-001. Ese dato es asimismo confirmado por Casalonga, firma que gestionaba las patentes y modelos de Fortuny en París (vid. Biblioteca Nacional Marciana, Fondo Mariutti-Fortuny M. 8.4.8). Por otra parte, la descripción realizada por el Tribunal en cuanto a los detalles del vestido coincide plenamente con esa versión.

En el momento de escribir estas líneas, dicho *modèle* (tanto el documento como la muestra de tejido) se exhibe en la exposición *Fortuny, un Espagnol à Venise...* citada en nota 118.

Durante ese proceso Fortuny se prevaleció tanto de la patente como del modelo registrado. El tribunal estimó en su resolución de 25 de octubre de 1913 que *Galeries Lafayette* era culpable de falsificación y competencia desleal.

Además las galerías fueron condenadas al pago de daños e intereses (sujetos a determinación futura y estimados provisoriamente en 10.000 francos de la época¹³⁶) así como de las costas. Por otra parte el tribunal ordenó la confiscación del vestido y la publicación de la sentencia en diez periódicos (tanto franceses como extranjeros) a elección de Mariano Fortuny.

Posteriormente, esa misma cuestión fue dilucidada por el Tribunal Civil de la Seine¹³⁷ en un proceso que duró en esa instancia casi diez años. A diferencia de lo ocurrido en el proceso verbal, Fortuny decidió sustentar su defensa en el registro del vestido como *modèle* en lugar de la patente.

Efectivamente, el matrimonio Fortuny-Nigrin como ha sido mencionado, fabricaba y comercializaba ese mismo modelo en Italia. Apercebidos probablemente por sus abogados de la posibilidad de que el Tribunal entendiera que existía una violación de la patente cometida por ellos mismos¹³⁸, su defensa jurídica pivotó en torno al *modèle* depositado en 1913¹³⁹ dado que previamente habían renunciado a prevalerse de los derechos derivados de la patente. Esta estrategia, como se verá, fue una decisión acertada.

136. Según el *Institut national de la statistique et des études économiques* de Francia (INSEE) esa cifra equivaldría actualmente a 33.565,59 euros («*Compte tenu de l'érosion monétaire due à l'inflation, le pouvoir d'achat de 10 000,00 Anciens francs en 1913 est donc le même que celui de 33 565,59 Euros en 2016*»).

137. *Gazette du Palais, Tribunal Civil de la Seine* (3 ch.) de 14 de febrero de 1922.

138. «*Attendu que Fortuny déclare à l'audience renoncer à se prévaloir du brevet sus indiqué, dont il serait déchu en vertu de l'art. 32 de la loi de 1844, les objets brevetés ayant été fabriqués en Italie...*». Aunque la sentencia no precisa cuál es el epígrafe del artículo 32 que podría haber sido violado, entendemos que éste es el 3º, el cual establece que «*Sera déchu de tous ses droits... le breveté qui aura introduit en France des objets fabriqués en pays étranger et semblables à ceux qui sont garantis par son brevet*».

139. Aunque la resolución no se pronuncie sobre ello, también es cierto que la ley de 14 de julio de 1909 establecía en su artículo 2 que «*...Mais, si le même objet peut être considéré à la fois comme un dessin ou modèle nouveau et comme une invention brevetable et si les éléments constitutifs de la nouveauté du dessin ou modèle sont inséparables de ceux de l'invention, le dit objet ne peut être protégé que conformément à la loi du 5 juillet 1844*». Es decir, ante el hipotético concurso de ambas normas (la relativa a las patentes de 1844 y la referente a los diseños y modelos de 1909), la primera sería aplicable por así disponerlo la Ley de 1909. En consecuencia, sería factible que Fortuny hubiera renunciado a la patente no sólo por haber fabricado esos vestidos anteriormente en Italia sino también para evitar la aplicación de dicho artículo segundo el cual podría desproveerle de su registro como *modèle*.

Ahora bien, dicha patente sí fue tenida en cuenta por el Tribunal a efectos de establecer la fecha a partir de la cual la invención podía ser atribuida a Mariano Fortuny (1910); y también sirvió a los magistrados como pieza complementaria a efectos de obtener una información más exhaustiva sobre los detalles del vestido falsificado¹⁴⁰.

La característica del vestido registrado por Fortuny era esencialmente que las mangas surgían de la propia tela del modelo¹⁴¹, sin haber sido confeccionadas como piezas independientes que tuvieran que ser posteriormente cosidas a aquél.

Ello sin perjuicio de que, como todos los Delphos, se trataba también de una tela plisada con dos aberturas en la parte superior e inferior.

El Tribunal Civil de la Seine no tuvo reparos en recoger una minuciosa descripción del vestido en cuestión:

«Les caractéristiques du modèle revendiqué sont les suivantes: 1.º une robe fourreau, c'est-à-dire n'ayant que deux ouvertures, une en haut, une en bas; 2.º une étoffe souple, légère et plissée; le plissage ayant pour résultat de permettre à la robe de s'élargir plus ou moins, de se prêter à diverses corpulences et d'épouser tous les contours du corps; 3.º la forme unique et spéciale des emmanchures qui sont comprises dans l'étoffe même du fourreau et ne comportent pas de véritables manches cousues au reste du vêtement; 4.º le laçage des épaules qui se fait au moyen de cordonnets et qui retient à lui seul toute la robe»¹⁴².

Durante la vista de ese proceso Mariano Fortuny tuvo una idea peculiar: consiguió que una modelo desfilara en la sala, primero con la falsificación y después con la pieza original. La crónica de ese suceso, narrada por el abogado del artista (M. Lyon Cahen¹⁴³) al escritor Miguel Zamacois (amigo común de los dos) fue publicada en *Le Gaulois* con todo lujo de detalles, la cual reproducimos prácticamente en su totalidad dada su originalidad:

«On ne s'est pas ennuyé, ces temps-ci, à la troisième chambre du tribunal civil, présidée par M. Lemoine.

140. «Attendu que ce brevet, s'il doit être écarté en tant que brevet, fournit cependant au tribunal des renseignements précis sur les détails du modèle déposé en 1913, qui est le même que celui ayant fait l'objet du brevet ; et sur la date à laquelle Fortuny a commencé à faire usage dudit modèle...».

141. Diseño conocido dentro del mundo de la moda como «mangas murciélago».

142. *Gazette du Palais, Tribunal Civil de la Seine* (3 ch.) de 14 de febrero de 1922.

143. Así se desprende de una carta obrante en Biblioteca Nacional Marciana, Fondo Mariutti-Fortuny M. 8.18.1.

M. Mariano Fortuny, le fils du peintre illustre, qui dans l'atmosphère vénitienne propice aux suggestions artistiques reconstitue des tissus de la Renaissance et de l'antiquité, reprochait à un grand magasin parisien d'avoir cyniquement contrefait le modèle d'un costume féminin à la grecque dont il était l'auteur.

Grave affaire !

En matière de confection, la recherche de la paternité étant autorisée, M. Fortuny demandait au tribunal, par l'entremise de Ms Charles Lyon-Caen, de reconnaître ... son enfant. Mais comment édifier rapidement les juges?

Comment leur donner l'impression nette de la copie manifeste, évidente, criante? Allait-on agiter devant eux de vagues loques? Allait-on leur montrer des images d'une exactitude sujette à caution? Le spirituel et distingué M^o Lyon-Caen allait-il dépouiller sa dignité professionnelle et sa robe austère pour enfiler l'autre?

Le demandeur eut une idée à la Christophe Colomb, ou, mieux, à la Phryné: on vit tout à coup pénétrer dans le grave prétoire un charmant «mannequin» revêtu d'une robe onduleuse et finement plissée.

L'agréable personne s'avança avec le gracieux déhanchement traditionnel, évolua comme il fallait pour mettre en valeur les caractéristiques essentielles d'un vêtement que la Belle Hélène eût sûrement qualifié d'article de Pâris, et exigé de Ménélas....Le tribunal regarda de tous ses yeux.

La robe ne fait pas M. Lemoine, mais comment celle-ci n'eût-elle pas particulièrement intéressé le président et les conseillers, puisqu'il s'agissait de se faire une opinion dans un litige délicat dont la solution ne tenait en somme qu'à un fil ?

Le vêtement si galamment présenté, c'était l'œuvre du grand magasin, c'était le plagiat éhonté ! Naturellement, le «mannequin» revint ensuite paré de l'authentique péplum imaginé par le demandeur, et la ressemblance des deux modèles, leur identité apparut si flagrante, si indéniable, que les juges, inondés de lumière fashionable, sentirent pour une fois se poser sur leur front le baiser de la Vérité »¹⁴⁴.

Por su parte, *Galerías Lafayette* intentó alegar que dada la renuncia de Fortuny a prevaleerse de su patente¹⁴⁵, el vestido pertenecía ya al dominio público y que por tanto, tampoco podía ser protegido por su depósito

144. M. ZAMACOIS, *La toge et la robe*, en *Le Gaulois*, martes 21 de febrero de 1922.

145. *Vid.* respecto de dicha renuncia, lo dicho al inicio de este capítulo.

como *modèle*; que además existía una supuesta mala fe por parte del artista al haber depositado el vestido escasos días antes del inicio del proceso verbal; y por último que (a su juicio) el Delphos no era una creación ni una innovación por la existencia de modelos muy similares en el mercado de aquel entonces.

Ninguna de esas pretensiones prosperó, como tampoco lo hicieron los medios de prueba de los que pretendió valerse *Galeries Lafayette*. Así, no consiguieron aportar ninguna prueba de comercialización de vestidos propios y similares al Delphos anteriores a 1910 (fecha adoptada por el Tribunal a efectos de atribuir la creación a Fortuny).

Por otra parte, y respecto a otra serie de modelos que la galería aportó como obras propias y originales similares al Delphos incluidas en los catálogos comerciales relativos a los años 1910 y siguientes, el Tribunal apreció la existencia de diferencias fundamentales:

«Attendu, d'ailleurs, que: 1.º le modèle 719.250, catalogue 1910-1911, ne comporte ni fourreau ni plissé, qu'il a de véritables manches et une ceinture; 2.º qu'il en est de même pour le modèle 718.273, catalogue 1910-1911; 3.º que le modèle 71.351, catalogue été 1911, s'il comporte un laçage se rapprochant du laçage Fortuny, a également de véritables manches et une ceinture; 4.ª que le modèle 717.584, qui est un peignoir très simple, n'a aucun rapport avec le fourreau étroit du demandeur; qu'il n'a pas de plissé; 5.ª que le modèle n.º 711.329 a de véritables manches et pas de laçage; attendu qu'aucune de ces antériorités ne rappelle l'aspect général et la combinaison nouvelle du vêtement revendiqué».

En cuanto al modelo incautado (diferente a todos los que aparecían en los catálogos mencionados¹⁴⁶) el Tribunal entendió que éste reproducía los detalles propios del Delphos, a pesar de haber constatado su peor calidad en cuanto a los tejidos y pliegues. Y por ello concluyó sentenciando que *«la copie est si parfaite que la confusion est non seulement possible, mais forcée»* y que *«est inadmissible que cette identité soit le fait d'un pur hasard»*.

Debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia francesa de la época establecía que no hacía falta una identidad de cada uno de los elementos, sino que bastaba que reprodujeran el aspecto general:

146. Desafortunadamente no se ha podido obtener una imagen fidedigna (a través de catálogos, reproducciones, etc.) del modelo considerado como falsificación, y por ello no se ha podido constatar el grado de similitud existente entre éste y el modelo original de Fortuny.

«La loi, pour protéger le modèle, exige qu'il soit nouveau, au moins quant à l'ensemble, à l'aspect général, non pas quant à chacun des éléments qui le composent, puisque la combinaison des divers éléments peut produire un aspect entièrement nouveau. L'antériorité que peut opposer le contrefacteur à l'encontre du modèle déposé doit donc reproduire l'aspect général, et non pas seulement un des éléments»¹⁴⁷.

Cuesta imaginar a unos magistrados parisinos en 1922 contemplando un desfile de modelos en la sala o pronunciándose sobre mangas, lazadas y cinturones pero esa fue la realidad de este caso.

Sea como fuere, el Tribunal concluyó sentenciando (tras nueve años de litigio) que *Galleries Lafayette* era culpable de falsificación del modelo depositado por Fortuny el 10 de octubre de 1913 y condenó a la Compañía al pago de *dommages-intérêts* (pendientes de cuantificación pero fijados provisoriamente en 2.000 francos de la época)¹⁴⁸. Asimismo ratificó la confiscación del modelo y ordenó la publicación de la sentencia en dos periódicos franceses a elección de Fortuny, siendo uno de los escogidos *«La Céramique et la verrerie»*¹⁴⁹.

El escritor ZAMACOIS en su crónica relativa a este proceso¹⁵⁰ resumía de forma muy gráfica ese fallo:

«Pareille identité, déclarèrent-ils (en referencia a los jueces) dans leurs attendus, ne peut pas avoir été l'effet du hasard, et le grand magasin fut condamné.

C'était moralement, et artistiquement aussi, un succès pour M. Fortuny, mais quelle belle affaire commerciale n'aurait-il pas faite par surcroît après l'audience, si au charmant mannequin il avait joint un bon vendeur».

147. Cita de los comentarios jurisprudenciales que acompañan al texto de esta sentencia.

148. *«Déclare la Société des Galeries Lafayette, coupable de contrefaçon du modèle déposé le 10 octobre 1913; Ordonne la confiscation du modèle saisi; Condamne la Société défenderesse à des dommages intérêts à fixer par état et dès à présent, à une provision de 2.000 fr.; Commet d'office Arnitz expert, lequel dressera au vu de la comptabilité de la Société défenderesse état des dommages intérêts dus au demandeur; Ordonne l'insertion du présent jugement dans deux journaux de France, au choix du demandeur et à la condition que chacune des insertions ne dépasse pas la somme de 250 fr ; Dit n'y avoir lieu à exécution provisoire, cette mesure étant demandée en dehors des conditions prévues par la loi; Condamne la Société des Galeries Lafayette en tous les dépens».*

149. Esta revista publicó la sentencia en el número 715 el 25 de enero de 1922 (lo cual no de deja de ser un tanto sorpresivo porque dicha sentencia lleva fecha de febrero de 1922).

150. Vid. nota 147.

Tras esa sentencia, *Galleries Lafayette* intentó llegar a una solución amistosa con Fortuny al menos en dos ocasiones durante el año 1923, ofreciendo el pago de una indemnización de 5.000 francos de la época siempre y cuando la sentencia no fuera publicada.

La representación legal de Mariano Fortuny (encabezada por el letrado Lyon Cahen) rechazó ese acuerdo¹⁵¹, y finalmente la sentencia fue apelada por *Galleries Lafayette* ante la *Cour d'Appel* de París¹⁵².

En el interregno entre una y otra instancia, el vestido incautado fue vendido por la propia *Administration des Domaines*¹⁵³; este extremo fue aprovechado acto seguido por la representación letrada de *Galleries Lafayette* para alegar que la demanda debería ser desestimada por la desaparición del vestido, el cual no podría ser ya aportado al Tribunal para su examen.

Sin embargo, el Tribunal rechazó esta alegación:

«La société des Galleries Lafayette a interjeté appel de ce jugement. Mais la robe qui avait été saisie à la requête du propriétaire du modèle n'ayant pu être représentée à la Cour, parce qu'elle avait disparu du greffe du tribunal, par suite de la vente à laquelle il avait été procédé, au cour même du procès, par l'Administration des Domaines, les Galleries Lafayette ont soutenu que le demandeur, étant dans l'impossibilité de faire sa preuve, devait être purement et simplement débouté».

Antes bien, el Tribunal entendió que (a pesar de haber sido privado de la oportunidad de contemplar por sí mismo la falsificación) la descripción facilitada por las instancias inferiores era suficiente para alcanzar un juicio de valor¹⁵⁴.

151. En ningún documento de los consultados hasta la fecha aparecen recogidas las razones que llevaron a Fortuny a rechazar este intento de solución extrajudicial, si bien podría deducirse de alguna correspondencia cruzada con su abogado Lyon Caen que el artista estaría particularmente interesado en la publicación del fallo por encima de otras consideraciones (extremo que no era admisible para *Galleries Lafayette*).

152. *Gazette du Palais*, mardi 21 juillet 1925, n.º 199. *Cour d'Appel* de Paris (4 ch.) de 19 de junio de 1925.

153. Resulta sorprendente que un órgano de la administración francesa procediera a la venta de una prueba esencial para un caso que estaba en aquellos momentos *sub iudice*.

154. Según los comentarios que acompañan al texto de la sentencia, la jurisprudencia francesa de la época establecía que la destrucción de la prueba en caso de falsificación no podía beneficiar al demandado; y además en este caso específico las actas del proceso verbal y del proceso seguido en primera instancia eran lo suficientemente precisas para que el Tribunal pudiera alcanzar un juicio de valor adecuado:

«Il est de principe que tous les modes de preuve peuvent être admis pour démontrer la contrefaçon. Si donc l'objet saisi a disparu depuis le jugement, pour un motif quelconque,

Y concluyó ratificando esencialmente el fallo de la sentencia de primera instancia, si bien fijó definitivamente la indemnización en 4.000 francos de la época e impuso las costas a las mencionadas galerías. De todos modos y a diferencia de aquélla, no ordenó la publicación de esa nueva resolución en los periódicos:

«Rejette comme mal fondées les conclusions de la Société des Galeries Lafayette; Confirme le jugement, et le modifiant toutefois du chef des mesures ordonnées: La condamne dès maintenant à payer à Fortuny la somme de 4.000 fr. à titre de dommages intérêts; Supprime, en conséquence, les dispositions relatives à la provision et l'expertise, ainsi que les deux insertions ordonnées; Ordonne la restitution de l'amende; Condamne la Société des Galeries Lafayette au dépens».

2. EL LITIGIO ENTRE MARIANO FORTUNY Y PRINTEMPS

El litigio con *Galeries Lafayette* no fue el único al que Mariano Fortuny debió hacer frente en su vida por motivos de plagio o imitación. En el mismo año en el que se interpuso la demanda contra las mencionadas galerías, el artista se vio obligado a plantear otra, esta vez contra los *Grands magasins du Printemps*.

cas de force majeure out toute autre circonstance, qui ni permet plus la comparaison entre le modèle et l'objet contrefait, les juges peuvent baser leur décision, notamment sur le procès-verbal de saisie description, et même sur les constatations que les premiers juges ont été à même de faire. Pouillet (Tr. Des brevets d'invention, 6 éd., n.º 813 bis) examine cette question et la résout dans les termes suivants: «On peut supposer que les objets saisis et déposés au greffe y sont égarés et même détruits, par exemple, par un incendie. A qui cette perte préjudiciera-t-elle? Il est clair que c'est au breveté, au saisissant. Si la preuve qu'il espérait tirer de cette saisie vient à lui manquer, il ne peut évidemment s'en prendre à celui contre qui elle était dirigée. Jugé en ce sens que la demande en contrefaçon doit être rejetée comme sans fondement, lorsque la destruction des objets saisis, par suite de l'incendie du greffe, a rendu impossible toute comparaison avec l'objet revendiqué, et que le procès-verbal de la description, dressé par l'huissier, n'offre pas assez de précision pour suppléer à la représentation des objets (Trib. Civ. Seine décembre n.º 871, Lion, Ann. Propr. Ind. 1873.246). En devrait-il être décidé de même si les objets saisis, au lieu de "être déposés au greffe, avaient été laissés sur place, sous scellés ou sous la garde d'un séquestre? Le fait par le breveté de les avoir détruits ou détournés serait, dans ce cas, de nature à en faire présumer le caractère illicite et les juges pourraient, semble-t-il, considérer la contrefaçon comme établie, puisque, ainsi que nous l'avons vu (supra, n.º 763), tous les modes de preuve sont admis en la matière, sans préjudice de pénalités que pourrait encourir le saisi, à raison du détournement (V. supra, n.º 769)» V. également Paris 5 janvier 1905 (Ann. Prop. Ind. 1905.113). Dans l'espèce soumise à la Cour, la robe saisie avait été mise en vente par l'Administration des Domaines. Mais le procès-verbal de saisie-description était suffisamment précis, et les constatations de juges assez décisives pour entraîner la conviction de la Cour».

La demanda se formuló el 25 de octubre de 1913 por idénticos motivos: *contrefaçon et concurrence déloyale*. Sin embargo ese nuevo proceso judicial¹⁵⁵ siguió un *iter* absolutamente distinto: la vista prevista para octubre de 1913 no llegó a celebrarse porque las partes, a pesar de haber sido debidamente citadas, no comparecieron al acto.

Por ello el Tribunal no llegó a pronunciarse sobre el fondo y condenó en costas a Mariano Fortuny.

Esa situación es propia de aquellos casos en los que existe una resolución extrajudicial del conflicto por acuerdo previo entre las partes. Sin embargo, se trata de una mera hipótesis por cuanto esa resolución no llegó a recoger las motivaciones de tal incomparecencia y no se han podido obtener datos complementarios a través de otras fuentes de información.

Ambos procesos (el seguido contra *Galleries Lafayette* y el interpuesto contra *Grands magasins du Printemps*) constatan que el motivo que impulsó a Fortuny a iniciar esas acciones legales no fue la hipotética indemnización (que no se puede considerar como significativa) sino la defensa de las invenciones desarrolladas tanto por su mujer como por él mismo y la persecución legal del plagio de sus obras.

3. EL SECRETO COMERCIAL Y OTRAS MEDIDAS

Las resoluciones anteriores son absolutamente ilustrativas del estatus jurídico de la propiedad industrial en el país vecino a principios del siglo XX, y demuestran las vicisitudes que tenían que soportar los creadores en la defensa de su obra ante el extendido fenómeno del plagio: a título de ejemplo, Chanel y Vionnet litigaron juntas contra una modista que copiaba sin reparos sus modelos y de igual modo, la casa Rodier demandó a *Galleries Lafayette* por motivos similares a los de Fortuny.

Por otra parte, la falsificación se extendía no sólo a los vestidos sino también al supuesto carácter de «distribuidor autorizado» que determinadas tiendas o personas pretendían atribuirse sin autorización previa de los diseñadores y artistas.

En esta búsqueda de «medidas complementarias» (digámoslo así) a la protección conferida por los derechos de propiedad industrial, los creadores aplicaron diversas e ingeniosas soluciones.

155. Proceso 12.881 de 1913.

Así, Vionnet hacía constar en sus anuncios publicitarios que tan sólo tenía una distribuidora autorizada¹⁵⁶; y de forma muy parecida el matrimonio Fortuny-Nigrin reflejaba en su publicidad que carecía de distribuidores autorizados en Italia para la venta de sus diseños.

La fotografía detallada de los modelos fue otra táctica empleada no sólo por Fortuny sino también por Vionnet (la cual plasmaba sus creaciones de frente, por detrás y de perfil mientras que Fortuny solía hacerlo a través de la utilización de espejos situados detrás del modelo –de forma que en una única toma aparecían dos partes del vestido–). También la impresión de huellas dactilares a modo de firma en sus diseños fue otra de los medios empleados por algunos de estos diseñadores (como sería el caso de Vionnet).

Por tales motivos (y quizás también porque la experiencia de los litigios mencionados anteriormente no debió ser satisfactoria –la pareja invirtió a buen seguro tiempo y recursos económicos en su defensa–) no resulta extraño que tanto Mariano como Henriette, a partir de las primeras imitaciones, envolvieran la confección del Delphos y sus variantes en el más estricto de los silencios y guardaran los secretos de su realización para sí.

Ese «silencio» en que se envolvían las invenciones era algo que Mariano Fortuny conocía bien; tiempo atrás y en relación a sus investigaciones en el ámbito del teatro escribía a su amigo Angelo Conti: *«mais au nom du ciel je te prie de ne rien écrire sur mes recherches théâtrales, le moindre mot, même un virgule pourrait me nuire gravement»*¹⁵⁷.

La pareja Fortuny Nigrin resultó un tanto pionera en lo que hoy definiríamos como secreto comercial¹⁵⁸: nadie en el Palacio Pesaro

156. «EVA BOEX a seule, dans le monde entier, le droit de vendre les modèles de madeleine Vionnet qui paraissent au fur et à mesure de leur création» en *Vogue* 1 de febrero de 1922.

157. Fondo Angelo Conti, *Archivio contemporaneo Vieusseux*, Florencia.

158. Recientemente la Unión Europea ha publicado una Directiva sobre secretos comerciales; nos referimos a la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2016 relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas.

Esta norma no ha sido todavía incorporada al ordenamiento interno español, pero debe precisarse que los Estados Miembros disponen de dos años a partir de su publicación para ello.

El artículo segundo de la disposición comunitaria establece que «A los efectos de la presente Directiva se entenderá por: 1) «secreto comercial»: la información que reúna todos los requisitos siguientes: a) ser secreta en el sentido de no ser, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida por las personas pertenecientes

Fortuny conocía la totalidad del proceso del Delphos, excepción hecha de los dos artistas. Estos no lo revelaron a nadie mientras estuvieron al cargo del mismo.

Posteriormente, cuando Henriette decidió cesar en su producción y transmitió a Elsie McNeill la fábrica de Giudecca en los años cincuenta, le facilitó asimismo la información relativa al proceso de fabricación del Delphos. Escasos años más tarde (hacia 1952) Henriette revocaría esa autorización inicial dada a la americana y ésta paralizaría definitivamente su comercialización.

Como mencionaba una publicación «*Countess Gozzi* –en referencia a Elsie McNeill la cual adoptaría tras su segundo matrimonio con el Conde Gozzi el apellido de éste– *knows the secret of Fortuny fabrics, but she won't tell*»¹⁵⁹.

Podría decirse que la protección jurídica de las creaciones del matrimonio Fortuny-Nigrin vía patentes o modelos fue suficiente para lograr su reconocimiento judicial e impedir la comercialización de falsificaciones. Sin embargo, su pionera forma de entender el secreto comercial en el ámbito del diseño demostró también su eficacia y acabó otorgando una protección que ha expandido sus efectos más allá de la vigencia de las propias patentes por cuanto ha llegado hasta nuestros días.

Por otra parte, la lucha contra las falsificaciones que llevó a cabo Mariano Fortuny y Madrazo no se limitó a su obra o la de su mujer, sino que se amplió también a la de su propio padre. En el año 1933, ya en plena madurez y seguramente cansado de las imitaciones de los cuadros del pintor Mariano Fortuny y Marsal¹⁶⁰, decidió recopilar mediante

a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información en cuestión, ni fácilmente accesible para estas; b) tener un valor comercial por su carácter secreto; c) haber sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias del caso, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente ejerza su control».

Como el tiempo ha demostrado, el Delphos se confeccionaba en un gran secreto, el cual había sido objeto de medidas para que siguiera siendo así; y además dicho secreto dotaba también de valor comercial al vestido al dificultar la posibilidad de réplicas exactas y precisas. Es decir, reunía los requisitos que hoy en día se exigen para ser calificado como secreto comercial.

Cabe imaginar que podría haber hecho el matrimonio Fortuny-Nigrin en caso de haber contado con una legislación como ésta a principios del siglo pasado, y en tal caso, si se habrían decantado por la protección ofrecida por el derecho de patentes o habrían optado por la protección concedida por el secreto comercial.

159. R. NADELSON, *Fortuny's other secret*, en *Connoisseur*, junio 1983.

160. Imitaciones que ya empezaron en vida de Fortuny y Marsal.

fotografías las reproducciones de la obra de éste que consideraba fidedignas.

Y esa vez no acudió a los tribunales, sino a una editorial italiana (*Maylender*) la cual publicó un exquisito libro, con ejemplares numerados y encuadernados con tejidos diseñados por él mismo.

En el prólogo Fortuny afirmaba:

«Les tableaux de mon Père son disséminés un peu partout... Le public a donc très rarement l'occasion de les voir, et en général, il ne les juge qu'à travers les innombrables imitateurs et faussaires ; un nombre surprenant de "faux" circule ou existe dans de collections particulières et même dans les musées publics. Souvent ces faux sont de tableaux de peintres n'ayant aucun rapport ni de technique ni même de sujet avec le genre de mon Père, tableaux auxquels on a ajute tour simplement une fausse signature Fortuny»¹⁶¹.

De lo anterior se desprende que las actuaciones contra las imitaciones y las copias, en definitiva contra la falsificación constituían para el artista una cuestión de principios, la cual le compelió a actuar de muy diversas maneras a lo largo de su vida más allá de los derechos de propiedad industrial.

XII. LA ACTIVIDAD COMO CÓNSUL Y EMPRESARIO DE MARIANO FORTUNY

De lo expuesto hasta ahora se deduce la inmensa actividad empresarial que durante toda su vida ejerció Mariano Fortuny, la cual se extendió a numerosos y diversos intereses.

Intentar describir la actividad profesional de este artista resulta una tarea ingente para cualquiera que se acerque a su vida y obra. Sin embargo, él era capaz de hacerlo de forma breve y con tremenda sencillez. En una carta cuyo borrador se conserva en la Biblioteca Marciana¹⁶², describía así su actividad:

161. M. FORTUNY Y DE MADRAZO, *Fortuny 1838-1874*, Maylender, Bolonia, 1933.

162. Biblioteca Nacional Marciana, Fondo Mariutti-Fortuny 1.6.28. Se desconoce la fecha de dicha carta si bien ésta debería ser anterior a 1924, dado que en el contrato matrimonial firmado ese año entre Mariano Fortuny y Henriette Nigrin (comentado en capítulo quinto) no se recogen ya los posibles derechos que pudieran corresponder a Mariano Fortuny sobre la sociedad *Beleuchtung System Fortuny GMBH* (y que es a la que se refiere el artista cuando menciona que está «trabajando en sociedad a Berlín»).

«Tengo tres cosas:

1.º Una fabrica “Mariano Fortuny” al Palazzo Orfei, donde estampo (o imprimo) tejidos de algodón de diferentes colores, de terciopelos de sedas, y de vestidos. Y hago lámparas todo a mano con mis procedimientos especiales.

2.º Una fabrica “Fortuny y Cia” a la Giudecca, en sociedad con el Sr. Stucky donde se estampan (o imprimen) con máquinas especiales de mi invención, tejidos de algodón en gran cantidad y rápidamente.

3.º Las invenciones que se refieren al teatro y a la electricidad, y que sobre algunos estoy trabajando en sociedad a Berlín, pero espero por poco tiempo todavía, porque no estoy satisfecho».

Se trata de una carta dirigida a un hipotético agente o colaborador en España (cuyo nombre no figura en la misiva) y en la cual se intercambian opiniones sobre los borradores de contrato que pensaban firmar en un futuro próximo.

Y ahí se demuestra nuevamente que Mariano Fortuny conocía bien los instrumentos legales, que era capaz de revisar un contrato e incluso de sugerir mejoras y cambios. Así puntualizaba que, en caso de conflicto, la cuestión fuera sometida a la cámara de Comercio de Venecia en lugar de la de Barcelona (tal y como sugería inicialmente el borrador) o que manifestara que «la experiencia ... ha siempre demostrado los graves inconvenientes que suelen suceder cuando el agente toma el puesto del negociante» (matices éstos – los de agente y de negociante– que en ocasiones escapan a la comprensión de los estudiantes de derecho).

La fábrica mencionada en el documento anterior (denominada «Fortuny y Cia» según el artista o «*Società Anonima Fortuny*» según la propia escritura fundacional de la Compañía) se constituyó el 7 de julio de 1923 sobre unos terrenos que eran propiedad de Stucky¹⁶³. Los accionistas eran Fortuny y Gian Carlo Stucky junto con otros tres más: Antonio D’Este (comerciante veneciano), Carlo Vidal (residente también en Venecia) y la entidad *Credito Industriale* de Venecia¹⁶⁴. El capital societario era de 250.000 liras.

163. Esta no sería la única sociedad profesional que Mariano Fortuny llegara a constituir a lo largo de su vida. Previamente había creado, junto a su madre como socia, la sociedad Mariano Fortuny (1911) y junto a AEG la compañía *Beleuchtung System Fortuny GMBH* (1906 –respecto de esta última *vid.* nota 111 y sig.).

164. El *Credito Industriale di Venezia* era una sociedad anónima constituida por un grupo de industriales a principios del siglo XX y Stucky formaba parte del consejo de

En cuanto a las acciones (2.500 acciones liberadas y al portador, de 100 liras cada una de ellas), correspondieron 1.400 a la sociedad *Credito Industriale di Venezia*, 500 acciones a Mariano Fortuny, 500 a Stucky, 50 a D'Este y 50 a Vidal¹⁶⁵. Esa escritura, otorgada ante Carlo Candiani, fue registrada en Venecia el 13 de julio del mismo año¹⁶⁶.

En 1940 las contingencias derivadas de la segunda guerra mundial obligaron a paralizar la producción de Giudecca, y en 1941 los empleados de la fábrica fueron despedidos; dos años más tarde se declara la disolución de la compañía y Fortuny es nombrado liquidador único. Desgraciadamente la única bomba que cayó en Venecia durante esa guerra afectó gravemente a la fábrica y sus instalaciones fueron gravemente dañadas¹⁶⁷. A pesar de todo ello, parece que en el año 1947 Fortuny reemprendió la estampación de tejidos¹⁶⁸.

Sea como fuere, la liquidación final no llegó hasta el año 1951. Cuando se disolvió en ese año la sociedad tenía un capital de 1.500.000 y Henriette fue la encargada de su liquidación¹⁶⁹.

En todo momento, desde su constitución inicial hasta su muerte, Mariano Fortuny estuvo al frente de la compañía haciéndose cargo de la misma, asumiendo responsabilidades y cargos dentro del Consejo de Administración¹⁷⁰.

administración de la misma. Por lo tanto podría ser que tanto Stucky como Fortuny participasen indirectamente a través de esta compañía o bien que hubieran recibido un préstamo de ella en el inicio de la andadura societaria el cual sería amortizado pasando las participaciones más tarde a manos de las personas físicas.

165. Resulta curioso que en el contrato matrimonial firmado entre Mariano Fortuny y Henriette Nigrin (comentado en el capítulo quinto) el artista afirmara tan sólo un año mas tarde respecto de la constitución de la sociedad que «ses droits indivis étant de moitié avec monsieur Stucky» cuando la sociedad *Credito Industriale di Venezia* poseía mas del cincuenta por ciento de la compañía. En cuanto a la omisión de los otros accionistas en el contrato matrimonial, probablemente se debió al carácter minoritario de éstos y a la innecesariedad de entrar en el detalle de accionarial de la empresa en esa escritura.
166. *Sistema Archivistico Nazionale –SAN–. Bollettino Ufficiale delle Società per azioni*. Parte I. 1923.
167. Ch. GROS y C. FRANCINI, *Repères biographiques*, en *Fortuny, un Espagnol à Venise*, Catálogo de la Exposición, Palais Galliera, Paris Musées, 2017, pp. 31 y 32.
168. *Ibid.* nota 171, p. 32.
169. *Sistema Archivistico Nazionale –SAN–. Società Anonima Fortuny, bilancio finale di liquidazione al 15 giugno 1951* (Archivio della Camera di Commercio di Venezia, Registro Imprese, Sezione imprese cessate, fasc. 5982)
170. *Sistema Archivistico Nazionale –SAN– Società Anonima Fortuny, verbale di assemblea straordinaria dei soci, Venezia 9 agosto 1930* (Archivio della Camera di Commercio di Venezia, Registro Imprese, Sezione imprese cessate, fasc. 5982).

Ciertamente, en la figura de este hombre polifacético podían coexistir diversas facetas simultáneamente y supo conjugar esa actividad empresarial con la de Comisario de la Bienal de Venecia¹⁷¹ o la de cónsul honorario de España sin problema alguno.

Efectivamente, Mariano Fortuny fue vicecónsul y cónsul en Venecia durante varios años. En 1917 fue nombrado vicecónsul honorario y a finales de 1924 fue nombrado finalmente cónsul en la misma ciudad (el 13 de diciembre de 1924) cargo que ocuparía hasta el 12 de octubre de 1934¹⁷².

El periodista César González Ruano recurrió a la ayuda de Mariano Fortuny como cónsul cuando, en un viaje por Italia, perdió su pasaporte. En su crónica describe así el encuentro:

«...Pero el segundo día me esperaba un sobresalto que en aquella época era una contrariedad bastante seria: perdí mi pasaporte, y bastante angustiado pregunté si había en Venecia alguna representación consular española.

En el mismo hotel me indicaron las señas de un vicecónsul honorario de España, y allá me fui con la esperanza de arreglar mis papeles... La idea que un español puede tener de una oficina consular honoraria en Venecia no es, naturalmente gran cosa.

Cuando la góndola me paró delante de un viejo palacio, creí que nos habíamos equivocado.

—¿Su excelencia el cónsul de España? —pregunté yo al criado ascendiendo en vista de la morada al vicecónsul honorario...

Y entré en un mundo extraño, entredormido un poco en tinieblas en pleno día...

Al poco rato volvió el criado y me llevó a través de otros salones a un estudio enorme cuyas ventanas daban sobre uno de los infinitos canales ... Y allí me recibió el vicecónsul honorario de España todo un raro caballero granadino, que había llegado, con veintitantos años a Venecia y llevaba en ella casi medio siglo.

171. Sobre todas las actividades de Fortuny Madrazo como Comisario de la Bienal, *vid.* E. QUERCI, *Entre París, Venecia y Roma: Zuloaga, los pintores españoles e Italia*, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Geografía e Historia, Departamento de Historia del Arte Contemporáneo, tesis doctoral, Madrid, 2014.

172. *Vid.* al respecto lo dicho por M. del M. NICOLÁS MARTÍNEZ, *Mariano Fortuny y Madrazo. Entre la modernidad y la tradición*, tesis doctoral, Universidad de Granada, Departamento de Historia del Arte, mayo 1993, pp. 74 y sig. donde se analiza pormenorizadamente esta situación.

Era todo un tipo don Mariano Fortuny Madrazo. Pintaba por tradición familiar y había expuesto en los principales salones de Europa... Se dedicaba también –lo que resultaba bastante extraño en él– a la luminotecnia escénica, y era el inventor de una cúpula que habían instalado muchos grandes teatros.

Nos hicimos rápidamente amigos. ... Sentía el encanto, la fascinación, el veneno antiguo y eterno de la gran ciudad misteriosa y morbosa, y daba la impresión de un gran señor de la Edad Media en quien esas cosas de la luminotecnia fueran aspectos de la busca de la piedra filosofal»¹⁷³.

Hasta el momento esta es la única descripción encontrada de la actividad consular desempeñada por Mariano Fortuny, pero a buen seguro en el futuro aparecerán más documentos que atestigüen su proceder como cónsul.

Mariano Fortuny supo conjugar esta actividad representativa con su pasión de siempre, el arte. Así, y formando parte del Comité de Salvación de Obras de Arte de Venecia¹⁷⁴, utilizó el estatuto de territorio neutral del Palacio Pesaro Fortuny para dar protección a un ingente patrimonio artístico veneciano durante la primera guerra mundial.

Una relevante veneciana escribía al respecto:

«Questa carica, apparentemente solo amministrativa, mise pure al servizio dell'arte perché molte opere d'arte de la nostra Venezia trovarono asilo e salvezza durante la prima guerra europea in quel suo palazzo, all'ombra dello scudo de Spagna, paese neutrale, per la protezione di un console onorario che pur avendo la possibilità di allontanarsi dal pericolo che ogni giorno pendeva su Venezia, all'invito de allontanarsi non volle condursi diversamente da quel centinaio di famiglie che a Venezia resistettero, e con la sua tipica cadenza veneziano-spagnola, come loro rispose "Mi, no me movo"»¹⁷⁵.

Una vez más, se demostró (amén de su valentía personal) que todas sus actividades, bien dispares entre sí, tenían como epicentro común lo que el

173. Esa crónica, que se conserva en Biblioteca Nacional de España (*Otra muerte en Venecia*. Mariano Fortuny Madrazo. 1871-1949. Manuscrito de César GONZÁLEZ RUANO Mss/23203/5825 nov. 2014 – 8 feb. 2015) fue publicada en *La Vanguardia Española* el 24 de mayo de 1949.

174. Vid. G. DE OSMA, *Fortuny, Proust y los Ballets Rusos*, Elba, 2010.

175. A. MARIUTTI, *Quattro Spagnoli in Venezia*, Ed. Ferdinando Ongania Editore, 1957, p. 146. Vid. en ese sentido también G. DE OSMA, *Mariano Fortuny, ciencia, arte y diseño*, Ollero y Ramos, 2012, p. 194 y, asimismo, M. del M. NICOLÁS MARTÍNEZ, *Mariano Fortuny y Madrazo. Entre la modernidad y la tradición*, tesis doctoral, Universidad de Granada, Departamento de Historia del Arte, mayo, 1993, p. 73.

artista definió como su pasión en la vida: el arte. Y que los actos jurídicos a los que debía hacer frente como cónsul no eran una cuestión que Fortuny rechazase, sino que antes bien, los desempeñaba con acierto y prontitud.

XIII. LAS DONACIONES Y DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS DE HENRIETTE NIGRIN

Ciertamente, Mariano y Henriette no tuvieron hijos en común; tal y como recogía el cónsul español en Milán en una escritura de 1952 la pareja no tenía herederos forzosos¹⁷⁶. Los únicos descendientes directos de Henriette eran los hijos de su hermana Marie, es decir, Lucette Geneviève Marie (la cual se casó con Robert Achille Mimin) y Marcel León Nicault.

Cuando Mariano fallece, Henriette cuenta con 72 años. Tras ello, cesó en su actividad creativa: se desprendió de la factoría de Giudecca tras su venta a McNeill y paralizó la producción de los vestidos que hasta ese momento la habían mantenido ocupada en el Palacio Pesaro Fortuny.

Ya ha sido comentado anteriormente que Henriette, tras una supuesta autorización inicial relativa a la comercialización del Delphos, modificó posteriormente su opinión e impidió que este vestido (su invención más preciada) se siguiera fabricando en Giudecca bajo el control de la Condesa Gozzi. Liberada pues de lo que hasta entonces había sido su actividad artística, «destinó la última etapa de su vida (casi 16 años) a catalogar y reorganizar los bienes de su marido, así como a efectuar numerosas donaciones a diversas instituciones»¹⁷⁷.

Así como Mariano Fortuny hizo donaciones durante toda su vida, las donaciones que llevó a cabo Henriette se iniciaron a partir de la muerte de su marido. Y sorprende cómo continuó la línea iniciada por éste, tanto en las elecciones de las instituciones beneficiarias como en su modo de proceder.

También llama la atención la rapidez en su toma de decisiones respecto de los bienes más importantes: la venta de Giudecca, la paralización de la actividad desarrollada en el Palacio Pesaro Fortuny, la catalogación de las obras de Fortuny, o las primeras donaciones se llevaron a cabo en el escaso plazo de tres años. E igualmente sorprende que, tras la muerte de su marido,

176. Copia auténtica de la escritura otorgada por Henriette Nigrin ante Marcial Rodríguez Cebal (cónsul de España en Milán) el 8 de febrero de 1952, con el número 27 de su protocolo. Biblioteca Nacional Marciana, Fondo Mariutti-Fortuny M.6.5.16.

177. S. BAÑARES, *Una breve nota biográfica sobre Henriette Nigrin, creadora del Delphos*, en Revista DataTextil, n.º 36.

Henriette empezase a hacer constar su profesión en la firma de documentos (la de *industriale*), si bien no fue una pauta que siguiera de manera uniforme en esta etapa de su vida¹⁷⁸.

El primer testamento ológrafo de Henriette (marzo de 1952) da cuenta de la urgencia que la movía: de él se desprende su voluntad de perpetuar en todo momento la memoria de su marido, así como de la necesidad de redactar y confeccionar un inventario de las obras del Palacio Pesaro Fortuny con carácter previo a cualquier disposición patrimonial¹⁷⁹.

Esa misma urgencia la manifestaba Henriette en una carta remitida a McNeill hacia el año 1952 «*nella mia situazione, io devo cercare de realizzare quanto possiedo e, che non ho motivo di conservare, per molteplici ragioni e al più presto*»¹⁸⁰.

Probablemente detrás de tal decisión se escondía el temor a que todo ese ingente patrimonio artístico¹⁸¹ pudiera malbaratarse tras su muerte.

Ese pensamiento no resulta extraño si se tiene en cuenta que Henriette no contaba con familiares directos en Venecia tanto por su rama familiar como por la de su marido: su suegra y su cuñada, residentes en Venecia durante buena parte de su vida¹⁸², habían fallecido años atrás, sus sobrinos carnales (y quizás posibles herederos) permanecían en Francia y la mayoría de la familia de su marido vivía en España.

178. Escritura 34.606 de fecha 10 de junio de 1949, otorgada ante el notario de Venecia Luigi Candiani, por la cual se elevaba a público un testamento ológrafo de Mariano Fortuny fechado el 23 de septiembre de 1948.

179. Biblioteca Nacional Marciana, Fondo Mariutti-Fortuny M.1.16.1.

180. Biblioteca Nacional Marciana, Fondo Mariutti-Fortuny M.1.10.25.

181. La valoración final del patrimonio de Fortuny no se cerró hasta el año 1961, tras largas negociaciones entre el representante de Henriette y el *Comune di Venezia*. De esta valoración se excluyó el inmueble correspondiente al Palacio Pesaro Orfei porque el *Comune* tuvo en cuenta la donación de éste efectuada por Henriette a la ciudad.

El monto total de dicha valoración ascendía a 42.400.000 liras italianas y la cuota del impuesto (13,04% sobre dicha valoración) ascendió a 5.528.960 liras. La partida más importante de dicha herencia eran las acciones de la Sociedad Anónima Fortuny. Estas habían sido inicialmente valoradas en 50.000.000 liras, y Henriette luchó a través de sus abogados para reducir este valor inicial, propósito que consiguió en parte (por cuanto finalmente se valoraron en 30.000.000) pero no de forma plena por cuanto en la Comisión pesaron «*le voci che sono circolate sul realizzo fantastico della vendita dello stabilimento ad una americana*» (Biblioteca Nacional Marciana, Fondo Mariutti-Fortuny 6.5.25 y 6.5.26). Ello contradecía la extendida opinión de que Henriette vendió a Elsie McNeill la fábrica de Giudecca por un escasísimo montante («*la manufacture est vendu pour une pipe de tabac*» según informaciones orales recogidas por A.M. DESCHODT y D. DAVANZO POLI, *Mariano Fortuny, un magicien de Venise*, Editions du Regard, París, 2000, p. 185).

182. Biblioteca Nacional Marciana, Fondo Mariutti-Fortuny M.6.5.4.

Mientras, siguió residiendo en el Palacio Pesaro Fortuny, su domicilio conyugal, lugar que no abandonaría nunca y en cual fallecería el 16 de marzo de 1965.

Si Henriette pudo decidir y disponer de todo ello fue por el carácter de heredera universal de su marido.

Mariano Fortuny había testado a favor de su mujer en el año 1946, estableciendo una serie de legados. Ese testamento fue elevado a público en el año 1950, ante el notario de Venecia, Luigi Candiani¹⁸³.

Sin embargo, esta disposición fue revocada por un segundo testamento de Mariano Fortuny fechado en 1949, en virtud del cual Henriette era designada como heredera universal de su esposo. Dicho documento fue elevado a público en el año 1949 ante el mismo notario¹⁸⁴.

Las fechas de elevación a público de ambos testamentos han llevado a algunos autores a considerar el primero de ellos como el segundo otorgado. Sin embargo, ello no debe mover a confusión, siendo el fechado en el año 1949 el testamento válido y que reguló la sucesión de Mariano Fortuny.

Ni en el texto de los documentos ológrafos (redactados en francés) ni en la protocolización de los mismos se hace constar cual era la legislación aplicable (italiana o española) a la sucesión de Mariano Fortuny. Ahora bien, a tenor de la nacionalidad española de éste, la normativa de nuestro país resultaría la aplicable y en consecuencia, la sucesión se regiría por las reglas del derecho común español¹⁸⁵.

Por otra parte, se desconocen las razones que llevaron a Henriette a protocolizar en el año 1950 aquel testamento anterior. Aun así, y a la vista de su contenido (relativo al legado específico de dos cuadros destinados al Museo de los Uffizi de Florencia¹⁸⁶) podría deducirse que lo hiciera para

183. Escritura número 36.154 de fecha 27 de marzo de 1950, otorgada ante el notario de Venecia Luigi Candiani, por la cual se elevaba a público un testamento ológrafo de Mariano Fortuny fechado el 21 de junio de 1946.

184. Escritura 34.606 de fecha 10 de junio de 1949, otorgada ante el notario de Venecia Luigi Candiani, por la cual se elevaba a público un testamento ológrafo de Mariano Fortuny fechado el 23 de septiembre de 1948.

185. Por otra parte, y tan sólo a título de mera hipótesis, sería factible que esta sucesión estuviera sujeta al derecho foral catalán de entonces en el supuesto de que el artista hubiera heredado de su padre la (a su vez hipotética) vecindad civil de éste (*vid.* en ese sentido lo dicho en nota 85).

186. En concreto, se trataba de un autorretrato de juventud de su suegro y otro que su propio marido había realizado a tal fin.

acreditar la voluntad de su esposo respecto el destino último de esas obras ante el propio museo florentino.

Sea como fuere, y en virtud del testamento del año 1949, Henriette estaba dotada de pleno poder de disposición sobre la totalidad de los bienes heredados (literalmente en el testamento 1949 Mariano Fortuny manifestaba que «*je laisse à mon épouse tout ce que je possède, hérité, acquis, produit, meubles et immeubles, tout sans exception. Ce testament annule le précédent*»). Aun así, y conocedora de los deseos de su marido, luchó por cumplir con la voluntad expresada en vida por éste.

Sabido es como deseaba respetar al máximo los deseos de Mariano Fortuny respecto del destino de numerosas piezas de arte. En la Biblioteca Marciana de Venecia se conservan dos interesantes listas confeccionadas por Henriette. La primera de ellas (datada en 1950) contiene «*las cosas que han de ir a España. Legados de Mariano Fortuny y Madrazo y de lo que añade su señora Henriette Fortuny para honrar su Memoria, a otros Museos de España*» (sic)¹⁸⁷; se trata en definitiva de una lista mecanografiada en la que se incluyen las donaciones destinadas al Museo del Prado, al Museo de Arte Moderno, a la Biblioteca Nacional, al *Museu Nacional d'Art de Catalunya*, al Museo Salvador Vilaseca de Reus, o al Museo de Bellas Artes de Córdoba.

La segunda lista comprende aquellas piezas que se destinan a Mariano Madrazo (primo político de Henriette) y sus familiares de Madrid; es una lista manuscrita, redactada por la propia Henriette en italiano y que demuestra el amplio conocimiento que ésta tenía sobre las piezas que se hallaban en el Palacio Pesaro Fortuny (así por ejemplo describe una de ellas como «*Ritratto Isabel –per Egusquiza– 1877*»).

Y tales donaciones no se produjeron en una única ocasión sino también en épocas sucesivas. Tanto el listado de dichas obras como las vicisitudes de dichas donaciones ya han sido tratadas por otros autores, razón por la cual no nos ocuparemos de ello¹⁸⁸.

187. Biblioteca Nacional Marciana, Fondo Mariutti-Fortuny M.6.5.4.

188. Véase por ejemplo, M. del M. NICOLÁS MARTÍNEZ, *El legado Fortuny-Nigrin*, en *Cuadernos de Arte de la Universidad de Granada*, 2010, pp. 269-286, artículo en el que se realiza un pormenorizado estudio de las vicisitudes de estas donaciones.

Tan sólo nos limitaremos a apuntar que incluso la prensa se hizo eco de tales donaciones, reproduciendo minuciosamente el listado de obras que (por decisión de Henriette) llegarían posteriormente a España¹⁸⁹.

En cambio sí nos detendremos en una escritura de donación de obras del año 1952, y en las cartas que remitió Henriette a diversas instituciones españolas relativas a su carácter de donante.

1. ESCRITURA DE DONACIÓN DE 1952

El 8 de febrero de 1952 Henriette compareció ante el consulado español de Milán para efectuar una donación de una serie de obras de arte con destino a numerosas instituciones españolas¹⁹⁰. Se trataba esencialmente de las obras que Mariano Fortuny y Madrazo deseaba que destinaran a España (*«por haber sido preocupación de toda su vida que éstos quedasen en su patria»*). A ello Henriette añadió, *motu proprio*, otras obras que completaban dicha donación (*«ella por su parte desea aumentar esta relación, aportando otros objetos de arte también de su propiedad»*).

La finalidad de tal escritura no era otra que la de acreditar de forma indubitada la donación. Sin embargo, y tal como el cónsul expresaba, la misma estaba sujeta a la aceptación por parte de España (*«la donación ha de ser previamente aceptada por el Estado español»*).

Esta escritura otorgada ante Marcial Rodríguez Cebal resulta interesante también por dos aspectos más relacionados con la nacionalidad y estado civil de Henriette.

Respecto del primero, este documento acredita nuevamente la nacionalidad española de Henriette; así, se hace constar en ella que compareció *«la Excm. Señora Doña Henriette Nigrin, española natural de Fontainebleau, viuda, sin profesión especial, residente en Venecia, palacio Orfei»*.

Sin embargo, hasta ese momento Henriette habría omitido los trámites legales acreditativos de tal nacionalidad, por cuanto en esa misma escritura se recoge que el certificado acreditativo de su condición de española le fue concedido por ese mismo cónsul escasos días antes de efectuar dicha donación (y así se afirma que Henriette está provista de *«certificado corriente*

189. Tal fue el caso de lo publicado en La Vanguardia Española el 30 de junio de 1950 (artículo de Juan Ramón Masoliver) o en el ejemplar de 21 de junio de 1951.

190. Copia auténtica de la escritura otorgada por Henriette Nigrin ante Marcial Rodríguez Cebal (cónsul de España en Milán) el 8 de febrero de 1952, con el número 27 de su protocolo. Biblioteca Nacional Marciana, Fondo Mariutti-Fortuny M.6.5.16.

de nacionalidad número uno de Enero de 1952 –sic– expedido por el Viceconsulado de España en esta ciudad»¹⁹¹.

Por otra, y en relación a su estado civil, Henriette manifestaba que era «viuda en primeras nupcias de Don Mariano Fortuny y Madrazo»¹⁹². A pesar de tratarse de una declaración contenida en un documento público, la misma no puede contradecir la realidad de un primer matrimonio (y subsiguiente divorcio) sobre el cual existen numerosas fuentes documentales, parte de las cuales ya han sido aportadas a este estudio.

La explicación de tal hecho podría encontrarse quizás en el temor de la propia Henriette relativo a que la donación que ella deseaba realizar fuera rechazada por la España franquista de la época en caso de que surgiera a la luz su condición anterior de divorciada (condición que como es sabido, no era reconocida por el Estado español en ese periodo).

Es importante resaltar también el hecho de que el título de transmisión fue el de donación y no el de legado (como bien se han encargado de señalar algunos autores¹⁹³); y que además se trataba de una pura y estricta liberalidad de Henriette como heredera universal (y no de unas entregas realizadas como simple legataria de su marido o de su familia política).

Esa condición de donante así como la petición de que figurase su nombre como tal, fue exigida por la propia Henriette en más de una ocasión a las autoridades españolas¹⁹⁴ las cuales (haciendo gala de cierta ignorancia) habían interpretado tal donación como propia de la familia Fortuny y no de ella¹⁹⁵.

191. Copia auténtica de la escritura otorgada por Henriette Nigrin ante Marcial Rodríguez Cebal (cónsul de España en Milán) el 8 de febrero de 1952, con el número 27 de su protocolo. Biblioteca Nacional Marciana, Fondo Mariutti-Fortuny M.6.5.16.

192. *Ibid.*

193. M. del M. NICOLÁS MARTÍNEZ, *El legado Fortuny-Nigrin*, en *Cuadernos de Arte de la Universidad de Granada*, 2010, p. 279.

194. «Hago esta donación en nombre propio. Y por ello, quiero hacer notar la diferencia que existe entre las donaciones realizadas por la familia de mi marido, los legados que él hizo a varias (ilegible) y las donaciones que yo hago en mi calidad de heredera universal... He recibido algunas cartas, entre ella la del Patronato de la Biblioteca Nacional, en la cual se mantiene esta confusión... Permitame pedirle que en los catálogos... las donaciones aparezcan correctamente...». M. del M. NICOLÁS MARTÍNEZ, *El legado Fortuny-Nigrin*, en *Cuadernos de Arte de la Universidad de Granada*, 2010, p. 279.

195. Este error fue incluso reiterado en varias ocasiones por la prensa: véase a título de ejemplo, *La Vanguardia Española* de 9 de marzo de 1951, cuando se dice que las piezas destinadas al Museo de Arte de Cataluña proceden del «legado del benemérito don Mariano Fortuny y Madrazo, hijo del maestro y fallecido en Venecia».

Sea como fuere, esos errores fueron parcialmente subsanados posteriormente por el Estado español, el cual mediante Orden de 22 de julio de 1952 del Ministerio de Educación Nacional (publicada en el BOE 248 de 4/9/1952) acordaba finalmente aceptar *«el legado (sic) instituido a favor del Estado español por doña Henriette Nigrin, viuda de don Mariano Fortuny y Madrazo, consistente en diversas obras pictóricas y objetos artísticos»*.

Nuevamente se confunde la figura del legado con la de la donación, si bien en el cuerpo de la orden finalmente se recoge que *«resultado que por escritura de donación otorgada con fecha 8 de febrero del año en curso por la expresada doña Henriette Nigrin ante... dispone aquella a favor del Estado de determinados bienes... que pertenecieron a la colección de su esposo, como heredera de todos sus bienes...»* y *«considerando que se tratándose de una donación pura y simple es procedente aceptarla...»*.

Sea como fuere, el Estado español procedió a manifestar su agradecimiento, el cual se publicó asimismo en el BOE¹⁹⁶.

2. OTRAS DONACIONES

Ahora bien, las donaciones no se limitaron a España ni tampoco a instituciones públicas. Venecia fue una ciudad particularmente beneficiada por Henriette, la cual también efectuó donaciones al *Museo del Vetro* de Murano¹⁹⁷ o al ayuntamiento de la ciudad, la cual recibió el Palacio Pesaro Fortuny tras el rechazo de las autoridades españolas¹⁹⁸.

Por otra, su espíritu generoso se extendió incluso a personas anónimas que acudían a ella en busca de una pequeña obra de su marido o de su suegro. Ese fue el caso de un pareja de actores y productores catalanes (Pedro Gener y Elvira Jofre) que se dirigieron a Henriette en petición de un pequeño apunte de Mariano Fortuny y Marsal (renombrado pintor y padre de Mariano Fortuny).

Aun siendo ambos actores personas desconocidas para ella, Henriette les remitió en 1954 un pequeño estudio para un aguafuerte del artista¹⁹⁹, lo cual es una muestra más del desprendimiento del que hizo gala en multitud de ocasiones.

196. BOE 163 de 11/06/1952 en el cual el Ministerio de Asuntos Exteriores se complacía en *«dar las gracias a doña Henriette Nigrin... por su generoso desprendimiento»*.

197. Biblioteca Nacional Marciana, Fondo Mariutti-Fortuny M.6.5.14.

198. Vid. al respecto G. DE OSMA *Mariano Fortuny, arte, ciencia y diseño* Ed. Ollero y Ramos, pp. 271 y sig.

199. Biblioteca Nacional Marciana, Fondo Mariutti-Fortuny M.1.5.5.

3. ÚLTIMAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS

Respecto de las últimas disposiciones de Henriette, distintas a las listas enunciadas al inicio de este capítulo, existe una información escasa y en ocasiones confusa.

Más allá del testamento ológrafo de dos de marzo de 1952 comentado al inicio de este capítulo²⁰⁰ consta al menos la existencia de otros dos: el primero de fecha 9 de octubre de 1953, depositado en la Notaria Candiani el 12 de octubre del mismo año²⁰¹ y el segundo de fecha 30 de junio de 1954 depositado en la misma notaria el 25 de septiembre de 1954²⁰².

Años más tarde (el 2 de abril de 1965) el abogado veneciano Ruggero Sonino comparecería ante el notario Candiani para elevar a público un documento hológrafo de Henriette (fechado el 21 de octubre de 1953) en el que designaba a dicho abogado como su albacea o *esecutore testamentario*²⁰³. Sería por tanto este letrado el que debió realizar todas las operaciones de partición y liquidación de la herencia de Henriette y la persona que pudo conocer con mayor detalle el destino de los bienes de ésta.

Ciertamente algunos autores han sugerido que Henriette modificó su testamento en los últimos años de su vida designando como herederos a su sobrinos carnales²⁰⁴ aunque no ha sido posible localizar fuentes documentales sobre este punto.

Sea como fuere, lo cierto es que las disposiciones testamentarias que hemos podido consultar no se pronuncian sobre la normativa aplicable (italiana, española o francesa).

Lo más probable es que la sucesión de Henriette no estuviera sujeta al derecho italiano por cuanto no parece que llegase a adquirir la nacionalidad italiana en algún momento de su vida; y tampoco parece factible que lo hiciera conforme la legislación española. Más parece que la legislación aplicable a sus disposiciones testamentarias fuera la francesa por cuanto

200. Biblioteca Nacional Marciana, Fondo Mariutti-Fortuny M.1.16.1.

201. Según se deduce de nota manuscrita añadida al primer testamento (Biblioteca Nacional Marciana, Fondo Mariutti-Fortuny M.1.16.1).

202. Biblioteca Nacional Marciana, Fondo Mariutti-Fortuny M.1.16.2. Desafortunadamente no ha sido posible tener acceso a esta disposición testamentaria.

203. Escritura número de protocolo 51785 del Notario Antonio Candiani. Agradecemos a Cristina da Roit la ayuda prestada en la obtención de este documento.

204. M. del M. NICOLÁS MARTÍNEZ afirma que «Según información verbal de Liselotte Höhs, amiga personal de Henriette Nigrin, ésta testó al final de su vida a favor de sus sobrinos». *El legado Fortuny-Nigrin en Cuadernos de Arte de la Universidad de Granada*, 2010 p. 286.

consta que Henriette ostentaba dicha nacionalidad y no existen indicios que llegara a perderla. El hecho de que sus raíces fueran francesas, que su familia carnal residiera en ese país y que los documentos ológrafos estén redactados en lengua francesa serían elementos que abundarían también en esa hipótesis.

XIV. MARIANO Y HENRIETTE: DEFENSA DE SUS DERECHOS PERSONALES

No podemos concluir este estudio sin hacer referencia a dos acciones (más concretamente una demanda judicial y una reclamación extrajudicial) interpuestas en distintos momentos temporales por Mariano y Henriette.

Efectivamente, más allá de la protección jurídica de su obra y de su patrimonio, ambos cónyuges demostraron en determinados momentos de su vida que poseían un fuerte sentido de sus derechos, así como el coraje suficiente para poner en marcha cuantas acciones legales considerasen necesarias en defensa de los mismos.

La primera tiene como causa un accidente de tráfico sufrido por Mariano Fortuny en el año 1909; la segunda, el contenido de una publicación aparecida en la revista italiana *Epoca* en el año 1952.

1. EL ACCIDENTE DE MARIANO FORTUNY

En el año 1906 Mariano Fortuny había realizado la escenografía e iluminación del teatro de la Condesa de Bearn²⁰⁵. Un año más tarde había asumido el encargo de la iluminación de las pinturas de Baudry en la Ópera de París²⁰⁶.

En 1909 los directores de la Ópera de París (André Messager y Leimistin Broussan –los cuales habían admirado los trabajos de Fortuny que acabamos de referenciar–) decidieron encomendarle la ejecución de determinados efectos de iluminación de la ópera «La condenación de Fausto» de Berlioz²⁰⁷.

El artista, al parecer, había hecho ciertos estudios en su taller del Boulevard Berthier, pero no pudo concluirlos a causa de un grave accidente sufrido en París el 2 de diciembre de 1909. Finalmente, la ópera (que se

205. G. DE OSMA: *Mariano Fortuny, ciencia, arte y diseño*. Ollero y Ramos 2012, p. 116.

206. G. DE OSMA: *Mariano Fortuny, ciencia, arte y diseño*. Ollero y Ramos 2012, p. 119.

207. «*Le Journal*» París. 16/11/1911.

representó en varias ocasiones durante el año 1910²⁰⁸) se estrenó sin la participación de Fortuny²⁰⁹.

El accidente al que hemos hecho mención se produjo cuando el artista se encontraba en un taxi a las puertas del teatro, el cual fue arrollado a su vez por otro taxi; como consecuencia de tal percance el artista no sólo no pudo realizar los trabajos encomendados sino que también hubo de ser operado²¹⁰.

Con posterioridad a todo ello Mariano Fortuny decidió entablar una reclamación contra ambas compañías de transporte y solicitó una indemnización conjunta de 50.000 francos de la época²¹¹ en concepto de daños y perjuicios. Como elementos probatorios (de lo que entendemos que debió ser el lucro cesante) aportó, entre otros, una carta remitida por los Sres. Messenger y Broussan en la cual manifestaban los hechos anteriormente descritos (el encargo, los estudios del taller de Boulevard Berthier, el estreno sin la participación del artista, etc.).

De todo ello se hizo eco la prensa, la cual incluso recogía que «*après plaidoiries de M. Louis Signorino qui représentait les intérêts de M. Fortuny... la quatrième chambre, sous la présidence de M. Bauchard, a ordonné une enquête sur les responsabilités encourues et chargé M. le juge Bastid d'y procéder*»²¹².

Desafortunadamente no hemos podido acceder a otras fuentes documentales o judiciales que precisen cómo y de qué manera terminó ese litigio.

Sin embargo, el hecho de que Mariano Fortuny no olvidara ese accidente y que decidiera demandar a las compañías de transporte, es demostrativo de la importancia que concedía a la defensa de sus derechos personales, particularmente cuando la salud y su trabajo²¹³ se veían comprometidos.

208. K. BOULANGER *L'Opéra de Paris sous la direction d'André Messager et de Leimistin Broussan (1908-1914). Edition critique du Journal de régie de Paul Stuart*. Consultable en <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01133494/document>

209. «*Le Journal*» Paris. 16/11/1911.

210. *Ibid.*

211. Según el *Institut national de la statistique et des études économiques* de Francia (INSEE) esa cifra equivaldría actualmente a 193.811,45 euros («*Compte tenu de l'érosion monétaire due à l'inflation, le pouvoir d'achat de 50 000,00 Anciens francs en 1909 est donc le même que celui de 193 811,45 Euros en 2016*»).

212. *Ibid.* nota 211.

213. De hecho, y en la última cronología biográfica de Fortuny se constata que durante el año siguiente a dicho accidente el artista desarrolló una actividad comparativamente menor respecto de otros años. Ch. GROS y C. FRANZINI *Repères biographiques* en la obra *Fortuny, un Espagnol à Venise*. Catálogo de la Exposición. Palais Galliera, Paris Musées, 2017, p. 27.

2. HENRIETTE NIGRIN Y LA REVISTA ÉPOCA

Ya hemos comentado que tras la muerte de Mariano Fortuny, Henriette se vio envuelta en un sinfín de gestiones fruto de las decisiones que se vio obligada a afrontar en aquel entonces. En medio de esa frenética situación concedió una entrevista a la entonces joven periodista Oriana Fallaci, la cual acabaría publicando su artículo en la revista italiana *Epoca* en el año 1952²¹⁴.

El contenido de dicha entrevista fue definido por la propia Henriette como «insensato, indiscreto y vulgar», la cual consideraba además que el artículo presentaba la figura de su marido «*sotto una falsa luce per non parlare di tutte le stupidaggini scritte su di me*»²¹⁵. En muy similares términos se expresaba en una carta remitida a Elsie McNeill en noviembre de ese mismo año²¹⁶. Por otra parte, y a pesar de las promesas de la revista relativas al envío de las galeradas, el artículo no fue sometido a su previa autorización²¹⁷. Ciertamente todo ello causó un profundo disgusto en Henriette.

Sin entrar en las razones de tal malestar, lo cierto es que su contenido no podía ser del agrado de una persona celosa de su privacidad como era Henriette. Pero desde una óptica jurídica, el aspecto más interesante radica en las actuaciones que ésta llevó a cabo para evitar la publicación del artículo así como la posterior paralización de su difusión.

Así en un telegrama de 25 de octubre remitido a la revista Henriette manifestaba que «*deploro pubblicazione articolo fotografie numero odierno stop atteggiamento non conforme vostra trenta settembre stop prego impedire traduzioni divulgazione stop attendo chiarificazioni*»²¹⁸.

Poco más tarde, en una carta remitida a Fernanda Ojetti (amiga personal de Henriette y mujer de Ugo Ojetti –director durante algunos años del periódico *Corriere de la Sera*–) detallaba las gestiones realizadas así como la protesta remitida a *Epoca* exigiendo que el artículo no fuera «*tradotto nè diffuso*»²¹⁹.

La dirección de la publicación, en noviembre 1952, contestó a Henriette manifestando sus disculpas (alegando como «factor atenuante» el reciente

214. *Un Leonardo spagnolo all'ombra di San Marco* en Revista *Epoca*, n.º 108 Vol. IX, 1/11/1952, aparecida en octubre de ese mismo año.

215. Biblioteca Nacional Marciana, Fondo Mariutti-Fortuny M.1.10.17.

216. Biblioteca Nacional Marciana, Fondo Mariutti-Fortuny M.1.10.24.

217. Biblioteca Nacional Marciana, Fondo Mariutti-Fortuny M.1.10.17 y M.1.10.20.

218. Biblioteca Nacional Marciana, Fondo Mariutti-Fortuny M.1.10.9.

219. Carta de 2 de noviembre de 1952, Biblioteca Nacional Marciana, Fondo Mariutti-Fortuny M.1.10.17.

cambio de dirección en la publicación) pero no asumió ningún compromiso relativo a la paralización de su difusión²²⁰.

Henriette prosiguió su lucha en defensa de la figura de su marido y de la suya propia, y replicó nuevamente a *Epoca* manifestando su oposición a la publicación (tanto del texto como de las fotografías que acompañaban al mismo).

También solicitó a Elsie McNeill que no diera difusión a ese artículo en Estados Unidos, a lo cual accedió la americana sin dudar²²¹.

En una época en la que la regulación de los derechos de imagen y de la intimidad no era todavía una realidad en Italia²²², esa mujer de naturaleza discreta, pero descrita por Orianna Fallaci como «*silenziosa come un gatto e... piccola e fragile*»²²³ no resultó ser tal y logró (tan sólo a base de pluma y papel y sin llegar a entablar acciones judiciales) que una prestigiosa revista como *Epoca* se aviniera a sus pretensiones.

De hecho el Fondo Mariutti-Fortuny guarda una prolija documental relacionada con el caso²²⁴ pero entre sus registros no existe ni una sola copia de la mencionada revista. Todavía hoy en día obtener un ejemplar de ese número es una ardua tarea que requiere tiempo y esfuerzo; y si bien ello puede resultar un inconveniente para los investigadores, constata de forma palmaria que Henriette logró su objetivo.

Ambas circunstancias (el accidente de Mariano Fortuny y la reacción de Henriette Nigrin frente a la revista *Epoca*) demuestran sin lugar a dudas la importancia que ambos otorgaban a su reputación y privacidad, y que las

220. Biblioteca Nacional Marciana, Fondo Mariutti-Fortuny M.1.10.20.

221. Biblioteca Nacional Marciana, Fondo Mariutti-Fortuny M.1.10.13.

222. En Italia el derecho a la imagen se inserta o es una expresión más del «*diritto alla riservatezza*» el cual «*esprime la legittima aspettativa di ciascun individuo di non essere oggetto di interferenze da parte di terze persone circa quelle caratteristiche personali, intime ed interiori che compongono la propria personalità. In sintesi, dunque, tale diritto si identifica con il termine privacy*». L. MEZZASOMA *Il diritto all'immagine fra codice civile e Costituzione* en Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia, Universidad de Almería. Marzo 2013, p. 2.

223. *Un Leonardo spagnolo all'ombra di San Marco* en Revista *Epoca*, n.º 108 Vol. IX, 1/11/1952, aparecida en octubre de ese mismo año.

224. Biblioteca Nacional Marciana, Fondo Mariutti-Fortuny M.1.10.1 a M.1.10.22. Sobre la amplitud de la documentación relativa a este asunto M. BRUSEGAN escribía «*merita citazione anche il carteggio, composto da 32 pezzi, relativo a un articolo apparso nel numero 108 di Epoca in data 24 ottobre 1952 a firma di Oriana Fallaci (M.10) con alcune prese di posizione molto critiche di Henriette nei confronti della direzione della rivista*» en *Setta y Oro La collezione tessile di Mariano Fortuny* Cassa di Risparmio di Venezia SpA.

adversidades no les impedían ejercitar sus derechos frente a las entidades que los habían violado.

Las acciones legales no se limitaron, durante sus periplos vitales, a la defensa de su creación artística: se extendieron asimismo a su esfera privativa, área primordial para estos dos artistas en los que la dignidad personal y el honor jugaron un papel fundamental.

XV. CONCLUSIONES

Del largo periplo vital de más de sesenta años de la vida de Mariano Fortuny y Henriette Nigrin (que se extiende desde 1897 –fecha del primer matrimonio de Henriette– hasta 1961 –fecha del último documento citado–) y del cual nos hemos limitado a ofrecer algunas pincelas jurídicas, creemos que se desprenden las siguientes conclusiones:

1) Ciertamente, Mariano Fortuny estaba provisto de una mente creativa, aguda y curiosa, a la cual se añadía una capacidad de trabajo extraordinaria. La combinación de estas facultades le hacían interesarse por una variedad ingente de disciplinas: desde la electricidad a la pintura, pasando por el desarrollo de modelos industriales, diseños textiles o motores de barco.

Aquellos autores que se han ocupado de su figura suelen definir su personalidad como polimórfica. De forma similar, su mujer decía de él que era un *génie multiforme*. Y ello se reflejaba también en su modo de vivir: nació en Granada, de padres madrileños y catalanes. Se crió en París y estableció su hogar en Venecia, pero fue capaz de constituir sociedades mercantiles con alemanes e italianos o de registrar sus inventos en Francia, Suiza o España. Sus clientes se distribuían a través del mundo y sus proyectos también.

Hasta ahora todas las facetas de este hombre poliédrico han sido analizadas con gran acierto por los autores que se han ocupado de su vida y su obra. Sin embargo, cabría añadir una más: la jurídica o legal.

Mariano Fortuny, a diferencia de otros artistas, no tenía reparos en acercarse al ámbito del derecho. Demostró a lo largo de su vida que conocía los instrumentos jurídicos de los que podría llegar a valerse, los utilizó sin reparos e incluso en ocasiones los dotó de valor añadido.

Así, era capaz de escoger los sistemas de protección derivados de los derechos de propiedad industrial que mejor le pudieran convenir, de corregir contratos comerciales, de ejercer plenamente las funciones legales derivadas de su cargo de cónsul o incluso de introducir aspectos creativos

dentro del rígido proceso judicial (como fue la utilización de una modelo durante el caso *Lafayette*).

Nada de ello es común entre los que se definen como artistas, a quienes el contacto con el mundo jurídico suele ser causa de un íntimo rechazo.

2) La figura de Henriette pasó más desapercibida durante la vida de Fortuny. Aunque seguramente ella fue partícipe de muchas decisiones de su marido (tanto en su trabajo como respecto de las donaciones hechas en vida) su personalidad emerge a la luz pública tras la muerte de éste.

Es en ese momento cuando ella debe adoptar decisiones de gran calado de forma independiente y lo hace con pleno conocimiento de causa. Así actuó con venta de la factoría de Giudecca o con la finalización de la producción comercial del Delphos.

En cuanto a sus actos como heredera siempre mantuvo un «espíritu de legataria». Y ello no fue por falta de firmeza de carácter, sino porque genuinamente la movía un deseo respetar lo que ella consideraba la voluntad de su marido, cuya figura pretendía que se honorase bajo todo término y condición.

Por otra parte, entendemos que ya nadie puede poner en tela de juicio la autoría de Henriette de determinadas invenciones atribuidas tradicionalmente a su marido, como es el caso del Delphos. Que tal hecho no haya surgido a la luz hasta fechas recientes se debe en parte al escaso afán de protagonismo de Henriette, a la plena confianza existente entre la pareja y al difícil acceso a las fuentes documentales que así lo acreditaban.

3) También fruto del análisis efectuado cabría resaltar la gran generosidad del matrimonio. Su particular sentido de responsabilidad con la sociedad y con la historia les llevó a desprenderse de bienes y obras a favor personas e instituciones con gran altruismo por su parte. Hoy en día los ciudadanos en general y numerosas instituciones en particular, disfrutan de unos bienes gracias a este ánimo desinteresado que inspiró a ambos. De hecho las generaciones actuales deben agradecer de forma particular a Henriette Nigrin el hecho de poder gozar de numerosas obras que de otra forma no se encontrarían actualmente en España.

4) Y más allá del derecho, como siempre ocurre, emergen las personas. «Gran señor» «poliédrico» «curioso» «humilde» «trabajador» y «generoso» son adjetivos generalmente asociados a la figura de Mariano Fortuny. «Discreta» «inteligente» «sensibilidad artística» y «generosa» también, son

los que aparecen en las pocas descripciones de Henriette que han llegado hasta nuestros días.

Ninguno de los documentos legales consultados contraviene esos calificativos; es más podría afirmarse que, aun sin decir, ratifican todo lo anterior porque los actos jurídicos suelen detallar la naturaleza de las personas con mayor crudeza y veracidad que los adjetivos más cuidadosamente escogidos.

Sobre esta pareja, Daniela Ferreti (directora del Museo Pessaro Fortuny en Venecia) decía «*nonostante il successo e la notorietà crescenti, Henriette e Mariano mantengono uno stile di vita sobrio e ben lontano da qualsiasi rito mondano; sono ricordati come persone umili e generose, affabili e altruiste*»²²⁵. No podíamos encontrar mejor cita para concluir este trabajo porque recoge a la perfección la personalidad de estos dos artistas que, documento tras documento, ha ido emergiendo durante esta investigación.

XVI. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- ARNAVAT, A.: *Mariano Fortuny y Reus. La construcción de un mito*. Locus Amoenus, 12, 2013-2014 177-207
- BABLET HAHN M.L.: *Adolphe Appia, œuvres complètes* tomo II, Ed. *L'âge de l'homme* en Société Suisse du Théâtre.
- BAÑARES, S: *Una breve nota biográfica sobre Henriette Nigrin, creadora del Delphos*. Datatèxtil 2017, Núm. 36.
- BAÑARES, S: *La robe Delphos, la lumière capturée en Fortuny, un Espagnol à Venise*. Catálogo de la Exposición, Palais Galliera, Paris Musées, 2017.
- BOULANGER, K.: *L'Opéra de Paris sous la direction d'André Messager et de Leimistin Broussan (1908-1914). Edition critique du Journal de régie de Paul Stuart en Sciences de l'Homme et de la Société*. 2015. halshs-01133494, version 1. Consultable en <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01133494/document>
- BUSTOS MORENO, Y.: *El pasivo ganancial en la relación interna*. Tesis doctoral. Universidad de Alicante. Facultad de derecho, 2001.

225. FERRETTI, D. *Ritratto di una musa en Henriette Fortuny*. Palazzo Orfei Venecia 2015, p. 16.

- COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, M. J.: *Comunidad de gananciales y capitulaciones matrimoniales en la codificación civil española* en *Anuario de historia del derecho español*, ISSN 0304-4319.
- DAVANZO POLI, D.: *Setta y Oro. La collezione tessile di Mariano Fortuny en Arsenale*, Cassa di Risparmio di Venezia SpA. 1997. ISBN: 8877431873
- DE OSMA, G.: *Mariano Fortuny, ciencia, arte y diseño*. Ollero y Ramos 2012. ISBN 978-84-7895-289-2.
- DE OSMA, G.: *Fortuny, Proust y los ballets rusos*. Elba 2010. ISBN 978-84-938034-0-7.
- DE OSMA, G.: *Fortuny*. Nerea 2016. ISBN 978-84-16254-05-7.
- DE OSMA, G.: *Les héritages de Mariano Fortuny* en *Fortuny, un Espagnol à Venise*. Catálogo de la Exposición, Palais Galliera, Paris Musées, 2017.
- DECOURT HOLLENDER, B.: *La notion de faits injurieux dans le divorce et la séparation de corps au XIX e siècle* en *Revue historique de droit français et étranger*. Vol. 90, No. 3, Julio Septiembre 2012. ISSN: 0035-3280.
- DESCHODT, A.M. y DAVANZO Poli D.: *Mariano Fortuny, un magicien de Venise*. Editions du Regard, París 2000.
- GUILLOUARD L.: *Traité du Contrat de mariage. Livre III Titre V du Code Civil*. Tome Premier. Troisième Edition. Paris 1894.
- GROS, Ch. y FRANZINI C.: *Repères biographiques* en *Fortuny, un Espagnol à Venise*. Catálogo de la Exposición, Palais Galliera, Paris Musées, 2017.
- GROSSIORD, S.: *Babani ou «le Palais de Soieries»* en *Fortuny, un Espagnol à Venise*. Catalogue de l'exposition, Palais Galliera. Paris Musées, 2017.
- FERRETTI, D.: *Ritratto di una musa en Henriette Fortuny, Ritratto di una musa*. Palazzo Orfei, Venecia, 2015.
- FORTUNY Y DE MADRAZO, M.: *Fortuny 1838-1874*. Maylender. Bolonia 1933.
- FRANZINI, C.: *El mago de los Orfei. Mariano Fortuny Madrazo: una biografía* en *Fortuny, el mago de Venecia* en Catálogo de la exposición de La Pedrera, Fondazione Musei Civici de Venezia y Caixa Catalunya, 2010.
- FRANZINI, C.: *Henriette e Mariano* en *Henriette Fortuny, Ritratto di una musa*. Palazzo Orfei, Venecia, 2015.

- MARIUTTI, A.: *Quattro Spagnoli in Venezia*. Ed. Ferdinando Ongania Editore, 1957.
- MEZZASOMAL.: *Il diritto all'immagine fra codice civile e Costituzione* en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Universidad de Almería.
- MIAJA DE LA MUELA, A.: *Derecho internacional privado*. Tomo II, parte especial. Octava edición.
- NAVARRO C. G.: *Testamentaria e inventario de bienes de Mariano Fortuny en Roma* en *Locvs Amoenvs* 9, 2007-2008, Pág. 324.
- NICOLÁS MARTÍNEZ, M. del M.: *El legado Fortuny-Nigrin*. Cuadernos de arte de la Universidad de Granada, n.º 41, 2010. ISSN 0210-962X.
- NICOLÁS MARTÍNEZ, M. del M.: *Mariano Fortuny y Madrazo. Entre la modernidad y la tradición*. Tesis doctoral. Universidad de Granada, Departamento de historia del Arte, Mayo 1993.
- QUERCI, E.: *Entre París, Venecia y Roma: Zuloaga, los pintores españoles e Italia*. Universidad Complutense de Madrid, facultad de geografía e historia, departamento de historia del arte contemporáneo, tesis doctoral. Madrid, 2015.
- RINALDI, S.: *Le tempere veneziane di Mariano Fortuny*, en F. Gallo, C. Zambianchi (edd.), *L'immagine tra materiale e virtuale. Contributi in onore di Silvia Bordini*, Roma, Campisano Editore 2013.
- RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R.: *Le nouveau Code Civil Espagnol. La constitution de la famille. Le droit successoral en La Reforme Sociale* en *Bulletin de la Société d'Economie Sociale et des Unions de la Paix Sociale*. Neuvième Année. Deuxième Série – Tomo VIII n.º 90. 1 de Julio de 1889.
- ROQUÉ M.A.: *Mariano Fortuny Madrazo, el mediterráneo luminoso y cosmopolita*, p. 241 y sig. Icaria Editorial, Institut Europeu de la Mediterrània (IEMed), 2011.

Revistas y prensa escrita

- ABC 11 de Octubre de 1957. J. Cortés Cavanillas.
- Connoisseur* Junio 1983. R. Nadelson: *Fortuny's other secret*.
- Connoisseur* Junio 1983. H. Novas: *Fortuny, the high drama of timeless fashions*.

Epoca 1/11/1952 n.º 108 Vol. IX. *Un Leonardo spagnolo all'ombra di San Marco*. Oriana Fallacci.

La Propriété Industrielle: organe mensuel du Bureau International de l'Union n.º 12 de 31 de diciembre de 1914.

La Vanguardia 11 de Junio de 1933.

La Vanguardia 21 de Noviembre de 1935.

La Vanguardia Española 24 de Mayo de 1949. Cesar González Ruano.

La Vanguardia Española 30 de junio de 1950. J.R. Masoliver.

La Vanguardia Española 9 de Marzo de 1951.

La Vanguardia Española 21 de Junio de 1951.

Le Gaulois 31 de Julio de 1911.

Le Gaulois 21 de febrero de 1922. *La toge et la robe*. M. Zamacois

Le Journal 16 de Noviembre de 1911.

Vogue 1 de febrero de 1922.

Vogue 1 de Octubre 1924.

Bases de datos

Aranzadi Thomson Reuters – ARANZADI

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado – BOE

Espacenet Patent search – SPACENET

Legifrance, le service public de diffusion du droit – LEGIFRANCE

Institut national de la propriété industrielle – IMPI

Institut national de la statistique et des études économiques – INSEE

Oficina Española de Patentes y Marcas – OEPM

Sistema Archivistico Nazionale – SAN

World Intellectual Property Organization – WIPO

Fondos y Bibliotecas

Fondo Mariutti-Fortuny, Biblioteca Marciana. Venecia (Italia).

Fondo Angelo Conti. *Archivio contemporaneo Vieusseux*. Florencia (Italia).

Biblioteca Nacional de España. Madrid (España).

Páginas web

<http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/adopter-a-l-etranger/les-conditions-de-l-adoption-internationale/le-glossaire-de-l-adoption/tous-les-termes-de-l-adoption/article/certificat-de-coutume>

<https://www.siv.archives-nationales.culture.gouv.fr/siv/cms/content/helpGuide.action?uuid=33ec08af-df1b-4ad4-acd8-ad46ce5cf029&version=7&preview=false&typeSearch=&searchString=>

ANEXO 1: LISTADO DE PATENTES

PATENTES (*)					
	DESCRIPCION	C.P.C. (**)	FECHA DE SOLICITUD EN EL PAÍS	NÚMERO PATENTE	FECHA DE PUBLICACION
FRANCIA: 23					
1	SYSTEME D'ECLAIRAGE SCÉNIQUE PAR LUMIÈRE INDIRECTE	----	02/04/1901	FR 309.588	----
2	SYSTEME D'ECLAIRAGE SCÉNIQUE PAR LUMIÈRE INDIRECTE (primera adición a la patente FR 309.588)	----	26/08/1901	----	03/12/1901
3	APPAREIL DE DÉCORATION THÉÂTRALE (titularidad conjunta con la Compagnie Générale de Constructions Electriques, Francia)	CPC A63J1/02 A63J5/02	07/02/1903	FR 329.176	27/07/1903
4	SYSTEME D'ECLAIRAGE EN LUMIÈRE DIFFUSE	CPC H05B31/0072	31/10/1903	FR 339.140 (A)	02/12/1904
5	SYSTEME DE CONSTITUTION D'UNE PAROI CONCAVE AU MOYEN D'UNE CAPACITÉ GONFLABLE (titularidad conjunta con Alfred Guy, residente en Francia)	CPC A63J1/00	06/04/1904	FR 341.952 (A)	24/08/1904
6	LAMPE À ARC	CPC H05B31/0039	25/01/1905	FR 359.530 (A)	29/03/1906
7	SYSTEME D'ECLAIRAGE MIXTE	CPC F21S13/00	03/03/1905	FR 360.627 (A)	27/04/1906
8	SYSTEME D'ÉCLAIRAGE EN LUMIÈRE DIFFUSE (primera adición a la patente FR 339.140)	CPC F21V7/008 F21V7/09	06/03/1905	FR 5.597 E	11/05/1906
9	SYSTEME DE CONSTITUTION D'UNE PAROI CONCAVE AU MOYEN D'UN CAPACITÉ GONFLABLE (primera adición a la patente FR 341.952 A). Solicitud a nombre de M. Fortuny exclusivamente	CPC E04H15/20	06/04/1905	FR 4.676 E	16/09/1905
10	SYSTEME DE TRANSMISSION ASSERVIE	CPC G05D3/128	14/02/1906	FR 372.242 (A)	28/03/1907
11	SYSTEME POUR OBTENIR LA VARIATION DE L'INTENSITÉ DES LAMPES À ARC	CPC H05B31/0006 H05B31/0036	19/06/1906	FR 376.679 (A)	17/08/1907
12	SYSTEME D'ECLAIRAGE SCÉNIQUE PAR LUMIÈRE INDIRECTE (segunda adición a la patente FR 309.588)	CPC F21V9/10 F21W2131/406	14/05/1907	FR 7.714 E	01/10/1907
13	PROJECTEUR (bajo titularidad de Beleuchtung System Fortuny GmbH)	CPC B41L7/08 F21V11/10 F21W2131/406	01/05/1909	FR 402.614 (A)	13/10/1909
14	GENRE D'ÉTOFFE PLISSEE ONDULÉE	CPC D06J1/00	10/06/1909	FR 414.119 (A)	26/08/1910
15	PROCÉDÉ D'IMPRESSION POLYCHROME SUR TISSUS, PAPIERS, ETC	CPC G03F7/12	21/10/1909	FR 419.269 (A)	30/12/1910
16	GENRE DE VÊTEMENT POUR FEMMES	CPC A41D1/22	04/11/1909	FR 408.629 (A)	01/04/1910
17	SYSTEME DE SUPPORT	CPC F16M11/22 F16M2200/048 F16M2200/08	04/05/1910	FR 415.622 (A)	30/09/1910
18	PROCÉDÉ D'IMPRESSION SUR TISSUS, PAPIERS, ETC	CPC G03F7/12	24/05/1910	FR 427.307 (A)	01/08/1911
19	SYSTEME DE PROPULSION DES NAVIRES	CPC B63H1/36	30/12/1911	FR 449.715 (A)	06/03/1913
20	DISPOSITIF DE THÉÂTRE	CPC A63J1/00	05/05/1926	FR 629.456 (A)	10/11/1927
21	DISPOSITIF PERMETTANT DE FAIRE VARIER PROGRESSIVEMENT L'INTENSITÉ DES SOURCES LUMINEUSES	CPC H05B37/029	16/04/1930	FR 694.028 (A)	27/11/1930
22	PAPIER PHOTOGRAPHIQUE	CPC G03C1/66 G03C1/74 G03C1/775	03/03/1931	FR 728.962 (A)	16/07/1932
23	RIDEAU TRANSPARENT, FLEXIBLE ET PLIABLE POUR VITRINES, BIBLIOTHEQUES, ARMOIRES ET MEUBLES ANALOGUES	CPC A47H23/10	16/11/1933	FR 763.964 (A)	12/05/1934

REINO UNIDO: 11					
1	IMPROVEMENTS IN STAGE ILLUMINATION AND THE PRODUCTION OF SCENIC EFFECTS	----	19/04/1901	GB190108113 (A)	16/01/1902
2	METHOD OF CONSTRUCTING A CONCAVE WALL OR SHELL FOR THEATRICAL BACKGROUNDS AND THE LIKE	----	05/04/1905	GB190507230 (A).	Complete not accepted
3	IMPROVEMENTS IN ARC LAMPS	----	18/01/1906	GB190601410 (A)	01/11/1906
4	IMPROVEMENTS IN THE CONSTRUCTION OF BACKGROUNDS FOR PHOTOGRAPHIC OR STAGE PURPOSES	----	05/04/1906	GB190608248 (A)	10/05/1906
5	DEVICE FOR ILLUMINATING A STAGE BY MEANS OF REFLECTED LIGHT	CPC A63J5/02 F21V13/08 F21V14/00 F21V14/00 F21V7/05 G03B21/562	21/05/1907	GB190711797 (A)	12/09/1907
6	IMPROVEMENTS IN ARC LAMPS FOR CHANGING THE LUMINOUS INTENSITY IN ANY GIVEN DIRECTION	----	18/06/1907	GB190714087 (A)	31/10/1907
7	IMPROVEMENTS IN AND RELATING TO REFLECTORS (bajo titularidad de Beleuchtung System Fortuny GmbH)		15/05/1909	GB190911556 (A)	16/12/1909
8	IMPROVEMENTS IN OR RELATING TO PRINTING UPON FABRIC, PAPER AND OTHER MATERIAL	CPC: G03F7/12	10/04/1911	GB191108887 (A)	Complete specification not accepted
9	IMPROVEMENTS IN AND RELATING TO GARMENTS	CPC A41D1/22	16/07/1912	GB191216638 (A)	26/09/1912
10	IMPROVEMENTS IN AND RELATING TO GARMENTS	CPC A41D1/22	16/07/1912	GB191216639 (A)	26/09/1912
11	IMPROVEMENTS IN AND RELATING TO GARMENTS	CPC A41D1/22	02/06/1913	GB191312848 (A)	02/06/1914
AUSTRIA: 10					
1	EINRICHTUNG ZUR BÜHNENBELEUCHTUNG DURCH INDIREKTES LICHT.	----	06/03/1901	AT 8.732 B	11/08/1902
2	EINRICHTUNG ZUR BÜHNENBELEUCHTUNG DURCH INDIREKTES LICHT.	----	02/09/1901	AT 9.928 B	25/11/1902
3	VORRICHTUNG ZUR ERSATZ DER DEN HIMMEL UND HINTERGRUND DARSTELLENDEN DEKORATION IN THEATERN U.DGL.(titularidad conjunta con la Compagnie Générale de Constructions Electriques, Francia)	----	10/03/1903	AT 17.610 B	10/09/1904
4	VORRICHTUNG ZUR ERSATZ DER HIMMEL UND HINTERGRUND DARSTELLENDEN DEKORATION IN THEATERN U.DGL.(titularidad conjunta con Alfred Guy, residente en Francia)	----	08/04/1904	AT 21.801 B	25/10/1905
5	BOGENLAMPE	----	14/02/1905	AT 26.207 B	25/10/1906
6	EINRICHTUNG AN BOGENLAMPEN ZUR VERÄNDERUNG DER LICHTSTÄRKE IN BESTIMMTER RICHTUNG.	----	25/06/1906	AT 27.939 B	26/03/1907
7	ZWANGSLÄUFIGE ÜBERTRAGUNGSVORRICHTUNG	----	05/06/1906	AT 29.657 B	26/08/1907
8	EINRICHTUNG ZUR BÜHNENBELEUCHTUNG DURCH INDIREKTES LICHT	----	25/05/1905	AT 31.021 B	10/12/1907
9	THEATERDEKORATION	----	27/11/1908	AT 38.070 B	26/07/1909
10	SCHEINWERFER (bajo titularidad de Beleuchtung System Fortuny GmbH)	----	29/04/1909	AT 43.780 B	25/08/1910

ESPAÑA: 4					
1	SISTEMA DE ALUMBRADO ESCÉNICO POR LUZ INDIRECTA	----	05/09/1901 P0028453	28.453	16/10/1901 ES0028453 A1
2	SISTEMA DE ALUMBRADO ESCÉNICO POR LUZ INDIRECTA (primera adición patente FS0028453 A1)	----	11/07/1902 P0030073	30.073	16/08/1902 ES0030073 A2
3	SISTEMA DE ALUMBRADO ESCÉNICO POR LUZ INDIRECTA (segunda adición patente ES0028453 A1)	----	16/05/1907 P0040745	40.745	16/06/1907 ES0040745 A2
4	DISPOSICIÓN EN LAS LÁMPARAS DE ARCO VOLTAICO PARA VARIAR LA INTENSIDAD LUMÍNICA EN UNA DIRECCIÓN DETERMINADA	----	18/06/1907 P0041003	41.003	16/07/1907 ES0041003 A1
SUIZA: 4					
1	DISPOSITIF D'ÉCLAIRAGE SCÉNIQUE PAR LUMIÈRE INDIRECTE	----	13/02/1904	CH31183 A	15/03/1905
2	CONSTRUCTION À PAROI CONCAVE POUR EFFETS SCÉNIQUES ET ACOUSTIQUES	----	04/04/1906	CH36187 A	15/12/1906
3	VORRICHTUNG ZUR BELEUCHTUNG VON BÜHNEN DURCH INDIRECTES GEFÄRBTES LICHT	----	21/05/1907	CH40257 A	16/06/1908
4	EINRICHTUNG AN BOGENLAMPEN ZUR VERÄNDERUNG DER LICHTSTÄRKE IN BESTIMMETER RICHTUNG	----	13/06/1907	CH40931 A	01/09/1908
USA: 4					
1	STAGE ILLUMINATION WITH INDIRECT LIGHT	CPC F21V17/02	19/04/1901	US698924 (A)	29/04/1902
2	APPARATUS FOR THE PRODUCTION OF STAGE EFFECTS	----	04/11/1901	US791336 (A)	30/05/1905
3	THEATRICAL PROPERTY	CPC A63J1/02	05/04/1905	US895359 (A)	08/04/1908
4	ARC-LAMP	CPC B23K9/0731	10/01/1906	US948971 (A)	08/02/1910
ITALIA: 3					
1	GENRE D'ÉTOFFE PLISSÉE ONDULÉE	----	30/06/1910	110457	28/3/1911
2	LASTRA DI MATERIALE TRASPARENTE, FLESSIBILE E SCORREVOLE PER LA CHIUSURA DI VETRINE, ACAFFALI E SIMILE	----	----		26/11/1932
3	CAVALLETTO PER PITTURA	----	22/12/1945	413756	28/05/1946
BELGICA: 1					
1	PAPIER PHOTOGRAPHIQUE	CPC G03C1/74 G03C1/775	03/03/1931	BE386374 A1	31/03/1932

(*) Fuentes: Espacenet, IMPI, OEPM, Fondo Mariutti-Fortuny

(**) The Cooperative Patent Classification (CPC) system

(***) Fuentes: IMPI, Fondo Mariutti-Fortuny

ANEXO 2: PATENTE 408.629 (FUENTE INPI FRANCE)

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE.

OFFICE NATIONAL DE LA PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE.

BREVET D'INVENTION.

XVI. — Habillement.

N° 408.629

3. — VÊTEMENTS, CHAPELLERIE, COIFFURE.

Genre de vêtement pour femmes.

M. MARIANO FORTUNY résidant en Italie.

Demandé le 4 novembre 1909.

Délivré le 28 janvier 1910. — Publié le 1^{er} avril 1910.

Cette invention est relative à un genre de vêtement dérivé de la robe antique, mais établi avec une forme et des dispositions qui en rendent le port facile et l'ajustement 5 aisé.

La description en est donnée ci-après en référence au dessin annexé dans lequel :

La figure 1 représente le vêtement étendu;

Les figures 2 et 3 montrent une femme portant ce vêtement. 10

Un vêtement selon l'invention consiste en un fourreau ouvert à la partie supérieure et à la partie inférieure, dont la largeur peut être égale sur toute la hauteur, croissante 15 ou décroissante de haut en bas ou en divers points, selon l'aspect général et la tenue que l'on désire donner au vêtement. L'étoffe peut en être lisse ou plissée, cette particularité étant indépendante de l'invention.

20 A la partie supérieure, le fourreau est ramené à plat de manière que les deux bords se juxtaposent et ces deux bords sont rapprochés et fixés ensemble en des points *d* et *e* de manière à déterminer : une ouverture *a* située 25 au milieu et formant l'encolure, deux ouvertures latérales *c* destinées au passage des bras et deux ouvertures intermédiaires *b* dont les bords sont rapprochés par un lacage. Entre les points *e* et des points latéraux *g* sont cou- 30 lissés obliquement des rubans qui sont destinés à ajuster et à modifier à volonté la dis-

tance *x* déterminant le dessous de la manche selon la taille et les mesures de la personne portant le vêtement. Ces coulisses sont de préférence disposées en dedans du vêtement afin 35 d'être invisibles.

Les figures 2 et 3 montrent comment ce vêtement est porté : l'encolure est placée dans la partie *a*, les parties *b* s'étendent le long des bras et le lacage de ces parties laisse 40 apparaître les bras; ceux-ci passent par les orifices *c*. Les coulisses *f* permettent de régler la distance *x* selon la taille et les proportions de la personne portant le vêtement. 45

Dans l'exemple représenté, le vêtement revêt la femme sur toute sa hauteur, mais l'invention n'est pas délimitée à ce type de vêtement : elle pourrait être réalisée pour consti- 50 tuer des tuniques, par exemple.

RÉSUMÉ.

Cette invention est relative à : Un genre de vêtement pour femmes consistant essentiellement en un fourreau ouvert à ses deux extrémités dont les bords sont rapprochés à la 55 partie supérieure de manière à former une ouverture centrale d'encolure, deux ouvertures latérales pour les bras et deux ouvertures à bords rapprochés par un lacage s'étendant le long des bras avec des coulisses 60

Prix du fascicule : 1 franc.

2 [408.629] VÊTEMENTS, CHAPELLERIE, COIFFURE.

obliques s'étendant depuis les côtés de | pour permettre d'ajuster le dessous de la
l'encolure jusque sur les côtés du fourreau | manche.

MARLINO FORTCNY.

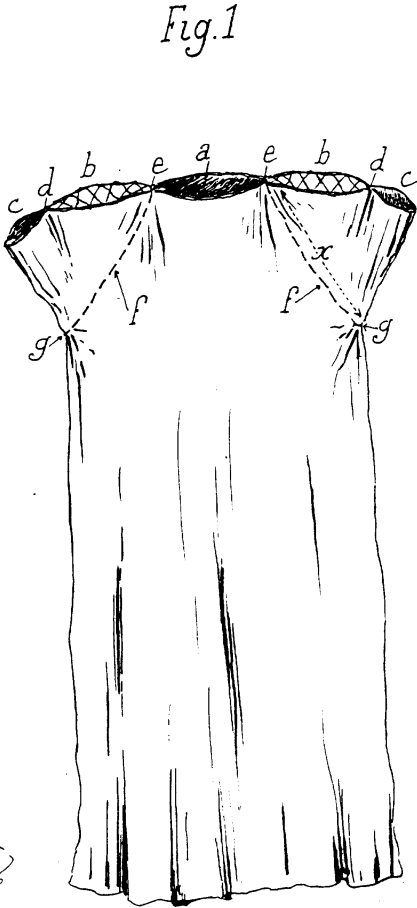
Par procuration :

Gustave DEMONT.

Pour la vente, s'adresser à l'IMPRIMERIE NATIONALE, 87, rue Vieille-du-Temple. Paris (3^e).

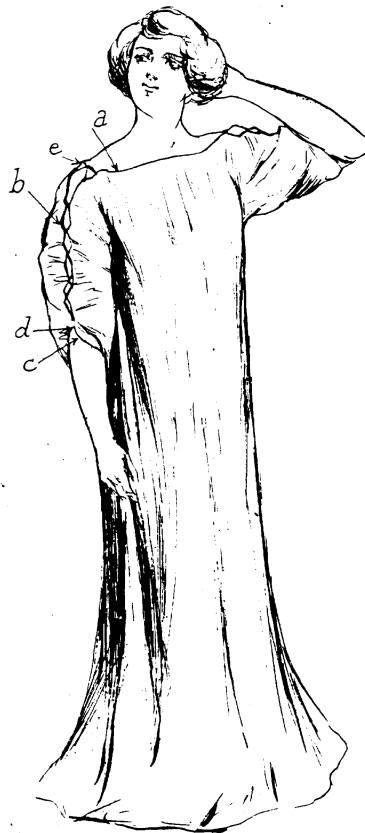
M. Fortuny

Pl. unique



Nº 408.629

Fig.3



Fig



ANEXO 3: MODÈLE D'APPLICATION DE 10/10/1913 (FUENTE INPI FRANCE)

Référence du modèle : 3289 – 001

Numéro d'enregistrement : 3289

Date de dépôt : 1913-10-10

Classification de Locarno : 02

Classification Française : 16b

Nombre total de modèle dans le dépôt : 1

Objet : Robe (de couleur pouvant être quelconque)

Déposant : FORTUNY (M.) 178, San-Gregorio, Venise (Italie)

Bulletin de publication : 1913-10 (page 19)

Date de publication : 1913-10-24

Numéro de volume : 34 p. 47

Description :

Description de la reproduction non disponible (numéro de publication: D3289_001)

Reproduction déposé en couleur



Las obras plásticas creadas por un artista casado en régimen de sociedad de gananciales

The plastic works created by a married artist in a community of property system

por Nieves MORALEJO IMBERNÓN
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. UN NECESARIO PUNTO DE PARTIDA: EL CARÁCTER GANANCIAL O PRIVATIVO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL. 1. Los primeros trabajos sobre el tema. 2. La Ley francesa de propiedad intelectual de 11 de marzo de 1957 y su influencia en los planteamientos de Lacruz Berdejo. 3. Los derechos de propiedad intelectual son derechos inherentes a la persona del autor en el sentido del artículo 1346.5.º CC. 4. El «redescubrimiento» del principio de subrogación real del artículo 1346.3.º CC. 5. La postura actual de nuestra doctrina y jurisprudencia en relación con la naturaleza de los derechos de propiedad intelectual. III. ESPECIALIDADES DE LA OBRA PLÁSTICA RESPECTO DEL RESTO DE CREACIONES INTELECTUALES. IV. LOS ORÍGENES DE LA DISCUSIÓN ACERCA DE LA GANANCIALIDAD DE LA OBRA PLÁSTICA. 1. Los conocidos *affaires Bonnard, Picabia y Krémègne*. 2. Breve repaso al Derecho comparado. V. ¿CUÁL ES LA NATURALEZA DE LA OBRA PLÁSTICA CREADA POR AUTOR CASADO EN RÉGIMEN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES? 1. Primera tesis: las obras plásticas son gananciales, independientemente de si están o no divulgadas. 2. Segunda tesis: las obras plásticas son privativas, incluso aunque hubieran sido divulgadas. 3. Tercera tesis: las obras plásticas son privativas, hasta el momento de su divulgación. 4. Cuarta tesis: las obras plásticas son gananciales, pero el autor conserva su derecho a divulgarlas. VI. CONCLUSIONES.

Resumen

La naturaleza de las creaciones intelectuales realizadas por los cónyuges casados en régimen de sociedad de gananciales pone en

pugna dos intereses diferentes, cada uno de ellos sustentado por la correspondiente norma de Derecho positivo. Tales intereses son, por un lado, los de la comunidad en hacerse con los réditos de la actividad de uno de los cónyuges, sea profesional o no, de acuerdo con la lógica de este régimen comunitario (artículo 1347.1.º CC). De otro lado, los intereses del creador en seguir controlando el destino de su obra, de la que se dice que es emanación de su personalidad y, por consiguiente, un bien inherente a su persona (artículo 1346.5.º CC). Este trabajo aborda la naturaleza que cabe atribuir a los derechos de propiedad intelectual sobre la obra que uno de los cónyuges hubiera creado durante el transcurso de su unión y en él se proponen, de cara a una posible reforma legislativa, dos posibles soluciones para lograr la conciliación de ambos intereses. Del mismo modo se examina el carácter que cabe atribuir al soporte original de la obra plástica creada también por uno de los cónyuges casado con este régimen matrimonial comunitario, teniendo en cuenta que, en este caso, la separabilidad de los derechos de propiedad intelectual (sobre la primera) y de propiedad ordinaria (sobre el segundo), constituyen argumentos que sustentan la entrada de aquel en la masa ganancial de los cónyuges, siempre que se respete el derecho moral de divulgación del artista.

Palabras clave

Régimen económico matrimonial, sociedad de gananciales, derechos de explotación sobre obras creadas durante el matrimonio, derechos morales, obra plástica creada por artista casado en sociedad de gananciales.

Abstract

The nature of the intellectual creations carried out by married spouses in the community of property system conflicts with two different interests, each of them supported by a legal provision. Such interests are, on the one hand, those of the community in obtaining the revenues of the activity of one of the spouses, whether professional or not, in accordance with the logic of this community regime (Article 1347.1.º Civil Code). On the other hand, the author's interests in continuing to control his work, which is said to be emanation of his personality and, therefore, a good inherent in his person (Article 1346.5.º Civil Code). This paper addresses the nature that can be attributed to the intellectual property rights over the work that one of the spouses had created during his/her marriage. Thinking about a future and explicit law amendment, two possible solutions can be adopted to achieve the conciliation of both interests. In the same way, this paper deals with the character that can be attributed to

the original tangible medium in which the plastic work had been incorporated, taking into account that, in this case, the separability of the intellectual property rights (on the first) and of ordinary property (on the second), constitute arguments that support the entry of that into the marital property of the spouses, provided that the artist's moral right of making available to the public is respected.

Key words

Matrimonial property regime, community of property system, rights of exploitation upon works created during the marriage, moral rights, plastic work of art created by an artist married in a community of property system.

I. INTRODUCCIÓN

La creación intelectual constituye normalmente la actividad individual de un solo sujeto, la cual determina el surgimiento de un objeto –la obra– perteneciente a la categoría de las cosas o derechos dotados de un valor patrimonial que, en el caso de autores consagrados, puede llegar a ser muy elevado. Esta individualidad de la creación artística resulta más acusada en el caso particular de las obras plásticas, las cuales no suelen ser fruto de la colaboración entre dos o más autores, ni menos aún el resultado de un trabajo colectivo efectuado bajo la iniciativa y coordinación de un director.

Al mismo tiempo, e incluso aunque la explotación de esta obra hubiera sido cedida a un tercero (*v. gr.*, a través de la firma de un contrato de edición literaria), el autor sigue manteniendo con ella un ligamen que, a nivel legislativo, ha quedado plasmado con el reconocimiento de unas facultades morales que sólo él puede ejercitar, tales como el derecho a exigir el reconocimiento de su condición de autor (derecho de paternidad), o el derecho a impedir cualquier deformación de la obra (derecho de integridad). Estas facultades morales se encuentran especialmente moduladas en el caso de las obras de arte, cuyo original se encuentra normalmente en manos de un tercero, propietario material del soporte físico de la obra¹.

Cuando el mismo proceso de creación intelectual tiene como protagonista a una persona casada bajo el régimen legal de sociedad de gananciales, regulado en los artículos 1344 y ss de nuestro Código civil («CC»), surge

1. Sobre la singularidad de los conflictos de derecho moral entre el autor y el propietario material de una obra de arte, puede verse R. SÁNCHEZ ARISTI, «La propiedad trenzada». *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2015. Fundación Profesor Uría. Civitas. Thomson Reuters. Madrid, 2015, pp. 23-109.

inevitablemente una tensión entre la aplicación de la regla según la cual los resultados del trabajo o industria se hacen comunes a ambos cónyuges y la que previene que los derechos inherentes a la persona son de carácter privativo, ya que así como no es dudoso que los *royalties* provenientes de la propiedad intelectual se inscriban en la primera categoría, los derechos morales del autor, que responden a la impronta que este personalmente deja en su creación y al vínculo que permanece entre ambos, encajarían más bien en la segunda.

Existe un añejo debate doctrinal acerca del carácter ganancial o privativo de los derechos de propiedad intelectual (facultades patrimoniales *versus* morales), aunque no necesariamente centrado en la singular problemática de las obras plásticas creadas por uno de los cónyuges durante la vigencia de su sociedad de gananciales. Los ordenamientos que dedican alguna norma a la ganancialidad o privatividad de la propiedad intelectual (entre ellos, Francia, Luxemburgo, Bélgica o Portugal) han obviado efectuar referencias específicas al supuesto de la obra plástica.

En nuestro país, sin embargo, los pocos pronunciamientos judiciales recaídos sobre esta cuestión han estado protagonizados por artistas plásticos, que –tras su divorcio– se involucraban con sus ex cónyuges en una discusión acerca de si debía primar la aplicación del artículo 1347.1.º CC, que declara comunes los *bienes adquiridos por el trabajo o industria de los cónyuges* o del artículo 1346.5.º CC, en virtud del cual deben recibir la consideración de privativos los *bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona* de uno de ellos².

Más allá del debate puramente jurídico, en esta discusión afloran a menudo –como sucede en general con los temas de Derecho de familia– argumentos de corte más sociológico o incluso ético, que inclinan a dar el tema de la naturaleza de las obras plásticas creadas por autores casados en sociedad de gananciales una solución (la comunitaria o ganancial) que sea acorde con la colaboración que ambos cónyuges mantienen durante su unión.

En efecto, basta dedicar un rato a visualizar alguna de esas conocidas galas de entrega de premios en el ámbito del cine o la televisión para darse cuenta de lo mucho que los creadores intelectuales deben frecuentemente

2. SAP Málaga (Sección 6.ª) 27.11.2001 (JUR 2002/62196); AAP Madrid (Sección 9.ª) 9.9.2005 (AC 2005, 1780); SAP Madrid 16.3.2007 (JUR 2007, 149110); SAP Lugo (Sección 1.ª) 3.3.2009 (JUR 2009, 187215); SAP Navarra 28.10.2009 (AC 2010, 804); SAP Ciudad Real (Sección 1.ª) 11.11.2010 (JUR 2011/35578).

a sus parejas. Esta colaboración puede haberse limitado (y no es poco) a la mera atención doméstica o apoyo personal del autor, mientras este se hallaba imbuido en el proceso de creación de la obra, incluso a veces a costa de renunciar el otro a su propia promoción profesional como artista (si fuera el caso). Pero en otros casos puede tratarse de una contribución mucho más concreta a la creación intelectual como sucede cuando el cónyuge del artista se convierte en su musa, aporta ideas o termina influyendo en el estilo artístico de este.

Como ejemplo de la primera situación cabe citar a los pintores Lee Krasner y Jackson Pollock. Cuentan que fue Krasner la que introdujo a Pollock en los círculos intelectuales que ella frecuentaba, apoyándole e impulsándole hasta que su carrera terminó despegando. Sólo después de que Pollock falleciera en un accidente de tráfico, Lee pudo retomar la pintura, alcanzando entonces un gran éxito internacional³. De igual modo, en este primer o más genérico nivel de colaboración con el autor, podemos referirnos a la fotógrafa portuguesa Helena Almeida, recientemente fallecida, cuyo marido –Artur Rosa, arquitecto– era el encargado de darle al botón de disparo de la máquina fotográfica después de que ella hubiera decidido el objeto a fotografiar (normalmente, su propio cuerpo)⁴. En España, podemos referirnos también al matrimonio formado por Rafael Alberti [que tiene, como es sabido, una conocida dimensión como artista plástico] y María Teresa León, escritora, que –como explica su biógrafo José Luis FERRIS– prefirió postergar su carrera literaria para apoyar la de su marido si bien la falta de reconocimiento de su obra constituyó siempre para ella un motivo de íntima tristeza⁵.

La musa del artista constituye igualmente un arquetipo clásico que todos tenemos en mente y que refleja un nivel más avanzado de contribución del cónyuge del artista a la creación intelectual de este. Paradigma de esta segunda situación podría ser Bella, esposa de Marc Chagall, de la que el autor dice lo siguiente en su biografía *Mi vida*: «Abrí la ventana y junto con Bella entraba en mi cuadro azul cielo, amor y flores. Vestida toda de

3. Vid., E. LIMÓN, «Ámame como Krasner amó a Pollock». *Cultura colectiva.com*, 18 abril 2016, <https://culturacolectiva.com/amame-como-krasner-amo-a-pollock/lee-krasner-pollock/>. I. ARELLANA, «Lee Krasner: la artista relegada a ser «la mujer de Jackson Pollock»». *Broadly*, 19 mayo 2016, <https://broadly.vice.com/es/article/9k9gmz/lee-krasner-artista-pollock>.
4. https://elpais.com/elpais/2015/04/21/eps/1429633739_515620.html; https://es.wikipedia.org/wiki/Helena_Almeida; <http://www.helgadealvear.com/web/index.php/helena-almeida/#bio>
5. J.L. FERRIS, *Palabras contra el olvido. Vida y obra de María Teresa León (1903-1988)*. Fundación José Manuel Lara. Sevilla, 2017, p. 283.

blanco o de negro aparece desde hace tiempo ya en mis cuadros, como guía de mi arte»⁶. En España es muy conocida también la influencia que Gala Éluard tuvo en la obra de Salvador Dalí. El pintor llegó incluso a firmar sus cuadros con el nombre de ambos, justificándose de esta manera: «Firmando mis obras como Gala-Dalí no hago más que dar nombre a una verdad existencial, porque no existiría sin mi gemela Gala»⁷.

Con un mayor grado de involucración, hasta el punto de poder hablar de una coautoría de «ideas» o de «estilo» [que no sería, por supuesto, una auténtica coautoría intelectual] podemos referirnos a aquellos supuestos en que ha sido el cónyuge del autor quien ha proporcionado la idea de la obra o ha dado consejos sobre cómo ejecutarla o incluso ha terminado de alguna forma influyendo en su estilo si ambos son artistas.

Ilustra muy bien esta situación Ángeles Santos Torroella, pintora española nacida en Portbou (Gerona), en 1911. Como explica su biógrafa, después de sus primeras y más conocidas obras (*Un mundo*, 1929 y *La tertulia*, 1929, ambas expuestas en el Museo nacional Reina Sofía de Madrid), «la pintura de Ángeles Santos entra en una etapa abiertamente inquietante, desolada. Se pierde la voluntad del sentido armónico, espiritual de *Un mundo* y crece el aislamiento trágico. La evolución de la figura acaba en la deformación física, cromática y temática»⁸. Constituyen una muestra de esta segunda fase obras como *Cena familiar* (1930, Museo nacional Reina Sofía de Madrid) y *Lilas y calavera* (1930, Museo nacional Reina Sofía de Madrid). No obstante, su estilo se transforma completamente al conocer y contraer matrimonio, en 1936, al también artista Emilio Grau Sala.

Así lo relata VINYET PANYELLA: «[e]l encuentro con Emili Grau Sala es un acontecimiento esencial para Ángeles Santos, y no sólo por su matrimonio. Desde 1935 revisó todo lo que había sido hasta entonces su producción plástica, y cambió casi completamente sus esquemas conceptuales y artísticos. En poco tiempo, la pintura de Ángeles Santos tomó un cariz no tan agreste, más suave; la temática fue más aliviada y menos trascendente»⁹.

En una entrevista que la pintora concedió en 1999, al ser preguntada por la influencia que su marido había tenido en su cambio de estilo, contestaba de esta forma: «Los cuadros de Emilio Grau Sala me gustaban más que los

6. M. ARQUEROS, «Bella Rosenfeld, la hada del maestro Chagall». *Diario Judío*, Agosto, 2012 <https://diariojudio.com/opinion/bella-rosenfeld-la-hada-del-maestro-chagall/38076/>
7. S. APARICIO, «Mi gemela Gala». *Diario El Mundo*, 2013, <http://www.elmundo.es/especiales/2013/cultura/dali/gala.html>
8. VINYET PANYELLA, Ángeles Santos. I.G. Viladot, S.L. Barcelona, 1992, p. 54.
9. VINYET PANYELLA, *op. cit.*, p. 54.

míos. Tenía mucho talento, pero él jamás me dijo cómo tenía que pintar. Seguramente también cambiaría mi pintura con el nacimiento de mi hijo Julián. Ya no tuve imaginaciones. Pintaba figuras, retratos, sobre todo de niñas y de mi hijo, y algún retrato de señora, pero también hacía flores, bodegones y paisajes»¹⁰.

En último término, la situación de mayor colaboración entre los cónyuges se produce, como es lógico, en los casos de coautoría intelectual (coautoría en sentido técnico), que –aunque es menos usual en el campo de la obra plástica, como antes apuntábamos– no debe ser descartada como hipótesis. En relación con esta última forma de colaboración cabe traer a colación el ejemplo de Frida Kahlo, si fueran ciertas las afirmaciones que la hija de Diego Rivera realizó hace unos años en una entrevista, en la que sostenía que era su padre quien terminaba los cuadros de su esposa¹¹. Naturalmente, en este caso, se trataría de una coautoría no declarada o reconocida por los interesados. En la misma línea, aunque en el ámbito de la propiedad industrial, cabe mencionar a Mariano Fortuny y Henriette Nigrin¹².

Todos estos ejemplos reflejan, a nuestro modo de ver, la importancia que pueden llegar a adquirir los cónyuges de los artistas en las creaciones intelectuales que estos producen durante el transcurso de su unión conyugal. Si el régimen matrimonial que ambos comparten es de corte comunitario –como sucede con nuestra sociedad de gananciales– a los argumentos sociológicos o éticos que podrían sustentar la caracterización de las obras como bienes comunes de ambos cónyuges habría que añadir también los jurídicos que apuntábamos al comienzo.

En este trabajo analizaremos la especial situación del creador plástico para tratar de averiguar qué naturaleza (privativa o ganancial) cabe asignar al soporte tangible al que se halla incorporada la obra plástica. No obstante, antes de examinar este supuesto concreto, nos referiremos –como necesario punto de partida– al régimen aplicable a los derechos de autor (derechos patrimoniales y derechos morales) también desde la perspectiva del cónyuge casado en régimen de sociedad de gananciales.

10. «La pintora Ángeles Santos Torroella», entrevistada por N. RIUS VERNET, DUODA, *Revista d'Estudis Feministes*, núm. 16-1999, pp. 177-193.

11. «Diego Rivera en el recuerdo: entrevista a Guadalupe Rivera Marín: «Mi padre le terminaba los cuadros a Frida porque ella era muy perezosa»». *Clarín.com*. 27.09.2009 https://www.clarin.com/ediciones-anteriores/padre-terminaba-cuadros-frida-perezosa_0_Sy4X4cu0pKg.html

12. *Vid.* el trabajo «Estudio sobre algunos aspectos jurídicos en la vida y en la obra de Mariano Fortuny y Henriette Nigrin», de Silvia BAÑARES VILELLA, publicado en este mismo número.

II. UN NECESARIO PUNTO DE PARTIDA: EL CARÁCTER GANANCIAL O PRIVATIVO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

1. LOS PRIMEROS TRABAJOS SOBRE EL TEMA

Los tratadistas de la primera mitad del siglo pasado se decantaron por afirmar la naturaleza ganancial de los derechos de propiedad intelectual sin reparar en la impronta personal que el autor deja en su obra y que la hace de algún modo inherente a él¹³. Debe recordarse que en aquel entonces casi ninguna legislación reconocía el elenco de prerrogativas morales del autor, por lo que todo el contenido del derecho de autor se consideraba de naturaleza económica. Hay que esperar a la revisión del Convenio de Berna efectuada en Roma en el año 1928 para encontrar la primera plasmación a nivel internacional de dos facultades morales del autor: la de paternidad y la de integridad.

En una segunda etapa, por influjo de la jurisprudencia francesa¹⁴, empezó a distinguirse ya entre los derechos morales, los de explotación y los rendimientos económicos derivados de esa explotación. Mientras que los primeros podían considerarse derechos personales del autor –y, por consiguiente, privativos–, los otros dos debían entrar en el patrimonio ganancial como productos del trabajo de uno de los cónyuges.

Este modo de dar solución al problema de la *compatibilidad* entre un régimen comunitario y unos derechos con una marcada impronta personal, desde una óptica *dualista*, estaba ya perfectamente consolidada en la jurisprudencia francesa. Nos referimos a las dos sentencias de su Corte de casación, de fecha 25 de junio de 1902 y 14 de mayo de 1945, recaídas respectivamente en los conocidos *affaires Lecoq y Canal*¹⁵.

13. Dentro de esta primera corriente cabe citar a J.M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*. Tomo IX. Quinta edición. Madrid, 1904, p. 574; Q. MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil concordado y comentado*. Tomo XXII. Artículos 1392 a 1444. Madrid, 1905, pp. 193-194 o M. ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de familia*. Sevilla, 1949, p. 201, para quienes la propiedad intelectual ingresaba en la masa ganancial por aplicación del antiguo artículo 1401.2.º CC, que declaraba comunes los bienes obtenidos «por la industria, sueldo o trabajo de los cónyuges o de cualquiera de ellos».
14. Dentro de esta segunda etapa, podemos destacar autores como F. PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho civil. Familia y Sucesiones*. Tomo V. Pamplona, 1972, p. 201; J.M. REYES MONTERREAL, *El régimen legal de gananciales*. Madrid, 1962, pp. 162-163 y J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*. Tomo IV. Vol. 1. Barcelona, 1967, p. 635.
15. De hecho, el germen de la distinción entre derechos de explotación y derechos morales se sitúa por la doctrina francesa precisamente en esta jurisprudencia sobre

En el primero de ellos, el supuesto fáctico planteado era el siguiente: el señor Lecoq, compositor musical, se había casado con la señora Cinquin bajo el régimen económico matrimonial *convencional* de la comunidad reducida a las adquisiciones (*communauté réduite aux acquêts*), según el cual sólo se hacían comunes a ambos cónyuges los bienes muebles que hubieran sido adquiridos durante el matrimonio, a diferencia de lo que imponía el régimen supletorio legal vigente en aquel momento. En efecto, según la llamada *comunidad de muebles y adquisiciones*, todos los bienes muebles adquiridos por los cónyuges *tanto antes como después del matrimonio* debían entrar en el patrimonio común conyugal. Cuando el señor Lecoq y la señora Cinquin se divorciaron, el notario liquidador atribuyó las obras musicales publicadas durante el matrimonio al marido, partición que fue impugnada judicialmente por la señora Cinquin, que estimaba que debían ser consideradas bienes comunes en razón de su naturaleza mobiliaria. El Tribunal civil de la Seine falló a favor de esta última en su sentencia de 21 de mayo de 1898¹⁶, declarando que la propiedad intelectual debía ser considerada un bien común *ex* artículo 1401 *Code civil*¹⁷. En apelación, la Corte de París revocó este pronunciamiento en su sentencia de 1 de febrero de 1900, optando en cambio por el carácter privativo de los derechos de autor con base en el vínculo personal que unía al creador con su obra, aunque todavía no se establecía ninguna distinción entre los derechos morales y los patrimoniales¹⁸. En último término, la Corte de Casación francesa, en su sentencia de 25 de junio de 1902¹⁹, si bien se mostró favorable a reconocer a la masa común el *monopolio de explotación* sobre las obras publicadas durante el matrimonio, reconoció también que «*la puesta en común de este emolumento no puede menoscabar la facultad del autor de introducir modificaciones en su obra o incluso de suprimirla, siempre que no actúe con el fin de perjudicar a su cónyuge o a los representantes de este último*».

En el *affaire Canal* los hechos eran algo diferentes. En primer lugar, la autora era la esposa, doña Marie Marguerite Canal, que

régimen económico matrimonial. Vid. en este sentido, P. SIRINELLI, *Code de la propriété intellectuelle, Commenté*. 12 édition. Dalloz, 2012, p. 132.

16. *Recueil Sirey*, 1900, pp. 121-126, en la que se encuentra también repertoriada la sentencia de la Corte de apelación de París de 1 de febrero de 1900, recaída en este mismo procedimiento.

17. Según este precepto, *font partie de l'actif de la communauté légale, les biens mobiliers qui appartenaient aux époux avant leur union, ou qu'il leur son échus depuis, ainsi que les revenus de bienes, échus ou perçus pendant le mariage*.

18. *Recueil Sirey*, 1900, pp. 121-126.

19. *Dalloz* 1903, pp. 5-14.

había compuesto multitud de obras musicales, tanto antes como después de haber contraído matrimonio. Y, por otro lado, el régimen económico matrimonial aplicable era, aquí sí, el entonces supletorio legal de la comunidad de muebles y adquisiciones en virtud de la cual todos los bienes de esta naturaleza ingresaban en la masa común, independientemente de su fecha de adquisición (esto es, también los adquiridos antes). El matrimonio, formado por la señora Canal y el señor Maxime Jamin, se divorció en marzo de 1929, renunciando la esposa a la comunidad que hasta entonces compartía con su cónyuge (posibilidad que le brindaba el antiguo artículo 1492 *Code civil*). Esta circunstancia fue aprovechada por su marido para comenzar a explotar las obras musicales que su esposa había publicado con anterioridad al matrimonio. Por esta razón, la señora Canal interpuso una demanda contra él en la que alegaba que todas sus obras musicales debían recibir la calificación de bienes privativos suyos, al margen de cuál hubiera sido su fecha de creación. En primera instancia, el Tribunal civil de la Seine acogió las pretensiones de la demandante en su sentencia de 1 de abril de 1936 al entender que «*la concepción y la elaboración de las obras literarias y musicales pone en juego únicamente las facultades intelectuales y las cualidades personales del escritor o del compositor; que estas obras no son sino la expresión del pensamiento y genio propios de su autor; que participan tan íntimamente de su intimidad o personalidad, de las que no son más que una emanación*»²⁰. Esta sentencia fue confirmada por la Corte de apelación de París, en su resolución de 23 de febrero de 1938²¹. No obstante, la Corte de Casación estimó el recurso interpuesto por el señor Jamin, el 14 de mayo de 1945, y adoptó la misma postura que había sostenido en el caso *Lecoq*, a saber: declarar el carácter común de los derechos de explotación (del monopolio de explotación) en aplicación del antiguo artículo 1401 *Code civil*, si bien reconociendo al cónyuge autor (en este caso, la señora Canal) la facultad de modificar o suprimir su creación [identificable con los derechos morales de modificación y arrepentimiento], siempre que actuara de buena fe²².

20. *Recueil Sirey*, 1938, pp. 169-172.

21. *Recueil Sirey*, 1938, pp. 169-172.

22. *Dalloz*, 1945, pp. 285-288.

2. LA LEY FRANCESA DE PROPIEDAD INTELECTUAL DE 11 DE MARZO DE 1957 Y SU INFLUENCIA EN LOS PLANTEAMIENTOS DE LACRUZ BERDEJO

En Francia el debate sobre la naturaleza común o privativa de la propiedad intelectual quedó zanjado cuando fue publicada la Ley especial de 11 de marzo de 1957, cuyo artículo 25 disponía lo siguiente:

«Para todos los regímenes matrimoniales y so pena de nulidad de todas las cláusulas en contrario contenidas en el contrato matrimonial, el derecho de divulgar la obra, de fijar las condiciones de su explotación y de defender su integridad seguirá siendo propio del cónyuge autor o de aquel de los cónyuges a quien hayan sido transmitidos tales derechos. Este derecho no podrá darse en dote ni ser adquirido por la comunidad como bienes gananciales. Los productos pecuniarios procedentes de la explotación de una obra intelectual o de la cesión total o parcial del derecho de explotación de una obra intelectual o de la cesión total o parcial del derecho de explotación estarán sometidos a las reglas aplicables a los bienes muebles, conforme al régimen matrimonial adoptado, únicamente cuando hayan sido adquiridos durante el matrimonio; lo mismo sucederá con las economías/ahorros efectuadas en dichos casos».

Este precepto venía a contradecir la jurisprudencia anterior, puesto que la ley atribuía ahora al cónyuge creador no sólo las facultades morales del derecho de autor (derecho de divulgar la obra y de defender su integridad), sino también los derechos patrimoniales sobre la obra, tal y como se deducía de la referencia a su prerrogativa para *«fijar las condiciones de su explotación»*. Sólo los productos económicos derivados de tal explotación, y sólo en cuanto se hubieran percibido durante el matrimonio, ingresaban en la masa común. Entre ellos debía incluirse también el precio obtenido por la cesión total de una obra intelectual, esto es, por la transmisión de los derechos patrimoniales a un tercero.

Con todo, la dicción de la norma (ahora contenida en el artículo L-121-9 de su Código de la Propiedad Intelectual) es confusa y, de hecho, no ha faltado quien ha señalado que en realidad se está refiriendo de manera exclusiva a las facultades morales y no a los derechos de explotación. Sólo de este modo cabría justificar –se apunta– que el precepto otorgue el mismo trato a la titularidad originaria del derecho de autor que a una adquisición derivativa (en ambos casos, privativa)²³. No obstante, frente a esto también

23. G. BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Los derechos inherentes a la persona en la sociedad de gananciales*. Thomson-Aranzadi. Cizur Menor, 2003, p. 163.

puede argüirse que, si la norma estuviera aludiendo exclusivamente a las prerrogativas morales (que no son derechos patrimoniales que puedan ser incluidos en una masa o patrimonio determinado) carecería por completo de sentido pues es obvio que estas son personales del autor²⁴. Además, ¿cómo podría explicarse que, siendo gananciales los derechos de explotación de acuerdo con la tesis seguida hasta ese momento por la jurisprudencia francesa, sólo ingresaran en la masa común –como indica la propia norma– los rendimientos obtenidos *durante el matrimonio*?

Unos años después, la Ley de 13 de julio de 1965 introdujo en el Código civil francés una segunda norma de importancia para el tema que nos ocupa. Nos referimos al artículo 1404 *Code civil*, que declara bienes propios de uno de los cónyuges en razón de su naturaleza «*tous les biens qui ont un caractère personnel et tous les droits exclusivement attachés à la personne*». A juicio de la doctrina de este país, esta norma no hacía más que confirmar o servir de refuerzo a la solución que previamente había ofrecido del problema la Ley de propiedad intelectual de 1957, pues estos derechos debían ser calificados como *inherentes* a la persona de su autor²⁵. En cambio, las facultades morales quedaban al margen de cualquier masa de bienes, en razón de su carácter extrapatrimonial [esto es, no podían considerarse ni gananciales ni privativas].

En nuestro país, LACRUZ BERDEJO importó estas teorías al tratamiento de este tema, desarrollándolas en dos marcos normativos distintos: por un lado, el Derecho foral de Aragón y, por otro, el Derecho común plasmado en el Código civil²⁶.

24. Vid. H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*. Troisième édition. Dalloz, 1978, p. 279, que alega que de otro modo el precepto no tendría razón de ser, pues el derecho moral ya se encuentra excluido de la masa común en virtud de otras disposiciones. En el mismo sentido, B. PARISOT, «Les droits d'auteur et l'oeuvre d'art en régime de communauté». *Dalloz*, 1967, p. 191; M. CRIONNET, *Les droits intellectuels et les régimes matrimoniaux en Droit français*. LGDJ. París, 1975, p. 178. Más recientemente, vid. C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*. 9.^a édition. Dalloz. París, 1999, p. 212; A. LUCAS, H-J LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*. 4 édition. Lexis Nexis. París, 2012, p. 164; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*. 8.^a ed. Puf Droit. París, 2012, pp. 382-383; P. SIRINELLI, *op. cit.*, p. 132; N. BINCTIN, «Le régime matrimonial de l'auteur». *RIDA*, núm. 232, Avril 2012, p. 71.
25. N. BINCTIN, *op. cit.*, p. 61. En el mismo sentido, antes que éste, vid. H. DESBOIS, *op. cit.*, p. 283; B. PARISOT, *op. cit.*, p. 191; J. PATARIN & G. MORIN, *La réforme des régimes matrimoniaux*. Tomo I. 2.^a édition. Repertoire du Notariat Defrenois. París, 1971, p. 138.
26. Lo hizo a través de una serie de trabajos, en los que este autor se sumaba a la solución que finalmente había consagrado el legislador francés en su Ley de propiedad intelectual de 11 de marzo de 1957: J.L. LACRUZ BERDEJO, «El régimen matrimonial

En el Derecho foral aragonés la comunidad conyugal comprendía, como sucedía en el Derecho tradicional francés, los bienes muebles de los cónyuges, cualquiera que fuera el momento –anterior o posterior al matrimonio– en que hubieran sido adquiridos. En cambio, los inmuebles (*sitios*) que tuvieran antes del matrimonio permanecían propios del cónyuge adquirente y no se comunicaban a la masa común.

La propiedad intelectual quedaba asimilada al régimen de los inmuebles y, por tanto, al margen del patrimonio común salvo pacto en contrario, en el artículo 39 de la Compilación de Derecho foral de Aragón de 1967. Además, el artículo 38.2.º del mismo Texto legal incorporaba expresamente la norma del Código civil francés [artículo 1404], según la cual debían considerarse privativos «[l]os bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los intransmisibles *inter vivos*, mientras conserven estos caracteres»²⁷.

Sostenía LACRUZ BERDEJO que la especial naturaleza de los derechos de propiedad intelectual conducía a excluirlos, pese a su carácter mobiliario, de la masa común de los cónyuges casados bajo el régimen de comunidad foral y a considerarlos, por el contrario, bienes privativos dados «*los estrechos vínculos que lo atan a la personalidad de su autor*». Ahora bien, proseguía este autor, «[c]omo fórmula práctica para conjugar los opuestos intereses del autor y del consorcio, cabe pensar que el derecho patrimonial de autor sólo se hace común en el momento en que se traduce, para su titular, en consecuencias pecuniarias, y sólo en cuanto a estas consecuencias, entendiendo que, una vez agotada, la obra ha vuelto a su estado de manuscrito». Así pues, siguiendo el Derecho francés, LACRUZ

de los fueros de Aragón». *Anuario de Derecho aragonés*, 1946, III; «Bienes comunes y bienes privativos en el régimen matrimonial aragonés». *RDN*, julio-diciembre, 1956; «El Derecho de familia en la nueva Compilación aragonesa». *ADC*, XX, 1967; «Los bienes privativos de los cónyuges en la comunidad legal aragonesa». *Temis*, núm. 25, 1967; J.L. LACRUZ BERDEJO y M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*. Editorial Bosch. Barcelona, 1963.

27. Aunque, con arreglo a ambos preceptos, la solución a la que se llegaba era la misma [los derechos de propiedad intelectual quedaban encuadrados entre los bienes privativos de los cónyuges], no faltó quien apuntara que la mención expresa a la propiedad intelectual en el artículo 39 de la Compilación se debía precisamente a la falta de inherencia personal de los derechos de propiedad intelectual a su autor. Así, J. ESCUDERO CLARAMUNT, «Comentario de los artículos 37 a 39 de la Compilación de Aragón», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. Tomo XXXIII, Vol. 1.º (dir. M. Albaladejo). EDESA. Madrid, 1986, pp. 421-422. En efecto, la inclusión de la propiedad intelectual entre los sitios (inmuebles) del matrimonio podía deberse más a razones relacionadas con su valor económico que al hecho de que fueran inherentes a su autor. Lo confirman dos argumentos. En primer lugar, el carácter dispositivo de esta norma, que predica esta solución *salvo pacto en contrario*. En segundo lugar, la inclusión dentro del precepto de la propiedad industrial, que no lleva asociada ninguna clase de prerrogativa moral.

concluía que sólo el *emolumentum*, esto es, los productos económicos o beneficios derivados de la explotación de la obra podían ingresar en la masa común.

En relación con nuestro Código civil, su versión originaria carecía no ya de la más mínima referencia a la cuestión de la naturaleza ganancial o privativa de los derechos de propiedad intelectual [situación que permanece hoy en día], sino incluso a la posibilidad de dejar al margen del patrimonio ganancial aquellos derechos que fueran inherentes a la persona de uno de los cónyuges. Por lo demás, nuestra legislación de propiedad intelectual no contemplaba entonces los derechos morales de autor, si bien existía ya en nuestra doctrina una fuerte inclinación a dar importancia a esta parcela más personalista de la propiedad intelectual. No en vano, los derechos morales habían sido objeto de un reconocimiento legal expreso a nivel internacional en el artículo 6 *bis* del Convenio de Berna durante la Conferencia celebrada en Roma del 7 de mayo al 2 de junio de 1928.

Por ello, y en razón también de la influencia del itinerario legislativo seguido en Francia, LACRUZ BERDEJO, al que terminaron sumándose otros muchos autores, defendió la inherencia de los derechos de propiedad intelectual a su autor y, con ello, la imposibilidad de reconocerles un carácter común dentro del régimen matrimonial de sociedad de gananciales. El artículo 1111 CC prestó no pocos auxilios a esta tesis, pues se estimaba que del mismo modo que los acreedores quedaban impedidos para agredir los derechos inherentes a la persona del deudor, tampoco tales derechos podían transmitirse a la comunidad conyugal que un sujeto determinado compartiera con su consorte²⁸. En cambio, cualquier producto pecuniario derivado de la explotación de la obra, incluido el precio obtenido por su cesión a tercero, debía ingresar en el patrimonio común como resultado del trabajo o industria de uno de los cónyuges (antiguo artículo 1401 CC)²⁹.

Finalmente, con motivo de la reforma del Código Civil por Ley 11/1981, de 13 de mayo, que modificó el régimen económico matrimonial en nuestro país, se introdujo el vigente artículo 1346.5.º CC que, de modo prácticamente similar a sus precedentes francés y aragonés, declara privativos de uno de los cónyuges «*los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles inter vivos*».

28. J.L. LACRUZ BERDEJO y M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho de familia...*, cit., p. 505; G. GARCÍA CANTERO, *Derecho civil español, común y foral. Tomo V. Derecho de familia. Vol. 1.º. Relaciones conyugales*. Madrid, 1987, p. 410.

29. Según este precepto del Código civil español, son bienes gananciales «*los obtenidos por la industria, sueldo o trabajo de los cónyuges o de cualquiera de ellos*».

A la vista de esta norma de nuestro Derecho positivo, ubicada ya dentro de la regulación de la sociedad de gananciales, podemos interrogarnos acerca de si realmente cabe concluir que los derechos de explotación son privativos del cónyuge autor en cuanto inherentes a su persona, o si esa inherencia únicamente se predica de los derechos morales, que nuestra vigente Ley de propiedad intelectual ya reconoce, desde su aprobación en 1987, dotándolos de un carácter inalienable.

3. LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL SON DERECHOS INHERENTES A LA PERSONA DEL AUTOR EN EL SENTIDO DEL ARTÍCULO 1346.5.º CC

El artículo 1346.5.º de nuestro Código civil, siguiendo la estela del Derecho aragonés, se refiere a los derechos *patrimoniales* inherentes a la persona, lo cual resulta lógico pues –como antes se ha comentado– sólo los derechos que tienen un contenido económico pueden verdaderamente integrarse en una de las masas de bienes del matrimonio. Los derechos morales, en cambio, siendo derechos personales del autor, no podrían en rigor considerarse ni gananciales ni privativos.

¿Puede sostenerse entonces que las facultades patrimoniales, también llamados derechos de explotación en el artículo 17 LPI (reproducción, distribución, comunicación al público, transformación) son inherentes a la persona de su autor?

La primera aportación que puede hacerse en relación con este interrogante deriva del modo en que la facultad moral de divulgación interfiere normalmente en el ejercicio de los derechos de explotación. Divulgar es hacer accesible al público una obra por vez primera y el hacerlo o no (derecho al inédito), así como la forma en que ha de hacerse (no sólo la manera de facilitar ese conocimiento público de su obra, sino hacerlo con el nombre del autor, bajo seudónimo o signo o anónimamente) es algo que corresponde decidir de manera exclusiva al titular originario de la obra (art. 14.1.º y 2.º LPI).

Así pues, podría concluirse que dado que la divulgación es la llave que abre la puerta a la explotación de la obra, los derechos patrimoniales, esto es, las facultades de explotación deben seguir la misma suerte que el derecho de divulgación, a saber, permanecer su titularidad (y, con ello, su ejercicio) en manos del cónyuge autor, sin posibilidad de comunicación al otro.

Sin embargo, también cabe sostener la tesis opuesta, según la cual, superado el obstáculo de la divulgación, esto es, una vez que la obra se ha puesto por el autor voluntariamente en conocimiento del público, no debería existir ya ningún impedimento para la inclusión de los derechos de explotación dentro de la masa común. El creador habría cortado así el cordón umbilical que lo unía a su obra y, una vez salida esta de la esfera reservada de aquel, la explotación (entendida como titularidad de los derechos y decisiones sobre la gestión) podría ser asumida ya por ambos cónyuges. Algo así como el cumplimiento de una condición suspensiva que hubiera entorpecido hasta ese momento la entrada de esos derechos en la comunidad, cuando esta era la vocación a la que habrían estado llamados desde su nacimiento [esto es, desde la creación de la obra] como producto de la *industria* de uno de los cónyuges (artículo 1347.1.º CC).

De hecho, tal es el planteamiento que –sin duda– subyacía en los dos casos señeros de la jurisprudencia francesa a los que antes hemos hecho referencia. En los *affaires Lecoq* y *Canal* la Corte de casación francesa se decantó más fácilmente por el carácter ganancial del monopolio de explotación, por una razón muy simple: en ambos casos estábamos ante obras que habían sido objeto de divulgación por el artista antes de la disolución de su matrimonio. Dicho de otro modo, no se suscitaban los problemas que conlleva la interferencia de la facultad de divulgación en la comunicación de tales derechos al consorcio conyugal³⁰.

Sea como fuere, en ambos asuntos la Corte de Casación francesa resolvió la cuestión de manera salomónica: los derechos patrimoniales debían ingresar en la comunidad y las facultades morales (modificación y supresión de las obras) permanecían en manos del autor con el límite de la prohibición del abuso de derecho. Y ello porque no tuvo que enfrentarse –como hemos indicado– con el derecho de divulgación o, lo que es lo mismo, porque entendió que, una vez divulgadas las obras, no había ningún obstáculo que impidiera la comunicación de tales derechos patrimoniales también al cónyuge del autor.

En la doctrina francesa, H. DESBOIS fue un gran defensor de esta solución, que enraíza claramente con una aprehensión *dualista* de la naturaleza de la propiedad intelectual, según la cual son perfectamente separables las facultades patrimoniales de las morales, con la consecuencia

30. Como sí sucedería más adelante en otros dos famosos asuntos de la jurisprudencia francesa –los conocidos *affaires Bonnard* y *Picabia*– referidos ya concretamente a las obras plásticas, sobre los que después volveremos.

de que cada una de ellas puede ser asignada a titulares distintos (ambos cónyuges en el caso de las patrimoniales y, exclusivamente al autor, en el caso de las morales). De hecho, para DESBOIS, la divulgación constituía un hito fundamental en la vida de las creaciones intelectuales, pues producía su entrada en la esfera de los valores patrimoniales. Hasta ese momento, los derechos de propiedad intelectual [en alusión a las facultades de explotación] debían considerarse *meras expectativas (virtualités)* o *bienes fuera del comercio*, respecto de los cuales no podía predicarse un carácter común³¹.

Es conocida la polémica que este autor mantuvo con otro gran tratadista francés M. NAST, defensor de una concepción *monista* de la propiedad intelectual, para quien existía una tan íntima relación entre la obra y la persona de su creador, así como una tal absoluta preeminencia de la vertiente moral (genuino derecho de autor) sobre la patrimonial, que ni siquiera la publicación de aquella podía dar por terminada tal relación³².

H. DESBOIS consideraba que este radical planteamiento de M. NAST, del que obviamente derivaba que los derechos de propiedad intelectual [también los patrimoniales] quedaran al margen de la comunidad matrimonial, conducía a unas consecuencias inaceptables. Entre ellas, que «*sería imposible para un novelista despojarse a favor de un tercero de la facultad de editar una de sus novelas, y con mayor razón aún, de todas sus producciones, actuales o futuras...*»³³. De igual modo, los derechos de autor serían inembargables: «*incluso cuando el escritor ha decidido publicar su obra –apuntaba DESBOIS–, los acreedores no podrán embargar y sacar a pública subasta el derecho de reproducción, que no tiene en sí mismo valor económico, sino solamente embargar los rendimientos pactados con el editor en la ejecución de un contrato concluido con anterioridad*»³⁴.

Estas «consecuencias inaceptables» a las que, a juicio de DESBOIS, conducía el planteamiento de la inseparabilidad entre facultades morales y derechos de explotación, con la ya sabida consecuencia dentro del ámbito en el que nos hallamos, se encuentran hoy en día completamente aceptadas y legislativamente plasmadas, entre otros, en los artículos 43.3 y 53.2 de nuestra ley de propiedad intelectual. Según el primero de estos preceptos, «*será nula la cesión de derechos de explotación respecto del conjunto de las obras*

31. H. DESBOIS, *op. cit.*, p. 236.

32. M. NAST, «Comunidad legal», en M. PLANIOL y G. RIPERT, *Tratado práctico de Derecho civil francés. Tomo VIII. Regímenes económicos matrimoniales*. Traducción española M. Díaz Cruz, con la colaboración de E. Le Riverend Brusone. La Habana, 1945, p. 242.

33. H. DESBOIS, *op. cit.*, p. 236.

34. H. DESBOIS, *op. et loc. cit.*

que pueda crear el autor en el futuro». A ello cabría añadir también la limitación temporal que acompaña a la cesión de los derechos en el artículo 43.2 LPI [5 años], que no cabe hallar –en cambio– en cualquier otra transmisión de la titularidad dominical sobre un bien tangible. En último término, el artículo 53.2 LPI señala que «[l]os derechos de explotación correspondientes al autor no son embargables, pero sí lo son sus frutos o productos, que se considerarán como salarios, tanto en lo relativo al orden de prelación para el embargo, como a retenciones o parte inembargable».

Esto nos debe llevar a pensar que la inherencia que para algunos representa exclusivamente el ejercicio por el autor de su facultad moral de divulgación *en realidad no es el único ligamen que justifica la inseparabilidad de la obra a su persona*. Téngase en cuenta que los aspectos antes mencionados del régimen jurídico de la propiedad intelectual (el carácter limitado de la cesión y la inembargabilidad de los derechos de explotación) se predicán también, y esto es muy importante, de las obras *ya divulgadas* pues la ley no establece ninguna distinción al efecto [*ubi lex non distinguit*].

Así pues, la línea divisoria entre la faceta personal de la propiedad intelectual y su vertiente patrimonial parece no coincidir exactamente con la tradicional distinción entre los derechos morales (de manera especial, el de divulgación) y los patrimoniales, sino que va más allá, expresándose en otros aspectos del régimen jurídico de esta propiedad especial como son las limitaciones que se aprecian en la transmisión de estos derechos (mencionadas anteriormente), la imposibilidad de que el cesionario pueda volver a transferirlos si no es con consentimiento del titular originario (artículo 49 LPI), la inembargabilidad de las facultades de explotación (artículo 53.2 LPI), la fijación de la duración de tales derechos con arreglo a la vida del autor independientemente de su titularidad (artículo 26 LPI) o, en general, la atribución a aquel de cualquier decisión sobre la explotación de la obra que vaya más allá del estricto ejercicio de su facultad de divulgación (*v. gr.*, artículos 58 y 74 LPI).

Todos ellos reflejan un estatuto especial de la obra, pese a su indudable caracterización como *res intra commercium*, en el que lo más destacable sería el mantenimiento de un cierto grado de dependencia con la persona del autor que no se identifica sin más con el derecho de divulgación o el resto de prerrogativas morales.

Aun después de que la obra se haya puesto en conocimiento del público, los derechos de explotación seguirían siendo inembargables, la cesión a terceros estaría limitada material y temporalmente y las decisiones sobre

los sucesivos actos de explotación deberían continuar siendo adoptadas por el autor.

Lo apuntaba magistralmente otro gran tratadista francés, R. SALEILLES, que consideraba que la obra ya publicada no se convertía en un simple valor pecuniario, sino que permanecía ligada a la personalidad de su autor, a quien correspondía *decidir cualquier nueva publicación de la obra, suprimirla en tanto no hubiera cedido su derecho o modificarla por completo*³⁵. No en vano alguna doctrina de este país ha sostenido que, junto a los derechos patrimoniales y a los puramente extrapatrimoniales, cabe reconocer una tercera categoría de *derechos patrimoniales de carácter estrictamente personal*, dentro de la cual estarían incluidos los derechos de propiedad intelectual³⁶.

Desde esta perspectiva, resultaría difícilmente justificable hacer partícipe al cónyuge del autor de las decisiones relacionadas con la explotación de la obra en virtud de la regla general de la cogestión que se aplica en los regímenes matrimoniales comunitarios o, lo que es más incomprensible aún, depositarlas exclusivamente en él en el hipotético caso de que el matrimonio se separara o divorciara y los derechos terminaran siendo adjudicados al no autor en la liquidación de la masa común.

En nuestro país, estas ideas fueron retomadas por LACRUZ BERDEJO, que las expresaba del siguiente modo: «... *el derecho patrimonial de autor sólo se hace común en el momento en que se traduce, para su titular, en consecuencias pecuniarias, y sólo en cuanto a estas consecuencias, entendiendo que, una vez agotada, la obra ha vuelto a su estado de manuscrito*»³⁷. Esto es, el autor es el único que puede decidir si quiere divulgar la obra, pero también el único a quien corresponde pronunciarse sobre los sucesivos actos de explotación y, lo que es más importante aún, acerca del modo en que tal explotación debe ser llevada a cabo.

Desde que LACRUZ BERDEJO resolviera de este modo la ecuación, esta es la tesis que ha predominado en nuestra doctrina, a saber, la propiedad intelectual sobre las obras pertenece privativamente al autor casado con sociedad de gananciales, porque se trata de un derecho inherente a su

35. R. SALEILLES, «Comentario de la Sentencia de la Corte de apelación de París de 1 de febrero de 1900». *Recueil Sirey*, 1900, pp. 121-122.

36. M.M. CACHIA, «Les droits patrimoniaux a caractère personnel dans le régime de communauté». *RTDC*, tomo XLVIII, 1950, p. 269, siguiendo a NERSON.

37. J.L. LACRUZ BERDEJO y M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho de familia...*, cit., p. 506.

persona. Pero, junto a ello, cualquier rendimiento o producto económico que se derive de su explotación pasará a formar parte del patrimonio común en cuanto resultado de la industria de uno de los cónyuges (artículo 1347.1.º CC)³⁸. Y, de hecho, tal es la solución por la que se han decantado también la mayoría de ordenamientos jurídicos que han abordado esta cuestión³⁹.

De esta manera se lograba aparentemente la «cuadratura del círculo», resolviéndose en principio el problema jurídico planteado por la incompatibilidad entre lo que es regla general dentro de la sociedad de gananciales y el carácter personal de la propiedad intelectual, que se resiste a ser sometida a una regla de coestión como la plasmada en nuestro artículo 1375 CC o a la eventualidad de que sea adjudicada al cónyuge no autor cuando la sociedad de gananciales se disuelve por separación o divorcio de los cónyuges (artículos 1392 y ss CC).

De igual modo, con esta solución se lograban resultados más conformes con la justicia, pues el cónyuge que hubiera acompañado a su consorte durante todo el periplo creador –prestándole asistencia doméstica o engrosando el patrimonio común con sus propios rendimientos profesionales– podía participar en los productos económicos derivados de esa creación intelectual, entre los cuales se hallaba también el precio obtenido por su cesión exclusiva a terceros.

Todo ello hasta que se produjo el «redescubrimiento» por nuestra doctrina del principio de subrogación real del artículo 1346.3.º CC.

4. EL «REDESCUBRIMIENTO» DEL PRINCIPIO DE SUBROGACIÓN REAL DEL ARTÍCULO 1346.3.º CC

El principio de subrogación real dentro de la sociedad de gananciales está formulado en dos preceptos de nuestro Código civil, a través de los cuales se pretende que ninguna de las masas patrimoniales que coexisten

38. Vid. T. GIMÉNEZ DUART, «Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981». *RCDI*, núm. 548, 1982, pp. 125-126; J.A. MARTÍNEZ SANCHÍZ, «Casos dudosos de bienes privativos y gananciales». *AAMN*, tomo XXVI, p. 399; V. TORRALBA SORIANO, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*. Volumen II. Editorial Tecnos. Madrid, 1984, p. 1594; J. RAMS ALBESA, «Bienes privativos personalísimos (Análisis del art. 1346. 5.º y 6.º CC)». *Revista de Derecho Registral*, 1987, p. 60; A.M. SANZ VIOLA, «La sociedad de gananciales y el derecho de autor tras la Ley de 11 de noviembre de 1987». *Actualidad Civil* 1992-I, pp. 101-102; M.P. SÁNCHEZ GÓNZÁLEZ, «Naturaleza privativa o ganancial de la propiedad intelectual». *RGD*, núms. 628-629. Enero-febrero 1997, p. 39.

39. Artículo 1401 del Código civil belga o Artículo 1404 del Código civil de Luxemburgo.

dentro de ella (la ganancial y la privativa de cada uno de los cónyuges) quede fagocitada por las otras dos mientras se halle vigente este régimen matrimonial.

En lo que respecta a los bienes privativos de los cónyuges, el artículo 1346.3.º CC señala que tienen este carácter «[l]os adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos».

Así pues, de conformidad con este principio, el precio obtenido por la cesión de los derechos de explotación sobre una obra creada durante el matrimonio, si se considera que estos son privativos, debería ingresar también en el patrimonio del autor.

Esta conclusión resulta bastante clara a la vista de la llamada *cesión exclusiva* de los derechos de autor, que tantas similitudes guarda con la compraventa de bienes tangibles, dado que esta explotación –aunque temporal y eventualmente limitada *ratione materiae*– viene a agotar prácticamente las potencialidades económicas de la obra⁴⁰.

Y, si esto es así, ¿cómo se puede afirmar –como venía haciendo la doctrina mayoritaria– que *cualquier rendimiento, producto o beneficio económico* que derive de la explotación de la obra durante el matrimonio ingresará sin más en la masa común?

Esta es, desde luego, la solución que ofrece el Derecho francés actualmente, ya que el antiguo artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de marzo de 1957 ha quedado recogido en el vigente artículo L. 121-9 de su Código de la Propiedad Intelectual, a pesar de que el Código civil francés también contempla el principio de subrogación real en su artículo 1406.II⁴¹.

Nuestra doctrina, sin embargo, se tomó bastante en serio esta objeción –rescatada por C. ROGEL VIDE⁴²– hasta el punto de que, en aras del

40. Así lo entiende G. BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Los derechos inherentes a la persona...*, cit., p. 179, frente a la opinión mantenida por A.M. SANZ VIOLA, op. cit., p. 104, que considera que también la cesión exclusiva constituye un contrato cercano al arrendamiento o aparcería, de tal modo que el importe obtenido por dicha cesión debe considerarse fruto.

41. Según este precepto, «[l]ormement aussi des propres, par l'effet de la subrogation réelle, les créances et indemnités qui remplacent des propres, ainsi que les biens acquis en emploi ou remploi, conformément aux articles 1434 et 1435».

42. C. ROGEL VIDE, «Bienes gananciales, bienes privativos y propiedad intelectual». *Centenario del Código Civil (1889-1989)*. Tomo II. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1990, pp. 1862-1866, siguiendo la tesis antes formulada por J. ESCUDERO CLARAMUNT, op. cit., p. 423; R. SALEILLES, op. cit., p. 123 y M. CRIONNET, op. cit., p. 180.

rigor jurídico, nuestros autores terminaron modificando sus postulados iniciales para entender, de forma casi unánime, que el precio de la cesión exclusiva de los derechos de explotación del autor casado debe integrarse en la masa privativa de este⁴³.

Pese a su rigor, este resultado se aceptó con cierta resignación, pues se oponía a los principios que inspiran la sociedad de gananciales que, como se ha dicho, abocan a la compartición de las ganancias obtenidas por los cónyuges. Entre ellas, y podríamos decir que de modo prevalente, las derivadas de su trabajo o industria.

5. LA POSTURA ACTUAL DE NUESTRA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA EN RELACIÓN CON LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

La postura mayoritaria que actualmente mantiene nuestra doctrina es la de considerar que los derechos de explotación sobre las obras intelectuales creadas por un autor casado en régimen de gananciales son privativos de este, en aplicación del artículo 1346.5.º CC, con independencia de que la obra se cree antes o constante la sociedad de gananciales, y que los ingresos derivados de la cesión exclusiva de tales derechos también son privativos, en aplicación del principio de subrogación real artículo 1346.3.º CC⁴⁴ (en cambio, los rendimientos derivados de la cesión no exclusiva serían frutos y, por tanto, gananciales *ex* artículo 1347.2.º CC)⁴⁵.

Minoritariamente se ha intentado otra aproximación al tema, desarrollada por G. BERCOVITZ ÁLVAREZ, que importa a nuestro país y a la discusión que nos ocupa la conocida doctrina francesa del *titre* (titularidad) y la *finanze* (valor económico)⁴⁶.

43. En este sentido, J. RAMS ALBESA, *La sociedad de gananciales*. Editorial Tecnos. Madrid, 1992, p. 86.

44. *Vid.* por todos, J. RAMS ALBESA, *La sociedad de gananciales*, *cit.*, p. 86; M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentario del Código civil*. Tomo II. Ministerio de Justicia. Madrid, 1993, p. 641; J. BARCELÓ DOMENECH, *El régimen económico del matrimonio* (Comentarios al Código civil) (coord. J. Rams Albesa y J.A. Moreno Martínez). Dykinson. Madrid, 2005, p. 279; A. REBOLLEDO VARELA, *Comentarios al Código civil*. Tomo VII (*dir.* R. Bercovitz Rodríguez-Cano). Tirant lo Blanch. Valencia, 2013, pp. 9521-9522.

45. G. BERCOVITZ, *Los derechos inherentes a la persona...*, *cit.*, p. 193, matiza esta conclusión, señalando que el precio de las cesiones no exclusivas será fruto en la medida en que no comprometa el valor de la *res frugífera*.

46. G. BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Los derechos inherentes a la persona...*, *cit.*, pp. 192-193.

Esta construcción se debe principalmente a J. E. LABBÉ⁴⁷ y a R. SALEILLES⁴⁸, que sostenían que dentro del matrimonio había determinados bienes que constituían el *producto capitalizado del trabajo de los cónyuges* y que se caracterizaban por su naturaleza mixta o compleja, dado que –por un lado– resultaban inherentes al cónyuge que había generado ese valor económico, pero –por otro– tenían un contenido patrimonial que no debía ser sustraído a la comunidad.

Esta tesis fue desarrollada sobre todo en relación con los llamados *oficios ministeriales*, que eran cargos públicos personales e intransferibles concedidos por el Gobierno a cambio de una contraprestación económica, en los que la designación del sucesor correspondía a la persona que anteriormente los hubiera ostentado. Aunque el titular estuviese casado bajo el régimen de comunidad legal, sólo él podía decidir la transmisión, así como elegir al cesionario con el beneplácito del gobierno, todo ello en ejercicio de una facultad personalísima. No obstante, como por otro lado este cargo podía haber sido adquirido con fondos comunes y, lo que es más importante, haber aumentado su valor con motivo del buen hacer de la persona que lo ocupaba, el precio o contraprestación obtenidos por su cesión a tercero debían considerarse comunes (*finance*), aunque la titularidad del oficio (*titre*) fuera privativa.

R. SALEILLES tuvo el acierto de trasladar este análisis a la propiedad intelectual de los cónyuges, alegando que sería simplista resolver la naturaleza de los derechos de autor en el régimen de comunidad legal a través de un planteamiento radical de *todo o nada: privativos* en razón de su inherencia al autor o *comunes* por tratarse de productos del trabajo de los cónyuges. En su opinión, mientras se respetara la esfera personal del autor (que coincidía no sólo con la divulgación, sino con cualquier otra decisión que pudiera adoptarse en relación con la explotación de la obra), todo valor pecuniario que representara un producto de la actividad creadora debía entrar en la comunidad⁴⁹. En cuanto al acomodo normativo de este planteamiento, este autor lo encontró en el artículo 1437 *Code civil*, según el cual la comunidad tiene derecho a reembolso por los gastos de conservación o mejora que se hayan hecho en los bienes privativos con fondos comunes⁵⁰.

47. J.-E. LABBÉ, «Comentario de la Sentencia de la Corte de Casación de 6 de enero de 1880». *Recueil Sirey*, 1881, I, pp. 49-51.

48. R. SALEILLES, *op. cit.*, pp. 121 y ss.

49. R. SALEILLES, *op. cit.*, p. 123.

50. R. SALEILLES, *op. cit.*, p. 123. Según este precepto, «[t]outes les fois qu'il est pris sur la communauté une somme soit pour acquitter les dettes ou charges personnelles à l'un des époux, telles que le prix ou part du prix d'un immeuble à lui propre ou le rachat des services

Se trata prácticamente de la misma previsión que contempla nuestro artículo 1359 CC, en la que también se apoyó G. BERCOVITZ ÁLVAREZ para concluir que el valor o contenido económico de los derechos de explotación debía ingresar en el consorcio conyugal, aunque su titularidad quedara en manos del autor⁵¹.

De hecho, según entiende alguna doctrina en Francia, el artículo L-121-9 *Code Propriété Intellectuelle*, que recoge la norma del antiguo artículo 25 de su ley de 11 de marzo de 1957, contempla esta misma distinción entre el *titre* y la *finanze*⁵². Y, ciertamente, esta es la única explicación posible que cabe dar a un precepto que tan abiertamente contradice el principio de subrogación real del artículo 1406.II *Code civil*⁵³.

En nuestra opinión, y pensando en una futura reforma legislativa, dos son las opciones posibles que la ley podría adoptar en relación con el problema de la naturaleza de la propiedad intelectual.

La primera es, siguiendo la estela del Derecho francés, la atribución de la titularidad de los derechos de explotación al cónyuge autor y de su contenido económico a la sociedad de gananciales de acuerdo con la teoría del título y la finanza. La ley de propiedad intelectual francesa parece, sin embargo, haberse quedado a medio camino, ya que sólo prevé el ingreso en la comunidad de los productos pecuniarios de la propiedad intelectual, mientras dure el matrimonio. En caso de separación o divorcio, el autor retendrá sus derechos de explotación (en cuanto bienes privativos suyos), pero la comunidad no recibirá reembolso alguno (a diferencia de la solución a la que aboca la aplicación del artículo 1437 *Code civil*, similar a nuestro artículo 1359 CC). Situación que contrasta, además, con el derecho de usufructo sobre los derechos de explotación de los que el autor no haya dispuesto en vida que se reconoce en favor del cónyuge supérstite en caso de disolución del matrimonio por fallecimiento de aquel (si no hubiera

fonciers, soit pour le recouvrement, la conservation ou l'amélioration de ses biens personnels, et généralement toutes les fois que l'un des deux époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit la récompense».

51. G. BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Los derechos inherentes a la persona...*, cit., pp. 192-193.

52. J. BOULANGER, en M. PLANIOL & G. RIPERT, *Traité pratique de Droit Civil Français*. 2.^a édition. Paris, 1957, p. 389; A.-LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, op. cit., p. 165.

53. En cambio, autores como M. CRIONNET, op. cit., pp. 237, 248 y 251 y N. BINCTIN, op. cit., p. 143, entienden que después de la introducción, en 1965, del principio de subrogación real en el Código civil francés, el precepto ya no podía seguir siendo interpretado del mismo modo.

recaído previamente una sentencia de separación matrimonial) (artículo L-123-6 *Code de la propriété intellectuelle*)⁵⁴.

La otra solución es la que ha adoptado el legislador argentino en su nuevo Código civil de 2014⁵⁵, en el que se declaran bienes gananciales las obras publicadas o interpretadas durante el matrimonio, así como las obras artísticas concluidas también durante la vigencia de la sociedad [artículo 464.o)]⁵⁶. Para garantizar que las decisiones sobre explotación permanezcan en manos del autor, pese a la titularidad conjunta de tales derechos, la ley establece la gestión individual a favor del autor (artículo 470) y le reconoce asimismo un derecho de adjudicación preferente en la disolución de la sociedad, que podrá ejercer también aunque el valor de su lote fuera inferior mediante el pago de las compensaciones dinerarias oportunas (artículo 499). No obstante, si se acoge esta otra solución la intervención legislativa debería, en nuestra opinión, ir incluso algo más allá. Si la adjudicación preferente no fuera posible por exceder el valor de los derechos de explotación de lo que corresponde al autor en la partición y carecer este de numerario con el que hacer efectivas esas compensaciones, en ningún caso deberá propiciarse la adjudicación de estos derechos al otro cónyuge sino mantenerse en una situación de indivisión en la que las decisiones sobre la explotación de la obra siguieran correspondiendo en todo caso al autor. Algo similar a lo que sucede con los establecimientos comerciales fundados durante el matrimonio a costa del caudal común, que sólo pueden ser gestionados por aquel de los cónyuges que posea la cualificación necesaria o que sea titular de la licencia administrativa que permite llevar a cabo tal actividad (*v.gr.* en el caso de las oficinas de farmacia)⁵⁷.

54. «Pendant la période prévue à l'article L. 123-1, le conjoint survivant, contre lequel n'existe pas un jugement passé en force de chose jugée de séparation de corps, bénéficie, quel que soit le régime matrimonial et indépendamment des droits qu'il tient des articles 756 à 757-3 et 764 à 766 du code civil sur les autres biens de la succession, de l'usufruit du droit d'exploitation dont l'auteur n'aura pas disposé. Toutefois, si l'auteur laisse des héritiers à réserve, cet usufruit est réduit au profit des héritiers, suivant les proportions et distinctions établies par l'article 913 du code civil. Ce droit s'éteint au cas où le conjoint contracte un nouveau mariage».

55. Hasta el año 2014, el Código civil argentino se decantaba por la solución opuesta en su artículo 1272, último párrafo, según el cual «[l]os derechos intelectuales, patentes de invención, o diseños industriales son bienes propios del autor o inventor, pero el producido de ellos durante la vigencia de la sociedad es ganancial».

56. Este precepto declara bienes propios de los cónyuges «la propiedad intelectual, artística e industrial, si la obra intelectual ha sido publicada o interpretada por primera vez, la obra artística ha sido concluida, o el invento, la marca o el diseño industrial han sido patentados o registrados antes del comienzo de la comunidad. El derecho moral sobre la obra intelectual es siempre personal del autor».

57. Entre otras, *vid.* la STS 10 octubre 2017 (RJ 5129).

III. ESPECIALIDADES DE LA OBRA PLÁSTICA RESPECTO DEL RESTO DE CREACIONES INTELECTUALES

La obra plástica es una creación intelectual que surge, como apunta R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, cuando se da forma o color a materias preexistentes⁵⁸. Dentro de esta categoría cabe agrupar manifestaciones tan diversas como la pintura, el dibujo, la escultura, los grabados, los tapices o la arquitectura, por citar sólo algunos.

Suele decirse que la obra plástica presenta ciertas peculiaridades respecto del resto de obras. De manera particular puede apreciarse en ella una relación más estrecha entre la creación intelectual (*corpus mysticum*) y el soporte (*corpus mechanicum*) a la que ha sido incorporada, hasta tal punto de que sin este último la primera no podría tener existencia y, por otro lado, aunque sea objeto de sucesivas copias, la percepción de estas nunca puede suplir a la del soporte original⁵⁹.

No obstante, a pesar de esta íntima conexión, tampoco en el caso de la obra plástica es posible identificar plenamente el bien inmaterial que es la creación intelectual con su soporte, pues incluso si este quedara destruido, aquella podría seguir siendo percibida a través de las copias que se hubieran realizado de ella [si bien no de idéntico modo, como antes señalamos]. Tal distinción entre el bien inmaterial y el medio tangible al que ha sido incorporada aparece plasmada –en relación con toda clase de obras– en nuestra legislación de propiedad intelectual, en dos preceptos distintos. Nos referimos –por un lado– al artículo 3.1 LPI (independencia entre los derechos de autor y la propiedad de la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual) y al artículo 56.1 LPI (el adquirente del soporte no tiene, por este solo título, ningún derecho de explotación sobre la obra). Si bien, en relación ya exclusivamente con las obras plásticas, el artículo 56.2 LPI señala que «[n]o obstante el propietario del original de una obra de artes plásticas o de una obra fotográfica tendrá el derecho de exposición pública de la obra, aunque ésta no haya sido divulgada, salvo que el autor hubiera excluido expresamente este derecho en el acto de enajenación del original. En todo caso, el autor podrá oponerse al ejercicio de este derecho, mediante la aplicación, en su caso, de las medidas cautelares previstas en esta Ley,

58. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario del artículo 10 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano). 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2017.

59. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Manual de Propiedad Intelectual*. 8º ed., Tirant lo Blanch. Valencia, 2018, p. 65.

cuando la exposición se realice en condiciones que perjudiquen su honor o reputación profesional».

La explotación de la obra plástica se reduce prácticamente a la enajenación de su soporte a un tercero. No en vano se ha justificado la existencia del llamado *droit de suite* en la necesidad de compensar al artista plástico por los escasos medios de obtención de beneficios que le brinda normalmente su creación⁶⁰.

Aclarado esto, trataremos de averiguar si el carácter tangible del soporte en el que uno de los cónyuges ha realizado una pintura o una escultura, por citar dos ejemplos, estando vigente su régimen de sociedad de gananciales, puede influir en la calificación de este bien mueble tan estrechamente ligado a la obra como cosa ganancial, al margen de la calificación privativa que han recibido en cambio los derechos de explotación. Por otro lado, veremos si el hecho de que sólo el precio obtenido de la enajenación del soporte de la obra plástica represente normalmente el rendimiento que cabe esperar de su explotación podría constituir un argumento en pro de su carácter común.

Hacemos la advertencia de que cuando nos refiramos, a partir de ahora, a la obra plástica, queremos aludir al soporte original al que el *corpus mysticum* (la obra en sentido inmaterial) se encuentra incorporado.

IV. LOS ORÍGENES DE LA DISCUSIÓN ACERCA DE LA GANANCIALIDAD DE LA OBRA PLÁSTICA

1. LOS CONOCIDOS AFFAIRES BONNARD, PICABIA Y KRÉMÈGNE

Al igual que sucedió con los derechos de explotación, cabe situar el punto de partida de la discusión acerca del carácter ganancial o privativo de la obra plástica en Francia y, más concretamente, en los pronunciamientos de sus tribunales.

En este caso debemos referirnos a los célebres casos *Bonnard*, *Picabia* y *Krémègne*, resueltos por la Corte de casación francesa en las sentencias

60. El *droit de suite* es el derecho de participación en el precio de la reventa de originales de obras plásticas en la que intervienen profesionales del mercado del arte, que se reconoce a favor de dichos autores. Este derecho de participación se encuentra regulado a nivel europeo en la Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original (en cuyo considerando 3 encontramos la justificación antes expuesta). En España, este derecho está regulado por la Ley 3/2008, de 23 de diciembre.

de 4 de diciembre de 1956, 4 de junio de 1971 y 12 de mayo de 2011, respectivamente.

El supuesto de hecho del primero era el siguiente: el señor Bonnard había contraído matrimonio con la señora Boursin en 1925, después de una convivencia de treinta años. El matrimonio no tuvo hijos. Tras la muerte de su esposa, en enero de 1942, el pintor –temiendo verse despojado de sus obras por los parientes de su mujer– falsificó un supuesto testamento ológrafo de ella en el que se le nombraba legatario universal de todos sus bienes. El pintor falleció en 1947 y los herederos de su esposa –que eran unos familiares lejanos suyos– reclamaron, de acuerdo con la legislación vigente en aquel momento, que se aplicara la sanción civil correspondiente a la falsificación de un testamento, que era la atribución exclusiva a su favor de los cuadros del pintor que no hubieran sido enajenados a terceros (artículos 792 y 1477 *Code civil*). Los demandados eran los herederos de Pierre Bonnard, sobrinos del pintor, que alegaron que los cuadros que se hallaban en el taller de su tío en el momento de su fallecimiento no podían considerarse bienes comunes a ambos cónyuges pues se trataba de obras sin divulgar.

En primera instancia, el Tribunal Civil de la Seine, en Sentencia de 10 de octubre de 1951⁶¹, dio la razón a los herederos de la señora Boursin, declarando que los cuadros eran bienes muebles, de tal forma que debían integrarse en el activo de la comunidad en aplicación del antiguo artículo 1401 *Code civil*⁶². A juicio de este tribunal, el autor no había manifestado en ningún momento su deseo de excluirlas del conocimiento público, ni había ejercitado su derecho de modificación o arrepentimiento. De esta forma, cabía concluir que, tras su fallecimiento, las obras quedaban liberadas de esa suerte de «hipoteca intelectual» con la que habrían estado gravadas hasta ese momento (en referencia a la vinculación de la obra a la persona del autor).

En apelación, la Corte de París, en su sentencia de 19 de enero de 1953⁶³, acogió un criterio diverso, pues hizo depender la entrada de las obras en comunidad de la circunstancia de que estas estuvieran *acabadas* en el momento del fallecimiento del artista y, para determinar este hecho, nombró una comisión de tres expertos⁶⁴. A juicio de este tribunal, no

61. *JCP, La semaine Juridique*, 1952, II, p. 7240.

62. Como antes se señaló, el precepto hacía entrar en comunidad todos los bienes muebles adquiridos por los cónyuges, independientemente de su fecha de adquisición.

63. *Gaz. Pal.* 1953 I, pp. 99-107; *Dalloz*, 1953, p. 405.

64. Como explica M.R. NERSON, «Le sort des oeuvres picturales, non divulguées, au jour de la dissolution de la communauté». *RIDA*, 1972, p. 123, las nociones de obras

resultaba admisible que sólo después de la enajenación o, al menos, de la puesta en venta o explotación del cuadro [en referencia, en los tres casos, a la divulgación de la obra por su autor] cupiera conferir a las obras de Bonnard el carácter de bienes comunes de ambos esposos, pues –de ser así– su naturaleza dependería de la voluntad discrecional del autor. Los bocetos y esbozos, por el contrario, le pertenecían en cuanto constituían para él un instrumento del trabajo, «la expresión provisional de un pensamiento artístico que todavía ha de definirse o formularse»⁶⁵.

La Corte de Casación resolvió el recurso revocando el pronunciamiento de la instancia, en su Sentencia de 4 de diciembre de 1956⁶⁶, en la que –con base nuevamente en el artículo 1401 *Code civil*– declaró que formaban parte de la comunidad los cuadros pintados por Bonnard [naturalmente, aquellos que no hubieran sido enajenados a terceros]. En su opinión, la distinción sentada por el órgano de apelación entre obras terminadas y no terminadas era arbitraria. Las obras, tanto si estaban acabadas como si se trataba de meros bocetos, debían tener un carácter común. No obstante, esta naturaleza tenía que ponerse en consonancia con la existencia de determinadas facultades morales, que el autor podía ejercer hasta el momento mismo de la disolución de su comunidad matrimonial. En concreto: 1) El derecho a introducir modificaciones en su obra, de terminarla e incluso de suprimirla, antes de que se hubiera verificado la partición, siempre que no actuara con el propósito de perjudicar a su cónyuge o a los representantes de este último; 2) Solicitar la adjudicación, salvo el derecho de compensación si hubiera lugar, de las obras que juzgara inacabadas o que estimara necesarias para la terminación de sus trabajos; 3) Velar por que no fueran desnaturalizadas.

Dado que la sentencia fue casada, la Corte de Orleans dictó en reenvío una nueva sentencia, el 18 de febrero de 1959, en la que declaró que las obras no divulgadas no entraban en la comunidad matrimonial, sino que debían considerarse bienes fuera del comercio que no se incorporaban a la masa partible de la comunidad disuelta con motivo del fallecimiento del autor. Y, para determinar si había existido divulgación o no en cada caso concreto, el órgano judicial designó una comisión de tres expertos. A juicio

terminadas y de obras no divulgadas no coinciden, porque una obra divulgada es, en principio, una obra que el artista considera acabada pero la afirmación contraria no es correcta.

65. Apunta M. CRIONNET, *op. cit.*, p. 93, que se trata de una tesis atrayente pero de difícil aplicación práctica.

66. *Gaz. Pal.* 1957, I, pp. 56 y ss; *RTDC*, 1957, p. 368.

del tribunal, entre los modos de divulgación cabía mencionar «la venta, la puesta en venta, la exposición para la venta o la reproducción a título oneroso». En definitiva, lo que se valora es si el artista tuvo la intención de consentir la divulgación de la obra, aunque el conocimiento público no se hubiera producido efectivamente⁶⁷. *A priori*, podría parecer un criterio muy similar al de las obras terminadas, pero no es así. Una obra que el autor quiere divulgar es una obra que este considera acabada. Pero la afirmación contraria no siempre es cierta. El autor puede considerar una obra suya como terminada, pero no querer divulgarla por razones distintas como desear mantenerla como recuerdo o para servirle de inspiración en ulteriores trabajos.

Cuando la cuestión tenía que haber vuelto de nuevo a la Corte de casación, las partes llegaron a un acuerdo transaccional.

Como puso de relieve C. COLOMBET, el procedimiento *Bonnard* permitía vislumbrar hasta cuatro soluciones distintas en relación con la naturaleza de las obras plásticas creadas durante el matrimonio: son bienes comunes en razón de su carácter mobiliario (primera instancia); son bienes comunes en tanto se trate de obras terminadas (apelación); son bienes comunes, tanto si han sido terminadas como si no, pero el autor tiene derechos morales [entre los que no se menciona, por cierto, el de divulgación, sino sólo la vertiente negativa de tales derechos] (casación) y, por último, son bienes fuera del comercio hasta el momento de su divulgación por el autor (reenvío)⁶⁸.

En el *affaire Picabia*, el pintor, que había fallecido el 30 de noviembre de 1953, había contraído matrimonio en dos ocasiones. El litigio enfrentaba a los cuatro hijos de su primera esposa con la segunda, Olga Mohler, con la que Picabia se había casado bajo el régimen legal de comunidad de muebles y adquisiciones.

Formaban parte de su sucesión, además de mobiliario carente de valor, 67 cuadros y 187 diseños, que los hijos sostenían que debían quedar excluidos de la comunidad por tratarse de obras no divulgadas. La viuda estimaba, en cambio, que eran bienes comunes.

En la liquidación notarial, el notario dio la razón a la señora Mohler, por lo que todos los cuadros fueron incluidos en el patrimonio común de los esposos. Esta solución fue confirmada, en primera instancia, por el Tribunal civil de la Seine, en su sentencia de 8 de julio de 1967.

67. M.R. NERSON, *op. cit.*, pp. 123-124.

68. C. COLOMBET, *op. cit.*, p. 209.

En apelación, sin embargo, la Corte de París se decantó, en su Sentencia de 24 de mayo de 1969, por la tesis de que una obra pictórica no divulgada forma parte del patrimonio moral del autor, que tiene –por ello– derecho a modificarla e incluso destruirla si no hubiera tomado la decisión de comunicarla al público por vez primera. Para el órgano de apelación –siguiendo la tesis de la Corte de Orleans en el *affaire Bonnard*– la obra no divulgada debía ser considerada un bien fuera del comercio. Y, una vez fallecido el autor, a pesar de convertirse ya en un bien patrimonial, no podía ingresar en la masa común pues el régimen económico se habría disuelto por fallecimiento de uno de los cónyuges.

En último término, la Corte de Casación, en su Sentencia de 4 de junio de 1971⁶⁹, revocó el pronunciamiento anterior, confirmando la doctrina del caso *Bonnard*: las obras pictóricas, creadas por el autor durante su unión pero no divulgadas, debían entrar en su comunidad matrimonial por aplicación del artículo 1401 *Code civil*, siempre que aquel no hubiera manifestado su voluntad de modificarlas o destruirlas.

En definitiva, en ninguna de las dos sentencias mencionadas la Corte de Casación dio mayor importancia al hecho de la divulgación, algo que fue muy criticado por la doctrina francesa al entender que ello venía a privar al autor plástico de esta prerrogativa moral y a colocarlo, por tanto, en peor posición que los autores de obras literarias y musicales según la jurisprudencia recaída en los *affaires Lecoq y Canal*⁷⁰. Parece ser que, en la base de la decisión *Picabia*, se encontraban las especiales circunstancias fácticas del caso, pues muchas de las obras del pintor habían sido ya divulgadas en vida de este mediante su inclusión en catálogos de exposiciones y el tribunal no quería entrar en distinciones⁷¹.

El último de los asuntos judiciales a que vamos a hacer referencia es el llamado *affaire Krémègne*, resuelto por la más reciente Sentencia de la Corte de Casación de 12 de mayo de 2011. El pintor Pinchus Krémègne transmitió a su muerte a su hijo único, casado bajo el régimen legal de comunidad de muebles y adquisiciones, unas obras pictóricas no divulgadas. Su hijo (Alfred) había contraído matrimonio el 27 de diciembre de 1955 bajo el régimen legal de comunidad de muebles y adquisiciones, vigente en aquel momento.

69. Dalloz, 1971, pp. 585 y ss.

70. M. CONTAMYNE-RAYNAUD, «De l'existence du droit moral des artistes mariés sous le régime de la communauté (A propos de l'arrêt de la 1.^a Chambre civile rendu dans l'affaire Francis Picabia)». *Chronique XXXVII, Dalloz* 1971, p. 252; M. CRIONNET, *op. cit.*, pp. 96-97; C. COLOMBET, *op. cit.*, p. 210.

71. LINDON, *op. cit.*, p. 588.

Alfred recibió las obras de su padre por herencia durante el transcurso de su unión conyugal, pero se divorció de su mujer el 20 de octubre de 1997. En abril de 2000, Alfred lega a su hija Jeannette por testamento ológrafo el derecho moral y el derecho patrimonial sobre las obras que le había dejado su padre. Poco tiempo después fallece y su ex mujer emplaza a sus herederos para la realización de las operaciones de cuenta, liquidación y partición de la comunidad existente entre ellos [que todavía se hallaban pendientes tras el divorcio]. Planteada judicialmente esta disputa, el TGI consideró que los cuadros podían ser incluidos dentro del activo de la comunidad y la Corte de apelación de París, el 3 de febrero de 2010, confirmó esta tesis, a pesar de no estar divulgadas. El argumento en que se basó la Corte de Apelación fue el art. 1401 *Code Civil*, en su redacción anterior a la ley de 13 de julio de 1965 –aplicable a este supuesto por razón de la fecha de celebración del matrimonio–, según el cual la comunidad se componía de todo el mobiliario adquirido por los cónyuges durante el matrimonio a título de sucesión o incluso de donación, salvo que el donante hubiera dispuesto otra cosa [recordemos que el marido había recibido las obras plásticas en herencia de su padre, el pintor Pinchus Krémègne]. Según la Corte de apelación, el soporte material es independiente de los derechos y entra dentro de la comunidad en tanto que bien mueble corporal. Por lo tanto, el hecho de que la hija de Alfred hubiera resultado adjudicataria del derecho moral y de los derechos patrimoniales de las obras de su abuelo, por herencia de su padre, no impedía la consideración de los soportes tangibles (los cuadros) como bienes de la comunidad matrimonial de este. Al contrario, reforzaba esta naturaleza común, pues Alfred habría llevado a cabo tal legado precisamente porque sabía que los cuadros (soportes) habían entrado en la comunidad que compartía con su esposa. La Corte de Casación confirma este criterio en su Sentencia de 12 de mayo de 2011, en la que vuelve a acoger de nuevo la doctrina de los *affaires Bonnard y Picabia*.

2. BREVE REPASO AL DERECHO COMPARADO

Como señalamos al comienzo de este estudio, los legisladores no suelen ocuparse de la naturaleza común o privativa de la obra plástica creada por un autor casado con un régimen económico matrimonial de corte comunitario, como es –en nuestro país– la sociedad de gananciales.

Y aquellos ordenamientos que sí lo han hecho en relación con los derechos de explotación no prestan una atención especial a la obra plástica. Nos referimos a sistemas normativos como el Derecho francés, belga,

luxemburgués, portugués o peruano, por citar sólo algunos. O, en España, el Derecho foral aragonés. Como excepción cabe citar la legislación argentina que recientemente ha calificado como ganancial la obra artística que hubiera sido concluida durante el matrimonio por cualquiera de los cónyuges casados en régimen de sociedad de gananciales. Lo que, *a sensu contrario*, significa que debe atribuirse carácter privativo a la que no cumpla este último requisito.

Las razones por las que cabe apreciar tal desinterés legislativo hacia el caso particular de las obras plásticas han sido apuntadas por algunos autores. Así, se ha sugerido que, tratándose de bienes corporales, no es preciso indicar que entran en la masa común o se ha explicado que la ausencia de mención coincide con el escaso tratamiento del que, en general, es objeto la obra plástica en las legislaciones de propiedad intelectual de nuestro entorno jurídico⁷².

En cualquier caso, esta falta de reflejo legal o, precisamente debido a ella, no ha impedido a la doctrina manifestarse sobre esta cuestión, con soluciones tan diversas como las que hemos podido hallar en relación con los derechos de explotación en la primera parte de este estudio.

Procederemos a continuación a examinar cada una de ellas.

V. ¿CUÁL ES LA NATURALEZA DE LA OBRA PLÁSTICA CREADA POR AUTOR CASADO EN RÉGIMEN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES?

1. PRIMERA TESIS: LAS OBRAS PLÁSTICAS SON GANANCIALES, INDEPENDIENTEMENTE DE SI ESTÁN O NO DIVULGADAS

Esta es la tesis mantenida por la Corte de casación francesa en los tres pronunciamientos que antes hemos examinado (*Bonnard*, *Picabia* y *Krémègne*).

En síntesis, esta doctrina jurisprudencial defiende la entrada en la comunidad de unos bienes que no dejan de ser cosas corporales producto del trabajo de uno de los cónyuges y que, además, son jurídicamente independientes de los derechos del autor sobre el *corpus mysticum*. Hasta el punto de que, como dispone el artículo L-111-3 de su Código de la Propiedad intelectual, de un modo similar a nuestro artículo 3 LPI, «[l]a propriété incorporelle définie par l'article L. 111-1 est indépendante de la propriété de l'objet matériel».

72. Vid. la primera en N. BINCTIN, *op. cit.*, p. 161 y la segunda en P.-Y GAUTIER, *op. cit.*, p. 385.

Esta calificación no estaría reñida con el respeto a la esfera moral del autor, no concretamente a través del reconocimiento explícito de su facultad de divulgar, pero sí de modificar e incluso de suprimir la obra, si es que no estuviera satisfecho con el resultado y siempre antes de la disolución de su régimen económico.

Esta solución ha sido, como señalamos, criticada por la mayoría de la doctrina francesa, por lo que supone de privación al autor casado de esa prerrogativa moral que es la de decidir si divulga o no su obra. Si bien algún autor ha sugerido que la Corte de casación habría asumido en cierto modo en estos pronunciamientos que el cónyuge que contrae matrimonio bajo este régimen económico estaría otorgando de manera anticipada su consentimiento a la divulgación de las obras creadas durante su unión⁷³.

Se ha apuntado que la mayor ventaja de esta primera tesis es que evita muchos problemas de aplicación práctica, cosa que no sucede con otras alternativas de interpretación que veremos a continuación⁷⁴, y que, de hecho, la Corte de casación francesa se habría inclinado por esta posición para evitar así las distinciones entre obras divulgadas o no u obras terminadas o no, que habían entretenido a los órganos judiciales de instancia en estos procedimientos.

No obstante, a ella cabe objetar que la facultad de divulgación es, como todos los derechos morales del autor, indisponible e irrenunciable, por lo que no parece correcto sostener que el cónyuge autor casado pueda quedar privado de ella ni tampoco asumir que este haya prestado su consentimiento anticipado a la divulgación (en realidad, renunciando a su derecho al inédito) de todas las obras plásticas que crease durante el matrimonio.

2. SEGUNDA TESIS: LAS OBRAS PLÁSTICAS SON PRIVATIVAS, INCLUSO AUNQUE HUBIERAN SIDO DIVULGADAS

La antítesis del postulado anterior sería que las obras plásticas de los artistas casados deben ser consideradas en todo caso bienes privativos del autor.

La justificación que se ha dado para ello reside en el carácter privativo que también se atribuye a los derechos de autor, de lo que se infiere que

73. M. CRIONNET, *op. cit.*, p. 124.

74. M. CRIONNET, *op. cit.*, p. 124.

debe reconocerse la misma naturaleza al soporte físico original al que la obra plástica hubiera sido incorporada⁷⁵.

En nuestra doctrina esta es la postura que sostienen algunos autores sobre la base de que no es posible afirmar la existencia de un derecho privativo de propiedad intelectual del artista plástico sobre un bien que no pertenece a su patrimonio personal, sino al ganancial⁷⁶.

No obstante, frente a este planteamiento cabría señalar que nuestro ordenamiento se encarga expresamente de desmentir tal identificación entre la obra y su soporte, esto es, entre el *corpus mysticum* y el *corpus mechanicum*. Nos referimos –cómo no– a los artículos 3 y 56.1 de nuestra ley de propiedad intelectual, que confirman que la titularidad de los derechos de explotación puede no coincidir con la propiedad del soporte. De hecho, en Francia –que cuenta con normas similares como la contenida en el artículo L-111-3 de su Código de la Propiedad Intelectual⁷⁷– uno de los razonamientos en los que se basó su Corte de casación en el *affaire Krémègne* fue que Alfred Krémègne se había limitado a legar a su hija los derechos de explotación y la facultad de divulgación sobre los cuadros heredados de su padre, precisamente porque era consciente de que la propiedad de los soportes originales pertenecía a su sociedad de gananciales.

Es justo lo contrario a lo que sucedió con el caso de la sucesión de la pintora española Remedios Varo Uranga, exiliada en Méjico, cuya sobrina llegó a ser declarada heredera intestada única y universal de los cuadros de su tía por los tribunales de ese país. Todo ello hasta que fue aportado en juicio –por quien había sido la pareja de hecho de su tía durante diez años– un contrato de cesión gratuita de «*todos los derechos sobre sus obras pictóricas y sus escritos*». Bastó el citado contrato para terminar con las aspiraciones de la sobrina, a pesar de que en él sólo se hacía constar –hasta donde tenemos conocimiento– el destino de los *derechos de autor* y no de los *soportes originales* de las obras⁷⁸.

75. Vid. primera parte de este trabajo.

76. C. ROGEL VIDE, *op. cit.*, p. 1849; M.P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 47. Dentro de la llamada jurisprudencia menor, *vid.* SAP Málaga (Sección 6.ª) 27 noviembre 2001 (JUR 2002/62196), SAP Lugo (Sección 1.ª) 3 marzo 2009 (JUR 2009/187215), SAP Navarra (Sección 2.ª) 28 octubre 2009 (AC 2010/804).

77. Con todo, J.-M. BRUGIÈRE, «Comentario de la Sentencia de la Corte de Casación de 12 de mayo de 2011». *Propriétés Intellectuelles*, 2011, pp. 287-289, señala que el precepto distingue la obra de su soporte por una razón: proteger mejor al autor. En cambio, aplicado al régimen económico matrimonial se llega precisamente a lo contrario: se despoja al autor del cuadro otorgándole el carácter de *acquet* (bien común).

78. «La historia olvidada de Remedios Varo. La pintora española que encabezó el surrealismo en México» <https://www.abc.es/historia/abci-historia-olvidada->

Desde esta perspectiva, no habría, pues, ningún problema *a priori* para atribuir la titularidad de los derechos de explotación sobre la obra al cónyuge autor (el contenido económico iría a parar a la masa común) y, en cambio, la propiedad del soporte a la sociedad de gananciales, como producto de la *industria* de uno de los cónyuges (artículo 1347.1.º CC).

Los derechos de autor, como sostuvimos en la primera parte de este trabajo, son inherentes a su persona en el sentido del artículo 1346.5.º CC, pero en cambio el soporte original de la obra plástica no lo es, puesto que puede ser enajenado y también ser objeto de embargo por los acreedores, siempre que la obra haya sido divulgada (cosa que no sucede, como sabemos, con los derechos de explotación *ex* artículo 53.2 LPI)⁷⁹.

Esta es, pues, la pieza clave, que ha dado lugar a las dos últimas teorías que pasamos a exponer y que constituyen, por así decirlo, la síntesis entre la tesis y la antítesis anteriores.

3. TERCERA TESIS: LAS OBRAS PLÁSTICAS SON PRIVATIVAS, HASTA EL MOMENTO DE SU DIVULGACIÓN

Esta fue la postura adoptada por la Corte de Orleans y la Corte de apelación de París en los asuntos *Bonnard* y *Picabia*. Sin divulgación no puede producirse la entrada de la obra plástica en la comunidad, pero –como hasta entonces– su comercialización resultaría imposible sin el consentimiento del autor, había que concluir que se trataba de *bienes fuera del comercio*. Esto es, ni privativos ni gananciales⁸⁰.

Como en el momento en que ambas sentencias vieron la luz todavía no había entrado en vigor la ley francesa de propiedad intelectual de 11 de marzo de 1957, que reconocía a los herederos del autor la facultad de divulgación de sus obras, la jurisprudencia tendió a ofrecer una distinta solución al problema de la suerte de las creaciones plásticas en función

remedios-varo-pintora-espanola-encabezo-surrealismo-mexico-201804080148_noticia.html; L. VEGA GARCÍA, «¿De quién son los cuadros de Remedios Varo?». Vlex, núm. 220, agosto 2017, <https://doctrina.vlex.com.mx/vid/es-dueno-cuadros-remedios-690914701>

79. A juicio de G. BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*. Tecnos. Madrid, 1997, pp 214 y ss. hasta que el autor no ha tomado la decisión de divulgar y de comercializar la obra (ejercicio de su derecho de distribución) no sería embargable el soporte por los acreedores, dada la relación de accesoriedad que este mantiene el *corpus mysticum*, a no ser que la materia fuera de mayor valor o se tratara de una obra arquitectónica cuya construcción conlleva la divulgación.

80. M. CONTAMINE-RAYNAUD, *op. cit.*, p. 252; M.R. NERSON, *op. cit.*, p. 127; C. COLOMBET, *op. cit.*, p. 211; J.-M. BRUGIÈRE, *op. cit.*, pp. 287-289.

de que la disolución de la comunidad del artista casado [que es cuando normalmente se plantean estas discusiones] tuviera lugar con motivo del fallecimiento del artista o por cualquier otra causa.

En el primer caso sus obras quedaban liberadas de esa «hipoteca intelectual», se convertían en bienes patrimoniales, aunque –al hallarse la comunidad ya disuelta por razón de este fallecimiento– la Corte de apelación de París decidió, en el asunto *Picabia*, que debían quedar al margen de la masa común. Al contrario, si la disolución de la comunidad hubiera tenido lugar por muerte del cónyuge del artista o por separación o divorcio, el autor de la creación intelectual se apropiaría de los soportes originales de la obra, que mantendrían su condición de *res extra commercium* hasta que él decidiera divulgarlos⁸¹.

Con la entrada en vigor, primero, de la ley de propiedad intelectual de 11 de marzo de 1957 [que reconocía a los herederos el derecho a divulgar] y, posteriormente, con la reforma del Código civil francés de 1965, que introdujo el artículo 1404, la tesis que ha terminado predominando en la doctrina francesa –en contra de la postura monolítica de su Corte de casación– es la del *carácter privativo* de la obra plástica *no divulgada*⁸².

Esta formulación parte de la base de que la obra plástica es un bien inherente a la persona del autor, pero que tal inherencia cesa en el momento en que aquél toma la decisión de divulgarla. A partir de entonces la obra plástica entra dentro de la masa patrimonial que el artista comparte con su consorte. Por ello, si la divulgación se produce después de la disolución, la comunidad sólo tiene un derecho de reembolso por los gastos hechos en la creación de la obra y no por el valor de mercado de esta⁸³. No obstante, si tal divulgación se hubiera retrasado maliciosamente en espera de que se produjera la separación o el divorcio, podría recurrirse a la doctrina del abuso de derecho para hacer entrar la obra en la comunidad⁸⁴.

En su doble –aunque próxima– formulación (bienes extra comercio o bienes privativos, antes de la divulgación), la tesis recién apuntada merece

81. Ha seguido esta misma tesis M. CONTAMINE-RAYNAUD, *op. cit.*, p. 254.

82. M. CRIONNET, *op. cit.*, p. 117; H. DESBOIS, *op. cit.*, p. 286; B. PARISOT, *op. cit.*, pp. 192-193, que considera que son privativas hasta que el autor decide ponerlas en venta; A. LUCAS, H-J LUCAS, A. LUCAS SCHLOETTER, *op. cit.*, pp. 168-169, P-Y GAUTIER, *op. cit.*, p. 386.

83. N. BINCTIN, *op. cit.*, p. 167; A. LUCAS, H-J LUCAS, A. LUCAS SCHLOETTER, *op. cit.*, p. 170.

84. A. LUCAS, H-J LUCAS, A. LUCAS SCHLOETTER, *op. cit.*, p. 170; P-Y GAUTIER, *op. cit.*, p. 387.

como principal crítica el hecho de que priva al cónyuge no artista de los resultados de la actividad de su consorte. Situación que resulta todavía más difícil de aceptar cuando son los herederos los que terminan recibiendo las obras no divulgadas, para a continuación divulgarlas y enajenarlas apropiándose en exclusiva del precio obtenido de la venta. De hecho, como ya se ha comentado, la propia jurisprudencia francesa daba un tratamiento distinto a la suerte de las obras plásticas tras la disolución de la comunidad en función de que tal disolución se debiera a la muerte del artista o a cualquier otra razón (separación, divorcio o fallecimiento de su cónyuge).

Junto con ello, también cabe reprochar a este planteamiento el que introduzca una gran incertidumbre en relación con la naturaleza jurídica de los bienes del matrimonio⁸⁵.

En efecto, hacer depender la entrada en comunidad de una decisión del autor produce la consecuencia de que la calificación definitiva de esos bienes quede a expensas exclusivamente de su voluntad, a pesar de que estos constituyen –no se olvide– el resultado del trabajo o de la actividad desarrollada por uno de los cónyuges durante el matrimonio. De hecho, la solución que finalmente acogió la Corte de casación francesa en el *affaire Picabia* respondía más a la dificultad de distinguir unas obras de otras (las ya divulgadas y las que todavía no lo habían sido), que a la estricta aplicación de los principios de Derecho matrimonial.

En nuestra sociedad de gananciales, a pesar de no contar con una norma específica sobre los derechos de autor o sobre la obra plástica, ese objetivo de seguridad jurídica se halla también presente en preceptos como los artículos 1356 y 1357 CC sobre las adquisiciones de bienes a plazos durante el matrimonio, que constituyen una derogación del principio general de subrogación real, a través de la cual se pretende asegurar que estos bienes puedan ser considerados como gananciales o privativos desde el momento mismo en que se abona el primero de sus plazos. Del propio tenor literal del artículo 1346.5.º CC deriva también, en nuestra opinión, otro argumento en la misma línea. Así, mientras la norma homóloga del Derecho foral aragonés, examinada en otro lugar de este estudio, se refiere al carácter privativo de los bienes inherentes a la persona de uno de los cónyuges «*mientras conserven estos caracteres*», el precepto de nuestro Derecho común omite esta última referencia. La razón pudiera ser que se hubiera querido evitar que los bienes adquiridos durante el matrimonio fueran variando su

85. En efecto, puede verse este argumento en N. BINCTIN, *op. cit.*, p. 163.

naturaleza en función de que se perdiera o relajara el vínculo de inherencia que mantenían con su titular.

Ello no significa, como es lógico, que estemos privando al autor de su prerrogativa moral de divulgación. Al contrario, este debe poder seguir contando con ella en todo momento, sin que la regla de la cogestión de la sociedad constituya un impedimento para ello (*lex specialis derogat legi generali*).

Ahora bien, de la divulgación no podrá depender la calificación del soporte original de la obra como ganancial o, para ser más exactos, como bien *con vocación de ganancialidad*, pendiente del cumplimiento de una condición suspensiva (la divulgación) para entrar en el mundo de los bienes patrimoniales. Sostener otra cosa supondría sustraer al cónyuge del artista de los resultados de una actividad desarrollada durante el matrimonio en contra de lo que es regla general de la sociedad de gananciales, además, para permitir a renglón seguido que sean sus herederos los que se apropien de este resultado en caso de disolución de la sociedad por fallecimiento del artista, pues estos quedan investidos –como sabemos– de esta misma facultad de divulgación (artículo 15 LPI). En definitiva, bajo el pretexto del respeto a las prerrogativas morales del autor, lo que debería haber entrado en el patrimonio de ambos cónyuges terminaría desviándose exclusivamente a manos de los herederos de uno de ellos⁸⁶.

4 CUARTA TESIS: LAS OBRAS PLÁSTICAS SON GANANCIALES, PERO EL AUTOR CONSERVA SU DERECHO A DIVULGARLAS

El soporte original de una obra plástica debe ser considerado ganancial en cuanto que producto de la *industria* de uno de los cónyuges (artículo 1347.1.º CC).

Esta es la tesis que entendemos debe acogerse, pues si en el caso de los derechos de explotación podían existir ciertos inconvenientes para que la titularidad pudiera recaer en la sociedad de gananciales (en ambos cónyuges), tales objeciones no se mantienen en el caso de los soportes de obras plásticas⁸⁷.

86. Esta contradicción fue apuntada por el Abogado general LINDON, *Dalloz*, 1971, pp. 585 y ss, al hilo de la decisión de la Corte de Orleans en el *affaire Bonnard*. En España, formula esta misma crítica G. BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Los derechos inherentes a la persona...*, cit., p. 211.

87. En nuestra doctrina sostienen que la obra plástica es ganancial, RAMS ALBESA, «Bienes privativos...», cit., p. 76, desde el momento en que la obra está acabada; A.M.

Los cuadros, esculturas pueden ser transmitidos a terceros en un régimen de propiedad plena, que apenas se verá amenazado por la conservación por el autor de sus prerrogativas morales, pues, frente al nuevo propietario, el autor no podrá hacer valer su derecho de modificación ni de arrepentimiento⁸⁸.

Obviamente, la divulgación sigue correspondiendo al autor, lo mismo que las prerrogativas morales de arrepentimiento, *mientras dure el matrimonio*, que podrá ejercer sin necesidad de contar con el consentimiento de su consorte pues se trata de un régimen especial que se superpone sobre el general de la sociedad de gananciales. El límite del arrepentimiento está situado –creemos– en la doctrina del abuso de derecho y, en ocasiones, ni siquiera será preciso recurrir a ella si la destrucción del soporte original de la obra plástica se hubiera producido interviniendo dolo pues procederá la aplicación del artículo 1390 CC⁸⁹.

La venta del cuadro sólo podrá ser decidida por el artista, no sólo porque implica el ejercicio de su derecho de distribución, sino también porque puede conllevar la divulgación de la obra si el autor no ha hecho reserva de su derecho de exposición (artículo 56.2 LPI). No obstante, una oposición injustificada a la enajenación de la obra ya divulgada –*v. gr.*, cuando esté en juego el cumplimiento de su deber de aportar a las cargas de la familia– podría ser considerada abusiva⁹⁰.

En el momento de disolución de la sociedad, la obra plástica no divulgada podrá ser adjudicada al otro cónyuge, si bien este no podrá comercializar con ella, pues la obra queda –por así decirlo– *neutralizada* o convertida en un mero *souvenir* de la familia [como decía la doctrina francesa]⁹¹. Más o menos la misma situación que se produce cuando el artista plástico se hubiera opuesto en vida a la divulgación de sus obras, habiendo incluso

SANZ VIOLA, *op. cit.*, p. 106; G. BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Los derechos inherentes a la persona...*, *cit.*, pp. 184-185. En la llamada jurisprudencia menor, *vid.* SAP Ciudad Real (Sección 1.ª) 11 noviembre 2010 (JUR 2011, 35578).

88. D. ESPÍN CÁNOVAS, *Los derechos del autor de obras de arte*. Civitas. Madrid, 1996, p. 114; J.J. HUALDE SÁNCHEZ, «El derecho moral del artista plástico», en AA. VV, *Derechos del artista plástico* (coord. A. Bercovitz Rodríguez-Canó). Aranzadi editorial. Elcano (Navarra), 1996, pp. 53-55.

89. J. RAMS ALBESA, *La sociedad de gananciales...*, *cit.*, p. 90. Según este precepto, «[s]i como consecuencia de un acto de administración o de disposición llevado a cabo por uno solo de los cónyuges hubiere éste obtenido un beneficio o lucro exclusivo para él u ocasionado dolosamente un daño a la sociedad, será deudor a la misma por su importe, aunque el otro cónyuge no impugne cuando proceda la eficacia del acto».

90. G. BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Los derechos inherentes a la persona...*, *cit.*, p. 209.

91. M.R. NERSON, *op. cit.*, p. 127; N. BINCTIN, *op. cit.*, p. 167; G. BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Los derechos inherentes a la persona...*, *cit.*, p. 209.

manifestado su deseo de que permanecieran inéditas a través de una disposición testamentaria expresa.

Naturalmente, en el reparto de las obras no divulgadas entre ambos cónyuges, podría suceder que el cónyuge artista divulgara las que él hubiera recibido en la partición y se negara a hacer lo propio con las adjudicadas a su ex cónyuge. No obstante, careciendo las obras no divulgadas de valor venal, o teniéndolo solamente de un modo virtual o potencial, no debe olvidarse que el cónyuge adjudicatario las habría recibido en su lote a cambio de nada, esto es, como meros *souvenirs* que no habrían impedido que le fueran adjudicados otros bienes patrimoniales. Y siempre cabría –además– la posibilidad de que los herederos del artista las terminaran divulgando, tras su muerte, salvo que él se hubiera opuesto expresamente a ello.

Si la disolución se produce por fallecimiento del autor, sus herederos tendrán –en efecto– la facultad de divulgación y, ejercida esta, la mitad del precio obtenido por la venta de la obra deberá ser adquirido por el consorte en razón de su naturaleza ganancial. De hecho, en la doctrina francesa se ha defendido que debería invitarse a los herederos a pronunciarse sobre la divulgación⁹².

VI. CONCLUSIONES

A modo de epílogo, cabe señalar que la naturaleza de las creaciones intelectuales realizadas por los cónyuges casados en régimen de sociedad de gananciales pone en pugna dos intereses diferentes, cada uno de ellos sustentado por la correspondiente norma de Derecho positivo.

Tales intereses son, por un lado, los de la comunidad en hacerse con los réditos de la actividad de uno de los cónyuges, sea profesional o no, de acuerdo con la lógica de este régimen comunitario (artículo 1347.1.º CC). De otro lado, los intereses del creador en seguir controlando el destino de su obra, de la que se dice que es emanación de su personalidad y, por consiguiente, un bien inherente a su persona (artículo 1346.5.º CC).

Esta inherencia no termina con el ejercicio por el autor de su facultad de divulgación, por lo que no es posible zanjar esta discusión con la atribución sin más de los derechos de explotación a la masa común una vez que la obra haya sido puesta en conocimiento del público. La cogestión de estos derechos, derivada de la cotitularidad ganancial, no es compatible con esa

92. M. CRIONNET, *op. cit.*, p. 124.

vinculación personal (artículo 1375 CC), como tampoco lo es su atribución al no titular en la disolución de la sociedad de ganancial (artículos 1392 y ss CC).

En esta tesitura, y pensando en una futura regulación de esta cuestión, nuestro legislador tiene dos alternativas ante sí. La primera, atribuir la titularidad privativa de los derechos de explotación al cónyuge autor, pero hacer ingresar en la comunidad cualquier rendimiento o producto económico que derive de ellos. La segunda, seguida recientemente por el legislador argentino, consiste en reconocer a tales derechos un carácter ganancial, aunque estableciendo unas medidas que garanticen que las decisiones de gestión quedarán siempre en manos del autor incluso tras la disolución de su sociedad de gananciales.

En el caso de las obras plásticas, la más íntima identificación entre la obra (*corpus mysticum*) y su soporte (*corpus mechanicum*) hace todavía menos plausible la atribución de la propiedad privativa del soporte al cónyuge autor. Piénsese que nuestra ley de propiedad intelectual permite que una y otro se hallen en diferentes manos (artículos 3.1 y 56.1 LPI), lo que dejaría abierta la posibilidad de que –incluso si se optara por la privatividad de los derechos de explotación sobre la obra– el soporte entrara en la masa común como producto de la *industria* de uno de los cónyuges (artículo 1347.1.º CC).

Esta última es la tesis que aquí se defiende, si bien preservando el ejercicio por el autor de su prerrogativa moral de divulgación, que no impediría sin embargo que las obras pictóricas no divulgadas pudieran ser adjudicadas al no autor en el momento de la disolución de la sociedad de gananciales.

Sobre el tráfico ilícito de bienes culturales. Robo y destino del tapiz de Roda de Isábena

On the Illicit Traffic of Cultural Goods. Stealing and Destination of the Roda de Isábena Tapestry

por Daniel MUÑOZ DE JULIÁN

Miembro del Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado
Vocal Asesor de la D. G. de Bellas Artes y Patrimonio Cultural
(Ministerio de Cultura y Deporte)

SUMARIO: I. SOBRE EL PROPÓSITO DEL ARTÍCULO. II. LOS BIENES CULTURALES Y SU VULNERABILIDAD. LA ESPECIALIDAD DE LOS BIENES ECLESIASTICOS. III. EL PATRIMONIO ESPAÑOL REGALADO. SÍRVASE USTED MISMO. IV. REFLEXIONES SOBRE LOS HECHOS DELICTIVOS ASOCIADOS A ESTE TIPO DE BIENES. V. LA «OPERACIÓN TELAR». SUSTRACCIÓN, ZARANDEO POSESORIO Y RECUPERACIÓN DEL TAPIZ DE RODA DE ISÁBENA. VI. REFLEXIONES AL HILO DEL CASO. 1. Las formas de reacción ante casos como el de Roda 1.1. *El alcance del artículo 29 de la ley 16/1985.* 1.2. *La regulación penal de la protección del patrimonio. Problemas de convivencia procesal entre dos procedimientos.* 2. Reflexiones sobre el mercado del arte. Los protagonistas en el caso. 3. La buena fe del vendedor y la diligencia debida del comprador: dos fuerzas en tensión dependientes de ciertas variables. 4. La reclamación de De Witt. VII. CONCLUSIONES Y DESIDERÁTUMS. VIII. CODA FINAL. IX. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen

En una época en la que existía menor conciencia de la vulnerabilidad de los bienes culturales, se produjeron en España y los países mediterráneos numerosas sustracciones que hicieron del mercado ilegal del arte un negocio muy lucrativo. El robo del tapiz de la Catedral de Roda de Isábena, Huesca, supuso un excelente ejemplo de este tipo de delitos. Las circunstancias de su colocación en el mercado y todos los agentes que intervinieron en su identificación y recuperación permiten abordar multitud de asuntos conexos con el

tráfico ilícito. Así, a lo largo de este artículo se formulan reflexiones sobre los bienes pertenecientes al riquísimo patrimonio español y el expolio al que éste fue secularmente sometido. Tras la narración del caso, se exponen las principales formas de reacción que se han ido estableciendo; las de carácter administrativo (especialmente la regulación sobre protección del patrimonio histórico) y las de carácter penal, explorándose las relaciones de coordinación entre ambos procedimientos. Las continuadas apariciones del tapiz de Roda en ferias internacionales y casas de subastas permiten aportar consideraciones sobre el mercado del arte, con sus singularidades y sus claroscuros. Para terminar, se sugerirán posibles formas de mejora de la actual red de medidas, concluyendo la necesidad de actuaciones más preventivas que reactivas. El artículo se completa con un índice de sentencias.

Palabras clave

Bienes culturales, exportación, robo, contrabando, coleccionismo, tráfico ilícito, galerías de arte, mercado del arte, subasta, catálogo, adquisición de buena fe, comisión rogatoria, aduana, UNIDROIT, Ley Patrimonio Histórico, jurisdicción penal, diligencia debida.

Abstract

At a time when there was less awareness of the vulnerability of cultural goods, a lot of subtractions took place in Spain and Mediterranean countries. So, illegal art market became a very lucrative business. The theft of the tapestry of the Cathedral of Roda de Isábena, in Huesca, was an excellent example of this type of crime. The circumstances of its introduction in the market, and all the agents that intervened in its identification and recovery, allow the article to address a multitude of issues related to illicit trafficking. The article exposes many considerations about cultural goods belonging to the rich Spanish heritage and the plunder to which it was secularly submitted. After the narration of the case, the main ways of reaction that have been established are exposed; those of a special administrative nature (especially the regulation on protection of historical heritage) and those of a penal nature, exploring the relations of coordination between both procedures. The continued appearance of Roda tapestry in international fairs and auction houses allow to think about on the art market, with its singularities and its *chiaroscuros*. Finally, possible ways of improving the current network of measures will be suggested, concluding the need for more preventive than reactive actions. The article is completed with an index of sentences.

Key words

Cultural goods, export, theft, contraband, collecting, illicit trafficking, art galleries, art market, auction, catalog, acquisition on good faith, rogatory commission, customs, UNIDROIT, Historical Heritage Law, criminal jurisdiction, due diligence.

En la madrugada helada del 7 de diciembre de 1979, un coche familiar con matrícula falsa llega a un pequeño pueblo del Prepirineo de 11 de habitantes. Tres hombres descienden de él con palanquetas. Uno de ellos es René Alphonse Ghislain Van den Berghe, conocido como Erik el Belga. Con pocas dudas, se trata del delincuente sobre el que pesan mayores agresiones al patrimonio histórico de Europa: ha saqueado más de dos mil piezas en una carrera que no le haremos la merced de repasar, y lo ha hecho en general impunemente, acompañado de violentos ex militares que han luchado en Indochina y en el Congo. Sólo hace días que el marchante Fraas, de Munich, propietario de una tienda de antigüedades en Alicante, le ha encomendado este encargo: robar la Catedral de Roda de Isábena¹, considerada en ese momento «tercer enclave de arte románico más importante del mundo», a cambio de 150.000 pesetas (el saqueo se valorará después en más de cien millones).

Los hombres fuerzan la puerta posterior de la catedral. Después, la de la sala del museo, que se les resiste algo más. Con la resolución de quien sabe lo que hace (lo primero que ha hecho el Belga ha sido visitar unos días antes el templo como un visitante más), durante las siguientes cuatro horas roban con parsimonia 35 piezas de los siglos XI al XVII. Entre ellas hay un tapiz del Siglo XVI de terciopelo bordado con hilos de seda y lana, que es una absoluta joya del arte flamenco y una obra única en el mundo. Fue encargado como regalo a la catedral por el prior de Roda, Pedro Agustín, participante activo en el Concilio de Trento, y se puede describir como una obra de gran formato, de 124 centímetros de alto por 268 centímetros de largo, en la que aparecen San Vicente, santo zaragozano a quien se dedicó el templo de Roda en el año 956, San Valero, cotitular de la catedral, y San Ramón, Obispo de Roda. Los ladrones lo embalan con la tranquilidad que les permiten unas medidas de seguridad absolutamente nulas (ni alarmas, ni cámaras, ni sensores). El teléfono más cercano, en el que un testigo despertado por los ruidos podría haber informado de lo que pasaba, se encuentra a tres kilómetros del pueblo. Con cierto esfuerzo cargan todo en el coche, arrancan y se alejan por carreteras secundarias hacia la lejanía. Pasarán 34 años hasta que el tapiz pueda volver a España después de un penoso peregrinaje.

1. La catedral, declarada Monumento Nacional en 1924 según consta en la Gaceta de Madrid, a través de una orden que incluía todos los objetos de la catedral (quedando desde ese momento bajo el amparo del Estado) se adscribe al Arzobispado de Lérida.

I. SOBRE EL PROPÓSITO DEL ARTÍCULO

En las dos últimas décadas se ha producido un aumento exponencial de los movimientos de bienes culturales en el que no han tenido poco que ver la inflación expositiva y la política de préstamos intermuseísticos. Este tráfico constante y la multiplicación de las opciones de rentabilización de todo ese incesante flujo ha despertado los instintos más ávidos y faltos de ética de oportunistas que, trastocando por completo los conceptos de valor y precio de los bienes culturales, han habilitado con sorprendente eficacia formas de movilidad ilícita antes impensables. De esta forma, el tráfico irregular de bienes opera hoy como una malla que se superpone a la del tráfico natural, muy atenta siempre a los fallos de seguridad que ésta ofrece.

En el caso Roda de Isábena pareció darse cita en la práctica gran parte de los aspectos teóricos que orbitan en torno al tráfico ilícito, haciendo de él un ejemplo ni demasiado singular ni aburridamente estándar. A la luz del caso, en este artículo nos proponemos bosquejar algunas ideas sobre todo el fenómeno del tráfico, atendiendo primero a la cuestión a través de una serie de consideraciones necesarias para ofrecer un telón a la narración de los hechos, en especial sobre los bienes culturales y los delitos asociados, deteniéndonos en los del robo y la exportación ilegal. El detalle de las diversas fases de la investigación del caso se expone acto seguido sin comentarios doctrinales, en la creencia de que las turbulentas peripecias del tapiz no permiten la introducción de digresiones sin el riesgo de que se pierda completamente el hilo. Completada esta parte, a la luz de los hechos se formulan consideraciones relativas a las formas de reacción habilitadas por el sistema frente a conductas como las que se describen y la incómoda convivencia de alternativas, así como algunas reflexiones sobre el mercado del arte y los protagonistas del tráfico. Por último se esbozarán algunas líneas de posible mejora del actual estado de cosas.

II. LOS BIENES CULTURALES Y SU VULNERABILIDAD. LA ESPECIALIDAD DE LOS BIENES ECLESIASTICOS

Los bienes culturales, concepto en permanente evolución y expansión en el terreno normativo, distan mucho de ser bienes como otros cualesquiera en tanto que son portadores de toda una memoria y de un valor simbólico y se encuentran en ancestral relación con la comunidad a la que pertenecen. Es por eso por lo que su tráfico ilícito supone algo más que un impacto negativo en el apartado económico; pese a las resonancias hiperbólicas de la afirmación, lo cierto es que las tropelías que les afectan

roen las raíces de las sociedades y desmenuzan aún más el sentido de la identidad común.

Además de este valor de pertenencia, la doctrina de Giannini señala que el patrimonio tiene un indudable valor de disfrute y una función social, que es precisamente la que modula el binomio libertad-propiedad privada reconocida en el artículo 33 de la constitución trascendiendo los derechos de su titular².

Ese valor es un hecho especialmente evidente en el caso del patrimonio religioso. En el caso del patrimonio propio del cristianismo, además, el asunto presenta doble importancia, al tratarse de una religión en la que las imágenes y representaciones de lo divino resultan claves para el mantenimiento de la devoción y para llevar a cabo la propia liturgia de su culto. España se encuentra entre las primeras potencias mundiales en cuanto a este tipo de patrimonio, por lo que gran parte de los bienes culturales que salpican el territorio son, en realidad, patrimonio de la Iglesia, un patrimonio sobre el que se ordenó en el año 1953 la confección de un inventario general³. Varios concordatos, acuerdos y leyes después, el inventario continúa elaborándose hoy, al abrigo de las prórrogas que han ido concediendo las diversas leyes de Presupuestos Generales del Estado a la disposición transitoria quinta de la Ley 16/1985 de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, que señala que «en los diez años siguientes a la entrada en vigor de esta Ley, lo dispuesto en el artículo 28.1 de la misma se entenderá referido a los bienes muebles integrantes del Patrimonio

2. Sobre la función social del patrimonio y el equilibrio entre medidas limitadoras y derecho de propiedad, son especialmente ilustrativas las siguientes sentencias:
 -STS 21 noviembre 2006 (RJ 2006, 9501). «Caso Condesa de Chinchón». Referido a la cláusula de actualización del precio en el derecho de tanteo que ejerció España sobre el citado cuadro, en él se estableció que las limitaciones al dominio son compatibles con el contenido del derecho de propiedad delimitado por su función social en los siguientes términos: *«en el supuesto que nos ocupa queda plenamente reconocido el derecho a la propiedad privada sobre el bien de que se trata que en un acto de libre voluntad los titulares de aquél deciden poner en el mercado. La Administración ante ese hecho y al conocer el acto de disposición que se va a producir utiliza el derecho que la Ley le reconoce en defensa del interés general representado por la adquisición de un bien de interés cultural que a partir de ese momento se integra en el patrimonio del Estado para su exposición»*.
 -Sentencia de 28 junio 2011 del TEDH 2011, 57, «Caso Ruspoli Morenes contra España». Confirmó el caso anterior sobre la siguiente base: *«El Tribunal considera así que los propietarios de obras de arte que tienen un interés para el patrimonio artístico de la nación deben esperar que se restrinja su derecho en razón de la protección del interés general y de la especial naturaleza de tales bienes. No obstante, cualquier vulneración del derecho al respeto de los bienes debe mantener un «equilibrio justo» entre las exigencias del interés general de la colectividad y las de la protección de los derechos fundamentales de la persona»*.
 3. Decreto de 12 de junio de 1953 por el que se dictan disposiciones para la formalización de inventario del Tesoro Artístico Nacional.

Histórico Español en posesión de las instituciones eclesiásticas». Esta ley, por su parte, recuerda en su artículo 28 que los bienes muebles incluidos en el Inventario General o declarados de Interés Cultural que estén en posesión de instituciones eclesiásticas no podrán transmitirse ni cederse a particulares ni a entidades mercantiles, señalando que dichos bienes sólo podrán ser enajenados o cedidos al Estado, a entidades de derecho público o a otras instituciones eclesiásticas. Independientemente de que el inventario se finalice con el mayor rigor, el deber de tutela y conservación de la iglesia sobre sus propios bienes, pese a todo, sigue siendo manifiestamente mejorable, como demuestra el hecho de que los objetos religiosos aún sean los que se roban con mayor frecuencia según señala el catálogo de objetos artísticos sustraídos elaborado por la Guardia Civil. Su patrimonio está disperso, la función social mencionada sigue siendo la prevalente, y las medidas de seguridad en el acceso a los templos y los tesoros que se custodian son asombrosamente laxas⁴.

III. EL PATRIMONIO ESPAÑOL REGALADO. SÍRVASE USTED MISMO

El robo de Roda de Isábena no sólo dejó en evidencia la inseguridad que pesaba sobre los tesoros catedralicios, sino que se inscribió como un eslabón más en una siniestra cadena de vandalismos, latrocinios, hurtos y agresiones contra el patrimonio español. El asentamiento de sucesivas civilizaciones de gran refinamiento, el pasado colonial y su carácter de territorio de tránsito hacia otros alumbraron un patrimonio cuya riqueza y diversificación ha constituido el origen de su desgracia, ya que la convivencia continua con él, la costumbre de su presencia, fue poco a poco matando el aprecio y el valor que los propios vecinos y titulares le concedían. Desde los Reales Decretos de Carlos III prohibiendo la salida de bienes, que sitúan el origen del problema, la Guerra de la Independencia, el abultado equipaje con el que huye el Rey José, o la venta de tesoros enteros serán jalones de una sangría patrimonial ayudada por la Desamortización. Son momentos

4. El 5 de julio de 2011 el medievalista de la catedral de Santiago descubrió que el Códice Calixtino, manuscrito del Siglo XII de valor incalculable, había desaparecido del atril del archivo de la Catedral de Santiago de Compostela. El 4 de julio de 2012 se recuperaba en un garaje, entre bolsas de basuras. El dueño del garaje y autor del robo resultó ser un electricista que había trabajado en la catedral. Despedido hacía meses, aún se paseaba con tranquilidad por las salas del archivo catedralicio. La cámara de seguridad tenía las llaves puestas. El hecho motivó la puesta en marcha por parte de la Fiscalía gallega del protocolo «Igrexa Segura», para mejorar las condiciones de seguridad del patrimonio eclesiástico.

en los que, como señala GAYA NUÑO, obras de Velázquez y Murillo se ofrecen a pie de caballo a los escasos viajeros extranjeros que se aventuran en ciudades y sierras de la medievalizante y legendaria España que venían buscando. Y eso que, al calor de una normativa tímida y de tratos más que favorecedores, estaban aún por llegar en los albores del siglo XX los coleccionistas estadounidenses, que barrieron con cualquier clase de pudor trasladando de forma inmoderada monasterios enteros y desperdigando a los cuatro vientos un patrimonio milenario. Quizás sea por eso por lo que la reja de la catedral de Valladolid y los frescos de San Baudelio de Berlanga se encuentran en Nueva York, y por lo que pueden contemplarse claustros segovianos en Miami Beach.

Sólo entonces empezaron a aparecer las primeras voces que poco a poco irían haciéndose más impetuosas y cristalizando en normativas de protección cada vez menos titubeantes⁵. Tras la guerra civil, la falta de población rural, y la existencia de otras necesidades más acuciantes para el país, situaron al patrimonio en un contexto de enorme vulnerabilidad. Son esos los años dorados para los robos como el del objeto de este artículo, en los que las bandas iban a hacer su agosto en algunas zonas de Cataluña, La Rioja, Aragón, y en las nueve provincias de Castilla y León, todas riquísimas en patrimonio y a menudo sin más precauciones que una cancela herrumbrosa. El destino de estos bienes solía estar bien determinado: parroquias de Estados Unidos carentes de historia que deseaban así atajar por el camino de en medio, casas de campo inglesas, y coleccionistas belgas con cariño hacia lo español tras la llegada de la Reina Fabiola.

IV. REFLEXIONES SOBRE LOS HECHOS DELICTIVOS ASOCIADOS A ESTE TIPO DE BIENES

El crimen siempre saca partido de la economía globalizada. En el caso de los bienes culturales se da cita también una extraña particularidad, como es la de ser a la vez el medio para cometer delitos como el blanqueo de capitales y al mismo tiempo objetos naturales de delincuencia bajo la forma de robos, expolios y otros ilícitos. El tráfico irregular sobre estos bienes se ha multiplicado al hilo de las dos razones anteriores pero también al calor de un muy descompensado aumento del poder adquisitivo en

5. Como ejemplo, Real Orden de agosto de 1901 que prohibía la salida de obras de los museos que las custodiaban, el Real Decreto-ley de 9 de agosto de 1926, sobre protección, conservación y acrecentamiento de la riqueza artística (Decreto Calleja), Constitución de 1931, la ley de diciembre de ese mismo año y, por encima de todo, la Ley relativa al Patrimonio Artístico Nacional de 13 de mayo de 1933.

época de crisis, que ha generado grandes fortunas que nacen de la mañana a la noche y que enseguida se apresuran a hacer gala de adquisiciones propias de lo que consideran un gusto «elevado». Internet, la enorme simplificación de los medios de transporte y la opacidad del mercado también han contribuido a situar al tráfico ilícito en una triste cúspide.

Se ha repetido hasta el cansancio que tras las drogas y las armas, podría tratarse del tercer mercado ilegal del mundo, aunque no son pocos los responsables de la autoridad contra el tráfico que lo niegan, precisamente sobre la base de que su ilegalidad hace imposible la obtención de datos fiables. Lo que no puede negarse, en cualquier caso, es que este mundo transaccional alcanza año tras años cifras negras de criminalidad, ayudado también por una falta de equilibrio entre los ataques que recibe este tipo de patrimonio y las denuncias que instan su persecución.

Es muy nutrido el catálogo de las actuaciones que contribuyen a acrecentar el caudal del tráfico no ético, pero por encima de cualquiera otras hay que abordar específicamente las dos conductas presentes en el caso del tapiz de Roda: el robo y la exportación ilegal. Cada uno de los anteriormente mencionados suponen a su vez formas diferentes de encarar el fenómeno por parte de la Administración.

El robo en materia de patrimonio, vinculado al expolio, ha existido desde tiempos inveterados. De hecho, gran parte de lo que hoy consideraríamos robo con pocas dudas, tuvo lugar cuando no existía ningún tipo de reproche moral. No hablamos ya de los botines de guerra, sino de casos tan sonados como el de Lord Elgin o del incesante tráfico de piezas africanas coloniales hacia la metrópoli. Hoy, en el caso español, el robo entre particulares queda por lo general fuera del ámbito de actuación del Ministerio de Cultura y Deporte, que sí pasa a intervenir activamente cuando las obras salen de forma irregular de nuestro territorio, momento en el cual pesa sobre la Administración el deber de persecución activa y recuperación del bien. No puede decirse, no obstante, que el robo alcance en la actualidad unos indicadores altos, cifrándose en unos cientos anuales, cantidades que pueden sorprender pero que palidecen si se las comparan con las de los años 60 o 70. Tampoco cuenta nuestro país con casos sonados de robos en el curso de grandes exposiciones en museos, análogos a los de los bienes de la familia real portuguesa en el Rijksmuseum o el robo de «El grito» munchiano, que casi parece haberse convertido en una entrañable tradición nórdica. La exportación ilegal, por su parte, tiene en España varias causas entre las que el mero desconocimiento de los

trámites no ocupa precisamente el pódium. Antes bien, la conciencia de que se está exportando algo inexportable y, con mucha más frecuencia, el origen de la pieza en otro ilícito se alzan como causas principales, con lo que al robo original (como es el caso de Roda de Isábena) debe añadirse por lo general la exportación ilegal (y por añadidura la incursión en un delito de contrabando) a modo de concurso de delitos.

La regulación de la exportación se ha comentado ya en numerosos trabajos doctrinales, porque la frecuencia de su comisión movió a las autoridades a regular el asunto con la mayor seriedad (el movimiento durante los años ochenta de bienes ilegalmente exportados lograba anualmente cifras mareantes).

La Ley 16/85 regula en su artículo 5 la exportación de una manera no material sino finalista, bifurcándose su regulación en dos sentidos. Así, se indica que los propietarios o poseedores de tales bienes con más de cien años de antigüedad y, en todo caso, de *«los inscritos en el Inventario General precisarán para su exportación autorización expresa y previa de la Administración del Estado en la forma y condiciones que se establezcan por vía reglamentaria»*. Se señala también que, con la salvedad de la autorización por parte de la Administración o para casos de permuta, queda prohibida la exportación de los bienes declarados de interés cultural, así como la de aquellos otros que, por su pertenencia al Patrimonio Histórico Español, la Administración del Estado declare expresamente inexportables, como medida cautelar hasta que se incoe expediente para incluir el bien en alguna de las categorías de protección especial previstas en la Ley.⁶

El Real Decreto 111/1986 lo regula más en profundidad, con un capítulo entero, el II, que detalla que requiere permiso expreso y previo del Ministerio de Cultura la exportación, incluso de carácter temporal, de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español con cien o más años de antigüedad, o que estén incluidos en el Inventario General o tengan incoado expediente para su inclusión (artículo 45). Asimismo, se recuerda en el artículo 55 que «el incumplimiento de las condiciones

6. Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 mayo 2015 (RJCA 2015, 838) «Caso Cabeza de Picasso». «la denegación del permiso de exportación no necesita de una previa declaración del bien como BIC, y así se deduce precisamente del art.5.3 de la LPHA 16/1985 para aquellos bienes que aunque no sean bienes declarados de interés cultural, ... por su pertenencia al Patrimonio Histórico Español, la Administración del Estado declare expresamente inexportables, que es precisamente lo ocurrido en el presente caso» (FJ7).

del retorno a España de los bienes cuya exportación temporal ha sido permitida tendrá la consideración de exportación ilícita.»⁷

En el caso de Roda de Isábena, como veremos, no se cumplió ninguna de estas prescripciones, precisamente por tratarse del fruto de un robo. Naturalmente, al no hacerlo tampoco se abonó la tasa a la exportación, una tasa que entre otros destinos, sirve para que la Administración pueda completar colecciones públicas mediante la adquisición de bienes.

V. LA «OPERACIÓN TELAR». ROBO, ZARANDEO POSESORIO Y RECUPERACIÓN DEL TAPIZ DE RODA DE ISÁBENA

Es el momento de volver al detalle del caso. Al amanecer suenan las campanas por el robo: el Arzobispado, las autoridades civiles y especialmente el pueblo de Roda se duelen públicamente de lo sucedido y de la irreparable pérdida que supone. El asunto salta a la prensa de sucesos. Entrado ya 1980, la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español (institución consultiva del Estado en materia de patrimonio histórico de carácter interministerial y naturaleza colegiada) no puede hacer sino darse por enterada de lo sucedido.

Se puede deducir que tras el robo el tapiz viaja a Alicante y posteriormente a Bélgica, pero se desconoce si sale de España antes del año 85, en el que se aprobó la ley. En cualquier caso, en el momento en el que el tapiz cruza la frontera española, automáticamente pasa a ser un bien sobre el que pesan dos delitos: el de robo y el de exportación ilegal. Nueve años después del robo, el 30 de septiembre de 1988, el Real Decreto 1141/1988 declara a Roda de Isábena bien de interés cultural con la categoría de conjunto histórico, declaración que afecta también a las callejas, plazuelas y murallas del pueblo. También es seguramente por esos años (en los que aún nos movemos sobre la pura especulación y la narración se llena de lagunas y años sin

7. Sentencia de 4 diciembre 2015 (RJ 2016, 143) «Caso Agnus Dei» (sobre solicitud de permiso de exportación temporal con posibilidad de venta de la obra «Agnus Dei» de Francisco de Zurbarán): «la denegación de un permiso de exportación no es un acto discrecional, sino un acto que ejercita potestades regladas.» (FJ7). «El acto administrativo de denegación del permiso de exportación pretende que todos los bienes, que constituye esa herencia de la “capacidad colectiva de un pueblo” como señala la exposición de motivos de la Ley 16/1985 (RCL 1985, 1547), tengan la pertinente protección, ayudando a que perdure y se mantenga ese legado artístico y cultural. Del mismo modo que la denegación de la exportación no es una medida desproporcionada si se tienen en cuenta los intereses concernidos, centrados en el mantenimiento y conservación del patrimonio histórico artístico español como trasunto del acceso a la cultura, que son los que proporcionan cobertura a las técnicas de intervención, como es el control de la exportación, que establece la citada Ley 16/1985». (FJ7).

información) cuando la pieza se va introduciendo en los circuitos legales de compraventa a través de algún perista con contactos, probablemente el propio anticuario alemán. El tapiz vegeta entonces en los depósitos de una sala de subastas o en algún domicilio privado, muy probablemente en casa de Antoine Van Hoe, coleccionista belga, primer propietario conocido, y una de las primeras personas a las que se interrogará.

Transcurrirán veinte años hasta que volvamos a saber de nuevo algo sobre su paradero. Efectivamente, en 2008 la pieza aflora de nuevo para cambiar de manos. Es en septiembre de 2008 cuando representantes de la galería Hampel de Múnich se trasladan a casa de Van Hoe y adquieren 200 obras entre las que se encuentra el tapiz, que para el día 6 de diciembre ya aparece en subasta pública en Múnich y figura en las páginas de la prestigiosa revista «Gazette del Hotel Druot».

Otra galería es la que puja y consigue el tapiz. Según confirmarán después en Hampel a las autoridades alemanas, esa galería será la de Moshe Tabibnia, oscuro personaje del mundo del arte milanés que lo adquirirá por 30.000 euros. Imputado en Italia en un procedimiento penal por delito de contrabando por otro asunto, Tabibnia no desea otra cosa que hacer negocio (como por otra parte es común en todos los protagonistas de esta historia), pero Tabibnia no tiene capacidad suficiente para venderlo después por el precio que desea, por lo que se lleva a cabo una pequeña operación de ingeniería comercial consistente en la venta por tercios (que naturalmente no implican la partición del tapiz). Uno de esos tercios es adquirido por la firma De Witt, de Malines, que pasa a ser su propietario completo y definitivo en febrero de 2009). De Witt es una casa respetable, que para evaluar el tapiz contrata a algunas de las mejores expertas en la materia. Éstas no tardan en certificar que esta obra flamenca (que por otra parte figuraba en los catálogos de bienes de la provincia de Aragón perfectamente descrita para quien se hubiera tomado la molestia de consultarlos) tiene una inequívoca raíz suiza, un hecho que por sí solo anima, como veremos, a debatir acerca del proceloso mundo de los expertos en materia de arte y sus responsabilidades. Sea como sea, De Witt consigue los permisos pertinentes de las autoridades belgas y lo introduce en el catálogo de la feria BAFRA del año 2010⁸, publicación que recoge todas las obras expuestas para su venta

8. Las ferias de arte han proliferado de forma exponencial (en España pueden destacarse además de ARCO, Almoneda, Feria de Valladolid, Feriarte y otras, mientras que el panorama internacional sigue capitalizándose por Maastricht, Melbourne, Frankfurt, Bienal de París, Colonia, Basilea, Art Fórum de Berlín, San Francisco o Miami). Algunos de sus stands constituyen de por sí exposiciones que serían de primer orden

en la Brussels Antiques & Fine Arts Fair, celebrada en Bruselas en enero de ese año. Convencidos por lo que los expertos externos han señalado, la obra que expone De Witt Fine Tapestries figura con las siguientes leyendas: «*closely related to a set of four tapestries from Cathedral of Bern (Switzerland)*» y «*Bruges?*».

El 30 de abril de ese año, la entidad Diva World de Houston, Estados Unidos, lo adquiere por un «precio de martillo» de 275.000 euros, y el tapiz, que tras siglos de tranquilidad catedralicia ahora no parece encontrar reposo, se dispone a cruzar el Atlántico.

Llega entonces el mes de noviembre de 2010, la fecha clave en nuestra historia. Es entonces cuando la conservadora del Museo Diocesano de Lérida, Carme Berlabé, se encuentra mirando en internet catálogos de ferias y subastas cuando un tapiz llama su atención. Poco a poco va adquiriendo la sospecha de que es el robado en Roda de Isábena en el 79. Berlabé no pierde el tiempo: consulta con un amigo experto, que es de la misma opinión, y ambos se ponen en contacto con la galería. Desde Malines, al otro lado del teléfono le indican que el tapiz va a ser vendido y que no pueden facilitarles los datos del comprador. La infatigable conservadora llama entonces a la Guardia Civil⁹ e informa a los obispos de Lérida y Barbastro. Se ha puesto en marcha la «operación telar».

En diciembre la Guardia Civil informa a las autoridades belgas de la localización del tapiz e inicia sus actuaciones dictando el atestado policial que se pone en manos del juzgado de instrucción n.º1 de Barbastro, el cual abre diligencias previas. De Witt, con quien ya ha contactado la Guardia Civil, llama entonces a Berlabé, y confiesa que el tapiz ha sido ya vendido, temiendo que la operación haya sido ilegal. La Dirección General de la Policía se pone en contacto con la Dirección General de Patrimonio Cultural

en cualquier capital. Su capacidad para potenciar y dinamizar el mercado del arte está fuera de discusión. En cualquier caso, a menudo sirven más para establecer un primer contacto para una transacción que tendrá lugar con posterioridad a su celebración. Tampoco son necesariamente garantía de autenticidad para las obras que exponen.

9. En relación con la procedencia ilícita de los bienes culturales, la Guardia Civil lleva a cabo servicios preventivos, y en el caso de que el delito se haya consumado, trata de evitar el comercio ilícito de esos bienes culturales, mediante el desarrollo de los servicios de investigación. Con la vista puesta en este objetivo, la Guardia Civil ha desarrollado la Orden de Servicios 4/2012, Plan para la defensa del Patrimonio Histórico Español, de 22 de febrero de 2012, indicaciones de cumplimiento obligado por parte de todas las unidades afectadas, con la finalidad de poner en marcha dispositivos específicos de servicio al objeto de incrementar la seguridad del Patrimonio Histórico Español y reducir la actividad delictiva en este sector.

de Aragón solicitando datos para identificar el tapiz, y se incoa entonces el expediente judicial¹⁰.

Nos encontramos ya en el año 2011. La Dirección General de Patrimonio remite al Comandante en jefe de la sección de delincuencia especializada del grupo de patrimonio histórico de la Dirección General de la Policía y Guardia Civil un informe en el que se confirma que el tapiz del catálogo es el tapiz sustraído y se demuestra técnicamente que no se trata de una copia. La madeja se va desenredando, y el juez de Barbastro emite solicitud de comisión rogatoria internacional para las autoridades belgas, ya que se estima que la declaración del representante de De Witt es determinante para el proceso.

En todas las comisiones rogatorias que vendrán se pone de manifiesto que el tapiz que se está intentando localizar tiene carácter de inexportable y procede de un robo perpetrado en el partido judicial de Barbastro, advirtiendo de que las transmisiones y actuaciones sobre el mismo pueden constituir un delito de receptación de los señalados en los artículos 298 y siguientes del Código Penal y un delito de contrabando recogido en la Ley 12/1995. La clave de todas las indagaciones reside de nuevo en determinar en qué fecha se ha producido la salida del bien artístico del territorio nacional.

De la declaración del representante de De Witt se desprenden dos informaciones clave: En primer lugar, se logra confirmar que De Witt lo adquirió a la galería de Milán, por lo que el juez de Barbastro solicita comisión rogatoria internacional para que la Guardia Civil pueda estar presente durante la declaración ante los carabinieri de Moshe Tabibnia, su propietario. Asimismo, y pese a que quien se lo compró a De Witt le pidió la mayor confidencialidad, obligado como se encuentra a prestar declaración fidedigna ante las autoridades, acaba por señalar que fue la empresa Diva World Production con sede en Houston la que adquirió el tapiz en abril de 2010, aportando el contacto del gerente de la firma. Policía, Guardia Civil y la autoridad judicial comienza a presumir con bastante solidez que el tapiz se encuentra en el Estado de Texas.

10. Debe tenerse en cuenta también el ámbito espacial de la ley penal, establecido en el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por el que se atribuye a la jurisdicción penal española el conocimiento de los delitos y faltas cometidos en territorio español. En relación con la vinculación de los bienes con un territorio desde el punto de vista moral o histórico, y no esencialmente jurisdiccional, puede citarse la Sentencia núm. 376/2016 de 23 junio (RJCA 2016, 774), «Caso Cabinet alemán».

De este modo, y en este caso sobre la base de actuación que proporciona el Acuerdo de asistencia judicial entre USA y la UE firmado en 25 de junio de 2003, en agosto de 2012 el jugado solicita otra comisión rogatoria internacional, esta vez a Estados Unidos. En noviembre, una delegación en calidad de Comisión Rogatoria Internacional, compuesta por un miembro de la Unidad central operativa de la Guardia Civil, otro de la policía judicial, un técnico de Patrimonio Nacional, y un técnico de la Dirección General de Patrimonio Cultural de Aragón, se desplaza a Houston para tomar esa declaración al propietario estadounidense y acreditar que se trata del tapiz robado. La delegación se traslada a la sede del adquirente del tapiz, en las oficinas de Music Doing Good (MDG) de Houston. Y ahí está, después de tanto tiempo. Ahí están la mitra y los báculos, la virgen de gesto gentil y las columnillas ornamentadas.

La batería de preguntas que se le formulan serán muy similares a las que se han formulado a los propietarios belgas y al propietario milanés: ¿Reconoce usted el tapiz? ¿Cuál era el nombre, datos y todas las características que recuerde de la persona a la que compró el tapiz? ¿Por cuánto? ¿Preguntó al adquirir el tapiz por la procedencia del mismo? ¿Se desplazó a por él, o se lo llevaron? ¿Cuánto tiempo ha estado el tapiz en su poder? ¿En qué fecha lo vendió?

Los propietarios sostienen que no se trata más que de una copia, pero a la comisión no le cabe ninguna duda de que están ante el bien que salió de los Pirineos pésimamente embalado en la oscuridad. De este modo, el departamento de infografía de la Guardia Civil deberá demostrar ahora a las autoridades estadounidenses que el tapiz es el original, algo complicado en la medida en que ha sido restaurado tras su robo, y las imágenes con las que cuentan los españoles son de 1920 y 1940. Pero en todos los buenos relatos suele aparecer un detalle nimio que cambia el curso de las cosas: el tapiz, que no es tan grande como acostumbran estos bienes culturales y probablemente había servido para decorar el altar mayor, ha estado muy cerca de la liturgia de la ex catedral, por lo que contaba con muchas manchas de cera que ayudaron a su identificación. Es altamente difícil que en una copia se hayan reproducido las manchas de cera; la cera singulariza al tapiz y revela claramente su identidad. Asimismo, en los informes se aportan superposiciones de la foto de la foto del catálogo BAFRA con la de la foto de los años 40, en las que puede verse que el solapamiento de ambas es total.

La verdad cae por su propio peso. Las dudas se disipan por completo. Las autoridades americanas lo embargan, y proponen a las españolas usar el procedimiento aduanero para su devolución, mucho más rápido que el judicial¹¹.

La Dirección General de Bellas Artes y bienes culturales y de archivos y bibliotecas de la Secretaría de Estado de Cultura en Madrid emite una petición oficial a los Estados Unidos en nombre de la Administración española, dirigida a la US Custom and Border Protection, que enseguida resuelve que el bien es naturalmente español y acuerda la devolución. Un nuevo auto judicial en abril comisiona a la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil para que actúe en la entrega en Washington del tapiz en calidad de policía judicial específica.

El 17 de abril tiene lugar el acto de entrega a las autoridades españolas en la Embajada de España en Washington, en el que están presentes el director del Departamento norteamericano de Control de Inmigración y Fronteras, la directora de la Oficina Internacional del Departamento de Justicia norteamericano, el coronel de la Guardia Civil, jefe de la Unidad Central Operativa, el Director General de Bellas Artes y bienes culturales y de archivos y bibliotecas del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, y el embajador español en Washington. Otra vez vuelve el interés de los medios, y pronto varios Ministros (asombra la altura institucional de las autoridades implicadas en el caso en su tramo final) se hacen presentes en los actos protocolarios. En abril el juzgado indica en su auto que el tapiz es un efecto judicial, y dispone que la depositaria natural del mismo para su estudio sea la Subdirección General del Instituto de Patrimonio Cultural de España, a donde llega el 23 de abril y donde el Ministro del Interior hace solemne entrega al Ministro de Educación, Cultura y Deporte.

Pocas cosas se habrán visto con mayor detenimiento en esta institución, que procede a estudio, análisis y restauración de cada fibra del tapiz con carácter milimétrico: para empezar, se lleva a cabo una limpieza por microaspiración muy ligera, se sujetan algunos hilos que estaban fragmentados y se le pone un forro nuevo para mantenerlo en su posición. Asimismo, se microfotografía para obtener una base de datos sobre su datación y localización geográfica y para disponer en el futuro de imágenes y datos analíticos que permitan su inmediata

11. El tapiz, como bien cultural propiedad de España, estaba sujeto a las previsiones del 19 USC Section 1595.^a, 18 USC Section 2314, and 18 USC Section 545.

identificación, generando un banco de imágenes de gran resolución a disposición de los investigadores, que podrán acceder al anverso y el reverso del tapiz con una definición que no es posible a simple vista.

Mientras, va siendo hora de pensar dónde debe depositarse una vez restaurado, decisión que no se llevará a cabo sin forcejeos: el Arzobispado pide que se deposite la pieza en el lugar para el que se adquirió y de donde se sustrajo: la excatedral de Roda. Se inspeccionan entonces los espacios expositivos en Aragón, y se valora tanto la catedral sugerida como el Museo de Huesca, concluyéndose que ambos precisan trabajos de adecuación. Finalmente, el Consejo de Patrimonio Histórico acuerda, conforme al artículo 29 de la ley 16/1985, informar positivamente de la asignación de la obra al Museo Arqueológico Nacional y el depósito de la misma al Museo de Huesca¹², lo que se comunica al juzgado de Barbastro, que dicta el 8 de abril auto de sobreseimiento. La incorporación del tapiz supone la reorganización de la exposición permanente del museo, donde sigue mientras se escriben estas páginas pese a las constantes peticiones del párroco de Roda y de su alcaldía, que estiman que el tapiz debe regresar al lugar en el que cobran su pleno significado artístico y religioso. La conservación de la obra, sin embargo, sigue recomendando lo contrario.

VI. REFLEXIONES AL HILO DEL CASO

1. LAS FORMAS DE REACCIÓN ANTE CASOS COMO EL DE RODA

Se ha podido percibir con claridad un cambio de paradigma en la lucha contra el tráfico ilícito, como ha sido el de pasar de una concepción reactiva a los acontecimientos, a eminentemente preventiva. Pese a ello, es patente que siguen conviviendo sobre el mapa mundial dos sistemas jurídicos nítidamente atribuibles a un eje norte-sur, compuesto de un norte escasamente intervencionista y con medidas de protección más laxa, y unos países del sur, que normalmente desempeñan el papel

12. No se olvide que el tercer punto del Documento relativo al marco jurídico de actuación mixta Iglesia-Estado sobre patrimonio histórico-artístico, firmado el 30 de octubre por Monseñor Tarancón y el Ministro Íñigo Caverio indicaba, sobre los bienes eclesiásticos que forman parte del Patrimonio Histórico-Artístico y Documental, que *«en cuanto sea posible, los bienes serán exhibidos en su emplazamiento original o natural. Cuando esto no sea posible o aconsejable, se procurará agruparlos en edificios eclesiásticos, formando colecciones o museos donde se garantice su conservación y seguridad y se facilite su contemplación y estudio»*.

de expoliados y ven cómo sus bienes se marchan hacia esas latitudes septentrionales, y que por ello se han envuelto de numerosos medios legales, jurisprudenciales e incluso policiales. Ésa es la principal barrera que debe vencer cualquier intento de restitución de un bien del patrimonio histórico español, y es esa barrera lo que se ha tratado de salvar con la puesta en práctica de la Ley 1/2017, de 18 de abril, sobre restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio español o de otro Estado miembro de la Unión Europea, por la que se incorpora al ordenamiento español la Directiva 2014/60/UE¹³. Esta ley, que ha completado la regulación sobre exportación ilegal contenida en la Ley 16/1985 (ya que si la recuperación no tiene lugar de forma voluntaria conforme a la obligación de restitución, pasa a aplicarse lo dispuesto en ésta) se haría eco de las principales virtudes de la nueva Directiva, como son la instauración de un mecanismo de restitución mucho más rápido a través de la ampliación de los plazos de solicitud y la supresión de umbrales de valor y categorías de bienes. En cualquier caso, la norma no pudo desplegar su eficacia en un caso como éste, en el que la pieza se encontraba en Estados Unidos.

Uno de los principales avances que ha supuesto la ley ha sido el de desarrollar plenamente las disposiciones de UNIDROIT. El convenio de UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilícitamente, firmado en Roma el 24 de junio de 1995, actuó como instrumento complementario de la convención de la UNESCO de 1970, y se venía a sumar a los diferentes protocolos y convenciones suscritos por España como el convenio de La Haya con sus respectivos protocolos, el Convenio de Londres, el Convenio de Asistencia jurídica en materia penal de Bruselas, o la Convención de la UNESCO del año 2001 sobre patrimonio subacuático. Asimismo, la Convención del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado supone el mayor intento de armonización hasta la fecha del Derecho privado de los Estados en la materia, y su principal objeto no es otro que el de igualar las exigencias que deben presentar las demandas de restitución de bienes robados.

13. La Directiva sustituyó a la 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, en la que se buscaba una aplicación simple y eficaz, aunque su ámbito se acotaba a los objetos pertenecientes a una serie de categorías comunes de bienes culturales. La estrechez de sus plazos derivó en el caso de su transposición en España en una comunicación de restituciones casi testimonial.

Dentro de la legislación nacional, mención aparte de la matriz constitucional que aportan los artículos 149.1.28¹⁴, 149.2¹⁵, 33, 44 y 46¹⁶, los principales instrumentos son la Ley 16/1985, una de las más restrictivas entre los ordenamientos jurídicos cercanos, y, naturalmente, la jurisdicción penal.

1.1. El alcance del artículo 29 de la ley 16/1985

En honor a la verdad, tras el desarrollo autonómico no quedaron demasiadas materias propias del ámbito cultural en la esfera del Estado en la Constitución española. Esto no obstante, el artículo 148.1.28, ya mencionado, le concede la competencia con carácter exclusivo para la defensa del patrimonio cultural frente a la exportación y la expoliación. Es éste precisamente el fundamento que se encuentra detrás del artículo 29 de la Ley 16/1985, que indica lo que sigue:

1. Pertenecen al Estado los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español que sean exportados sin la autorización requerida por el artículo 5.º de esta Ley. Dichos bienes son inalienables e imprescriptibles.

2. Corresponde a la Administración del Estado realizar los actos conducentes a la total recuperación de los bienes ilegalmente exportados.

3. Cuando el anterior titular acreditase la pérdida o sustracción previa del bien ilegalmente exportado, podrá solicitar su cesión del Estado, obligándose a abonar el importe de los gastos derivados de su recuperación, y, en su caso, el reembolso del precio que hubiere satisfecho el Estado al adquirente de buena fe. Se presumirá la pérdida o sustracción del bien ilegalmente exportado cuando el anterior titular fuera una Entidad de derecho público.

14. Artículo 149.1.28.ª. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: Defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas.
15. Artículo 149.2. Sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas, el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas.
16. El 46, que sostiene que «los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio» interesa a nuestros efectos en la medida en que la acotación «cualquiera que sea su régimen jurídico», contempla también al patrimonio eclesiástico.

4. Los bienes recuperados y no cedidos serán destinados a un centro público, previo informe del Consejo del Patrimonio Histórico.

Con anterioridad, el Decreto de Ley del 1926 establecía que el Estado «se incautaría» del objeto malvendido, y en términos parecidos actuaba el artículo 46 de la Ley relativa al Patrimonio Artístico Nacional de 13 de mayo de 1933, que también hablaba de incautación de lo exportado de forma fraudulenta. Sin embargo, la nueva regulación supone un gran paso al permitir que el bien pase a pertenecer al Estado *ope legis* y de forma inmediata. Con este artículo se intentó conjurar la posibilidad de que el exportador malicioso pudiera propiciar la prescripción adquisitiva y la pertenencia al comprador extranjero gracias a la fuerza de la posesión continuada, ya que se subraya especialmente la imprescriptibilidad. Es, como vemos, el mismo espíritu que se encuentra detrás de la nueva Directiva.

Si bien resulta determinante que el anterior propietario no haya participado activamente en la exportación ilegal para que pueda asistirle un derecho a la readquisición de lo recuperado, la principal clave del tenor literal del artículo estriba en el término «cesión», ya que ha generado dudas acerca de si la misma se refiere a la posesión o implica también la automática adquisición de la propiedad por parte del Estado¹⁷. Las consultas formuladas en este sentido a los servicios jurídicos del Ministerio de Cultura han interpretado que la cesión entraña también la devolución de la titularidad¹⁸. La pérdida de la propiedad para el caso del exportador fraudulento tiene, por tanto, carácter inmediato, y el Estado, como propietario (en particular, la Dirección General de Bellas Artes como órgano más adecuado para asegurar

17. STS de 18 junio de 2007. Caso «Virgen de la rueca II». «Para que proceda el reconocimiento del derecho a instar la devolución o cesión de los bienes exportados sin autorización basta con que se acredite el derecho preexistente de los interesados (...) y la inexistencia de cualquier indicio de que aquellos hubiesen participado en las actividades de distracción o sustracción de los bienes y de exportación ilegal de éstos.».

18. Ejemplo palmario de esta intervención lo ofrece el caso de la arqueta gótica del monasterio de Sant Esteve de Banyoles (Girona). La arqueta, sustraída en 1980, integraba en su revestimiento metálico exterior 28 estatuillas de plata que deambularon por el mercado negro durante décadas. En el año 1997, la sala Shoteby's sacó dos de ellas a la venta, lo que supuso para el Ministerio de Cultura el emprendimiento de un largo proceso de recuperación de todas ellas que comenzó por la paralización de la subasta. Entraron entonces en juego policía e Interpol y los mercados legales fueron cerrados para las piezas. Tras ello se recuperarían 17 figurillas más de manos de una coleccionista holandesa a la que se adquirieron tras años de negociación. La arqueta reposa hoy en su lugar original. Aunque se han recuperado dos figuras más, algunas sin embargo siguen en paradero desconocido.

la conservación de la pieza) es el que está habilitado para realizar todos los actos conducentes necesarios para la recuperación¹⁹.

1.2. La regulación penal de la protección del patrimonio. Problemas de convivencia procesal entre dos procedimientos

El artículo 29 es, por tanto, el puntal sobre el que descansa un procedimiento administrativo específico, un procedimiento que, como los contemplados en normas como el Real Decreto 111/1986 o las propias de la normativa autonómica, entra en íntima relación con el sistema de protección penal provocando no sólo una sobreprotección del bien jurídico, sino, como ocurrió en este caso, innecesarios y tristes roces entre ambas formas de protección cuando ambas regulaciones no vibran en afinidad.

Pero antes de estudiar la fricción en este caso conviene repasar cómo está regulada la cuestión en el ámbito penal, y comoquiera que existe una profusión de estudios académicos sobre el particular, este repaso tendrá que ser necesariamente somero.

Desde el Código Penal del año 1973 se han sucedido una pluralidad de normas de modificación. En concreto, el Código del año 1995 (aprobado por Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal) ha sufrido más de veinte reformas, y sólo en la del año 2015 se ha incluido alguna relativa a los delitos contra el patrimonio histórico²⁰. Por eso puede decirse

19. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3.ª, de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de Octubre de 2006: «el 29.3 de la Ley del Patrimonio Histórico Español no debe ser interpretado en el sentido de que para reconocer el derecho a la cesión o devolución sea exigible una prueba plena y concluyente de que los bienes fueron objeto de sustracción y de que el interesado no tuvo intervención ni responsabilidad alguna en dicha actividad ilícita. Exigir la completa acreditación de tales extremos equivaldría a subordinar el reconocimiento del derecho de devolución a la previa tramitación y resolución de un proceso penal en el que quedase definitivamente acreditada la existencia de un delito contra el derecho de propiedad (robo, hurto, apropiación indebida,...) y en el que el interesado tuviese la condición de perjudicado por ese delito».

20. Así, por ejemplo, el artículo 323 castiga ahora el menoscabo en «bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, o en yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos, y la generación de daños en cuantía superior a 400 euros en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o en bienes de valor artístico, histórico, cultural, científico o monumental, así como en yacimientos arqueológicos». Esta nueva agravación, que habilita para imponer la pena superior en grado, junto a la introducción específica del expolio, es una de las principales novedades de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre y se aprobaba un Código Penal nuevo. Mejorar. El artículo, que incluye lo que antes se calificaba como simple falta en el artículo 625, queda, de alguna manera, desconectado conceptualmente del resto de artículos sobre la materia, pero al menos rompe con el formalismo

que, pese a que sea el propio texto constitucional el que, en su artículo 46, prevea que la ley penal sancione los atentados contra los bienes que integran el patrimonio cultural de los pueblos de España, la relación entre el Derecho Penal y el Patrimonio histórico sigue arrastrando hoy problemas de entendimiento mutuo desde sus orígenes. Es decir, que aunque la cuestión se encuentra regulada, no puede decirse que esté «admirablemente» regulada, probablemente por tratarse de delitos que no generan una gran alarma social.

Todas las aproximaciones jurídicas a la regulación de los delitos contra el patrimonio en la vía penal se saldan con una sorpresa, porque, si el Capítulo II del Título XVI tasa específicamente los «delitos contra el patrimonio histórico» (regulación íntimamente relacionada con la función social de la propiedad), el resto de disposiciones se encuentran diseminadas por todo el texto en una chocante desbandada, presidida a su vez por un criterio crematístico. En efecto, se trata en general de formas agravadas de delitos contra la propiedad, sobre la base por tanto del «valor económico del bien».

A todo lo anteriormente mencionado debe añadirse otra de las respuestas que el legislador ha ofrecido al mandato constitucional de protección penal de las agresiones al patrimonio, que citábamos al principio, y que no es otra que la que ofrece la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, modificada por LO 6/2011²¹.

Retomando el rumbo, en relación específicamente con el asunto de Roda, hay que poner de manifiesto que determinadas conductas sancionables pueden ser consideradas tanto infracciones administrativas como tipos penales que, en principio, y dada la actual configuración, son de aplicación sobre las mismas personas y hechos. La lógica indica que la utilización del Derecho penal deba operar como continuidad natural del ámbito administrativo sancionador y, de hecho, éste es uno de los campos en el que el Derecho Penal actúa sobre la técnica de las normas penales en blanco,

en la regulación de este tipo de delitos, que parecía considerar imprescindible la declaración previa administrativa del carácter del bien para determinar o no la existencia de delito al dejar en manos del juez esa valoración

21. En su artículo 2.1.e esta norma indica que cometen delito de contrabando, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 50.000 euros, los que «exporten o expidan bienes que integren el Patrimonio Histórico Español sin la autorización de la Administración competente cuando ésta sea necesaria, o habiéndola obtenido bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino último de tales productos o bien de cualquier otro modo ilícito.», artículo éste que debe ponerse en conexión con el artículo 75 de la Ley 16/1985, relativo a la exportación de un bien mueble integrante del Patrimonio Histórico Español que se realice sin la autorización.

es decir, acudiendo a la legislación administrativa para determinar si los actos son constitutivos de delito.

Pese a que en el caso del Derecho Penal el principio clave es el de intervención mínima y a que el principio de *non bis in idem* conjuraría a priori los posibles efectos perniciosos de esta convivencia, en no pocas ocasiones los límites parecen entrecruzarse y los dos campos jurídicos no operan de forma complementaria. Independientemente de la posible caducidad del proceso administrativo²², esta concurrencia se salda, regularmente, a favor del Derecho Penal, que pasa a ser de aplicación pese a que se haya incoado expediente sancionador administrativo, a cambio de hacer después decaer los efectos de la sanción administrativa. Tal como se ha recordado en otras ocasiones, lo que la ley prohíbe sobre la base del artículo 45 de la Constitución es la reiteración en la sanción, pero no la formulación de un doble reproche.

Las asperezas surgidas entre la vertiente administrativa y la vertiente penal en el caso de Roda de Isábena se pusieron de manifiesto a la hora de determinar el destino del bien. El tapiz, como tal, resultaba un bien robado, exportado ilegalmente y recuperado fuera de España. Todo parecía indicar por tanto que resultaba procedente la aplicación del artículo 253 del Código Penal²³, y que, en algún caso, pudiera también concurrir el delito de receptación recogido en el artículo 298.1 a). Esto no obstante, fue la Ley de Protección del Patrimonio Histórico la que comenzó a aplicarse en este caso de forma paralela a la vía penal, lo que propició enseguida el desencuentro.

Siendo así las cosas, el auto del Juzgado de Barbastro consideró que el tapiz constituía un efecto judicial, ya que existía un procedimiento judicial penal iniciado el 21 de diciembre de 2010²⁴, en el que se habían realizado

22. La declaración de caducidad de un expediente sancionador no afecta a la declaración de propiedad de la Administración General del Estado sobre un bien ilegalmente exportado. En este sentido, puede verse la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 enero de 2004 (RJ 2004, 1043), Caso «Virgen de la Rueda I».
23. Artículo 253. 1. Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido. 2. Si la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.
24. El Artículo 367 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, añadido por la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales, sostiene: «Tendrán la consideración de efectos judiciales, en el orden penal, todos aquellos bienes puestos

varias actuaciones para averiguar la comisión de un delito y en el que había que buscar resarcimiento de la víctima conforme a lo dispuesto en los artículos 109 y 110 del Código Penal incluyendo la recuperación y la restitución del bien. Según indicaba el Juzgado, ello resultaba procedente con independencia de que el Ministerio de Cultura hubiera iniciado también en enero de 2013 un procedimiento administrativo paralelo a la solicitud del juzgado de las comisiones rogatorias, que a decir del órgano judicial no se habían puesto en su conocimiento.

En relación con el anterior razonamiento, consideraba el Juzgado que era precisamente el órgano judicial que seguía el procedimiento el que contaba con la potestad de decidir sobre el destino del bien, designando depositario conforme indican las normas procesales penales, «sin perjuicio sobre lo que pueda discutirse sobre la titularidad del bien», cuestión en la que el juzgado consideró que no le correspondía inmiscuirse (el juzgado parecía compartir la idea de que el dueño era en este caso el Estado).

El Ministerio interpretó que efectivamente, ése hubiera sido el modo de proceder, de no concurrir este caso de una especialidad, ya que coincidía de pleno con uno de esos supuestos en los que el ordenamiento jurídico prevé otra competencia relativa al destino que deba darse a los efectos e instrumentos del delito. Por ello, opinó que la ley procesal penal no entraba en competencia con la legislación material aportada por la Ley de Patrimonio Histórico, sino que debía operar como «cauce para hacer valer las previsiones de la legislación vigente en materia de patrimonio cultural». Considerando por tanto que ya que existía un procedimiento específico que contemplaba exactamente los términos del caso, carecía de sentido a su juicio que la normativa aplicable no fuera precisamente la proporcionada por la Ley de Patrimonio Histórico. De no ser así, indicó, *«carecería de sentido el punto 3 del artículo 29, pues siempre que se recuperase en el extranjero un bien robado y exportado ilegalmente volvería automáticamente a propiedad de su titular, y no tendría que solicitar su cesión por parte del Estado, como pide este apartado del artículo»*.

Una consideración u otra suponía entender que la propietaria era la catedral (lo que suponía que el juzgado habría de decidir cuándo y cómo entregar el bien) o bien el propio Estado, lo que permitía a éste decidir si volvía o no el retorno del bien a la catedral (y sólo en el caso de que ésta solicitase formalmente la cesión).

a disposición judicial, embargados, incautados o aprehendidos en el curso de un procedimiento penal.»

Finalmente, se estimó que la Ley de Patrimonio Histórico Español permitía al Estado recuperar y custodiar el bien, pero que al ser éste no obstante efecto de un delito, el Estado debía informar al juzgado y estar a disposición del mismo para la realización de las diligencias precisas en el ámbito del procedimiento penal, una solución intermedia de quien desea eludir los conflictos, que el juez explicó a través de una interesante observación en su auto: *«el sentido común invita a pensar que todas las Administraciones presentes en este procedimiento de recuperación del tapiz robado realizarán las actuaciones oportunas para que los principales afectados por la sustracción perpetrada en el 79 se vean finalmente resarcidos, evitando cualquier tipo de conflicto jurídico o social que solamente ocasionaría un serio desprestigio y un menoscabo en la confianza en nuestras instituciones»*.

2. REFLEXIONES SOBRE EL MERCADO DEL ARTE. LOS PROTAGONISTAS EN EL CASO

Nos guste o no, los bienes culturales, objetos no fungibles por excelencia, presentan también una faceta bastante prosaica, que los convierte en un valor, en un activo. Los datos son incontestables: el mercado global legal de objetos artísticos supone, según el informe anual «Global Art Market» de The European Fine Art Fair (TEFAF), un montante de 45 mil millones de dólares. Otros informes como «The Art Market 2017», publicado por Art Basel y UBS elevan la cifra a los 56.6 mil millones..

Una serie de características hacen del mercado sobre el que actúan los protagonistas del caso un campo singular. Para empezar, y a diferencia del resto de mercados financieros, se trata de un mercado que no está regulado en profundidad, ya que a diferencia de otros, un desarrollo anómalo del mismo no es susceptible de generar riesgos de carácter sistémico para los Estados. Se trata por tanto de un mercado de actuación manipulable, opaco, no particularmente eficiente, y con altos niveles de volatilidad, en el que sus intervinientes quedan muy expuestos en materia de conflictos de intereses previos, que no tienen por qué comunicar. Hablamos de un ámbito que no se encuentra presidido por una norma general de transparencia en relación con las comisiones que se generan, en el que se dan cita elevados riesgos (por ejemplo los relativos al desplazamiento de las obras que constituyen su esencia) y que carece asimismo de tipos de tasación con el grado de certeza y sofisticación del que sí hacen gala otros como el inmobiliario.

Por si lo anterior fuera poco, las obras que son objeto de su comercio tienen con una sorprendente frecuencia un origen cuando menos irregular,

y en otro montante sobre el que no existen estimaciones rigurosas, los objetos son directamente falsificaciones. Todas estas cualidades resultan tan notorias para sus propios operadores y hacen de este mercado un sector tan inseguro que en Italia ha llegado a plantearse si la compraventa de obras de arte no debe entenderse como «negocio aleatorio».

Naturalmente, este mercado no se sostendría si no girase en torno al coleccionismo o al concepto de «colección». Tratándose de valores de bajo riesgo, las obras de arte proliferan entre las colecciones de meros inversores a los que no mueve ninguna devoción por las mismas (como se comprueba constantemente en cualquiera de los casos de desmantelamiento de redes de crimen organizado). No consta en el caso de Roda un solo adquirente, particular o no, con un genuino interés en la conservación y contemplación de la pieza. Antes bien, la obra parece pasar por las manos de casas de subastas que no tienen otro propósito que su reventa, o de operadores necesitados de liquidez que adquieren como parte de una estrategia patrimonial diversificada. No pesan por tanto en este caso los problemas que algunos gestores de patrimonio encuentran cuando es preciso que su cliente «ponga la obra a trabajar», en el sentido de monetizarla o situarla en el mercado, ya que la emocionalidad que sí profesan algunos compradores por sus obras no está presente en este caso.

Los actores principales en este caso han sido anticuarios²⁵ y casas de subastas, seguramente las principales intermediarias en cualquier tipo de transacción que afecte a bienes culturales. Al menos en nuestro país, las casas de subastas arrostran una serie de obligaciones como la de notificación al órgano de la Comunidad Autónoma correspondiente encargado de la protección del Patrimonio Histórico español y al Ministerio de aquellos bienes integrantes del patrimonio histórico español que vayan a poner a la venta, con un plazo de antelación no superior a seis semanas ni inferior a cuatro²⁶. Nada de lo anterior pudo tener lugar en este caso en el que todo ocurre allende los Pirineos. En cualquier caso, no debe perderse de vista que en un catálogo suele haber unos seiscientos lotes, y que en el curso de un mes puede haber hasta veinte subastas, por lo que es a menudo muy

25. Los anticuarios en España basan su actividad conforme a normativa variada, como son la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana y la Ley 17/1985, de 1 de julio, sobre objetos fabricados con metales preciosos.

26. Artículos 38 de la Ley 16/1985 y en los artículos 40 y 41 del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985

disculpable que a las autoridades competentes (en déficit permanente de recursos humanos) les pase desapercibida una verdadera joya.

3. LA BUENA FE DEL VENDEDOR Y LA DILIGENCIA DEBIDA DEL COMPRADOR: DOS FUERZAS EN TENSIÓN DEPENDIENTES DE VARIAS VARIABLES

En este punto, debemos formular unas breves reflexiones acerca de los deberes de información que deben intervenir en la compraventa de bienes artísticos en este caso.

Como es sabido, existe una modulación a la hora de considerar si se da o no un equilibrio de voluntades entre los participantes de una transacción comercial de este tipo. La cuestión no reviste poca importancia, no sólo porque permite evaluar si con su forma de proceder una parte ha infundido confianza en la otra, sino porque en función de quién esté a cada lado de la obra operará una regulación jurídica u otra. De este modo, en una compraventa entre particulares es de aplicación el Código Civil, mientras que entre profesionales sería pertinente el Código de comercio y sus usos. Entre profano vendedor y profesional comprador, deberían aplicarse las reglas generales, mientras que entre profesional vendedor y profano comprador deben operar las condiciones generales de contratación, la Ley de comercio minorista (artículo 58) y también la normativa de consumidores. No se olvide también que dentro de los así considerados profanos existen también gradaciones. Es decir que los coleccionistas pueden ser más o menos asiduos.

Para la construcción de la voluntad del comprador, no tienen poca importancia tampoco los catálogos de ventas en subasta como intermediadores de la decisión en una transacción, y es que para discernir el grado de consciencia (podríamos hablar directamente de dolo) en el vendedor acerca del origen de la obra que ha situado en el mercado, hay que atender a la forma en la que el catálogo describe la obra. Formulado de manera distinta: ¿permite el catálogo que el comprador tenga una idea cabal de lo que pretende adquirir? En cualquier caso, sea el comprador del tipo que sea, a éste siempre le asiste el derecho de extremar su cautela, lo que puede materializar, por ejemplo, introduciendo en el contrato una condición suspensiva.

En todos los cambios de manos que afectan a nuestro caso, y a la hora de preguntarse si existe un error excusable por parte del vendedor, parecemos

estar siempre ante profesionales en sus dos papeles, comprador y vendedor. O, dicho de otra forma, nadie parece verdaderamente profano en este robo de arte sacro. En casos como éste, en los que participan agentes que se encuentran permanentemente activos en el mercado como son las casas de subastas y las galerías, debe recordarse que un profesional que compra debería ser necesariamente consciente del volumen de tráfico ilícito que emponzoña el mercado, por lo que sería más difícil presumir en él que ha incurrido en un error que en el caso de que se tratase de un particular o de un profano. Pero, sin embargo, en los casos en los que un comprador profesional ha cometido un error, resulta igual de difícil tener a este error por inexcusable, porque tampoco se encuentran completamente tasados los trámites o análisis por los que hay que hacer pasar el objeto para que no quepa ninguna duda sobre su «pureza posesoria».

Enlazando precisamente con la excusabilidad que puede existir en función del tipo de persona interviniente en el tráfico, este caso permitió asimismo un pronunciamiento acerca de la buena fe y la profundidad a la que debe llegar la diligencia debida en las transacciones comerciales, en virtud de la reclamación que De Witt interpuso.

4. LA RECLAMACIÓN DE DE WITT

La casa De Witt salió de esta resaca administrativa y policial seriamente afectada; la prestigiosa firma de anticuarios especializada en tapices sufrió una importante pérdida patrimonial a consecuencia de la entrega a las autoridades españolas del tapiz, que les obligó a firmar el reembolso al comprador americano del precio de venta del tapiz más los intereses. Por eso, el 15 de noviembre de 2013 De Witt interpuso una acción de responsabilidad patrimonial de la Administración ante el Ministro de Educación, Cultura y Deporte, por la que pedía una indemnización de 275.000 euros y el pago de las costas a cargo del Ministerio. No obteniendo respuesta, el caso fue a la Audiencia Nacional.

¿Qué alegaba De Witt en su acción? En primer lugar, el benéfico, elástico y siempre difuso paraguas de la buena fe²⁷. De Witt recordó que la figura del adquirente de buena fe está protegida en normas tales como la Convención

27. El principio de buena fe sobre el que tiene que actuar todo comerciante en sus transacciones se recoge en los artículos 7, 433, 12 final y 1950 del Código Civil. En relación con los usos del comercio para la resolución de discrepancias puede acudir a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 octubre de 1981 (RJ 1981, 3595) referida a la negación de autenticidad de un cuadro de ese autor.

de la UNESCO de 1970 sobre medidas para impedir la importación, exportación y transferencias ilícitas de bienes culturales, la convención de UNIDROIT sobre bienes culturales robados o ilícitamente exportados de Roma de 1995²⁸, o la Directiva 93/7/CE. Sostuvo que al tratarse de un adquirente de buena fe, le asistía un derecho a indemnización equitativa por la recuperación. Sostuvo además que había empleado una diligencia mayor de la debida, y que llevó a cabo una investigación a través de la contratación de profesionales internacionales especializados en tapices para conocer el origen de la pieza y que, como contamos, ninguno de ellos dijo que pudiera tener relación con el tapiz robado, sino con otros tapices pertenecientes a la catedral de Berna, un elemento que podría haber resultado determinante (aunque no hay forma de probarlo) para la prestación del consentimiento del comprador en este caso. Añadió además que la pieza fue anunciada, vendida y subastada públicamente y que nunca formó parte de los mercados clandestinos. En suma, que el error no había respondido en este caso a un comportamiento negligente de quien lo había sufrido en su totalidad. Pero De Witt seguramente fue demasiado lejos cuando destacó en su escrito que este derecho de indemnización equitativa al adquirente de buena fe presentaba *«lejanas concomitancias con la expropiación forzosa por causa de utilidad pública e interés social. Más concretamente con la responsabilidad patrimonial de la administración en la medida en que un particular se ve perjudicado frente al funcionamiento normal de los servicios públicos, no estando obligado a soportar sus consecuencias»* (citó en este punto determinados ordenamientos jurídicos mundiales y el canónico asunto «Winkworth vs. Christies», en el que una colección de miniaturas japonesas fue robada en Inglaterra y trasladada a Italia, donde se vendieron a un tercero que encargó a la compañía de subastas inglesa la venta de la colección²⁹).

La contraargumentación de la Abogacía española resultó implacable e insensible a cualquier analogía que se le pudo presentar: el Abogado del Estado afirmó que no se había probado suficientemente la adquisición de buena fe, como sí parecía quedar claro en el caso del comprador de Houston (no olvidemos que, pese a que en estos casos el ánimo doloso es ciertamente difícil de demostrar, la galería de Malines lo había vendido por diez veces más del valor por el que lo había comprado, por lo que podría no existir un verdadero equilibrio en el consentimiento de las partes). Y,

28. Precisamente, el artículo 3 del convenio de UNIDROIT es meridianamente claro a este respecto: «poseedor de un bien cultural robado deberá restituirlo».

29. Al final, en este caso, los tribunales italianos reconocieron la buena fe del adquirente en pública subasta e incluso éste pudo mantener su adquisición.

lo que es más importante: la galería no había probado suficientemente su actuación diligente en la adquisición³⁰. Finalmente, la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo contencioso administrativo, sección sexta, de 21 de julio de 2016, fallaría a favor del Estado español, recalcando que pese a que hubiera habido adquisición de buena fe, el daño a De Witt había sido causado por la galería que puso a la venta el tapiz pero no por el Estado español, que siendo el único titular del bien en virtud del artículo 29 de la ley 16/1985, no había hecho sino recuperar un bien que le había sido sustraído y que formaba parte de su patrimonio cultural. No parecía procedente, por tanto, la reclamación al Estado español sino a la galería de la que se adquirió un objeto que en ese momento era un objeto fuera de comercio. En cierta medida, podría además pensarse en que fuera procedente una reclamación de responsabilidad a los expertos que fueron consultados, si bien este tipo de demandas apenas se interponen en Europa, aunque sí existan precedentes en Estados Unidos.

En cualquier caso, De Witt podría haber tenido en cuenta no sólo la existencia de seguros de titularidad que previenen frente a adquisiciones de este tipo sino, muy especialmente, la comprobación del historial de subastas de la pieza y la consulta de «ALT Art Loss Register» (la mayor base de datos privada de arte perdido y robado, nutrida de miles de fotografías y que es global pero no omnicomprendensiva, ya que quien ha perdido la obra es quien cuelga la información), de la Base de Datos de obras robadas de Interpol, que incluyen absolutamente todos los bienes robados o sobre los que pesa una sospecha (incluyendo obras robadas en los años setenta y ochenta, e independientemente de que el delito haya prescrito o no), o de otras como las Listas de Verificación conocidas como Object Identification (Object ID), dependientes del ICOM. Y es que, desde que estos instrumentos se encuentran en vigor, la falta de consulta a estas herramientas de verificación, debilita por sistema cualquier intento de argumentación sobre la diligencia con la que los adquirentes dicen haber actuado.

30. El artículo 6 del Convenio de UNIDROIT sostiene «El poseedor de un bien cultural que haya adquirido dicho bien después de que hubiera sido exportado ilegalmente tendrá derecho, en el momento de su devolución, al pago por el Estado requirente de una indemnización justa y razonable, siempre que el poseedor no supiera ni hubiera debido razonablemente saber en el momento de la adquisición que el bien había sido exportado ilegalmente. Al determinar si el poseedor supo o debió razonablemente saber que el bien cultural había sido exportado ilegalmente, se tendrán en cuenta las circunstancias relativas a la adquisición, incluida la ausencia de un certificado de exportación exigido con arreglo al derecho del Estado requirente».

VII. CONCLUSIONES Y DESIDERÁTUMS

No puede negarse que ha habido encomiables avances en materia de prevención y lucha contra el tráfico ilícito, al calor de los cambios políticos, sociales y económicos que han podido verse en Europa y en España. Como hemos tenido oportunidad de referir, en la actualidad no sólo contamos con un robusto corpus jurídico nacional e internacional que respalda cualquier acción preventiva o de recuperación, sino que se ha ido constatando una clara especialización y adaptación de los profesionales dedicados al patrimonio histórico. Pese a todo, yendo la realidad como acostumbra por delante de cualquier cambio, pueden apuntarse determinados campos apremiantes sobre los que sería saludable una reflexión para que la lucha contra el tráfico ilícito fuera aún más global y eficiente.

Por más tratada que haya sido la cuestión, tiene que invocarse la necesidad de una reforma en profundidad de la Ley 16/1985 a efectos de prevención de este tipo de delitos. A diferencia de lo que sí ocurre con la Ley de Bases del Patrimonio Cultural portuguesa, el Código del Patrimonio francés o el Código de bienes culturales y paisajístico italiano, la ley no contiene sanciones penales y reconduce a un Código que como se ha esbozado, dista mucho de ser ideal.

Por encima de todo, al teorizar sobre una reformulación de la regulación penal, se abre paso una necesidad previa casi ontológica para normalizar las relaciones entre Derecho Penal y patrimonio histórico, y es la de poner en pie una teoría penal propia para este tipo de patrimonio. Los problemas de la normativa actual ya han sido señalados: el principal de ellos es la convivencia de un sistema de protección específica menor y de agravación específica de carácter más generalista y disperso en ciertos capítulos del código en relación con el patrimonio cultural, algo que no parece obedecer a una decisión estratégica tanto como a un solapamiento de soluciones continuadas carentes de una reflexión de fondo y global. Otros de los aspectos chocantes, amén de determinadas incongruencias en la regulación del delito de daños (por ejemplo, daños sobre bienes sin especial tutela se sancionan con pena mayor que otros que sí la tienen), es la tipificación en función de su cuantía cuando en ocasiones se trata de bienes sobre los que debe estar ausente cualquier tentativa de valoración pecuniaria. Asimismo, el establecimiento de penas no demasiado graves supone a día de hoy un importante escollo para la protección, ya que los tribunales acostumbran a denegar actuaciones tales como las escuchas alegando falta de proporcionalidad. Hablamos también de una regulación

caracterizada por determinadas ausencias de tipificación de delitos como el de la falsificación de obras de arte.

En suma, una reforma de la normativa penal debe pasar por tres soluciones: la configuración de un apartado propio más amplio y con una sistemática mucho mejor ordenada que evite la actual dispersión punitiva en aras de una mayor seguridad jurídica, una redacción que tenga presente las conexiones de esta tipificación no sólo con la regulación administrativa sino con la legislación tanto autonómica como internacional, y una actualización del censo de delitos para acompañar la normativa a los tiempos actuales y en la que no se incurra en incongruencias entre tipo y castigo. Si todo ello se acompañase de una mayor dotación de trabajo a una fiscalía de sala especializada en delitos contra el Patrimonio Histórico, que a día de hoy se encuentra claramente infradotada, podríamos encontrarnos sin duda en el camino de una regulación cabal y adecuada a un país inusualmente rico en patrimonio histórico.

Desde un punto de vista administrativo, hace tiempo que un silogismo muy simple se encuentra asentado entre los responsables del Ministerio de Cultura: aquél que dicta que las tentaciones delictivas se atenuarán cuanto más sencillos resulten los trámites a la exportación exigidos por el propio ministerio. Si bien se ha adelantado ya mucho camino en este sentido, puede aún facilitarse más la tramitación para hacerla menos gravosa en cuanto a la exportación de los bienes de carácter seriado como las monedas, cuya gestión sigue resultando innecesariamente farragosa.

Parece tener sentido apuntar a determinadas mejoras en relación con la regulación aduanera, ya que la aparición del libre mercado en Europa y la difuminación de fronteras ha contribuido en su candor a la existencia del tráfico ilícito. Lo cierto es que en el ámbito aduanero ni se cuenta con suficiente personal convenientemente formado ni resulta posible el control de todos los contenedores que pretenden exportarse, lo que siempre implica una pérdida de objetos sobre cuyos pasos se esfuma cualquier intento de trazabilidad. El control aduanero reside principalmente en el valor de los objetos con vistas al pago de los aranceles, y eso, sumado al hecho de que muy a menudo los certificados de procedencia resultan ser falsos, convierte los espacios fronterizos (de por sí determinantes en la aplicación del Derecho Internacional³¹) en una de las principales dificultades para la investigación eficaz de las fuerzas de seguridad,

31. Un caso reciente revelaba las dificultades que se generan por la aprehensión de bienes en espacios fronterizos. Se trató en este caso de un robo de un Codex histórico de

Por último, las casas de subastas no deben ser ajenas a la conformación de un mercado transparente. La UNESCO ya ha puesto en marcha un código deontológico para marchantes y comerciantes de arte³². Esta tarea debe incidir especialmente en la configuración de una serie de directrices de búsqueda y de acciones tasadas que permitan concluir que ha tenido lugar por parte de estos intermediarios la deseada búsqueda diligente, y debe fortalecer las relaciones, a día de hoy bastante febles, entre casas de subastas y servicios policiales especializados.

VIII. CODA FINAL

Los compradores de arte sacro que constituían la clientela de quien no quisiéramos mencionar más han ido muriendo, y este tipo de arte no interesa a sus descendientes, pero el peligro para el patrimonio cultural de cualquier otro tipo que propicia el tráfico ilícito no tiene visos de desvanecerse nunca, porque entronca con los más bajos instintos. La malevolencia, en suma, no va a desaparecer, pero ello no implica que el panorama sea desolador; casos como éste dejan como legado una llamativa relación de elementos positivos que mueven a felicitarse. Revela, por ejemplo, la extraordinaria potencia que un despliegue de recursos jurídicos y el trabajo coordinado de fuerzas de seguridad y recursos administrativos del Estado pueden conseguir en su persecución de un delito. Queda, a día de hoy, además de un consolidado aparato de reacción, una simpatía y tolerancia muy reducidas hacia el delincuente, que ha perdido todo halo romántico, y si no queda apenas es porque, por fortuna, se ha ido instalando en la conciencia colectiva la idea de que el patrimonio cultural es algo perteneciente a la colectividad soberana. No a la iglesia, no a los museos, ni al Estado, sino a la población, como elemento vertebrador de la memoria de los territorios. Queda, por último, un increíble tapiz perfectamente custodiado, lamentablemente extraído de su ubicación natural, pero que disfruta de unas condiciones

enorme valor patrimonial. Las autoridades detuvieron al sujeto portador (el mismo que había cometido el robo) en el *finger* de entrada a un avión con destino a Ginebra, desatándose en este caso un interesante debate acerca de la legislación que debía operar en ese punto en concreto del espacio aeroportuario a efectos de valorar las consecuencias de la comisión del ilícito.

32. Su artículo 1 señala «Los negociantes profesionales de bienes culturales se abstendrán de importar y de exportar tales bienes, así como de transferir su propiedad cuando tengan motivos razonables para pensar que el bien en cuestión ha sido robado, enajenado ilegalmente, que procede excavaciones clandestinas o que ha sido exportado ilegalmente» (International Code of Ethics for Dealers in Cultural Property. CLT/CH/INS-06/25rev. Adopted in 1999).

de conservación envidiables y que merece, hasta que su última fibra se deshilache, descansar tranquilo.

IX. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ABAD LICERAS, J.M.: «La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de patrimonio cultural histórico-artístico», en *Revista Española de Derecho Constitucional* N.º 55. Centro de Estudios Constitucionales, (Enero / Abril), pp. 133-184. 1999
- BARRACA DE RAMOS, P.: «El mercado del arte y la política de adquisición de colecciones públicas», en *La inversión en Bienes de Colección*, Camilo Pardo Ramón (coord). Universidad Rey Juan Carlos, 2008.
- CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*, Ed. Colex, 2007.
- CAMPBELL, P.B.: «The illicit Antiquities trade as a transnational criminal network: characterizing and anticipating trafficking of cultural heritage», en *International Journal of Cultural Property*, 20, 113-153. 2013
- CARRERA HERNÁNDEZ, J. La UNESCO y la gestión del patrimonio mundial: mecanismos de protección y garantía, en «*La protección jurídico internacional del Patrimonio Cultural (especial referencia a España)*. Madrid». Colex, 155-159. 2009
- CHARNEY, N., PAUL DENTON AND JOHN KLEBERG, «*Protecting Cultural Heritage from art theft*», en *FBI Law Enforcement Bulletin*, Vol. 81, 3, march, Ed. Proquest: 1-8. 2012
- GARCÍA FERNÁNDEZ, J., «La protección jurídica del patrimonio cultural. Nuevas cuestiones y nuevos sujetos a los diez años de la Ley del Patrimonio Histórico Español» en *Boletín de la Facultad de Derecho*, n.º 8-9, UNED 1995: 369-391.
- GAYA NUÑO. J.A. «La pintura española fuera de España (historia y catálogo)». Espasa-Calpe. Madrid. 1958.
- GIANNINI, M.S. (1976). «I beni culturali», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, año XXVI, pp. 3-38.
- GUARDIA CIVIL (Unidad Técnica de la Policía Judicial): *Informe de situación 2/2012 sobre patrimonio cultural: mercado y criminalidad*, Madrid, 2012.

- MARTÍNEZ ESCRIBANO, CELIA. «La adquisición a non domino de bienes culturales». En *Derecho del Arte. Anuario Iberoamericano 2017*. Premio Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte. Fundación Profesor Uría. Civitas. Thompson Reuters. 2017.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: «*Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*», vol. 2, Madrid: Civitas, pp. 1551-1572. 1991.
- MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE, ed., I encuentro profesional sobre lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales. *Subdirección General de Documentación y Publicaciones*. 2013, 1-87. NIPO: 030-13-290-9.
- PÉREZ-CALERO SÁNCHEZ, L., «Mercado del arte e intermediarios: una perspectiva actual». *Laboratorio de Arte* 23: 537-550. 2011
- PRIETO DE PEDRO, J. J. «Concepto y otros aspectos del patrimonio cultural en la Constitución», en *Ricardo de Orueta, un ilustrado patriota del Patrimonio, Patrimonio cultural y derecho*, núm. 18, pp. 289-294. 1991
- RODRÍGUEZ MORO, L. «Algunas críticas e incongruencias en la regulación penal de los delitos sobre el Patrimonio Histórico» en *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, p. 267. 2011
- ROMA VALDÉS, ANTONIO. «La aplicación de los delitos sobre el patrimonio cultural», en *Estudios de Derecho Penal y Criminología*, dir. Carlos María Romeo Casabona. Granada: ed. Comares, 1-162. 2008
- TEFAF ART MARKET REPORT 2017, HISCOX ONLINE ART TRADE REPORT 2016, ART BASEL & UBS THE ART MARKET 2017.
- UE: Study on preventing and fighting illicit trafficking in cultural goods in the European Union». Informe final de la Comisión Europea (octubre de 2011).
- VERÓN BUSTILLO, E., «La criminalidad relacionada con el Patrimonio Cultural: especial mención a las falsificaciones de obras de arte», en *Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 19, 2015, Fundación AENA, Hispania Nostra: 249-285. 2015.
- VERÓN BUSTILLO, E.J. «*La protección del patrimonio cultural contra el tráfico ilícito de bienes culturales*». Dickinson Sl. Ministerio del Interior.

X. ÍNDICE DE SENTENCIAS

Tribunal Europeo Derechos Humanos

STEDH 20 mayo 2003 Caso «Gärber c. Italia»

STEDH 28 junio 2011 Caso «Ruspoli Morenes c. España»

Tribunal Supremo

STS de 4 de diciembre 2015. Caso «Agnus Dei»

STS de 21 de noviembre 2006. Caso «Condesa de Chinchón»

STS de 18 de febrero 1998. Caso «Virgen con ángeles»

STS de 6 de mayo 2002. Caso «Vista de Dresden de Bellotto»

STS de 30 de enero 2004. Caso «Virgen de la Rueca I»

STS de 18 de junio 2007. Caso «Virgen de la Rueca II»

STS de 30 de octubre 2006

STS de 6 de mayo 2002

Tribunal Constitucional

STC 17/1991, de 31 de enero

STC 106/1987, de 25 de junio

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

STSJM 376/2016 de 23 junio. «Caso Cabinet alemán»

STSJM de 28 de diciembre de 2007. Caso «Gran paisaje de verano con figuras en un camino entre segadores»

Audiencia Nacional

SAN de 20 mayo 2015. «Caso Cabeza de Picasso»

SAN de 12 marzo 2012. Caso «El Greco»

El seguro de obras de arte

The insurance of Works of Art

por Abel B. VEIGA COPO

Profesor Agregado de Derecho Mercantil
Universidad Pontificia de Comillas

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA OBRA DE ARTE. III. EL RIESGO. 1. Cláusulas de cobertura. 2. Cláusulas específicas de obras de arte. 3. Riesgos excluidos. IV. MODALIDADES DE SEGUROS DE OBRAS DE ARTE. V. LA CUESTIÓN DE LA AUTENTICIDAD DE LA OBRA DE ARTE. VI. LA POSIBLE CONCURRENCIA TEMPORAL DE SEGUROS. VII. OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DEL ASEGURADO. VIII. LA VALORACIÓN DE LAS OBRAS DE ARTE: VALOR DECLARADO. PACTO DE ESTIMA. IX. EL CÁLCULO DE LA PRIMA. X. LA SINIESTRALIDAD.

Resumen

A través de este artículo analizamos el seguro que tiene por objeto las obras de arte. La extraordinaria riqueza de bienes que son obras de arte, los diferentes titulares e interesados en este aseguramiento hacen de este contrato una herramienta clave y extraordinaria que, sin embargo no había sido estudiada en profundidad. Autenticar, valorar y cuantificar la obra de arte y sus riesgos son el epicentro de esta figura.

Palabras clave

Obras de arte, seguro, riesgos, valor económico, siniestro.

Key words

Works of art, insurance, risks, economic value, accident.

Abstract

Through this article we analyze the insurance that aims at fine arts. The extraordinary wealth of goods that are fine arts, the different

owners and interested in this assurance make this contract a key and extraordinary tool that, however, had not been studied in depth. Authenticate, value and quantify the fine art and its risks are the epicenter of this figure.

I. INTRODUCCIÓN

¿A qué riesgos están expuestas las obras de arte? ¿riesgos materiales, daños, responsabilidad civil? ¿riesgos económicos y de valoración de las obras, riesgos jurídicos, técnicos, del propio mercado del arte y la actividad profesional de quienes participan en él? ¹, ¿cómo y conforme a qué parámetros se valora una obra de arte? Pensemos en un lienzo en un museo público, en un cuadro en una fundación, en una empresa, en el domicilio privado de cualquier particular, en esa misma obra cuando la misma es cedida o prestada para una exposición internacional itinerante por varios países, o en una escultura que está permanentemente en una vía pública, una colección privada, etc.. Son muchos los riesgos a los que una obra de arte, entendida ésta en un sentido amplio, puede verse sometida². No obstante, es un ámbito donde la siniestralidad es pequeña y donde el seguro tiene un amplio margen de recorrido.

Son muchas las obras de artes y muchos los mercados de arte como los protagonistas que participan en ellos y que tienen interés en asegurar o cubrirse de otro modo, los riesgos a los que las obras y la actividad profesional que rodea el arte, pueden sufrir. Intereses que concurren y se yuxtaponen pero son independientes, la del creador o artista de la obra, la del galerista, el marchante, al anticuario, la casa de subastas, el coleccionista, el museo, pero también quien transporta y se encarga de la seguridad y conservación de esas obras. Intereses unos dominicales, otros de uso, de depósito y conservación, de prestación de servicios, todos ellos valorables y cuantificables que, en caso de siniestro, se ven afectados simultáneamente, amén de los intereses no ya pecuniarios sino afectivos hacia ciertas obras de arte³. Y como segundo elemento clave, su valoración, ¿cuánto y cómo se valora esa obra de arte?, ¿han de valorarse individualmente o dentro de una colección a valor global?, ¿vale más una obra aisladamente o integrada

1. Nos ofrece un buen marco teórico y de comprensión sobre estos riesgos y los problemas jurídicos de este seguro, GÄRTNER, «Rechtsprobleme bei der Versicherung von Kuntsgegenständen», NJW, 1991, n.º 47, pp. 2993 y ss.
2. Vid., BRIGNOLE-SARACCO, *L'assurance des objets d'art*, Paris, 1990, pp. 15 y ss.
3. Nos habla GÄRTNER, «Rechtsprobleme bei der Versicherung von Kuntsgegenständen», cit., p. 2995 de los valores de afección de esas obras de arte habida cuenta del interés que pueda haber como de la «spekulationsfreie»

en una colección máxime si reúne la mayor parte de la obra de un autor?, ¿cuál es su valor si el autor vive y cuál en cambio si ya ha fallecido o si nunca realizó una exposición pública de su obra?, ¿conforme a qué criterios y por quién se realiza esa valoración?, ¿qué papel juega el valor estimado o pacto de estima en estos seguros? Una valoración que puede ser una mera declaración del titular de la obra individualmente, o a través de una lista exhaustiva de obras que posee y a las que da un valor alzado y global, siempre cuestionable en caso de siniestro y que no operará si el valor de mercado de la misma es otro siempre que sea inferior al valor declarado unilateralmente, pero que también puede realizarse a través de un pacto de estima o póliza tasada y que, a priori, juega en beneficio del asegurado, salvo fluctuaciones de precio de las obras, dado que no tiene ya que probar la preexistencia de la obra.

La gestión de esos riesgos es clave, fuere tanto por parte de una entidad pública o privada como por parte de un particular. Y lo es tanto en sus aspectos jurídicos, económicos, como técnicos⁴. Trasladar ese riesgo a terceros, o por el contrario, autoasumirlos a través de garantías propias con cargo al patrimonio o garantías públicas son las opciones. Estamos ante un genuino nicho del mundo del seguro⁵. Del seguro privado al no seguro, del seguro como complemento de otras garantías, pasando por la garantía –única y total– del Estado. La Garantía del Estado es un sistema de «seguro» público por el que el Estado español asume el compromiso de asegurar bienes de interés que se cedan temporalmente para su exhibición pública en algunas instituciones organizadoras. Se protegen estas obras frente a la posible destrucción, pérdida, sustracción o daño que puedan sufrir en el periodo comprendido entre el préstamo de la obra y el momento de devolución de la misma a su titular mediante una modalidad de seguro denominado «clavo a clavo», que cubre los riesgos desde el momento de la recogida de la obra en su lugar de origen hasta la devolución de la misma en el lugar designado por el prestador, incluyendo por tanto transporte

4. Sobre la dimensión económica de los seguros de arte, en profundidad, GÄRTNER, *Handbuch des Museumsrechts X. Versicherungsfragen im Museumsbereich*, Opladen, 2002, pp. 19 y ss.
5. Así lo califican también BRISSAUD/BERNARD, *L'assurance des objets d'art et du patrimoine culturel*, L'Argus de la assurance, París, 2018, p. 5 cuando afirman: «L'assurance des objets d'art est une niche dans le marché de l'assurance, mais quelle niche ! Parler d'assurance d'œuvres d'art et d'objets de collection, c'est entrer dans le monde fascinant du marché de l'art et de ses enchères, pousser la porte des galeries, pénétrer dans l'intimité des collectionneurs, mettre un pied dans l'histoire de l'art et des musées». Clásico el trabajo de NAUERT/BLACK, *Fine arts insurance: a handbook for art museums*, Washington, 1979, pp. 2 y ss.

y estancia⁶. Obras por tanto de especial interés y valor artístico histórico y que se ceden temporalmente para una exposición pública⁷. No asume la garantía de bienes u obras propias, sino de terceros que son prestadas, cedidas, depositadas para exposiciones temporales y públicas, sin que se garantice tampoco cobertura alguna si la finalidad de la cesión es diferente a la de la exposición pública, como sería por ejemplo, la restauración misma de la obra de arte⁸.

Analizarlos, contemplarlos, reducirlos no se antoja una situación sencilla. Son múltiples paralelamente los intereses que se cruzan, como las titularidades jurídicas dispares y simultáneas sobre esas obras. Máxime en un ámbito donde el intercambio, las transacciones, son constantes⁹. El riesgo, como en todos los ámbitos y facetas de la vida, está presente también en el arte. Tanto en la esfera privada como pública. En la obra de arte per se, en su manipulación, en su conservación, en su movilidad, en su entorno de seguridad, etc. Gestionarlo, minimizarlo, trasladarlo a terceros, o por el contrario, asumirlo propiamente, deparará situaciones bien diferenciadas

6. Así, se recoge en la web del ministerio de cultura. <http://www.mecd.gob.es/mecd/cultura-mecd/areas-cultura/patrimonio/garantia-del-estado/definicion.html>. Véase la aportación de BURGOS BARRANTES, «La garantía del Estado: marco teórico y jurídico», *Museos*, es, 2006, n.º 2, pp. 62 y ss.
7. Un análisis sobre la garantía del estado como alternativa al seguro, en GÄRTNER, «Rechtsprobleme», cit., p. 3000 y 3001.
8. Insiste en la inaplicabilidad de la garantía del Estado a los bienes propios del museo o institución, aunque sea para participar en una exposición organizada por él en sus dependencias o el movimiento de obras entre distintas dependencias, BURGOS BARRANTES, «La garantía del Estado: marco teórico y jurídico», cit., p. 66. En Francia, la garantía del Estado parte de una cifra, 46 millones de euros, por debajo de ella debe entrar un seguro comercial. Así, CHASTANIER/SAUNIER, «Une approche unique. Les musées de France, des souscripteurs d'assurance pas comme les autres», *Nouvelles de l'ICOM*, [http://archives.icom.museum/icomnews2012-2_fr/files/assets/downloads/page0007.pdf], 2012, n.º 2, p. 12-13: «Cette garantie gouvernementale couvre le transport, le séjour dans le musée et le retour des œuvres. Pour pouvoir la solliciter, il convient notamment que le total des valeurs d'assurance des œuvres empruntées n'appartenant pas à l'État dépasse les 46 millions d'euros. Ainsi, la garantie ne peut pas couvrir la fraction des dommages inférieure à ce seuil minimum, en dessous duquel l'organisateur doit donc souscrire une assurance commerciale. Dans la mesure où ce système existe dans la plupart des pays organisateurs de grandes expositions, les musées de France, au nom d'un principe de réciprocité, l'acceptent facilement de la part de leurs partenaires étrangers, à condition que leur garantie réponde à leurs exigences.
9. Como señalan BRISSAUD/BERNARD, *L'assurance des objets d'art*, cit., p. 5 «les œuvres d'art sont appelées à changer de main, à passer d'une collection à une autre et un jour peut-être à rejoindre un musée qui aura la charge de les exposer, de les faire connaître et de les prêter à travers le monde pour que ces œuvres continuent à enrichir notre patrimoine culturel».

y con un indudable impacto patrimonial¹⁰. Riesgos normales, frecuentes, asegurados, riesgos de terrorismo, riesgos por catástrofes naturales, irrumpen, como cualesquiera otros en estos seguros de arte.

Una obra de arte se manipula, es o puede ser frágil, se embala, viaja en unas condiciones de supervisión y conservación muy especiales, fenómenos como el calor, humedad, temperatura son claves en su conservación, se instala, se monta y desmonta en tanto riesgos dinámicos, pero también pueden surgir otros estáticos, como el robo, el agua, el incendio, la rotura, el desprendimiento, la agresión por parte del público, un acto terrorista, una catástrofe, etc., requiere emplazamientos específicos, idóneos, medidas y estándares de seguridad¹¹. Sin duda el riesgo del transporte de obras de arte se convierte en uno de los grandes epicentros del aseguramiento de obras de arte, pues es ahí, donde se producen los niveles más altos de probabilidades de verificación de siniestros. Máxime si son múltiples los transportes de obras que estacional pero continuadamente en el tiempo se ceden para exposiciones por ejemplo. Así, no es lo mismo que todas las obras y de una sola vez se muevan, se cedan y transporten por diferentes y combinados medios para una exposición que al cabo de un año sean varias las obras que autónoma e independientemente se trasladan de unos lugares otros, lo que encarece el seguro¹². Gestionarlos, asumirlos, requiere especialización, conocimiento y pericia, porque estamos ante tangibles cuyo valor puede ser difícilmente calculable, como verificar su autenticidad, su autoría, etc. Y éste, el ámbito del arte, y más su aseguramiento, ha evolucionado en los últimos años en especialidad, en profesionalidad, pero sobre todo en concreción y antiselección de riesgos y límites de aseguramiento y capitales. Adaptando pólizas en función de la calidad y cualidad subjetiva del asegurado, la cuantía y valor de las obras, el destino de las obras, la

10. Sobre la gestión del riesgo de obras de arte, véase WILLIAMS, «The management of risks associated with the property of museums», *Museums Journal*, 1977, n.º 77 (2), pp. 59 y ss.
11. Véase la amplia descripción de peligros o riesgos que una obra de arte puede sufrir que sintetiza GÄRTNER, *Handbuch des Museumsrechts* X. Versicherungsfragen im Museumsberich, cit., pp. 31 y ss.
12. Por esta vía apunta, HISCOX, «Insuring works of art in transit», *Art in transit. Studies in the transport of paintings*, [MECKLENGURG (Ed.)], Washington, 1991, pp. 79 y ss., p. 82 al afirmar: «Contrast the situation where a museum is making a series of individual loans throughout the year to the «blockbuster» exhibition such as the recent Van Gogh or the forthcoming Rembrandt shows. For the series of loans, the museum will use two or three different shippers from a list; and the transits will be a small part of the shipper's annual turnover, each one being of minor importance on its own. Large exhibitions, on the other hand, generally have one organizer and one shipper per venue».

actividad profesional del poseedor, los locales donde se realiza la misma pudiendo cubrir garantías ante pérdida de alquileres o interrupción de la explotación por ciertas causas¹³.

Una aseguradora debe y ha de conocer todas estas contingencias, las circunstancias que, en definitiva rodean a una obra de arte, a un conjunto de ellas, a una colección, sea privada y particular, sea pública, así como las titularidades y sus límites, pues no es indiferente el aseguramiento privado del aseguramiento compartido y complementario cuando en frente está la garantía del estado que asegura las obras de un museo o de una exposición o bien íntegramente o bien mayoritariamente dejando campo abierto para el seguro.

El papel que juega el cuestionario de seguro y con él el deber de respuesta como deber precontractual de declaración del riesgo de cara a delimitar el riesgo real que debe valorar y tarificar la aseguradora, es primordial. El solicitante del seguro, futuro tomador tiene el deber de respuesta veraz y objetiva a todos los extremos que le preguntan y que inciden en la delimitación múltiple del riesgo (objetivo, subjetivo, cuantitativo, espacial o territorial y temporal)¹⁴. Pero al mismo tiempo constata o debería hacerlo, la preexistencia de la obra, el valor a través de precios de adquisición, de compraventa, o si la misma operó vía *hereditatis*, o a través de una donación, cuestiones que luego tendrán su importancia de cara a una hipotética indemnización y donde cotejar esos valores con el valor de mercado es o puede ser problemático. Extremos tales como la ubicación física de la obra de arte, la descripción y características constructivas del edificio donde la misma se halla, el valor individual y total conjunto de las obras a asegurar; si la obras están o estarán en tránsito por el país o por el resto del mundo así como los periodos de tiempo en que viajarán y estadias en exposiciones, préstamos, etc.; el tipo de transporte a realizar para mover las obras de arte; si el montaje y desmontaje de la obra de arte es profesional o no; el tipo de embalaje y empaquetamiento (condiciones

13. Las aseguradoras ofrecen así pólizas de seguro muy específicas, para coleccionistas, para museos, para galerías y marchantes de arte, anticuarios y restauradores, hasta pólizas para clientes privados. Así, véanse pólizas de Axa Art (Art Plus y Art), Hiscox (Fine Art) o XL Insurance (Artworks). Y donde se tienen en cuenta límites mínimos de valor, desde 50 a 80 mil euros mínimos, hasta la contingencia de que el número de obras cambie drásticamente a lo largo del periodo anual de seguro, permitiendo alguna compañía por ejemplo la cobertura de nuevas adquisiciones se garantizan automáticamente tan pronto como se adquieren por un período de dos meses y dentro del límite del 25% del monto asegurado.

14. Sobre estos extremos in extenso nuestro trabajo VEIGA, *El riesgo en el contrato de seguro. Ensayo dogmático sobre el riesgo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

de aislamiento, humedad, protección de golpes, aislamientos térmicos); contenedores metálicos y sus medidas de seguridad y conservación de las obras de arte; las condiciones de seguridad del edificio o lugar donde las obras se hallan (cerraduras, puertas exteriores e interiores, existencia de domos o tragaluces, protecciones metálicas en ventanas, filtraciones de aguas en techos y muros, alarmas en aberturas interiores y exteriores, sistemas de aire, calefacción, ...) así como la vigilancia humana y número de vigilantes (vigilantes privados, vigilantes empleados del asegurado, vigilancia armada, rondas de vigilancia cada 40 minutos cuando está cerrado al público, personal para visitas guiadas, ...); sistemas electrónicos (detectores de humo, de fuego, de movimiento, de aproximación a las obras de arte, si las obras cuentan con alarmas magnéticas, si hay sensores de luz ultravioleta, sensores termohumidógrafos de registro); a quiénes están conectadas las alarmas (a un tablero central en el museo, a la policía, a los bomberos, si hay monitoreo en cuarto central, etc.); equipos contra incendio (si cuenta con extintores y número, si cuenta con hidrantes, cantidad de agua suficiente para sofocar conato de incendio, si cuenta con toma siamesa; rociadores automáticos; planes de emergencia en caso de incendio-robo o sismo, etc.). Suelen concluir estos cuestionarios con un inventario de las obras, donde se describe la misma (nombre de la obra, autor, técnica, medidas, año, certificado de autenticidad, situación y, finalmente, valor).

El seguro o el aseguramiento de obras de arte no cumple una finalidad holística, habida cuenta que, per se, no toda obra de arte está asegurada, ni puede estarlo, frente a todo riesgo¹⁵. El todo riesgo aséptico, puro, no existe. Sí en cambio un «todo riesgo salvo» excepciones, exclusiones, etc., en lo que no es sino una técnica antialeatoria, de antiselección de riesgos que está en cualquiera de las pólizas al uso¹⁶. Una obra de arte de escaso valor y un titular que solo esporádica u ocasionalmente compra una obra puede no tener mucho interés en el aseguramiento.

15. Contra, CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *El seguro privado de obras de arte*, Madrid, 2015, p. 49 que apela no obstante al «todo riesgo», aseverando como la doctrina apunta que la cobertura «a todo riesgo» para este tipo de obras constituye una «verdadera necesidad».
16. Por esta vía apuntan BRISSAUD/BERNARD, *L'assurance des objets d'art et du patrimoine culturel*, cit., p. 40 y en la que nos ofrece un cuadro de exclusiones en función de los avatares por los que la obra pueda pasar. Contraponen esto todo riesgo salvo exclusiones a un todo riesgo «séjour» o «stay risk» para obras que permanecen ubicadas en un único emplazamiento; véase sobre la antiselección de riesgos y la aleatoriedad del contrato, nuestras aportaciones en VEIGA, *Tratado del contrato de seguro*, I, 5.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2017; VEIGA, *El riesgo en el contrato de seguro*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

En colecciones privadas y pequeñas existe una cierta tendencia al no aseguramiento o más bien resistencia al aseguramiento, o a hacerlo a través de pólizas complementarias, pero no a través de pólizas de arte individuales. Ni tampoco se hace siempre a través de una póliza única y específica, pudiendo existir coberturas complementarias en otros seguros, como los de hogar, para coberturas mínimas que salvo en casos de pólizas de grandes patrimonios presentan una cobertura deficiente en este ámbito¹⁷. Adviértase además cómo las pólizas multirriesgo hogar paquetizan estas coberturas en cajones de sastre amplios y con límites máximos a tanto alzado de cobertura cuantitativa que manifiestamente puede ser insuficiente para la reparación íntegra del daño en caso de siniestro.

La figura del coleccionista privado (sea en colecciones de patrimonios familiares o en colecciones empresariales) y las instituciones, sobre todo públicas, son claves en este aseguramiento específico¹⁸. Máxime en obras de arte que componen la base o colección permanente de exposición de un museo que expone o tiene depositados fondos de titularidad pública¹⁹. La cuestión cambia cuando un coleccionista compra asiduamente en el mercado tanto nacional como internacional obras de arte que ingresan en una colección de arte cuyo valor se modifica constantemente. El componente internacional está presente en el mundo del arte, también en su aseguramiento. Las obras de arte se mueven, viajan, se prestan, aunque también pueden conservarse en un único lugar sin jamás exponerse al público. Piénsese por otra parte y a título singular en la ingente cantidad de obras que en estudio, en taller, en su vivienda puede simplemente tener y poseer el artista. A ello únanse en el mundo del arte, además de las colecciones, los museos, las grandes exposiciones, los restauradores,

17. Sobre esa resistencia al seguro, vid., MARTIN, «Dossier Art: Quand l'assurance habitation montre ses limites», *New Insurances*, 28/10/2009, señala como «Les possesseurs d'œuvres d'art, même d'artistes inconnus, sont peu assurés en France. D'après les experts, moins d'un Français sur cinq souscrit une assurance spécifique, pensant que l'assurance multirisque habitation suffira à couvrir leurs objets d'art. Ce point reste vrai jusqu'à un certain montant».
18. Sobre los distintos potenciales asegurados que tienen interés en el arte, vid., BRISSAUD/BERNARD, *L'assurance des objets d'art*, cit., pp. 20 y ss., donde analiza los principales actores del mercado del arte.
19. Así, ALEMÁN/MARTÍNEZ, «Experiencias jurídicas en relación con la organización, la actividad contractual y la fiscalidad de museos españoles», *AFDUAM*, 2015, n.º 19, pp. 439 y ss., p. 450, señalan cómo para estos fondos no es habitual su aseguramiento: «El motivo fundamental es que en la actividad de los museos las obras de arte que forman una colección no se consideran bienes de inversión, por lo que en caso de pérdida no se considera prioritaria su conversión a valor económico».

galeristas, casas de subasta, marchantes, transportistas..., una serie de profesionales, que interesan, trabajan con obras de arte, etc.²⁰.

Un particular que posee en su casa, en su empresa, obras de arte, sin duda tiene interés en asegurarse frente a determinadas contingencias, aunque quizás no a contratar un seguro ad hoc y específico, si bien sí otro que cubra de un modo u otro algunos riesgos de modo colateral²¹. El valor, la antigüedad, la autenticidad, la técnica, el ser parte o no de una colección, la autoría, etc., condiciona el valor económico de la misma. No todo seguro, multirriesgo o no, asegurará estos objetos, o lo hará suficientemente. Es práctica frecuente asignar unos valores económicos mínimos sobre el daño que puedan sufrir las obras de artes y que nunca excederán de unos umbrales de valor. La aseguradora tasa y cierra ex ante ese valor de cara a controlar la indemnización final, de tal modo que podrá asignar un contenido de valoración mínima para ciertos daños en obras de arte que no excedan de ciertos umbrales de valor.

Desde la óptica del riesgo los dos grandes bloques que nuclea la delimitación material del riesgo oscilan entre los daños materiales que la obra puede sufrir y los daños por responsabilidad civil causados a la obra²². Garantías por daños a la obra versus garantías de responsabilidad civil a los terceros que profesionales u otras personas causan a la obra de arte, sea involuntariamente, sea voluntariamente. Pensemos en el galerista que puede tener su propio stock pero también la obra de artistas que expone

20. Sitúan BRISSAUD/BERNARD, *L'assurance des objets d'art*, cit., p. 20 al marchante de arte como una de las principales figuras en el mercado del arte. Es quien compra y revende obras u objetos de arte. Suelen especializarse en un periodo, un género o una época precisa. Identifica en salas, en galerías, en casas de subastas, en exposiciones, en particulares o directamente con artistas «des piè ces qu'il vendrá ensuite à un acheteur». Puede valorar y evaluar la obra de arte, autenticarla y si es necesario, hacerla restaurar por un artista especializado, así como organizar exposiciones temáticas en galerías de cara a poner en valor la obra y obtener su venta; al lado del marchante, está el anticuario, el galerista, el comisario de una exposición.
21. Así, afirma PEÑA, «El seguro de obras de arte, un negocio que enamora», PymeSeguros, 2016, n.º 51, pp. 12 y ss., p. 13 «el propietario va a hacer lo imposible por no poner en riesgo el objeto asegurado. Eso también hace que sean más reacios al aseguramiento. Pero hay que decirles que el seguro no protege la obra en sí, porque es única, sino el esfuerzo que ha hecho el propietario para conseguir la obra. Algo que sí les convence».
22. Enumera los tres riesgos más frecuentes que acaecen, agua, incendio y robo, ALBERTUS, «Bien assurer ses oeuvres d'art», /www.lemonde.fr/marche-de-l-art/article/2017/04/29/bien-assurer-ses-uvres-d-art_5119944_1764999.html, «Quels sont les risques les plus fréquents ? Un tiers relève des accidents: le vase qui se casse, le tableau qui tombe. Viennent ensuite le dégât des eaux, puis l'incendie où le sinistre est plus sévère. Le vol arrive en fin de palmarès: «Avec la généralisation des alarmes et le contrôle du recel, il y a de moins en moins de vols depuis 1980 »

en su galería para la venta. Genéricamente las pólizas contienen cláusulas globales que describen el objeto del seguro, a saber: *«El presente seguro cubre los bienes del asegurado o bienes de tercero que estén bajo su responsabilidad, según se especifica en la póliza, contra todo riesgo de daños materiales o pérdidas a consecuencia de cualquier causa externa de carácter accidental, súbita e imprevista, con excepción de daños materiales o pérdidas por riesgos específicamente excluidos. Siendo lo normal que los riesgos cubiertos sean de acuerdo a la cobertura denominada «de pared a pared»²³.*

El paradigma cambia cuando el riesgo asegurado recae sobre una exposición de obras de arte, sea ésta temporal o permanente, pública o privada, que proceden de múltiples lugares y diferentes propietarios, sean éstos particulares o no, estatales, instituciones privadas, fundaciones etc., y en los que el elemento de la internacionalidad está presente²⁴. Es la movilidad, el traslado de obras de un lugar a otro, el préstamo, la cesión, el depósito, etc., el que, sin duda, multiplica el riesgo, pero también la necesidad y conciencia de tener aseguradas estas obras, bien sea por el titular dominical bien lo sea por el responsable de la exposición, o del museo o institución al que se cede temporalmente la obra para su exposición pública²⁵. Y aquí el camino es dual, o seguro, o asunción propia del riesgo y, en su caso el siniestro. Algo que se activa a través de la garantía del Estado así como la existencia de ciertos acuerdos o compromisos bilaterales entre instituciones que se

23. Así, la Póliza AXA seguros para obras de arte, que en su cláusula 2.^a describe este seguro «de pared a pared» como cobertura que inicia desde el momento en que se desmonta dicha obra de su repositorio o punto de exhibición, durante su tránsito, y hasta que quede nuevamente en dicho repositorio o punto de exhibición o en algún otro punto designado por el propietario o su representante. La cobertura extiende protección a los bienes mientras se encuentran en tránsito, en almacenaje previo o posterior a su exposición y en exposición o no, dentro de (país X) y/o resto del mundo según se haya indicado en la especificación de la póliza.

24. De ahí que LA FORÊT, *Le marché de l'assurance de oeuvres d'art: vitrine de l'assurance sans avenir ou niche à exploiter*, These, MBA ENASS, 2012, se pregunte en p. 11 «La dimension internationale de certains aspects du marché des œuvres d'art se répercute-elle sur le marché d'assurance des œuvres d'art? Ainsi se pose la question: les assureurs peuvent-ils opérer purement localement ? Doivent-ils se focaliser sur leur marché local ? Dans ce cas, ne risquent-ils pas de se priver de certaines opportunités ? Ou bien, l'importance des échanges entre pays est-elle devenue telle que le marché de l'assurance des œuvres d'art ne peut se permettre de faire l'impasse sur l'international?»

25. Sobre el préstamo de obras de arte, véase el caso Cleveland Museum of Art v Capricorn Art International SA & Anor, Queen's Bench Division (Commercial Court), 2 de octubre de 1989, [1990] 2 Lloyd's Rep. 166; [<https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=150234>] y el que se presta un relicario y una placa que ulteriormente sufren daños.

prestan y ceden sistemáticamente obras de arte, lo que no empece que, para los riesgos más importantes y puntuales sí se aseguren ciertas contingencias²⁶.

Es el préstamo de obras diversas y de diferentes titulares el que, sin duda, configura uno de los principales tipos o modalidades asegurativas²⁷. Pero es también esta actividad la que, sin duda, encarece el coste de la propia exposición²⁸. Ya no solo la garantía de preservar la integridad holística de las obras que conforman la exposición, sino su traslado, embalaje y desembalaje, medidas de seguridad idóneas así como ambientales, la misma integridad de la obra que puede estar conformada por distintos elementos o piezas, o juegos, su descabalamiento²⁹.

26. A favor de fomentar estos compromisos bilaterales de no aseguramiento, BURGOS BARRANTES, «La garantía del Estado: marco jurídico y técnico», cit., p. 63 [<https://www.mecd.gob.es/dam/jcr:4c88bbb7-7601-47c7-81e8-2ae08e6284bf/rev02-benito-burgos.pdf>], p. 63 que insta a acuerdos o compromisos bilaterales o multilaterales de no aseguramiento, a través de los cuales las instituciones se comprometen a no exigir la contratación de seguros para sus intercambios recíprocos o limitarlos tan sólo a determinados momentos o a ciertas coberturas. No obstante, y si bien acuerdos de este tipo pueden ser útiles en situaciones y para instituciones muy concretas, distan todavía mucho de ser una solución de alcance global para la problemática que hoy plantean los seguros de exposiciones. Para el autor el seguro debería existir únicamente para los momentos de transporte y manipulación de la obra, pero no cuando está expuesto, si bien a lo sumo la restauración pero no el demérito.
27. Lo que no obsta a que pólizas genéricas de seguros de obras de arte sí incluyan cláusulas temporales y/o de nuevas adquisiciones, y que cubre los bienes asegurados, obras de arte, de otros titulares sobre los que el asegurado tenga la obligación de asegurar, así como las nuevas adquisiciones del asegurado de «pared a pared». Coberturas que amplían la suma asegurada hasta un 10% especificada en la póliza, notificando a la compañía aseguradora dentro de los 15 días naturales subsecuentes a la adquisición de dichos bienes y pagando la prima adicional correspondiente. El asegurado deberá notificar y proporcionar a la aseguradora la relación y avalúo de dichos bienes, para efecto del pago de la prima que corresponda por este concepto.
28. En este punto, cifra BURGOS BARRANTES, «La garantía del Estado: marco jurídico y técnico», cit., p. 63 entre un 20 % y un tercio el coste del seguro respecto al presupuesto de una exposición de obras de arte. Así, «A mayor riesgo corresponde, en buena lógica, mayor gasto en seguros, de tal manera que las cantidades destinadas actualmente a esta partida alcanzan, por término medio, en torno al 20% del coste total de la exposición, pudiendo en algunos casos llegar a alcanzar hasta un tercio o más del presupuesto total de la misma».
29. Véase la importante radiografía que sobre este seguro que asume los riesgos de préstamos de obras para exposiciones, etc., realiza BENASSAR CABRERA, «El seguro de las obras de arte», *Revista de los Museos de Andalucía*, 2009, n.º 11, pp. 85 y ss., y que, en p. 88 señala: «... se trata de objetos singulares de incalculable valor, únicos e irremplazables, y que las propias aseguradoras los consideran como «objetos de lujo». Estos objetos singulares deben ser asegurados no sólo frente a los daños propios (incendio, robo, pérdida, demérito, etc.), sino frente a la posible responsabilidad civil en que pueda incurrir por error o fallo de aquellos responsables de la manipulación».

Es la responsabilidad del prestatario, del museo, del comisario de la exposición frente a estas obras prestadas la que requiere aseguramiento. Un aseguramiento dinámico y a la vez estático, que requerirá medidas proactivas de organización, de habilitación de espacios, sedes, lugares, fechas, pero sobre todo de seguridad idóneas para preservar la integridad de cada obra, traslados de las mismas, colocación, etc., y que será objeto de análisis antiselectivo del riesgo por la aseguradora, pero también por el prestamista y titular –privado o público– de la obra de arte a quien «interesa» tanto como titular dominical o por cualquier otro título de la obra, y por tanto interesa en el seguro, como por el conocimiento y valoración de valores económicos, conservativos y de custodia y seguridad. Piénsese además cuando el préstamo de obra o cesión limitada tiene un carácter internacional. O aquellos supuestos en los que el coleccionista requiere una póliza de arte de dimensión internacional que cubra toda su colección o colecciones que tiene en diversos puntos del mundo. Póliza en suma para coleccionistas de obras de arte de residencia múltiple. O el galerista que tiene en depósito obras de arte de artistas de diferentes países del mundo y que han de organizar el transporte de esas obras a la galería. Intercambios internacionales entre galeristas y distribuidores de arte por ejemplo requieren esos aseguramientos con marcado cariz internacional. Los casos de ferias o bienales de arte en las principales capitales del mundo.

Como también cuando se asegura continente y contenido de un museo. De una galería de arte tanto en obras expuestas propias o de terceros, como en las almacenadas. Como cuando se transporta una obra, o cuando la misma se somete a un delicado proceso de restauración. Los riesgos están presentes en todo momento. Como lo están ante la conservación de la propia obra, su uso, su depreciación artística, su contaminación, su oxidación, etc.

II. LA OBRA DE ARTE

Pero ¿qué son las obras de arte y qué objetos, expresión artística de una persona, pueden enmarcarse bajo este genérico concepto?³⁰ Obras de arte, bienes culturales, etc., que conforman sin duda el interés y objeto

30. Sobre las dificultades y los perímetros de ese concepto de obra y bien cultural, ya se pronunciaba en un estudio de derecho comparado UHL, *Der Handel mit Kunstwerken im europäischen Binnenmarkt*, Berlin, 1993, pp. 115 y ss. También distinguen entre obra de arte, objeto de arte y bien cultural, BRISSAUD/BERNARD, *L'assurance des objets d'art et du patrimoine culturel*, cit., p. 10 a 12.

de protección patrimonial³¹. A título enunciativo pero no limitativo las pólizas de seguro entienden por tales: cuadros, pinturas, dibujos, mobiliario antiguo, grabados, litografías, fotografías, tapices, alfombras, mosaicos, cerámicas, manuscritos, libros, porcelanas, cristalerías, esculturas, sellos o monedas que formen parte de una colección, artículos elaborados con metales preciosos y/o piedras preciosas, objetos con baño de oro o plata y cualquier otro objeto al que se le atribuya un valor histórico o mérito artístico. Pero al mismo tiempo otros bienes son susceptibles de agruparse bajo este tipo de pólizas, como por ejemplo las colecciones de coches clásicos y de alto valor. Como colecciones filatélicas, manuscritos, incunables, numismáticas, de vinos, o incluso colecciones de armas, comics, abanicos, vinilos, y un largo etcétera. Ahora bien, ¿son en puridad estos últimos obras de arte, o meros objetos de colección aunque las pólizas de seguro los agrupen como obras de arte y admitan su aseguramiento o deben quedar al margen los bienes de segundo mano, pero también antigüedades, como también objetos de colección?³²

Bienes todos ellos que además han de perimetrarse dentro de unos contornos de riesgos y su delimitación, tanto desde planos subjetivos, como objetivos, temporales, espaciales, cuantitativos o valorativos. Seleccionar riesgos, o por mejor decir, antiseleccionarlos, discriminar aquellos que son objeto de garantía de los que son excluidos. La exposición al riesgo varía en función de la ubicación, la privacidad o publicidad de las obras de arte. No es lo mismo que la misma radique en un domicilio particular que lo haga en un museo, en una institución

31. Advierte CARDUCCI, «Complémentarité entre les Conventions de l'UNESCO de 1970 et d'UNIDROIT de 1995 sur les biens culturels», *Rev. dr. unif./Uniform Law Review*, 2006, n.º 11, pp. 93 y ss., p. 95: «Le terme de bien(s) culturel(s) peut paraître à la fois étroit et vaste. D'un point de vue juridique, et plus exactement de celui du régime applicable aux biens, ce terme paraît étroit, ne couvrant que les biens dont la spécificité culturelle est telle que l'auteur de ce régime (législateur, pouvoir réglementaire ou jurisprudence selon les pays) accorde à ces biens des dérogations, plus ou moins étendues, par rapport au droit "commun" des biens. D'un point de vue culturel, mais également juridique dans une mesure grandissante, le terme "bien(s) culturel(s)" apparaît vaste, en ce que de tels biens présentent une grande variété de catégories, de formes et ainsi d'exigences de protection». [<https://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/carducci-ulr-2006-93.pdf>]

32. Claro en este punto LA FORÊT, cit., p. 14 cuando habla de los límites a la definición jurídica de obra de arte y distingue entre ésta y el mercado de ocasión, los objetos de colección, antigüedades, o incluso formas de arte digitales, o trabajos con elementos informáticos. Recuerda como «Des assureurs comme Hiscox ou AXA Art ne veulent pas assurer des œuvres avec des éléments informatiques. C'est à la fois de l'art et pas de l'art. Cela ne rentre dans aucune case».

pública o privada, o simplemente que la misma se halle en la calle, en una plaza, en un parque³³.

Piénsese además la titularidad de las obras de arte, si las mismas son o no fondos de titularidad pública o privada, la permanencia expositiva de las colecciones, o por el contrario su carácter de préstamo temporal y el aseguramiento de ambas contingencias. Para ello será capital determinar la autoría, la autenticidad de la obra, la técnica, la antigüedad, los materiales empleados, etc., amén de la ubicación espacial, territorial, y la movilidad misma de la obra en caso de su cesión o préstamo para una exposición temporal. El aseguramiento proyectará no solo el riesgo asegurado o cubierto, si no, sobre todo, en esa definición y perimetración del riesgo, aquél que es excluido o que, precisa de la garantía del Estado o la garantía pública, y donde el seguro, en obras de titularidad pública juega un papel complementario que también supone un menor coste del seguro en sí mismo³⁴. Aseguramientos además que pueden exonerar de responsabilidad a contratistas³⁵.

Y sí en la identificación y delimitación objetiva de lo que es obra de arte es clave no lo es menor, a sensu contrario, los bienes que son expresamente excluidos de entrar en esta categoría de obras de arte dentro de la perimetración que llevan a cabo las aseguradoras, y entre

33. Así, HISCOX, «Insuring works of art in transit», cit., pp. 79 y ss., señala «it is useful to begin by analyzing the way in which insurance premiums are set. Insurance premiums vary greatly according to the risk to which a work of art is exposed. At one extreme is a tenton bronze sculpture permanently on display in a museum that is temperature controlled and patrolled regularly by guards; at the other extreme is a fragile item such as a glass goblet that a dealer carries in the back of the car from one trade fair to another. In assessing a risk, underwriters look first at the nature of the work of art; then at the degree of movement to which it is exposed; then at the level of care and protection it is given; and finally, having weighed these factors, they assess the likelihood of varying perils, such as fire, theft or accidental damage.

34. La Ley de Patrimonio Histórico Español establece, en su D. A. 9.^a, en aras a facilitar las exposiciones en museos públicos, la posibilidad de que el Estado se comprometa a indemnizar por la destrucción, pérdida, sustracción o daño de obras de relevante interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico que se cedan temporalmente para su exhibición pública a museos, bibliotecas o archivos de titularidad estatal que sean de competencia exclusiva del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte y sus organismos públicos adscritos.

35. Así, ALEMÁN/MARTÍNEZ, «Experiencias jurídicas en relación con la organización, la actividad contractual y la fiscalidad de museos españoles», cit., p. 450 señalan: «Las pólizas de seguro para obras prestadas para su exposición temporal suelen incluir también una cláusula de exoneración a contratistas, por la que la aseguradora renuncia a repetir contra las empresas encargadas del transporte y manipulación de las obras (normalmente, salvo que el siniestro se hubiera producido por negligencia grave o dolo)».

las que se incluirían: bienes con daños preexistentes (sean o no conocidos por el asegurado); bienes falsificados o duplicados por cualquier técnica o medio; bienes fuera de las ubicación efectuadas en la póliza; bienes sin avalúo; copias y copias fieles; dinero en efectivo, valores y billetes o documentos mobiliarios; obras que adolezcan de certificados de autenticidad, etc.

No cabe duda de que el nervio mismo del aseguramiento de obras de arte radica, amén de la antiselección del riesgo, en la valoración de la propia obra³⁶. La tasación es clave también en el seguro amén de cualesquier otro negocio jurídico³⁷. Su especialización, la valoración objetiva, técnica y profesional de la misma. La volatilidad de la misma³⁸. Máxime si, como sabemos, en la técnica del seguro es primordial sentar el valor del interés asegurable y la suma asegurada concreta. Lo que no impide que, en este ámbito, quepa, cómo no, la aplicabilidad de las pólizas estimadas³⁹.

36. Como bien señala en su artículo VEGUE RODRÍGUEZ, «El seguro de las obras de arte», Revista Trebol, n.º 50, 2009, año XIV/1, <http://www.mapfre.com/mapfrere/docs/html/revistas/trebol/n50/articulo2.html>: «El valor intrínseco de las obras de arte como piezas únicas con un elevado poder de representación histórica, cultural o religiosa, hace difícil su valoración económica. Debe ser realizada por expertos cualificados internacionalmente, ya que será el reaseguro quien asuma la parte más importante del riesgo, aportando capacidad y experiencia».
37. Vid., entre otros, CASINI, La tutela e la valorizzazione dei beni culturali», *Il diritto dell'arte, La protezione del patrimonio artistico*, vol. 3, [NEGRI-CLEMENTI/STABILI (a cura di)], Roma, 2014, pp. 13 y ss.; en esta misma obra, la aportación de PETRAROIA, «La valorizzazione come dimensione relazionale della tutela», cit., pp. 41 a 50; pero sobre todo la obra colectiva, *La tassazione delle opere d'arte*, [SCARIONE/ANGELUCI (a cura di)], Roma, 2014.
38. Afirman ALEMÁN/MARTÍNEZ, cit., p. 449 como uno de los problemas más delicados en los contratos de seguro de obras de arte es la volatilidad del valor de los bienes asegurados. Como consecuencia de esa volatilidad, las fluctuaciones del valor del interés asegurado podrían conducir a una gran incertidumbre en la determinación de las indemnizaciones en caso de pérdida o deterioro accidental de la obra, por la aplicación de la regla de proporcionalidad en casos de infraseguro y sobraseguro.
39. Así, señalaba ya PARTESSOTI, *La polizza stimata*, Padova, 1967, p. 141, nota 71 la disputa judicial Mikhailoff v. Lloyd's Londres, en tema de aseguración frente al robo de cuadros de autores asegurados con póliza estimada. Se trató de un robo en el que se sustrajeron desde cuadros de Rubens a Van Dyck, Reni, etc., la sentencia del Tribunal de Monaco de 7 de junio de 1957. RGAT, 1957, p. 392, con nota de Besson, y que consideró inadmisibile pericial, hecha con fotografías, para verificar la autenticidad de los cuadros, fotografías que, por su parte fueron clave para la contratación del seguro. Ulteriormente la sentencia de Apelación de Monaco de 3 de febrero de 1958, RGAT, 1958, pp. 394 y ss., reformó la anterior sentencia y ordenó un nuevo dictamen pericial para establecer el valor de los cuadros robados, obligando a los peritos a motivar específicamente la valoración. La Corte de revisión judicial de Monaco, en su pronunciamiento de 20 de abril 1961 «respinse i ricorsi riuniti» contra la sentencia de 3 de febrero de 1958.

Existen museos donde la coberturas de seguro únicamente se dispensan para los traslados, para el transporte de las obras a exposiciones o cesiones temporales de las mismas. El valor incalculable de los fondos artísticos de un museo difícilmente puede entrar en el mercado asegurador, incluso el reasegurador⁴⁰. Es la cobertura del Estado, la garantía de Estado, y el seguro privado, incluso la combinación de ambas, las que aseguran esos riesgos de la integridad de la obra durante el transporte⁴¹.

III. EL RIESGO

Conocer el riesgo, valorarlo, seleccionarlo, asegurarlo es la clave de bóveda de todo seguro. Y cómo no, en el seguro de obras de arte. Saber qué riesgos se ciernen sobre este particular y plural objeto es central. Riesgos materiales, físicos sobre la propia obra, (desde su estado natural, conservación, seguridad, hasta condiciones de embalaje en caso de viaje)⁴²; pero también riesgos económicos de la propia actividad profesional de quienes participan en el mercado del arte, riesgos jurídicos por ejemplo ante obras que proceden del tráfico ilícito o de obras robadas, riesgos financieros,

40. Significativas las declaraciones de FERNÁNDEZ DE HENESTROS, en la entrevista sobre «Los seguros de obras de arte» que se lleva a cabo en el n.º 50 de la revista *Trebol*, 2009, año XIV, pp. 15 y ss. donde señala, p. 17: «Las obras del Museo se aseguran siempre que resulta necesario desplazarlas fuera del Museo, ya sea para exposiciones temporales o por cualquier causa relacionada con su conservación. El seguro es siempre a todo riesgo en la modalidad de “clavo a clavo”. La cifra se puede situar entre el 60 y 70 por ciento dependiendo del tipo de exposición. Obviamente la contratación de los seguros corresponde a la institución que organiza la exposición. La seguridad de las obras durante los desplazamientos está garantizada por la policía nacional, que tiene la obligación de escoltarlas hasta su destino».

41. Claro sobre los riesgos durante el transporte HISCOX, «Insuring works of art in transit», *Art in transit. Studies in the transport of paintings*, [MECKLENGURG (Ed.)], Washington, 1991, pp. 79 y ss., p. 80 cuando afirma: «It is clear that a painting hanging on a wall is far less exposed to risk than a glass goblet traveling around the country. But what precisely are the increased risks in transit? Mostly they are accidental damage and theft. To a small degree, there is an increased war risk (the article may be in an airplane that is bombed) and an increased chance of water damage. But, conversely, a painting on display is more vulnerable to a deranged person who might slash it with a knife than when it is in transit and out of the public gaze».

42. BRISSAUD/BERNARD, *L'assurance des objets d'art*, cit., p. 44 abordan las condiciones de embalaje de una obra de arte para calibrar el riesgo asegurado. Advierten como las pólizas interfieren exigiendo que las condiciones de embalaje han de ser «conformes a las prácticas de la profesión» y además se debe «choisir des emballeurs travaillant selon les règles de l'art (aux nomes habituelles de la profession)». Otras pólizas exigen por ejemplo que el embalaje ha de hacerse igual o mismo por quien lo hace en una galería de arte.

etc., conforman la causa sin duda del contrato de seguro⁴³. Riesgos asegurables frente a riesgos excluidos expresamente por la aseguradora, garantizados frente a inasegurables que nada tiene que ver con el excluido, intensidades y probabilidades modalizados por las circunstancias que concurren y acaecen en un momento determinado⁴⁴. Riesgos en suma que, asumidos por el asegurador, se socializan, se mutualizan⁴⁵. Pero sobre todo se valoran y se evalúan. Se estiman, bien sea por aproximación, estadística y mutual, bien por certezas. Como es sabido, los dos grandes paradojas del contrato de seguro, pero, sobre todo, del riesgo vienen por el *alea* y por la certidumbre. ¿Es cierto lo que es aleatorio?, ¿es aleatorio lo que es cierto?

El riesgo es el eje vertebral del contrato de seguro, ayuda a definirlo, lo dota de contenido. Amén de perimetrar qué es y qué no una obra de arte, un bien patrimonial, cultural, etc., está la perimetración de los riesgos que sí se incluyen y aseguran en una póliza de arte. Pero la forma y la expresión, el medio, en suma, modula finalmente la esencia misma del alcance de los derechos del asegurado⁴⁶. Un alcance y unos derechos que vienen, en cierto modo, condicionados por la forma, la esencia, la descripción material y formal de esos riesgos. Máxime en obras de arte que no son caracterizadas por su quietud permanente, sino por cesiones, exposiciones itinerantes, etc. Descripción disímil para unos u otros contratos de seguros, del ramo y modalidad que fueren. Descripción que permite la evaluación y, en su caso, la graduación del riesgo. Actitudes, declaraciones, buena fe, antiselección fáctica (exclusiones directas de ciertas coberturas) del riesgo asumible y asegurable, selecciones adversas, juegan un papel crucial en la selección misma del riesgo⁴⁷. Una selección en la que la delimitación, la redacción

43. Sobre los riesgos financieros vinculados a la actividad profesional de los actores del mercado del arte, BRISSAUD/BERNARD, *L'assurance des objets d'art*, cit., p. 34 y 35, entre los que están los riesgos de pérdida de valor de la obra de arte, como consecuencia de un siniestro (robo, pérdida, inundación, rotura, fuego...), riesgos como son las fluctuaciones del propio mercado y la caída de cotización de ciertos autores, obras, tanto en el mercado nacional como internacional.

44. Distingue entre riesgo inasegurable y excluido GÓMEZ DUQUE, cit., p. 307 siendo el primero el que no puede ser objeto de un contrato de seguro por ser contraria a la ley, al orden público o a las buenas costumbres y, el segundo, el que no forma parte del contrato de seguro, salvo pacto en contrario.

45. Sobre esta socialización del riesgo, vid. *in extenso*, CALVO, *Il contratto*, cit., p. 7 al abogar y categorizar la satisfacción que el derecho del seguro realiza al asumir una necesidad general de orden público. SANTORO PASSARELLI, «La causa del contratto di assicurazione», cit., pp. 211 y ss.

46. Incidiendo en el lenguaje y en la realidad o no del término «warranty» en la descripción del riesgo LOWRY/RAWLINGS/MERKIN, cit., p. 221.

47. Sobre la selección adversa, WILSON, «Adverse selection», cit., pp. 32 y ss.; ROBERT, *Understanding Insurance Law*, 3.^a ed., Newark, 2002, pp. 29 y ss.

en suma del condicionado o cláusulas, la concreción, claridad y sencillez, como corolarios de la necesaria transparencia y, por tanto, amparadora y tuteladora de los derechos del asegurado, edifican la consistencia y el perímetro real de los verdaderos derechos del asegurado toda vez que la amplitud y alcance cierto y objetivo del riesgo asumido es indubitado.

El riesgo está, de hecho, presente en todos los aspectos estructurales y funcionales del seguro, es el presupuesto fundamental del contrato, mas al mismo tiempo está presente en el objeto y, sobre todo, en la causa del contrato mismo⁴⁸. La causa que justifica el vínculo contractual no es otra que la neutralización más amplia o más relativa del riesgo al que una obra de arte está expuesta⁴⁹. Esencia y entidad medular del contrato de seguro. *Ex ante y durante*, también *ex post*. Habida cuenta de la duración de tracto sucesivo del contrato de seguro, el asegurado tiene el deber de informar al asegurador de toda evolución/alteración que atañe e incida sobre el riesgo dado que el riesgo declarado y el riesgo real no siempre están en sintonía a lo largo de la vida del seguro. Riesgo y valoración, la del tomador y, en su caso, del asegurado, pero también la del asegurador. Antiselección de riesgos, aversión y estadística. Riesgo, daño y garantía, secuenciales y en graduación⁵⁰.

Riesgo e información, riesgo y descripción, riesgo y delimitación, riesgo y valoración del mismo. Piénsese en el riesgo que es cubierto por el seguro de responsabilidad civil y que consiste en la eventualidad de que el asegurado pueda ser obligado a resarcir el daño ocasionado a un tercero. Como bien se ha dicho, desde otra arista, el riesgo en este seguro consiste en la consecuencia negativa de un siniestro, reflejado en el patrimonio de un asegurado⁵¹.

El riesgo es además percepción. El evento, descompuesta su génesis en posibilidad de realización, se traduce en un riesgo, riesgo que no sabemos si acaecerá o no y se transformará en siniestro, que en todo caso, no deja de ser un hecho causal que pertenece y se incardina en el ámbito de las

48. Conforme FANELLI, *Le Assicurazioni*, cit., p. 64.

49. Como bien asevera CALVO, *Il contratto*, cit., p. 94 objeto del seguro es la asunción mediata por parte del asegurador del riesgo deducido en el contrato y que está directamente expuesto al asegurado.

50. Concluyente BEIGNIER, cit., p. 148 al señalar: «Néanmoins, dans le langage de l'assureur, le risque évoquera aussi bien l'événement, le dommage lui-même, voire la garantie due». Para el autor francés esto es susceptible de graduación.

51. Véase sentencia de Cass. italiana de 7 septiembre de 1977, n.º 3907, Giur. It., 1979, I, 1, pp. 694 y ss.

percepciones⁵². La percepción sobre el mismo solo nace y solo existe si la misma se asienta sobre la información. ¿Acaso un galerista, un artista, un comisario de una exposición no sabe cuáles son esos riesgos, o cómo ha de embalsarse, conservarse y en qué óptimas condiciones una obra de arte?⁵³ ¿Acaso no están muy atentos al tipo de transporte y empresa que ha de realizar toda la logística de traslado de unas obras de un lugar a otro? Ésta podrá ser más cierta o incierta, más extensa o más deficitaria, pero sin la misma, adolece de sentido hablar y configurar el riesgo. Saber qué riesgos son factibles, son potenciales, son reales implica paralelamente desconocer otros y, sobre todo, su verificación o acaecimiento a futuro.

La información no obstante puede no ser siempre suficiente. Sólo así se entiende que la posibilidad, el primero de los ejes del riesgo, repose parcialmente en el desconocimiento o ignorancia de los resultados que la verificación del siniestro puede ocasionar. Conviene no olvidar que en el ámbito de la ley de las probabilidades la falta de información se acaba traduciendo en incertidumbre, y ésta es un condicionante de la esencia misma del riesgo⁵⁴. No en vano puede advenirse cómo la asegurabilidad del riesgo está, inequívocamente condicionada, por la incertidumbre en la realización-verificación del evento, del hecho, del acto⁵⁵. Dos características marcan al riesgo, perimetran su trazabilidad, de un lado, el ser aleatorio, de otro, la evaluación del mismo. Aleas y evaluación donde la buena fe y la intencionalidad juegan un papel crucial. Selección y antiselección, valoración y evaluación del riesgo en aras a ser asumido total o parcialmente, o, por el contrario, rechazado por la entidad aseguradora. Asunciones y exclusiones convencionales, delimitaciones positivas y negativas. Realidad y percepción.

52. Para STIGLITZ, *Derecho de Seguros*, I, 5.ª ed., cit., p. 242 esa percepción, esa sensibilidad, es un hecho constatable y susceptible de provocar un daño, que significa que el evento (futuro e incierto) debe portar aptitud para causarlo o llegar a constituir una pérdida económica.

53. Este es sin duda uno de los puntos clave del seguro pero también de la fragilidad extrema del riesgo en este aseguramiento. Aciertan BRISSAUD/BERNARD, *L'assurance des objets d'art*, cit., p. 51 cuando señalan como: «Un assureur fine art regardera principalement deux points clefs pour évaluer le risque. Il vérifiera dans un premier temps que le mode de transport choisi: terrestre (par camion), aérien, maritime (pour les oeuvres monumentales) ou par pèlerin (à pied) correspond à la nature de l'oeuvre transportée et à sa destination finale. Pui sil se renseignera sur le professionnel qui réalisera la prestation et obligera généralement son client à opter pour un transporteur spécialisé en oeuvres d'art».

54. Vid. la aportación epistemológica de LOOSCHELDERS, «Bewältigung des Zufalls durch Versicherung?», cit., p. 531.

55. Conforme, STIGLITZ, *Derecho de seguros*, I, Buenos Aires, 2008, p. 238.

Previsibilidad, posibilidad, probabilidad y evitabilidad del mismo son una constante, pero también un cálculo, una magnitud⁵⁶. Ponderar y redistribuir ese riesgo, calibrarlo y perimetrarlo es esencial en y para el contrato de seguro. Pues son las contingencias, son las posibilidades de que se verifique o no el riesgo delimitado el que, definitivamente, traza la frontera o fronteras del riesgo.

1. CLÁUSULAS DE COBERTURA

La cobertura genérica de obras de arte suele perimetrarse tanto desde condiciones o cláusulas generales, que normalmente se trasponen de otras experiencias comparadas, pero sobre todo de mercados sumamente más desarrollados y aceptados y mimetizados desde otras experiencias, como de cláusulas de cobertura específicas.

De este modo, es frecuente que nos topemos en los condicionados cláusulas del Instituto de Aseguradores de Lloyds, donde el riesgo cubierto es el amparado por cláusulas tales como la «Institute cargo clauses A», en su modalidad terrestre, pero también marítima [(C.L. 252) hoy tras la reforma de 2009 es la CL 382, o las «Institute cargo clauses air» para el transporte aéreo (C.L. 259), hoy CL 387]⁵⁷, cláusulas que cubrirán los riesgos del transporte y el daño que durante el mismo puedan sufrir las obras de arte, una cobertura además conocida y practicada como «nail to nail», es decir, de clavo a clavo⁵⁸.

56. Afirma GHERSI, cit., p. 4. «las empresas al proyectar sus negocios establecen y evalúan cuáles son las *posibilidades de riesgo* (v. gr., probabilidades de accidentes laborales, fallas de diseño, fallas en la comercialización de bienes) y, obviamente, hacen sus *cálculos económicos* para formar el precio final y adaptarse al «precio de mercado».

57. Acrónimos que se emplean en los modelos internacionales de contratación para el tráfico de transporte internacional de mercancías y su aseguramiento y que son reconocidos y aceptados por las partes en un contrato.

58. Entre los riesgos excluidos en estas pólizas o cláusulas, destacan: Conducta dolosa del asegurado. Pérdidas, derrames y mermas en volumen y/o peso cuando se deban a la naturaleza de la cosa. Pérdida y/o daños por insuficiencia de embalaje o inadecuación del objeto asegurado. Vicio propio o naturaleza intrínseca de la cosa. Demoras. Daños provenientes de artefactos nucleares. Innavegabilidad o inadecuación del buque, siempre que el asegurado tenga conocimiento de la misma al tiempo de la carga. Guerra y sus manifestaciones. Huelga y sus manifestaciones. Artefactos de guerra. Terrorismo. Como bien señala CAAMINA, cit., p. 52 resultan cubiertas las obras de arte durante su transporte, así como en las operaciones de embalaje, desembalaje, manipulación e instalación que sean precisos; también mientras se encuentran en los diferentes lugares por los que pasará la obra –como el lugar de la exposición–, los locales de aduanas, los de restauración, los de embalaje, etc.

Opcionalmente las aseguradoras pueden ofertar una cobertura del riesgo ante situaciones de huelgas o de guerras. En estos casos la cobertura se asimila o directamente rige la configurada por las cláusulas «Institute strikes clauses» pergeñadas conforme a su redacción de 1-1-1982 y en las C.L. 257 y 258. (hoy tras la reforma operada en 2009, es la CL387).

2. CLÁUSULAS ESPECÍFICAS DE OBRAS DE ARTE

No cabe duda de que la especialización de un objeto tan particular y de valor tan incalculable como puede ser una obra de arte ha ido generando y creando cláusulas y condicionados muy específicos y perfectamente descritos por las aseguradoras que delimitan tanto por inclusión como por exclusión las garantías claves⁵⁹.

Al margen de estas cláusulas de garantías aseguradas o por el contrario, excluidas, están las cláusulas de sumisión expresa máxime cuando el contrato de seguro cobra una dimensión internacional⁶⁰.

Entre las cláusulas más importantes y que delimitan objetivamente los diferentes riesgos, nos encontramos de un modo específico y concreto cláusulas tales como:

- a) Cláusula de descabalamiento. Es ésta una cláusula que perimetra el riesgo de pérdida total de un objeto u objetos que conforman un juego o pareja de objetos y que provoca una pérdida económica no solo por la destrucción, rotura de la pieza o del objeto sino del hipotético valor que, como conjunto, tendrían todas las piezas o parejas. Amén del valor que per se tendría la pieza destruida, deteriorada, perdida, sustraída, etc., existe otro valor en función de la importancia que tal objeto siniestrado representa respecto del conjunto.
- b) Cláusula de demérito artístico o depreciación. Cuando un bien, una obra de arte sufre una pérdida o daño parcial, la cobertura incluye en

59. Señala BENASSAR, «El seguro de la obra de arte», cit., p. 88 como las cláusulas internacionales de Carga, Guerra y Huelga, las cláusulas de Terrorismo en tránsito y en estancia, las cláusulas de Exoneración y de depreciación y/o demérito, las cláusulas de Museo y de Opción de Recompra sin límite de duración, las cláusulas de liquidación de siniestros sin franquicia, de fluctuación de divisas y de valor acordado y, por último, las cláusulas de descabalamiento, de marcos y cristales.

60. Sobre las particularidades de la cláusula de sumisión expresa y sus cuatro posibilidades conforme a Bruselas I, vid., en profundidad, CAAMINA, *El seguro privado de obras de arte*, Madrid, 2015, pp. 22 y ss., y donde distingue entre seguro de grandes riesgos y el resto en función de la elección del tomador, asegurado, y si asegurador y éstos tienen o no el mismo domicilio.

el riesgo asegurado la depreciación o demérito artístico que pueden sufrir las piezas aseguradas como consecuencia de la verificación del riesgo. Un valor y por tanto, un daño, distinto y complementario al del coste de reparación de la obra. Es usual en la práctica encontrarnos límites de indemnización, por lo que en modo alguno el monto que equivale al demérito artístico, más el coste de reparación, superarán la suma asegurada pactada para cada obra de arte.

- c) Cláusula de fotografía. Esta cobertura garantiza los riesgos que pueden tener obras fotográficas y su reproducción en unas condiciones de copia lo más fidedignas y posibles. Así, la indemnización cubre el coste de rehacer una copia con la misma técnica de positivado siempre y cuando exista un negativa original. En caso de encontrarnos ante fotografías históricas, la indemnización recaerá en el coste de rehacer la fotografía, asumiendo además la posible pérdida o demérito depreciativo de la misma. Cuando por el contrario ya no existen negativos, la aseguradora resarcirá la fotografía conforme al valor de mercado.
- d) Cláusula de daños a cristales y marcos. Las garantías de los seguros de obras de arte suelen incluir los daños que puedan experimentar los marcos así como los cristales protectores de los cuadros. Salvo la consistencia y técnica como antigüedad de ciertos marcos que pueden tener una cobertura sui generis y específicas, lo frecuente es que el valor de aquéllos se incluya en la suma asegurada total de cada obra de arte.

3. RIESGOS EXCLUIDOS

Las pólizas suelen contemplar expresamente una serie de actividades, hechos, sucesos o circunstancias que, de acaecer cualquiera que sea la causa, deja indemne a la aseguradora de todo daño o pérdida causada directa o indirectamente por: actos intencionados o culpa grave del asegurador, sus administradores o personas responsables de las obras de arte, fraude y abuso de confianza; actividades de guerra, revolución, rebelión, motines, etc.; envíos sobre cubierta en embarques marítimos; daños derivados de la naturaleza misma de los bienes, palomilla, insecto, roedores, plagas y depredadores, así como los producidos por plantas o hierbas; daños por contaminación; daños por mal manejo de los bienes; daños por exposición a los efectos de la luz, calor o humedad; daños y responsabilidad por reducción de ingresos o cualquier pérdida consecuencias de insolvencias

e incumplimientos financieros del asegurado; responsabilidad civil por daños a terceros en sus personas o bienes; desprendimientos de relieves en pinturas; decoloración, desgastes normal, deterioro gradual; vicio inherente, pérdida o daño sufrido a consecuencias de cualquier proceso de reparación, restauración, retoque o cualquier proceso similar (otra cuestión es la responsabilidad civil y su aseguramiento de quien restaura una obra de arte); deterioro de los bienes por cambios de temperatura o humedad o por fallas u operación defectuosa del sistema de enfriamiento, aire acondicionado o calefacción; encogimiento, evaporación, pérdida de peso, cambio de color, textura o acabado; envíos por correo; moho, oxidación, erosión, corrosión, incrustaciones o agrietamiento; combamientos o encogimientos; robo sin violencia, desaparición, extravío, saqueo tras algún fenómeno atmosférico; daños materiales o pérdidas por inundación a bienes que se encuentren en sótanos; pérdida de mercado; reclamaciones por depreciación de cualquier tipo o clase que fuere; pérdida de valor de la obra de arte como consecuencia de contar con documentos de autenticidad falsos; robo en el que intervenga un empleado o dependiente del asegurado; rotura de cristales de los marcos; terrorismo; falta de idoneidad del buque, embarcación, vehículo, aeronave, contenedor o plataforma para el transporte con seguridad del objeto asegurado cuando el asegurado o sus dependientes conozcan tal falta de navegabilidad o idoneidad en el momento de la carga del objeto asegurado, etc⁶¹.

IV. MODALIDADES DE SEGURO DE OBRAS DE ARTE

Si, como hemos ya señalado, son varios los actores que participan o pueden hacerlo en el mercado de arte, varios son también y diferentes los riesgos que, unos y otros, pueden asegurar. No tienen los mismos riesgos, aunque comparten algunos, un coleccionista privado que un galerista, un marchante que un restaurador de una obra, un experto pericial en arte que la casa de subasta, y cómo no, un museo.

61. La póliza Fine Art by Hiscox excluye además cuestiones tales como: la franquicia indicada en las condiciones particulares; los daños causados así como las pérdidas por las averías o roturas eléctricas o mecánicas, las pérdidas por desgaste natural, defecto inherente, polillas o animales dañinos, deformación o encogimiento; las pérdidas causadas directa o indirectamente por reacción o radiación nuclear o contaminación radiactiva. Por su parte la póliza Mapfre de obras de arte, entre los riesgos excluidos, parte a priori de una disponibilidad de los mismos, de modo que, a sensu contrario y siempre si así se pacta, podrían cubrirse. Contrasta que en el artículo 5 de su condicionado apartado 8, cubriría tal y como está redactada la póliza el dolo, fraude de la conducta del asegurado, algo que choca frontalmente con la inasegurabilidad del dolo del asegurado del artículo 19 LCS.

Frente a los puros riesgos de daños, daños materiales por las causas que fueren a una obra de arte, están los riesgos de responsabilidad civil tanto de explotación o empresariales como los genuinamente profesionales de quienes actúan en el mercado de arte, amén de riesgos económicos como pérdida de beneficio. A ello ha de unirse que no es lo mismo el seguro pensado para un coleccionista privado pequeño con límites de suma asegurada muy concretos, que el seguro que se diseña para grandes colecciones, con elevadas sumas aseguradas, para museos, que el seguro calibrado para exposiciones temporales, itinerantes, permanentes de obras que proceden de diversas colecciones, museos y países y que a todos esos riesgos unen además el de transporte, conservación y seguridad.

En el ámbito de la responsabilidad frente a la responsabilidad general que tiene la explotación o la propia actividad del mercado del arte en sus locales y establecimientos y que puede causar tanto daños materiales como personales en su propio desarrollo, está también la genuina responsabilidad profesional del actor que incumple o transgrede su propia *lex artis*. El experto tasador o pericial, el restaurador, el galerista, el anticuario, el marchante que con su actuación o actividad causan daño al titular del interés asegurado. Son los errores en su actuación, las omisiones, el abuso de confianza, la transgresión de la buena fe en el desarrollo y ejecución de su actividad la que puede causar un daño al dueño o titular jurídico de una obra de arte. ¿Quid con un error de estimación, de autenticación de una obra de arte, de valorización que un experto puede cometer, aún actuando de buena fe, y en perjuicio del titular de la obra? Piénsese en el daño económico que en una venta tanto para adquirente como transmitente de la misma se puede causar por imputar o atribuir una obra de arte a uno o a otro pintor, a una época o estilo o a otro, etc⁶². Y frente a esos riesgos, pensemos igualmente en la responsabilidad que un galerista, un restaurador, una casa de subastas detentan cuando se les entrega una obra de arte para su exposición, venta o su misma restauración. La misma puede ser dañada, robada, inutilizada, etc.

62. Contemplan BRISSAUD/BERNARD, *L'assurance des objets d'art*, cit., p. 65 el caso de un marchante que intermedia en la venta de un *tableau* de Landskoy. La venta se hace sin consultar si quiera estudio de pedigrí ni autenticidad ni de contactar con el comité Landskoy. Cuando el adquirente años después trata de venderlo en una casa de subasta, la misma es rechazada al no atribuírsela al artista. El adquirente trata de resarcir su daño ante el marchante, pero, ¿actuó el mismo con una *minima* diligencia cuando ni siquiera contactó con el comité Landskoy. Afirman como esta garantía de RC profesional busca, ante todo: «proteger a los actores de las opacidades e incertidumbres del mercado de arte».

Subjetivamente los contratos de seguro de obras de arte abarcan sobre todo una serie de intereses: a) el de los coleccionistas privados, b) el de museos sean éstos públicos, pero sobre todo privados, c) el de profesionales del mercado de arte como galeristas y marchantes, anticuarios, etc., y, d) las casas profesionales de subastas de obras de arte. Pero piénsese también en aquellas personas que, por unas razones u otras pueden tener la obra de arte transitoriamente bajo su dominio o posesión, desde el transportista, hasta la empresa de seguridad, la aduana, el enmarcador, la fábrica de fundición de bronce que dará forma final a la escultura, el restaurador de la obra de arte, o el tasador experto que puede tenerla en su poder durante un tiempo breve, etc.

Y frente a esta diversidad de potenciales tomadores de seguro (unos con interés directo económico y patrimonial en la obra, otros indirecto en función de la indemnidad de su patrimonio ante eventuales exigencias de responsabilidad civil) unamos al mismo tiempo los diversos riesgos que pueden cubrir unos y otros, desde daños a responsabilidades civiles profesionales, la ingente diversidad que bajo el nombre de obra de arte subsiste, –pues no es lo mismo una joya, un cuadro, una escultura, un coche antiguo, un objeto precioso, un incunable–, como también los umbrales máximos de valores asegurados que, fluctuando unas y otras obras, –piénsese en un galerista de obras de arte y el número de obras que a lo largo de un periodo anual de seguro pueden pasar por su galería–, debe consignarse como suma asegurada, amén de que la misma sea declarada o sea estimada con las connotaciones que, en caso de siniestro pueden conllevar y que analizaremos más adelante.

El galerista, el profesional del arte, asegura su galería, asegura su responsabilidad civil, asegura la conservación y custodia de las obras que están depositadas en su galería, asegura sus medios de transporte y embalaje, asegura en suma su profesionalidad en la venta y exposición, pero también si la misma es itinerante a ferias o salones o exposiciones en otras ciudades o en otros países donde puede exponer o tener filiales o consorcios de colaboración con otras galerías⁶³.

63. Señalan como garantías complementarias a los seguros que puede tener un galerista, BRISSAUD/BERNARD, *L'assurance des objets d'art*, cit., p. 77 1) la garantía por anulación de ferias o exposiciones, sea por las razones que fueren, desde robo de la obra, enfermedad, destrucción parcial de la galería, accidente de tráfico del vehículo que transporta la obra, 2) la garantía «vol en devantures», robo en escaparates después de romper éstos y robar la obra o piezas sin que esté el asegurado o, 3) la garantía «indemnisation du droit de suite des artistes».

La casa de subastas, o el corredor intermediario de arte que intermedia en la compraventa de obras de arte tiene interés en un contrato de seguro que se ajuste a sus necesidades pero también particularidades. Piénsese cuando se subasta o se expone en un hotel de lujo, o en un espacio de titularidad pública la obra de un determinado autor, ¿se ajusta el riesgo real al que el asegurado, el intermediario de arte o la casa de subastas había declarado en su momento como lugar y espacio determinado para su actividad el que la misma se haga ahora fuera de esos espacios? ¿se ha incrementado el riesgo? Únase además el riesgo de autenticación, de verificación y estimación de las obras por ejemplo si la casa de subasta niega la autoría de la obra a quien el dueño adjudica y quiere subastar, la conservación y custodia de las obras, el desarrollo diligente de la propia subasta y toda la operativa y estructura óptima y necesaria para su ejecución. Amén del propio transporte de las obras de arte y la realización de inventarios y sobre todo, catálogos donde se publiciten las características y configuración de la propia obra de arte. Quid si ha sido negligente en la estimación de la autoría, originalidad, autenticación de la obra de arte?⁶⁴ ¿qué ocurre en el supuesto de errores, de fallos, de actuación dolosa o maliciosa en la actividad como expertos o quiénes la realicen para las casas de subasta o de venta de obras de arte al público? O ¿qué ocurre cuando el bien, la obra de arte sufre daños, se pierde, se destruye bajo la posesión del subastador o bajo su responsabilidad?

Unidas a estas cuestiones y dentro de las compraventas especiales como son las realizadas en subastas –mayoritariamente públicas, aunque también las hay privadas– una de las cuestiones que subyacen es la de la transmisión de los riesgos propios de la compraventa. Así, se ha planteado en la doctrina el momento en el cual la obra de arte, al menos en un plano teórico formal pasa a ser titularidad o estar bajo el dominio del adquirente que puja por la misma⁶⁵. Quién se adjudica, fruto de la puja o licitación mejor, la obra de arte, adquiere la propiedad, cuestión distinta es la *pendente obligationis*, de pagar efectivamente la cantidad licitada y la transmisión o entrega o puesta a disposición material de la obra por parte del intermediario o casa de subasta o venta. Ahora bien, el traslado del riesgo al comprador, ¿cuándo se

64. Supuestos magistralmente tratados por ORENSTEIN, «Show me the monet: The suitability of product disparagement to art experts», *Geo. Mason L. Rev.*, 2005, vol. 13:4, pp. 905 y ss., y donde la casuística de errores, intencionalidades, actuación maliciosa es ingente.

65. No albergan duda BRISSAUD/BERNARD, *L'assurance des objets d'art*, cit., p. 79 cuando afirman: «le transfert de propriété s'opère au moment de l'adjudication: aussitôt le mot "adjudgé" prononcé par le commissaire-priseur, l'objet devient la propriété de l'acquéreur, en substance le meilleur enchérisseur».

produce? A nuestro juicio desde la entrega efectiva o la puesta a disposición de la obra de arte, asumiendo los riesgos entre tanto el seguro de la casa de subastas o del intermediario corredor que hubiere participado en la venta. Ámbitos donde la negligencia en la recepción, la negativa a la misma o la no colaboración del adquirente trasladan la responsabilidad a éste y, en su caso, a su seguro si la obra ha sido cubierta por el mismo, si entra en esas cláusulas de admisibilidad de obras nuevas hasta un tanto por ciento (25%) por periodo anual de aumento de obras y valores. Y siempre y cuando su actuación no esté exenta de cobertura de riesgo, por ejemplo, dolo o mala fe del asegurado.

De otra parte la gestión de los fondos, del pago de la obra por el adquirente a la casa de subasta o el impago de la misma, o el no traslado de estos fondos al vendedor y anterior titular de la obra genera sin duda una responsabilidad. Cuestión distinta es si la cobertura ha de realizarse desde un riesgo asegurado tal como la responsabilidad civil o a través de una garantía ad hoc y específica que tome como riesgo precisamente esta gestión de fondos y activos pecuniarios⁶⁶. Sin duda, en estos supuestos el perjudicado no es tanto el asegurado, el corredor, o casa de subasta, cuanto el vendedor que entregó y comisionó la obra de arte para la venta a través de subasta. Coberturas que, sin embargo, nada tienen que ver con la resolución de la compraventa por el adquirente por las razones que fueren y en las que, salvo supuestos de responsabilidad *in solidum* por errores en la descripción, estimación, autenticación, custodia y conservación por parte del intermediario, podría actuar también frente al tradens, antiguo titular. Se abre aquí otro interrogante jurídico, cual es ¿cómo actúa en estos casos la prescripción y, por extensión, la exigencia de responsabilidad civil, una vez dirimida si la misma es contractual o extracontractual, pero que, en todo caso, y tras la reforma de nuestro código civil situando la franja en los cinco años, ante supuestos de errores, fallos, etc., por parte del corredor o subastador en una subasta de una obra de arte que, años después, se descubre falsa, falsificada o mal valorada?

El tercer grupo subjetivo de seguros de obras de arte tiene como destinatarios a los museos, fundaciones, etc., privados y públicos, si bien

66. Se inclinan por esta última opción BRISAUD/BERNARD, *L'assurance des objets d'art*, cit., p. 81 y donde reseñan como en la práctica se exige a los OVV –operador de ventas voluntarias– aplicable tanto a casas de subasta como intermediarios o corredores de arte, de tener una cuenta de terceros para gestionar y contabilizar separadamente el producto de las ventas así como mantener esos montos pecuniarios a los vendedores, con la obligación de renovar cada año en el seguro el monto de estas coberturas o garantías financieras

éstos últimos juegan con la garantía del Estado, a la que ya hemos hecho referencia, pero que no impide a partir de ciertos umbrales de sumas aseguradas, franquicias, la entrada del seguro. Máxime cuando se trata de exposiciones, traslados de obras de arte, o responsabilidad directa por la restauración de obras de arte por personal o profesionales que están vinculados a la propia entidad. Unas instituciones donde el alto valor expositivo de sus obras, pero también el inmenso depósito de obras que no es expuesto, como los préstamos o cesiones de obras de arte de terceros para la realización de exposiciones públicas, amén del transporte de estas obras o las propias del museo están expuestas a riesgos. Igualmente, aun existiendo un inventario exhaustivo y detallado de las obras, objeto además de catalogación, uno de los extremos principales de estos seguros es la asignación del valor del interés asegurado. En efecto, la suma asegurada juega como límite asegurado pero donde además, el valor de la obra de cara a la indemnización potencial ante un daño, es el del momento inmediatamente anterior al siniestro, por lo que situaciones sobre todo de infraseguro pueden ser recurrentes, más que de sobreseguro.

Si bien en estos casos la mera declaración del valor, de la suma por parte del asegurado, o el acuerdo tasado a través de una póliza estimada por las partes y con peritación de expertos de la aseguradora jugarán un papel diferente como veremos infra. Mas en realidad ¿cuánto o cuál es el valor conjunto de las obras de arte que puede atesorar un museo? En no pocas ocasiones es incalculable este valor, por lo que configurar en la póliza un valor cierto y objetivo es muy complejo, optándose en cambio por valores aproximativos, pues de lo contrario provocaría que las primas de seguro fuesen vertiginosas y donde además el papel que juega la garantía del Estado, máxime en exposiciones de cierta envergadura y que normalmente actúa a partir de 45 o 50 millones de euros, es clave⁶⁷. ¿Cuál es el valor real de las obras de arte expuestas y en depósito que tiene el museo del Prado o del Louvre? ¿Acaso alguna aseguradora o varias en coaseguro asegurarían tamaña cobertura con una suma asegurada tal que fuese la real de mercado? ¿cuál sería en estos casos el monto de la prima? Pensemos además que los grandes museos albergan sus obras en varios

67. Como señalan BRISSAUD/BERNARD, *L'assurance des objets d'art*, cit., p. 84 lo habitual en estos seguros es marcar límites contractuales de indemnización. Situaciones donde lo normal es la cobertura de un «primer riesgo», es decir, siendo prácticamente improbable la destrucción total de las obras de arte de un museo, el valor declarado suele ser inferior al real por lo que la prima es razonablemente inferior sin que se discutan casos de infraseguro ante la imposibilidad de un siniestro total.

edificios y dependencias aisladas a veces unas de otras, ¿podría producirse al margen de situaciones de catástrofes naturales o terrorismo un siniestro que supusiese la destrucción total del museo? Si esto es así, ¿tiene sentido entonces la cobertura holística y por una suma de valor real de mercado de todas sus colecciones o lo aproximaríamos a las particularidades funcionales de un seguro a primer riesgo o a primer fuego como se conocen en la práctica asegurativa y donde se parte del valor del bien de más valoración económica?⁶⁸

Al mismo tiempo en un museo amén de los daños materiales a los que prácticamente están expuestos todas las obras de arte, quizás con la reticencia de las aseguradoras a la contratación de seguros para obras muy frágiles o para objetos preciosos o joyas, se produce además la cobertura de la responsabilidad civil frente a daños que puedan sufrir terceros, desde visitantes al museo, por daños físicos que puedan sufrir en el museo o las ubicaciones del museo, caídas, resbalones, golpes, etc., hasta la responsabilidad del museo por restauraciones o custodias que se realicen por personal del museo. Piénsese en las obras que son prestadas al museo o que han de ser restauradas por el museo y que están pro tanto en depósito con las obligaciones de todo depositario en nuestro derecho. Como es obvio en los museos las exposiciones de obras de arte tienen habitualmente el carácter de permanentes, estables en el tiempo, si bien, algunas obras pueden ser prestadas a otros museos u otras exposiciones de una manera temporal o ser enviadas a restauración, como también del inmenso stock que tienen los museos, pueden ser expuestas temporalmente o por exposiciones de autor y época obras que normalmente no están presentes al público.

Habida cuenta que, en la mayor parte de los museos nunca se expone la totalidad de las obras de arte que el mismo se atesora, la posibilidad de un siniestro total disminuye, por lo que también es frecuente en la práctica asegurar las obras por el valor hipotético de restauración, es decir, el coste

68. Analizando estos límites contractuales de indemnidad y conscientes de que no se llega a ese seguro pleno hipotético, señalan alertando del riesgo de infraseguro, BRISSAUD/BERNARD, *L'assurance des objets d'art*, cit., p. 85 como «le calcul des assureurs se fait sur la valeur totale qui constitue techniquement l'appréciation complète du risque pour lequel ils seraient exposés et ce, bien que la LCI représente uniquement leur engagement maximum en cas de sinistre. Ces deux éléments doivent naturellement être pris en considération. Les assureurs ne peuvent évidemment pas valider que le montant de la LCI soit trop éloigné de celui du capital total, ils savent bien que le sinistre total reste une exception. Les assureurs ainsi peuvent refuser de souscrire des risques importants s'ils considèrent que ce système de LCI équivaldrait à une sous-assurance flagrante».

de restauración en caso de siniestro de las obras de arte afectadas por aquél y que se limita a una cuantía máxima⁶⁹.

Finalmente la última modalidad más frecuente de aseguración de obras de arte es la correspondiente al seguro de colecciones privadas. Seguros de coberturas simples, con la generalidad de una suerte de cláusula todo riesgo pero con una serie de exclusiones que dejan sin cobertura o garantía asegurada ciertos hechos, causas o intencionalidades que, de producirse por ellas el siniestro, no sería objeto de resarcimiento por parte de la entidad aseguradora. Seguros que además prevén de modo complementario la extensión de la garantía a obras que el asegurado pueda adquirir constante el periodo anual de seguro, incluso previendo el transporte de estas mismas obras desde el tradens al accipiens, así como otras coberturas complementarias que hemos ido detallando en otras modalidades de seguro. Como las cláusulas de fotografía, de depreciación o de descabalamiento. Aunque sin duda, la cuestión central estriba en el valor que se confiere a la colección. Valoración que implica optar o bien por un valor declarado individualmente por el coleccionista y que en todo caso, habrá que cohonestar con el valor que la obra tuviere en el momento anterior al siniestro, o pensando sobre todo en casos de siniestros parciales el valor a nuevo o de reposición en caso de que el mismo tuviere, o el valor de restauración siempre que fuese factible la realización de la misma o la creación de una obra similar.

V. LA CUESTIÓN DE LA AUTENTICIDAD DE LA OBRA DE ARTE

Entre los elementos valorativos del riesgo y por ende, del valor del interés asegurado, no puede obviarse que, en lo atinente a una obra de arte, sobre todo, una obra de arte más antigua y en la que el artista ya no vive o vivió hace siglos, autenticar su autoría no siempre es sencillo ni menos posible. La labor en este punto de peritaciones y expertización es fundamental. Ello incide, de lleno, sin duda, en la valoración del interés asegurable y como no, en la modalidad reparativa del daño toda vez que se verifique el siniestro.

69. Opción que estudian BRISSAUD/BERNARD, *L'assurance des objets d'art*, cit., p. 85 señalando que es un riesgo que «prennent certains musées, considérant que leurs collections très importantes ne sont pas exposées à un sinistre total mais bien plus à des sinistres partiels: dégâts des eaux, casses, mauvaises manipulations... le musée payera une prime certes très inférieure mais ne sera couvert que pour des sinistres partiels et dans la limite d'un montant de restauration fixé au contrat».

En el inventario de obras de arte, objeto de aseguramiento, más allá de la descripción completa del bien, del valor declarado o estimado que pueda estipularse, estriba la autenticidad de la autoría de la obra, siempre que, de un modo u otro, pueda establecerse la autoría individual de la obra y del tiempo en el que la misma fue creada.

El asegurado, sea quien sea, debe declarar precontractualmente el riesgo que se va a asegurar, contestar a lo que se le pregunta, aportar documentaciones, certificaciones de la obra, adquisición, etc. Al ser éste un ámbito tan específico, el papel de las peritaciones es fundamental de cara no solo a la asunción del riesgo asegurado, cuanto a la valoración establecida de la obra de arte o de la colección.

Autenticar una obra de arte no siempre es sencillo. Al contrario. La necesidad de recurrir a expertos, a peritos profesionales que analicen, estudien, cotejen, comparen, critiquen la obra requiere de conocimientos, de detalles históricos, artísticos, culturales, etc., pero también de una *lex artis* objetiva y clara por parte de ese experto que debe actuar con buena fe, probidad, objetividad en su valoración⁷⁰.

Clara respecto a una cuestión de preexistencia misma de la obra de arte, amén de cuestiones de verosimilitud de la propia obra y su constancia anterior, ya sea porque la misma estaba catalogada, se habían editado folletos artísticos, etc., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de octubre de 2010 ante el supuesto de unos cuadros que aparentemente fueron sustraídos de un maletero de un coche mientras pretendidamente se realizaba un transporte de los mismos para entregarlos a un hipotético vendedor. Se pretendía el resarcimiento de la aseguradora por una póliza de transporte. El fundamento segundo señala:

«... conduce a poner en duda la preexistencia de los *cuadros* y el acaecimiento del *robo* en el interior del parking; ante esas investigaciones y testimonios, la demandante **no aporta ninguna prueba que evidencie la falta de verosimilitud de aquéllas ya que no se aporta prueba fotográfica, catálogo de arte, descripción museística, folleto artístico** emitido por cualquier entidad conocedora de la *obra* Sr. Cebollero, **dirección o página web a la que poder acudir para comprobar la naturaleza, identificación, descripción o detalles artísticos de la obra de dicho pintor-escultor, ni póliza de aseguramiento de tales obras**, resultando increíble que una empresa dedicada profesionalmente a la negociación de *obras* de arte, no

70. Célebre la disputa judicial sobre la autenticidad o no de una obra presumidamente atribuida a Leonardo Da Vinci, La belle feronnière, en el caso Hahn v. Duveen, 234 N.Y.S. 185, 193 (N.Y. Sup. Ct. 1929).

tenga una cobertura de aseguramiento general que vaya haciendo extensiva a cada una de las piezas que vaya adquiriendo hasta su posterior venta, o que adquiriera *obras* de arte con perspectiva de lucrativa venta y no las fotografías o catalogue, aunque sea a meros efectos publicitarios; en esta operación todo ha sido confuso, el pago metálico al vendedor, la salida del dinero de la compradora demandante, la falta de asiento en sus libros de contabilidad, la ausencia de facturación con registro fiscal, máxime cuando su actividad societaria tiene riguroso control administrativo, la ausencia de declaración de alguna persona de la presunta empresa compradora, Digital Leisure S.L., que no desplaza sus técnicos ni peritos para comprobar la preexistencia de unas *obras* de arte, ni se encarga de fotografiarlas o exigir un depósito previo en lugar seguro para evitar la frustración del negocio, la falta de declaración testifical de la persona que actuaba como perito, consejero, adquirente o valorador de la empresa indicada, sobre todo si su destino era la exposición artística con fines lucrativos; esa ausencia de prueba contradictoria de la demandante, las importantes y fundadas dudas introducidas por los investigadores y los familiares del presunto vendedor y las lagunas documentarias de todas las operaciones así como la intangibilidad de todo lo que rodea la preexistencia de los *cuadros*, su catalogación, valoración, peritación y aseguramiento, llevan a este juzgador a negar la existencia de dichos lienzos y, por tanto, a la inocuidad de un *robo*, ya de por sí dudoso, pero irrelevante a los efectos de este litigio.»

En el caso *in Travis v. Sotheby Parke Bernet, Inc.*, los tribunales de New York enjuiciaron un caso de error en esa peritación, y en la que se dirimió si hubo o no malicia en la actuación, y en el que el adquirente de una obra creía que el cuadro que compraba era de Reynolds, encargando a un experto de Sotheby que autentificase la misma⁷¹. El experto resolvió que el cuadro no era de Reynolds sino de Tilly Kettle, con lo que el valor del cuadro decrecía notablemente. Lo curioso es que tiempo atrás Sotheby había confirmado que la obra era un cuadro de Reynolds. Así, las cosas, Sotheby's habían emitido dos informes contradictorios sobre la autoría y autenticación de la obra⁷².

VI. LA POSIBLE CONCURRENCIA TEMPORAL DE SEGUROS

Como es sabido en el ámbito de los seguros contra daños el principio indemnitario proscribire el enriquecimiento del asegurado. Éste ha de ser

71. No. 4290/79 (N.Y. Sup. Ct. Nov. 11, 1982).

72. Sobre la exigencia de responsabilidad a las casas de subasta por errores en la atribución y autenticación de obras de arte, véase la importante aportación de SINGER, «Sotheby's Sold Me a Fake!»—Holding Auction Houses Accountable for Authenticating and Attributing Works of Fine Art», 23 COLUM.-VLA J.L. & ARTS, 2000, Vol., 23, pp. 439 y ss., especialmente pp. 446 y ss.

reparado, resarcido, en la misma magnitud de la pérdida o daño sufrido. Cuestión distinta es la dislocación entre el valor asegurado y el verdadero valor del bien antes de que se verifique el siniestro. Por ello, las normas que regulan el seguro tienen presente la posibilidad de concurrencia de seguros y aseguraciones múltiples. Diferirán en unos casos los distintos intereses tutelados y en otros, evitar, en todo caso, no el sobreaseguramiento de valores cuanto la concurrencia de múltiples seguros que busquen para unos mismos riesgos, intereses e intervalos temporales, seguros idénticos y que puedan suponer un enriquecimiento para el asegurado.

Otra cuestión es que sobre una misma obra de arte puedan coincidir temporalmente dos seguros. Bien porque el mismo titular los haya suscrito así, sobre todo en casos donde una sola aseguradora no cubre la totalidad del valor asegurado, o bien porque puede haber dos titularidades y, por ende, intereses diversos pero que coinciden en el tiempo⁷³. Uno, el del titular dominical de la obra u obras y en las que el ámbito de protección y delimitación del riesgo espacial suele ubicarse en un lugar muy concreto y donde el potencial traslado de la obra y ubicación ulterior requiere la aprobación, no el conocimiento, de la entidad aseguradora que puede valorar que el riesgo se ha agravado y por ende, actuar conforme a los parámetros de los artículos 11 y 12 de la Ley del seguro⁷⁴; otro, el de quien organiza una exposición y por tanto, contrata *dominus negotii* un seguro que cubra las contingencias tanto de la exposición como del traslado a la misma de múltiples obras de arte de las que son titulares diversos coleccionistas o particulares, instituciones, centros, etc., y que provienen de

73. En España el art. 32 LCS es claro al respecto en estos supuestos de seguros múltiples. Las pólizas de seguros de obras de arte establecen expresamente cláusulas «otros seguros» y en los que obligan al asegurado a comunicar por escrito a la compañía sobre todo seguro que haya contratado o contrate durante la vigencia de un seguro ya existente, cubriendo los mismos bienes, riesgos e indicando además, el nombre de las aseguradoras y las sumas aseguradas para que la compañía realice la anotación correspondiente. Así, póliza AXA de seguros de obras de arte, cláusula 21.^a

74. Artículos que regulan la agravación que el riesgo sufre constante el seguro. El punto de partida es claro, hay una divergencia entre el riesgo declarado inicialmente y tenido en cuenta para tarificar la prima, y el riesgo real al que está expuesto el bien o derecho asegurado. Es decir, la aseguradora ha perimetrado el riesgo ex ante, en el momento mismo de la perfección del contrato de seguro, pero este riesgo cambia, muta en intensidad, en frecuencia, produciéndose en muchas ocasiones o bien una mayor exposición al riesgo y, por tanto, agravándose y siendo más oneroso para el asegurador el riesgo y el seguro, o bien disminuyendo el riesgo real y siendo en este caso, más oneroso para el asegurado que paga una mayor prima que la que le correspondería. Ante estos cambios, la ley permite que o bien se adecúen riesgo y coste de la prima o, en ciertos supuestos y ante la gravedad del riesgo, la resolución unilateral del contrato de seguro por parte de la aseguradora. Vid., entre otros, VEIGA COPO, *Tratado de contrato de seguro*, I, 5.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2017, capítulo décimo.

diferentes países. Este segundo seguro a priori participa de las coberturas garantorias «clavo a clavo», es decir, se hace cargo de todos los posibles riesgos que la obra presenta desde que se descuelga hasta que regresa a su lugar permanente tras el préstamo, cesión, etc.⁷⁵, por lo que va más allá de la duración oficial y formal de la exposición permanente, itinerante por distintos lugares, etc.⁷⁶ En exposiciones múltiples e itinerantes entre distintos museos, centros, países, es fundamental conocer quién responde de una obra que, originalmente ha sido cedida en préstamo a un prestatario y por un prestamista determinados⁷⁷. Si el prestatario primer expositor o si hay una suerte de responsabilidad in solidum entre todos los prestatarios ulteriores. En estos supuestos el contrato de préstamo debería prever estos extremos así como si se suscribirá una póliza que englobe la totalidad de las exposiciones o si tantas como exposiciones existirán.

VII. OBLIGACIONES DEL ASEGURADO

Como cualquier otro contrato de seguro, el de obras de arte contiene una serie de obligaciones, en realidad más bien deberes por parte del asegurado, las más de las veces contractuales, de propia ejecución del contrato, como es la declaración de la agravación del riesgo, traslado de la obra, disminución del mismo, etc., otros, sin embargo, postsiniestros, como comunicar el siniestro, o aquellas circunstancias relativas al siniestro y que pueden facilitar la localización de la obra, de un responsable del daño, el deber de aminorar las consecuencias del daño o deber de salvamento que incluiría

75. Véase el informe del Consejo consultivo de la Región de Murcia de 1 de enero de 2017 en el que se dilucida la responsabilidad patrimonial de la Administración ante la pérdida de 64 obras que se habían cedido para una performance y ulterior exposición en una Biblioteca Pública de Murcia.

76. Sobre las coberturas en exposiciones itinerantes, señala CAAMIÑA, cit., p. 55 cómo en tales exposiciones, existe un acuerdo de exhibición en el que se describen las condiciones en las que se desarrollará la colaboración entre las instituciones participantes. Para el tema objeto de nuestro estudio, resulta fundamental que quede claramente descrito el período durante el cual cada institución asume la responsabilidad por la protección y seguro de las obras. Dicho período suele iniciarse cuando, al llegar a la siguiente institución, es comprobado el estado de conservación de las obras tras su desembalaje, cubriendo la estancia de la obra en la institución en cuestión, así como, generalmente, una etapa del transporte.

77. Expresamente la póliza Fine Art by Hiscox entre sus condiciones generales establece un «permiso para otro seguro» en la que dice: «Cuando en dos o más contratos estipulados por el mismo tomador con distintos aseguradores se cubran los efectos que un mismo riesgo puede producir sobre el mismo interés y durante idéntico período de tiempo, el tomador del seguro o asegurado deberán comunicar al asegurador los demás seguros que estipule. Si por dolo se omitiera esta comunicación, y en caso de sobreseguro se produjere el siniestro, los aseguradores no están obligados a pagar la indemnización».

los gastos efectuados a tal fin aunque el resultado fuere infructuoso siempre que los mismos se hubieren hecho con razonabilidad y proporcionalidad, etc., habida cuenta que las dos principales obligaciones que existen en todo seguro es, una, la de cubrir los riesgos, otra, pagar la prima.

No obstante sí tienen especial protagonismo en estos seguros ciertos deberes o en su caso obligaciones que basculan sobre todo en la conservación y medidas de seguridad que ha de tener la obra de arte y que, sin duda, fueron esenciales a la hora de, primero delimitar el riesgo asegurado, segundo, el cálculo de la prima, imposiciones de franquicias, o deducibles, etc., o simplemente puras exclusiones de riesgo. Bajo estas obligaciones late una superior que puede encuadrarse bajo el genérico título de «cláusula de diligencia debida»⁷⁸.

Entre estas obligaciones están sin duda las de tener, mantener ciertas medidas de seguridad así como de comportamientos conductuales del asegurado o la esfera subjetiva de personas relacionadas de un modo u otro con el asegurado. Entre estos deberes estarían por ejemplo el que el asegurado ha de cerciorarse de que todas las llaves y duplicados capaces de operar, activar, desactivar alarmas, puertas, etc., no permanezcan en el local cuando éste se encuentre cerrado; o la de cerciorarse del correcto y óptimo funcionamiento de los sistemas de alarma amén de contar con las medidas de seguridad y protección que garanticen la seguridad de las obras de arte y que fueron esenciales en la fase precontractual de declaración del riesgo de estos seguros de obras de arte y que han permitido calibrar el riesgo pero también calcular la prima.

Igualmente la conservación de las obras de arte en idóneas condiciones de climatización es esencial en estos seguros, de ahí que, como deberes exigibles al asegurado estén los de tener una instalación de aire acondicionado para contralar el ambiente a los bienes que así lo requieran, mantener los lugares en óptimas condiciones bien de sequedad, bien de humedad que las obras precisen, o deberes tales como que con ocasión del transporte o movilidad de la obra de un lugar a otro, esas operaciones se realicen no solo con condiciones de seguridad físicas sino en idóneos embalajes de protección que las obras precisen conforme a las características de cada obra.

78. Para la póliza Fine Art by Hiscox esta se concreta: «En todo momento, el asegurado realizará y procurará que se realice, todo lo necesario para evitar o disminuir un siniestro cubierto en este seguro. El incumplimiento de este deber dará derecho al asegurador a reducir su prestación en la proporción oportuna, teniendo en cuenta la importancia de los daños derivados del mismo y el grado de culpa del asegurado».

VIII. LA VALORACIÓN DE LAS OBRAS DE ARTE. VALOR DECLARADO. EL PACTO DE ESTIMA

Sin duda, amén de la gestión más o menos compleja de los riesgos, una de las cuestiones principales del seguro de obras de arte, después de autenticarla y situarla en la cronología artístico-histórica correcta, es la de su valoración⁷⁹. ¿Cómo y conforme a qué parámetros se valora una obra de arte? ¿Qué papel juega el pretendido valor declarado en la póliza y el auténtico valor de mercado que la obra de arte tiene en el momento del siniestro en su caso? Complejidad que viene de la mano de las propias características y esencia del objeto asegurado, una obra de arte, pero también del tipo o tipología de asegurado y los riesgos que se están asegurando. No es lo mismo que se asegure y por tanto se valore individualmente una sola obra de arte que el que exista un listado inventario de obras de arte con un valor global declarado por el asegurado⁸⁰. Tangencialmente cuando un coleccionista privado con una importante serie de obras o un museo que tiene inventariado, listado perfectamente toda su colección, con precios de adquisición y venta etc., valora el interés asegurado, lo hace a través de una póliza estimada. Como también quien asegura su galería de arte, tanto ante daños como responsabilidad civil habida cuenta del número fluctuante de obras pero también de autores cuya valoración o posible revalorización en el mercado puede tener grandes fluctuaciones y en tiempos relativamente cortos. Una estima que puede ser revisada, actualizada, como también los valores que se hubieren declarado, amén de la facticidad de realizar una póliza flotante por ejemplo cuando la galería cambia de colecciones varias veces al año, o el transportista que porta las obras de unos lugares a otros.

Una valoración que incide en dos dimensiones esenciales del contrato de seguro, tanto el riesgo, delimitación cuantitativa del mismo, incluso aunque se lleve a cabo a través de una póliza estimada, como del interés

79. Advierten LOWRY/RAWLINGS/MERKIN, *Insurance Law*, 3.ª ed., London, 2011, p. 324 como allí donde no existe un market value, como sucede en los casos de una «rare antique», los tribunales toman el precio por el cual el mismo podría haber sido vendido en el momento inmediatamente anterior al daño. Si se trata de daños a una obra de arte las dificultades para valorar se incrementan, el caso *Quorum AS v. Schramm*. La obra en cuestión, un cuadro de Degas, La Danse Grecque, sufrió daños como consecuencia del calor y los cambios de humedad causados por un fuego ocurrido en el lugar donde se guardaba. La cuestión es que los expertos discreparon en torno al valor del daño sobre la obra, entre un 20 y un 80%.

80. Sobre estos *Listenpreis* y sus dificultades aplicativas, GÄRTNER, «Rechtsprobleme», cit., p. 2996.

del contrato⁸¹. Cuestiones que, además, determina la tarificación de la prima. Esa valoración incide tanto en el riesgo económico y financiero, el valor de la propia obra, incluso el valor del stock total de un coleccionista, un galerista (obras propias o ajenas) o un marchante de arte o corredor de arte, como en el propio riesgo técnico y jurídico del seguro⁸². La delimitación del riesgo asegurable requiere ex ante de la perfección del contrato, su dimensión cuantitativa, valorar en tanto seguro de daños y por consiguiente de concreta cobertura, el valor del objeto asegurado, ahora bien, ¿el riesgo subjetivo de valoración de una obra de arte está bajo control en los seguros de arte?⁸³. Pero también la identificación de la obra a través de su descripción y características. Un valor que, sin embargo, no tiene referencias claras de mercado como otros bienes. Y que puede fluctuar al alza o a la baja en función de circunstancias tan imprevisibles como cambiantes. A diferencia de otros bienes u objetos asegurados, carecemos de un mercado objetivo de referencia de valores y precios, de reconstrucción, de reposición, incluso valores «a nuevo» o de mera sustitución de un bien, el dañado, por otro en idénticas condiciones, algo sumamente inviable en obras únicas. Cuestión distinta es hablar de galerías, de casas de subasta, etc., o de si el mercado es primario o secundario en función de si es o no la primera vez que una obra de arte se expone y se cataloga con un precio o no. Acaso una obra de arte de un artista que alcanza un precio de cotización en una subasta extraordinario, no supone implícitamente una revalorización automática de toda su obra? Y a sensu contrario?

Un valor en el que, sin duda, la estimación inicial dada para su aseguramiento muta con los años, incluso con los meses y difiere de ese

81. Inciden BRISSAUD/BERNARD, *L'assurance des objets d'art*, cit., p. 52 como la cuestión del valor es seguramente la que ha suscitado mayor debate todavía hoy entre expertos, marchantes de arte, juristas y aseguradores.

82. Definen precisamente BRISSAUD/BERNARD, *L'assurance des objets d'art*, cit., p. 34 el stock, es decir la valoración total de las piezas de arte poseídas por el marchante profesional, que será la causa principal del riesgo económico. Por naturaleza, la «valorisation est instable et l'achat des oeuvres et des objets d'art constituera bien évidemment pour le professionnel un risque économique voire juridique, lorsque la provenance et l'historique sort difficiles à affirmer».

83. Concluyente y en sentido afirmativo, GÄRTNER, «Rechtsprobleme», cit., p. 2999 que señala: «Im übrigen zeigt die Praxis der Kunstversicherung, dass man subjektive Risiko offenbar unter Kontrolle hat». Y está controlado porque con el acuerdo o estima hay una colaboración cualificada con especialistas en seguros de arte especializados técnicamente, «so dass es eine mehr theoretische Vorstellung ist, über eine künstlerische Belanglosigkeit komme eine exorbitante Summe zustande». Se evita, como bien dice el autor, que sobre una *trivialidad artística se llegue a pactar o declarar sumas exorbitantes*.

valor inicial⁸⁴. Un valor donde no sirven los parámetros de otros bienes y seguros donde juega o tiene espacio el valor de reconstrucción del bien, el valor de reposición por otro, etc., habida cuenta de la particularidad, la idiosincrasia propia y naturaleza de una obra de arte única, o seriada, pero en cualquier caso, limitada. El valor declarado, la suma asegurada en definitiva, puede no corresponderse con el verdadero valor del interés. No coincidir con el precio de mercado, el valor que un experto determine a la fecha del siniestro. Lo que no significa que en el seguro no puedan existir ciertos márgenes de tolerancia y que, en esos casos se indemnice con la pretensión económica más favorable para el asegurado⁸⁵.

Mas ¿qué ocurre cuando un experto designado por la aseguradora difiere en su valoración notablemente de la realizada en su día por el asegurado?, ¿puede éste nombrar un nuevo experto? ¿Y si el segundo informe difiere a su vez del anterior?, ¿un perito tercero dirimente *mutatis mutandis* lo recogido en el artículo 38 LCS a la hora de delimitar el alcance de la indemnización para poder liquidar el siniestro? Si la referencia es el valor de mercado, éste puede no coincidir lógicamente con el declarado por mucho que, en ese momento de perfección de contrato, fuese el que reflejase el valor de mercado. La apreciación o depreciación existente al momento del siniestro, marcará indefectiblemente el límite del resarcimiento conforme a los parámetros de mercado, los cuáles no pocas veces vendrá marcado por el valor de obras similares, el precio alcanzado en subastas, etc⁸⁶. Ahora bien, ¿es justo sin embargo para una aseguradora que, si el valor de la obra declarada era por ejemplo de 50.000 euros y en el momento del siniestro la

84. Como bien señala GIRGADO PERANDONES, *La póliza estimada*, Madrid, 2015, p. 174 en este aseguramiento de obras de arte, es práctica que el tomador realice una declaración de valor del interés asegurado, que no equivale sin embargo, a la fijación de valor ni aunque se realice por una cantidad elevada cuya finalidad sea la de subrayar la valía del citado interés. Falta un presupuesto esencial, el convenio, el acuerdo entre las partes.

85. Umbrales que se sitúan en la horquilla 10 o 15 % y que son cláusulas o índices de tolerancia. Véase BRISSAUD/BERNARD, *L'assurance des objets d'art*, cit., p. 54, que en los supuestos en los que el valor declarado por el asegurado en supuesto de lista de valores de declarada hablan de que, si el experto concluye que el valor está en esa horquilla más o menos del 15 % declarado en el seguro, «les assureurs indemnisent le client sur la base de la valeur déclarée au contrat».

86. Ello no impide ver con antiojeras, así, BRISSAUD/BERNARD, *L'assurance des objets d'art*, cit., p. 54 señalan como en ocasiones este valor de mercado incluso para obras similares no niega la evidencia de que éstas quizás no se han vendido ni subastado en los últimos cinco años. O los resultados de compraventas de cuadros similares difiere mucho de unos mercados o países frente a otros. «*De facto*, la valeur de marché n'est que très rarement conseillée comme type d'indemnisation».

misma valiese por una revalorización 125.000 euros que sea éste el valor de indemnización?, ¿ha habido infraseguro?, ¿podría haber negligencia en el asegurado en no ajustar y actualizar valores asegurados?, ¿es imputable a su diligencia hacerlo, o es algo que debería procurar la aseguradora de obras de arte? Los límites de garantía juegan en un doble plano, como suma máxima de indemnización, pero también como paradigma de diligencia y buena fe de las partes.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 1 de diciembre de 2016 señaló a efectos de valoración, ignorando el informe de parte pericial, los daños que sufrieron una serie de pinturas como consecuencia de la caída de una piedra que fracturó una tubería que provocó una inundación en un estudio de pintura:

«Quinto.– En cuanto al número de *obras de arte* dañadas y cuantía del importe indemnizatorio resultante, se aportó con la demanda un informe pericial (documento núm. 5) que cuantificaba los daños en 34.400 euros. Sin embargo, el Juzgado, aplicando un principio de equidad, redujo la indemnización a 11.466,66 euros.

Ciertamente la valoración de *obras de arte*, sobre todo si se refiere a un pintor contemporáneo y no muy conocido, *tiene un fuerte componente subjetivo*; pero frente a los 5.723,89 euros a que debería reducirse la condena, según la petición subsidiaria de la apelante (al deducir de la tercera parte de 25.810 euros, los 2.879 percibidos de la *aseguradora*), y los 11.466,66 euros fijados en la sentencia, considera la Sala que procede mantener la valoración recogida por la Juez de Primera Instancia.

Sexto .– D. Isidro impugnó la sentencia pretendiendo la condena de la Comunidad de Propietarios al pago de los 34.400 euros reclamados en la demanda y acordando la invalidez del límite contenido en la póliza de *seguros* de Allianz; pretensiones ambas que deben ser desestimadas, porque la cláusula impugnada es delimitadora del riesgo y no limitativa de los derechos del *asegurado*, y porque la cuantía de los bienes dañados y su valoración debe entenderse ajustada a Derecho. La prueba de que los daños causados al Sr. Isidro era superior a los 11.466,66 euros recogidos en la sentencia, correspondía al impugnante. Sin embargo, la pretensión de elevar la indemnización a 34.400 euros responde a motivaciones subjetivas.

Valorar conforme a parámetros de mercado, de arte, de historia no es sencillo⁸⁷. Valores estáticos, pétreos, frente a valores fluctuantes habida

87. Máxime para aquellos bienes y patrimonios en los que el riesgo de lesión económica es alta. Así, MOLITERNI, «Artt. 1908», p. 77 alude a ese «rischio del mancato incremento (assicurazione del profitto sperato, lordo o netto) e quando si tratti di

cuenta que las obras de arte se aprecian o, en menor medida, se deprecian por múltiples circunstancias, desde la revalorización de la obra de un autor que ha expuesto, que no lo hubiere hecho nunca, que viva o que haya ya fallecido, o el éxito mismo de una subasta, etc.⁸⁸, hasta cuestiones tales como la conservación, autenticación. Por lo que es frecuente que, cada cierto tiempo, las mismas se recalculen y actualicen conforme a un cálculo de la prima reequilibrado⁸⁹. Actualizar, indexar la suma asegurada significa delimitar cuantitativamente el riesgo pero también adecuar suma e interés asegurado para evitar, cercano al seguro pleno si es que se puede hablar como tal en este tipo de seguro, el infraseguro pero también el sobraseguro. Si algo es típico y axial al mundo del arte, no es sino el valor fluctuante y sumamente subjetivo de una obra de arte⁹⁰.

Valoración ex ante, sea estimada o lo sea declarada, pero que tendrá su piedra de toque con el alcance del daño y el juego del principio indemnitario. Una valoración, la ex post, que además en caso de destrucción o de deterioro parcial medirá no solo los costes de reparación o restauración si son posibles los mismos, sino los de depreciación que la obra, o el conjunto de piezas de una obra colectiva, hubiere podido sufrir como consecuencia del daño⁹¹.

cose che non hanno un prezzo di mercato facilmente accertabile e si parli di un valore d'amatore».

88. La póliza Hiscox Fine Art establece una cláusula de índice de mercado de arte de Hiscox. Esta herramienta actualiza regularmente los valores de colecciones de arte teniendo en cuenta las últimas tendencias en el mercado del arte e identifica, a la luz de los valores fluctuantes, si los propietarios de las obras de arte están o no conforme a esos parámetros infra o sobreasegurados.
89. Señala GÄRTNER, «Rechtsprobleme», cit., p. 2996 como existen obras de arte en las que sí hay valores y listas de precio de referencia que no dificultan declarar en vez de estimar, el valor del seguro. Pero, qué sucede por ejemplo con la Mona Lisa y su valoración en una exposición como la que se había realizado en Tokio en las fechas que el autor había escrito este artículo. Afirma rotundo como «ciertamente esta obra de arte es objetivamente una res extra commercium, algo además aplicable a muchas obras de autoría y renombre mundial.
90. Para BRISSAUD/BERNARD, *L'assurance des objets d'art*, cit., p. 53 como el mercado del arte, al igual que cualquier otro mercado, está sujeto a la ley de la oferta y la demanda. Recuerdan como en las ventas en subasta, la estimación de las obras se lleva a cabo sobre la base de una *fourchette* (valor bajo y valor alto) que permite hacernos una idea del valor de la obra. Ahora bien los autores no se llevan a engaño y adveran como esta *fourchette* no es respetada por el mercado, preguntándose: «Alors pourquoi devrait-on la respecter pour indemniser un assuré?»
91. Realizan una distinción clara entre lo que es la depreciación respecto al valor del interés que se aseguró y el daño, con lo que es la obsolescencia del bien, KEETON/WIDISS/FISCHER, *Insurance Law*, 2.^a ed., St. Paul, 2017, pp. 185 y ss., en p.180 analizan el supuesto de unos daños no solo en la vivienda sino en los muebles, algunos de alto valor y que han de ser reemplazados, habida cuenta del valor de mercado pequeño que pueden tener si el dueño quisiera venderlos.

O la posibilidad, efímera y poco frecuente, que el propio autor quisiera y pudiera repararla y el valor de restauración que no de mercado en este caso.

Es éste un ámbito donde el valor estimado o la póliza estimada juega en su plenitud⁹². Póliza la estimada o tasada que nada tiene que ver con la póliza donde globalmente el asegurado declara una suma asegurada tras inventariar e individualizar todas y cada una de las piezas. Adviértase además cómo las obras en un museo o en una colección privada aumentan constante el seguro, hay nuevas adquisiciones, se aceptan donaciones etc., que alteran la suma asegurada pese a cierta permisividad temporal y ampliación de horquillas durante un ínterin y una cuantía nunca superior al 25% de la suma para el periodo en curso. Por ello, medida de la diligencia de las partes es la actualización de los valores asegurados cada cierto tiempo, máxime para el asegurado. Algo que en la práctica, y no solo en estos seguros, se suele hacer cada 3 o 5 años remitiendo boletines de actualización la aseguradora al asegurado.

La póliza estimada parte a priori de un principio esencial, la no discusión de la suma asegurada al haberse acordado por las partes una cifra⁹³. Cuestión distinta es la disonancia con el verdadero valor y posibles actuaciones de mala fe o que hubiere maliciosamente o por error distorsionada tal equilibrio, que no empece que la aseguradora recurra a un experto en arte para realizar un nuevo cálculo en aras de evitar el sobreseguro y, por tanto, el enriquecimiento, roto el sinalagma prestacional, si bien, también que preguntarse porque no se actuó antes y se adecuó suma asegurada a prima debida, si bien, hasta que no se produce el siniestro y solo en estos casos se evita o parece evitarse «con cierta negligencia», toda actuación⁹⁴.

92. Y es que como bien señala GÄRTNER, «Rechtsprobleme», cit., p. 2999 y compara el autor alemán tan difícil es valorar una obra de arte, como una vida humana. Así: «Kommt man auf die Kunstversicherung zurück, insbesondere auf die Vereinbarkeit von Versicherungswerten, so liegen die Schlussfolgerungen auf der Hand: **Die Schwierigkeiten einer exakten Bewertung von Kunstwerken** sind –auch wenn der Vergleich in sich problematisch ist– **nicht minder gross als dies hinsichtlich der geldlichen Bewertung eines Menschenlebens** der Fall ist.»

93. En palabras de BRISSAUD/BERNARD, *L'assurance des objets d'art*, cit., p. 59 el valeur agréée aplicado principalmente a las colecciones privadas tiene la virtud toda vez que se ha acordado el valor de los objetos de arte asegurados «d'apporter une certaine sécurité et sérénité à l'assuré en cas de sinistre». Excluye de facto, «le risque d'application de la règle proportionnelle de capitaux, puisque la garantie s'applique uniquement sur les objets listés, valorisés et agréés par les assureurs».

94. Ejemplifica GÄRTNER, «Rechtsprobleme», cit., p. 2998 los problemas que se presentaron para valorar en la exposición de arte celebrada en Tokio de la Mona Lisa. El autor afirma como «nadie sabía cuál era el valor de la obra», pero sí al reunirse el grupo de expertos se consensuó un valor, al igual que sucede cuando se acuerda o perfecciona un contrato.

Una clave es cierta en estas pólizas tasadas, a saber, la valoración se hace a través del pacto, del acuerdo por tanto, de estima, nunca de imposiciones unilaterales y menos por declaraciones de valor individualmente del asegurado⁹⁵. No por una declaración unilateral y no aceptada por el asegurador y que abriría ineludiblemente la puerta a permanentes impugnaciones de valor⁹⁶. Pacto que, normalmente se firma en el momento de conclusión del contrato de seguro, pero que también puede seguirse en un momento ulterior, máxime en seguros de obras de arte en las que las adquisiciones y posibles ventas o donaciones de obras es frecuente en el tiempo y dentro de un periodo de seguro⁹⁷. Amén de supuestos de revalorización de las obras de arte en el mercado o por circunstancias determinadas del artista y que no se colige con el valor de estima que recoge el seguro⁹⁸.

En el arte, a la hora de asegurarse, sobre todo en grandes colecciones privadas, prima el valor estimado, consensuado de un modo u otro por las partes, asegurado, titular del interés y aseguradora que, frecuentemente, recurrirá a expertos o tablas-anexos indiciarias de valores para determinadas obras de arte⁹⁹. La expertización pericial cobra un gran protagonismo en estos seguros tanto ex ante como ex post¹⁰⁰. El valor conferido por el

95. Como bien afirmaba SÁNCHEZ CALERO, «Artículo 28», *Ley de Contrato de Seguro*, [SÁNCHEZ CALERO (Dir.)], 4.ª ed., Cizur Menor, 2010, p. 639 lo relevante no es el valor final de interés asegurado (el valor del interés en el momento inmediatamente anterior al siniestro) sino el valor que las partes han querido asignar al interés. Estimación del interés efectuada por las partes y que se tendrá en cuenta para la determinación de la indemnización.
96. Conforme GIRGADO, cit., p. 174 quien afirma que reducir la estima a una mera declaración de valor supondría relativizar su significado contractual, quedando el asegurado –que confía en el valor estimado como valor de restitución– a merced de la voluntad del asegurador de impugnarlo.
97. Hace hincapié MOLITERNI, «Artt. 1908», *Commentario al diritto delle assicurazioni*, [VOLPE PUTOLU (Dir.)], Padova, 2010, p. 77 en esa distinción entre la «stima accettata» por las partes de la declaración de valor del tomador y por tanto impugnabile por el asegurador.
98. Apuntaba también esta posibilidad de ulterior pacto de estima después de la perfección del contrato SÁNCHEZ CALERO, «Artículo 28», cit., p. 642 en los casos de bienes de difícil valoración como son las obras de arte y que se han revalorizado en el mercado.
99. Tras proclamar la idoneidad para estos valores estimados de bienes tales como «bijoux», «tableaux de maître présents dans le patrimoine familial depuis longtemps alors que la cote n’a cessé de croître, ou tout autre objet d’art», señala NICOLAS, *Droit des contrats d’assurance*, Paris, 2011, p. 186 la guía Akoun.
100. Así la póliza Mapfre de obras de arte, en su artículo 12 in fine reza: «A los efectos del seguro contratado, la determinación del valor histórico, artístico y en general de las obras de arte que componen el inventario aportado por el Asegurado, será determinado en caso de ocurrencia de un siniestro amparado por la póliza, por

propietario o titular de la obra puede no coincidir con el valor que un experto realice. Si bien en la generación de esa estimación no es lo mismo que el valor dado sea el que dos partes de común acuerdo hayan pactado en una compraventa, que el que el mismo provenga del mercado asegurador más profesional como es la venta en subasta nacional o internacional¹⁰¹. Piénsese en el valor de adquisición cuando se compra una obra de arte directamente al autor de la misma, o la venta en una galería para el mercado primario de obras de arte contemporáneo. O aquellos establecimientos que venden obras y bienes antiguos.

Es evidente que también, ante pólizas con valor estimado pueden producirse errores notables en la valoración económica¹⁰². Y donde la propensión hacia el sobreseguro es más manifiesta que a sensu contrario, el infraseguro, prácticamente inexistente¹⁰³. El seguro necesita en este punto de la asistencia de profesionales del mundo del arte, de la historia, de la cultura que permitan calibrar los diversos parámetros necesarios para conferir una valoración que sin embargo no es estática o pétrea en el tiempo¹⁰⁴. Una

tasadores, peritos o restauradores especializados que la Compañía pone al servicio de sus Asegurados».

101. Para la Sentencia del Supremo de 1 de diciembre de 1989 en caso de robo de unos cuadros durante el transporte, no había precisamente estima porque faltaba ese acuerdo expreso de las partes en la valoración del interés, en el caso, unas obras de arte. El valor asignado en la póliza al interés no había sido aceptado por el asegurador. Clásico el comentario a esta sentencia de EMBID IRUJO, «Principio indemnizatorio y póliza estimada en el contrato de seguro», *La Ley*, 1990-3, pp. 307 y ss.
102. Véase la sentencia de la Audiencia de Vizcaya de 3 de diciembre de 2004 que, en su fundamento cuarto señala: «... ha resultado acreditado, primero, el error notorio y relevante entre el valor estimado y el valor real de las cuadros, encuadrándose en el supuesto contemplado in fine en el art. 28.3 de la LCS, y que el valor de los cuadros robados queda fijado en 2.600.000 ptas., y, segundo, que, con anterioridad a la interposición de la demanda, la aseguradora abonó con fecha 22 de abril de 1999 la cantidad de 22.865,58 euros, incluyéndose la cantidad de 2.600.000 ptas. por los cuadros asegurados así como la cantidad de 708.484 ptas. en concepto de devolución de prima, que se tuvo en consideración en el suplico de la demanda por importe de 367.791 euros, siendo que la demanda interpuesta es de 2 de mayo de 2002».
103. Advierte TIRADO, «Artículo 62. El valor del interés en el seguro de transporte terrestre», *Ley de contrato de seguro*, [SÁNCHEZ CALERO (Dir.)], 4.ª ed., cit., p. 1350 que la existencia de la estimación precluye el juego de los posibles criterios de valoración de los bienes asegurados, los cuales, no obstante, pueden desempeñar un significativo papel como medios idóneos para poner fin a la intangibilidad de la estimación, siempre que se pueda verificar pericialmente la existencia de un craso error en la realización de la tasación previa, o sea, cuando exista un claro desequilibrio entre el «valor real» de la cosa en el momento del acaecimiento del siniestro y el fijado convencionalmente por las partes contratantes en el momento de la perfección del vínculo.
104. Sobre los obstáculos e ineficiencias en el sector del arte y su valoración, se pregunta qué sucede cuándo hay un error en esa valoración, ORENSTEIN, «Show me the monet: The suitability of product disparagement to art experts», *Geo. Mason L. Rev.*,

asistencia profesional que ha de enjuiciar la autenticidad, las condiciones de la obra, el estado de conservación, la calidad artística de la misma, la época, las técnicas empleadas para su realización, etc., y en este punto las brechas de conocimiento entre lo que un experto atesora y las que aseguradoras y asegurados poseen, es enorme¹⁰⁵. ¿Cómo se demuestra esa autenticidad? ¿Cómo detectar la autenticidad de una obra si a simple vista no se es capaz de percibir la existencia por ejemplo en un lienzo de pigmentos, capas de pintura superpuestas, o subcapas anacrónicas salvo por un experto?¹⁰⁶ Y ¿cómo detectar una obra falsificada, o cómo la misma obra es objeto de controversia para la valoración de dos expertos independientes?¹⁰⁷

Mas, ¿cuánto valen las Meninas de Velázquez?, ¿cuánto los Fusilamientos del dos de mayo de Goya? ¿O una obra de Picasso, de Monet, de Van Gogh quien jamás vendió en vida una sola obra?¹⁰⁸ El valor del interés asegurado es una cuestión principal¹⁰⁹. Pero en el arte nos encontramos

2005, vol. 13:4, pp. 905 y ss., p. 906 cuando se interroga: «So, what happens when science is of no assistance and the expert erroneously asserts that the artwork is not authentic? If the expert's assertions have inhibited others from buying the artwork, the owner might sue the expert for product disparagement. A court would award the plaintiff-owner damages if he showed that the defendant-expert maliciously communicated a false statement of authenticity regarding his painting to a third party, causing special damages in the form of lost market value. In the age of hundred million dollar paintings, colossal special damages are a real possibility. Even when damages are likely to be modest, the cost of litigation is intimidating. Sadly, many of those who possess rare and valuable connoisseurship are reluctant to share their expertise for fear of litigation. This inhibition creates obstacles for scholarship and inefficiencies in the art trade».

105. Claro ALBERTUS, «Bien assurer ses oeuvres d'art», cit., cuando afirma: «Mais l'assureur ne prend jamais la responsabilité d'expertiser les œuvres de l'assuré. Il laisse cette tâche à l'expert, indispensable lorsque est prise l'option « en valeur agréée », ce qui est conseillé par la majorité des courtiers et des assureurs. Contrairement à la valeur déclarée (non vérifiée par l'assureur), la valeur agréée de la collection évite les conflits futurs avec la compagnie: elle est déterminée au moment de la souscription, après expertise, et ne provoque pas de dépréciation.
106. En este punto véase la aportación de DUBOFF, «Controlling the Artful Con: Authentication and Regulation», Hastings L. J., 1976, Vol. 27, pp. 973 y ss., pp. 987 y ss.
107. Vid. el conocido caso Greenberg Gallery, Inc., 817 F. Supp. 167 (D.D.C. 1993), aff'd mem., 36 F.3d 127 (D.C. Cir. 1994). Y sobre la controversia ROSENBAUM, «Art and Experts on Trial in Authenticity Disputes», WALL St. J., 1995, n.º 11, pp. 15 y ss.
108. Señala GÄRTNER, «Rechtsprobleme», cit., p. 2997: «Es ist nicht immer einfach zu entscheiden, ob ein Wert nur deklariert wurde oder ob darüber ein Einvernehmen zustandegekommen ist. Wenn im oben genannten Beispiel ein Museumsdirektor aus eigenem Sachverstand eine bestimmte Wertvorgabe macht, wird er im Zweifelsfall von der Erwartung ausgehen, dass man dies auf der Gegenseite nicht mit einer unverbindlichen Deklaration abtut und sich im Schadensfall alles vorbehält, bis hin zum Sachverständigenverfahren».
109. Este fue uno de los puntos centrales de la controversia sobre la que dictamina PARTESOTTI, «Un caso clinico in tema di assicurazione di opere d'arte», CeI, 1992,

mutatis mutandis con un problema similar en los seguros de personas, a saber, ¿cuál es el valor de la vida humana?¹¹⁰ Perimetrar, concretar el verdadero valor de mercado de la obra de un determinado autor es harto complejo¹¹¹. Evitar la inflación del valor asegurado es tan necesario como lo es el seguro por sí mismo¹¹². No es lo mismo que una obra de arte haya salido o no a subasta –mercado éste normalmente secundario o de segunda mano pero raramente donde se subasta por vez primera la obra de un autor, máxime si la misma es internacional–, que el que lo haya hecho por un galerista que ofrece depósito-venta de la obra de un autor novel que nunca ha expuesto ni vendido su obra, que el que la misma forme parte de una colección de arte o conformar una obra aislada en un patrimonio singular o que ocasionalmente compra obras. Y tiene mucho de aproximativo, de revalorización por circunstancias tanto ordinarias como extraordinarias, modas, autenticidades, técnicas revalorizadas, etc., pero también del valor que, a priori en un contrato de seguro declara el tomador del mismo¹¹³. Pero ¿qué valor adoptamos cuando la obra ha

n.º 3, pp. 945 y ss., señalando en p. 946 como la divergencia entre el valor de todos modos atribuido razonablemente al cuadro –se entiende en la hipótesis abstracta que no fuese confirmada la autenticidad– y el valor asegurado (suma asegurada) nos lleva seguramente a la hipótesis de la sobreaseguración.

110. Las pólizas son lacónicas o remiten a anexos con valoraciones periciales. Así, la póliza Axa de seguros de obras de arte señala en su cláusula 10.^a suma asegurada: «La suma asegurada ha sido determinada por el Asegurado con base a facturas y/o avalúos de cada uno de los bienes amparados, de los cuales al momento de la contratación proporcionará a la Compañía copia de ellos y conservará el original; dicha suma asegurada no es prueba ni de la existencia ni del valor de los bienes asegurados, únicamente representa la base para limitar la responsabilidad máxima de la compañía». Eso sí, en otro apartado se apunta a un límite, el valor de reposición, así: «El asegurado deberá contratar y mantener durante la vigencia de la póliza, como suma asegurada la que corresponda al valor de reposición de cada uno de los bienes», lo que no nos dice la póliza es cuál es, cómo se calcula y si ese mismo bien u obra de arte es factible de ser repuesta en caso de siniestro.
111. El informe del Consejo Consultivo de la Región de Murcia de 1 de enero de 2017 señala: «En definitiva el valor económico de una *obra artística* de cualquier género o expresión la establece el mercado en función de: estudios académicos, demanda, número de *exposiciones*, aparición catálogos y ediciones de *arte, obras* posicionadas en museos o colecciones internacionales, aparición en casas de subastas o galerías de *arte*, etc., todo aquello que forme el prestigio profesional del *artista*».
112. Conforme CHASTANIER/SAUNIER, «Une approche unique. Les musées de France, des souscripteurs d'assurance pas comme les autres», *cit.*, p. 12-13, cuando justificando la necesidad del seguro, ven en la complejidad del mismo y la inflación de los valores asegurados los dos grandes problemas.
113. Así la cláusula 11.^a Valuación, de la Póliza Axa de seguro de obras de arte dice: «Queda entendido y convenido que para la valoración de los bienes amparados por esta póliza, se ha tomado como base la relación anexa a la misma, la cual es copia del avalúo practicado previamente sobre cada objeto por el perito especialista en obras de arte, registrado ante las autoridades y contratado por el asegurado».

sido comprada para donarla, regalarla o se adquiere *iure hereditatis*? ¿Quid si el mismo es ignorado por el poseedor actual de la obra? ¿influye en la valoración de la obra de arte el lugar donde la misma es vendida, piénsese en Sotheby's Hong Kong, Nueva York, o en Saint Ouen? ¿O es que no cambia el valor en cualquiera de esos lugares respecto de otros? Y si la obra se compra en Londres o en París para revenderlo inmediatamente en Nueva York donde los precios de cotización de obras es más oneroso, ¿qué valor aseguramos?¹¹⁴, ¿especificamos ese valor en las obras de arte y qué ocurre a sensu contrario?¹¹⁵

Todo ello incide en el cálculo de la prima, habida cuenta además, que en colecciones de cierta importancia continuamente se compran o adquieren obras de arte, pero también pueden venderse o cederse las mismas. Y todo ello dentro del periodo anual que sirve para el cálculo de la prima y en el que pueden darse importantes fluctuaciones de valor. Como también el valor de una obra que, previamente, constante o no el seguro, ya ha sufrido un determinado daño, lo que a futuro condiciona su susceptibilidad a sufrir daños de mayor consideración que una obra inerte al daño hasta el momento del siniestro¹¹⁶. De otra parte, no cabe ignorar que determinadas obras, por ejemplo de arte clásico, pinturas de siglos pasados, muebles del siglo XVIII o XIX no se depreciarán, pero, ¿cabe que aumenten su valor por pura especulación, o ésta es más factible en obras de arte contemporáneo? Quien compra la obra de un artista joven espera que la misma se revalorice

114. Distinguen BRISSAUD/BERNARD, *L'assurance des objets d'art et du patrimoine culturel*, cit., p. 12 entre primer y segundo mercado, en función de si es la primera vez que se expone una obra o no, y por tanto la fijación del precio y valor de la obra en función de ese mercado pues es éste el que valora.

115. La póliza Fine Art by Hiscox en estos casos dualiza en sus condiciones especiales, entre obras de arte especificadas, aquellas en las que el valor de las mismas será el importe indicado en la relación que obre en poder de la aseguradora o del mediador, de las obras de arte sin especificar, entendiendo que el valor de las mismas será el valor de mercado atribuido a la obra de arte el día en que se produzca la pérdida y/o el daño material de la misma. Sin que en ningún caso proceda el pago de un importe superior a la suma asegurada indicada en las condiciones particulares.

116. Alude CAAMIÑA, *El seguro obras de arte*, cit., p. 45, al caso Quorum A/S v Schramm, y los daños no perceptibles a simple vista que sufre un cuadro de Degas. La autora apunta como los expertos consideraron que los daños físicos provocados a la pintura por el incendio –no apreciables a simple vista y cuya comprobación no podía ser llevada a cabo por el efecto que ello tendría sobre la obra– la habían hecho, además, más vulnerable a futuros daños, por lo que se había incrementado el riesgo de un futuro deterioro. Resultaba preciso determinar el valor de la pintura con anterioridad al siniestro, así como el posterior, a consecuencia del mismo. El problema fue que, en juicio, los expertos discrepaban en el alcance de la depreciación de la obra, para unos un 20%, para otros el 80%.

con el transcurso del tiempo, incluso, en breve tiempo, ¿es mejor en estos casos asegurar por un valor estimado?

La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 19 de mayo de 2010, en un supuesto de incumplimiento de pago de la prima en un seguro de obras de arte, señala respecto del valor, en su fundamento tercero:

«... Sobre el valor de lo asegurado, la aseguradora apelante discrepa al entender que hay error aritmético, y la apelante demandante alega que la cláusula “a valor declarado” es nula por abusiva, por no haber sido negociada expresamente con el tomador y le provoca desequilibrio en sus derechos.

La sentencia, al resolver sobre la cuestión alegada por la demandada al contestar a la demanda, argumentó que los objetos asegurados habían sido tasados según la Sala Durán en 9.200 euros, frente a los 96.505 euros reclamados, y entendió que estamos ante un claro supuesto de sobreseguro, ya que en la póliza el valor fue establecido a valor declarado y no a valor pactado o acordado.

... En el presente caso constan claramente, el riesgo plenamente identificado e individualizado, el interés del asegurado a la indemnización (que, en definitiva forma parte del riesgo, como concepto económico objetivo que, al concretarse sobre una “cosa” se identifica con su valor, sirviendo de medida para la reparación del daño, “en el momento inmediatamente anterior al siniestro” arts. 25.4, 8.1 LCS) y cuyo valor puede ser determinada convencionalmente (póliza estimada del art. 28, como excepción al art. 26), o establecerse un pacto de revisión, ex art. 29 (para conseguir el seguro pleno durante la vigencia del contrato) o situaciones como las de infraseguro o sobreseguro; la suma asegurada, como valor económico del interés (o, si se prefiere, cuantificación pecuniaria del riesgo) asignado por el asegurado, supone el límite máximo (contractual) de indemnización en cada siniestro, base para el cálculo de la prima (STS. 1-12-86) y que en seguro de “daños”, abarca la totalidad de la suma asegurada (al operar la presunción iuris tantum de preexistencia: STS. 25-7-95); en fin, el siniestro, que supone la realización del evento (cuyo riesgo es objeto de cobertura: art. 1 LCS) asegurado, cuya producción determina la obligación de indemnizar por el asegurador (siempre que se trate de realización del riesgo previsto en el contrato, producción de un daño asegurado durante la vigencia material de aquél, con las circunstancias de los arts. 16 y 17 LCS).

Señala el artículo 26 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro: “el seguro no puede ser objeto de enriquecimiento injusto para el asegurado. Para la determinación del daño se atenderá al valor del interés asegurado en el momento inmediatamente anterior a la realización del siniestro”.

En el seguro concertado, se señaló como capital total asegurado el de 114.000,00 euros, suma que resulta inferior al valor de la inversión realizada, pues según los contratos fue de 90.000 de 24.000 y de 24.000 euros respectivamente, y ha sido en base a un informe de la Sala de Subastas Durán que se aportó a los autos de juicio n.º 505/2006 del Juzgado de lo Mercantil 6 de Madrid, del que la sentencia dedujo el valor de las *obras* y declaró que existía sobreseguro.

La Sala no puede compartir esta conclusión, pues no estamos ante una prueba pericial que se haya practicado en estos autos, con las posibilidades de contradicción e inmediación que ello proporciona a fin de llevar a cabo la valoración con arreglo a lo dispuesto por el artículo 335.1 de la LEC, según el cual son fundamento y objetivo de la prueba pericial los conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos necesarios para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos.

La doctrina jurisprudencial ha declarado de manera unívoca e insistente que la función del perito es la de auxiliar al Juez, ilustrándole sin fuerza vinculante sobre las circunstancias del caso, pero sin negar en ningún caso al juzgador la facultad de valorar el informe pericial [Sentencias, entre otras, de 30 marzo 1984 y 6 febrero 1987], de modo que la prueba pericial es de libre apreciación por el Juez [Sentencias, entre otras, de 17 junio, 17 julio y 12 noviembre 1988, 11 abril y 9 diciembre 1989, 9 abril 1990 y 7 enero 1991], es prueba no tasada, valorable por el juzgador según su prudente arbitrio, sin que existan reglas preestablecidas que rijan su estimación (SS. 7 marzo y 14 octubre 2000 y 13 noviembre 2001, aunque el proceso deductivo del juzgador no puede chocar de una manera evidente y manifiesta con el raciocinio humano, sus apreciaciones han de guardar coherencia entre sí, no pueden vulnerar la sana crítica, que constituye el único corsé legal para la formación del juicio jurisdiccional, las cuales no están codificadas y han de ser entendidas como las más elementales directrices de la lógica humana (Sentencias de 14 octubre 2000 y 13 noviembre 2001), y corresponden a las máximas de experiencia [STS de 25 marzo de 1995].

La “sana crítica” sigue siendo el único punto de referencia que el vigente artículo 348 LEC 1/2000 impone al tribunal para la valoración de los dictámenes periciales, y desde esa exigencia legal, y tomando en consideración que no nos hallamos ante una verdadera prueba pericial, debemos tomar en consideración que a la hora de formalizar el seguro y de declarar el valor de los objetos asegurados, el tomador del seguro se atuvo a la valoración que venía dada por el vendedor, por el precio de la compra de las *obras de arte* que importaron un total de 128.000 euros, importe todavía superior al declarado de 114.000 euros y sobre el cual se calculó por la aseguradora la prima a abonar, sin haber llevado a cabo a actividad alguna de comprobación previa a la suscripción del seguro, y a falta de otra prueba

que permita determinar con mayor certeza la existencia de sobreseguro ni de que el valor de las *obras* robadas no sea el manifestado por el demandante que se basa en el listado que le proporcionó el vendedor y el precio que pagó, no podemos tener como probado que tal no fuera su valor real, y tal prueba correspondía a la parte demandada que alegó la existencia de sobreseguro y que el valor de las *obras* robadas no era el reclamado».

En ese cálculo o valoración el estado de conservación de una obra de arte es capital, como también la autenticidad y autoría de la misma. Aunque siempre hay un margen para la discrecionalidad valorativa de la obra, o cierta flexibilidad¹¹⁷.

Ahora bien ¿qué ocurre si una obra parece si bien carece de un valor de mercado habida cuenta su rareza, o su antigüedad, su desconocimiento, etc.?¹¹⁸

Colateral a este problema está también la aseguración de la pérdida del beneficio esperado. En un mercado, el de las obras de arte, en las que las mismas pueden ser fruto de una revalorización impensable pero a la vez exponencial, ¿puede asegurar un propietario la contingencia del beneficio esperado cuando se trunca por ejemplo una negociación de compraventa de la obra? Como riesgo puede establecerse en la póliza, ahora bien, a qué causas o condicionantes puede una compraventa truncarse o no llevarse a cabo o quedarse simplemente en unos tratos preliminares, mas, ¿se activaría el daño para el asegurado? Aunque sin duda el problema principal es en valorar y conforme a qué parámetros ese beneficio esperado. Pero ¿y si ha existido un consenso valorativo entre asegurado y asegurador en el valor del bien, de la obra de arte a través de la estima? Es evidente que una

117. Así, PEÑA, «El seguro de obras de arte, un negocio que enamora», *PymeSeguros*, 2016, n.º 51, pp. 12 y ss., p. 16 «Pero siempre hay un margen porque estás tratando con una obra de arte única y ahí es donde entra la flexibilidad de las aseguradoras o de los propios corredores. Pero ni es absolutamente subjetivo ni es totalmente objetivo porque no estás con objetos seriados».

118. Trae en este punto CAAMIÑA, *El seguro privado de obras de arte*, cit., p. 45, el caso Quorum A/S v Schramm, que se suscitó con motivo del incendio que se produjo en el almacén en que se encontraba una obra de Degas. El tribunal tuvo que determinar si la póliza que cubría la pintura era o no una póliza estimada. Consideró que la cantidad que se había indicado con respecto a la pintura no era un valor acordado por las partes, de tal manera que la declaración que había realizado el asegurado constituía simplemente el límite máximo que podría percibir en caso de siniestro, no un valor estimado. Para determinar el valor de la pintura con anterioridad al siniestro, así como el posterior, a consecuencia del mismo, el tribunal señaló que para dicha obra existían dos mercados, el de las casas de subastas y el de las ventas privadas, inclinándose por este último, considerando acreditado que en el mismo podría haber alcanzado la obra un precio mayor.

intencionalidad dolosa del asegurado que ha excedido a la suma asegurada sí hace susceptible de ser impugnada la póliza estimada por el asegurador.

Si bien es cierto que normalmente la póliza estimada no se prodiga en el seguro terrestre sí tiene su protagonismo en el seguro de obras de arte¹¹⁹. Póliza y forma de contratación que no ha de confundirse con la mera declaración de valor que pueda aparecer en el condicionado. La estima ha de aceptarse por la entidad aseguradora¹²⁰. Como bien señala la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 16 de diciembre de 2003 «... si en el contrato se fija de mutuo acuerdo el valor singular del objeto para el caso de siniestro de *robo* y no hay desproporción notoria con el valor real, es de aplicación el principio de autonomía de voluntad...».

Estimación que sí puede impugnarse tal y como reza el artículo 28.2 LCS. Alega precisamente error relevante en la valoración de unos lienzos que fueron robados la sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia de 3 de diciembre de 2004 en su fundamento tercero:

«... Y, a tenor de la actividad probatoria desarrollada en autos, cabe afirmar que el supuesto examinado se encuadra en este último supuesto “cuando por error la estimación sea notablemente superior al valor real”, puesto que la aseguradora Zurich S.A. ha acreditado que este vicio se ha producido, a través de los siguientes informes periciales, que acreditan el error relevante y notable entre el estimado en la póliza y el valor real, porque en todos ellos el valor real de los objetos asegurados es muy inferior al valor determinado en el contrato de seguro:

1.º.– Informe de D. Lucas del gabinete GTT Técnicos Tasadores, de fecha 1 de febrero de 1996, que valora el óleo marino de la escuela holandesa en 700.000 pts., las dos acuarelas sobre papel de Cupido y Ninfas en 400.000 ptas. y el cuadro flamenco de bodegón en la cantidad de 1.500.000 ptas., en total 2.600.00 ptas. (doc n.º 2 de la contestación a los folios 221 a 227 de autos).

2.º.– El informe de D. Andrés de Tasaciones de Arte Vigarny (doc. n.º 3 de la contestación al folio 250 a 274 de autos), considera que la marina holandesa, de finales de los siglos XVIII-XIX tiene un precio entre 900.000 y

119. Señala PARTESOTTI, «Un caso clinico in tema di assicurazione di opere d'arte», cit., p. 949 como la póliza estimada sí tiene en este campo una «justificación práctica», siendo una póliza en verdad, una póliza en la que es documentada en el contrato una valoración concordada entre las partes del valor asegurable,

120. Así, PARTESOTTI, «Un caso clinico in tema di assicurazione di opere d'arte», cit., p. 951 señala que esta dualidad estima aceptada de declaración de valor asegurable, puede generar la falsa impresión que las usuales pólizas de daños contienen declaraciones de valor con cierta frecuencia, mientras ha de ser claro que las cosas son diferentes entre ambas figuras, puesto que los formularios solo prevén normalmente la indicación de la suma asegurada o valor asegurado.

1.200.000 ptas., el bodegón flamenco entre 1.000.000 y 3.000.000 ptas. y las acuarelas sobre papel entre 400.000 y 500.000 ptas.

3.º.– El Informe de Sotheby's de 25 de enero de 1.996, valora las dos acuarelas en un precio de 200.000 ptas. cada una de ellas, el óleo marino en 700.000 ptas., y sin efectuar valoración alguna del bodegón flamenco ante la ausencia de documentación gráfica (doc. n.º 4 de la contestación, a los folios 275 a 277).

4.º.– El Informe de Christie's de 9 de febrero de 1.996 las acuarelas se tasan entre 2.000 y 3.000 libras esterlinas la pareja, respecto al óleo marino entre 3.000 y 5.000 libras esterlinas, y sin valorar el bodegón flamenco por no constar documentación gráfica (doc. n.º 5 de la demanda, al folio 278 de autos).

Es cierto que los testigos-peritos de la demandada no han tenido ocasión de examinar las obras de arte y comprobar su estado, pero ello se compensa perfectamente con la valoración máxima que se les ha otorgado y suponiendo un estado óptimo de los cuadros.

En contraposición a estos informes periciales, sólo obran en autos el certificado de expertización y de valoración de D. Carlos, Licenciado en Historia por la Universidad de Valladolid, valorando la marina holandesa en 40.000.000 ptas., la naturaleza muerta de la escuela flamenca en 18.000.000 ptas., y describiendo a las acuarelas de J. Wagrez (76 a 82 de autos), que fue emitido con anterioridad al siniestro por petición de la aseguradora, y a instancias del actor D. Plácido, siendo que finalmente en su declaración testifical reconoció que “era y es socio” del demandante».

Al margen de la valoración de la obra *sui generis* y *uti singoli*, cabe reseñar la valoración de una colección o una exposición en su totalidad¹²¹. Una valoración que, sin duda, puede disparar el coste del seguro¹²². Pero acaso, tras la exposición pública de obras de arte de un autor, vivo o muerto,

121. En Francia, la exposición en 2008-2009 «Picasso et le maîtres» en el Grand Palais, con un presupuesto de 4,7 millones de euros, se aseguró la exposición con un valor asegurado de casi dos mil millones de euros, siendo la prima de 790.000 euros, sin la garantía del Estado, la prima sobrepasaría el millón y medio de euros. Otro millón se gastó en transporte de esas obras. Las ganancias al cierre de la misma superaron el millón de euros. Vid. LA FORÊT, cit., p. 18. En esa misma exposición el cuadro de Picaso «El niño con el caballo» se valoró en 100 millones de euros. Cuando el cuadro tres años antes fue prestado por el MoMA se había valorado en 50 millones.

122. Crítico con este sobre coste de la contratación de un seguro para una exposición BURGOS BARRANTES, «La garantía del Estado: marco jurídico y técnico», cit., que afirma en p. 63: «se ha hecho una llamada a la moderación en los valores de seguro establecidos por los profesionales de los museos. Teniendo en cuenta que en el objeto museístico prima el valor cultural sobre el valor económico, absolutamente residual, cuando no irrelevante, el valor de seguro no tiene por qué coincidir con el valor de mercado del bien, sino que podría –debería– ser considerablemente inferior.

y si la misma es exitosa, ¿no se incrementa o dispara el valor de la obra?¹²³ Piénsese en las consecuencias que ello tiene tanto para el valor de la obra incluso en su totalidad de ese autor, la revalorización de los cuadros que ya pertenecen a terceros, así como, el propio éxito o fracaso de una exposición tiene su repercusión en los costes del seguro de estas exposiciones y el valor de las mismas.

IX. EL CÁLCULO DE LA PRIMA

En el aseguramiento de las obras de arte la ecuación riesgo/prima presenta una simbiosis imperfecta. En efecto, una de las cuestiones axiales al seguro y que como acabamos de ver parte de la declaración convenida o estimada del valor de la obra de arte, la prima, en parte viene condicionada a ese valor¹²⁴. Amén de la magnitud, intensidad y frecuencia del riesgo¹²⁵. No es lo mismo que la obra esté ubicada en un domicilio particular que el que la misma se ceda o se preste para exposiciones temporales. Igualmente cambia ese cálculo cuando la obra o las obras se trasladan continua o periódicamente y en las que además de los riesgos estáticos están los dinámicos del tránsito. El cómo se realiza el embalaje o desembalaje y manipulación de la obra altera ese riesgo pero sobre todo la percepción del mismo por parte de la aseguradora¹²⁶.

123. Se pregunta, LA FORÊT, *Le marché de l'assurance de oeuvres d'art: vitrine de l'assurance sans avenir ou niche à exploiter*, These, MBA ENASS, 2012, p. 6: L'inexorable montée de la valeur des oeuvres d'art va-t-elle rendre impossible les grandes expositions des artistes les plus célèbres? [http://www.mba-enass-alumni.org/uploads/3/2/3/1/3231071/mba_enass_2012_laforet_assurance-oeuvres-d-art.pdf]

124. Expresa ALBERTUS, cit., una correlación valor versus prima: «Chez Generali, pour la garantie d'une collection d'une valeur de 1 million, la prime oscille entre 1 500 et 2 000 euros. Gras Savoye s'aligne également sur une facture annuelle de 2 000 euros pour le même montant d'avoirs. Axa Art réplique avec une prime de 500 euros par an pour un patrimoine de 200 000 euros».

125. Afirma CAAMINA, cit., p. 53 para concretar la prima del seguro, no sólo procede llevar a cabo una valoración de la obra de arte, sino también del «riesgo implícito».

126. Señala HISCOX, «Insuring works of art in transit», *Art in transit. Studies in the transport of paintings*, cit., p. 82 el desconocimiento de las aseguradoras a la hora de conocer el transporte y embalaje de las obras de arte. «To a large extent, the different perception of the risks at exhibition sites and in transit is a result of ignorance. A greater knowledge of transit methods could do much to reduce premiums, where the greatest risks are perceived as accidental damage and theft. Insurers recognize that packing techniques in a museum environment are first class, although few insurers could describe those in detail; whereas in a commercial environment packing is frequently inadequate, unsuitable, or just plain careless. Even so, we, as insurers, could still learn more. For example, which mediums are the most liable to damage? Or, what is the optimum way in which to pack a terra cotta horse? When it comes to the handling of works of art, insurers' knowledge is even more sketchy.

La STS de 23 de febrero de 2018, Sala de lo Penal, afirma: «En primer lugar, se valía del general desconocimiento que sus clientes tenían del mundo del *arte*, y de los precios de dicho mercado, exhibiéndoles como un negocio incontestable la adquisición de *obra* de artistas, de los que sólo algunos de ellos eran reconocidos, y sin hacer distinción entre la *obra* reconocida de éstos y su *obra* menor, y vendiéndoles, mezclada con dicha *obra*, objetos decorativos como si de *obras* de *arte* se tratase, valiéndose de la *inseguridad* que en materia de *arte* tiene el ciudadano medio. En segundo lugar se *aseguraba* que el valor de, las *obras* que adjudicaba a sus clientes en cada contrato cubrían las cantidades aportadas por aquéllos (lo que constituía la primera y principal falacia, pues el valor de los lotes adjudicados en los contratos representaba entre la décima y la tercera *parte* de lo por ellas pagado). En tercer lugar les *aseguraban* que tales *obras* de *arte* tenían una *segura* revalorización, lo que sabían era imposible, pues ya se adjudicaban con una *sobrevaloración* imposible de alcanzar en revalorización alguna, y se les daba una información *sobre* las *obras* que no se correspondía con la realidad, ya que afirmaban que sus productos eran *seguros* (no estaban sujetos a las fluctuaciones que sufren otros valores de inversión), líquidos (realizables en cualquier momento y lugar del mundo) y de permanente revalorización (siempre valores en alza). Al mismo tiempo **se les convencía que la inversión estaba asegurada por la empresa de seguros AXA**, lo que, atendido el buen nombre y solidez de tal compañía de *seguros*, terminaba por convencer a los más escépticos, (la *obra*, en efecto, tenía concertado un *seguro* para caso de pérdida o deterioro, lo que no suponía en absoluto el *aseguramiento* de la inversión, salvo los casos de siniestro expresamente contemplados. De todos modos, el *seguro* dejó, de pagarse con la crisis de la empresa, por lo que, no habiéndose denunciado siniestro alguno que afectase a las *obras aseguradas*, tal *seguro* carece de virtualidad alguna). En los últimos años de su actividad, ni tan siquiera la *obra* gráfica poseía valor significativo (series amplias de serigrafías de artistas extranjeros, que ellos valoraban en 1.200 euros cada una, carecían en realidad de valor, al tratarse de artistas desconocidos en el mercado español, en el mejor de los casos, con un valor de mercado de entre 60 a 120 euros). Por último se les *aseguraba* que, caso de no conseguir vender las *obras* en el momento en que así lo desearan, la propia *Arte* y *Naturaleza* se comprometía a recomprarlas por el precio por ellas pagado con más la revalorización prometida, lo que sabían era absolutamente imposible, pues la empresa carecía de más capital que el que se iba consiguiendo en los nuevos contratos concertados con nuevos clientes, que , además, iba destinado al pago de intereses , mantenimiento de la empresa, pagos de sueldos y comisiones y adquisición de nueva *obra*

que permitiese la nueva captación de clientes. Ni el crédito en que consistía tal promesa de recompra se anotaba en las cuentas sociales. No existía intención, ni siquiera posibilidad, de cumplir tal promesa.

Analizados los riesgos asegurables, tanto en su intensidad, como en su frecuencia y probabilidad, sin duda, la parte esencial de ese cálculo vendrá por el valor que se confiera en la póliza a las obras de arte. Un valor que puede ser declarado, o tasado en una póliza estimada. Un valor que, como hemos visto, puede incluso ser discutido y controvertido si existe error, abuso, malicia o sobreseguro flagrante. Y un valor que, ante las cifras astronómicas que puede tener la colección completa de un museo, máxime de museos internacionalmente reconocidos, es difícilmente asegurable y, por tanto, dable que se calcule una prima proporcional. Como también hemos tratado supra, caben pactos de límite de cobertura indemnizatoria que funcionan como mecanismo de seguros a primer riesgo y en los que, aun jugando en un alambre fino de infraseguro y siempre que éste no sea flagrante, permitirían que las primas fueren menores siempre que los valores asegurados ante la imposibilidad cierta de un siniestro total en determinadas colecciones al no estar todas expuestas simultáneamente, ni tampoco depositadas o conservadas o guardadas en las mismas ubicaciones, proceda ese siniestro, por lo que la suma asegurada nunca sería el valor real de mercado de toda la colección y, consecuentemente, el cálculo de la prima variaría y sería menor.

X. LA SINIESTRALIDAD

Como en todo seguro, la aleatoriedad del contrato desaparece cuando el daño se manifiesta. La magnitud del siniestro, el tipo de daño, las consecuencias del mismo tienen y presentan ciertas particularidades en este ramo de seguros¹²⁷. El asegurado ha de comunicar el siniestro, el acaecimiento de unos hechos, causas que han producido un daño y que es, en su caso, objeto del seguro de obras de arte. Como en todo ramo el aviso de siniestro es clave, pero máxime lo es toda la documentación y datos que el asegurado deba proporcionar a la aseguradora. Aquélla, el aviso de siniestro la pauta es desde que sea conocido o el asegurado esté en condiciones de conocerlo con unos plazos, normalmente en el seguro son hasta siete días

127. Como bien señala GÄRTNER, «Rechtsprobleme bei der Versicherung von Kuntsgegenständen», cit., p. 2995 en el ámbito del seguro de obras de arte lo normal son daños parciales: «gibt es ein deutliches Übergewicht der Teilschäden, d.h. der Beschädigungen».

desde que lo conoció, pero en los de obras de arte se insta la inmediatez y su confirmación por escrito unos días después. Amén de la obligación en casos de robo de denuncia ante la autoridad policial competente con entrega de justificación de tal denuncia a la aseguradora¹²⁸. Las consecuencias de este incumplimiento son las de todo seguro, pérdida proporcional del resarcimiento del daño que le hubiere importado el siniestro de haber sido diligente. Las pólizas sí hacen hincapié en este punto en que el asegurado estará obligado a conservar las partes dañadas y defectuosas para que puedan ser examinadas por los peritos de la aseguradora.

Respecto a la documentación que debe proporcionar post siniestro el asegurado estaría la de a) una relación de daños causados por el siniestro, indicando detalladamente cuales han sido los bienes u obras destruidos, averiados, perdidos, así como el valor de dichos bienes respaldado por facturo o por avalúo original, b) una relación detallada de todos los seguros que existan sobre los bienes u obras de arte; c) todos los catálogos, recibos, facturas y actas que sirvan para apoyar su reclamación; d) todos los datos relacionados con las circunstancias en las que se produjo el siniestro y copias certificadas de las actuaciones de las autoridades que hayan intervenido en la investigación del siniestro o de hechos relacionados con el mismo.

Estadísticamente está demostrado que los siniestros que pueden sufrir las obras de arte se producen sobre todo durante el transporte de las mismas, y no cuando las mismas están quietas, almacenadas, depositadas o expuestas¹²⁹. La destrucción de la obra puede ser total o parcial, el alcance de esta parcialidad puede subsanarse con una restauración de la obra de arte¹³⁰.

128. La póliza Mapfre de seguros obras de arte enfatiza en el artículo 11 la transgresión de la obligación (en realidad deber) de aminorar las consecuencias del siniestro. Para la aseguradora (resaltado todo en negrita) el incumplimiento de este deber dará derecho a la reducción de su prestación en la proporción oportuna, teniendo en cuenta la importancia de los daños derivados del mismo y el grado de culpa del asegurado. Si el incumplimiento se produjera con la manifiesta intención de perjudicar o engañar a la aseguradora ésta quedará liberada de toda prestación. Ahora bien, aun no apartándose de la dicción de la LCS, ¿cómo se calcula esa «proporción oportuna» en obras de arte?

129. Vid., BRISSAUD/BERNARD, *L'assurance des objets d'art et du patrimoine culturel*, cit., p. 51, quienes enfatizan hablando de los riesgos de más intensidad, el robo y el incendio se acentúan durante el transporte: así, respecto del incendio, la presencia de «carburant dans les moyens de locomotions accentue ce risque sans parler du risque de combustion suite à un accident de la route ou d'un crash pour le risque aérien», respecto al robo, «le transport est un moment où les oeuvres se retrouvent en dehors de leur écrin de présentation et des moyens de protection et de prévention exigés par les assureurs».

130. GÄRTNER, «Rechtsprobleme bei der Versicherung», cit., p. 2995 señala: «Kommt es zu einem Totalverlust, ist die Versicherungssumme zu zahlen, und diese gleicht im

Incluso pueda darse la posibilidad de que el autor de la misma esté vivo y pueda o bien restaurarla, o bien, crear una similar, si bien ésta es una opción que no siempre está al alcance de una cobertura asegurativa¹³¹. De otra parte, ¿tiene algún derecho el artista ante una obra suya que es restaurada por un tercero? Indudablemente puede inspeccionar la obra, el resultado de la restauración, mas ¿puede pedir la destrucción de la misma?¹³² En este caso la aseguradora debe resarcir al titular del interés que ha sufrido la pérdida con el valor asegurado.

Los supuestos de siniestro total suponen de un lado, la desaparición o destrucción completa e íntegra de la obra, casos de robo, de incendio con destrucción total de la obra de arte, pérdida, etc., de otro lado, la reducción a cero del valor de ese objeto de arte. Pero también la adquisición de la obra o sus restos en su caso por parte de la aseguradora¹³³. Normalmente la sima entre total y parcial de un siniestro viene marcada por la destrucción o pérdida o desaparición total de la obra o por un costo de restauración superior al 70 % del valor asegurado. Lo que no empece para que las pólizas de obras de arte traten de establecer una dualidad electiva favorable para el asegurador en el que a la hora de indemnizar «La compañía podrá reparar o reponer los bienes dañados o destruidos o pagar en efectivo, según elija», pero ¿y si el asegurado no quiere ese efectivo sino la restauración y reposición de la obra?

Típicas también, sobre todo en las modalidades de seguros de museos, son las cláusulas «museos», en las que, sea cual sea o fuere el estado final de una obra dañada por el siniestro, nunca se traslada la propiedad al asegurador ni por tanto se abandona la misma más que para el propio museo. Éste recibe la indemnización, pero no entrega los restos de la obra dañada incluso aunque el siniestro fuere total. Lógicamente en caso de

Idealfall den Wertverlust aus».

131. Para BRISSAUD/BERNARD, *L'assurance des objets d'art*, cit., p. 61 para las obras contemporáneas de artistas vivos estas obras pueden, en ciertos casos, ser reproducidas por el artista. Afirman como cabe la posibilidad de que el artista sin embargo se oponga. En caso de aceptación es la aseguradora la que paga la obra al artista, a precio de producción, pero no a precio de venta, de ahí que se hable de valor de reproducción, «qui sera indemnisée par les assureurs directement auprès de l'artiste à son prix de production et non son prix de vente. On parle alors dans ce cas de valeur de reproduction».

132. Por esta vía apunta LA FORÊT, cit., p. 57.

133. Así, la póliza Fine Art by Hiscox, dice respecto del «pago total»: «Si nosotros pagamos la totalidad de la suma asegurada por una obra de arte, pareja o juego, nosotros adquirimos la nueva propiedad de los mismos, reservándonos el derecho a tomar posesión de dicha obra, pareja o juego».

siniestro parcial y si es factible, procedería la restauración de la obra de arte.

Piénsese en obras a las que ha afectado una inundación y donde es imposible su restauración, obras robadas, obras que se rompen o quiebran de tal manera que no es viable su reparación, como por ejemplo una cerámica o un cristal que se rompe en infinidad de fragmentos.

Por el contrario, en los siniestros parciales, la obra, aun siniestrada puede ser restaurada o reemplazada¹³⁴. Pese a ser un ámbito donde la siniestralidad es limitada o pequeña, la misma presenta problemas cuando estamos ante siniestros parciales¹³⁵. La no destrucción íntegra de la obra, además de la cuestión resarcitoria del daño, implica la restauración de la obra. ¿Vale lo mismo una obra restaurada tras sufrir un siniestro? ¿y si la misma forma parte de un conjunto o de una pareja de piezas?

¿Quid con las obras de arte robadas o que han sido exportadas ilegalmente y que el titular adquiere de buena fe y a título oneroso de un tercero?, ¿es siniestro para el contrato de seguro de obras de arte? Comprador de obra de arte que, de buena fe, adquiere de tercero, un cuadro, una escultura, unas joyas, etc., que han sido previamente sustraídas ilegítimamente o que se han introducido en el mercado nacional o local ilegalmente. La reivindicabilidad por parte del *verus dominus* obliga al poseedor adquirente del bien a su restitución si la misma se realiza conforme a los dictados del Convenio Unidroit sobre los bienes culturales robados y exportados ilícitamente, de 24 de junio de 1995, pero, ¿estamos ante un siniestro y por ende ante un riesgo cubierto por parte de la aseguradora?

El Convenio Unidroit establece en su artículo 3 que el poseedor de un bien cultural robado deberá restituirlo. Toda solicitud de restitución deberá presentarse en el plazo de tres años a partir del momento del que el solicitante tuvo conocimiento del paradero del bien cultural y de la identidad de su poseedor y, en todo caso, en el plazo de cincuenta años a partir del momento del *robo*. Por su parte, el poseedor que restituye tendrá derecho, en el momento de la restitución, al pago de una indemnización justa y razonable, siempre que el poseedor no supiera ni hubiera debido

134. Es precisamente el valor de esta restauración el que mide la magnitud dual entre siniestro total o parcial. Así las pólizas de seguros de obras de arte suelen establecer que es pérdida parcial: «... aquella en la que al evaluarse los gastos de reparación, materiales y mano de obra, no sobrepasen el 70% del valor asegurado para el bien afectado».

135. Reconociendo una siniestralidad prácticamente nula BURGOS BARRANTES, «La garantía del Estado: marco jurídico y técnico», cit., p. 64.

razonablemente saber que el bien era robado y siempre que pueda probar que actuó con la diligencia debida cuando adquirió dicho bien. Para determinar si el poseedor actuó con la debida diligencia, se tendrán en cuenta todas las circunstancias relativas a la adquisición, entre ellas la condición de las partes, el precio pagado, si el poseedor consultó cualquier registro de bienes culturales robados razonablemente accesible y cualquier otra información o documentación pertinentes que hubiera podido razonablemente obtener, y si el poseedor consultó a organismos accesibles o realizó cualquier otra gestión que una persona razonable habría realizado en las mismas circunstancias. Todos los cedentes de la obra serán responsable del pago de la obra restituida por el poseedor, pudiéndosele exigir a cualesquiera de ellos y entre los mismos repetir.

¿Estamos ante un siniestro cuando la galerista que gestiona la venta de un lienzo se apropia del precio? ¿Actúa en este caso la cobertura de responsabilidad civil, o cede ante la actuación dolosa del asegurado galerista?¹³⁶

Mención aparte en la gestión del siniestro, es la aparición o recuperación de la obra de arte. Algo que sucede normalmente en supuestos de sustracción ilegítima o de pérdida de la obra de arte. Y que no solo es típico de estos seguros sino también en otros de daños donde amén del valor económico o patrimonial del bien y el interés por recuperarlo hay un interés afectivo muy claro¹³⁷. Transcurrido un tiempo, normalmente entre seis meses y dos años, si la obra de arte desaparecida se recupera hay un derecho de recuperación por parte del asegurado, incluso de asunción de una parte de la indemnización y apercibida si la obra sufre detrimento, está deteriorada o destruida en parte, lo que aboca a cierta conflictividad en su cuantía¹³⁸. Pero

136. Vid. la sentencia del Supremo de 22 de enero de 2002 que enjuicia el supuesto en el que el poseedor entrega un lienzo de Sorolla a un galerista para que gestione su venta. Vendida la obra, éste no entrega el precio al verus dominus.

137. Véase nuestro trabajo VEIGA, *Tratado de contrato de seguro*, 5.ª ed., cit., capítulo duodécimo, en el epígrafe sobre el seguro de robo y la aparición del bien robado tras la liquidación del siniestro.

138. Otras aseguradoras denominan esta posibilidad como cláusula de opción de recompra. Así la póliza Mapfre de seguros de obras de arte señala que si la obra recuperada no está dañada, el asegurado pagará la misma cantidad que la aseguradora le hubiere indemnizado, más los gastos de peritación, de recuperación si los hubiere e intereses. Dicho interés será calculado sobre la base del interés legal, entre la fecha en que la aseguradora efectuó la indemnización y la fecha en que el asegurado manifieste su intención de ejercer su derecho de recompra. Si la aseguradora hubiese indemnizado al asegurado por una obra que posteriormente se recupera con daños, el derecho de recompra de la obra será ejercitado por el asegurado mediante el pago del valor actual del mercado de la obra dañada en el momento de la recompra.

transcurrido un determinado umbral de tiempo, pagada la indemnización y recuperada la obra, la aseguradora tiene un derecho de adquisición sobre la misma ante el derecho de abandono del asegurado sin que en modo alguno estemos ante una res derelicta. Así, las pólizas al uso establecen: «En caso de que la recuperación se produjera después del transcurso del plazo pactado, y una vez pagada la indemnización, el asegurado tendrá derecho a retener la indemnización percibida abandonando en la aseguradora la propiedad de la obra de arte asegurada o, en su caso, podrá readquirirla en el plazo de 60 días a contar desde la fecha de la notificación de la recuperación, restituyendo, en este caso, la indemnización percibida. En caso de readquisición de la obra de arte, la aseguradora cobrará el menor de los importes siguientes: 1. El importe que se le pagó al asegurado como indemnización por la pérdida más los intereses legales que se hubieren devengado desde el pago de la indemnización o 2. El valor de mercado atribuido a la obra de arte en el momento de la recuperación».

Esta aseguradora sitúa un umbral temporal de cinco años. Así dice: «En cualquier caso esta opción de recompra está sujeta a un límite de 5 años desde el momento en que el Asegurado haya recibido la indemnización de la compañía aseguradora».

La fiscalidad indirecta en el mercado del arte

Indirect Taxation in the Art Market

por Gloria MARÍN BENÍTEZ
Socia de Uría Menéndez
Doctora en Derecho

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL CONCEPTO FISCAL DE OBRA DE ARTE. III. LA FISCALIDAD INDIRECTA Y EL MERCADO DEL ARTE. 1. Conceptos básicos. 2. Mercado nacional. 2.1. *Transmitente empresario o profesional: IVA.* A) BASE IMPONIBLE. RÉGIMEN ESPECIAL. B) TIPO IMPOSITIVO. 2.2. *Transmitente particular: TPO.* A) CUANTIFICACIÓN DEL IMPUESTO: BASE IMPONIBLE Y TIPO. B) LAS VENTAS DE PARTICULARES A EMPRESARIOS O PROFESIONALES. 3. Mercado intracomunitario. 3.1. *Adquisición intracomunitaria.* A) TRANSMITENTE EMPRESARIO O PROFESIONAL. B) TRANSMITENTE PARTICULAR. 3.2. *Entrega intracomunitaria.* A) TRANSMITENTE PARTICULAR: TPO. B) TRANSMITENTE EMPRESARIO O PROFESIONAL: IVA. 4. Mercado internacional. 4.1 *Importaciones.* A) CUANTIFICACIÓN DEL IMPUESTO. B) EXENCIONES. 4.2. *Exportaciones.* IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Resumen

Son varias las figuras tributarias que pueden gravar el tráfico de obras de arte: el IVA, el concepto Transmisiones Patrimoniales Onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, la tasa a la exportación o los derechos de aduanas. El propósito de este trabajo es revisar cuándo una u otra resultan de aplicación y los principales notas que caracterizan su exacción.

Palabras clave

Impuestos indirectos, obras de arte, importación, exportación, adquisiciones comunitarias, tasa a la exportación, derechos de aduana.

Abstract

There are various tax types that can be levied on transfers of artwork: VAT, transfer tax, the levy on exports or customs duties. This paper addresses the circumstances for when those categories are applicable and the principal features that define the levying of the same.

Key words

Indirect taxation, artworks, import, export, intra-Community acquisitions, levy on exports, custom duties.

I. INTRODUCCIÓN

Los artistas, en un contexto de austeridad como el vivido en los últimos años, dependen cada vez más del mercado¹. Asegurar que la fiscalidad indirecta no entorpece el correcto funcionamiento del mercado del arte es fundamental no solo para facilitar la circulación de obras y creaciones artísticas, deseable en sí misma, sino también porque de ese correcto funcionamiento depende la propia creación artística.

Cuando se habla de la fiscalidad indirecta del mercado del arte, normalmente se piensa en una única figura tributaria: el IVA². De hecho, las medidas de fiscalidad indirecta propuestas por el Parlamento Europeo en su informe sobre la situación y el papel de los artistas en la Unión Europea se centraban exclusivamente en este impuesto³. Como veremos, sin embargo, no es el IVA el único tributo que puede resultar de aplicación al tráfico de obras de arte: los aranceles aduaneros, el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados⁴ y la tasa a las exportaciones también son figuras tributarias que han de ser tenidas en consideración al analizar la fiscalidad indirecta del mercado del arte.

1. Así lo ponía de manifiesto el Informe sobre la situación y el papel de los artistas en la Unión Europea, preparado por la Comisión de Cultura, Juventud, educación y Medios de Comunicación del Parlamento Europeo en febrero de 1999 (PE 229.306/def).
2. Impuesto sobre el Valor Añadido, regulado por la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (la «LIVA»).
3. A saber: estudiar la posibilidad de armonizar, a nivel comunitario, los principios que rigen el tratamiento fiscal de las obras de arte, especialmente en lo que se refiere al IVA; exonerar del IVA la primera entrega de una obra; incentivar la adquisición de obras de artistas aún vivos por parte de particulares mediante la reducción de tipos de IVA reducidos (cfr. PE 229.306/def).
4. ITPyAJD, regulado por el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (la «LITP»), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre.

En este trabajo revisaremos las reglas fundamentales que rigen la aplicación de un tributo u otro, diferenciando, a efectos expositivos, en función del alcance geográfico del mercado: nacional, comunitario o internacional. Previamente, abordaremos una cuestión previa: la del concepto fiscal de obra de arte, pues ese concepto delimita el ámbito de aplicación de las normas reguladoras de esta materia.

II. EL CONCEPTO FISCAL DE OBRA DE ARTE

Las obras de arte son objeto de numerosas normas del ordenamiento tributario, generalmente encaminadas a establecer incentivos fiscales o regímenes especiales. La cuestión que se plantea, y que en el pasado ha dado origen a célebres casos judiciales, es si a toda obra de arte, entendida en su sentido común, le resultan de aplicación esas normas. Se plantea, por tanto, qué debemos entender por «obra u objeto de arte» cuando se pretenden aplicar normas tributarias que establecen determinados incentivos o regímenes tributarios especiales para el tráfico o tenencia de obras de arte.

La Real Academia Española define el arte como aquella actividad en la que el hombre recrea, con una finalidad estética, un aspecto de la realidad o un sentimiento en formas bellas valiéndose de la materia, la imagen o el sonido. Puede cuestionarse si esta definición es hoy en día acertada. Y no ya porque siga aludiendo a la *recreación de un aspecto de la realidad* que, desde el célebre *caso Brancusi*⁵, parece un requisito ya superado, sino también por la referencia al sentido estético y la belleza formal, que hoy no siempre se consideran requisitos inexcusables de la obra de arte. El arte conceptual,

5. Brancusi, el genial escultor rumano, iba a hacer una exposición de algunas de sus obras en EE.UU. Entre ellas se encontraba la pieza *Pájaro en el espacio* en la que la imagen real del pájaro es sustituida por una representación artística del vuelo y que iba a ser importada por el fotógrafo norteamericano Edward Steichen. Declarada la pieza como obra de arte y por tanto exenta de derechos aduaneros, los agentes de aduana denegaron la exención al entender que la obra no se parecía a un pájaro. Bajo la presión de la prensa y de los artistas, la aduana se compromete a repensar la calificación y deja pasar las obras con garantía bajo la clasificación arancelaria «utensilios de cocina y suministros hospitalarios» hasta adoptar una decisión. El tasador de aduanas, sin embargo, confirma la clasificación inicial y Steichen recurre a los tribunales. La decisión final de estos es que, aunque es verdad que podía existir alguna dificultad al asociar el objeto controvertido con un pájaro, lo cierto es que era hermoso, simétrico, agradable de contemplar y altamente ornamental. Eso unido a que era la producción original de un productor, les llevó a aceptar su calificación arancelaria como obra de arte. Sobre las cuestiones planteadas en este proceso v. J. PRIETO DE PEDRO: «Cuando los tribunales definen el arte o una escultura que no era un utensilio de cocina: El Caso Brancusi», *Derecho del Arte. Anuario Iberoamericano 2016*, en Cizur Menor: Fundación Profesor Uría-Thomson Reuters, 2016.

por ejemplo, incluye formas de expresión en las que es más importante la idea de la obra que su realización artística. Y en algunas manifestaciones artísticas contemporáneas, la delimitación entre lo que es arte y lo que no llega al debate público y es incluso origen de bromas que parecen noticias⁶ y de noticias que parecen bromas⁷. La cuestión, en lo que ahora nos interesa, es si a esas manifestaciones artísticas se aplican o no las normas tributarias que establecen disposiciones especiales (exenciones, tipos reducidos, regímenes especiales) para las obras de arte.

En principio, para delimitar el ámbito de aplicación de esas normas, debemos acudir a las definiciones de obra de arte que realiza el propio ordenamiento tributario. Así, por ejemplo, a efectos del Impuesto sobre el Patrimonio, el artículo 19.Dos a) de la Ley 19/1991⁸ incluye en el concepto *objetos de arte*, «las pinturas, esculturas, dibujos, grabados, litografías u otros análogos, siempre que en todos los casos se trate de obras originales». Como puede verse, se trata de una definición abierta y en la que el rasgo definitorio de la obra de arte se encuentra en la originalidad.

En materia de fiscalidad indirecta, en cambio, la definición más relevante se encuentra en el artículo 136.Uno.2.º de la LIVA⁹. Según esta definición, a efectos del IVA constituyen objetos de arte exclusivamente los siguientes:

- a) Cuadros, collages y cuadros de pequeño tamaño similares, pinturas y dibujos realizados totalmente a mano por el artista.
- b) Grabados, estampas o litografías originales de tiradas limitadas a 200 ejemplares, en blanco y negro o en color, y que procedan directamente de planchas ejecutadas a mano por el artista.

6. Como la noticia falsa convertida en viral que afirmaba la admiración causada por un carrito de limpieza en el Guggenheim confundido con una obra de arte. (V. <https://lavozdelbecario.es/admiraban-carrito-limpieza-guggenheim-creyendo-una-obra-arte2/>).

7. Como las que hacen referencia a la confusión ocasionada por ciertas obras de arte entre algunos empleados de la limpieza de museos de vanguardia. En 2004, fue la obra de Gustav Metzger «Recreación de la primera demostración pública de arte autodestructivo» que se exponía en la Tate. En 2011, el error afectó a la instalación «Wenn es anfängt durch die Decke zu tropfen» (Cuando empieza a gotear el techo) del artista Martin Kippenberger (1953-1997), que se exponía en el Museo Ostwald de Dortmund. En 2015, a la instalación «¿Dónde vamos a bailar esta noche?» de las artistas Sara Goldschmied y Eleonora Chiari, que se exponía en el Museo Bolzano de Milán.

8. Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio.

9. Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

- c) Esculturas originales y estatuas realizadas totalmente por el artista, y vaciados de esculturas de tiradas limitada a ocho ejemplares y controlada por el artista o sus derechohabientes.
- d) Tapicerías y textiles murales tejidos a mano sobre la base de cartones realizados por artistas, siempre que no haya más de ocho ejemplares.
- e) Ejemplares únicos de cerámica, realizados totalmente por el artista y firmados por él.
- f) Esmaltes sobre cobre realizados a totalmente a mano, con un límite de ocho ejemplares numerados y en los que aparezca la firma del artista o del taller.
- g) Fotografías tomadas por el artista y reveladas e impresas por el autor o bajo su control, firmadas y numeradas con un límite de treinta ejemplares en total.

Por comparación con la definición de la Ley 19/1991, puede observarse que la definición a efectos del IVA no es abierta, sino cerrada, y que contiene reglas detalladas relacionadas con obras de arte en las que, precisamente por su carácter múltiple, puede ponerse en cuestión el requisito de originalidad.

En cualquier caso, no parece que el requisito de que el autor sea un artista sea un elemento definitorio del objeto de arte en nuestro ordenamiento. En este sentido, la Dirección General de Tributos¹⁰ ya se mostró partidaria en el pasado por un concepto objetivo de la obra de arte, que no acoge ninguna consideración acerca de la naturaleza profesional o artística de su autor. En Derecho comparado, sin embargo, sí se ha atribuido relevancia en alguna ocasión a la cuestión de si el autor era o no considerado en su entorno como artista¹¹.

Por el contrario, sí parece elemento definitorio del objeto de arte a efectos tributarios el que carezca de un fin utilitario. En este sentido, y centrándonos en la definición a efectos del IVA, la norma excluye expresamente del concepto de obra de arte ciertas piezas a las que se puede atribuir ese utilitarismo: los planos de arquitectura e ingeniería y demás dibujos industriales, comerciales, tipográficos o similares; o los artículos manufacturados decorados a mano; o los lienzos para decorados de teatro,

10. Contestación a consulta n.º 1736-02.

11. Sin ir más lejos, en el célebre caso *Brancusi*, que la obra escultórica fuera ejecución personal (y no meramente mecánica o industrial) del autor y que este gozara del reconocimiento externo como artista, se convirtió en uno de los ejes del caso. V. J. PRIETO DE PEDRO: «Cuando los tribunales definen el arte (...)», op. cit., p. 429-431.

fondos de estudio o usos análogos; o los artículos de bisutería, orfebrería o joyería.

Esta última cuestión es particularmente relevante a efectos de delimitar el alcance de las partidas relacionadas con objetos de arte que están exoneradas de los derechos aduaneros de importación: la 9701 (cuadros, collages, pinturas y dibujos), la 9702 (grabados, estampas o litografías originales) y la 9703 (esculturas originales y estatuas). Como señalaba la STJUE en *Farfalla Flemming*¹², la razón por la que determinadas obras de arte se encuentran exentas de los derechos aduaneros de importación reside en que estos últimos tratan de proteger al mercado interior de productos importados que puedan competir con la producción propia; esa competencia se entiende que no existe en las obras de arte, precisamente por su carácter original y excepcional. Cuando la obra de arte tiene un fin utilitario, en cambio, surge de nuevo la posibilidad de que compita con la producción propia encaminada a atender esa misma finalidad práctica y, con ello, desaparece la razón de ser de la exoneración de derechos de importación establecida para las obras de arte.

En cualquier caso, lo que parece evidente es que las diferentes categorías de objetos de arte definidas en la LIVA y en el Código Aduanero no cubren muchas de las manifestaciones artísticas actuales como los *happenings*, las *performances*, videos, o algunos ejemplos del arte conceptual.

III. LA FISCALIDAD INDIRECTA Y EL MERCADO DEL ARTE

1. CONCEPTOS BÁSICOS

Dos son las figuras tributarias principales que en nuestro ordenamiento pueden gravar el tráfico de obras de arte: el IVA y el concepto Transmisiones Patrimoniales Onerosas («TPO») del ITP y AJD. La aplicación de una u otra, pues la sujeción a estas figuras se plantea como alternativa, depende fundamentalmente de dos variables: por un lado, el carácter empresarial o no del transmitente; por otro, el alcance territorial de la operación (esto es, si se trata de una operación realizada en el mercado nacional, intracomunitario o internacional). Así, como regla general, la transmisión de una obra de arte resulta gravada por TPO cuando el transmitente es un particular y por el IVA cuando es un empresario o profesional –tratándose de entrega intracomunitaria, en origen si el adquirente es particular y en destino si es

12. STJCE 18.09.1990, *Farfalla Flemming und Partner vs. Hauptzollamt München-West*, asunto C-228/89.

también empresario o profesional—. Por otro lado, y como regla especial, las importaciones desde países extracomunitarios están siempre sujetas a IVA y las exportaciones pueden quedar sujetas a tributación por la tasa a las exportaciones. Pero todas estas reglas (generales y especiales) presentan a su vez numerosas excepciones.

En las líneas que siguen vamos a analizar, desde una perspectiva española, la fiscalidad indirecta del mercado del arte según el alcance geográfico de sus operaciones y distinguiendo, por tanto, entre el mercado nacional, intracomunitario e internacional. Dejamos al margen de este análisis el derecho de participación del autor de la obra de arte sobre el precio de reventa (*droit de suite*) pues aunque también incide, sin duda alguna, en el tráfico jurídico de este tipo de bienes, no es —pese a su carácter coactivo— una figura tributaria propiamente dicha.

2. MERCADO NACIONAL

Las transmisiones de obras de arte realizadas en territorio español quedan sujetas a IVA o a TPO en función de la condición del transmitente.

2.1. Transmitednte empresario o profesional: IVA

Si el transmitente es empresario o profesional (p. ej., artista, galería de arte u otro intermediario profesional) la operación queda sujeta al IVA español como entrega de bienes. Como es sabido, en el IVA hay tres conceptos diferentes sujetos al impuesto: (i) las entregas de bienes y prestaciones de servicios, (ii) las adquisiciones intracomunitarias y (iii) las importaciones. Este trabajo se centra en la fiscalidad de la obra de arte como objeto de tráfico jurídico que da lugar, por tanto, cuando se realiza dentro del mercado nacional, a entregas de bienes. Dicho esto, en algunas ocasiones se plantea alguna dificultad a la hora de diferenciar entre entregas de bienes y prestaciones de servicios a efectos del IVA. Por ejemplo, la contratación de un escultor para que realice una obra: ¿da lugar a una prestación de servicios o a una entrega de bienes¹³? Y las compras de obras de arte en soporte digital, ¿deben calificarse como entrega de bienes o prestaciones

13. La DGT parece entender que hay una entrega de bienes cuando el encargo realizado se materializa en una obra independiente (contestaciones a consultas núms. V0294-05 o V0836-07, por ejemplo). Por el contrario, la contratación de un escultor para, por ejemplo, restaurar una obra se calificaría como prestación de servicios exenta (así en la contestación a consulta n.º V0836-07).

de servicios¹⁴? La cuestión no es baladí pues el artículo 20.Uno.26.º de la LIVA deja exentos los *servicios* profesionales, incluidos aquellos cuya contraprestación consista en derechos de autor, prestado por (entre otros profesionales) los artistas plásticos sin que queda su extensión a las entregas de bienes realizadas por artistas plásticos.

A) *Base imponible. Régimen especial*

Con carácter general, la base imponible del IVA será el precio pagado por la transmisión. No obstante, si el transmitente es un revendedor¹⁵ que opta por aplicar a esa operación el *régimen especial de los bienes usados, objeto de arte, antigüedades y objetos de colección*, la base imponible será el margen de beneficio aplicado por el revendedor minorado en la cuota del IVA aplicado a dicho margen. Esta especialidad (que la base imponible sea el margen de beneficio y no el precio de la operación) pretende dar respuesta a la circunstancia de que el mercado del arte es generalmente un mercado secundario, en el que la cadena de deducción del IVA soportado (que es la característica técnica del Impuesto que permite a este conseguir su carácter neutral) puede haberse interrumpido en el pasado. Si se aplicara el régimen general en operaciones en las que el transmitente no pudo en su día deducir el IVA soportado en la adquisición de la obra de arte que ahora se vende, por no actuar como empresario o profesional, o por estar la adquisición exenta del impuesto, se produciría una imposición en cascada que se evita, justamente, al aplicar el IVA solo sobre el margen de beneficio. Se garantiza así que el impuesto grave solo el valor añadido en cada operación y no, como sucedería bajo el régimen general, sobre una cuota de IVA soportado que no fue deducible. Por ello, en las facturas emitidas bajo el régimen especial, no hay que desglosar la cuota de IVA repercutido que se entiende comprendida en el precio total de la operación¹⁶.

14. El artículo 69. Tres .4.º de la LIVA califica como servicios prestados por vía electrónica la transmisión enviada inicialmente y recibida en destino por medio de equipos de procesamiento, incluida la compresión numérica y el almacenamiento de datos, y enteramente transmitida, transportada y recibida por cable, radio, sistema óptico u otros medios electrónicos. De acuerdo con esta calificación, la DGT ha considerado que la prestación de servicios de modelado digital por un escultor debe calificarse como servicios prestados por vía electrónica (v. contestación a consulta n.º V0716-16).

15. A estos efectos, el artículo 136.Uno 5.º de la LIVA considera revendedor de objetos de arte al empresario que con carácter habitual efectúa entregas de estos objetos, siempre que previamente hayan sido adquiridos o importados para su posterior reventa. Se considera, asimismo, revendedor al organizador de ventas en subasta pública cuando actúa en nombre propio en virtud de un contrato de comisión de venta.

16. Artículo 138, primer párrafo, de la LIVA.

A cambio, el IVA soportado por el adquirente de una operación sujeta al régimen especial no puede ser deducido, pero esta imposibilidad no es perjudicial si el adquirente no tiene *per se* derecho a la deducción del IVA soportado, lo que sucederá si la obra termina siendo adquirida por un particular. Por su parte, el revendedor tampoco puede deducir el IVA soportado en la adquisición de obras que sean vendidas bajo este régimen¹⁷, lo que en la práctica significa que hasta que no se determina el destino de los bienes comprados, el revendedor no puede ejercer el derecho a la deducción. Quizá por esta circunstancia, el régimen es de carácter opcional y se aplica, salvo renuncia, para cada operación en particular y sin comunicación expresa a la Administración. No existe, por tanto, obligación de aplicar este régimen especial al conjunto de las operaciones efectuadas¹⁸.

B) *Tipo impositivo*

Aunque el tipo general del IVA es del 21%, se aplica un tipo reducido del 10%¹⁹ a las entregas de objetos de arte realizadas:

- a. por los autores o derechohabientes;
- b. por empresarios o profesionales distintos de los revendedores de objetos de arte que tengan derecho a deducir íntegramente el impuesto soportado por repercusión directa o satisfecho en la adquisición o importación del bien.

A estos efectos, la doctrina administrativa²⁰ considera derechohabiente a la persona que, tal y como prevé el artículo 42 del TRLPI²¹, ha adquirido *mortis causa* del autor los derechos de explotación de la obra. En cuanto al otro supuesto de aplicación del tipo reducido, la doctrina administrativa²² solo lo admite cuando se den simultáneamente las siguientes condiciones: que el objeto de arte entregado haya sido adquirido o importado previamente; que en dicha adquisición o importación el Impuesto se haya soportado por repercusión directa o se haya satisfecho; que el sujeto que haya adquirido o importado el objeto de arte que posteriormente entrega sea un empresario

17. Artículo 138, primer párrafo, de la LIVA

18. Así lo viene entendiendo la doctrina administrativa (v.gr. en contestaciones de la DGT a consultas números V2732-16, V1146-16, V5128-16).

19. Artículo 91.Uno.4 de la LIVA.

20. DGT, contestación a consulta n.º V3038-15.

21. Texto refundido de la Ley del Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (el «TRLPI»).

22. DGT, contestación a consulta n.º V1158-05.

o profesional distinto de los revendedores de objetos de arte a que se refiere el artículo 136 de esta Ley.

2.2. Transmitednte particular: TPO

A) *Cuantificación del impuesto: base imponible y tipo*

Si el transmitente no tiene la condición de empresario o profesional a efectos de IVA, la operación queda, en principio, sometida a imposición por TPO, siendo la base imponible el precio del bien.

En cuanto al tipo de gravamen, resulta aplicable el establecido por la Comunidad Autónoma en la que resida el adquirente; si la Comunidad Autónoma no hubiera establecido ninguno, resultará de aplicación el 4% establecido en la LITP. A estos efectos, las siguientes Comunidades Autónomas han establecido tipos de gravamen particulares:

- Andalucía: ha aprobado un tipo del 8% para las transmisiones onerosas de, entre otros bienes, obras de arte o antigüedades²³.
- Asturias: ha aprobado un tipo del 8% para las transmisiones onerosas de, entre otros bienes, obras de arte o antigüedades²⁴.
- Cantabria: ha aprobado un tipo general para TPO del 8%²⁵.
- Cataluña: ha aprobado un tipo general para TPO del 5%²⁶.
- Castilla-La Mancha: ha aprobado un tipo general para TPO del 6%²⁷.
- Castilla y León: ha aprobado un tipo del 8% para las transmisiones onerosas de, entre otros bienes, obras de arte o antigüedades²⁸.

23. Artículo 25 ter del texto refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de tributos cedidos, aprobado por Decreto Legislativo 1/2009, de 1 de septiembre.

24. Artículo 32 del texto refundido de las disposiciones legales del Principado de Asturias en materia de tributos cedidos por el Estado, aprobado por Decreto Legislativo 2/2014, de 22 de octubre.

25. Artículo 11 del texto refundido de la Ley de Medidas Fiscales en materia de tributos cedidos por el Estado, aprobado por Decreto Legislativo 62/2008, de 19 de junio.

26. Artículo 32 de la Ley catalana 25/1998, de 31 de diciembre, de Medidas Administrativas, Fiscales y de Adaptación al euro, según redacción otorgada por el artículo 145 de la Ley catalana 5/2017, de 28 de marzo.

27. Artículo 20 de la Ley castellano-manchega 8/2013, de 21 de noviembre, de Medidas tributarias de Castilla-La Mancha.

28. Artículo 25.2 del texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad de Castilla y León en materia de tributos propios y cedidos, aprobado por Decreto Legislativo 1/2013, de 12 de septiembre.

- Comunidad Valenciana: ha aprobado un tipo del 8% para las transmisiones onerosas de, entre otros bienes, obras de arte o antigüedades²⁹.
- Extremadura: ha aprobado un tipo general para TPO del 6%³⁰.
- Galicia: ha aprobado un tipo general para TPO del 8%³¹

B) Las ventas de particulares a empresarios o profesionales

El sujeto pasivo del TPO es el adquirente y, aunque sea un empresario o profesional, no podrá deducirse el impuesto pagado, que incrementa el coste de adquisición del bien a efectos de futuras transmisiones.

Estas situaciones en las que el empresario o profesional acude a proveedores de bienes y servicios que no son empresarios o profesionales solo se plantean con frecuencia en determinados sectores económicos y el del arte puede ser uno de ellos.

En relación con el sector del oro de inversión, que es quizá el principal sector afectado por este fenómeno, el Tribunal Supremo ha mantenido en el pasado³² que las ventas de bienes de oro realizadas por particulares a empresarios no debían quedar sujetas ni al IVA (lo que es evidente puesto que la transmisión no se realiza por un empresario o profesional) ni a TPO (por entender que la aplicación de este impuesto a adquisiciones realizadas por empresarios o profesionales determinaría para este sector un coste en cascada incompatible con la neutralidad del IVA). Este criterio del Tribunal Supremo acabó imponiéndose, si bien a regañadientes y para evitar litigiosidad innecesaria, en la doctrina administrativa con la resolución del TEAC para la unificación de criterio n.º 2568/2016/00/00, de 20 de octubre de 2016. La cuestión, con todo, no está del todo cerrada pues en el marco de los numerosos recursos de casación frente a las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que siguen manteniendo la sujeción a TPO, el Tribunal Supremo ha planteado una cuestión prejudicial al

29. Artículo 13 de la Ley 13/1997, de 23 de diciembre, por la que se regula el tramo autonómico del IRPF y restantes tributos cedidos.

30. Artículo 37 del texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Extremadura en materia de tributos cedidos por el Estado, aprobado por Decreto Legislativo 1/2013, de 21 de mayo.

31. Artículo 14.Uno.2 del texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de tributos cedidos por el Estado, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 28 de julio.

32. SSTs de 18 de enero de 1996 (rec. apelación 3646/1991) y 15 y 16 de diciembre de 2011 (rec. cas. para unificación de doctrina 19/2009 y 5/2009, respectivamente).

Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la eventual afectación de esa posible sujeción a TPO al principio de neutralidad fiscal que persigue el IVA en la medida en que el sujeto pasivo del concepto TPO (el empresario adquirente) no puede legalmente deducirse las cuotas satisfechas en la adquisición del bien cuando lo destina a su actividad económica realizando operaciones sujetas a IVA.

En nuestra opinión, la conclusión que finalmente se alcance sobre esta cuestión debería ser extrapolable a las ventas de obras de arte realizadas por particulares a galerías cuya sujeción a TPO también ha resultado conflictiva en algunos casos³³.

3. MERCADO INTRACOMUNITARIO

Tradicionalmente, las transacciones realizadas en el comercio internacional determinaban dos tipos de operaciones: importaciones y exportaciones. Con el establecimiento del Mercado único europeo y la abolición de las fronteras fiscales y aduaneras entre los Estados miembros de la Unión Europea, las operaciones intracomunitarias realizadas entre países miembros de la Unión Europea dieron lugar a dos nuevos tipos de operaciones: una entrega intracomunitaria en el Estado miembro de origen y una adquisición intracomunitaria en el Estado miembro de destino.

3.1. Adquisición intracomunitaria

Se considera adquisición intracomunitaria la obtención del poder de disposición sobre una obra de arte expedida o transportada al territorio de aplicación del IVA español, con destino al adquirente, desde otro Estado miembro, por el transmitente, el propio adquirente o un tercero en nombre y por cuenta de los anteriores³⁴.

33. Entre la doctrina científica, se defendió la tesis de que la STS de 18 de enero de 1996 venía a concluir que las adquisiciones de obras de arte realizadas por empresarios o profesionales dedicados a la reventa de bienes usados y realizada a particulares no empresario o profesionales no estaba sujeta al ITP, concepto TPO, y ello tanto si tales operaciones estaban sujetas al IVA como si no. En este sentido, Enrique ABELLA POBLET: *Manual del IVA*, en Las Rozas: Wolters Kluwer– El Consultor de los Ayuntamientos, 3.ª ed., pp. 1180-1181.

34. Artículo 15.Uno de la LIVA.

A) *Transmitente empresario o profesional*

Cuando el transmitente es empresario o profesional³⁵, estas adquisiciones están sujetas al IVA cuando:

- a) El adquirente es empresario o profesional o una persona jurídica que no actúa como tal³⁶.
- b) La entrega en el Estado de origen (aquel en que se inicia su expedición o transporte) no tributó por el régimen especial de bienes usados, objetos de arte, antigüedades y objetos de colección³⁷.

Cuando se cumplen estos requisitos, la entrega intracomunitaria en el Estado de origen quedaría sujeta pero exenta al IVA. Por el contrario, quedaría sujeta al IVA en origen (como una entrega intracomunitaria sujeta y no exenta) si el adquirente es una persona física que no es empresario o profesional o la entrega ha tributado por el régimen especial de bienes usados, objetos de arte, antigüedades u objetos de colección.

También pueden tributar en origen y no en destino³⁸, las adquisiciones realizadas por personas jurídicas que no actúen como empresarios o profesionales o sujetos pasivos que realizan exclusivamente operaciones que no originan el derecho a la deducción total o parcial del impuesto, cuando el importe total de las adquisiciones intracomunitarias, excluido el impuesto devengado, no haya alcanzado en el año natural precedente 10.000 euros³⁹.

B) *Transmitente particular. TPO*

Cuando el transmitente no es empresario o profesional, la operación no queda sujeta a IVA. ¿Cumple en tal caso los requisitos para quedar sujeta a TPO? Desde luego, no se encuentra entre los supuestos en los que la transmisión de bienes y derechos queda excluida de tributación por TPO pues no se trataría de una transmisión realizada por empresario o profesional en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, ni tampoco de una entrega de bienes o prestaciones de servicios sujetas al IVA. La sujeción a tributación por el concepto TPO

35. Requisito para que la adquisición pueda quedar sujeta a IVA según el artículo 13.1.º de la LIVA.

36. Artículo 13.1.º de la LIVA.

37. Artículo 13.1.º.b) de la LIVA.

38. Salvo opción en contrario que deberá mantenerse por un plazo mínimo de dos años.

39. Artículo 14 apartados Uno.2.º, 3.º y Dos de la LIVA.

podría, por tanto, producirse si se entiende que la entrega se produce dentro del ámbito de aplicación territorial del Impuesto. A tenor del artículo 6.1.a) de la LITP, esto sucede cuando se trata de la transmisión de bienes y derechos:

- a) que estén situados en territorio español;
- b) que hubieran de cumplirse en territorio español;
- c) que hubieran de cumplirse en territorio extranjero si el adquirente tiene su residencia en España; o,
- d) que estén situados y se lleven a cabo en territorio extranjero si van a surtir algún efecto en España.

Bajo estos criterios, la adquisición de una obra de arte realizada a un particular residente en un Estado miembro de la Unión Europea probablemente cumpla los requisitos para tributar por TPO.

3.2. Entrega intracomunitaria

Supone la entrega de obras de arte que son objeto de expedición o transporte a otro Estado miembro de la Unión Europea, bien por el transmitente, bien por el adquirente.

A) *Transmitente particular. TPO*

Cuando el transmitente es un particular que no tiene la condición de empresario o profesional a efectos del IVA, la entrega no está sujeta al IVA. ¿Queda sujeta en este caso a TPO? Teniendo en cuenta las reglas de sujeción a este impuesto examinadas anteriormente⁴⁰, si la transmisión de la propiedad de la obra de arte se produce en territorio español, la respuesta sería afirmativa. En cambio, si la transmisión de la propiedad de la obra de arte se produce ya en el Estado miembro de destino, solo quedaría sujeta a TPO si el adquirente tiene su residencia en territorio español o si la transmisión puede llegar a surtir efectos en España⁴¹.

40. Artículo 6.1.A) de la LITP.

41. La expresión legal no es del todo clara, pero todo apunta que para que la transmisión efectuada fuera de territorio español quede fuera del ámbito de aplicación de TPO es necesario que todos sus efectos, y no solo parte, se produzcan fuera del territorio español (cfr. GARCÍA GIL, J.L, F.J y M., *Nuevo tratado del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, DAPP, Publicaciones Jurídicas, S.L., 2011, p. 58).

B) *Transmitente empresario o profesional. IVA*

Cuando el transmitente es un empresario o profesional a efectos del IVA, la entrega queda sujeta pero exenta del IVA en origen si el adquirente es también un empresario o profesional, o una persona jurídica que no actúe como tal, siempre que, en ambos casos, (i) el adquirente se encuentre identificado a efectos del IVA en otro Estado miembro distinto de España; (ii) la adquisición intracomunitaria de esa persona en el Estado miembro de destino quede sujeta al Impuesto⁴² y (iii) no se acoja la entrega al régimen especial de bienes usados, objetos de arte, antigüedades y objetos de colección. En otro caso, la transmisión tributa por el IVA en origen y no en destino.

a) *Tasa a la exportación*

En cuanto a la tasa a la exportación de bienes culturales establecida en el artículo 30 de la LPHE⁴³, aunque este tributo grava la concesión de la autorización de exportación de bienes muebles integrantes del patrimonio histórico español y esa autorización puede ser requerida en ciertas exportaciones de bienes a países de la Unión Europea⁴⁴, la Disposición Adicional Segunda⁴⁵ del Reglamento de desarrollo de la LPHE declara exentas las exportaciones de obras de arte con destino a la Unión Europea.

4. MERCADO INTERNACIONAL

En el comercio internacional, el tráfico sobre obras de arte determina dos tipos de operaciones: las importaciones y las exportaciones.

42. No lo estarían si el adquirente realiza exclusivamente operaciones que no originan el derecho a la deducción total o parcial del impuesto o si se trata de una persona jurídica que no actúa como empresario o profesional; en ambos casos, cuando el importe total de las adquisiciones intracomunitarias procedentes de los otros Estados miembros no haya alcanzado en el año natural precedente los 10.000 euros. Si durante el año precedente se ha alcanzado este importe, en el año en curso solo se aplicará la no sujeción hasta alcanzar este importe de 10.000 euros.
43. Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (la «LPHE»).
44. En particular, para la exportación (definitiva, temporal con posibilidad de venta, o temporal) de bienes (i) de más de cien años de antigüedad o (ii) incluidos en el Inventario General de Bienes Muebles, así como para la exportación temporal, pues no cabe otra, de bienes (iii) declarados de interés cultural o con un expediente iniciado para tal declaración; (iv) declarados inexportables como medida cautelar; y (v) de titularidad pública.
45. DA 2.^a, apartado 3: «Por aplicación directa del artículo 9 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea firmado en Roma el 25 de marzo de 1957, a partir de la entrada en vigor del acta de adhesión de España, esta tasa dejará de aplicarse respecto a las exportaciones con destino a Estados miembros de dicha Comunidad».

4.1. Importaciones

Se considera importación la entrada en el interior del territorio de aplicación del IVA de un bien, cualquiera que sea el fin a que se destine y la condición del importador y del transmitente, que no esté despachado a la libre práctica o que no cumpla las condiciones previstas en los artículos 9 y 10 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. También se considera importación la salida de un bien de una zona franca, depósito franco o depósito aduanero o el abandono de un régimen aduanero o fiscal exento, como el de importación temporal o el de tránsito comunitario interno o el régimen de depósito aduanero. Se excluye, en todo caso, del concepto de importación el abandono del régimen de depósito distinto al aduanero.

En las importaciones se produce no solamente el devengo del IVA, sino también el devengo de los derechos aduaneros de importación, aunque según las tarifas 9701, 9702 y 9703 del Código Aduanero estos últimos son del 0% cuando se trata de importación permanente de objetos de arte.

A diferencia de lo que sucedía con las operaciones interiores o intracomunitarias, la sujeción al IVA de las importaciones es independiente de la condición del transmitente y del importador.

A) *Cuantificación del impuesto*

La base imponible viene constituida por el resultado de adicionar al valor de aduana, (i) los impuestos, derechos, exacciones y demás gravámenes que se devenguen fuera del territorio de aplicación del impuesto, así como los que se devenguen con motivo de la importación (excluyendo el propio IVA) y (ii) los gastos accesorios, como las comisiones y los gastos de embalaje, transporte y seguro⁴⁶.

El tipo aplicable es el reducido del 10%⁴⁷.

Si comparamos este tipo con el aplicable en otros Estados miembros de la Unión Europea, podemos apreciar que se sitúa en una banda media –junto con Italia, que también aplica el 10%; Suecia, con un 12%; Austria, 13%; e Irlanda, 13,5%–, por encima de los Estados que podrían situarse en la banda baja –Reino Unido, con un 5%; Francia, 5,5%; Portugal, Países

46. Artículo 83.Dos de la LIVA.

47. Artículo 91.Uno.4 de la LIVA.

Bajos y Bélgica, 6%; y Alemania, 7%— y muy por debajo de los Estados que se sitúan en la banda alta —Hungria, 27%; Dinamarca, 25%; y Grecia, 24%—⁴⁸.

Habida cuenta de la ausencia de fronteras aduaneras y fiscales en la Unión Europea esta disparidad de tipos impositivos puede propiciar actuaciones de «arbitraje fiscal»⁴⁹ encaminadas a obtener una ventaja o un mejor tratamiento fiscal, de esa descoordinación impositiva. En este sentido, si la obra de arte se importa en otro Estado miembro de la Unión Europea, quedará sujeta por el concepto importación en el Estado donde se produzca la entrada del bien. Por ejemplo, en Reino Unido quedarían sujetas al 5%, mucho más bajo que el aplicable a la importación desde la mayor parte de países comunitarios⁵⁰. Dicho esto, cabe plantear si la posterior transferencia de la obra de arte desde el Estado de importación al territorio español puede dar lugar a una adquisición intracomunitaria de bienes u operación asimilada. Así, si la obra de arte es importada en otro Estado miembro por una persona jurídica que no actúa como empresario o profesional, se debe considerar expedida o transportada a partir del Estado miembro de importación a efectos de su calificación como adquisición intracomunitaria⁵¹. Y si la obra de arte es adquirida o importada por un empresario o profesional en otro Estado miembro y transportada después al territorio de aplicación del IVA para afectarla a la actividad desarrollada allí por ese empresario o profesional, se debe considerar una operación asimilada a las adquisiciones intracomunitarias y tributa como tal⁵².

B) Exenciones

Las importaciones de obras de arte pueden en determinados supuestos estar *exentas* del impuesto. En algún caso, esa exención es puramente técnica; en otros, tiene una finalidad extrafiscal.

48. Fuente: VAT rates applied in the Member States of the European Union (Comisión Europea, 1 de enero de 2017), Tax guides and highlights (Deloitte, 2017).

49. Los economistas definen el arbitraje como la operación de intercambio de valores, de productos o servicios, en las que se busca la ganancia aprovechando la diferencia de precios entre unas plazas y otras. Trasladando este concepto al ámbito tributario, y aunque no sea una extrapolación técnicamente afortunada, se entiende por arbitraje fiscal la posibilidad de obtener un tratamiento fiscal asimétrico para las distintas facetas de una operación que resulta en la obtención de una ventaja fiscal.

50. Quizá por ello el informe TEFAF sobre el mercado del arte en 2017 indica como principal preocupación de los agentes europeos el impacto negativo que tendrá en el negocio el referéndum sobre el Brexit. R. A.J. POWNALL: TEFAF Art Market Report 2017, The European Fine Art Foundation p. 59

51. Artículo 15.Dos de la LIVA.

52. Artículo 16.2.º de la LIVA. No obstante, quedarían excluidas de tributación como operación asimilada a la adquisición intracomunitaria, las operaciones que no constituyen transferencias de bienes según lo previsto en el artículo 9.3 de la LIVA.

Entre las *exenciones técnicas*, se encuentra la establecida en el artículo 27.12 en relación con el artículo 25 de la LIVA para las importaciones de bienes cuya expedición o transporte tenga como punto de destino final otro Estado miembro de la UE, distinto de España, siempre que su entrega ulterior, estuviese exenta por aplicación de las exenciones en las entregas de bienes destinadas a otros Estado miembro. Se trata de una exención técnica que tiene por objeto que el IVA se devengue en el país de destino, tanto si el bien se destina a otro Estado miembro para afectarlo a las necesidades del mismo sujeto pasivo que realiza la importación –en cuyo se produce una operación asimilada a una entrega comunitaria de bienes en el Estado de importación, exenta del Impuesto, y una operación asimilada a una adquisición intracomunitaria en el Estado de destino, sujeta y no exenta–, como si el bien se expide a otro Estado miembro para entregarlo a un tercero –en cuyo caso, la entrega posterior se considera una entrega intracomunitaria de bienes en el Estado donde se efectuó la importación, exenta del IVA, y una adquisición intracomunitaria de bienes en el país de destino, sujeta y no exenta del Impuesto–⁵³.

Entre las *exenciones con finalidad extrafiscal*, se encuentran las siguientes:

- a) Exención establecida para las importaciones de bienes de colección o de arte no destinados a la venta e importados por museos, galerías y otros establecimientos autorizados para recibir estos objetos con exención, siempre que los objetos se importen a título gratuito o, si lo fueran a título oneroso, fueran entregados por una persona o entidad que no actúe como empresario o profesional.
- b) Exención prevista a la reimportación de bienes en el mismo estado en que fueron exportados, cuando se efectúen por el exportador y se beneficien de la exención de los derechos aduaneros de importación⁵⁴. A estos efectos, están exentos de derechos aduaneros la reimportación de bienes sujetos a un régimen de exportación

53. Para que la importación en el país de origen quede exenta del impuesto es necesario (art. 14.3 del RIVA) que (i) que la expedición o transporte al Estado miembro de destino se efectúe inmediatamente después de la importación, (ii) que el importador, o un representante fiscal, haya comunicado a la aduana de importación tanto su propio número de identificación a efectos del IVA, atribuido por la AEAT, como el número de identificación a efectos del IVA del destinatario de la entrega ulterior atribuido por el otro Estado miembro, (iii) que el importador o un representante fiscal que actúe en nombre y por cuenta de aquél, sea la persona que figure como consignataria de las mercancías en los correspondientes documentos de transporte y (iv) que la entrega ulterior resulte exenta por aplicación del artículo 25 de la LIVA.

54. Artículos 63 de la LIVA y 18 del RIVA.

temporal (pues en ese régimen los bienes no llegan a perder su estatus de *bienes comunitarios*) y la reimportación de bienes sujetos a exportación definitiva cuando (i) tiene lugar en los tres años siguientes a la exportación, (ii) se efectúa por el exportador y (iii) se reintroducen en el mismo Estado miembro del que salieron. La exención solo se aplica cuando los bienes no han sido objeto de entrega a un tercero incluyendo, a estos efectos, los supuestos en los que no llega a producirse finalmente la puesta a disposición de los bienes al adquirente o este los rechaza.

- c) Exención prevista para las obras de arte vinculadas a un régimen aduanero de importación temporal⁵⁵ que permite la importación de mercancías en el territorio aduanero comunitario con exención total o parcial de los derechos de importación⁵⁶ y de IVA⁵⁷ cuando (i) las mercancías importadas no son sometidas a modificación alguna durante el tiempo que estén en territorio aduanero comunitario (salvo la depreciación normal por el uso que se haga de ellas) y (ii) el plazo de permanencia no supera el fijado por las autoridades aduaneras, que salvo circunstancias excepcionales no exceder de 24 meses. Las obras de arte procedentes de países no pertenecientes a la Unión Europea para su exposición temporal pueden acogerse a este régimen. Si posteriormente son vendidas y permanecen dentro del territorio de la UE, se devengaría el IVA a la importación.

4.2. Exportaciones

La ventas de obras de arte a terceros residentes fuera de la Unión Europea están exentas del IVA, con independencia de la condición del comprador, siempre que los bienes se expidan o transporten por el empresario o profesional (o por su cuenta), o por un adquirente (o por su cuenta) no establecido en el territorio de aplicación del IVA español. En teoría, las obras de arte exportadas quedarían sometidas a imposición indirecta o derechos de aduana en destino.

55. Artículos 250 y ss. del Reglamento (UE) n.º 952/2013 (régimen vigente desde el 1 de julio de 2016).

56. Artículo 234.1 del Reglamento Delegado (UE) 2015/2446 de la Comisión, de 28 de julio de 2015, por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo con normas de desarrollo relativas a determinadas disposiciones del Código Aduanero de la Unión.

57. Artículo 24.Uno.1.º.e) de la LIVA.

La autorización administrativa para la exportación de bienes culturales a países no comunitarios está sometida a una tasa a la exportación⁵⁸ cuyo *sujeto pasivo* es la persona o entidad, nacional o extranjera, en cuyo favor se otorga⁵⁹. En este sentido, requieren autorización administrativa las solicitudes de exportación a países no comunitarios, sea definitiva, temporal con posibilidad de venta o temporal, de bienes (i) entre 50 y 100 años de antigüedad que no pertenezcan a sus autores y superen los umbrales de valoración establecidos en el Reglamento (CE) 116/2009, del Consejo del 18 de diciembre de 2008 relativo a la exportación de Bienes Culturales⁶⁰; (ii) con más de cien años de antigüedad; o (iii) incluidos en el Inventario General de Bienes Muebles o en trámite de inclusión por expediente incoado al efecto. También requieren autorización administrativa, las solicitudes de exportación temporal (no cabe de otro tipo) de los bienes (i) declarados de interés cultural o con un expediente iniciado para tal declaración; (ii) declarados inexportables como medida cautelar; y (iii) de titularidad pública.

Dicho esto, están *exentas* de la tasa: (i) la exportación de obras de arte que tenga lugar durante los 10 años siguientes a su importación, siempre que ésta se hubiese realizado de forma legal y esté reflejada documentalmente, de forma que los bienes no hayan podido ser declarados de interés cultural según el artículo 32 de la LPHE; (ii) la salida temporal legalmente autorizada de obras de arte; y (iii) la exportación de obras de arte de autores vivos.

Cuando la tasa resulta exigible, la *base imponible* es igual al valor declarado en la solicitud de la autorización de exportación, si la exportación es definitiva, o al precio efectivo de la venta en el momento en que se produzca, si se trata de una exportación temporal con posibilidad de venta.

A la base imponible se aplica una *tarifa progresiva* escalonada con cuatro tramos:

- Hasta 6.000 euros: 5%.
- De 6.000 a 60.000 euros: 10%.
- De 60.001 a 600.000 euros: 20%.

58. Artículo 30 de la LPHE.

59. Artículo 30.c) de la LPHE.

60. A saber: igual o superior a 15.000 euros cuando se trata de mosaicos y dibujos, grabados, fotografías o mapas geográficos impresos; a 30.000 euros, para acuarelas, aguadas y pasteles; a 50.000 euros, para estatuaría, libros, colecciones, medios de transporte y demás objetos; y a 150.000 euros, para cuadros.

- De 600.001 euros en adelante: 30%.

Ha de apuntarse que la calificación de este tributo como tasa implica que, en aplicación del principio de equivalencia, su importe debe tender «a cubrir el coste del servicio o de la actividad que constituya su hecho imponible»⁶¹. Aunque con carácter general, el Tribunal Supremo ha rechazado una aplicación del principio de equivalencia excesivamente estricta (admitiendo así que la equivalencia entre coste y tasa no tiene que ser total en cada ejercicio, sino razonablemente fundado en el conjunto de lo previsible⁶²), cabría plantear si en algunos casos, en función del valor de las obras de arte exportadas, ese principio no quiebra totalmente como ya se ha admitido en algunos pronunciamientos judiciales respecto de otras tasas⁶³.

En el caso de la tasa a la exportación, la probabilidad de que quiebra del principio de equivalencia es elevada cuando las obras se encuentran en el tramo superior de la tarifa. En este sentido, es llamativo el alto tipo marginal máximo aplicable en España por comparación con los existentes en otros países que también aplican una medida similar⁶⁴.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como se ha visto la fiscalidad indirecta del mercado del arte no es neutral:

- las compras directas al artista tributan a un tipo inferior que las compras a la galería;
- las compras de obras de un artista en una galería extranjera pueden quedar sometidas a un tipo inferior al 21%;
- las importaciones realizadas por coleccionistas particulares desde otros Estados miembros de la UE pueden tributar a un tipo inferior al 10%;
- la exportación de obras de arte desde otros Estados miembros de la UE no queda sometida a la tarifa aplicable en la tasa a la exportación.

61. Artículo 7 de la Ley 8/1989, de 13 de abril de Tasas y Precios Públicos.

62. Por todas, v. STS de 20 de febrero de 2009 (rec. cas. n.º 3949/2006).

63. SSTs de 9 de febrero de 2012 (rec. cas. n.º 4839/2006) y 17 de abril de 2013 (rec. cas. n.º 2901/2010).

64. Solo Polonia, con un 25%, se acercaría a ese tipo marginal máximo aplicable en España. El resto de países que tienen establecidas medidas similares, aplican tipos muy inferiores: Malta, 5%; Francia, 5%; Italia, 10% (*Moving Art – A guide to export and import of cultural goods between Russia and the European Union* (2007), Service-Public. fr – Le site officiel de l’administration française).

El Informe de 25 de febrero de 1999 sobre la situación y el papel de los artistas en la UE pedía a la Comisión *«que se realice un estudio sobre la posibilidad de armonizar a nivel comunitario los principios que rigen el trato fiscal de las obras de arte (...), especialmente en lo que se refiere al IVA»*. Esa necesidad de armonización sigue existiendo, y no sólo en lo que se refiere al IVA. Pero mientras esa armonización no se produzca, no tiene sentido que el mercado de arte español (nuestros artistas y las galerías e intermediarios que forman parte de nuestro tejido empresarial) se vea perjudicado por la falta de reacción de nuestro legislador ante las llamativas oportunidades de arbitraje fiscal que ofrecen los ordenamientos de nuestro entorno.

LEGISLACIÓN

Se consignan en esta sección las novedades legislativas o proyectos normativos en marcha que se han considerado más significativos dentro del sector del Derecho del arte en el periodo de referencia (2017-2018). Aparecen ordenados por país o área geográfica de procedencia¹.

Unión Europea²

I. IMPORTACIÓN DE BIENES CULTURALES

La preocupación de la Unión Europea («UE») por el comercio ilícito de bienes culturales procedentes de expolios es doble: de un lado la propia merma o destrucción de los yacimientos arqueológicos y los bienes en ellos encontrados, de otro el hecho de que el comercio ilícito de bienes culturales resulta ser una frecuente vía de ingresos para los grupos terroristas y la delincuencia organizada. Si bien la UE se ha dotado de normas comunes sobre la exportación de bienes culturales desde un Estado miembro, supeditándola a la obtención de un permiso previo, así como sobre la restitución de bienes culturales salidos de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, no se ha acometido todavía una armonización legislativa – aparte de dos medidas específicas para Irak y Siria – relativa a la importación de bienes culturales en el territorio de la Unión desde terceros países.

En julio de 2017, la Comisión Europea adoptó una propuesta de reglamento que tiene por objeto impedir la introducción en el territorio de la UE de bienes que hayan salido de forma ilegal desde un tercer país, con lo que se pretende combatir el tráfico de bienes culturales, privar a los terroristas de una fuente de ingresos y proteger el patrimonio cultural, especialmente los objetos arqueológicos en los países de origen afectados

1. Esta sección ha sido coordinada por Cristina RODRÍGUEZ MORCÓN y Rafael SÁNCHEZ ARISTI.
2. Esta subsección ha sido preparada por María Luisa MACÍAS ROMERO y Rafael SÁNCHEZ ARISTI.

por conflictos armados. Con este fin, propone fijar una definición común de bienes culturales en el momento de la importación; asegurarse de que los importadores actúen con diligencia al comprar bienes culturales procedentes de terceros países; establecer una información normalizada para certificar que los productos son legales; prever medidas eficaces de disuasión contra el tráfico; y promover la participación activa de las partes interesadas en la protección del patrimonio cultural. La propuesta fija una antigüedad mínima de 250 años para todas las categorías de bienes que se incluyen, aunque no un umbral económico mínimo. La futura regulación redundará en una facilitación del trabajo de las autoridades aduaneras de la UE y en una mayor seguridad jurídica para los operadores comerciales y los compradores. Sin embargo, asociaciones de marchantes de arte han expresado su preocupación por el posible impacto negativo que tendría la propuesta para el comercio de arte.

En su informe conjunto sobre la propuesta, de 27 de septiembre de 2018, la Comisión de Comercio Internacional y la Comisión de Mercado Interior y Protección de los Consumidores del Parlamento Europeo, propusieron algunas medidas para tratar de equilibrar los fines del reglamento propuesto con otros intereses en juego, evitando que el objetivo de reducir la importación ilegal de bienes culturales se convierta en una carga administrativa excesiva para los operadores y las autoridades aduaneras. En su informe, ambas comisiones recomiendan la introducción de umbrales de antigüedad diferentes en función de las categorías de bienes, así como la aplicación de umbrales financieros para determinadas categorías de bienes. También recomiendan que se tengan en cuenta las listas rojas publicadas por el Consejo Internacional de Museos a la hora de establecer criterios adicionales para los bienes culturales más vulnerables al comercio ilícito.

El 25 de octubre de 2018 el Parlamento Europeo aprobó el texto con las enmiendas en primera lectura, tras lo cual el asunto se devolvió a la comisión competente con vistas a la celebración de negociaciones interinstitucionales con el Consejo y la Comisión.

A continuación transcribimos el texto de la propuesta original presentada por la Comisión el 13 de julio de 2017.

Propuesta de
REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO
relativo a la importación de bienes culturales
2017/0158 (COD)

EL PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA,

Visto el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y en particular su artículo 207,

Vista la propuesta de la Comisión Europea,

Prevía transmisión del proyecto de acto legislativo a los parlamentos nacionales,

De conformidad con el procedimiento legislativo ordinario,

Considerando lo siguiente:

- (1) Vistas las Conclusiones del Consejo de 12 de febrero de 2016 sobre la lucha contra la financiación del terrorismo, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativa a un Plan de acción para intensificar la lucha contra la financiación del terrorismo³ y la Directiva relativa a la lucha contra el terrorismo⁴, deben adoptarse normas comunes sobre el comercio con terceros países a fin de garantizar una protección eficaz contra la pérdida de bienes culturales, la conservación del patrimonio cultural de la humanidad y la prevención de la financiación del terrorismo a través de la venta a compradores en la Unión de objetos saqueados pertenecientes al patrimonio cultural.
- (2) El patrimonio cultural constituye uno de los elementos básicos de la civilización, enriquece la vida cultural de todos los pueblos y debe por tanto gozar de protección contra la apropiación ilícita y el saqueo. En consecuencia, la Unión debe prohibir la entrada en el territorio aduanero de la Unión de bienes culturales exportados ilícitamente desde terceros países.

3. COM(2016) 50 final.

4. Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo; DO L 88 de 31.3.2017, p. 6.

- (3) Habida cuenta de que los distintos Estados miembros aplican reglas diferentes en cuanto a la entrada de bienes culturales en el territorio aduanero de la Unión, deben tomarse medidas para, en particular, garantizar que las importaciones de bienes culturales sean sometidas a controles uniformes en el momento de su entrada.
- (4) Las normas comunes deben abarcar el tratamiento aduanero de los bienes culturales que, no procediendo de la Unión, entren en su territorio aduanero, es decir, tanto su despacho a libre práctica como su inclusión en regímenes aduaneros especiales distintos del de tránsito.
- (5) Dado el conocido potencial de las zonas francas (y de los llamados «puertos francos») para el almacenamiento de bienes culturales, las medidas de control que deben instaurarse deben tener un ámbito de aplicación lo más amplio posible en cuanto a los procedimientos aduaneros afectados. Por tanto, dichas medidas de control no deben afectar únicamente a los bienes despachados a libre práctica, sino también a los bienes incluidos en regímenes aduaneros especiales. Sin embargo, un ámbito de aplicación tan amplio no debe ir en detrimento del principio de libre circulación de mercancías ni ir más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo consistente en impedir que los bienes culturales exportados ilícitamente entren en el territorio aduanero de la Unión. Por consiguiente, si bien las medidas de control han de abarcar los regímenes aduaneros especiales en que pueden incluirse los bienes que entran en el territorio aduanero de la Unión, deben excluir el tránsito.
- (6) Deben utilizarse en el Reglamento las definiciones basadas en las que se utilizan en la Convención de la Unesco sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales, firmada en París el 14 de noviembre de 1970, y en el Convenio del UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente, firmado en Roma el 24 de junio de 1995, en los que son parte un número considerable de Estados miembros, habida cuenta de la familiaridad con sus disposiciones de muchos terceros países y de la mayor parte de los Estados miembros.
- (7) La legalidad de la exportación debe examinarse en función de las disposiciones legales y reglamentarias del país en que los bienes culturales hayan sido descubiertos o creados («país de origen»).

A fin de evitar la elusión, cuando los bienes culturales entren en la Unión desde un tercer país diferente, la persona que pretende introducirlos en el territorio aduanero de la Unión debe demostrar que han sido exportados legalmente desde ese tercer país cuando este sea Estado signatario de la Convención de la UNESCO de 1970 y, por tanto, un país comprometido con la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales. En los demás casos, la persona debe probar que la exportación desde el país de origen es legal.

- (8) A fin de no obstaculizar el comercio de bienes a través de las fronteras exteriores de manera desproporcionada, el presente Reglamento debe aplicarse únicamente a los bienes que alcancen un límite de antigüedad determinado. A tal efecto, parece conveniente establecer un umbral mínimo de antigüedad de 250 años para todas las categorías de bienes culturales. Tal umbral mínimo garantizará que las medidas previstas en el presente Reglamento se centren en los bienes culturales con más probabilidades de ser objeto de saqueo en zonas de conflicto, sin excluir otros bienes cuyo control es necesario para garantizar la protección del patrimonio cultural.
- (9) El tráfico de piezas saqueadas y de antigüedades ha sido identificado como una posible fuente de financiación del terrorismo y de blanqueo de capitales en el contexto de la evaluación supranacional de los riesgos en materia de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo que afectan al mercado interior⁵.
- (10) Dado que determinadas categorías de bienes culturales, a saber, los objetos arqueológicos, los elementos de monumentos, los manuscritos raros y los incunables son particularmente vulnerables al saqueo y a la destrucción, se antoja necesario establecer un sistema de control reforzado antes de que puedan entrar en el territorio aduanero de la Unión. Tal sistema debe exigir la presentación de una licencia expedida por la administración competente del Estado miembro de entrada con anterioridad al despacho a libre práctica de los bienes o de su inclusión en un régimen aduanero especial distinto del de tránsito. Las personas que deseen obtener dicha licencia deben acreditar que la exportación desde el país de origen ha sido legal, con los documentos justificativos y las pruebas adecuados, en particular con certificados de exportación o licencias expedidas por el tercer país de exportación, títulos de propiedad, facturas,

5. Comunicación de la Comisión COM(2017) 340.

contratos de compraventa, seguros, documentos de transporte y peritajes. Las autoridades de los Estados miembros deben poder decidir, sobre la base de solicitudes completas y precisas, si expedir o no una licencia sin demora indebida.

- (11) Mediante una declaración, las personas que deseen introducir otras categorías de bienes culturales en el territorio aduanero de la Unión deben certificar que la exportación desde el tercer país es legal y asumir la responsabilidad correspondiente, además de proporcionar información suficiente para que los bienes en cuestión puedan ser identificados por parte de las autoridades aduaneras. A fin de facilitar el procedimiento y por motivos de seguridad jurídica, la información sobre el bien cultural debe aportarse empleando un documento normalizado. Para describir los bienes culturales debe hacerse uso del formulario de identificación de objetos recomendado por la UNESCO. Las administraciones aduaneras deben registrar la entrada de los bienes culturales, conservar los originales y entregar una copia de los documentos pertinentes al declarante para garantizar la trazabilidad una vez que los bienes entren en el mercado interior.
- (12) La importación temporal de bienes culturales con fines educativos, científicos o de investigación académica no debe estar sujeta a la presentación de una licencia o declaración.
- (13) El depósito de bienes culturales provenientes de países afectados por conflictos armados o catástrofes naturales debe también estar autorizado sin necesidad de presentar una licencia o declaración, con el fin de garantizar su seguridad y conservación.
- (14) Para aprovechar la experiencia adquirida con la aplicación del presente Reglamento y tener en cuenta los cambios en las circunstancias geopolíticas y de otro tipo que pongan en peligro los bienes, sin obstaculizar por ello de forma desproporcionada el comercio con terceros países, la facultad de adoptar actos con arreglo al artículo 290 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea debe delegarse en la Comisión por lo que respecta a las modificaciones del criterio de umbral mínimo de antigüedad para las diferentes categorías de bienes culturales. Dicha delegación debe también permitir a la Comisión actualizar el anexo a raíz de modificaciones introducidas en la nomenclatura combinada. Reviste especial importancia que la Comisión lleve a cabo las

consultas oportunas durante la fase preparatoria, en particular con expertos, y que esas consultas se realicen de conformidad con los principios establecidos en el Acuerdo interinstitucional sobre la mejora de la legislación de 13 de abril de 2016⁶. En particular, a fin de garantizar una participación equitativa en la preparación de los actos delegados, el Parlamento Europeo y el Consejo reciben toda la documentación al mismo tiempo que los expertos de los Estados miembros, y sus expertos tienen acceso sistemáticamente a las reuniones de los grupos de expertos de la Comisión que se ocupan de la preparación de actos delegados.

- (15) Con el fin de garantizar condiciones uniformes de aplicación del presente Reglamento, deben atribuirse competencias de ejecución a la Comisión para adoptar modalidades específicas de importación y depósito temporal de bienes culturales en el territorio aduanero de la Unión, adoptar los modelos para las solicitudes y formularios de las licencias de importación, las declaraciones del importador y su documentación adjunta, y normas de procedimiento complementarias sobre su presentación y tratamiento. También deben atribuirse a la Comisión competencias de ejecución que le permitan tomar medidas para la creación de una base de datos electrónica para el almacenamiento e intercambio de información entre Estados miembros. Dichas competencias deben *ejercerse* de conformidad con el Reglamento (UE) n.º 182/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo⁷.
- (16) Se ha de recoger información pertinente sobre los flujos comerciales de bienes culturales para apoyar la aplicación eficaz del Reglamento y proporcionar un fundamento para su futura evaluación. No es posible controlar de manera eficiente el flujo comercial de bienes culturales únicamente en función de su valor o peso, ya que estas mediciones pueden fluctuar. Es fundamental reunir información sobre el número de unidades declaradas. Dado que, en la nomenclatura combinada, no se especifica medición complementaria alguna para los bienes culturales, es necesario exigir la declaración del número de unidades.

6. DO L 123 de 12.5.2016, p. 1.

7. Reglamento (UE) n.º 182/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por el que se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión (DO L 55 de 28.2.2011, p. 13).

- (17) La estrategia y el plan de acción de la UE para la gestión de los riesgos aduaneros⁸ pretende, entre otras cosas, reforzar las capacidades de las autoridades aduaneras para aumentar la respuesta frente a los riesgos en el ámbito de los bienes culturales. Debe utilizarse el marco común de gestión de riesgos establecido en el Reglamento (UE) n.º 952/2013, y las autoridades aduaneras han de compartir entre ellas la información pertinente sobre el riesgo.
- (18) Los Estados miembros deben introducir sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias para los casos de incumplimiento de las disposiciones del presente Reglamento y comunicar dichas sanciones a la Comisión.
- (19) Debe concederse a la Comisión tiempo suficiente para adoptar normas de desarrollo del presente Reglamento, especialmente las relativas a los formularios apropiados para la solicitud de licencias de importación o para la preparación de una declaración del importador. Por consiguiente, conviene aplazar la aplicación del presente Reglamento.
- (20) De acuerdo con el principio de proporcionalidad establecido en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea, el presente Reglamento no excede de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.
- (21) El presente Reglamento respeta los derechos fundamentales y observa los principios previstos en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y recogidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular en su título II.

HAN ADOPTADO EL PRESENTE REGLAMENTO:

Artículo 1

Objeto y ámbito de aplicación

El presente Reglamento establece las condiciones y el procedimiento de entrada de bienes culturales en el territorio aduanero de la Unión.

No resultará de aplicación a los bienes culturales que se encuentren en tránsito por el territorio aduanero de la Unión.

8. COM/2014/0527 final: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la estrategia y el plan de acción de la UE para la gestión de los riesgos aduaneros.

Artículo 2

Definiciones

1. A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por:

a) «bienes culturales»: cualquier objeto que revista importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia, que pertenezca a las categorías enumeradas en el cuadro del anexo y que cumpla el requisito de antigüedad mínima en él especificado;

b) «país de origen»: el país en cuyo territorio actual hayan sido creados o descubiertos los bienes culturales;

c) «país de exportación»: el último país en el que se encontraban los bienes culturales de forma permanente con arreglo a las disposiciones legales y reglamentarias vigentes en ese país antes de su expedición a la Unión;

d) «de forma permanente»: durante un periodo de tiempo de al menos un mes y con fines distintos del uso temporal, el tránsito, la exportación o la expedición;

e) «despacho a libre práctica»: el régimen aduanero al que se refiere el artículo 201 del Reglamento (UE) n.º 952/2013;

f) «inclusión en un régimen aduanero especial distinto del de tránsito»: la inclusión de bienes en uno de los regímenes aduaneros especiales contemplados en el artículo 210, letras b), c), o d), del Reglamento (UE) n.º 952/2013;

e) «titular de las mercancías»: la persona a la que se refiere el artículo 5, apartado 34, del Reglamento (UE) n.º 952/2013;

h) «declarante»: la persona a la que se refiere el artículo 5, apartado 15, del Reglamento (UE) n.º 952/2013;

2. La Comisión estará facultada para adoptar actos delegados con arreglo al artículo 12 con el fin de modificar el texto de la segunda columna del cuadro que figura en el anexo a raíz de modificaciones en la nomenclatura combinada, así como para modificar el umbral mínimo de antigüedad establecido en el texto de la tercera columna del cuadro que figura en el anexo en función de la experiencia adquirida en la aplicación del presente Reglamento.

Artículo 3

Introducción de bienes culturales en el territorio aduanero de la Unión

1. El despacho a libre práctica de bienes culturales y la inclusión de estos en regímenes aduaneros especiales distintos del de tránsito se permitirán únicamente previa presentación de una licencia de importación expedida de conformidad con el artículo 4 o de una declaración del importador realizada con arreglo al artículo 5.

2. El apartado 1 no será aplicable a:

- a) la importación temporal a tenor del artículo 250 del Reglamento (UE) n.º 952/2013, en el territorio aduanero de la Unión, de bienes culturales con fines educativos, científicos y de investigación académica;
- b) el depósito, a tenor del artículo 237 del Reglamento (UE) n.º 952/2013, de bienes culturales con la finalidad expresa de garantizar su conservación por parte de una autoridad pública o bajo su supervisión.

3. La Comisión podrá adoptar, mediante actos de ejecución, modalidades específicas para la importación temporal o el depósito de los bienes culturales a los que se refiere el apartado 2. Dichos actos de ejecución se adoptarán de conformidad con el procedimiento de examen a que se refiere el artículo 13.

4. El apartado 1 se entenderá sin perjuicio de otras medidas adoptadas por la Unión de conformidad con el artículo 215 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Artículo 4

Licencia de importación

1. El despacho a libre práctica y la inclusión en un régimen especial distinto del de tránsito en la Unión de los bienes culturales a los que se refieren las letras c), d) y h) del anexo estarán supeditados a la presentación de una licencia de importación a las autoridades aduaneras.

2. El titular de las mercancías solicitará una licencia de importación a la autoridad competente del Estado miembro de entrada. La solicitud deberá ir acompañada de todos los documentos y la información necesarios para acreditar que los bienes culturales de que se trate han sido exportados desde el país de origen con arreglo a sus disposiciones legales y reglamentarias. No obstante, en los casos en que el país de exportación sea parte contratante en la Convención de la Unesco sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de

propiedad ilícitas de bienes culturales, firmada en París el 14 de noviembre de 1970 (en lo sucesivo, la «Convención de la UNESCO de 1970»), la solicitud deberá ir acompañada de todos los documentos y la información necesarios para acreditar que los bienes culturales han sido exportados desde este país con arreglo a sus disposiciones legales y reglamentarias.

3. La autoridad competente del Estado miembro de entrada comprobará que la solicitud esté completa. Pedirá toda la información o los documentos que falten al solicitante en un plazo de 30 días desde la recepción de la solicitud.

4. En un plazo de 90 días a partir de la presentación de la solicitud completa, la autoridad competente examinará la solicitud y decidirá si expedir la licencia de importación o denegar la solicitud. Podrá denegar la solicitud por los motivos siguientes:

a) cuando el país de exportación no sea parte contratante en la Convención de la UNESCO de 1970 y no se haya acreditado que los bienes culturales fueron exportados del país de origen con arreglo a sus disposiciones legales y reglamentarias;

b) cuando el país de exportación sea parte contratante en la Convención de la UNESCO de 1970 y no se haya acreditado que los bienes culturales fueron exportados desde el país de exportación con arreglo a sus disposiciones legales y reglamentarias;

c) la autoridad competente tenga motivos razonables para creer que el titular de las mercancías no las adquirió legalmente.

5. Los Estados miembros designarán a las autoridades públicas competentes para la expedición de licencias de importación con arreglo al presente artículo. Comunicarán a la Comisión los datos de dichas autoridades y los cambios que les afecten.

La Comisión publicará los datos de dichas autoridades competentes y los cambios que les afecten en la serie C del *Diario Oficial de la Unión Europea*.

6. La Comisión podrá establecer, mediante actos de ejecución, el modelo para las solicitudes de licencia de importación, así como las normas de procedimiento sobre la presentación y tramitación de tales solicitudes. Dichos actos de ejecución se adoptarán de conformidad con el procedimiento de examen a que se refiere el artículo 13.

Artículo 5

Declaración del importador

1. El despacho a libre práctica y la inclusión en un régimen especial distinto del de tránsito en la Unión de los bienes culturales a los que se refieren las letras a), b), e), f), g), i), j), k) y l) del anexo estarán supeditados a la presentación de una declaración del importador a las autoridades aduaneras del Estado miembro de entrada.

2. La declaración del importador deberá contener una declaración firmada por el titular de las mercancías de que estas han sido exportadas desde el país de origen con arreglo a sus disposiciones legales y reglamentarias. No obstante, en los casos en que el país de exportación sea parte contratante en la Convención de la UNESCO sobre los bienes culturales, la declaración del importador deberá contener una declaración firmada por el titular de las mercancías de que estas han sido exportadas desde este país con arreglo a sus disposiciones legales y reglamentarias.

La declaración del importador deberá incluir un documento normalizado que describa los bienes culturales en cuestión de forma suficientemente detallada para que puedan ser identificados por las autoridades aduaneras.

3. La Comisión podrá establecer, mediante actos de ejecución, el modelo para las declaraciones del importador, así como las normas de procedimiento sobre la presentación y tramitación de tales declaraciones. Dichos actos de ejecución se adoptarán de conformidad con el procedimiento de examen a que se refiere el artículo 13.

Artículo 6

Controles y comprobaciones aduaneros

1. La licencia de importación a la que se refiere el artículo 4 o la declaración del importador a la que hace referencia el artículo 5, según el caso, deberán presentarse en la aduana competente para el despacho a libre práctica de los bienes culturales o su inclusión en un régimen especial distinto del de tránsito.

2. En el caso de bienes culturales para cuya introducción en el territorio aduanero de la Unión se requiera la expedición de una licencia de exportación, las autoridades aduaneras deberán comprobar que la licencia de importación corresponde a los bienes presentados. A tal efecto, podrán examinar físicamente los bienes culturales y llevar a cabo peritajes.

3. En el caso de bienes culturales para cuya introducción en el territorio aduanero de la Unión se requiera una declaración del importador, las administraciones aduaneras deberán comprobar que la declaración del importador cumple con los requisitos establecidos en el artículo 5 o en virtud de este y que corresponde a los bienes presentados. A tal efecto, podrán exigir del declarante información adicional, examinar físicamente los bienes culturales y llevar a cabo peritajes. Deberán registrar la declaración del importador asignándole un número de serie y una fecha de inscripción en el registro y entregarán al declarante, en el momento del levante de las mercancías, una copia de la declaración del importador inscrita en el registro.

4. Al presentar una declaración para el despacho a libre práctica de bienes culturales o para su inclusión en un régimen especial distinto del de tránsito, deberá indicarse la cantidad de los productos empleando la unidad suplementaria establecida en el anexo.

Artículo 7

Aduanas competentes

Cuando los Estados miembros limiten el número de aduanas facultadas para el despacho a libre práctica de bienes culturales o incluirlos en regímenes especiales distintos del de tránsito, deberán comunicar a la Comisión los datos de estas aduanas y los cambios a este respecto.

La Comisión publicará los datos de dichas aduanas competentes y los cambios que les afecten en la serie C del *Diario Oficial de la Unión Europea*.

Artículo 8

Retención temporal por parte de las autoridades aduaneras

1. Las autoridades aduaneras deberán incautar y retener temporalmente los bienes culturales introducidos en el territorio aduanero de la Unión en aquellos casos en que los bienes culturales de que se trate hayan entrado en el territorio aduanero de la Unión sin cumplir las condiciones establecidas en el artículo 3, apartados 1 y 2.

2. La decisión administrativa mencionada en el apartado 1 deberá acompañarse de una motivación, comunicarse al declarante y ser impugnada mediante un recurso efectivo de conformidad con los procedimientos previstos en la legislación nacional.

3. El periodo de retención temporal estará limitado al tiempo estrictamente necesario para que las autoridades aduaneras, judiciales o policiales determinen si las circunstancias del caso justifican la retención en virtud de otras disposiciones de la Unión o del Derecho nacional. El periodo máximo de retención temporal en virtud del presente artículo será de seis meses. En caso de que no se adopte decisión alguna sobre la prórroga del periodo de retención de los bienes culturales en el plazo fijado, o de que se determine que las circunstancias del caso no justifican una prórroga de la retención, los bienes culturales se pondrán a disposición del declarante.

Artículo 9

Cooperación administrativa

1. A efectos de la aplicación del presente Reglamento, los Estados miembros velarán por la cooperación entre las autoridades competentes a las que se refiere el artículo 3, apartado 4.

2. Podrá desarrollarse un sistema electrónico para el almacenamiento y el intercambio de información entre las autoridades de los Estados miembros, en particular en lo que respecta a las declaraciones del importador y las licencias de importación.

3. La Comisión podrá establecer, mediante actos de ejecución:

a) las disposiciones necesarias para la creación, el funcionamiento y el mantenimiento del sistema electrónico al que se hace referencia en el apartado 2;

b) las normas detalladas relativas al almacenamiento y el intercambio de información entre las autoridades de los Estados miembros a través del sistema electrónico al que se hace referencia en el apartado 2.

Estos actos de ejecución se adoptarán de conformidad con el procedimiento a que se refiere el artículo 13.

Artículo 10

Sanciones

Los Estados miembros establecerán las normas relativas a las sanciones aplicables a las infracciones de los artículos 3, 4 y 5 y, en particular, a la realización de declaraciones falsas y la presentación de información falsa para obtener la entrada de bienes culturales en el territorio aduanero de la Unión, y tomará las medidas necesarias para garantizar su aplicación. Tales sanciones serán efectivas, proporcionadas y disuasorias. Los Estados

miembros notificarán a la Comisión dichas normas y medidas a más tardar en un plazo de dieciocho meses desde la entrada en vigor del Reglamento y le comunicarán sin demora cualquier modificación posterior que les afecte.

Artículo 11

Formación, desarrollo de las capacidades y sensibilización

Los Estados miembros deberán organizar actividades de formación y de desarrollo de las capacidades para garantizar una aplicación efectiva del presente Reglamento por parte de las autoridades competentes. Podrán recurrir a campañas de sensibilización para sensibilizar en particular a los compradores de bienes culturales.

Artículo 12

Ejercicio de la delegación

1. Se otorgan a la Comisión los poderes para adoptar actos delegados en las condiciones establecidas en el presente artículo.

2. Los poderes para adoptar los actos delegados a que se refiere el artículo 2, apartado 2, se otorgan a la Comisión por tiempo indefinido a partir del [...]. [Publications Office is to fill in the date of entry into force of this Act].

3. La delegación de poderes mencionada en el artículo 2, apartado 2, podrá ser revocada en cualquier momento por el Parlamento Europeo o por el Consejo. La Decisión de revocación pondrá término a la delegación de los poderes que en ella se especifiquen. La Decisión surtirá efecto al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* o en una fecha posterior indicada en la misma. No afectará a la validez de los actos delegados que ya estén en vigor.

4. Antes de la adopción de un acto delegado, la Comisión consultará a los expertos designados por cada Estado miembro de conformidad con los principios establecidos en el Acuerdo interinstitucional sobre la mejora de la legislación de 13 de abril de 2016.

5. Tan pronto como la Comisión adopte un acto delegado lo notificará simultáneamente al Parlamento Europeo y al Consejo.

6. Los actos delegados adoptados en virtud del artículo 2, apartado 2, entrarán en vigor únicamente si, en un plazo de dos meses desde su notificación al Parlamento Europeo y al Consejo, ni el Parlamento Europeo ni el Consejo formulan objeciones o si, antes del vencimiento de dicho plazo, tanto el uno como el otro informan a la Comisión de que no las formularán.

El plazo se prorrogará dos meses a iniciativa del Parlamento Europeo o del Consejo.

Artículo 13

Procedimiento de comité

1. La Comisión estará asistida por el comité creado en virtud del artículo 8 del Reglamento (CE) n.º 116/2009 del Consejo⁹.

2. En los casos en que se haga referencia al presente artículo, será de aplicación el artículo 5 del Reglamento (UE) n.º 182/2011.

Artículo 14

Informes y evaluación

1. Los Estados miembros facilitarán a la Comisión información sobre la aplicación del presente Reglamento. Esta información incluirá, en particular:

- a) información estadística sobre las declaraciones del importador registradas;
- b) información sobre las infracciones del presente Reglamento;
- c) el número de solicitudes de licencias de importación presentadas y el número de solicitudes de licencias de importación denegadas;
- d) información estadística pertinente sobre el comercio de bienes culturales;
- e) el número de casos en que se haya retenido bienes culturales y
- f) el número de casos en que se haya abandonado bienes culturales en beneficio del Estado con arreglo al artículo 199 del Reglamento (UE) n.º 952/2013.

A tal fin, la Comisión enviará los cuestionarios pertinentes a los Estados miembros. Los Estados miembros tendrán seis meses para comunicar la información solicitada a la Comisión.

2. La Comisión presentará un informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación del presente Reglamento tres años después de la fecha de entrada en vigor de este y, posteriormente, cada cinco años.

9. Reglamento (CE) n.º 116/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la exportación de bienes culturales (DO L 39 de 10.2.2009, p. 1).

*Artículo 15***Entrada en vigor**

El presente Reglamento entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*.

Se aplicará a partir del 1 de enero de 2019.

El presente Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

Hecho en Bruselas, el

Por el Parlamento Europeo
El Presidente

Por el Consejo
El Presidente

ANEXO

**Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo
relativo a la importación de bienes culturales
Bienes culturales a los que se refiere el artículo 2, apartado 1**

Categorías de bienes culturales	Capítulo, partida o subpartida de la nomenclatura combinada (NC)	Umbral mínimo de antigüedad	Unidades suplementarias
a) Colecciones y ejemplares raros de zoología, botánica, mineralogía y anatomía, y objetos de interés paleontológico;	ex 9705	más de 250 años de antigüedad	número de unidades (p/st)
b) objetos relacionados con la historia, incluidas la historia de la ciencia y la tecnología y la historia militar y social, con la vida de dirigentes, pensadores, sabios y artistas nacionales y con los acontecimientos de importancia nacional;	ex 9705	más de 250 años de antigüedad	número de unidades (p/st)

Categorías de bienes culturales	Capítulo, partida o subpartida de la nomenclatura combinada (NC)	Umbral mínimo de antigüedad	Unidades suplementarias
c) bienes procedentes de excavaciones arqueológicas tanto legales como clandestinas o de descubrimientos arqueológicos en tierra o subacuáticos;	ex 9705; ex 9706	más de 250 años de antigüedad	número de unidades (p/st)
d) elementos procedentes de la desmembración de monumentos artísticos o históricos o de lugares de interés arqueológico;	ex 9705; ex 9706	más de 250 años de antigüedad	número de unidades (p/st)
e) antigüedades, tales como inscripciones, monedas y sellos grabados.	ex 9706	más de 250 años de antigüedad	número de unidades (p/st)
f) objetos de interés etnológico;	ex 9705	más de 250 años de antigüedad	número de unidades (p/st)
g) objetos de interés artístico, tales como:	/	/	/
i) cuadros, pinturas y dibujos realizados íntegramente a mano sobre cualquier tipo de soporte y de cualquier material, con exclusión de los dibujos y modelos industriales y de los artículos manufacturados decorados a mano;	ex 9701	más de 250 años de antigüedad	número de unidades (p/st)
ii) obras originales del arte estatuario y de escultura de cualquier material;	ex 9703	más de 250 años de antigüedad	número de unidades (p/st)
iii) grabados, estampas y litografías originales;	ex capítulo 49; ex 9702;	más de 250 años de antigüedad	número de unidades (p/st)
iv) conjuntos y montajes artísticos originales de cualquier material;	ex 9701	más de 250 años de antigüedad	número de unidades (p/st)

Categorías de bienes culturales	Capítulo, partida o subpartida de la nomenclatura combinada (NC)	Umbral mínimo de antigüedad	Unidades suplementarias
h) manuscritos raros e incunables,	ex 9702; ex 9706; ex 4901 10 y ex 4901 99; ex 4904; ex 4905 91 y ex 4905 99; ex 4906	más de 250 años de antigüedad	número de unidades (p/st)
i) libros, documentos y publicaciones antiguos de interés especial, sueltos o en colecciones;	ex 9705; ex 9706	más de 250 años de antigüedad	número de unidades (p/st)
j) sellos de correo, sellos fiscales y análogos, sueltos o en colecciones;	ex 9704	más de 250 años de antigüedad	número de unidades (p/st)
k) archivos, incluidos los fonográficos, fotográficos y cinematográficos;	ex 3704; ex 3705; ex 3706; ex 4901; ex 4906; ex 9705; ex 9706	más de 250 años de antigüedad	número de unidades (p/st)
l) objetos de mobiliario e instrumentos de música antiguos.	ex 9706	más de 250 años de antigüedad	número de unidades (p/st)

II. RESTITUCIÓN DE OBRAS DE ARTE Y BIENES CULTURALES SAQUEADOS EN CONFLICTOS ARMADOS Y GUERRAS

Las obras de arte y los bienes culturales saqueados en los conflictos armados o en las guerras son objeto de un tráfico transfronterizo, lo cual origina importantes desafíos legales a la hora de articular reclamaciones de restitución, pues se refieren a diversas jurisdicciones nacionales, con diferentes normas de aplicación y requisitos legales fragmentados e insuficientemente definidos en los instrumentos legales internacionales y europeos.

En ese contexto, la Resolución del Parlamento Europeo que a continuación transcribimos identifica las debilidades existentes en el sistema legal de la UE para la tramitación de reclamaciones de restitución de obras de arte y bienes culturales saqueados en conflictos armados y guerras, y esboza las posibles medidas legislativas que podrían tomarse a nivel de la UE las cuales podrían generar un avance, en el sentido de promover la simplificación y armonización del sistema legal en este campo. La Resolución insta a la Comisión a promover un sistema de catalogación, para ser utilizado también por entidades públicas y colecciones de arte privadas, que permita recopilar datos sobre la situación de los bienes culturales saqueados, robados u obtenidos ilegalmente y el estado exacto de las reclamaciones existentes, así como apoyar proyectos de digitalización para establecer nuevas bases de datos o conectar las existentes de cara a facilitar el intercambio de datos y la investigación sobre la procedencia de los objetos culturales. Asimismo, se insta a la Comisión a armonizar las normas sobre investigación de la procedencia de los bienes culturales, incorporando algunos de los principios básicos de la Convención UNIDROIT de 1995 sobre objetos culturales robados o exportados ilegalmente. El Parlamento sugiere desarrollar principios comunes sobre el acceso a archivos públicos o privados que contengan información sobre la identificación y ubicación de los bienes y la creación de una base de datos central que tenga en cuenta la información disponible, que se actualice periódicamente y a la que todos los actores relevantes puedan tener acceso.

La iniciativa había partido, en el marco del procedimiento de comisiones asociadas (art. 54 del Reglamento interno), de la Opinión de la Comisión de Cultura y Educación del Parlamento Europeo, de 28 de junio de 2018, dirigida a la Comisión de Asuntos Jurídicos (ponente N. Chountis), la cual fue seguida del Proyecto de Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos, aprobado el 5 de noviembre de 2018 (ponente P. Svoboda). Tras la fase de

enmiendas, el 13 de diciembre de 2018 se aprobó el Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos, el cual fue elevado al Pleno del Parlamento Europeo para la aprobación definitiva de la Resolución, la cual tuvo lugar en la sesión plenaria celebrada el día 17 de enero de 2019 por 544 votos a favor, 62 en contra y 20 abstenciones.

P8 TA-PROV (2019) 0037

Solicitudes transfronterizas de restitución de obras de arte y bienes culturales saqueados en conflictos armados y guerras

Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de enero de 2019, sobre solicitudes transfronterizas de restitución de obras de arte y bienes culturales saqueados en conflictos armados y guerras (2017/2023(INI))

El Parlamento Europeo,

- Vista la Convención de la Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y su segundo Protocolo de marzo de 1999,
- Vista su Resolución, de 14 de diciembre de 1995, sobre la restitución de los bienes confiscados a las comunidades judías la restitución de los bienes confiscados a las comunidades judías¹⁰, y su Resolución, de 16 de julio de 1998, sobre la devolución de los bienes de las víctimas del Holocausto¹¹,
- Visto el paquete de medidas adoptado en diciembre de 2016 para reforzar la capacidad de la UE para combatir la financiación del terrorismo y la delincuencia organizada, en cumplimiento de los compromisos formulados en el Plan de Acción contra la financiación del terrorismo de 2 de febrero de 2016 (COM(2016)0050), y la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2017, relativa a la importación de bienes culturales (COM(2017)0375),
- Vista su Resolución, de 30 de abril de 2015, sobre la destrucción de lugares de interés cultural perpetrada por el EI/Dáesh¹²,

10. DO C 17 de 22.1.1996, p. 199.

11. DO C 292 de 21.9.1998, p. 166.

12. DO C 346 de 21.9.2016, p. 55.

- Visto el Convenio del UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente, de 24 de junio de 1995,
- Vista la Directiva 2014/60/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro¹³,
- Visto el artículo 1 del Protocolo n.º 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos,
- Visto el artículo 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,
- Visto el Reglamento (CE) n.º 116/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la exportación de bienes culturales¹⁴,
- Visto el Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil¹⁵, y en particular su artículo 7, apartado 4.
- Vista su Resolución, de 17 de diciembre de 2003, sobre un marco jurídico para la libre circulación de bienes en el mercado interior cuyo título de propiedad es susceptible de ser cuestionado¹⁶,
- Visto el estudio de 2016 de su Dirección General de Políticas Interiores sobre las solicitudes transfronterizas de restitución de obras de arte saqueadas en conflictos armados y guerras y alternativas a las acciones judiciales,
- Visto el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y por la que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)¹⁷,
- Vista la Convención de la UNESCO sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y

13. DO L 159 de 28.5.2014, p. 1.

14. DO L 39 de 10.2.2009, p. 1.

15. DO L 351 de 20.12.2012, p. 1.

16. DO C 91E de 15.4.2004, p. 500.

17. DO L 119 de 4.5.2016, p. 1.

la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales, de 14 de noviembre de 1970,

- Vista la Resolución del Consejo 14232/12, de 4 de octubre de 2012, sobre la creación de una red informal de autoridades de las fuerzas de seguridad y de especialistas competentes en el ámbito de los bienes culturales (EU CULTNET),
- Visto el artículo 52 de su Reglamento interno,
- Visto el informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos y la opinión de la Comisión de Cultura y Educación (A8-0465/2018),

A. Considerando que, según Interpol, el mercado negro de obras de arte se está convirtiendo en un mercado tan lucrativo como el de drogas, armas y artículos falsificados;

B. Considerando que, según la evaluación de impacto de la propuesta de la Comisión de Reglamento relativo a la importación de bienes culturales, entre el 80 y el 90 % de las ventas de antigüedades a nivel mundial son de artículos de procedencia ilícita;

C. Considerando que el patrimonio cultural constituye uno de los elementos básicos de la civilización, entre otras cosas, por su valor simbólico y por representar la memoria cultural de la humanidad que une a los pueblos; que, en los últimos años, se ha cometido una serie de delitos contra el patrimonio cultural mundial por parte de facciones beligerantes y grupos terroristas en todo el mundo y que se están vendiendo e importando a la Unión, procedentes de determinados terceros países, valiosas obras de arte, esculturas y objetos arqueológicos, cuyos beneficios podrían estar utilizándose para financiar actividades terroristas; que es fundamental un compromiso firme frente al comercio ilegal de bienes culturales –como por ejemplo obras de arte– robados durante los conflictos bélicos armados y las guerras en Libia, Siria e Irak; que los bienes culturales revisten una gran importancia desde el punto de vista cultural, artístico, histórico y científico y deben ser protegidos frente a la apropiación ilícita y el saqueo;

D. Considerando que, poco tiempo después del final de la Segunda Guerra Mundial, se intentó localizar y devolver a sus países de origen bienes saqueados;

E. Considerando que la restitución de objetos comercializados, excavados u obtenidos de forma ilegal debe garantizarse, conforme al compromiso de

la Unión de llevar a cabo procesos justos y compensar a las víctimas, así como a la Constitución de la UNESCO y sus convenios sobre protección del patrimonio;

F. Considerando que los principios de la Conferencia de Washington sobre Arte Confiscado por los Nazis, el Foro de Vilna y la Declaración de Terezín sobre los bienes de la era del Holocausto y cuestiones conexas han hecho hincapié en la importancia de proceder a la restitución de bienes inmuebles personales; que el número de obras de arte que han sido restituidas desde la Conferencia de Washington se estima que se sitúa entre 1 000 y 2 000¹⁸; que no existe una lista completa de las obras de arte restituidas en los últimos años;

G. Considerando que aún hay obras de arte desaparecidas y a la espera de ser devueltas a sus legítimos propietarios o a sus herederos; que en la Conferencia de Washington de 1998 Jonathan Petropoulos calculó que quizás en toda Europa se habían robado alrededor de 650 000 obras de arte, y Ronald Lauder señaló que en aquel momento (1998) seguían sin aparecer 11 000 piezas de arte por valor de entre 10 000 y 30 000 millones de dólares; que la Claims Conference – WJRO responde, en general, que no hay cifras rigurosas: que se robaron aproximadamente 650 000 obras de arte, de las cuales quizás 100 000 siguen sin aparecer;

H. Considerando que los litigantes siguen encarando problemas jurídicos debido, por una parte, a la naturaleza, a menudo muy específica, de sus reclamaciones y, por otra, a la expiración de las leyes sobre restitución aprobadas tras la guerra, la no retroactividad de las normas de los convenios, la ausencia de una definición relativa a «obra de arte» saqueada, las disposiciones relativas a la prescripción de las reclamaciones o las disposiciones sobre usucapión y la buena fe;

I. Considerando que las solicitudes de restitución de obras de arte y bienes culturales saqueados se han abordado principalmente a través del Derecho internacional público; que es necesario complementar estas normas con otras más estrictas de derecho internacional privado;

J. Considerando que el escaso desarrollo de la dimensión del derecho privado, tanto a nivel europeo como internacional, contribuye a la incertidumbre jurídica en los casos transfronterizos de restitución de obras

18. Según la «Claims Conference» (Conferencia sobre Reclamaciones) – Iniciativa de la WJRO (World Jewish Restitution Organization) (Organización Mundial Judía de Restitución) sobre los bienes artísticos y culturales confiscados.

de arte y bienes culturales saqueados, no solo respecto a las transacciones ya realizadas de arte expoliado por los nazis, sino también respecto a futuros casos;

K. Considerando que no existe ninguna legislación de la Unión que regule de forma explícita y exhaustiva las solicitudes de restitución de las obras de arte y los bienes culturales expoliados por particulares durante conflictos armados;

L. Considerando que la UNESCO, en colaboración con grandes casas de subastas, museos y coleccionistas de renombre en Europa, está llevando a cabo una labor de investigación acerca de la procedencia de estas obras de arte a fin de poder restituirlas a sus propietarios;

M. Considerando que para completar la base de datos de la Interpol sobre bienes robados, el Consejo Internacional de Museos (ICOM) publica desde hace más de una década listas rojas en las que se identifican las categorías de objetos vulnerables al tráfico ilegal;

1. Lamenta que, hasta la fecha, no se haya realizado prácticamente ningún seguimiento de su Resolución sobre un marco jurídico para la libre circulación dentro del mercado interior de los bienes cuya propiedad pueda impugnarse, en la que el Parlamento pide a la Comisión que realice un estudio sobre una serie de aspectos relacionados con las normas de Derecho civil y procesal, la investigación sobre la procedencia, los sistemas de catalogación, los mecanismos alternativos de resolución de conflictos y el valor de la creación de una autoridad transfronteriza de coordinación administrativa; que el artículo 81, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea podría servir de base jurídica para conferir competencias a la Unión en este ámbito;

2. Subraya que el saqueo de obras de arte y otros bienes culturales durante los conflictos armados y las guerras, y también en tiempo de paz, es una importante preocupación compartida que se ha de abordar desde el punto de vista tanto de la prevención como de la restitución de los bienes culturales saqueados, con el fin de proteger y garantizar la integridad del patrimonio cultural y la identidad de las sociedades, las comunidades, los grupos y los individuos;

3. Señala que no se ha prestado suficiente atención a escala de la Unión a la restitución de obras de arte y bienes culturales expoliados, robados u obtenidos de forma ilícita, entre otras cosas, en conflictos armados, en

particular en los ámbitos del Derecho privado, el Derecho internacional privado y el procedimiento civil; pide, por tanto, a la Comisión que proteja, fomenta y apoye las solicitudes transfronterizas de restitución de los activos culturales desplazados y malversados como consecuencia de actos de pillaje sancionados por el Estado y expoliados en conflictos armados; invita, en este sentido, a la Comisión a que elabore recomendaciones y orientaciones con vistas a promover en los Estados miembros la necesidad de apoyar a las instituciones nacionales en los casos de restitución;

4. Subraya que instituciones como la UNESCO y la Interpol piden el refuerzo de la protección del patrimonio cultural y la responsabilización de los Estados para la adopción de disposiciones que faciliten las restituciones;

5. Lamenta que no existan estadísticas fiables sobre la escala precisa del expolio y el tráfico ilícito de bienes culturales; pide a la Comisión y a los Estados miembros que elaboren estadísticas fiables en este ámbito;

6. Expresa su preocupación por que las iniciativas políticas y legislativas más actuales se centren exclusivamente en el Derecho público, administrativo o penal; destaca que, para poder establecer un marco normativo integral, debe tenerse mucho más en cuenta el Derecho privado; pide a las autoridades competentes que adopten todas las medidas e iniciativas adecuadas para este fin;

7. Considera que se necesita investigar más para arrojar luz en el oscuro ámbito del tráfico ilícito de bienes culturales y para obtener más información sobre su escala, estructura y tamaño, como es por ejemplo el caso del proyecto ILLICID que se está desarrollando actualmente en Alemania;

8. Acoge con satisfacción el reconocimiento por parte de algunos Estados miembros de que los problemas únicos asociados a las solicitudes de restitución de obras de arte y bienes culturales saqueados, robados u obtenidos ilegalmente durante conflictos armados y guerras deben abordarse para llegar a soluciones jurídicas que garanticen los derechos de propiedad de los particulares, organismos estatales y locales y asociaciones religiosas injustamente desposeídos de sus obras de arte durante conflictos bélicos armados y guerras;

9. Subraya la importancia de una concienciación colectiva para denunciar estas prácticas ilegales y recuerda que cada objeto arrebatado a su propietario representa un valor histórico y científico que se pierde para siempre;

10. Señala que la forma más eficiente de luchar contra el tráfico de bienes culturales y obras de arte, así como de apoyar su restitución es fomentar el desarrollo de prácticas leales en el ámbito del comercio y la restitución de obras de arte desde una perspectiva transnacional y mundial, con efecto tanto en lo que se refiere al fin disuasorio como al coercitivo o punitivo;

11. Considera que para disponer de un conjunto de normas que puedan impedir eficazmente el saqueo y el comercio ilegal de obras de arte y bienes culturales, y para lograr un mercado mundial del arte que sea totalmente transparente, responsable y ético, la Comisión debe buscar la cooperación con terceros países con miras a establecer asociaciones fructíferas, teniendo en cuenta los principios establecidos en el Convenio de Unidroit, de 1995, sobre bienes culturales robados o exportados ilícitamente;

12. Considera que una intervención legislativa a nivel de la Unión, incluida la dimensión de derecho privado internacional, sería apropiada solo para las transacciones futuras;

13. Considera que es hora de poner fin a años de circunloquios y matices si se quiere crear un mercado europeo del arte responsable y ético; insta a la Comisión, a este respecto, a que defina medidas de Derecho civil para ayudar a superar los difíciles problemas a que se enfrentan las partes privadas que buscan la restitución de las obras de arte que verdaderamente les pertenecen; invita, al mismo tiempo, a la Comisión a que elabore un nuevo marco de debate con vistas a identificar las mejores prácticas y soluciones tanto en el presente como para el futuro;

14. Acoge con satisfacción la propuesta de Reglamento relativo a la importación de bienes culturales, presentada por la Comisión, así como las enmiendas a la misma aprobadas por el Parlamento el 25 de octubre de 2018¹⁹; subraya, en vista del alcance mundial del mercado del arte y del número de objetos en manos privadas, la necesidad de nuevos esfuerzos en materia de restitución transfronteriza de obras de arte y bienes culturales saqueados en conflictos armados y guerras; pone de relieve que la investigación sobre la procedencia y la cooperación europea han resultado útiles en la identificación y posterior restitución de objetos saqueados, impidiendo en algunos casos la financiación de grupos terroristas o guerras;

15. Lamenta que, debido a la ausencia de normas, a la laxitud de estas o a las diferentes normas entre los Estados miembros relativas a la investigación de la procedencia y la diligencia debida, muchas solicitudes de restitución

19. Textos Aprobados, P8_TA(2018)0418.

transfronteriza no puedan llevarse a cabo de forma eficaz y coordinada, lo que puede fomentar el saqueo y el tráfico ilícito e incentivar el contrabando; señala que, debido a la falta de normas comunes, el procedimiento aplicable a menudo sigue sin estar claro para todos los interesados, como museos, marchantes de arte, coleccionistas, turistas y viajeros; pide, por consiguiente, a la Comisión que armonice las normas relativas a la investigación sobre la procedencia e incorpore algunos de los principios básicos del Convenio de UNIDROIT, de 1995, sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente;

16. Hace hincapié en la necesidad urgente de promover activamente el recurso sistemático a la investigación de calidad e independiente sobre la procedencia, con el fin de identificar las obras de arte saqueadas, facilitar la restitución a sus propietarios legítimos y conseguir un mercado plenamente transparente, responsable y ético, así como impedir de forma eficaz el pillaje y el tráfico de bienes artísticos y culturales procedentes de conflictos armados y guerras; señala las posibilidades que ofrecen los instrumentos financieros europeos en este sentido; pide a la Comisión y a los Estados miembros que promuevan y respalden programas especiales de formación en investigación sobre la procedencia a escala de la Unión y nacional, con el fin de permitir en particular que los encargados de combatir el tráfico ilícito de bienes culturales desarrollen y mejoren sus conocimientos especializados, también a través de proyectos transfronterizos;

17. Considera que la investigación sobre la procedencia está estrechamente ligada a la obligación de diligencia debida aplicable a la adquisición de obras de arte y constituye una preocupación importante para todos los actores del mercado del arte, ya que la adquisición, deliberada o negligente, de obras de arte robadas está castigada por varios derechos nacionales;

18. Considera que, obviamente, debe prestarse atención a la creación de una lista completa de todos los objetos culturales, incluidos los de propiedad judía robados por los nazis y sus aliados, desde el momento de su expolio hasta el presente; exhorta a la Comisión a que apoye la creación de un sistema de catalogación, que sea utilizado también por las entidades públicas y colecciones de arte privadas, a fin de reunir datos sobre la situación de los bienes culturales saqueados, robados u obtenidos de forma ilícita y el estado exacto de las reclamaciones existentes; exhorta a la Comisión a que apoye proyectos de digitalización que establezcan bases

de datos digitales o conecten las existentes, con el objetivo de facilitar el intercambio de dichos datos y la investigación sobre la procedencia;

19. Considera que, para permitir una investigación adecuada sobre la procedencia, es necesaria la creación de un registro documental o un registro de operaciones previas que sea lo más detallado posible; pide a la Comisión que apoye activamente la elaboración de orientaciones comunes sobre estos registros y que adopte las medidas oportunas para animar a los Estados miembros a introducir una obligación general para los profesionales de los mercados de arte de mantener un registro de operaciones de estas características, y en términos generales, adherirse al Convenio de UNIDROIT, de 1995, sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente;

20. Insta a la Comisión a fomentar y apoyar económicamente en toda la Unión las actividades de investigación sobre la procedencia; propone que la Comisión organice un foro de debate para intercambiar mejores prácticas y encontrar las mejores soluciones para el presente y el futuro;

21. Pide a la Comisión que considere establecer un mecanismo alternativo de resolución de conflictos para gestionar los casos de solicitudes de restitución de las obras de arte y bienes culturales saqueados con el objetivo de superar los obstáculos jurídicos existentes, por ejemplo una forma híbrida de arbitraje y mediación; subraya la importancia de unas normas claras y de procedimientos transparentes y neutrales;

22. Observa que, a menudo, los plazos de prescripción crean dificultades a los solicitantes en cuestiones relativas a la restitución; pide a la Comisión que evalúe la cuestión y establezca el justo equilibrio para el plazo de prescripción aplicable a las solicitudes de restitución de obras de arte saqueadas, incluidas las restituciones de obras de arte saqueadas por los nazis, lo que debe tener en cuenta tanto la protección de los intereses de las víctimas de saqueos y robos como los del mercado; considera que la Ley estadounidense sobre la recuperación del arte expropiado durante el Holocausto podría servir de ejemplo;

23. Pide a la Comisión que considere adoptar medidas legislativas para fortalecer el ordenamiento jurídico para solicitudes de restitución transfronteriza de obras de arte y bienes culturales saqueados en conflictos armados y guerras sobre la base de instrumentos de derecho privado internacional;

24. Pide a las instituciones competentes de la Unión que alienten a los Estados miembros a intercambiar información sobre las prácticas existentes en materia de control de procedencia de los bienes culturales y a intensificar su cooperación para armonizar las medidas de control y los procedimientos administrativos de comprobación de la procedencia de los bienes culturales;

25. Pide a la Comisión que aclare el concepto de diligencia debida en relación con la buena fe, habida cuenta de la falta de coordinación a escala de los Estados miembros en lo que se refiere a la interpretación de la noción de «diligencia debida»; señala, como ejemplo, el artículo 16 de la Ley federal suiza sobre la transferencia internacional de bienes culturales, que prohíbe a los comerciantes y a los subastadores realizar transacciones de obras de arte si les cabe alguna duda sobre la procedencia del objeto; observa que, en virtud de dicha ley, la carga de la prueba se transfiere parcialmente al vendedor; señala, sin embargo, que el poseedor de una obra de arte no puede invocar el principio de buena fe si no puede demostrar que ha prestado la debida atención en el momento de la adquisición; pide a la Comisión que adopte medidas para que el mercado del arte y los compradores potenciales sean conscientes de la importancia de la investigación sobre la procedencia, dado que esta investigación está ligada a la obligación de diligencia debida;

26. Insta a la Comisión a que elabore principios comunes sobre el acceso a los archivos públicos o privados que contenga información sobre la identificación y la localización de los bienes, a que lleve a cabo un análisis exhaustivo de las bases de datos sobre bienes culturales existentes y a que prevea la creación de una base de datos central que tenga en cuenta la información disponible, que se actualice regularmente y que sea accesible para todos los actores pertinentes; considera que, sobre la base de esta metabase de datos central, debería crearse un sistema común de catalogación que podría utilizar identificadores de objeto normalizados; pide, por consiguiente, a la Comisión que aliente la introducción de los identificadores de objeto desarrollados y promovidos por el ICOM y otras organizaciones como norma de mercado en el conjunto del mercado interior; señala que esta base de datos debe estar conectada con la «Base de datos sobre obras de arte robadas» de Interpol y ser actualizada de forma periódica;

27. Considera que otro complemento útil a la base de datos mencionada podría ser la creación, con el objetivo de permitir una investigación sobre la procedencia más exhaustiva y rigurosa, de un registro documental o un registro de operaciones de bienes culturales; pide a la Comisión que adopte

las medidas oportunas para animar a los Estados miembros a introducir una obligación general para los actores de los mercados de arte de mantener un registro documental o registro de operaciones de estas características, y en términos generales, adherirse al Convenio de UNIDROIT, de 1995, sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente;

28. Considera que la base de datos central debe funcionar sobre la base de un sistema común de catalogación en el que los objetos serían identificados de una forma normalizada (teniendo en cuenta características como materiales, técnicas, medidas, inscripciones, título, tema, fecha o período, etc.);

29. Pide a la Comisión que determine principios comunes sobre cómo se establece la propiedad o la titularidad, así como normas sobre la prescripción, normas probatorias y el concepto de saqueo y arte tomando en consideración las normativas vigentes en este ámbito en los Estados miembros;

30. Insta a los Estados miembros y a los países candidatos a que hagan todos los esfuerzos necesarios para adoptar medidas destinadas a garantizar la creación de mecanismos que favorezcan el retorno de los bienes a que se refiere la presente Resolución y a que sean conscientes de que la devolución, a los demandantes legítimos, de obras de arte saqueadas, robadas u obtenidas de forma ilícita como consecuencia de delitos contra la humanidad es un asunto de interés general de conformidad con el artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos;

31. Destaca que para contar con un conjunto de normas que puedan impedir eficazmente el saqueo y el comercio ilegal de obras de arte y bienes culturales, y para lograr un mercado mundial del arte que sea totalmente transparente, responsable y ético, la Comisión debe buscar la cooperación con terceros países y establecer asociaciones fructíferas que favorezcan el retorno de los bienes a que se refiere la presente Resolución al mismo tiempo que tengan en cuenta los principios establecidos en el Convenio del UNIDROIT, de 1995, sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente y el artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos;

32. Recuerda que la educación fomenta el respeto y la apreciación de las obras de arte y otros bienes culturales como símbolos del patrimonio cultural, y que, por consiguiente, contribuye de forma importante a impedir y desalentar el pillaje y el comercio ilegal de bienes culturales;

pide a la Comisión y a los Estados miembros que promuevan y apoyen las actividades educativas y de sensibilización a este respecto, también en contextos no formales e informales;

33. Pide a la Comisión y a todas las autoridades competentes relevantes que adopten medidas para que tanto el mercado del arte como los compradores potenciales sean conscientes de la importancia de la investigación sobre la procedencia, dado que esta investigación está ligada a la obligación de diligencia debida;

34. Recuerda que una estrecha cooperación entre los servicios de la policía y las aduanas a escala de la Unión e internacional es esencial para luchar contra el tráfico ilegal de obras del patrimonio cultural;

35. Respalda la idea de que los procedimientos de restitución transfronterizos para las obras de arte y los bienes culturales saqueados, robados u obtenidos de forma ilícita, y la promoción activa de la investigación sobre la procedencia se aborden en el contexto de la iniciativa del Año Europeo del Patrimonio Cultural 2018; pide, por tanto, a la Comisión y al grupo de trabajo que ha creado que incluyan esta cuestión en la planificación que recoja las actividades de esta iniciativa;

36. Encarga a su presidente que transmita la presente Resolución al Consejo y a la Comisión, así como a los Gobiernos y los Parlamentos de los Estados miembros.

I. MODIFICACIÓN DE LA LEY 16/1985, DE 25 DE JUNIO, DEL PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL, EN LO RELATIVO AL RÉGIMEN DE PRÓRROGA PARA EXPORTAR BIENES MUEBLES IMPORTADOS LEGALMENTE

Mediante la disposición final primera del Real Decreto-ley 2/2018, de 13 de abril, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017, se llevó a cabo la modificación del apartado segundo del artículo 32 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español («LPHE»).

Este último precepto se refiere a los bienes muebles cuya importación haya sido realizada legalmente y esté debidamente documentada, de modo que queden plenamente identificados, y establece la regla de que tales bienes no podrán ser declarados de interés cultural en un plazo de diez años a contar desde la fecha de su importación.

La modificación innova parcialmente el régimen especial al que quedan sometidos esos bienes, y que pasa por una mayor flexibilidad a la hora de exportarlos. En efecto, tales bienes pueden exportarse previa licencia de la Administración del Estado, que se concederá si la solicitud cumple los requisitos exigidos por la legislación en vigor, sin que pueda ejercitarse derecho alguno de preferente adquisición respecto de ellos.

1. Esta subsección ha sido preparada por María Luisa MACÍAS ROMERO y Rafael SÁNCHEZ ARISTI.

Hasta la reforma del pasado abril, transcurrido un plazo de diez años, los bienes quedaban sometidos al régimen general de la Ley, salvo que sus poseedores solicitasen y obtuviesen de la Administración prorrogar esa situación por otro plazo decenal. Con la nueva redacción dada al precepto –artículo 32.2 LPHE– los poseedores de esos bienes podrán solicitar de la Administración del Estado no solo una prórroga decenal, sino sucesivas prórrogas, que se podrán conceder *tantas veces como sean solicitadas, en los mismos términos y con idénticos requisitos que la primera prórroga*, siempre que la solicitud cumpla los requisitos exigidos por la legislación en vigor. Si los poseedores de los bienes no solicitan, en tiempo y forma, prorrogar el régimen de importación, dichos bienes quedarán sometidos al régimen general de la Ley.

A continuación transcribimos literalmente la redacción del artículo 32.2 LPHE en su versión anterior y posterior a la modificación operada por la disposición final primera del Real Decreto-ley 2/2018, de 13 de abril:

Versión originaria, no vigente, del artículo 32.2 de la LPHE:

«2. Tales bienes podrán exportarse previa licencia de la Administración del Estado, que se concederá siempre que la solicitud cumpla los requisitos exigidos por la legislación en vigor, sin que pueda ejercitarse derecho alguno de preferente adquisición respecto de ellos. Transcurrido el plazo de diez años, dichos bienes quedarán sometidos al régimen general de la presente Ley, salvo que sus poseedores soliciten a la Administración del Estado prorrogar esta situación por igual plazo, y aquella sea concedida oído el dictamen de la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español».

Versión actualmente vigente del artículo 32.2 de la LPHE, tras la modificación operada por la disposición final primera del Real Decreto-ley 2/2018, de 13 de abril:

«2. Tales bienes podrán exportarse previa licencia de la Administración del Estado, que se concederá siempre que la solicitud cumpla los requisitos exigidos por la legislación en vigor, sin que pueda ejercitarse derecho alguno de preferente adquisición respecto de ellos. Antes de que finalice el plazo de diez años los poseedores de dichos bienes podrán solicitar de la Administración del Estado prorrogar esta situación, que se concederá siempre que la solicitud cumpla los requisitos exigidos por la legislación en vigor y oído el dictamen de la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español.

Las prórrogas del régimen especial de la importación regulado en este artículo se concederán tantas veces como sean solicitadas, en los mismos términos y con idénticos requisitos que la primera prórroga.

Por el contrario, si los poseedores de dichos bienes no solicitan, en tiempo y forma, prorrogar el régimen de importación, dichos bienes quedarán sometidos al régimen general de la presente Ley».

II. AMPLIACIÓN DEL PLAZO PARA LA REFUNDICIÓN DE LA LEY 16/1985, DE 25 DE JUNIO, DEL PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL Y LA LEY 10/2015, DE 26 DE MAYO, PARA LA SALVAGUARDIA DEL PATRIMONIO CULTURAL INMATERIAL

Por otro lado, mediante la disposición final segunda del Real Decreto-ley 2/2018, de 13 de abril, se modifica la disposición final quinta de la Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial («Ley 10/2015»), la cual autoriza al Gobierno para la elaboración de un texto refundido en el que se integren ambos cuerpos normativos, la LPHE y la propia 10/2015. En su versión originaria, la mencionada disposición concedía el plazo de un año, contado desde la entrada en vigor de la Ley 10/2015, para que el Gobierno elaborase la refundición. Transcurrido con creces dicho término, la nueva redacción dada a esa disposición señala como término final para la labro de refundición el 31 de diciembre de 2019.

A continuación transcribimos literalmente el texto de la disposición final quinta de la Ley 10/2015 en su versión anterior y posterior a la modificación operada por la disposición final segunda del Real Decreto-ley 2/2018, de 13 de abril:

Versión originaria, no vigente, de la disposición final quinta de la Ley 10/2015:

«Disposición final quinta. Autorización para elaborar un texto refundido en materia de Patrimonio Histórico Español.

Se autoriza al Gobierno para elaborar, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta ley, un texto refundido en el que se integren, debidamente regularizadas, aclaradas y armonizadas, la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español y la presente Ley para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial, así como las disposiciones en materia de protección del patrimonio histórico contenidas en normas con rango de ley».

Versión actualmente vigente de la disposición final quinta de la Ley 10/2015:

«Disposición final quinta. Autorización para elaborar un texto refundido en materia de Patrimonio Histórico Español.

Se autoriza al Gobierno para elaborar, antes del 31 de diciembre de 2019, un texto refundido en el que se integren, debidamente regularizadas, aclaradas y armonizadas, la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español y la presente Ley para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial, así como las disposiciones en materia de protección del patrimonio histórico contenidas en normas con rango de ley».

I. PROYECTO DE LEY POR LA QUE SE REGULA EL ARTE GRÁFICO URBANO, ESTABLECE CONDICIONES PARA SU DESARROLLO Y SANCIONA RAYADOS NO AUTORIZADOS

El proyecto de ley del que informamos se inició mediante moción parlamentaria presentada por el diputado Luciano Cruz Coke, ex Ministro de Cultura. Pese a radicar la iniciativa en el propio órgano parlamentario, el proyecto ha tenido una muy tramitación bastante rápida.

En efecto, el proyecto se ingresó al Congreso el 12 de junio de 2018, aprobándose en la Cámara de Diputados el 22 de noviembre. En este primer trámite constitucional el proyecto contó con urgencia simple. El 27 de noviembre de 2018 pasó al Senado para el segundo trámite constitucional. A comienzos del mes de diciembre la iniciativa se estaba analizando por la Comisión de Educación y Cultura en el Senado.

Teniendo en cuenta la agilidad que ha seguido la tramitación, resulta bastante factible que el proyecto se apruebe y se convierta efectivamente en Ley de la República; aunque es difícil saber si ello se logrará en el actual período legislativo (que termina el 30 de enero), o si quedará para el período legislativo del 2019 (que comienza el 1 de marzo de 2019).

A continuación transcribimos el texto de la iniciativa tal y como ha sido presentada por el diputado Cruz Coke:

1. Esta subsección ha sido preparada por Bárbara VIDAURRE y Rafael SÁNCHEZ ARISTI.

Regula el arte gráfico urbano, establece condiciones para su desarrollo y sanciona rayados no autorizados

Boletín N.º 11810-24

De conformidad a lo dispuesto en los artículos 63 y 65 de la Constitución Política de la República, lo prevenido en la ley N.º 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional y lo establecido en el reglamento de la H. Cámara de Diputados y conforme a los fundamentos que se indican a continuación, vengo en presentar la siguiente moción.

I. Fundamentos de la iniciativa

El presente proyecto de ley busca establecer a través de un único cuerpo legal una regulación unitaria, conciso y clara respecto al tratamiento que la ley les dará a los distintos tipos de rayados o afectaciones que se realicen en inmuebles públicos y privados. Para lo anterior, se busca distinguir el arte gráfico urbano o arte callejero de los rayados, tags o graffitis, promoviendo los primeros y desincentivando los segundos.

Asimismo, el presente proyecto de ley toma como punto de partida diversas mociones que se han presentado en los últimos años con la finalidad de regular esta materia, e incorpora elementos nuevos y modernos que permitan dar una solución efectiva y justa a la problemática de los artistas urbanos y también a de quienes buscan cuidar y preservar el patrimonio.

1. Los graffitis como intervenciones artísticas

Dentro de las distintas formas existentes de expresiones artísticas, en las últimas décadas las manifestaciones de arte gráfico urbano, que para estos efectos llamaremos «arte callejero», han sido una de las que más han crecido y desarrollado, pasando de ser un tipo desconocido de expresión artística a uno especialmente popular, sobre todo en centros urbanos. El arte callejero tiene un gran atractivo para importantes audiencias, y ha tenido un rol destacable en el fortalecimiento del turismo en algunas de estas ciudades. El arte callejero es un tipo de expresión artística urbana, que tiene por finalidad principal afectar el entorno de forma directa, y que tienen como medio y como fin la ciudad y la búsqueda por cambiarla y modificarla. Un buen ejemplo del importante efecto artístico y turístico que tiene el arte callejero se puede ver en Valparaíso, ciudad que atrae año a año a cientos de miles de turistas, en parte importante por sus hermosos murales de un inmenso atractivo artístico. Lo mismo ocurre en el Museo a Cielo Abierto de la comuna de San Miguel, quizás la mayor expresión colectiva de arte callejero en Chile.

El arte callejero, cuando es de calidad, tiene el valor de darle vida al entorno urbano, modificando una pared o una fachada gris por coloridas obras de arte, por expresiones artísticas y conceptuales, muchas veces de gran complejidad. Por lo demás, es necesario destacar que el arte callejero es un tipo artístico esencialmente popular y democrático, tanto desde el punto de visto de sus autores, quienes son normalmente autodidactas y quienes de otra forma no podrían exponer sus obras a audiencias, como desde el punto de vista de sus receptores, respecto de quienes el arte sale a su encuentro, sin que se les exija pago alguno para su goce. Importantes ciudades como Nueva York, Berlín, Lisboa y Filadelfia, entre otras, han permitido que este tipo de arte embellezca importantes muros y a veces barrios completos.

El arte callejero es una auténtica expresión artística, que sin embargo ha sido muy controvertida por manifestarse en mobiliario urbano y fachadas, muchas veces sin contar con los correspondientes permisos de sus dueños. Sin embargo, nada en la esencia de este arte impide que este pueda ser llevado a cabo con permiso de sus dueños, de forma organizada y razonada por todos los actores involucrados. Esto permitiría incentivar este tipo de arte y desincentivar los tags, rayados y graffiti de mala calidad e ininteligibles, permitiendo el desarrollo de barrios armónicos y agradables para quienes habitan cada centro urbano, así como para quienes visitan nuestras ciudades.

Para poder incentivar el arte callejero es necesario poder diferenciar de manera clara el arte callejero de los tags, rayados y graffiti. El artista callejero realiza arte conceptual, buscando no sólo que el público vea su obra, sino que interactúe con ella, entienda lo que ve y genere una respuesta emocional a ésta. En este sentido se asemeja mucho a un pintor que plasma su visión en un lienzo o a un fotógrafo que expone su visión artística a partir de sus fotografías.

El graffitero, o quien raya o «taguea» no lo hace con un afán artístico, tampoco suele considerarse a sí mismo como un artista, por el contrario, normalmente estos rayan o pintan el entorno con una intención de rebeldía al sistema, de dejar su marca, lo que se traduce en que normalmente el graffitero o taggero se limita a plasmar su nombre o firma en un muro, en un vagón de tren o en alguna otra superficie visible.

Si bien el arte callejero puede fácilmente confundirse con el graffiti o el rayado vandálico, el carácter artístico del primero permite darle un tratamiento distinto a éstos, por cuanto su finalidad no radica en desafiar a

la autoridad, en manifestar su rebeldía o en dañar, sino que en generar un vínculo entre el público y su obra².

2. Daños al patrimonio y contaminación visual

Tal como se señaló anteriormente, no todo rayado en muros o en el patrimonio es arte, de hecho, una gran mayoría de los rayados o pinturas que vemos en los muros, esculturas, mobiliario, transporte público y otros en Chile no constituyen arte, sino que, por el contrario, se tratan de daños hechos a la propiedad pública o privada, sin siquiera tener como correlación un beneficio material para quien lo inflige.

El daño que se genera al realizar estos rayados es multidimensional, pues afecta de formas diversas a distinto tipo de personas. En primer lugar, a la Municipalidad, al Servicio Público o al dueño del inmueble que tiene que gastar dinero en limpiar o pintar el bien dañado; según reveló un estudio realizado por la Fundación Calle Dieciocho, sólo durante el primer semestre del año 2012 se gastaron 94.941.250 pesos en reparar daños provocados por rayado masivo y no autorizado en la Comuna de Santiago. Asimismo, y de acuerdo a información entregada por la I. Municipalidad de Ñuñoa, la comuna actualmente destina cerca de 50.000.000 de pesos de su presupuesto anual a la limpieza de rayados no deseados en bienes nacionales de uso público.

En segundo lugar, este tipo de rayados perjudican a la comunidad que habita o frecuenta estos barrios, empeorando el entorno, generando una sensación de desamparo por parte de sus habitantes. La presencia generalizada de rayados no autorizados, sin contenido artístico, genera un sentimiento de impunidad por parte de quienes dañan el patrimonio, se entra en un círculo vicioso difícil de frenar, por cuanto un muro rayado genera la sensación de que puede seguir siendo rayado.

Es fácil relativizar los efectos nocivos que este rayado indiscriminado en la propiedad pública o privada tiene en las comunidades afectadas. Muchas veces parece ser un mal de muy baja repercusión como para destinar esfuerzos en terminarlos, pero esta percepción es equivocada. En la encuesta de calidad de vida urbana realizada en la Comuna de San Bernardo el año 2010, el rayado en muros y en demás mobiliario fue considerado por los vecinos de la comuna como el segundo problema de mayor relevancia

2. Fuente: Schrift & Farbe Design Group. – Curadores de Arte Callejero y Murales y Administradores de Proyectos / <http://schriftfarbe.com/the-difference-between-street-art-and-graffiti>; Artículo Universidad de Columbia / <http://www.columbia.edu/~sl3731/graffitiART/>

y con más menciones por parte de los encuestados, y se presenta como el problema cuya relevancia ha aumentado con mayor velocidad en los últimos años, siendo reconocido como problemático por el 67,8% de los encuestados el año 2007 y por el 96,6% de los encuestados el año 2010. Este diagnóstico suele ser coincidente en otras comunas del país, especialmente en zonas urbanas, donde se ha observado un incremento promedio de 12,3% en el mismo período de tiempo, siendo identificado como un problema importante, grave o muy grave por el 74,1% de la población en otras comunas distintas a San Bernardo.

En tercer lugar, la abundancia de tags, rayados y graffitis generan lo que se conoce como «contaminación visual», un tipo de contaminación que a pesar de ser un fenómeno cuyo análisis es reciente, produce daños que al igual que la contaminación del aire, la contaminación auditiva u otros tipos de contaminación, y que tiene efectos directos en la salud mental y física de las personas, tales como sobre excitación sensorial, trastornos en el sueño, ansiedad, dolor de cabeza, estrés o incluso alteraciones en la memoria³.

Finalmente, las rayados no autorizados y carentes de sentido artístico colaboran en la estigmatización que muchas veces sufren los mismos artistas urbanos, colaborando a que se encasille a los artistas del grafiti en un mismo grupo que aquellos que se dedican a dañar el patrimonio. El perjuicio que sufren los mismos artistas es tan evidente que incluso muchas veces son sus propias obras de arte las que se ven afectadas por este tipo de rayados, como ha sucedido en diversas oportunidades con el Museo a Cielo Abierto en la Ciudad de Valparaíso, uno de los lugares más visitados de la ciudad y que contiene distintos murales de artistas urbanos.

Todas estas razones demuestran la necesidad de generar un sistema de reconocimiento del arte urbano, en conjunto con un castigo efectivo y rápido a quienes delinquen generando daños al patrimonio. Es por esto que a través de un único cuerpo legal se busca plasmar la posición del Estado de Chile hacia el arte urbano y también el repudio a quienes utilizan el grafiti, tag o rayado para dañar.

II. Objeto del proyecto

El proyecto de ley tiene por finalidad generar un marco legal claro y efectivo al respecto de las intervenciones, vía pinturas y rayados, en el patrimonio urbano.

3. Fuente: <https://cumbrepuebloscop20.org/medio-ambiente/contaminacion/visual/>

Es por esto que el proyecto de ley fija en primer lugar una política de promoción e incentivo al arte urbano, en el cual se le asigna a las Municipalidades un rol preponderante a través de la dictación de ordenanzas municipales cuyo contenido queda a discreción de la respectiva municipalidad, sin perjuicio que la ley establece un contenido mínimo para las mismas, y que deberán apuntar a generar espacios para el desarrollo del arte urbano, y que le permitan a la municipalidad participar en la determinación de su contenido y calidad artística, de modo que este desarrollo artístico vaya de la mano con el plan de desarrollo comunal. Asimismo, la norma deberá generar instancias de participación ciudadana, ya sea a través de la posibilidad de oponerse a intervenciones artísticas por considerar que afectan negativamente a la comunidad, como también a través de la postulación de inmuebles privados para participar de este tipo de intervenciones.

Finalmente, el proyecto de ley establece lineamientos generales de prevención, represión y desincentivo de intervenciones no artísticas en el patrimonio, a través de rayados o pinturas que afecten negativamente y sin permiso el patrimonio municipal y de los vecinos de cada comuna. Lo anterior, a través del establecimiento de un delito específico y del establecimiento de la obligación legal por parte de las municipalidades de dictar ordenanzas municipales destinadas a evitar la comisión de dicho delito, a reprimir y a castigar de forma adecuada y oportuna este tipo de delitos, ordenanza municipal que tendrá ciertas características mínimas establecidas en la misma norma.

En consecuencia, tengo el honor de someter a vuestra consideración, el siguiente:

PROYECTO DE LEY

«**Artículo único.** Establézcase la siguiente ley que crea un marco legal para el arte gráfico urbano y lo distingue de la contaminación visual causada por rayados, tags y graffitis, penalizando estos últimos:

TÍTULO I

DEL ARTE GRÁFICO URBANO Y DE SUS CULTORES

Artículo 1. La presente ley tiene por objeto regular, fomentar y establecer un marco jurídico que permita, por una parte, fomentar la correcta creación de arte gráfico urbano, como expresiones de las artes visuales urbanas, tanto en bienes nacionales de uso público como en bienes privados, en este

último caso siempre con el consentimiento previo de su dueño; y por otra, disuadir los rayados no autorizados en propiedad ajena.

Artículo 2. Se entenderán comprendidas dentro de las creaciones gráficas que fomenta la presente ley, todas aquellas obras artísticas que consistan en plasmar imágenes o textos de manera libre en muros, pasos bajo nivel, puentes, túneles, u otros bienes públicos, en la medida que se cuente con un permiso especial otorgado por la respectiva municipalidad competente, otorgado en conformidad con el procedimiento que señala la presente ley.

Artículo 3. Para los efectos de la presente ley, se considerarán como artistas gráficos urbanos, quienes ejecuten cualquiera de las obras artísticas indicadas en el artículo 2°.

Artículo 4. En cuanto a la aplicación de esta ley, los artistas señalados en el artículo anterior se relacionarán con la municipalidad a la cual corresponda la administración del bien nacional de uso público o el bien municipal, así como aquella en que se ubique el bien privado en donde se llevará a cabo la respectiva obra artística, en aquellos casos que corresponda.

Artículo 5. Las especificaciones técnicas, incluyendo el tamaño, contenido, colores y otras características relevantes del mural autorizado en conformidad con esta ley deberá ser aprobado previamente por la municipalidad en que se ubique la respectiva obra, en los términos de la presente ley.

Lo anterior es sin perjuicio del legítimo derecho de oposición comunal establecido en el artículo 7, letra d) de la presente norma.

TÍTULO II

PROCEDIMIENTO PARA LA EJECUCIÓN Y EXHIBICIÓN DE MURALES

Artículo 6. Las municipalidades deberán dictar una ordenanza especial, a fin de regular, de manera específica, el funcionamiento, condiciones y requisitos para la exhibición y ejecución de las manifestaciones artísticas que fomenta la presente ley, indicadas en el artículo 2 anterior.

Artículo 7. Las ordenanzas que, para efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, dicten las municipalidades, deberán incorporar y considerar las siguientes materias:

a) La concesión de permisos para el ejercicio de las actividades señaladas en el artículo 2º, en bienes nacionales de uso público, comunales o privados. Estos permisos deberán tener un carácter gratuito.

b) La creación de un registro comunal en el cual se singularizarán los bienes nacionales, comunales o privados respecto a los cuales la municipalidad otorgará los permisos indicados en la letra anterior, en el que se incluirán otras condiciones para la ejecución de la respectiva obra.

Para que en este registro se puedan incluir bienes nacionales, la municipalidad deberá contar con la autorización del organismo público correspondiente.

Podrán también incluirse en este registro bienes de propiedad privada, en la medida que esto hubiese sido solicitado por su dueño en conformidad con el artículo 8 de la presente ley.

c) Establecer un mecanismo de selección en virtud del cual la municipalidad asignará los permisos indicados en la letra a) de este artículo. El procedimiento deberá ser transparente, propender a garantizar el acceso democrático de los artistas a espacios de exhibición y generar instancias de trabajo conjunto entre todos los actores involucrados.

d) Establecer un mecanismo para que la obra autorizada sea dada a conocer a los habitantes de la comuna de forma previa a su ejecución, el que deberá considerar un procedimiento participativo para que uno o más vecinos puedan plantear una oposición a la ejecución de una obra artística seleccionada por la Municipalidad, procedimiento que deberá otorgar el derecho a los opositores a ser oídos y al artista a defender su obra. La decisión de si se acepta o no la obra deberá recaer en el Consejo Municipal de la respectiva Municipalidad.

Artículo 8. Quedarán sujetos a la ordenanza indicada en el artículo anterior los inmuebles de propiedad privada sometidos voluntariamente por su dueño al procedimiento indicado en esta ley. La ordenanza en cuestión deberá contemplar un mecanismo para informar esta decisión a la autoridad correspondiente.

Artículo 9. Los costos asociados a la ejecución de la obra, tales como la compra de materiales, preparación de los bienes a ser intervenidos y otros, no serán de cargo de la respectiva municipalidad. Sin perjuicio de lo anterior la municipalidad que conceda un permiso en los términos establecidos por esta ley podrá financiar todo o parte de las obras a ser ejecutadas de estimarlo conveniente.

TÍTULO III

RAYADOS REALIZADOS EN CONTRAVENCIÓN A ESTA LEY

Artículo 10. Quien sin previa autorización de su dueño o de la respectiva Municipalidad, otorgada en conformidad con el procedimiento establecido en esta norma, raye o pinte uno o más bienes muebles o inmuebles que no sean de su exclusiva propiedad, incurrirá en el delito de daños contemplado en los artículos 484 a 488 del Código Penal, o de falta contemplado en el artículo 495 N.º 21, del mismo, salvo en el caso que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a éste.

A el o los autores de alguno de los delitos indicados en el inciso anterior se les deberá condenar, en lugar de a una pena privativa o restrictiva de libertad, a la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad contemplada en la letra f) del artículo 1º de la Ley 18.216, para lo cual el tribunal deberá procurar que la pena sustitutiva a la pena privativa o restrictiva de libertad tenga por finalidad principal la reparación del daño causado.

Sin perjuicio de lo anterior, en aquellos casos en que el o los autores de alguno de los delitos indicados en el inciso primero sean reincidentes en dicho delito, el tribunal podrá aplicar directamente la sanción contemplada en el Código Penal al respectivo delito.

Artículo 11. Serán solidariamente responsables de los perjuicios civiles que genere el ilícito indicado en el artículo anterior, el padre y la madre del autor del delito cuando éste haya sido cometido por uno o más niños, niñas o adolescentes.

Artículo 12. La respectiva municipalidad en que esté ubicado el o los bienes afectados por el delito indicado en el artículo 11 anterior estará legitimada activamente para ejercer la acción de indemnización por los perjuicios civiles que se hayan causado con motivo de dicho delito, para lo cual actuará en representación del afectado.

Sin perjuicio de lo anterior, el perjudicado podrá solicitar por medio de una comunicación escrita enviada a la respectiva Municipalidad que se le permita accionar directamente, en cuyo caso el dueño del bien afectado se obligará a reparar el daño causado con sus propios medios, dentro de un plazo razonable.

Toda suma que la Municipalidad obtenga por concepto de indemnización civil será destinada a la reparación del daño causado. En caso de existir un remanente, este será utilizado en reparar daños similares en la respectiva comuna o irá al fondo municipal que para estos efectos se cree.

Artículo 13. Las municipalidades deberán dictar una ordenanza especial a fin de regular, de manera específica, las medidas de prevención, persecución y sanción del delito indicado en el artículo 10 de esta ley. La ordenanza en cuestión deberá contemplar, además de las medidas que correspondan, políticas destinadas a mantener en buen estado los muros de los inmuebles de su comuna, así como de otros bienes de uso público susceptibles de ser rayados, procurando el buen estado de la comuna, fortalecimiento de espacios limpios y sin presencia de intervenciones gráficas no autorizadas.

Para lo anterior, la ordenanza indicada en este artículo deberá contemplar mecanismos para fortalecer e incentivar la existencia de grupos organizados, comunales o de la sociedad civil, para la limpieza de rayados, la entrega de artículos para la limpieza de inmuebles o bienes rayados y la asignación de áreas específicas para la protección por parte de sus residentes o vecinos.

TÍTULO IV

OTRAS DISPOSICIONES

Artículo 14. Se prohíbe la venta a menores de 18 años de recipientes de pintura en aerosol. El que vendiere o suministrar a cualquier título, ya sea directamente o por interpósita persona, recipientes de pintura en aerosol a menores de 18 años será sancionado con una multa de 10 a 20 Unidades Tributarias Mensuales, pudiendo incluso decretarse el comiso de todos estos recipientes y la clausura del establecimiento en caso de reincidencia.

Los dueños o administradores de establecimientos comerciales que comercialicen pinturas en aerosol deberán almacenar estos de modo tal que el público no tenga acceso a ellas. Asimismo, deberán colocar un cartel a la vista del público señalando las conductas sancionadas por esta ley y las sanciones que estas conductas traen aparejadas.

Los dueños o administradores de establecimientos comerciales que comercialicen pinturas en aerosol deberán llevar un registro de quienes adquieran estos productos, consignando su nombre completo, cédula de identidad, domicilio, número de unidades adquiridas y sus características.

Artículo 15. Corresponderá a las municipalidades velar por el cumplimiento de las disposiciones de la presente ley.

Artículo Primero Transitorio. Las ordenanzas establecidas en esta ley deberán ser dictadas en un plazo de 3 meses contados desde la publicación en el Diario Oficial de la presente norma».

Luciano Cruz-Coke Cavallo

II. PROYECTO DE LEY SOBRE PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL TANGIBLE O MATERIAL DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS

A continuación transcribimos, por su interés, el proyecto de ley presentado por varios senadores ante el Senado de Chile el 25 de octubre de 2016 (Boletín n.º 10.936-04), cuyo objeto es reconocer y proteger el patrimonio cultural tangible o material de los pueblos y comunidades indígenas. El proyecto se encuentra en tramitación ante la Comisión de Educación y Cultura de la cámara.

Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señores Tuma, señora Von Baer y señores Girardi, Horvath y Lagos, sobre protección del patrimonio cultural tangible o material de los pueblos y comunidades indígenas.

1. Objetivo del Proyecto:

El presente proyecto de ley tiene por objeto la protección de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas en Chile sobre su patrimonio cultural tangible o material.

Asimismo, establece las condiciones para la identificación, reconocimiento, dignificación, valorización, salvaguardia, protección, promoción, acceso, conservación y difusión de dicho patrimonio cultural.

La iniciativa establece el deber de protección por parte del Estado del patrimonio material, a su vez consagra su protección integral y prohíbe las modificaciones que desvaloricen el patrimonio cultural material de los pueblos y comunidades indígenas.

Se consagra el de propiedad colectiva de los pueblos y comunidades indígenas sobre los bienes muebles que componen el patrimonio cultural material, cuando no se cumplan los requisitos que demuestran una relación específica del bien con una o más comunidades indígenas, se determina que

los bienes serán propiedad del Estado, no obstante, se resguarda el derecho a que siempre podrán ser reivindicados por los pueblos y comunidades indígenas de origen cuando acrediten su calidad.

El proyecto de ley regula la restitución del patrimonio a los individuos o a los representantes de los pueblos o comunidades que tuvieron derecho a ellos, cuando así los reclamaren.

A su vez, determina las obligaciones de conservación, establece que la comercialización se regulará según usos, tradiciones y normas de derecho consuetudinario y consagra el derecho de los pueblos indígenas, a definir los bienes pertenecientes a su patrimonio cultural material que no podrán ser susceptibles de comercio o enajenación a terceros. Se declara la prohibición de comercialización de los bienes muebles considerados como objetos sagrados indígenas.

La iniciativa establece el deber de solicitar el consentimiento previo e informado y acceso para el desarrollo de investigaciones y cualquier actividad sin fines comerciales que afectan directamente al patrimonio cultural material de los pueblos indígenas.

Por último el proyecto regula la exhibición del patrimonio para reguardar prácticas que sean ofensivas a su identidad o derecho consuetudinario, establece el deber del Estado de exigir la repatriación de restos humanos y piezas físicas, crea las zonas patrimoniales indígenas e incorpora normas sancionatorias frente al daño del patrimonio cultural material indígena.

2. Legislación nacional

La protección del patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas data de 1925 con el Decreto Supremo N.º 3.500 y el Decreto de Ley 651 creando el Consejo de Monumentos Nacional. Posteriormente, en 1970 la Ley N.º 17.288 legisla sobre Monumentos Nacionales y deroga el Decreto de Ley 651. Esta Ley delimita el significado de Monumento Nacional y establece la composición del Consejo de Monumentos Nacional, como también sus derechos y deberes. La importancia de la Ley de Monumentos radica en el reconocimiento, respeto y protección de nuestros pueblos indígenas, en un contexto de expansión industrial y cambios culturales.

Por su parte la Ley Indígena N.º 19.253, que establece el respeto y protección de las culturas e idiomas indígenas, específicamente la promoción de las expresiones artísticas y culturales y la protección del patrimonio arquitectónico, arqueológico, cultural e histórico indígena».

Si bien la ley N.º 17.288 contempla cierta protección al patrimonio cultural de los pueblos indígenas constituye una norma frágil para la protección efectiva de este patrimonio particular, considerando a su vez que otorga la propiedad al Estado, y no reconoce el derechos sobre el patrimonio a las comunidades y pueblos indígenas, tampoco garantiza la administración, conservación y disposición de estos bienes según las prácticas tradicionales y derecho consuetudinario.

La Ley N.º 17.288 establece en su artículo primero como objeto de su regulación a los enterratorios o cementerios u otros restos aborígenes y las piezas u objetos antro-po-arqueológicos como parte del patrimonio nacional, y por ende bajo su tuición. Dicha normativa, contempla la tipificación del delito de daño o destrucción a monumento nacional, sin importar si concurre el dolo o culpa, que coacciona a quien incurra en este tipo con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de cincuenta a doscientas unidades tributarias mensuales; y el robo, hurto o usurpación de la misma con sanciones similares a la anterior.

No obstante la regulación vigentes y las sanciones contempladas, persisten amenazas como el tráfico ilícito de los bienes culturales excavaciones ilegales y el comercio ilícito de estos bienes.

Por otra parte, nuestra legislación no garantiza el derecho de las comunidades indígenas a participar en la conservación, gestión y disposición de su patrimonio cultural, por el contrario la legislación reserva la propiedad de estos bienes al Estado.

A su vez las venta, exportación, arriendo, préstamo, y los diversos actos jurídicos sobre los bienes culturales, pueden ser efectuado siempre y cuando cuenten con la autorización expresa del Consejo de Monumentos Nacionales, dicha regulación desconoce la voluntad de las comunidades indígenas y no protege el derecho de reclamación sobre los bienes comprometidos.

3. Legislación internacional

El derecho internacional ha avanzado en la protección del patrimonio material indígena. La UNESCO en el período entre 1954 a 1980 ha dictado diez Recomendaciones, tres Convenciones y una Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural del año 2001 sobre esta materia (González, 2004), de las que se destaca la Convención de 1970 y 1972 y la Declaración Universal.

En primer lugar, la Convención de 1970 prohíbe e impide la exportación y transferencia de propiedades ilícitas de bienes culturales, determinando que

se dificulta el entendimiento entre los pueblos y promueve que los bienes permanezcan en sus naciones de origen, y no que exista una movilización constante de los mismos, ya que este flujo puede implicar daños irreparables e incluso la destrucción de los mismos. Se determinó que la falta de interés de los Estados es la principal fuente de empobrecimiento cultural de los pueblos e insta a los mismos a desarrollar políticas y prácticas en miras a la mantención y protección de estos bienes por medio de la supresión del traspaso ilícito de ellos. También se explicita la forma en que se puedan exportar estos bienes siempre y cuando cuenten con la autorización expresa de una autoridad competente para lo mismo, y en caso de faltar este requisito, estatuye formas de decomisar y restituir al Estado de origen el bien sustraído. También se elabora un compromiso internacional de cooperación para encontrar bienes culturales perdidos, llegando al punto de coordinar operaciones conjuntas entre Estados.

En segundo lugar, la Convención del año 1972 sobre la protección del patrimonio cultural, el cual fue ratificado en nuestro país en 1980 y se crea un Comité Intergubernamental de protección a estos bienes, desarrollando una lista de los bienes patrimoniales que existen dentro del Estado. Chile cuenta con varios monumentos en esta lista el casco antiguo de la ciudad de Valparaíso, las Iglesias de la Isla de Chiloé, el Parque Nacional Rapa Nui, los sitios de Sewell, Humberstone y Santa Laura, y Qhapaq Ñan.

En tercer lugar, la Declaración Universal de la UNESCO de París del año 2001, se establece que la cultura debe formar parte del centro del debate sobre la idea de identidad, y primar dentro de un desarrollo de la economía fundada en el saber. Reconoce a los derechos culturales como un derecho humano, junto con todos sus elementos, y luego, establece que debe existir una especial atención sobre los bienes y servicios culturales, que bajo ninguna idea pueden ser catalogados como bienes o mercancías de consumo como cualquier otro, poseyendo ellos una dignidad especial y distinta a estos, y con ello, un tratamiento y regulación distinta y especial. Por ello esta declaración busca el desarrollo de políticas públicas destinadas a la protección de estos bienes y el control del tráfico ilegal del mismo.

Asimismo, el Estado de Chile ha ratificado un convenio internacional y suscribió una disposición internacional que protege el patrimonio cultural material de los pueblos indígenas. Por un lado, el Convenio N.º 169 de la OIT en su artículo 4º.1 dispone que «Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.».

A su vez, la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de ONU en su Art. 12° establece una protección sobre los bienes tangibles del patrimonio cultural indígena en relación a los restos humanos que en su Artículo 12 estable que:

«1. Los pueblos indígenas tienen derecho a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas; a mantener y proteger sus lugares religiosos y culturales y a acceder a ellos privadamente; a utilizar y controlar sus objetos de culto, y a obtener la repatriación de sus restos humanos.

2. Los Estados procurarán facilitar el acceso y/o la repatriación de objetos de culto y de restos humanos que posean mediante mecanismos justos, transparentes y eficaces establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas interesados».

Dicho artículo se refiere al derecho colectivo de los pueblos indígenas para requerir la repatriación de los restos humanos. Sin embargo, el artículo XVI de la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016 va más allá al establecer un derecho colectivo general de los pueblos para recuperar los restos humanos, estén en el extranjero o en el país:

«Artículo XVI. Espiritualidad indígena

3. Los pueblos indígenas tienen derecho a preservar, proteger y acceder a sus sitios sagrados, incluidos sus lugares de sepultura, a usar y controlar sus reliquias y objetos sagrados y a recuperar sus restos humanos.»

Luego, en su Art. 31° establece que los Estados deben «mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la ora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales.».

Diversos países como Estados Unidos, México, Perú, Brasil han dictado normativas para la protección del patrimonio material de los pueblos indígenas. Las políticas de organizaciones internacionales como la UNESCO

han promovido este tipo de avances en las legislaciones que dan cuenta de diversidad y multiculturalidad de las sociedades, que es el sentido de la presente iniciativa.

Por lo anteriormente expuesto los Senadores firmante venimos en presentar el siguiente:

PROYECTO DE LEY

ARTÍCULO PRIMERO:

«ARTÍCULO 1. OBJETO DE LA LEY

Esta ley protege los derechos de los pueblos y comunidades indígenas en Chile sobre su patrimonio cultural tangible o material. Asimismo, establece las condiciones para la identificación, reconocimiento, dignificación, valorización, salvaguardia, protección, promoción, acceso, conservación y difusión de dicho patrimonio cultural.

ARTÍCULO 2. DEFINICIONES

Para la presente ley, los términos que contiene este artículo serán definidos de la siguiente manera:

a) Bienes indígenas tangibles: son los bienes corporales que sustentan expresiones de las culturas de los pueblos y comunidades indígenas, estén o no en actual posesión o propiedad de ellos.

b) Consentimiento Previo Informado: se entenderá por tal, aquella aceptación formal prestada por las comunidades locales y las comunidades o pueblos indígenas de origen de los bienes tangibles o restos humanos indígenas, previa solicitud de los interesados, y realizado en condiciones de información veraz, completa y suficiente sobre el objeto, motivos, fines, riesgos, resultados e implicancias esperados del acceso, exhibición o cualquier tipo de uso de aquellos, formulada en forma entendible para dichos grupos.

c) Exhibición Ofensiva: exposición o divulgación intencional por cualquier medio de los bienes indígenas tangibles que contenga juicios discriminatorios o peyorativos de las comunidades o pueblos de origen de esos bienes, o que contradiga de manera grave las prácticas culturales o el derecho consuetudinario de éstos.

d) Objetos Sagrados indígenas: son aquellos objetos que representan acontecimientos o valores espirituales de los pueblos indígenas o que tienen

un uso ritual o de significado trascendente en sus prácticas, tradiciones espirituales, cosmovisiones y sistemas de creencias y pensamientos.

e) Patrimonio cultural material o tangible: es el conjunto de bienes culturales que tienen substancia física y pueden ser conservados o restaurados, que identifican a una cultura o época y son reconocidos y evaluados de acuerdo a criterios específicos. Dentro de esta categoría se considerarán tanto los bienes muebles como los inmuebles.

f) Patrimonio cultural tangible mueble de los pueblos indígenas: incluirá todas cosas corporales muebles que constituyan objetos arqueológicos, históricos, artísticos, etnográficos, tecnológicos, religiosos y aquellos de origen artesanal o folklórico que tengan significado para la identidad cultural de los pueblos y comunidades indígenas. Entre ellos cabe mencionar obras de arte, libros manuscritos, documentos, artefactos históricos, grabaciones, fotografías, películas, documentos audiovisuales, artesanías y otros objetos de carácter arqueológico, histórico, científico y artístico.

g) Patrimonio cultural tangible inmueble de los pueblos indígenas: son obras o producciones humanas o espacios naturales de significación cultural que no pueden ser trasladadas de un lugar a otro, ya sea porque son estructuras (por ejemplo, un edificio), o porque están en inseparable relación con el terreno (por ejemplo, un sitio arqueológico). Este patrimonio incluirá todos los lugares, sitios, edificaciones, obras de ingeniería, conjuntos arquitectónicos, zonas típicas y monumentos de interés o valor relevante desde el punto de vista arquitectónico, arqueológico, histórico, artístico o científico, que tengan valor para la identidad cultural de los pueblos y comunidades indígenas.

h) Piezas físicas: bienes muebles que estén en posesión de museos, archivos, acervos, bibliotecas u otras instituciones culturales, académicas o científicas, independientemente de que estén hechos, catalogados o no, para los fines de su documentación, exhibición, difusión, conservación o valoración patrimonial y cultural.

i) Pueblos y comunidades de origen: aquellos pueblos o comunidades indígenas que crearon, fabricaron, produjeron bienes culturales muebles o que los ocuparon para usos culturales, y que son reconocidos en el artículo 1° de Ley N.° 19.253.

j) Restos humanos indígenas: restos totales o parciales postmortem de un individuo humano perteneciente a pueblos indígenas, sea éste identificable o no, sin considerar su estado de descomposición, que pueden o no tener

tejidos blandos u óseos, hayan experimentado o no un procedimiento de conservación o se hayan incorporado en otras cosas.

ARTÍCULO 3. DEBER DE PROTECCIÓN

El Estado tiene el deber de salvaguardar, conservar, proteger y defender la integridad y seguridad del patrimonio cultural material de los pueblos y comunidades indígenas.

ARTÍCULO 4. PROTECCIÓN INTEGRAL

Los bienes tangibles que constituyen el patrimonio cultural material de los pueblos y comunidades indígenas deben ser protegidos integralmente y conservados en función de su valor ambiental, histórico, antropológico, arqueológico y arquitectónico, y sobre todo el valor espiritual y cultural que les dan los mismos pueblos indígenas. Esto comprenderá su identificación, inventario, conservación, restauración, preservación, revaloración, promoción, difusión, registro cuando corresponda, y la repatriación, si fuere el caso.

Queda prohibida toda intervención de funcionarios estatales o terceros, incluso quienes hayan obtenido la propiedad o posesión de los bienes indígenas tangibles, que introduzca elementos o modificaciones que desvaloricen el patrimonio cultural material de los pueblos y comunidades indígenas.

Todos aquellos que queden autorizados para realizar obras de exploración, o excavación en bienes inmuebles que correspondan al patrimonio cultural material inmueble de los pueblos y comunidades indígenas, deberán contar con el consentimiento previo informado, en conformidad con el artículo 13° de esta ley.

ARTÍCULO 5. PROPIEDAD DE LOS BIENES TANGIBLES INDÍGENAS

Los bienes muebles que componen el patrimonio cultural material mueble de los pueblos y comunidades indígenas, serán en principio propiedad colectiva de dichos pueblos y comunidades, en cuanto sean identificables y persistan los vínculos con los pueblos que los crearon o produjeron.

Si existe una relación específica del bien con una o más comunidades indígenas, pertenecerán aquellos bienes a dichas comunidades.

Cuando no se cumplan los requisitos de los incisos anteriores, los bienes serán propiedad del Estado, aunque siempre podrán ser reivindicados por los pueblos y comunidades indígenas de origen cuando acrediten su calidad.

En el caso de bienes inmuebles, o muebles adheridos a inmuebles pertenecientes al patrimonio cultural material inmueble de los pueblos indígenas que estén en la actualidad bajo el dominio del Estado, continuarán bajo dicho dominio, pero quedarán bajo un régimen de administración conjunta con los pueblos y comunidades indígenas correspondientes, no pudiendo nunca ser enajenados, a menos que el Estado decida restituirlos a los pueblos o comunidades indígenas correspondientes.

Cuando dichos bienes inmuebles sean de propiedad de privados, estos quedarán siempre obligados por los deberes establecidos en el artículo 12° de esta ley. La posible restitución de dichos bienes a los pueblos o comunidades de origen, se regirá por las disposiciones de la Ley N.º 19.253, Ley Indígena.

Los pueblos y comunidades indígenas podrán enajenar con su consentimiento informado sus bienes tangibles, bajo las condiciones y requisitos previstos en la Ley N.º 19.253, ley indígena, así como otras leyes. Quienes los adquieran, quedarán siempre obligados a los deberes de protección integral que establece esta ley, no perdiendo dichos bienes nunca la calidad de bienes indígenas tangibles.

ARTÍCULO 6. DETERMINACIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL

Los pueblos y comunidades indígenas de origen tienen derecho a determinar los bienes tangibles que constituyen su patrimonio cultural y a establecer las medidas de salvaguardia en el ámbito de sus instituciones, conforme con sus identidades culturales, normas de derecho consuetudinario y prácticas tradicionales.

Para los efectos de identificar bienes indígenas tangibles, los pueblos y comunidades indígenas podrán siempre solicitar a la autoridad competente la realización de pruebas, investigaciones y pericias sobre bienes que estén en posesión o propiedad del Estado o de privados. Para la identificación de bienes inmuebles indígenas de valor cultural, los dueños o actuales poseedores deberán permitir los estudios e inspecciones que sean necesarias para tales efectos.

ARTÍCULO 7. DENOMINACIÓN DE LOS BIENES CULTURALES

Los bienes constitutivos del patrimonio cultural material de los pueblos y comunidades indígenas serán denominados, identificados, clasificados o registrados conforme al idioma de sus pueblos o comunidades de origen y sus prácticas tradicionales, sin perjuicio que también se registren bajo otras denominaciones o clasificaciones.

ARTÍCULO 8. PROPIEDAD DE LOS RESTOS HUMANOS INDÍGENAS

Los restos humanos recientes cuya identidad sea determinable pertenecerán a los individuos indígenas que tengan vínculos familiares con los individuos a quienes correspondan o, en su defecto, a las comunidades o pueblos de manera colectiva a los cuales los individuos han pertenecido tradicionalmente. Dichos restos, habiéndose acreditado su identidad, serán propiedad de aquellos para los efectos de reclamar su posesión, arreglar su destino final y honrar su memoria.

Esta disposición se aplicará a los restos de individuos indígenas tanto si se encuentran en el territorio nacional como si han sido llevados afuera de éste. En este último caso se aplicará el artículo 19°.

Para los efectos de identificar el origen de ciertos restos humanos que hayan sido reclamados como indígenas, sus actuales dueños o poseedores deberán ponerlos a disposición para la realización de las pruebas, pericias y estudios necesarios para cerciorarse de su identificación ante la autoridad competente. En el caso de los restos humanos fueren hallados en bienes inmuebles, enterrados, sepultados o fijados de alguna manera, los dueños o poseedores permitirán las inspecciones y trabajos que sean necesarios para la determinación del origen de dichos restos.

Toda persona, natural o jurídica, y los organismos del Estado que tengan en su poder, bajo cualquier título, restos humanos indígenas recientes de origen determinado o determinable que sean identificados como tales, se convertirán, desde el momento de la entrada en vigencia de esta ley, en poseedores de dichos restos para los efectos del artículo 10°.

Las reglas anteriores no se aplicarán a los restos humanos no recientes o cuya pertenencia no sea determinable.

Las bibliotecas, archivos, museos, instituciones culturales, científicas, académicas y de investigación que mantengan restos humanos indígenas, deberán registrar su descripción, pertenencia étnica y cultural. Deberán así

mismo cumplir con los deberes de conservación establecidos en el artículo 10° y exhibir los restos humanos con el consentimiento previo informado de quienes tienen derecho a reclamarlos conforme al artículo siguiente y de manera conforme a las prácticas tradicionales y creencias de los pueblos y comunidades de origen.

ARTÍCULO 9. RESTITUCIÓN DE RESTOS HUMANOS INDÍGENAS

Los restos humanos indígenas a que se refiere el inciso 1° del artículo anterior y que estén en posesión de organismos del Estado, bibliotecas, archivos, museos, instituciones culturales, científicas, académicas y de investigación, deberán ser restituidos a los individuos o a los representantes de los pueblos o comunidades que tuvieran derecho a ellos, cuando ellos los reclamaren.

Los funcionarios públicos que conozcan de cualquier modo que los restos humanos indígenas a que se refiere este artículo están en posesión de otros sujetos distintos a sus legítimos dueños y sin su consentimiento previo informado, tendrán el deber de comunicarlo a la autoridad competente que corresponda.

ARTÍCULO 10. OBLIGACIONES DE CONSERVACIÓN DE RESTOS HUMANOS INDÍGENAS

Todos aquellos que sean poseedores actuales, por cualquier título, o tengan bajo su control restos humanos indígenas, tendrán los siguientes deberes:

1. El deber de conservarlos en un estado adecuado;
2. El deber de no alterar o modificar dichos restos, ni introducir en ellos elementos que los deformen o deterioren;
3. El deber de notificar de su existencia y estado a aquellos que pueden tener derecho a reclamarlos.
4. El deber de no exhibir dichos restos de manera que no sea ofensiva para los pueblos indígenas.
5. El deber de restitución a sus legítimos dueños en conformidad con el artículo anterior.

ARTÍCULO 11. COMERCIALIDAD DE LOS BIENES DEL PATRIMONIO INDÍGENA

Los pueblos y comunidades indígenas determinarán, según sus usos, tradiciones y normas de derecho consuetudinario, los bienes pertenecientes a su patrimonio cultural material que no podrán ser susceptibles de comercio o enajenación a terceros.

Los bienes muebles considerados como objetos sagrados indígenas nunca podrán ser comerciables, en tanto los bienes inmuebles se registrarán por lo establecido en el inciso 2° del artículo siguiente.

ARTÍCULO 12. DEBERES DE CONSERVACIÓN Y VALORACIÓN DE BIENES TANGIBLES INDÍGENAS EN POSESIÓN DE TERCEROS

Aquellos que, bajo cualquier circunstancia, tengan la posesión o control bienes indígenas tangibles que no sean restos humanos, tendrán las siguientes obligaciones:

1. El deber de identificarlos en conformidad con el artículo 7°;
2. El deber de conservarlos en estado adecuado;
3. El deber de poner a disposición y permitir las actividades o estudios que permitan la identificación de dichos bienes;
4. El deber de documentar el origen y estado de los bienes;
5. El deber de evitar cualquier deterioro o modificación que impida su identificación o disminuya su valor cultural;
6. El deber de realizar o hacer realizar las actividades de restauración de los bienes que se requieran para mantener su identificación y valor cultural;
7. El deber de notificar a los posibles legítimos dueños de sus existencia y estado, en conformidad con el artículo 16°;
8. El deber de no exhibir o usar dichos restos de manera que sea ofensiva para los pueblos indígenas;
9. El deber de permitir el acceso de individuos de los pueblos y comunidades indígenas de origen para los fines de su prácticas culturales tradicionales;
10. El deber de restituir dichos bienes en las condiciones establecidas en el artículo 17°.

En el caso de los bienes inmuebles, una vez que se haya identificado su pertenencia, se constituirán por el sólo ministerio de la ley, las servidumbres de paso y otras que sean necesarias para que los individuos pertenecientes a los pueblos y comunidades de origen puedan siempre acceder y usar sin perturbación los sitios o elementos de su patrimonio cultural, de acuerdo a sus identidades culturales, prácticas tradicionales y normas de derecho consuetudinario. Dichos bienes podrán ser enajenados, manteniéndose siempre las condiciones y cargas establecidas en este artículo.

ARTÍCULO 13. CONSENTIMIENTO PREVIO INFORMADO Y ACCESO

Toda investigación o actividad con fines no comerciales de cualquier naturaleza que afecten directamente al patrimonio cultural material de los pueblos indígenas, debe obtener el consentimiento previo informado de los pueblos y comunidades indígenas de origen. Todas las investigaciones realizadas deberán ponerse en conocimiento de los pueblos y comunidades indígenas de origen y sus resultados y publicaciones quedaran disposición de los mismos.

Asimismo, para poder acceder y usar los bienes que integren el patrimonio cultural material de los pueblos indígenas con fines comerciales, estén estos en propiedad o posesión actual de los pueblos y comunidades indígenas de origen o no, deberá contarse con el consentimiento previo informado de dichos pueblos o comunidades, considerando la participación equitativa en los beneficios de dicha actividad. Dicho consentimiento deberá constar en un acuerdo donde se determine el acceso y uso, la participación equitativa en los beneficios, y el tiempo determinado de la duración.

ARTÍCULO 14. EXHIBICIONES DEL PATRIMONIO CULTURAL MATERIAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

En las exhibiciones o presentaciones locales, regionales, nacionales e internacionales, se incluirán los bienes tangibles constitutivos de las manifestaciones culturales de los pueblos y comunidades indígenas, de una manera que no sea ofensiva a su identidad cultural y derecho consuetudinario.

ARTÍCULO 15. ADQUISICIÓN POR MUSEOS DE PIEZAS FÍSICAS INDÍGENAS

Las piezas físicas adquiridas por museos, archivos, acervos, bibliotecas u otras instituciones culturales, académicas o científicas que correspondan al patrimonio cultural material de los pueblos indígenas deberán obtenerse de

acuerdo al consentimiento previo informado de los pueblos o comunidades de origen, y tendrán los deberes establecidos en el artículo 12°, además de realizar los debidos registros y documentación del origen, características, estado y valor cultural de aquellas piezas.

Cuando dichas piezas físicas hayan sido adquiridas por terceros, se deberá notificar la adquisición, en conformidad con el artículo siguiente.

En cuanto se identifique o determine la calidad de un bien indígena tangible en posesión de una de las instituciones referidas en este artículo, este bien no podrá ser enajenado sin el consentimiento previo informado de los pueblos o comunidades de origen. Dichas piezas físicas tampoco podrán ser prestadas o cedidas bajo cualquier título a otras instituciones similares a las referidas en este artículo o a privados, sin el respectivo consentimiento previo informado de los pueblos y comunidades origen.

ARTÍCULO 16. NOTIFICACIÓN DE POSESIÓN DE BIENES INDÍGENAS TANGIBLES

Toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, local, regional, nacional o internacional, que conserven o mantengan bajo su control bienes tangibles indígenas, deberán notificar la tenencia de dichos bienes a la autoridad competente, la cual, a su vez, notificará a los eventuales pueblos o comunidades de origen que tengan derecho a exigir su restitución.

ARTÍCULO 17. RECUPERACIÓN DE PIEZAS FÍSICAS Y OBJETOS SAGRADOS INDÍGENAS

En los casos que piezas físicas del patrimonio cultural material indígena se hayan obtenido por vías irregulares, así como en cualquier caso que se hayan obtenido los objetos sagrados indígenas, estos deberán ser restituidos íntegramente a los pueblos y comunidades de origen. El Estado tendrá el deber de hacer dicha restitución, en cuanto las piezas físicas correspondientes estén en manos de alguno de sus organismos.

En el caso de no ser posible la restitución, debido a la destrucción, deterioro o salida del país, sin posibilidad de retorno, deberá procederse a la indemnización por el daño o destrucción por quien sea responsable de ese daño. El Estado siempre será responsable por los daños que haya provocado a los bienes del patrimonio cultural material de los pueblos indígenas y por aquellos daños provocados que resulten de su negligencia para hacer posible su restitución a sus legítimos dueños en conformidad al artículo 5° de esta ley.

ARTÍCULO 18°. REPATRIACIÓN DE RESTOS HUMANOS Y PIEZAS FÍSICAS

En el caso que los restos humanos indígenas se encuentren en poder de personas o instituciones situadas en el extranjero, siempre será un deber del Estado exigir su repatriación, ya sea para su restitución en conformidad al artículo 9°, cuando proceda, o para que pasen a su administración en los otros casos.

Cuando se haya producido la repatriación de los restos humanos, el Estado pasará a restituirlos en cuanto sea posible a los que tengan derecho a reclamarlos, según el artículo 8° de esta ley.

ARTÍCULO 19°. ZONAS PATRIMONIALES INDÍGENAS

Aquellos territorios donde se sitúe una cantidad relevante de bienes inmuebles que formen parte del patrimonio cultural material inmueble de los pueblos indígenas, así como aquellos territorios que se identifiquen por una producción importante de bienes del patrimonio cultural material mueble de los pueblos indígenas, podrán ser declarados como zonas patrimoniales indígenas para los fines de tomar medidas de salvaguarda, protección, fomento, apoyo, valoración y divulgación del patrimonio cultural indígena.

En dichas zonas, las políticas públicas se tomen para realizar dichos fines, deberán ser acordadas con las autoridades representativas de los pueblos y comunidades indígenas presentes en dichos territorios.

ARTÍCULO 20°. DELITO DE DAÑO AL PATRIMONIO CULTURAL MATERIAL INDÍGENA

El que destruya, causare daño o afectase de cualquier modo la integridad de bienes pertenecientes al Patrimonio Cultural Material de los Pueblos y Comunidades Indígenas, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo y multa de cincuenta a doscientas unidades tributarias mensuales, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas y de que el juez, de ser factible, ordene la reconstrucción, restauración o restitución del bien, a costa del autor de la destrucción o deterioro.

ARTÍCULO 21°. DELITO DE APROPIACIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL MATERIAL INDÍGENA

La apropiación ilegítima de un bien perteneciente al Patrimonio Cultural Material de los Pueblos y Comunidades Indígenas, constitutiva

de los delitos de usurpación, hurto, robo con fuerza en las cosas, o robo con violencia o intimidación en las personas, así como su receptación, se castigara con pena de multa de cincuenta a doscientas unidades tributarias mensuales, además de la pena privativa de libertad que corresponda de acuerdo a las normas penales generales.

Tratándose del hurto, si no fuere posible determinar el valor del bien perteneciente al Patrimonio Cultural Material de los Pueblos y Comunidades Indígenas, se aplicará la pena de presidio menor en sus grados mínimo a máximo, además de la multa aludida en el inciso precedente».

ARTÍCULO SEGUNDO:

«MODIFÍQUESE LA LEY N.º 17.288 SOBRE MONUMENTOS NACIONALES, INCORPORANDO EL SIGUIENTE NUEVO INCISO SEGUNDO EN EL ARTÍCULO N.º 1.

«En todos aquellos casos que los monumentos históricos, públicos o arqueológicos sean bienes que formen parte del patrimonio cultural material de los pueblos y comunidades indígenas, cuando se requieran autorizaciones o aprobaciones, éstas sólo se otorgarán con el consentimiento previo informado de los pueblos y comunidades indígenas a cuyo patrimonio corresponden».

III. PROYECTO DE LEY SOBRE RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL INDÍGENA Y PREVENCIÓN Y SANCIÓN DE LA BIOPIRATERÍA

A continuación transcribimos, por su interés, el proyecto de ley presentado por varios senadores ante el Senado de Chile el 21 de junio de 2016 (Boletín n.º 10.722-04), cuyo objeto es reconocer y proteger el patrimonio cultural indígena y prevenir y sancionar la biopiratería. El proyecto se encuentra en tramitación ante la Comisión de Educación y Cultura de la cámara.

Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señores Tuma, De Urresti, Lagos, Ossandón y Pizarro, sobre reconocimiento y protección del patrimonio cultural indígena y prevención y sanción de la biopiratería.

La Creciente Biopiratería en Chile

En Chile están en peligro la biodiversidad y la diversidad cultural, debido a la falta de protección de los conocimientos tradicionales de las

comunidades locales y los pueblos indígenas. Conocimientos formados y acumulados de manera colectiva y que han permitido una adaptación y relación armónica con la naturaleza son apropiados por terceros y desvinculados de su contexto cultural. Así también, se empobrecen las culturas que han aportado al uso abierto de procedimientos medicinales, diseños, narraciones, historias, mitos y elementos que forman parte de su patrimonio, pero que han permitido a todo el país construir una identidad diferenciada de los demás países del mundo. Esta riqueza, relacionada con el medio ambiente y de índole cultural está siendo protegida en otros países de América Latina y el resto del continente, y es necesario que nuestro país se ponga al día y genere un marco normativo y protección de los conocimientos tradicionales.

Numerosas plantas medicinales y que tienen vínculos espirituales inequívocos con las identidades de los pueblos indígenas de Chile han sido objeto de apropiación indebida o biopiratería. Uno de los casos que se destacan es el Maqui, *Aristotelia Chilensis*, este arbusto silvestre constituye un árbol sagrado para el Pueblo Mapuche, representando la buena y pacífica intención, que decora los Rewes ceremoniales al considerarse una ofrenda o don de la naturaleza, y al cual este pueblo le ha dado múltiples usos tradicionales, medicinales y alimenticios, tanto en lo que se refiere a las bayas como a las hojas. Se destacan sus propiedades cicatrizantes, antiinflamatorias y antioxidantes, además de sus facultades nutricionales.

En Estados Unidos existen al menos cuatro solicitudes de patentes pendientes sobre el Maqui.

Publication number	EP2682005 A1
Publication type	Application
Application number	EP20120175151
Publication date	Jan 8, 2014
Filing date	Jul 5, 2012
Priority date ⓘ	Jul 5, 2012
Also published as	DE102013011026A1
Inventors	Melanie Stürtz, Michael Roloff, Hans-Thomas Herbst, Harry Erfurt, Hans-Jürgen Niemeyer
Applicant	Symrise AG
Export Citation	BiBTeX, EndNote, RefMan
Patent Citations (9), Non-Patent Citations (8), Classifications (17), Legal Events (4)	
External Links: Espacenet, EP Register	

Publication number	WO2009059218 A1
Publication type	Application
Application number	PCT/US2008/082103
Publication date	May 7, 2009
Filing date	Oct 31, 2008
Priority date ⓘ	Oct 31, 2007
Also published as	US20090176718
Inventors	Mary Gries, Peter Kuhn, Mary Ann Lila, Ulya Raskin, David M Ribnick, Gad Yousef
Applicant	Mary Gries, 6 More »
Export Citation	BiBTeX, EndNote, RefMan
Patent Citations (5), Referenced by (1), Classifications (4), Legal Events (3)	
External Links: Patentscope, Espacenet	

Número de publicación	WO2007038421 A2
Tipo de publicación	Solicitud
Número de solicitud	PCT/US2006/037237
Fecha de publicación	5 Abr 2007
Fecha de presentación	26 Sep 2006
Fecha de prioridad ①	27 Sep 2005
También publicado como	CA2622286A1, 5 más »
Inventores	Jin Dai, Vincent S Gallicchio, Russell J Mumper
Solicitante	Jin Dai, Vincent S Gallicchio, Russell J Mumper, Univ Kentucky Res Found
Exportar cita	BIBTeX, EndNote, RefMan
Citas de patentes (1), Otras citas (1), Citada por (6), Clasificaciones (4), Eventos legales (4)	
Enlaces externos: Patentscope, Espacenet	

Número de publicación	WO2013022788 A1
Tipo de publicación	Solicitud
Número de solicitud	PCT/US2012/049619
Fecha de publicación	14 Feb 2013
Fecha de presentación	3 Ago 2012
Fecha de prioridad ②	5 Ago 2011
También publicado como	CA2841133A1, 4 más »
Inventores	Christian Drapeau, Shakahn KUKULCAN, Gilte S. Jensen
Solicitante	Stemtech International, Inc.
Exportar cita	BIBTeX, EndNote, RefMan
Citas de patentes (3), Otras citas (1), Citada por (3), Clasificaciones (12), Eventos legales (7)	
Enlaces externos: Patentscope, Espacenet	

Otro caso es el hongo *Streptomyces Hygroscopicus*, originario de Rapa Nui (Isla de Pascua), del cual se extrajo el compuesto denominado Rapamicina, que evita los rechazos en los pacientes trasplantados. La Rapamicina fue patentada por un laboratorio canadiense, Ayerst, McKenna & Harrison, Ltd.,⁴ sin mediar consentimiento previo ni reparto de beneficios con el Pueblo Rapa Nui.⁵

Un nuevo ejemplo, lo constituye el caso de la Murta o Murtilla. Esta baya tiene propiedades para usos cosméticos que previenen el envejecimiento de la piel y los mapuches utilizaban esta planta para revitalización cerebral y potencia sexual.⁶

Hacia el año 1989, un Chef australiano llamado Bernard Jenni, tras conocer el producto en la Región de los Lagos, logró sacar algunas plantas y produjo en su país un almácigo de 200 ejemplares que, hacia el año 2002, ya estaban multiplicados en todo un huerto. Con sus frutas presentó en el mercado de Australia un fino helado de Murta. Su restaurante de Tasmania ha alcanzado gran popularidad gracias al nuevo producto.⁷ Se planteó en Australia la solicitud de patente para la denominación de «Tassie Berry» («Bayas de Tasmania») como eventual patente del producto, pretendiendo así un origen australiano.⁸

De acuerdo a Vandana SHIVA, la biopiratería consiste en el «uso injustificado de los sistemas de propiedad intelectual, con el objeto de

4. Patente US3929992 A

5. <http://www.lanacion.cl/prontusnoticias/site/artic/20060729/pags/20060729185403.html>

6. MANZUR, María Isabel (2004), Experiencias en Chile de Acceso A Recursos Genéticos, Protección del Conocimiento Tradicional y Derechos de Propiedad Intelectual. Santiago: Fundación Sociedades Sustentables, p. 19.

7. <http://www.abc.net.au/landline/stories/s526679.htm>

8. <http://chileven.blogspot.cl/2006/09/nos-roban-la-murta.html>

asegurar la legitimidad de la apropiación exclusiva y en esta misma dirección, del control sobre múltiples recursos, productos y procesos biológicos, que se relacionan, fundamentalmente, con la diversidad genética».⁹ La noción de biopiratería tradicionalmente describe las actividades de las corporaciones transnacionales occidentales apoyadas por los gobiernos en la dirección de adquirir indebidamente recursos biológicos o el conocimiento asociado de los pueblos indígenas y comunidades locales del sur global.¹⁰

A través de los sistemas de derechos de propiedad industrial e intelectual, las corporaciones y grandes empresas obtienen derechos monopólicos y excluyentes sobre conocimientos colectivos desarrollados por comunidades indígenas y locales, y comienzan a explotarlos, sin consentimiento previo ni ningún tipo de participación en las ganancias de dicha explotación para esas comunidades. Por otro lado, aquellos conocimientos están a menudo relacionados con la conservación y valoración de la biodiversidad, de manera que su apropiación para su explotación lucrativa suele poner en peligro la riqueza de la biodiversidad.

Existen en la experiencia internacional, un sinnúmero de otros ejemplos de biopiratería:¹¹

9. SHIVA, Vandana (2001), *Protect or plunder? Understanding intellectual property rights*, Zed books, Londres, p. 49.
10. OGUAMANAM, Chidi (2012), *Intellectual Property in Global Governance, A Development Question*. New York: Routledge, pp. 39-40.
11. Tabla extraída de Grupo Semillas (2008), *Biopiratería, Una amenaza a los territorios colectivos de Colombia. Estrategias y acciones desde la sociedad para enfrentarla*. Bogotá: ARFO, Editores e Impresores Ltda. pp. 15-16

Planta	Origen de la Patente	Titular de la patente	Características de la patente
<i>Sangre de dragón</i> <i>Croton ssp.</i>	Amazonía	Shaman Pharmaceuticals EE. UU.	Antivírica, antiherético y antidiarreico. Uso Tradicional: heridas, inflamaciones y reumatismo.
<i>Ayahuasca</i> <i>Banisteriosis caapi</i>	Planta medicinal y sagrada indígenas amazónicas	Plant Medecine Corporation EE. UU.	Patente de la variedad "Da vince". La patente fue cancelada, posteriormente en el 2001, se le restableció a Loren Miller.
<i>Maca:</i> <i>Lepidium Meyenii</i>	Raíz de pueblos indígenas andinos. (Perú)	Pure World Botanicals, Inc. en 2001. Patente de Biotics Research Corporation, en 2000	Posee propiedades como "Viagra natural". ex- tracto de raíces de maca para usos farmacéuticos. Incremento de los niveles de testosterona.
<i>Árbol del Neem</i>	Planta de la India. Uso milenario en la agricultura y la medicina	W. R. Grace y al USDA de EE.UU. (Insecticida y funguicida)	Existen más de 90 patentes sobre sus propiedades insecticidas y medicinales. La patente de W. R. Grace ha sido revocada.
<i>Endod o jabón de fresas,</i> <i>Phytolacca dodecandra,</i>	Planta de pueblos africanos	Universidad de Toledo	Utilizada para control biológico contra el mejillón zebra, una peste de los grandes Lagos de América del Norte
<i>Maíz</i> <i>Zea mays</i>	México, Centroamérica y países Andinos	338 patentes sobre maíz	Ej.: Monsanto posee Patente de maíz RR, y maíz Bt. - ICI (EE. UU.): 13 patentes de maíz resistente a herbicidas. 60% de las patentes son propiedad de 14 empresas del norte
<i>Soya</i> <i>Glycine</i>	China	Monsanto	Monsanto es propietaria de la

<i>max</i>			patente de todas las Variedades GM de soya. Patente Revocada en 2006.
<i>Algodón pigmentado</i>	México	Sally V. Fox EE. UU.	Variedades de algodón de pigmentación (Coyote y verde). Son variedades antiguas actualmente en desuso
<i>Yacón</i>	Tubérculo de sabor dulce, de los Andes de Perú.	Investigadores del gobierno japonés, en colaboración CIP.	Edulcorante que podría reemplazar el azúcar. Patente del yacón.
<i>La quinua, Chenopodium quinoa</i>	Cereal milenario de países andinos	En 1994, agrónomos de la Universidad de Colorado - EE. UU.	Plantas masculinas estériles de variedad «Apelawa» para crear otras variedades híbridas. Luego de la presión internacional y de las comunidades andinas, los titulares de esta patente no la renovaron.
<i>El frijol enola, Phaseolus vulgaris</i>	Variedad de México. Cultivado durante siglos comunidades locales.	Compañía de semillas PODNERS - EE. UU. 1999	La patente de derechos exclusivos de este frijol. El CIAT, demandó la patente. 2006 fue revocada.
<i>El arroz, tipo Basmati aromático, Oryza sativa.</i>	Variedades originarias de la India y Paquistán. Es superior al arroz común.	Texas Rice Tec. Inc. (EE. UU.)	Fue patentado el nombre de Basmati, y las variedades de los campesinos. Gobiernos de India y Paquistán demandaron la patente.

Además de los conflictos relativos a patentes, el fenómeno de la biopiratería se ha expandido al uso de los derechos de los obtentores de nuevas variedades vegetales bajo el Convenio UPOV para apropiarse de las semillas tradicionales e indígenas; las marcas comerciales para apropiarse de identificadores, nombres propios indígenas, así como emblemas y símbolos; los derechos de autor y derechos conexos para apropiarse de las expresiones culturales tradicionales.

ROBINSON ha explicado que existen tres tipos básicos de biopiratería:¹²

i) El patentamiento de invenciones (a menudo espurias) basado en los recursos biológicos y/o conocimientos tradicionales que se extraen sin la

12. ROBINSON, Daniel (2012), Biopiracy and the Innovations of Indigenous Peoples and Local Communities. In: Drahos, Peter & Frankel, Susy (Eds.), indigenous peoples' innovation, Intellectual Property Pathways to Development. Canberra: Australian National University.

autorización adecuada y participación en los beneficios de otros países (por lo general en desarrollo) y de las comunidades indígenas o locales.

ii) Biopiratería por vías distintas de las patentes: Otros controles mediante derechos de propiedad intelectual (a través de la protección de las obtenciones vegetales o marcas comerciales engañosas) basado en los recursos biológicos y/o conocimientos tradicionales que han sido extraídos sin autorización adecuada y distribución de beneficios de otros países en desarrollo (por lo general) y de comunidades indígenas o locales.

iii) Apropiaciones Indebidas: La extracción no autorizada de los recursos biológicos y/o conocimientos tradicionales con fines de investigación y desarrollo de otros países en desarrollo (por lo general) y de comunidades indígenas o locales, sin distribución adecuada de beneficios.

Conocimientos Tradicionales

Los conocimientos tradicionales pueden ser concebidos en un sentido estricto o amplio. En sentido estricto corresponden a sistemas de conocimiento que se han originado en la actividad intelectual realizada en contextos tradicionales. En sentido amplio, junto a los sistemas de conocimiento, deben considerarse las prácticas e innovaciones de las comunidades indígenas y locales, incluyendo sus signos y símbolos, y en general todo el patrimonio cultural inmaterial e intelectual.

Todas las definiciones de los conocimientos tradicionales sostiene que éstos: (i) tienen un origen trazable a un pueblo en particular, grupo o comunidad, el cual, por lo general, se describe como «indígena» o «tradicional» y más recientemente «cultural»; (ii) tienen características colectivas en su producción, uso y conservación, (iii) la naturaleza oral de ellos y su transmisión oral, (iv) su naturaleza intergeneracional; y (v) la importancia del contexto en la definición de los conocimientos tradicionales. En todas las definiciones está implícita o explícita la capacidad de los pueblos, grupos o comunidades para definir lo que constituye su conocimiento, así como la vinculación de los conocimientos tradicionales a la identidad del grupo de origen o comunidad.¹³

De acuerdo al «Glosario de los Términos más Importantes relacionados con la Propiedad Intelectual y los Recursos Genéticos, los Conocimientos

13. LE GALL, Sharon (2009), *An Introduction to Core Concepts and Objectives: What are Traditional Knowledge, Genetic Resources and Traditional Cultural Expressions and Why Should They Receive Legal Protection?* Geneva: World Intellectual Property Organization, p. 3.

Tradicionales y las Expresiones Culturales Tradicionales», la expresión conocimientos indígenas se utiliza para describir los conocimientos que poseen y utilizan comunidades, pueblos y naciones indígenas. En ese sentido, los conocimientos tradicionales vendrían a ser los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas. Aunque no todos los conocimientos tradicionales sean indígenas, el término también se utiliza en referencia a los conocimientos que son intrínsecamente indígenas y, en ese específico sentido, los términos «conocimientos tradicionales» y «conocimientos indígenas» podrían utilizarse indistintamente.

Por otra parte, el proyecto de articulado propuesto por el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore de la OMPI, identifica las expresiones culturales tradicionales como:

»[Por expresión cultural [tradicional] se entiende toda forma de expresión [artística y literaria], [creativa y otro tipo de expresión espiritual], tangible o intangible, o una combinación de ambas, como las corporales, materiales, musicales y sonoras, verbales y escritas [y sus adaptaciones], independientemente de la forma en que se manifieste, se exprese o se ilustre [y que puede pervivir en forma escrita/codificada, oral o de otra índole].»

Otro concepto relevante es el de «patrimonio cultural de los pueblos indígenas». Según el Informe de Irene DAES (1997), éste consistiría en:

»...todo lo que forma parte de la identidad característica de un pueblo, que puede compartir, si lo desea, con otros pueblos. Esta expresión abarca todo lo que en la legislación internacional se considera como creación del pensamiento y de la destreza del ser humano, como, por ejemplo, canciones, relatos, conocimientos científicos y obras de arte. Incluye también el patrimonio histórico y natural, como los restos humanos, las características naturales del paisaje y las especies vegetales y animales autóctonas con las que un pueblo ha estado tradicionalmente vinculado.»¹⁴

El carácter patrimonial de los conocimientos de los pueblos indígenas implica, antes que todo, su vinculación a un colectivo o pueblo, como condición definitoria de su identidad y elemento determinante de las relaciones de pertenencia a dicho pueblo. Dicho colectivo tiene facultades para decidir su uso, incluido su compartición con otros grupos e individuos bajo las condiciones y circunstancias que determine.

14. DAES, Erica-Irene (1997), *Protección del Patrimonio de los Pueblos Indígenas*. Nueva York: Naciones Unidas. U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/26.

Los conocimientos tradicionales se caracterizan por su carácter holístico, la integración de lo mental (intangible) y lo material (tangible), su orientación moral o normativa, con una naturaleza típicamente práctica, pero de índole espiritual, con componentes de naturaleza sagrada. A diferencia de los conocimientos científicos occidentales, están basados más que nada en procesos, con datos diacrónicos, reunidos en largas secuencias de tiempo en lugares acotados, relacionados con un entorno ecológico específico y sus recursos naturales. Por sobre todas las cosas, los conocimientos tradicionales son de creación, atribución y difusión colectiva, de uso compartido o sujetos a guarda, cooperativos en su adquisición y uso. Están típicamente embebidos en las prácticas consuetudinarias, el lenguaje y la herencia cultural. Su acceso regulado por derecho consuetudinario de los pueblos y comunidades titulares. Su fijación es informal y, en general, están muy poco documentados.

Por las razones anteriores, los conocimientos tradicionales no se armonizan con los sistemas de derechos de propiedad intelectual de los ordenamientos jurídicos. Estos sistemas, de corte individualista, no reconocen hasta ahora la autoría colectiva, ni las otras propiedades de los conocimientos tradicionales, y se encuentran más bien disponibles para su abuso mediante prácticas de biopiratería. Es por ello, que la comunidad internacional se encuentra en busca de soluciones para la protección de los conocimientos asociados, y sus valores asociados (biodiversidad, diversidad cultural).

Derechos de los Pueblos Indígenas y Comunidades Locales sobre sus Conocimientos Tradicionales

La Convención sobre Diversidad Biológica de 1992, dispone en su artículo 8° j) el respeto, preservación y mantención de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales relevantes para la conservación y uso sustentable de la diversidad biológica. También establece el deber de promover con el consentimiento y participación de los portadores la aplicación de dichos conocimientos, y de favorecer un régimen equitativo de participación en los beneficios. Bajo el alero de dicha convención se ha desarrollado el Protocolo de Nagoya sobre el acceso a los recursos genéticos.

Por su parte, las Naciones Unidas, en la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, establecieron en su artículo 31° los derechos de los pueblos indígenas sobre sus conocimientos tradicionales:

1. «Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas.

2. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales.

3. Conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptaran medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos.»

Lo anterior está directamente relacionado con el Convenio N.º 169 de la OIT, el cual establece el derecho humano de los pueblos indígenas a la integridad de su cultura.

El Convenio N.º 169 establece, en su artículo 5.º, letras a) y b):

»Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberán tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;

b) deberán respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;

En la experiencia internacional, se han desarrollado dos tipos de sistemas de protección de los derechos de las comunidades locales y los pueblos indígenas sobre los conocimientos tradicionales: La protección defensiva y la protección positiva.

La protección defensiva o indirecta, consiste en las medidas que tienen por objetivo evitar que personas naturales o jurídicas ajenas a los genuinos titulares, adquieran derechos de propiedad intelectual sobre los conocimientos tradicionales. Uno de sus instrumentos consiste en la adopción de medidas legislativas que pretenden verificar la procedencia legal de los objetos de protección (objetos de solicitud de patentes, por ejemplo), requiriendo que la persona que solicita el reconocimiento de derechos de propiedad intelectual sobre invenciones, creaciones o productos

que se deriven de ellos, que demuestre haber accedido legalmente a los conocimientos eventualmente utilizados.

La protección positiva consiste en la creación de regímenes jurídicos que reconocen u otorgan derechos sui generis que facultan a sus titulares, los colectivos creadores de los conocimientos tradicionales, para fomentarlos, controlar sus usos y beneficiarse de su explotación económica.

Ambos sistemas no son excluyentes, sino complementarios, y adoptan diversas formas e instrumentos.

Situación de la Protección en Chile

En la actualidad, la única protección existente para los conocimientos tradicionales consta en la Ley N.º 19.039, que Establece Normas aplicables a los Privilegios Industriales y Protección de los Derechos de Propiedad Industrial. El inciso final del artículo 3º de dicha ley, después de la modificación de la Ley N.º 19.996 de 2005, señala lo siguiente:

»La presente ley garantiza que la protección conferida por los derechos de propiedad industrial que aquí se regulan, se concederá salvaguardando y respetando tanto el patrimonio biológico y genético como los conocimientos tradicionales nacionales. El otorgamiento de los derechos de propiedad industrial que constituyan elementos protegibles, que hayan sido desarrollados a partir del material obtenido de dicho patrimonio o de dichos conocimientos, estará supeditado a que ese material haya sido adquirido de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente.»

Dicha regla consiste en una forma de protección defensiva, indicando que la protegerá la propiedad industrial, salvaguardando simultáneamente los conocimientos tradicionales. Sin embargo, no se establece en la ley ningún mecanismo para hacer efectiva dicha protección.

La Ley N.º 20.584, de 2012, que Regula los Derechos y Deberes que tienen las Personas en relación con Acciones Vinculadas a su Atención en Salud, señaló, en su artículo 7º:

«Artículo 7.º. En aquellos territorios con alta concentración de población indígena, los prestadores institucionales públicos deberán asegurar el derecho de las personas pertenecientes a los pueblos originarios a recibir una atención de salud con pertinencia cultural, lo cual se expresará en la aplicación de un modelo de salud intercultural validado ante las comunidades indígenas, el cual deberá contener, a lo menos, el reconocimiento, protección y fortalecimiento de los conocimientos y

las prácticas de los sistemas de sanación de los pueblos originarios; la existencia de facilitadores interculturales y señalización en idioma español y del pueblo originario que corresponda al territorio, y el derecho a recibir asistencia religiosa propia de su cultura.»

Dicha norma tiene por objetivo el reconocimiento y protección de los conocimientos de los sistemas de sanación de los pueblos originarios. En este sentido, se trata de una fórmula de protección, positiva. Sin embargo, esta regla tampoco contiene mecanismos para la realización, protección y ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas a sus conocimientos de salud tradicionales.

Las formas de protección defensiva han supuesto la organización de una institucionalidad pública que permita al Estado identificar los conocimientos tradicionales e introducir procedimientos para sus amenazas. El mayor logro han sido los sistemas de registro de los conocimientos tradicionales, en los cuales, la autoridad de protección de la propiedad intelectual del país, u otra, llevan un registro de los conocimientos tradicionales – público o secreto –, contra el cual comprueban si las solicitudes de derechos de propiedad industrial involucran elementos que correspondan a conocimientos tradicionales. Ello se complementa con obligaciones de divulgación del origen de los conocimientos usados para las patentes solicitadas, procedimientos de nulidad tanto para las patentes, como para las marcas y otros derechos concedidos sobre conocimientos tradicionales.

La creación de un sistema semejante requiere, en general, la iniciativa de ley del ejecutivo. Ello también supone que existan sujetos activos que puedan impulsar la actividad estatal de protección al demandarla.

Por lo anterior, este proyecto busca establecer un sistema positivo de protección de los conocimientos tradicionales. Esto, se debe a que los sistemas de protección positiva son aquellos que satisfacen mejor las expectativas de los titulares de los conocimientos tradicionales para ejercer control sobre su uso y difusión, y para el reconocimiento y atribución de su origen o autoría colectiva, así como para hacer una explotación económica de ellos, por ellos mismos o permitiendo el acceso y uso de terceros interesados, si así lo decidieran.

Principios del Proyecto de Ley

i) Derechos de los creadores colectivos:

Los sistemas de derechos positivos sui generis se basan en el reconocimiento de que los recursos de conocimiento tradicionales son parte

del patrimonio colectivo de los creadores y proveedores de conocimientos tradicionales y por lo tanto proporcionan salvaguardias de propiedad contra reclamaciones de terceros. Las excepciones a esta protección dependen del consentimiento previo y la distribución de beneficios, en condiciones mutuamente convenidas y otros principios de derecho consuetudinario de las comunidades afectadas.

Los derechos sui generis usan la técnica de los derechos de propiedad intelectual, modificándolos en aspectos fundamentales: titularidad colectiva, carácter perpetuo, determinación de las facultades por el derecho consuetudinario, ejercicio indivisible, inalienabilidad (imposibilidad de la cesión definitiva de derechos).

El proyecto de Ley reconoce derechos colectivos de propiedad intelectual a las comunidades locales y a las comunidades y pueblos que originan los conocimientos tradicionales.

En América Latina, Perú, Brasil, Panamá y Costa Rica han establecido sistemas de propiedad intelectual sui generis para los pueblos indígenas.

En Panamá se estableció un Régimen Sui Generis por medio de la Ley N.º 20, de 26 de junio de 2000, y luego fue regulado por el Decreto Ejecutivo N.º 12, de 20 de marzo de 2001.

En Brasil, la protección de los conocimientos tradicionales se estableció en el capítulo III de la Medida Provisoria N.º 2186-16/2001, la cual se reconoció el derecho de las comunidades indígenas y locales a decidir sobre el uso de sus conocimientos tradicionales asociados con el patrimonio genético del país, la distribución de los beneficios.

En Costa Rica, el 30 de abril de 1998, se promulgó en Costa Rica la Ley de Biodiversidad, Ley N.º 7.788, la misma que establece disposiciones para conservar y utilizar sosteniblemente los recursos de la biodiversidad, así como para la distribución equitativa de los beneficios derivados de su uso, a través de mecanismos de acceso, contratos o licencias y derechos sui generis basado en registros.

En Perú, el 24 de julio de 2002 fue promulgada la Ley N.º 27.811, Ley que Establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas Vinculados a los Recursos Biológicos. El artículo 1º indica que el Estado reconoce el derecho y la facultad de los pueblos y comunidades indígenas de decidir sobre sus conocimientos colectivos.

El artículo 42° de dicha ley establece que el pueblo o comunidad indígena que posee un Conocimiento Tradicional está protegido contra su revelación, adquisición o uso, sin su consentimiento y de manera desleal. Asimismo, está protegido contra su revelación sin su autorización, cuando un tercero ha tenido acceso al conocimiento, pero tiene un deber de reserva.

ii) No protección de derechos para terceros:

Se complementa el reconocimiento con un principio defensivo para evitar la constitución de derechos de propiedad de propiedad intelectual a favor de terceros externos a las comunidades de origen de los conocimientos tradicionales. La sanción a la adjudicación o reconocimiento por la autoridad de derechos de propiedad intelectual a terceros será la nulidad absoluta. En el caso de actos y contratos entre privados que vulneren la ley, estos serán nulos, pero serán saneables sólo por la obtención del consentimiento informado de los titulares, en conformidad con los términos de este cuerpo legal –participación equitativa en los beneficios, etc.–. Esto es, sin perjuicio de las sanciones penales por incurrir en alguno de los tipos penales de biopiratería que el proyecto contempla.

iii) Reconocimiento del derecho consuetudinario:

Los derechos colectivos de los titulares, en su naturaleza y alcance, pueden quedar regulados por las reglas del derecho consuetudinario propio de los pueblos indígenas correspondientes.

Dentro de los sistemas sui generis, los principios del derecho consuetudinario indígena pueden servir de base para la determinación de los conocimientos tradicionales, de su titularidad y formas de uso, fortaleciendo la gestión consuetudinaria de los recursos, los sistemas de gobierno, y las prácticas culturales de los creadores de aquellos conocimientos.

Los sistemas de derecho de propiedad intelectual existentes ya han reconocido el derecho consuetudinario, como punto de referencia específico, más que como un sistema jurídico completo, en una serie de contextos prácticos. Este reconocimiento lo podemos encontrar en la ley modelo de la Unión Africana (art. 8°). La ley filipina de derechos de los pueblos indígenas (secciones 32°, 35° y 65°), la ley de biodiversidad de Costa Rica (arts. 82° a 84°), el decreto que regula la Ley N.° 20 de Panamá (art. 7.iii del Decreto Ejecutivo N.° 12 de 2001), la ley peruana N.° 27.811 (arts. 4°, 5°, 10° y 39°), Ley modelo regional del Pacífico de 2002 y la Medida Provisoria de Brasil de 2001 (art. 4°).

iv) Consentimiento previo informado:

Salvo las excepciones que establece este cuerpo legal, la única forma legítima de obtener acceso y hacer uso de los conocimientos, incluyendo su explotación económica, es el consentimiento informado fundamentado, el cual deberá ser previo, por parte de los titulares colectivos de derechos.

Desde mediados de la década de 1980, los pueblos originarios reclamaron el reconocimiento de su derecho a otorgar o denegar su consentimiento libre, previo e informado a las acciones que afectan sus tierras, territorios y recursos naturales¹⁵, una parte central de su lucha por la autodeterminación.

Las características del consentimiento previo informado son:¹⁶

- Consentimiento significa que las comunidades tienen el derecho de aprobar –en las condiciones apropiadas– o rechazar una solicitud de acceso.
- Para ser considerado «libre», debe haber evidencia clara de que la comunidad afectada ha llegado a su decisión sin coerción o manipulación por parte de los solicitantes de acceso o el Estado.
- Se les debe permitir a las comunidades acceder a información completa y análisis independiente de los solicitantes y el Estado.
- Los solicitantes deben permitir el tiempo adecuado para que se lleven a cabo los procesos de toma de decisión según las tradiciones de las comunidades afectadas.
- La comunidad o comunidades concernidas deberían ser, en lo posible, ampliamente definida a través de un análisis de las partes interesadas, el cual también identifique los procesos de toma de decisión en ellas.
- A los representantes comunitarios involucrados en procesos de consentimiento/toma de decisiones se les debe proporcionar oportunidades para fortalecer su capacidad de participar en tales procesos.
- El consentimiento debe otorgarse no sólo al principio del acceso, sino que debe mantenerse a lo largo de la duración, debiendo extinguirse el acuerdo de acceso, cuando los titulares quieran retirar

15. COLCHESTER, Marcus; FARHAN FERRARI, Maurizio (2007), Poniendo en práctica el CLPI: Desafíos y perspectivas para los Pueblos Indígenas, Junio de 2007, Forest Peoples Programme, Moreton-in-Marsh, p. 3.

16. Basado en OXFAM América, Consentimiento, Previo, Libre e Informado, Herramienta Para Evitar el Conflicto en los Proyectos Extractivos.

su consentimiento. Esto requiere un monitoreo independiente y participativo del cumplimiento de las condiciones de una licencia o acuerdo de acceso.

v) Asociaciones equitativas para el acceso a los conocimientos:

La forma de expresión del consentimiento debe traducirse en acuerdos de asociación entre los titulares y los interesados en tener acceso, uso y/o explotación de elementos componentes de los conocimientos tradicionales.

Los acuerdos o licencias de acceso son contratos de acceso que permiten diferentes usos de los conocimientos tradicionales, incluyendo los usos científicos o de explotación económica en sus diversas formas.

Estos acuerdos han sido regulados como la forma en que se expresa el consentimiento previo informado, reflejando sus condiciones, de manera recíproca y equitativa para las partes, resguardando siempre la titularidad de los derechos de las comunidades y pueblos de origen de los conocimientos. Así lo establece, por ejemplo, la African Model Legislation for the protection of the rights of local communities, farmers and breeders, and for the regulation of access to biological resources, de la Unión Africana, establecida el año 2000 y el subsiguiente Protocolo ARIPO Swakopmund para la protección del conocimiento tradicional y las expresiones del folklore de 2010.

vi) Participación equitativa en los beneficios:

El Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992) establece la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos.

El Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad biológica (2010) tiene por finalidad «la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante, entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y esas tecnologías, así como mediante una financiación adecuada contribuyendo así a la diversidad biológica y al uso sostenible de sus componentes».

El Tratado Internacional sobre los Recursos Filogenéticos para la Alimentación y la Agricultura de la Organización de las Naciones Unidas

para la Agricultura y la Alimentación (FAO) establece, en su artículo 1º, la «distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización en armonía con el Convenio sobre la Diversidad Biológica, para una agricultura sostenible y la seguridad alimentaria».

En el artículo 1º de la Decisión N.º 391 de la Comunidad Andina acerca de un Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos, se define «acceso» como «la obtención y utilización de los recursos genéticos conservados en condiciones ex situ e in situ, de sus productos derivados o, de ser el caso, de sus componentes intangibles, con fines de investigación, prospección biológica, conservación, aplicación industrial o aprovechamiento comercial, entre otros.».

El Protocolo de Nagoya ha establecido la participación en los beneficios, y «como otros instrumentos internacionales han acordado factores para evaluar la justicia y la equidad, criterios similares se pueden encontrar en el contexto del ABS. Por ejemplo, las Directrices de Bonn declaran que los beneficios deben ser distribuidos «entre todos los que han sido identificados como contribuyentes a la gestión de los recursos, y al proceso científico y/o comercial» (Párrafo 48). Luego, la justicia y la equidad implican entonces el reflejo, en la participación en los beneficios, de diversas contribuciones proporcionales –ya sean el conocimiento, la innovación o la adición de valor– hecha por individuos, comunidades u organizaciones para la investigación, desarrollo, comercialización o procesos que genero estos beneficios. Otro enfoque, que también podría encontrar fundamento en las Directrices de Bonn, sería el decir que es la justicia y la equidad del proceso la que se define en el resultado. La información precisa sobre los usos previstos, cómo se llevaran a cabo la investigación y el desarrollo, la participación de terceros, y los posibles beneficios –todos listados en las Directrices de Bonn como la información que puede ser requerida en las solicitudes de acceso– serían factores que permitan a las Partes y otros actores interesados determinar efectivamente lo que es justo y equitativo en circunstancias específicas.».¹⁷

El Capítulo V de la Lei N.º 13.123 de 2015 en Brasil, regula de manera sistemática «DA REPARTIÇÃO DE BENEFÍCIOS» dentro de la ley que «dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade».

17. VV.AA.(2012), Guía Explicativa del Protocolo de Nagoya sobre Acceso y Participación en los Beneficios, Gland: UICN, p. 94.

vii) Castigo de la biopiratería:

En la actualidad se comienza a concebir a la biopiratería como un crimen internacional, el cual perjudica a los pobres en los países en desarrollo que se ven obligados a comprar productos de su propia diversidad biológica a precios inasequibles simplemente porque una empresa de los países desarrollados posee las habilidades de investigación y los recursos financieros necesarios para transformar productos de su biodiversidad en productos comercializables.

La criminalización de la biopiratería busca salvaguardar los bienes jurídicos de la biodiversidad y de la diversidad cultural.

Costa Rica estableció, en 1998, la Ley N.º 7.788, La Ley de Biodiversidad, en su artículo 111º, la sanción de inhabilitación para los funcionarios y profesionales (5 años) por la responsabilidad penal que correspondería a ellos por delitos contra la biodiversidad.

Panamá ha regulado desde 2007 en la Ley N.º 14 la inclusión en el Código Penal una sección especial llamada Delitos contra los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas y sus Conocimientos Tradicionales. El Código Penal panameño también estableció en su artículo 275º que se impondrá una pena de cuatro a seis años de prisión a quien, fabrique o ensamble, comercialice o haga circular un producto amparado por el Derecho Colectivo de los Pueblos Indígenas y sus Conocimientos Tradicionales, sin el consentimiento de los titulares del derecho. La misma sanción se impondrá a quien use un procedimiento, modelo o dibujo industrial, amparado por el Derecho Colectivo de los Pueblos Indígenas y sus Conocimientos Tradicionales, sin el consentimiento de los titulares del derecho.

Ecuador ha promulgado en 2014 su Código Penal Integral Orgánico, en el cual, en su artículo 248º, se castigan con penas de prisión (3 a 5 años) los actos y omisiones relacionadas con el acceso no autorizado, la erosión genética o pérdida genética como delitos contra el patrimonio genético nacional. El artículo 258º agrega penas de grandes multas para las personas jurídicas por delitos en el capítulo donde se castiga la biopiratería.

- Por los fundamentos antes expuestos, se presenta el siguiente:

PROYECTO DE LEY

ARTICULO 1°. RECONOCIMIENTO DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES E INDÍGENAS.

El Estado reconoce y protegerá los derechos de las comunidades locales y comunidades y pueblos indígenas sobre los conocimientos tradicionales que creen, poseen, mantienen, utilizan y desarrollen.

Los conocimientos tradicionales son esenciales para la protección de la biodiversidad, la protección y desarrollo de la diversidad cultural y los derechos de los pueblos indígenas.

Es deber del Estado asegurar el reconocimiento y protección de los conocimientos tradicionales en todos los niveles, promover su valoración y procurar, en conjunto con sus titulares, su determinación.

ARTÍCULO 2°. DEFINICIONES.

Para los efectos de esta ley, se entenderá por los siguientes conceptos:

a) Biopiratería o Apropiación Indevida de Conocimientos Tradicionales: se refiere al uso de los sistemas de derechos de propiedad intelectual, con el objeto de asegurar la apropiación exclusiva y el control sobre conocimientos tradicionales o expresiones culturales tradicionales, sin el consentimiento previo informado o la participación equitativa en los beneficios de su explotación de sus legítimos titulares.

b) Conocimientos tradicionales: son aquellos que han sido creados y mantenidos en un contexto colectivo por comunidades locales y comunidades y pueblos indígenas, estén o no ampliamente difundidos, y que están asociados de forma distintiva a la identidad y al patrimonio cultural de las comunidades. Dichos conocimientos son transmitidos de generación en generación, ya sea que hayan sido mantenidos en formas tangibles o intangibles, de forma consecutiva o no, pudiendo ser dinámicos y evolucionar. No es necesario que existan desde tiempos inmemoriales o a lo largo de grandes extensiones de tiempo o de lugar.

Dentro de dichos conocimientos también se comprenderán aquellos que estén asociados al uso de recursos genéticos y otros componentes de la diversidad biológica.

c) Conocimientos Tradicionales de Amplia Divulgación: son los conocimientos tradicionales que son accesibles a las personas que no son miembros de la comunidad indígena o local, o pueblo a la que se considera

poseedor de ellos. Esos conocimientos pueden ser objeto de fácil acceso tras su catalogación en medios tangibles, por Internet o mediante otros tipos de telecomunicación o registro.

d) Conocimientos Tradicionales Sagrados: son aquellos conocimientos tradicionales que expresan o pertenecen a creencias o prácticas religiosas o espirituales.

e) Conocimientos Tradicionales Secretos o Reservados: son aquellos conocimientos tradicionales que, en virtud del derecho consuetudinario que regula su acceso, uso y cuidado en las comunidades de origen, no deben ser conocidos por sujetos externos a ellas, o por quienes sean distintos a sus guardadores o portadores.

f) Consentimiento Previo Informado: se entenderá por tal, aquella aceptación formal del acceso y uso de los conocimientos protegidos que sea prestado por las comunidades locales y las comunidades o pueblos indígenas titulares de ellos, previa solicitud de los interesados, y realizado en condiciones de información veraz, completa y suficiente sobre el objeto, motivos, fines, riesgos, resultados e implicancias esperados del acceso, formulada en forma entendible para dichos grupos.

g) Expresiones Culturales Tradicionales: todas las formas de expresión artística, literaria o creativa y cualquier otro tipo de expresión espiritual, tangible o intangible, o una combinación de ambas, en que se manifiestan los conocimientos y la cultura tradicionales, producto de la actividad intelectual creativa, en particular la creatividad de la comunidad, y que se refieren a la identidad cultural y social de ella, así como de su patrimonio cultural. Las expresiones culturales tradicionales son mantenidas, utilizadas o desarrolladas por esa comunidad o por individuos que tienen el derecho o la responsabilidad de hacerlo en conformidad con las prácticas consuetudinarias de dicha comunidad. En particular son:

a. las expresiones verbales, tales como los relatos, las gestas épicas, las leyendas, la poesía, los enigmas y otras narraciones; las palabras, los signos, los nombres y los símbolos;

b. las expresiones musicales, tales como las canciones y la música instrumental;

c. las expresiones corporales, tales como las danzas, las representaciones escénicas, las ceremonias, los rituales y otras interpretaciones o ejecuciones,

d. las expresiones tangibles, tales como las obras de arte y, en particular, dibujos, pinturas (incluidas las pinturas corporales), tallas, esculturas, alfarería, terracota, mosaicos, ebanistería, forja, joyería, cestería, labores de punto, textiles, cristalería, tapices, indumentaria; artesanía; instrumentos musicales; y obras arquitectónicas.

h) Obras Tradicionales: Cualquier tipo de obra basada de manera predominante o que contienen expresiones culturales tradicionales.

i) Patrimonio Indígena: Todo lo que forma parte de la identidad característica de un pueblo, que puede compartir, si lo desea, con otros pueblos. Esta expresión abarca todo lo que en la legislación internacional se considera como creación del pensamiento y de la destreza del ser humano, como, por ejemplo, canciones, relatos, conocimientos científicos y obras de arte. Incluye también el patrimonio histórico y natural, como los restos humanos, las características naturales del paisaje y las especies vegetales y animales autóctonas con las que un pueblo ha estado tradicionalmente vinculado.

j) Uso Ofensivo: Se trata del uso de los conocimientos tradicionales que intencionalmente los deformen, contengan juicios discriminatorios o peyorativos de las comunidades o pueblos que los originaron, sobre sus portadores o guardadores, ya sea que se derive de un acceso a dichos conocimientos mediante una licencia o de cualquier otro modo.

ARTÍCULO 3°. DERECHOS COLECTIVOS SOBRE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES.

Serán titulares de los derechos sobre los conocimientos tradicionales las comunidades locales o indígenas específicas en que éstos se hubieran creado. Cuando correspondan a conocimientos que sean patrimonio de un pueblo indígena y no de una comunidad particular o grupo de comunidades, los derechos recaerán en dicho pueblo en su conjunto.

Dichos derechos no podrán ser reivindicados o ejercidos por individuos o grupos al interior de dichas comunidades, sino por el conjunto de éstas, a través de sus autoridades y procedimientos de decisión propios y en conformidad con sus prácticas culturales y las reglas de su derecho consuetudinario.

Los derechos a que se refiere este artículo serán perpetuos, inalienables, imprescriptibles e irrenunciables, siendo reconocidos por la sola existencia de la práctica cultural respectiva sin necesidad de reconocimiento expreso de la autoridad ni registro oficial.

Todos los actos y contratos, y actos de autoridad que contravengan los derechos colectivos sobre los conocimientos tradicionales serán nulos. En el caso de los actos y contratos entre privados, la nulidad de éstos será saneable, si posteriormente se obtiene el consentimiento informado de los titulares colectivos de los derechos, y dando cumplimiento a las demás exigencias de esta ley. El reconocimiento o adjudicación de un derecho a un tercero, en contravención a esta ley, jamás podrá ser posteriormente validada.

Los individuos pertenecientes a los pueblos o comunidades titulares de derechos colectivos podrán usar los conocimientos tradicionales con cualquier finalidad, sin necesidad de consentimiento previo, en conformidad con las prácticas culturales y las reglas de su derecho consuetudinario. Sin embargo, no podrán constituir derechos de propiedad intelectual individuales sobre dichos conocimientos. Para la divulgación de esos conocimientos o para otorgar una licencia de acceso a terceros siempre deberá recabarse el consentimiento previo informado de los titulares.

Cuando existieran controversias sobre la titularidad de los conocimientos tradicionales específicos entre diversas comunidades que la reclamen en particular y que sean pertenecientes a un mismo pueblo indígena, estas deberán ser resueltas por las autoridades representativas de dicho pueblo. Cuando existan controversias entre comunidades locales no indígenas, o entre éstas y una comunidad indígena, estas serán resueltas por los tribunales ordinarios de justicia.

ARTÍCULO 4°. DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL Y CONOCIMIENTOS TRADICIONALES.

Terceros no podrán constituir derechos de propiedad industrial de ninguna clase sobre conocimientos tradicionales o sobre elementos que hagan aplicación de ellos. Los derechos otorgados en contravención a esta ley serán siempre anulables, de oficio por la autoridad, o a requerimiento de los titulares de los conocimientos tradicionales.

Los símbolos y emblemas de los pueblos indígenas nunca podrán ser objeto de derechos de propiedad industrial a favor de terceros. Terceros no podrán usar dichos emblemas como formas de distintividad comercial sin el correspondiente consentimiento previo informado regulado en el artículo 9° de esta ley.

Los titulares legítimos de los conocimientos tradicionales, en virtud de esta ley, podrán decidir obtener y usar los derechos de propiedad industrial

para su beneficio, en cuyo caso los derechos que le sean otorgados no podrán ser enajenados.

ARTÍCULO 5°. DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS SOBRE CONOCIMIENTOS TRADICIONALES.

No se podrán reclamar derechos de autor o derechos conexos por parte de terceros sobre obras basadas en expresiones culturales tradicionales u obras derivadas de otras que no se basen en fuentes independientes de dichos conocimientos.

Cualquier registro que reconozca derechos de autor o derechos conexos sobre las obras indicadas en el inciso anterior, serán nulo, de nulidad absoluta.

Las obras que incorporen expresiones culturales tradicionales u obras tradicionales no podrán ser reproducidas sin el consentimiento previo informado de los titulares de dichos conocimientos, particularmente:

- a) Cuando consista en la reproducción de la película cinematográfica en la que una expresión cultural tradicional es incluida en cualquier manera o forma, incluyendo la incorporación de una fotografía de ellas;
- b) Cuando consista en la publicación de la obra tradicional si era hasta ahora inédita;
- c) En el caso de una obra tradicional de carácter literario o musical se difunda o se provoque una comunicación al público de ella o parte de ella, por medios alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de la obra de tal manera que ellos puedan tener acceso a ella desde el lugar y en el momento en que se encuentren;
- d) En el caso del arrendamiento y ofrecimiento o exposición para el alquiler con carácter comercial, directa o indirectamente, de una copia de la película cinematográfica o una reproducción de la grabación de sonido en el que se incluya una expresión cultural tradicional;
- e) En el caso de la realización de un registro documental de cualquier tipo que contenga la grabación de sonido en el que se incluye una expresión cultural tradicional;
- f) En el caso de una emisión de televisión u otra emisión que incorpora una expresión cultural tradicional, para ser transmitida en cualquier servicio de difusión.

g) Cualquier otra forma de utilización de la obra tradicional, en conformidad con el artículo 18° de la Ley N.º 17.336.

La vulneración de lo establecido en el inciso anterior podrá subsanarse obteniendo el consentimiento informado de los titulares.

Las obras basadas en expresiones culturales tradicionales u obras derivadas de otras que no se basen en fuentes independientes de dichos conocimientos no ingresarán al patrimonio cultural común, en conformidad con el artículo 11° de la Ley N.º 17.336, sino siempre serán parte del patrimonio de los pueblos indígenas o comunidades locales que los crearon.

ARTÍCULO 6°. CONOCIMIENTOS TRADICIONALES DE AMPLIA DIVULGACIÓN.

La amplia divulgación de los conocimientos tradicionales no eximirá a estos de la protección de esta ley, y éstos no podrán ser considerados parte del dominio público o de derechos de exclusivos de terceros para negarles dicha protección. El acceso amplio y abierto a dichos conocimientos para toda la comunidad nacional o internacional que haya sido concedido o mantenido por los titulares, no privará a éstos de los derechos y beneficios de esta ley.

El Estado velará por el respeto de los derechos de los titulares respecto de dichos conocimientos, asegurando su integridad y promoviendo los usos fidedignos y no deformados de ellos.

ARTICULO 7°. FACULTADES DE LOS TITULARES DE DERECHOS COLECTIVOS.

Los titulares de los derechos sobre conocimientos tradicionales tendrán las siguientes facultades exclusivas, las cuales serán ejercidas a través de sus autoridades representativas:

a) Crear, mantener, controlar, desarrollar y acceder a dichos conocimientos, de la manera que decidan colectivamente, y en conformidad con las reglas de su derecho consuetudinario, si las hubiere.

b) Utilizar directamente las obras tradicionales, de acuerdo a lo establecido en el artículo 180 de la Ley N.º 17.336.

c) Desalentar o impedir la divulgación, el uso u otra forma de explotación no autorizados de dichos conocimientos.

d) Autorizar o denegar el acceso a y el uso de los conocimientos tradicionales, sea que este uso implique o no la creación de obras derivadas.

Cualquier autorización será sobre la base de un consentimiento informado previo y a través de acuerdos mutuamente convenidos que contengan, cuando así corresponda, condiciones de participación equitativa en los beneficios.

e) Revocar el consentimiento otorgado cuando lo estimen conveniente.

f) Estar informados de las solicitudes de acceso a sus conocimientos tradicionales.

g) A que se les garantice la atribución de los conocimientos tradicionales, con carácter inalienable, indivisible e imprescriptible como parte de su patrimonio cultural.

h) A que se les garantice los demás derechos morales que correspondan a las comunidades o pueblos a los que se les atribuya la creación de dichos conocimientos, en conformidad con el artículo 14° de la Ley N.° 17.336.

i) Solicitar la anulación de los registros o derechos que se concedan vulnerando sus derechos sobre los conocimientos tradicionales.

j) Ejercer las acciones judiciales por los perjuicios, ilícitos y delitos sancionados en las leyes N.° 17.336 y 19.039 cometidos en contra de sus derechos.

k) A requerir la corrección y reparación a los responsables por los daños que provoque el uso ofensivo de los conocimientos tradicionales, incluso de aquellos que sean conocimientos ampliamente divulgados.

l) Cuestionar y requerir corrección ante las autoridades competentes y quien corresponda los usos, no fidedignos o distorsionados de los conocimientos tradicionales de amplia divulgación.

Las comunidades y pueblos titulares de los derechos a que se refiere esta ley no podrán ser perturbados en el ejercicio de ellos. Cualquier estipulación contractual en contrario se tendrá por no escrita.

La gestión de aquellos derechos se realizará, de acuerdo a lo que disponga el derecho consuetudinario de los pueblos y comunidades titulares, y según las decisiones de sus autoridades representativas. Cuando los derechos reconocidos en esta ley recaigan sobre una obra tradicional, estos derechos no podrán ser nunca administrados por las entidades de gestión colectiva reguladas por el Título VI de la Ley N.° 17.336.

Las facultades contenidas en este artículo no alcanzarán a las obras originales derivadas de fuentes distintas a los conocimientos tradicionales y conocidas fuera de las comunidades o pueblos.

Estas facultades tampoco alcanzarán a las obras derivadas de los conocimientos tradicionales, cuando el uso que permitió su creación haya sido debidamente autorizado en conformidad a esta ley, salvo las establecidas en las letras g), h), i), k) y l) del inciso primero de este artículo.

La constitución de derechos exclusivos, la autorización de su uso o el paso al dominio público de obras derivadas de conocimientos tradicionales referidas en el inciso anterior, jamás privarán a tales conocimientos de la protección de las letras g), h), k) y l) del inciso primero de este artículo.

ARTICULO 8°. EXCEPCIONES A LOS DERECHOS RECONOCIDOS.

Estarán exceptuados de las facultades a que se refiere este capítulo, no siendo sujetos a consentimiento previo informado ni ningún tipo de compensación, los siguientes usos sobre los conocimientos tradicionales o indígenas:

a) Los usos de obras o expresiones tradicionales, o de cualquier parte de ellas, para fines no comerciales, de crítica, comentario o caricatura, siempre que dicha utilización no constituya una explotación encubierta de la obra o expresión tradicional, no se haga un uso ofensivo de aquellas, ni se divulguen conocimientos tradicionales secretos o reservados.

b) Para el reporte noticioso de acontecimientos o hechos relacionados con los conocimientos tradicionales, sea a través de medios de prensa o medios ciudadanos.

c) Los usos descritos en las excepciones al derecho de autor y derechos conexos establecidas en los artículos 71° B, C, D, E, F, N, O, P de la Ley N.º 17.336.

d) Usos para fines de investigación, preservación, exhibición, registro, copia, presentación y reproducción en archivos, bibliotecas, museos o instituciones científicas y culturales, con propósitos no comerciales, relacionados con el patrimonio cultural u otros fines de interés público, respetando las prácticas culturales y las reglas de derecho consuetudinario de las comunidades o pueblos que son creadores de los conocimientos tradicionales, en especial respecto de los conocimientos tradicionales sagrados. En cualquier caso, para acceder a conocimientos tradicionales

no ampliamente divulgados, deberán obtener el consentimiento previo informado de los titulares.

e) Usos para fines de enseñanza y aprendizaje en instituciones nacionales o extranjeras que no persigan fines de lucro, respetando las prácticas culturales y las reglas de derecho consuetudinario de las comunidades o pueblos que son creadores de los conocimientos tradicionales, respetando las prácticas culturales y las reglas de derecho consuetudinario de las comunidades o pueblos que son creadores de los conocimientos tradicionales, en especial respecto de los conocimientos tradicionales sagrados. En cualquier caso, para acceder a conocimientos tradicionales no ampliamente divulgados, deberán obtener el consentimiento previo informado de los titulares.

f) La traducción al lenguaje castellano o a lenguas extranjeras, por investigadores o instituciones nacionales o extranjeras de investigación o enseñanza sin fines de lucro, o instituciones estatales, de obras o expresiones tradicionales en lengua indígena, para fines educativos, de investigación, exhibición y valoración patrimonial, respetando las prácticas culturales y las reglas de derecho consuetudinario de las comunidades o pueblos que son creadores de los conocimientos tradicionales.

g) La traducción al lenguaje castellano o a lenguas extranjeras de obras o expresiones tradicionales en lengua indígena realizadas para uso personal.

h) Usos para situaciones de emergencia nacional, calamidad, seguridad nacional o grave peligro para la salud pública.

i) Usos para su registro en actuaciones, medios de prueba o expedientes judiciales o administrativos u otros documentos oficiales.

j) La copia o registro de obras o expresiones tradicionales, mantenido en reserva y sin divulgación, siempre que se haya accedido a los conocimientos tradicionales de manera legítima y conforme con esta ley.

k) Los usos que se hagan para fines no comerciales, de promoción y defensa de los conocimientos tradicionales por parte de individuos y organizaciones no pertenecientes a las comunidades o pueblos titulares de los conocimientos tradicionales.

l) Los usos, sin fines comerciales, que hagan individuos y grupos pertenecientes a las comunidades o pueblos titulares de los conocimientos tradicionales para promover y defender los derechos de dichas comunidades y pueblos.

m) La reproducción electrónica realizada para cualquiera de los usos indicados en las letras anteriores.

ARTICULO 9°. CONSENTIMIENTO PREVIO INFORMADO PARA EL ACCESO A CONOCIMIENTOS PROTEGIDOS.

Los interesados en acceder los conocimientos tradicionales y usarlos, deberán solicitar el consentimiento previo informado de los titulares de dichos conocimientos, el cual sólo se podrá otorgar mediante una autorización expresa, específica y por un período delimitado. Esto no será aplicable para acceder a conocimientos tradicionales que ya tengan una amplia divulgación, pero sí para su utilización para fines no comerciales o su explotación económica, cuando éstas no estén amparadas por las excepciones del artículo 8° de esta ley.

La solicitud de autorización de uso deberá indicar el o los propósitos específicos del acceso solicitado, la duración y condiciones de éste, así como los beneficios que se espera obtener de dicho acceso, y una propuesta de participación equitativa en los beneficios, si correspondiera, en los términos del artículo 13° de esta ley.

El consentimiento debe prestarse mediante una deliberación colectiva de las comunidades acompañada de negociaciones sin presiones u otros vicios del consentimiento, con procedimientos adecuados a las prácticas culturales o reglas de derecho consuetudinario de las comunidades y pueblos titulares, y debe expresarse a través de acuerdos mutuamente convenidos con las autoridades representativas de dichos grupos.

Los protocolos comunitarios que las comunidades o pueblos adopten en su manifestación de consentimiento y que consten por escrito serán parte integrante de los acuerdos mutuamente convenidos, tengan éstos el carácter de contratos de licencia o no.

ARTÍCULO 10°. ACCESO PARA FINES CIENTÍFICOS, CULTURALES Y DE INVESTIGACIÓN.

Aquellos interesados, sean personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que deseen tener acceso a los conocimientos tradicionales y hacer uso de ellos con fines científicos u otros propósitos culturales, de enseñanza o investigación, deberán obtener el consentimiento previo informado de los titulares, en los términos establecidos en los artículos anteriores, cuando los conocimientos tradicionales no estén ampliamente divulgados.

Los usos posteriores que se hagan de los conocimientos tradicionales a los cuales se obtuvo acceso se registrarán por las letras d) y e) del artículo 8º, salvo que la investigación esté orientada a la obtención ulterior de beneficios económicos.

El consentimiento previo correspondiente deberá contar con un acuerdo de participación equitativa en los beneficios económicos que se puedan obtener de la investigación científica que haga uso de los conocimientos tradicionales, cuando estos sean esperados. Si dichos beneficios aparecen posteriormente al consentimiento que permite el acceso, deberá suscribirse a la brevedad un acuerdo para dar participación equitativa de ellos a los titulares.

Si la investigación no produce en definitiva beneficios económicos, el acuerdo no tendrá efecto.

Los investigadores autorizados deberán poner en conocimiento de los titulares todos los resultados de la investigación realizada en virtud de la autorización de acceso. Asimismo, siempre deberá garantizarse el acceso libre y gratuito de las comunidades o pueblos que sean titulares a los productos o subproductos de la investigación autorizada que puedan incidir en la salud de sus miembros.

Sea que los conocimientos tradicionales tengan amplia divulgación o no, a los investigadores no se les podrán reconocer derechos de autor respecto de aquellos conocimientos que sirvan de base u objeto a sus publicaciones científicas. Tampoco podrán adjudicárseles otros derechos de propiedad intelectual o industrial sobre dichos conocimientos, ni a ellos ni a las instituciones de que los investigadores formen parte o para las cuales hayan realizado la investigación.

ARTÍCULO 11º. ACCESO PARA FINES DE EXPLOTACIÓN ECONÓMICA.

Aquellos interesados en acceder a conocimientos tradicionales para fines de explotación económica de cualquier tipo también deberán solicitar el consentimiento previo informado a que se refiere el artículo 9º. Dicho consentimiento sólo se podrá expresar a través de un contrato de licencia de acceso que contemple condiciones equitativas de participación en los beneficios económicos. Esta disposición también abarca a las empresas o instituciones privadas que realicen actividades con fondos públicos o que sean empresas del Estado.

ARTICULO 12°. LICENCIAS DE ACCESO.

Las licencias de acceso serán contratos escritos de licencia que sean fruto de acuerdos mutuamente convenidos bajo las condiciones de un consentimiento previo informado. Dichos contratos deberán contener los siguientes elementos:

- a) Identificación de las partes y sus representantes.
- b) Descripción específica del conocimiento protegido a que se está otorgando acceso y de los usos que se hará de él en virtud de la licencia.
- c) Descripción de los propósitos específicos del acceso y usos autorizados por las licencias.
- d) Descripción de los beneficios esperados de su uso o explotación.
- e) Delimitación de la duración del contrato de licencia. Los contratos no podrán durar más de 5 años, aunque pueden ser renovados bajo las mismas condiciones que se concedieron.
- f) Establecimiento de las compensaciones económicas u otras formas de participación en los beneficios de la explotación de los conocimientos referidos, en conformidad al artículo siguiente.
- g) La obligación del licenciataria de informar a los titulares de los conocimientos protegidos acerca de los avances en la investigación, aplicación industrial, explotación o comercialización de los resultados derivados del uso de dichos conocimientos.
- h) La obligación del licenciataria de contribuir de manera específica y concreta al fortalecimiento y preservación de los conocimientos tradicionales usados.
- i) Acompañamiento de todos los documentos que se entregaron a las comunidades o pueblos para obtener su consentimiento.

Los contratos de licencias de acceso serán suscritos por los representantes legales o convencionales de las comunidades o pueblos titulares de los conocimientos.

La licencia de acceso nunca impedirá el uso que hagan las mismas comunidades o pueblos titulares de los conocimientos tradicionales que son objeto de la licencia, ni obstará a que ellos otorguen otras licencias para el uso de los mismos conocimientos.

Los beneficiarios de las licencias se podrán conceder sublicencias de acceso sino con el consentimiento previo informado de las comunidades o pueblos titulares, manifestado en conformidad a esta ley.

ARTÍCULO 13°. PARTICIPACIÓN EQUITATIVA EN LOS BENEFICIOS.

El acceso y explotación económica de conocimientos tradicionales por terceros distintos a sus titulares debe realizarse bajo condiciones que contemplen, compensaciones por los eventuales daños y formas de participación equitativa en los beneficios esperados o efectivamente resultantes de la explotación.

Dichas exigencias deberán reflejarse en el otorgamiento e implementación de las licencias de acceso a conocimientos tradicionales, ya sea que la explotación económica sea perseguida directamente del acceso y uso de aquellos, o que sea una consecuencia derivada de éstos.

Los beneficios o compensaciones podrán ser de naturaleza monetaria o no-monetaria. Las compensaciones o beneficios no-monetarios podrán ser de acceso a bienes tangibles o intangibles, y de naturaleza cultural, pero nunca podrán ser exclusivamente de esta última clase.

Los términos y valor de los beneficios o compensaciones deberán de guardar una justa proporción con los beneficios económicos que se espera obtener con el acceso, uso y explotación de los conocimientos tradicionales.

Las compensaciones y formas de participación en los beneficios deben ser expresadas en todos sus términos en los respectivos contratos de licencias de acceso, y ser el fruto del consentimiento previo informado de los titulares. En el caso de que, producto de la investigación, o por cualquier causa, se identifiquen beneficios que no hayan sido previstos en el consentimiento expresado en el contrato de licencia de acceso, estos no pertenecerán al beneficiario de la licencia, sino que debe producirse el correspondiente consentimiento previo informado de los titulares respecto del nuevo beneficio específico. Los términos con los cuáles se regulen los beneficios nuevos se incorporarán como anexo al contrato de licencia original.

El que no sea requerido un consentimiento previo informado para el acceso, o que los conocimientos tradicionales hayan sido ampliamente divulgados o utilizados anteriormente por terceros, no excluye del deber de requerir el consentimiento de quienes se benefician de la explotación económica de los conocimientos tradicionales. En este caso, se suscribirá

el correspondiente contrato de licencia de acceso en el más breve plazo posible con los titulares.

El incumplimiento de las exigencias de este artículo al momento de otorgar la licencia de acceso, determinará que ella se tendrá por no escrita.

ARTICULO 14°. TÉRMINO DE LAS LICENCIAS.

Los contratos de licencias de acceso del artículo anterior terminarán por expiración del plazo a que se refiere la letra e) del artículo 12°, por rescisión de ambas partes, o por resolución del contrato al no cumplirse con las compensaciones y participación en los beneficios pactados, o bien por cualquier otra forma de incumplimiento de las partes respecto a lo establecido en los contratos de licencia destinados al acceso y utilización de conocimientos tradicionales.

ARTICULO 15°. CONTROVERSIAS SOBRE LICENCIAS.

Las controversias sobre el contenido y alcance de las licencias se someterán a la jurisdicción de los tribunales ordinarios del país y no podrán ser nunca objeto de arbitraje, ni someterse a la jurisdicción de tribunales de otros países.

Para resolver esas controversias, deberán acreditarse de manera adecuada los conocimientos tradicionales, su titularidad y alcances de sus usos, así como las reglas de derecho consuetudinario de las comunidades y pueblos titulares que los regulen.

ARTÍCULO 16°. PREVENCIÓN DEL ACCESO ILEGÍTIMO Y BIOPIRATERÍA.

Es deber del Estado tomar todas las medidas necesarias para evitar el acceso ilegítimo a los conocimientos tradicionales y su uso no autorizados, quebrantando los términos y fines de esta ley, así como la apropiación indebida o biopiratería sobre dichos conocimientos.

Lo anterior incluye el deber de litigar, tanto en el país, como en el extranjero, y realizar todas las gestiones para evitar, revocar o anular la constitución de derechos de propiedad intelectual o industrial sobre conocimientos tradicionales de que sean titulares las comunidades locales y comunidades y pueblos indígenas que habiten el territorio nacional.

Los usos no autorizados comprenderán aquellos que suceden:

a) Cuando los conocimientos tradicionales estén incluidos en un producto o cuando se haya desarrollado u obtenido un producto sobre la base de conocimientos tradicionales;

b) Cuando la fabricación, importación, oferta para la venta, venta, almacenamiento o uso del producto se hagan al margen del ámbito tradicional de dichos conocimientos;

c) Cuando la posesión del producto a los fines de su oferta a la venta, su venta o su uso se hacen al margen de su ámbito tradicional;

d) Cuando se hace uso de conocimientos tradicionales en actividades de investigación y desarrollo con fines no comerciales, sin el respectivo consentimiento informado;

e) Cuando se hace uso de conocimientos tradicionales en actividades de investigación y desarrollo con fines comerciales, sin el respectivo consentimiento informado;

f) Cuando no se contempla un acuerdo de participación equitativa en los beneficios.

ARTÍCULO 17°. ACCESO ILEGÍTIMO A CONOCIMIENTOS TRADICIONALES.

El que acceda o utilice con fines comerciales conocimientos tradicionales sin la autorización legal correspondiente y sin el consentimiento previo informado de las comunidades indígenas y locales titulares, será sancionado con pena de presidio en su grado mínimo.

ARTÍCULO 18°. APROPIACIÓN INDEBIDA DE CONOCIMIENTOS TRADICIONALES.

El que se apropie, mediante la reivindicación o explotación de derechos de propiedad intelectual o industrial, de un elemento de conocimiento tradicional, asociado o no a recursos genéticos, será sancionado con pena de presidio menor en sus grados medio a máximo.

Cuando la apropiación indebida haya sido realizada para o en beneficio de personas jurídicas, dichas personas jurídicas serán sancionadas con multas de 1.000 a 100.000 UTM, dependiendo de la magnitud del daño causado. Los actos y contratos que hayan realizado dichas personas sobre los conocimientos tradicionales apropiados indebidamente serán nulos, de nulidad absoluta.

ARTÍCULO 19°. DIVULGACIÓN NO AUTORIZADA.

El que divulgue, publique o haga público de cualquier manera, elementos pertenecientes a conocimientos tradicionales, que sean considerados como secretos o reservados por las comunidades o pueblos que sean sus titulares, sin el consentimiento previo informado de ellos, será sancionado con pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio, independientemente de los fines que persiga la divulgación.

ARTÍCULO 20°. AGRAVANTE DE FUERZA, ENGAÑO O INTIMIDACIÓN.

En los delitos de los artículos 16° y 17°, si existiera el uso de violencia, engaño o intimidación, se elevará la pena en un grado.

Sucedará el mismo aumento a quien, incurriendo en el tipo penal descrito en el artículo 17°, se excediera dolosamente de la autorización concedida para utilizar los conocimientos tradicionales en una explotación con fines económicos.

ARTÍCULO 21°. COMPENSACIÓN POR USO INADECUADO Y DIVULGACIÓN DAÑINA.

Cuando, producto de un acceso ilegítimo o la apropiación indebida de un componente del conocimiento tradicional, se produzca una divulgación de ellos que vaya más allá de la práctica comunitaria reconocible, los titulares tendrán siempre derecho a una compensación justa y equitativa. De la misma manera ocurrirá cuando, a consecuencia de dichas acciones, se produzcan daños en los soportes tangibles u objetos que incorporen los conocimientos tradicionales provocando la pérdida total o parcial de ellos.

ARTÍCULO 1° TRANSITORIO. PLAZO DE ADECUACIÓN PARA INSTITUCIONES ESTATALES, EDUCATIVAS Y DE INVESTIGACIÓN NACIONALES.

Las instituciones del Estado, las instituciones educativas, de investigación, así como los museos, bibliotecas, archivos, acervos e instituciones culturales, sin fines de lucro, nacionales tendrán el plazo de 5 años para adecuar sus prácticas a las disposiciones de esta ley.

IV. PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL NOMBRE DE LA COMISIÓN DE LA CULTURA, ARTES Y COMUNICACIONES POR EL QUE INDICA

Se transcribe a continuación el proyecto de ley presentado ante la Cámara de Diputados de Chile mediante moción de varios diputados el 15 de mayo de 2014, cuyo objeto es modificar el nombre de la Comisión de la Cultura, Artes y Comunicaciones de la citada Cámara, a fin de red denominarla «Comisión de la Cultura, Artes, Patrimonio y Comunicaciones». El proyecto fue remitido a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento el 3 de marzo de 2015 y continúa en tramitación. Resulta de interés la justificación dada en la parte expositiva del proyecto acerca del distinto significado que merecen las nociones de «cultura» y «patrimonio».

VISTOS:

Lo dispuesto en la Constitución Política en la República de Chile y de los artículos 12 y siguientes de la Ley 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

CONSIDERANDO:

- 1.- El patrimonio en términos generales es el conjunto de bienes y derechos pertenecientes a una persona, física o jurídica. No obstante puede tener distintas acepciones.

Para el tema que nos interesa plantear mediante el presente proyecto de ley debemos considerar el concepto de patrimonio cultural, entendiendo por tal a la herencia cultural propia del pasado de una comunidad, con la que ésta vive en la actualidad y que transmite a las generaciones presentes y futuras.

- 2.- Cultura en tanto podemos definirla como conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social, etc. o como conjunto de las manifestaciones en que se expresa la vida tradicional de un pueblo, según el Diccionario de la RAE.
- 3.- Aun cuando cultura y patrimonio suelen ser términos sinónimos, éstos pueden diferenciarse respecto del valor histórico que queremos añadir a un determinado bien, sea éste mueble o inmueble. Si hablamos de bienes que cuentan con un valor agregado que implica una característica histórica de un determinado pueblo o nación, aun

cuando está dentro de la cultura de dicho pueblo, a nuestro entender se trata de patrimonio.

- 4.- Por otro lado si adoptamos el término general de patrimonio nos estamos refiriendo a un estado de pertenencia de una persona, o de un pueblo o civilización, pertenencia de algo importante, que destaca por sobre las demás manifestaciones de dicho pueblo. En cambio su cultura abarca todo tipo de manifestaciones que pueda realizar un pueblo o nación incluida la añoranza por sus bienes importantes o su patrimonio.
- 5.- Dicho esto, cabe hacer presente que la iniciativa que se someterá a discusión, pretende abarcar no solo los temas o tópicos que digan relación con las manifestaciones culturales y artísticas en la Comisión del mismo nombre en la Cámara de Diputados, sino que además y específicamente todo lo que diga relación con el patrimonio nacional, con el valor histórico de Chile, entendiendo como tal a la herencia de nuestro pueblo, su origen, sus costumbres, y sus tradiciones.
- 6.- Ya hemos tenido avances significativos respecto del rango e importancia que debe tener la Comisión de Cultura dentro del trabajo legislativo. Primero fue la concreción de esta instancia parlamentaria como Comisión Permanente en la Cámara de Diputados, y hoy vemos su ampliación a través de la incorporación de materias de Comunicación, lo que se manifiesta en la modificación de su nombre. La presente iniciativa va en el mismo sentido, pues reformular nuevamente la denominación de dicha comisión no es solo un cambio formal, sino que implica además una manifestación de fondo que permitirá acopiar, estudiar y discutir las proposiciones legislativas de los parlamentarios y del Ejecutivo en materia patrimonial.
- 7.- Por lo anterior, y en mérito de lo expuesto, se hace presente el siguiente:

PROYECTO DE LEY

Artículo Único: Modifíquese el artículo 213 del Reglamento de la Cámara de Diputados de la siguiente forma:

Reemplácese en el numeral 22 de dicho artículo la frase «De la Cultura, Artes y Comunicaciones» por la siguiente: «De la Cultura, Artes, Patrimonio y Comunicaciones».

Perú / Portugal¹

Se transcriben a continuación el Acuerdo alcanzado entre la República del Perú y la República Portuguesa para la protección, conservación, recuperación y devolución de bienes culturales, paleontológicos, arqueológicos, artísticos e históricos, hurtados, robados e ilícitamente exportados o transferidos, así como las normas de ratificación respectivas de cada uno de los dos países. Aunque el Acuerdo fue firmado el 19 de diciembre de 2012 y Perú lo ratificó el 11 de julio de 2014, Portugal no ha procedido a la ratificación del Acuerdo sino mediante Resolución de la Asamblea de la República de 21 de abril de 2017, publicada en el Diário da República del día 7 de julio de 2017.

I. ACUERDO ENTRE LA REPÚBLICA DEL PERÚ Y LA REPÚBLICA PORTUGUESA PARA LA PROTECCIÓN, CONSERVACIÓN, RECUPERACIÓN Y DEVOLUCIÓN DE BIENES CULTURALES, PALEONTOLÓGICOS, ARQUEOLÓGICOS, ARTÍSTICOS E HISTÓRICOS, HURTADOS, ROBADOS E ILÍCITAMENTE EXPORTADOS O TRANSFERIDOS

La República del Perú y la República Portuguesa, en adelante llamadas «Partes»,

RECONOCIENDO que el patrimonio cultural de cada Estado es único y debe ser adecuadamente protegido;

CONSCIENTES del grave perjuicio que el hurto, el robo y la exportación ilícita de objetos culturales causan a los Estados, ya sea por la pérdida de los bienes en sí mismos, o por los daños que se infligen a sitios y yacimientos arqueológicos y otros locales de interés histórico-cultural;

1. Esta subsección ha sido preparada por Bárbara VIDAURRE y Rafael SÁNCHEZ ARISTI.

RESALTANDO que la cooperación entre las Partes deberá contribuir para la conservación y preservación del patrimonio cultural de los respectivos Estados;

RECONOCIENDO la importancia de los principios y reglas establecidos en la convención Relativa a las Medidas a Adoptar para Prohibir e Impedir la Importación, Exportación y Transferencia Ilícitas de la Propiedad de Bienes Culturales, adoptada en París el 14 de Noviembre de 1970, y en la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural Y Natural, adoptada en París, el 16 de Noviembre de 1972;

CONVENCIDAS de que una colaboración entre las Partes, para la recuperación de bienes arqueológicos, paleontológicos, artísticos y culturales hurtados, robados o ilícitamente importados, exportados o transferidos, constituye un medio eficaz para fortalecer la identidad de cada nación y para prevenir los graves daños que se infligen a sitios y yacimientos arqueológicos y paleontológicos y otros locales de interés histórico cultural;

ANIMADAS por el deseo de establecer procedimientos comunes que permitan la protección y conservación, y la recuperación de los referidos bienes, en los casos en que estos hayan sido hurtados, robados o ilícitamente importados, exportados o transferidos,

Acuerdan lo siguiente:

Artículo 1. Objeto

El presente Acuerdo establece el régimen jurídico aplicable entre las Partes en materia de protección, conservación, recuperación y devolución de bienes culturales, paleontológicos, arqueológicos, artísticos e históricos, hurtados, robados e ilícitamente exportados o transferidos.

Artículo 2. Definición

Para efectos del presente Acuerdo, se entiende por bienes culturales, paleontológicos, arqueológicos, artísticos e históricos:

a) Objetos de arte y artefactos de las culturas antiguas de las Partes incluyendo elementos arquitectónicos, esculturas, piezas de cerámica, trabajos en metal, textiles, de piedra, bio-antropológicos y otros vestigios de la actividad humana, completos o fragmentos de estos;

b) Objetos paleontológicos clasificados o no clasificados, pertenecientes a colecciones museológicas, científicas y procedentes de yacimientos descubiertos o por descubrir;

c) Bienes relacionados con la historia, incluyendo la historia de las ciencias y de las técnicas, la historia militar y la historia social, así como con la vida de los dirigentes, pensadores, sabios y artistas nacionales y con los acontecimientos de importancia nacional;

d) Los productos de las excavaciones arqueológicas, autorizadas o clandestinas y de los descubrimientos arqueológicos;

e) Objetos de arte y elementos de culto religioso originarios de la época colonial y republicana que corresponda a cada país y fragmentos de los mismos;

f) Documentos y piezas culturales provenientes de los museos y archivos oficiales de los dos Estados, de acuerdo con el Derecho Interno de cada uno, que sean propiedad de estos o de las organizaciones religiosas en nombre de las cuales una Parte puede actuar, con una antigüedad superior a cien años;

g) Bienes de interés artístico, como cuadros, pinturas y dibujos, obras originales de arte estatuario y de escultura, grabados, estampados y litografías originales, conjuntos y montajes artísticos originales;

h) Manuscritos raros e incunables, libros, documentos y publicaciones de interés histórico, artístico, científico o literario, sean sueltos o en colecciones;

i) Estampillas de correo, estampillas fiscales y objetos análogos, monedas, inscripciones y estampillas grabadas, estén sueltos o en colecciones;

j) Material etnográfico, fonográfico, fotográfico y cinematográfico;

k) Muebles, equipos e instrumentos de trabajo, incluyendo instrumentos de música, de interés histórico y cultural que tengan más de cien años;

l) El patrimonio cultural subacuático.

Artículo 3. Acciones de cooperación

1. Por pedido expreso, bajo forma escrita de una de las Partes, la otra emplea los medios legales a su alcance para procurar recuperar y devolver, desde su territorio, los bienes culturales, paleontológicos, arqueológicos, artísticos e históricos que hubieran sido hurtados, robados o ilícitamente exportados o transferidos del territorio de la Parte requirente, en

conformidad con su Derecho Interno y el Derecho Internacional vigente, incluyendo el presente Acuerdo.

2. Los pedidos de recuperación y devolución de bienes culturales, paleontológicos, arqueológicos, artísticos e históricos específicos se concretan por los canales diplomáticos.

Artículo 4. Control de importación de bienes

1. Las Partes impiden la entrada, en sus respectivos territorios, de bienes culturales, paleontológicos, arqueológicos, artísticos e históricos no acompañados de la debida autorización de exportación, expedida por la autoridad cultural competente de cada Parte.

2. Los bienes no acompañados de esta autorización son incautados por las autoridades competentes de cada Parte, sean ellas policiales o aduaneras, y este hecho será comunicado a la otra Parte mediante los canales diplomáticos respectivos.

Artículo 5. Autoridades competentes

Las autoridades competentes en materia cultural responsables por cada Parte de la aplicación y seguimiento del presente Acuerdo son:

- a) Por la República Portuguesa: Secretário de Estado da Cultura;
- b) Por la República del Perú: Ministerio de Cultura.

Artículo 6. Idioma

Cada Parte transmite a la otra Parte los pedidos en su idioma oficial acompañados de una traducción en la lengua oficial de la Parte requerida.

Artículo 7. Medidas de información

1. Cada Parte debe informar a la otra de los hurtos y robos de bienes culturales, paleontológicos, arqueológicos, artísticos e históricos de que tenga conocimiento, así como de la metodología utilizada, cuando exista razón para creer que los mencionados objetos serán probablemente introducidos en el comercio internacional.

2. Con ese propósito, y con base en la investigación policial realizada para tal efecto, deberá presentarse a la otra Parte suficiente información descriptiva que permita identificar los objetos así como a quienes presuntamente hayan participado en el hurto, robo o venta, importación o exportación ilícitas o en conductas delictivas conexas, así como esclarecer el posible «modus operandi» empleado.

3. Las Partes dan a conocer, igualmente, entre sus respectivas autoridades aduaneras y policiales en puertos, aeropuertos y fronteras, información sobre los bienes culturales que también hayan sido materia de hurto, robo y tráfico ilícito, con el fin de facilitar su identificación y la aplicación de las medidas cautelares y coercitivas correspondientes.

4. Las Partes se comprometen a realizar la debida formación técnica, especializada o ambas, en la identificación de bienes pertenecientes al patrimonio cultural de cada Parte, mediante seminarios, conferencias y estadias temporales de especialistas de cada Parte.

Artículo 8. Exención de tributación

Las Partes exoneran de derechos aduaneros y demás impuestos a los bienes culturales, paleontológicos, arqueológicos, artísticos e históricos que sean recuperados y devueltos en aplicación de lo dispuesto en el presente Acuerdo.

Artículo 9. Gastos

Los gastos efectuados para la recuperación y devolución de los bienes culturales, paleontológicos, arqueológicos, artísticos o históricos, en virtud de la aplicación del presente Acuerdo, son asumidos por la Parte que se beneficia de la recuperación y de la devolución de esos bienes.

Artículo 10. Solución de controversias

Cualquier controversia relacionada con la interpretación o la aplicación del presente Acuerdo será solucionada a través de negociación, por vía diplomática.

Artículo 11. Revisión

1. El presente Acuerdo puede ser objeto de revisión a pedido de cualquiera de las Partes.

2. Las correcciones entrarán en vigencia en los términos previstos en el artículo 13 del presente Acuerdo.

Artículo 12. Vigencia y denuncia

1. El presente Acuerdo permanecerá en vigencia por un periodo de tiempo ilimitado.

2. Cualquiera de las Partes podrá, en cualquier momento, denunciar el presente Acuerdo, mediante notificación previa, por escrito y por vía diplomática.

3. La vigencia del presente Acuerdo termina un año después de la fecha de recepción de la respectiva notificación.

Artículo 13. Entrada en vigencia

El presente Acuerdo entra en vigencia treinta días después de la recepción de la última notificación, por escrito y por vía diplomática, de que fueron cumplidos los requisitos de Derecho Interno de las Partes necesarios para el efecto.

Artículo 14. Registro

La Parte en cuyo territorio sea firmado el presente Acuerdo, lo someterá, en el más breve plazo posible después de su entrada en vigencia, a registro ante el Secretario de Naciones Unidas, en los términos del artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas, debiendo, igualmente, notificar a la otra Parte de la conclusión de este procedimiento e indicar el número de registro atribuido.

Firmado en Lisboa, el 19 de noviembre de 2012, en dos originales, en las lenguas portuguesa y castellana, siendo ambos igualmente válidos.

Por la República del Perú

(FIRMA)

Luis Peirano Falconí

Ministro de Cultura de la República del Perú

Por la República Portuguesa

(FIRMA)

Jorge Barreto Xavier

Secretario de Estado de Cultura de la República Portuguesa

II. RATIFICACIÓN DEL ACUERDO ENTRE LA REPÚBLICA DEL PERÚ Y LA REPÚBLICA PORTUGUESA PARA LA PROTECCIÓN, CONSERVACIÓN, RECUPERACIÓN Y DEVOLUCIÓN DE BIENES CULTURALES, PALEONTOLÓGICOS, ARQUEOLÓGICOS, ARTÍSTICOS E HISTÓRICOS, HURTADOS, ROBADOS E ILÍCITAMENTE EXPORTADOS O TRANSFERIDOS

DECRETO SUPREMO

N.º 033-2014-RE

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, el «Acuerdo entre la República del Perú y la República Portuguesa para la protección, conservación, recuperación y devolución de bienes culturales, paleontológicos, arqueológicos, artísticos e históricos, hurtados, robados e ilícitamente exportados o transferidos» fue suscrito el 19 de noviembre de 2012, en la ciudad de Lisboa, República Portuguesa;

Que, es conveniente a los intereses del Perú la ratificación del citado instrumento jurídico internacional;

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 57º y 118º inciso 11 de la Constitución Política del Perú; y, el segundo párrafo del artículo 2º de la Ley N.º 26647, que facultan al Presidente de la República para celebrar y ratificar Tratados o adherir a éstos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso;

DECRETA:

Artículo 1.º. Ratifícase el «Acuerdo entre la República del Perú y la República Portuguesa para la protección, conservación, recuperación y devolución de bienes culturales, paleontológicos, arqueológicos, artísticos e históricos, hurtados, robados e ilícitamente exportados o transferidos», suscrito el 19 de noviembre de 2012, en la ciudad de Lisboa, República Portuguesa.

Artículo 2º. De conformidad con los artículos 4 y 6 de la Ley N.º 26647, el Ministerio de Relaciones Exteriores procederá a publicar en el diario oficial «El Peruano» el texto íntegro del Acuerdo, así como la fecha de entrada en vigencia.

Artículo 3º. Dése cuenta al Congreso de la República.

Artículo 4°. El presente Decreto Supremo será refrendado por el Ministro de Relaciones Exteriores.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los once días del mes de julio del año dos mil catorce.

OLLANTA HUMALA TASSO

Presidente Constitucional de la República

GONZALO ALFONSO GUTIERREZ REINEL

Ministro de Relaciones Exteriores;

III. RESOLUÇÃO DA ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA N.º 147/2017. APROVA O ACORDO ENTRE A REPÚBLICA PORTUGUESA E A REPÚBLICA DO PERU PARA A PROTEÇÃO, CONSERVAÇÃO, RECUPERAÇÃO E DEVOLUÇÃO DE BENS CULTURAIS, PALEONTOLÓGICOS, ARQUEOLÓGICOS, ARTÍSTICOS E HISTÓRICOS, FURTADOS, ROUBADOS E ILICITAMENTE EXPORTADOS OU TRANSFERIDOS, ASSINADO EM LISBOA EM 19 DE NOVEMBRO DE 2012

A Assembleia da República resolve, nos termos da alínea i) do artigo 161.º e do n.º 5 do artigo 166.º da Constituição, aprovar o Acordo entre a República Portuguesa e a República do Peru para a Proteção, Conservação, Recuperação e Devolução de Bens Culturais, Paleontológicos, Arqueológicos, Artísticos e Históricos, Furtados, Roubados e Ilicitamente Exportados ou Transferidos, assinado em Lisboa em 19 de novembro de 2012, cujo texto, nas versões autenticadas nas línguas portuguesa e castelhana, se publica em anexo.

Aprovada em 21 de abril de 2017.

O Presidente da Assembleia da República, *Eduardo Ferro Rodrigues*.

ACORDO ENTRE A REPÚBLICA PORTUGUESA E A REPÚBLICA DO PERU PARA A PROTEÇÃO, CONSERVAÇÃO, RECUPERAÇÃO E DEVOLUÇÃO DE BENS CULTURAIS, PALEONTOLÓGICOS, ARQUEOLÓGICOS, ARTÍSTICOS E HISTÓRICOS, FURTADOS, ROUBADOS E ILICITAMENTE EXPORTADOS OU TRANSFERIDOS.

(...)

Portugal¹

Se transcriben en esta subsección: (i) la Resolución de la Asamblea de la República de Portugal, de 18 de julio de 2018, por la que se recomienda al Gobierno la revisión del modelo de apoyo a las artes. La Resolución ha sido publicada en el Diário da República del día 9 de agosto de 2018; y (ii) la resolución del Tribunal Supremo Administrativo de Portugal, 1.^a Sección, de 17 de mayo de 2018 (01422/17), que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por un particular contra el Ayuntamiento de Santarém por los daños morales que aquél decía haber sufrido, al comprobar que la Administración demandada había extraviado varias decenas de diseños de ventanas de casas de Santarém que habían sido realizados años atrás por el demandante. Las copias de los diseños habían sido entregadas por el actor al Ayuntamiento, el cual le había pedido un presupuesto para estudiar la adquisición de los mismos. El extravío se produjo después de que el Ayuntamiento notificara al autor de los diseños que finalmente no tenía disponibilidad financiera para adquirirlos.

I. RESOLUÇÃO DA ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA N.º 256/2018. RECOMENDA AO GOVERNO A REVISÃO DO MODELO DE APOIO ÀS ARTES

A Assembleia da República resolve, nos termos do n.º 5 do artigo 166.º da Constituição, recomendar ao Governo que:

1 – Inicie de imediato o processo de revisão do modelo de apoio às artes em efetiva articulação com os agentes do setor, abrindo um processo de discussão pública com vista à definição de um modelo adequado ao

1. Esta subsección ha sido preparada por Cláudia LOPES GONÇALVES y Rafael SÁNCHEZ ARISTI.

desenvolvimento da atividade de criação artística e cultural e apresentando à Assembleia da República uma proposta de lei.

2 – Estabeleça, para esse efeito, um calendário e uma metodologia que assegurem a conclusão do processo a tempo de nele enquadrar os concursos de apoio sustentado a realizar em 2019.

3 – Assegure que o novo modelo:

i) Introduce critérios que potenciam a utilização de recursos e capacidades instaladas nos territórios, incluindo a rede nacional de cineteatros;

ii) Considera devidamente os aspetos associados às especificidades regionais e a uma lógica de distribuição por regiões, privilegiando princípios de reforço de coesão territorial;

iii) Introduce critérios de majoração nos casos de parceria ou colaboração com as escolas superiores de artes e, em termos gerais, com as escolas e as comunidades;

iv) Simplifica e desburocratiza os processos de candidatura e inclui mecanismos de apoio e auxílio à gestão das estruturas artísticas e aos processos de candidatura a programas ou linhas de financiamento externas;

v) Contempla uma clara distinção dos perfis de candidatos e candidaturas;

vi) Operacionaliza as comissões de acompanhamento com obrigação de emissão por parte destas de relatórios regulares de avaliação nos planos artístico, estratégico e de gestão, e que esta monitorização é considerada na ponderação que conduz ao escalonamento dos candidatos;

vii) Contempla prazos de abertura e conclusão de concursos que garantem que a execução financeira dos projetos é, tanto quanto possível, efetuada a par com a sua execução material.

4 – A adoção de medidas de correção dos resultados do concurso de apoio às artes, nas diversas áreas submetidas a concurso, nomeadamente através da:

a) Criação de um mecanismo que assegure apoio financeiro imediato às estruturas cujos apoios tenham cessado até à correção dos resultados do concurso;

b) Definição de critérios de coesão territorial no acesso à criação e fruição cultural a ter em consideração na atribuição de novos apoios ou na majoração dos existentes.

5 – No imediato, reforce o financiamento dos concursos em apreciação neste momento para um nível mínimo não inferior ao financiamento alocado para os mesmos em 2009.

6 – Faça o necessário balanço deste processo de revisão e da aplicação do novo modelo de apoio às artes e corrija as suas distorções.

Aprovada em 18 de julho de 2018.

O Presidente da Assembleia da República, *Eduardo Ferro Rodrigues*.

II. ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO, 1 SECÇÃO, DO DÉCIMO SÉTIMO DE MAIO DE 2018

Acordam em conferência na Secção de Contencioso Administrativo do Supremo Tribunal Administrativo:

RELATÓRIO

1. A....., devidamente identificado nos autos, instaurou no Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria [doravante «TAF/L»] a presente ação administrativa comum, sob forma ordinária, contra o «MUNICÍPIO DE SANTARÉM», para efetivação de responsabilidade civil extracontratual, peticionando, pela motivação inserta na petição inicial, a condenação deste a entregar-lhe as 40 obras de arte que havia confiado e que não devolveu ou, na impossibilidade, da entrega no pagamento ao A. da quantia de 68.000,00 € por danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos.

2. O TAF/L, por sentença de 21.12.2016 [cfr. fls. 160/176 – paginação processo suporte físico tal como as referências posteriores a paginação salvo expressa indicação em contrário], julgou a ação parcialmente procedente e, em consequência, condenou o R. no pagamento, a título de danos não patrimoniais, de uma indemnização computada em 5.000,00 €.

3. O R., inconformado recorreu para o TCA Sul [doravante «TCA/S»], o qual através de acórdão de 21.09.2017 [cfr. fls. 208/216], decidiu «conceder provimento ao recurso, revogando a decisão recorrida» e julgou «improcedente a ação administrativa comum».

4. Invocando o disposto no art. 150.º do CPTA o A., inconformado com o acórdão proferido pelo «TCA/S», interpôs, então, o presente recurso jurisdicional de revista [cfr. fls. 224/227], apresentando o seguinte quadro conclusivo que se reproduz:

«...

A – O presente recurso é legalmente admissível, nos termos do disposto no artigo 150.º do CPTA.

B – Com o douto acórdão ora recorrido, o Tribunal Central Administrativo Sul violou a lei substantiva – arts. 22.º da CRP e 7.º, 9.º e 10.º da Lei 67/2007, de 31/12.

C – A Ré foi condenada ao pagamento, ao A., de euros 5000,00 a título de indemnização por danos não patrimoniais, por se verificar o preenchimento de todos os pressupostos de responsabilidade extracontratual do Estado.

D – Os danos não patrimoniais foram fixados em função da ilegalidade da atuação da Ré e pelo grau de sofrimento e angústia do A.

E – O Estado tem de dar o exemplo e ser punido pela sua conduta, quando esta não é conforme ao direito.

F – A. e Ré haviam combinado que os desenhos ficariam à guarda desta para apreciação e que seriam devolvidos caso a proposta por ele apresentada não fosse aceite pelo Sr. Presidente da Câmara.

G – A proposta não foi aceite e os desenhos nunca foram entregues ao A.

H – No caso sub judice, o Estado não foi diligente.

I – E com isso causou, culposamente, danos ao A. que tem o direito de ser ressarcido, e é somente isso que pretende e que vem peticionando.

J – Na impossibilidade de devolução do que o A. deixou à guarda da Ré, por factos que só a esta são imputáveis, é exigível uma recompensa monetária pela perda.

K – Pelo exposto, devem os Venerandos Conselheiros conceder provimento ao presente recurso, revogando o acórdão a quo e ripristinando a sentença proferida pela Mm..^a Juiz de Direito do Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria ...».

5. Devidamente notificado o R., aqui ora recorrido, veio produzir contra-alegações, pugnando pela total improcedência do recurso e manutenção da decisão judicial recorrida [cfr. fls. 230/236 v.], culminando-as com o seguinte quadro conclusivo:

«...

A – Quer no seu articulado, quer no decurso da audiência de discussão e julgamento, a posição do Recorrente foi sempre a de que os desenhos constituíam os originais.

B – Não obstante, ficou demonstrado o contrário, isto é, que se tratava de meras cópias e esse facto não foi objeto de impugnação.

C – Não ficou provado se o Recorrente terá entregue ao Recorrido todos (os supostos quarenta) desenhos ou apenas parte deles (cfr. alínea C) dos factos provados: «...em número não determinado, mas que se apurou ser superior a 10 desenhos»). Acrescente-se, ainda, que nenhuma das testemunhas foi capaz de assegurar que fossem mais do que 20 desenhos.

D – Estes factos – o facto de se tratar de originais ou de meras cópias e o facto de os desenhos extraviados corresponderem à totalidade ou apenas a parte da «obra» do Recorrente – constituem os quesitos fulcrais para a decisão dos presentes autos, concretamente para a apreciação e quantificação do dano e para a questão de saber se os danos morais merecem a tutela do Direito.

E – Ora, o Tribunal de primeira instância, pese embora tenha apreciado corretamente as referidas questões – respondendo negativamente ao facto de os desenhos em causa serem os originais e de os desenhos entregues ao R. terem sido 40 – não extraiu desses factos as consequências que se impunham, que era a improcedência total do pedido.

F – Com efeito, o pedido formulado nestes autos assenta nos seguintes pressupostos de facto:

- a perda ou o extravio de um conjunto de desenhos feitos pelo A.;
- que tais desenhos eram 40 (quarenta);
- que esses desenhos constituíam os originais;
- que essa perda representa uma violação do direito de propriedade do A. relativamente às suas obras de arte, bem como de eventuais direitos artísticos relativamente às mesmas (cfr. artigo 29.º da P.I.);
- que essa perda ou extravio – dos quarenta desenhos originais – é imputável ao Município de Santarém.

G – A decisão de não reconhecer ao Recorrente o direito a qualquer quantia a título de danos patrimoniais está correta e não merece qualquer reparo.

H – Contudo, a decisão de condenar o Recorrido a pagar 5.000,00 € ao Recorrente a título de danos morais, em face da matéria constante das alíneas A) e C) – devidamente conjugada com toda a matéria não provada, em particular com o ponto 4 – é absolutamente inconsistente e errónea, pelo que esteve bem o Tribunal Central Administrativo Sul, que, concedendo provimento ao recurso interposto pelo ora Recorrido, determinou a sua revogação e a improcedência total do pedido formulado pelo ora Recorrente.

I – Os desenhos em causa não eram originais, e também não eram cópias, no sentido em que não eram réplicas dos originais ou parte de uma série de reproduções idênticas com algum valor de mercado, mas sim reduções (provavelmente através de fotocópia) para A4 dos desenhos originais, cujas dimensões eram quatro vezes superiores (cfr. 5.º § da motivação da matéria de facto, pág. 8 da sentença recorrida, por referência aos depoimentos das testemunhas B..... e C.....).

J – Assim sendo, e tendo presentes os critérios definidos no artigo 496.º do C.C., é injustificável a atribuição de uma indemnização por danos não patrimoniais ao Recorrente pela perda de cópias (ou fotocópias) de desenhos.

K – Esse pedido foi formulado no pressuposto intencionalmente criado pelo A., ora Recorrente, de que se tratava de originais, tendo esse pressuposto sido categoricamente afastado pelo Tribunal de primeira instância, o que foi mantido no acórdão recorrido.

L – Tratando-se de fotocópias e considerando a dimensão da Câmara Municipal de Santarém e a quantidade de assuntos e de documentos que diariamente passam pelas mãos dos seus funcionários, não se pode considerar que o grau de culpa do R., ora Recorrido, tenha sido particularmente elevado.

M – Não se pode admitir que, pelo eventual extravio de cada conjunto de fotocópias, seja atribuída uma indemnização por danos morais ao autor dos desenhos.

N – Com o devido respeito, a perda dessas cópias (ou fotocópias), nos termos espelhados nestes autos, não é de molde a merecer a tutela do Direito.

O – Os danos não patrimoniais cujo ressarcimento é reclamado nestes autos pelo Recorrente são pela perda ou ao extravio dos originais dos seus desenhos (e não de cópias ou fotocópias), pelo que o Tribunal não podia passar por cima dessa contradição fundamental.

P – Não se verifica o nexo de causalidade entre a conduta do Recorrido – pela qual o próprio se penitencia – e os danos não patrimoniais reclamados pelo Recorrente, porquanto estes decorrem da perda ou extravio dos desenhos originais, que se desconhece se ocorreu ou não, mas que, em qualquer caso, não é imputável ao Município ...».

6. Pelo acórdão da formação de apreciação preliminar deste Supremo Tribunal prevista no n.º 5 do art. 150.º do CPTA, datado de 18.01.2018, veio a ser admitido o recurso de revista consignando-se na sua fundamentação de que «... nos termos do art. 496.º, 1, do CC, os danos não patrimoniais são indemnizáveis quando, pela sua gravidade mereçam a tutela do direito. Ora, o acórdão deu como assente que o autor se “sente angustiado e triste”, pelo que é bastante problemática a afirmação de que o autor não tenha alegado a “gravidade e consequências” emergentes desse estado psíquico. (...) Justifica-se, ainda, que este STA clarifique qual o limiar mínimo da ressarcibilidade dos danos morais, ou seja, em que termos se deve entender a expressão “que pela sua gravidade mereçam tutela do direito”, designadamente em situações como a presente em que essa gravidade não é claramente evidente. Este aspeto da questão ultrapassa os estritos limites do caso concreto e a sua apreciação pelo STA servirá de padrão jurisprudencial para casos futuros. (...) Por outro lado, existem duas decisões divergentes. (...) Assim e apesar dos valores envolvidos (€ 5.000,00) e da “perda” do autor (cópia de desenhos da sua autoria) não sejam muito significativos justifica-se a admissão da revista, com vista a uma melhor interpretação e aplicação do direito ...».

7. O Digno Magistrado do Ministério Público (MP) junto deste Tribunal notificado nos termos e para efeitos do disposto no art. 146.º do CPTA emitiu pronúncia no sentido da procedência do recurso [cfr. fls. 251/255], pronúncia essa que, objeto de contraditório, não mereceu qualquer resposta [cfr. fls. 256 e segs.].

8. Colhidos os vistos legais foram os autos submetidos à Conferência para julgamento.

DAS QUESTÕES A DECIDIR

9. Constitui objeto de apreciação nesta sede o assacado erro de julgamento cometido pelo A./Recorrente ao acórdão recorrido quanto ao juízo no mesmo efetuado face à negação da pretensão indemnizatória deduzida por não preenchimento do requisito do dano, visto entender haver violação, nomeadamente, dos arts. 22.º da CRP, 07.º, 09.º e 10.º da Lei n.º 67/2007, 496.º, 562.º, 564.º e 566.º, todos do Código Civil [CC] [cfr. alegações e demais conclusões supra reproduzidas].

FUNDAMENTAÇÃO

DE FACTO

10. Resulta como assente nos autos o seguinte quadro factual:

I) Em 1989 o A., A....., desenhou as janelas de casas de Santarém, fazendo uma compilação de 40 desenhos – cfr. doc. n.º 02, junto com a p.i. e depoimento das testemunhas D..... e C.....

II) Em dezembro de 2008 o A. remeteu a carta junta como doc. n.º 03, com a p.i., cujo teor se dá aqui por reproduzido, dirigida ao Presidente da Câmara Municipal de Santarém, a solicitar uma reunião – cfr. doc. n.º 03, junto com a p.i..

III) Na sequência da carta referida em II), em 23.03.2009 o A. reuniu na Câmara Municipal de Santarém, com a Dr.ª B....., que lhe solicitou um orçamento considerando a aquisição de 20 ou 40 desenhos, tendo-lhe entregue cópias de desenhos das janelas de casas de Santarém, em número não determinado, mas que se apurou ser superior a 10 desenhos – cfr. docs. n.ºs 03 e 05, juntos com a p.i. e depoimento das testemunhas C..... e B.....

IV) Em 24 de março de 2009 o A. enviou uma carta, junta como doc. n.º 05, com a p.i., cujo teor se dá aqui por reproduzido, dirigida à Dr.ª B....., com «o orçamento pretendido, relacionado com as 40 «janelas de Marvila» – cfr. doc. n.º 05, junto com a p.i..

V) Pelo R. foi comunicado ao A. não haver disponibilidade financeira para a aquisição dos desenhos – cfr. depoimento da testemunha B.....

VI) O R. perdeu os desenhos que o A. lhe entregou na reunião referida em III) – cfr. doc. n.ºs 06, 07, 08, 10, 11 e 12, juntos com a p.i. e depoimento das testemunhas C.....e B.....

VII) O A. sente-se angustiado e triste por não reaver os desenhos e perdeu a esperança em reavê-los – cfr. depoimento da testemunha C.....

DE DIREITO

11. Presente o quadro factual antecedente passemos, então, à apreciação do objeto do presente recurso de revista.

12. Insurge-se o A., aqui recorrente, quanto ao juízo firmado pelo acórdão recorrido que, concedendo provimento ao recurso, julgou a pretensão indemnizatória que pelo mesmo havia sido formulada como totalmente improcedente dada a ausência de verificação do pressuposto do dano [no segmento do «dano não patrimonial» peticionado e que havia sido arbitrado pela sentença do «TAF/L»].

13. Presente o que se mostra julgado pelo «TAF/L» quanto à pretensão deduzida na ação administrativa sub specie sem qualquer impugnação e, assim, firmado definitivamente na ordem jurídica, mormente, em matéria de verificação ou preenchimento dos demais pressupostos da responsabilidade civil extracontratual, está assim em questão, tão-só, apreciar da verificação in casu do pressuposto do dano na vertente «não patrimonial», aferindo se a realidade factual lograda provar revela e permite fundar um diverso juízo, mercê da existência de dano daquela natureza merecedor de tutela ao abrigo do art. 496.º do CC, na sua concatenação e articulação com o disposto nos arts. 22.º da CRP, 562.º, 564.º e 566.º, do CC, e 07.º da Lei n.º 67/2007, irrelevando, neste contexto, uma pretensa infração aos arts. 09.º e 10.º deste último diploma visto não constituir objeto de discussão nesta sede o preenchimento dos pressupostos da ilicitude e da culpa.

Analisemos.

14. Para que exista obrigação de indemnizar é condição essencial que o facto ilícito e culposo tenha gerado um prejuízo a alguém, sendo que a indemnização deve, sempre que possível, reconstituir a situação que existiria se não tivesse ocorrido o facto danoso (situação hipotética) [cfr. arts. 562.º, 563.º e 566.º do CC].

15. Não existe dúvida de espécie alguma de que é ao lesante e não ao lesado que a lei impõe a obrigação de reparar ou mandar reparar os danos causados a este

16. Decorre do art. 496.º do CC que na fixação da indemnização deve atender-se aos «danos não patrimoniais» que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito [n.º 1], sendo que o seu montante é fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no art. 494.º, isto é, tomando em consideração o

grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso [n.º 3].

17. Na caracterização deste tipo de danos poderá partir-se do axioma que estabelece que o prejuízo é o sofrimento psicossomático experimentado pelo lesado ou pelas pessoas que tenham direito a indemnização por este tipo de dano à luz dos normativos próprios.

18. Ora os «danos não patrimoniais» traduzem-se nas lesões que não implicam diretamente consequências patrimoniais imediatamente valoráveis em termos económicos, lesões essas que abarcam as dores físicas, o sofrimento psicológico, um injusto turbamento de ânimo na vítima ou nas pessoas supra aludidas.

19. A lei não enuncia ou enumera quais os «danos não patrimoniais» indemnizáveis antes confiando aos tribunais o encargo ou tal tarefa à luz do que se disciplina no n.º 1 do citado art. 496.º do CC, constituindo entendimento comum ao nível doutrinal e jurisprudencial o de que a gravidade do dano há-de medir-se, tendo em linha de conta as circunstâncias de cada caso, por um padrão objetivo, e não à luz de fatores subjetivos, de uma sensibilidade particularmente «embotada», «aguçada» ou especialmente requintada do lesado(s) [cfr. ao nível jurisprudencial, entre outros, Acs. deste Supremo de 31.05.2005 – Proc. n.º 0127/03, de 16.05.2006 – Proc. n.º 01188/05, de 08.11.2007 – Proc. n.º 0643/07, de 14.07.2008 – Proc. n.º 0572/07, de 01.10.2008 – Proc. n.º 063/08, de 12.11.2008 – Proc. n.º 0682/07, de 28.01.2009 – Proc. n.º 0884/08, de 28.01.2010 – Proc. n.º 0266/08, de 22.04.2015 – Proc. n.º 0197/15, de 12.07.2017 – Proc. n.º 0865/15, de 15.03.2018 – Proc. n.º 01089/16 in: «www.dgsi.pt/sta» – sítio a que se reportarão todas as demais citações de acórdãos deste Tribunal sem expressa referência em contrário].

20. Note-se que, se a gravidade dos danos não patrimoniais se deve medir por um padrão objetivo, temos, todavia, que na sua apreciação deverão ser tidas em linha de conta as circunstâncias de cada caso.

21. Resulta, assim, que o julgador, para a decisão a proferir no que respeita à valoração pecuniária dos «danos não patrimoniais», em cumprimento do normativo legal que o manda julgar de harmonia com a equidade, deverá atender aos fatores expressamente referidos na lei e, bem assim, a outras circunstâncias que emergem da factualidade provada, tudo com o objetivo de, após a adequada ponderação, poder concluir a respeito do

valor pecuniário que considere justo para, no caso concreto, compensar o lesado pelos danos que a esse título sofreu.

22. Assim, e como afirmado por este Supremo no seu acórdão de 31.05.2005 [Proc. n.º 0127/03 supra referido] a «... personalidade física e moral dos indivíduos é protegida por lei contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa ilícita – artigo 70.º do CC» e que «em princípio, a dor moral causada por facto ilícito é abrangida pelo n.º 1 do artigo 496.º», **mas isso pode não acontecer, mormente em situações de «dor insignificante, uma simples maçada ou incómodo, que um cidadão comum retém como inerente às vicissitudes normais da vida em sociedade» visto não atingirem «a gravidade merecedora da tutela do direito, em sede de atribuição de indemnização por danos não patrimoniais».**

23. Centrando-nos na análise no caso vertente da existência de danos desta natureza na esfera jurídica do A., aqui recorrente, temos para nós que, ponderada a factualidade lograda apurar com relevância neste segmento [cfr. n.ºs III), VI) e VII)] no seu confronto com o que constituía a alegação feita no articulado inicial e que não logrou ser provada [vide, nomeadamente, que os desenhos perdidos fossem os originais], não resultam provados in casu «danos não patrimoniais» dotados da magnitude de «gravidade» tutelada pelo art. 496.º, n.º 1, do CC.

24. Desde logo, temos que o A. não logrou provar, na amplitude e por referência à realidade alegada, os danos não patrimoniais invocados [perda pelo R. dos 40 desenhos originais que eram da sua autoria e pertença, geradores da sua angústia e tristeza e de desesperança quanto à possibilidade de os poder vir a reaver].

25. Por outro lado, daí deriva que a angústia e tristeza apuradas o são por referência não à totalidade dos desenhos [o seu número concreto não foi determinado, sendo apenas superior a 10 mas sempre inferior aos 40] e, mais relevante, respeitam não aos desenhos originais, mas antes, de meras cópias desses desenhos, cópias essas cujo valor, tipo e importância não resultou, também, minimamente apurado, desconhecendo-se ou não podendo em absoluto aquilatar-se, nessa medida, a sua relevância e, assim, fundar um legítimo juízo quanto à magnitude e gravidade dos danos logrados provar.

26. Assim, à luz e no contexto da factualidade apurada a angústia e a tristeza pelo não reaver dos desenhos [meras cópias] e a perda de esperança quanto a uma sua recuperação não assumiram, nem assumem, no caso,

uma dimensão capaz de suportar a exigência de gravidade imposta pelo art. 496.º do CC.

27. Nada há nos autos a provar ou a indiciar que, segundo juízos de probabilidade assentes na experiência comum das coisas e através dum processo causal isento de desvios, a sensibilidade do A. se mostre conforme, em termos objetivos, com aquele padrão de normalidade, antes radicando as repercussões de ordem psicológica e afetiva que vêm descritas como provadas marcadamente na sua personalidade, numa sensibilidade particular e subjetivamente «embotada» do lesado.

28. Se não é agradável o confronto com uma situação como a que o A. se viu envolvido entende-se, contudo, à luz dum juízo normalidade, estribado e realizado por referência a um padrão objetivo considerando uma situação de perda de objeto que não assume a natureza e características que haviam sido alegadas, de que a reação pelo mesmo evidenciada e suas decorrências se mostram marcadas por fatores subjetivos, ligados a uma sensibilidade particularmente «aguçada» do A., não assumindo, em concreto, da gravidade merecedora da tutela do direito exigida e reclamada pelo n.º 1 do normativo em referência.

29. Assim, importa concluir no sentido de que não assiste razão à argumentação expendida pelo A., aqui recorrente, improcedendo, por conseguinte e sem necessidade de mais desenvolvimentos, o presente recurso.

DECISÃO

Nestes termos, acordam em conferência os juízes da Secção de Contencioso Administrativo deste Supremo Tribunal, de harmonia com os poderes conferidos pelo art. 202.º da Constituição da República Portuguesa, em negar total provimento ao recurso jurisdicional sub specie, e, em consequência, manter o acórdão recorrido.

Custas a cargo do A., tudo sem prejuízo do apoio judiciário de que beneficia. D.N..

Lisboa, 17 de maio de 2018. – Carlos Luís Medeiros de Carvalho (relator)
– Maria Benedita Malaquias Pires Urbano – Alberto Acácio de Sá Costa Reis.

JURISPRUDENCIA

Reseñas judiciales¹

A continuación se reseñan las resoluciones judiciales más relevantes recaídas en el sector del Derecho del arte y del patrimonio histórico-cultural durante los años 2017 y 2018². Se incluyen cinco sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, una de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dos sentencias de secciones penales de audiencias provinciales y una sentencia de un juzgado de lo penal, además de una decisión de la Dirección General de Tributos en respuesta a una consulta vinculante.

En las del orden contencioso-administrativo se abordan temas como la compensación a las organizaciones sindicales por el patrimonio histórico que les fue incautado por razones políticas en virtud de leyes aprobadas durante la guerra civil o el franquismo, el conflicto entre la facultad de edificación del propietario de una parcela y la declaración de un bien como de interés cultural, o entre la capacidad para extender la zona de protección de un bien de interés cultural y la competencia en materia de defensa nacional. También se trata la interpretación del concepto jurídico de *hallazgo casual* a efectos de caracterizar o no como tesoro la losa de piedra encontrada por un aficionado junto a un bien de interés cultural, la ampliación del destino de un inmueble protegido cedido a una comunidad autónoma para su uso parcial como hotel, o la necesidad de sopesar los factores económicos –ruina de un edificio– junto con los culturales y arquitectónicos a la hora de decidir sobre la conveniencia de proteger un bien inmueble.

En cuanto a las resoluciones del orden penal, se refieren a la necesidad de traer al procedimiento a los legítimos titulares de los efectos provenientes

1. Las reseñas han sido preparadas por Nerea SANJUAN RODRÍGUEZ, Teresa GARCÍA-BARRERO GIURGIU, Rafael FERNÁNDEZ JORDANO y Pilar BRAVO DE LALLANA. La autoría respectiva se expresa al final de cada reseña.
2. Excepcionalmente, por su interés, se incluye una sentencia de diciembre de 2016.

de un delito para poder acordar el decomiso, a la determinación del sujeto legitimado para percibir una indemnización en el caso del incendio de un retablo declarado bien de interés cultural, y a si es o no precisa una declaración expresa de un bien como «bien de interés cultural» para entender que posee valor histórico, científico, cultural o monumental a efectos de apreciar cometido un delito contra el patrimonio histórico.

Finalmente, la resolución tributaria señala que la venta de obras de arte por los herederos del autor está exenta del impuesto sobre el valor añadido y sujeta al impuesto sobre transmisiones patrimoniales, en tanto las obras no estén afectas a una actividad profesional o industrial ni los herederos actúen como profesionales o empresarios.

La reintegración o compensación respecto de bienes incautados a las organizaciones sindicales por virtud de la legislación aprobada durante la guerra civil o en el franquismo, exige constatar que la apropiación fue motivada por razones políticas.

Sentencia del Tribunal Supremo (núm. 2570/2016), Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 12 de diciembre de 2016

En su sentencia de 12 de diciembre de 2016, el Tribunal Supremo (TS) desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el *Sindicat de Metges de Catalunya* contra el acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 21 de diciembre de 2007, por el que se desestimaba a su vez su solicitud de compensación económica como consecuencia de la incautación de Patrimonio Sindical Histórico perteneciente a dicho sindicato, efectuada en cumplimiento de dos órdenes comunicadas por el Ministerio de la Gobernación de 22 de marzo de 1939 y 11 de julio de 1940.

La razón por la que el Consejo de Ministros denegaba la compensación reclamada se basaba en que dicha petición ya había sido resuelta por la Administración en una resolución declarada a su vez ajustada a Derecho por sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 17 de julio de 2002 (y confirmada en casación por el TS en fecha 16 de marzo de 2005).

En el presente recurso, la recurrente solicita la nulidad de dicho acuerdo del Consejo de Ministros, al entender que no existe tal identidad de objeto, debido al cambio normativo operado por el Real Decreto-ley 13/2005, de 28 de octubre, en la Ley 4/1986, de 8 de enero, de cesión de bienes del patrimonio sindical acumulado, siendo ésta la norma que regula la

concesión o denegación de este tipo de compensaciones. En concreto, dicho Real Decreto-ley (a su vez declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en sentencia núm. 125/2016, de 7 de julio) modificaba la redacción original de la disposición adicional cuarta de la Ley 4/1986, estableciendo que la norma cuya aplicación determina la concesión de la compensación económica correspondiente es el Decreto de 13 de diciembre de 1936, y no la Ley de Responsabilidades Políticas de 9 de febrero de 1939. Entre otras consecuencias de dicha modificación, destaca el que se elimina el requisito de la incautación para proceder a la restitución o compensación de bienes, sustituyéndolo por la referencia genérica a la pertenencia a organizaciones sindicales.

A pesar del cambio normativo referido, el TS concluye que no se altera el presupuesto esencial en el que se asienta el derecho a la devolución o a la compensación, con base en el cual se dictó la sentencia del TS de 16 de marzo de 2005: que los bienes y derechos en conflicto hubieran sido incautados por razones políticas, circunstancia que no consta que haya concurrido en el caso en aprecio, pudiendo haber sido otras razones la que provocaron la disolución del sindicato en cuestión y la liquidación de su bienes. En consecuencia, se desestima el recurso interpuesto por la organización sindical correspondiente (N. SANJUAN).

La declaración como Bien de Interés Cultural de una parcela cuya edificabilidad está sujeta a autorización administrativa no produce un daño del que deba responder la Administración Pública

Sentencia del Tribunal Supremo (núm. 241/2018), Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 19 de febrero de 2018

El litigio que está en el origen de la sentencia reseñada nace como consecuencia de la decisión adoptada por la Dirección General de Bienes Culturales de la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía de inscribir en el Catálogo General del Patrimonio Histórico de Andalucía como Bien de Interés Cultural («BIC») una concreta zona ubicada en el entorno del yacimiento arqueológico del Dolmen de Montelirio. Como consecuencia de dicha inscripción, la sociedad ahora recurrente, dedicada al sector de la construcción, vio definitivamente frustrado el proyecto de construir un centro geriátrico en una parcela de su propiedad perteneciente a la zona declarada como BIC.

En el momento de su adquisición por la actora, la parcela en cuestión constaba registralmente calificada como edificable para «dotación privado asistencial». No obstante, como consecuencia de una serie de prospecciones arqueológicas realizadas en la zona, se reveló que en ella yacían unos restos arqueológicos que abarcaban desde la prehistoria hasta la época romana. A raíz de esos hallazgos se incoó el procedimiento que culminó con la inscripción como BIC en el Catálogo General del Patrimonio Histórico de Andalucía de la zona que incluía el terreno propiedad de la actora, con la consecuencia de prohibir cualquier tipo de intervención sobre aquél, a excepción de aquellas encaminadas a potenciar los recursos culturales y paisajísticos.

En ese contexto, la decisión de la Consejería de Cultura fue recurrida en alzada ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia («TSJ») de Andalucía. La sentencia dictada por el Tribunal de instancia –confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo que reseñamos– resolvió el recurso en sentido desestimatorio. Ambos tribunales aprecian que la imposibilidad de construir en la parcela de la actora como consecuencia de las apariciones arqueológicas no fue un suceso novedoso o absolutamente inesperado, sino que la actora conocía la probable existencia de restos arqueológicos en el terreno. Los tribunales arriban a esa conclusión teniendo en cuenta que el plan urbanístico del municipio al que pertenecía la propiedad, aprobado en 2005, disponía que cualquier actuación y obra en el área de influencia del yacimiento arqueológico de Dolmen de Montelirio debía someterse a la autorización previa de la Consejería de Cultura en atención a la protección general del patrimonio arqueológico y hallazgos casuales. Es decir, en el momento en el que la actora adquirió la parcela controvertida –en el año 2006– ya era conocedora de la necesidad de contar con una autorización previa para construir en ella, autorización que no había obtenido con anterioridad a la declaración como BIC de la zona afectada.

A la vista de lo anterior, el Supremo rechaza los dos primeros motivos de casación esgrimidos por la recurrente en los que se alega una vulneración, por parte de la sentencia de instancia, de la jurisprudencia en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración cuando la protección sobrevenida sobre determinados bienes impide la materialización de los derechos urbanísticos patrimonializados, así como la vulneración de los principios legales relativos a la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública (contenidos entonces en el art. 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones

Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). La Sala considera que el derecho a la edificación de la recurrente no se llegó a patrimonializar por cuanto la licencia de obra nunca se llegó a otorgar y, en consecuencia, no es responsabilidad de la Administración reparar la expectativa frustrada de la actora, pues esa expectativa no se basaba en un verdadero derecho urbanístico patrimonializado.

Como resultado de lo expuesto, el tercer y último motivo de casación, en el que se denunciaba una falta de motivación de la sentencia de instancia, también es desestimado, ya que el Supremo, al analizar los dos primeros motivos de casación, encuentra dicha resolución plenamente motivada (T. GARCÍA-BARRERO).

Se revoca la decisión del Consejo de Gobierno de Castilla-La Mancha de extender la protección como Bien de Interés Cultural a los Cuarteles de San Carlos y San Fernando, por su incidencia sobre las competencias estatales en materia de Defensa Nacional

Sentencia del Tribunal Supremo (núm. 375/2018), Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 de marzo de 2018

La resolución impugnada, dictada por el TSJ de Castilla-La Mancha, desestimaba el recurso interpuesto por la Abogacía del Estado, en representación del Ministerio de Defensa, frente a dos acuerdos adoptados por el Consejo de Gobierno de Castilla-La Mancha. El primero de estos acuerdos delimitaba el entorno de protección del BIC denominado «Palacio del Infantado» en Guadalajara, mientras que el segundo desestimaba el requerimiento –dirigido por el Ministerio de Defensa– de revocación del acuerdo anterior respecto de los inmuebles afectos a la defensa nacional. Y es que la delimitación del entorno de protección del «Palacio del Infantado» realizada por el Consejo de Gobierno de Castilla-La Mancha tuvo como consecuencia la declaración como BIC del Cuartel de San Carlos, sede de la Subdelegación de Defensa, y el Cuartel de San Fernando, sede del Archivo General Militar.

En el recurso de casación se denuncia la vulneración, por parte del tribunal de instancia, del artículo 149.1.4.^a de la Constitución española y de la doctrina jurisprudencial, tanto del Tribunal Constitucional como de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, relativas a la competencia estatal en materia de defensa nacional y fuerzas armadas.

En su resolución la Sala aprecia que existe un conflicto entre la competencia exclusiva sobre el patrimonio histórico defendida por la Comunidad Autónoma y la competencia exclusiva sobre la defensa nacional esgrimida por la Administración General del Estado. Para resolver qué competencia debe primar sobre la otra, el Alto Tribunal señala que debe atenderse al interés general concernido.

En su análisis, la sentencia reseñada constata que el denominado «Palacio del Infantado» fue declarado monumento nacional en 1914, mientras que el acuerdo de 2013 del que nace el litigio lo que hace es ampliar el perímetro de su protección, que pasa a albergar los dos cuarteles afectos a la defensa nacional. Dicha ampliación tiene, según el informe del Servicio de Patrimonio y Arqueología de Castilla-La Mancha, el objeto de preservar el entorno del inmueble protegido. Es decir, los cuarteles de San Carlos y San Fernando no fueron declarados BIC por su propio valor histórico-artístico, sino para evitar que actuaciones futuras sobre ellos entorpeciesen la contemplación del monumento nacional protegido.

Según la sentencia, la extensión de esa declaración de BIC limita el efectivo ejercicio de la competencia estatal en materia de defensa nacional, ya que como consecuencia de dicha declaración cualquier futuro cambio de uso de los inmuebles exigiría un previo informe favorable del órgano autonómico competente en materia de patrimonio histórico. Esa exigencia, constata la Sala, podría conllevar un eventual bloqueo de la competencia de defensa nacional, que es calificada por el Alto Tribunal como «rigurosamente exclusiva», en atención a que las comunidades autónomas no ostentan ninguna competencia sobre ella.

Analizados los intereses en juego y ponderadas las circunstancias del caso, la conclusión a la que arriba el Tribunal es que concurre un interés público constitucionalmente protegido cuya preservación viene atribuida al Estado –la defensa nacional– que no puede ser postergado por una decisión autonómica previa, sobre todo teniendo en cuenta que en los bienes afectados no concurren características histórico-artísticas intrínsecas merecedoras de protección. Por todo ello, la Sala estima el recurso de casación y, por consiguiente, el recurso contencioso administrativo interpuesto contra los acuerdos del Consejo de Gobierno de Castilla La Mancha que habían sido originariamente impugnados (T. GARCÍA-BARRERO).

El concepto jurídico de «hallazgo casual» no significa «hallazgo por suerte», exigiéndose la ausencia de ánimo de encontrar un tesoro sin importar la idoneidad o no de los medios empleados al efecto.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 4 de junio de 2018 (Rec. 765/2016)

En sentencia de 30 de noviembre de 2015, el TSJ de Andalucía había juzgado como «hallazgo casual» el tropiezo con una losa de piedra, en las inmediaciones de un BIC conocido como Castillejo de Quéntar, por parte de un aficionado a las búsquedas con detectores de metales. Como en lo que interesaba la ley autonómica no difería de la nacional, el objeto del debate jurídico se centró en el concepto de «hallazgo casual» contenido en el artículo 41.3 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español («LPHE»), a saber: *«Se consideran hallazgos casuales los descubrimientos de objetos y restos materiales que, poseyendo los valores que son propios del Patrimonio Histórico Español, se hayan producido por azar o como consecuencia de cualquier otro tipo de remociones de tierra, demoliciones u obras de cualquier índole».*

Interpretó el TSJ que el hallazgo fue *casual* pues, aunque descubierta la losa en el curso de la actividad a la que era aficionado el descubridor, no se probó que éste, en el exacto momento del descubrimiento, estuviera haciendo uso del detector de metales, instrumento en todo caso inidóneo para encontrarla. Más aun, para descubrir la losa no había sido necesario realizar ningún esfuerzo de remoción, al hallarse la losa al borde de una carretera.

No conforme con la sentencia, la Junta de Andalucía recurrió en casación. Y con éxito. Porque, a entender del Tribunal Supremo («TS»), el TSJ había interpretado incorrectamente el concepto normativo de «hallazgo casual», identificándolo con un mero «hallazgo por suerte». Advierte el TS que la sentencia recurrida no había dado el debido peso a las condiciones subjetivas del descubridor. Así, que el sujeto se hallara inmerso en una afición caracterizada por el juego de la búsqueda y el (posible) descubrimiento, como el hecho de que la práctica de su afición tuviera lugar en un área muy próxima a un BIC, impedían descartar la posibilidad de que tal descubrimiento se produjera. Y por ello, porque no era descartable y así debía de conocerlo el descubridor, no podía calificarse de hallazgo casual solo porque el sujeto topara con la losa por pura y estricta suerte (P. BRAVO).

Se declara conforme a derecho la Orden Ministerial por la que se amplía el destino de un bien inmueble protegido, cedido a la Comunidad Autónoma de Galicia, para incluir un uso hotelero parcial no previsto en una Orden anterior.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 12 de junio de 2018 (Rec. 1386/2016)

Por Orden Ministerial de 31 de julio de 2009, la Administración General del Estado cedió en propiedad el Castillo y Recinto amurallado de Monterrey a la Comunidad Autónoma de Galicia. Su destino, se dijo entonces, debía ser el de centro de divulgación, innovación y promoción de la moda, el vino y las aguas medicinales de la comarca, restauración y musicalización de los edificios y archivo de las tradiciones de la frontera y pueblos próximos. Mediante una nueva Orden Ministerial, de 27 de junio de 2014, el destino se vio ampliado para permitir la utilización parcial del inmueble –un diecisiete por cien, aproximadamente– como parador, con la sociedad mercantil estatal Paradores, S.A. al frente. Esta Orden ampliatoria fue recurrida en vía contencioso-administrativa por tres vecinos del ayuntamiento. Mediante sentencia de 22 de febrero de 2016 la Audiencia Nacional entendió que la Orden estaba suficientemente motivada y que no se había incurrido en una desviación de poder, desestimando así la nulidad alegada. Recurrida en casación por dos de los interesados, la sentencia fue confirmada por el Tribunal Supremo.

Porque, insiste el Tribunal Supremo, no se vulneró el artículo 9.3 de la Constitución española, en su vertiente de interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos, como tampoco el artículo 54.1.f) de la antigua Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pues el acto, si discrecional, no fue inmotivado. La asunción de las razones expuestas en el informe de la Gerencia de Turismo de la Xunta de Galicia, por el contrario, fue motivación suficiente. En este informe se defendía la compatibilidad entre el uso cultural y público y el uso hotelero, destacando, entre argumentos varios, la parcialidad del uso, la viabilidad de la inversión pública y la revitalización económica de la zona. Tampoco se vulneraron los artículos 44.1 y 46 de la Constitución, pues la coexistencia de sendos usos no contraría la tutela pública del acceso a la cultura ni la obligación de conservación del patrimonio cultural de los pueblos de España y la promoción de su enriquecimiento, respectivamente.

Asimismo, y en línea con lo anterior, el Tribunal Supremo considera no acreditada desviación de poder alguna, pues la ampliación de la concesión fue perfectamente compatible con los artículos 145-151 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas («LPAP»), donde se regula la cesión gratuita de bienes inmuebles inter-administraciones. En este sentido, el artículo 8 de dicha norma, al regular los principios que encauzan la relación entre administraciones públicas, despeja toda duda sobre si se ha procedido conforme a los intereses generales, al reconocer, en el punto 1, letra e), la optimización de la utilización y el rendimiento de los bienes.

Se descarta, por su parte, la concurrencia de un vicio en la formulación del acto administrativo, pues el requerimiento de la disposición adicional 14.^a LPAP, por el que se exige un informe del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, se entiende únicamente aplicable a la primera de las órdenes, no a la segunda.

Finalmente, señala el Tribunal Supremo que el artículo 145.1 LPAP no puede entenderse de forma que condicione o limite las facultades de la comunidad autónoma cesionaria, cuando la cesión se halle bien fundada, como era el caso (P. BRAVO).

A la hora de decidir sobre el inventario de un bien que se encuentra en estado de ruina los valores culturales y arquitectónicos que se trata de preservar han de ponderarse con los factores económicos de la eventual decisión adoptada.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (núm. 196/2017), Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de abril de 2017

La sentencia resuelve la impugnación, por parte de la sociedad S.A. Deportes y Espectáculos, de la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto contra la Orden del Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura por la que se inscribe el edificio «Bellas Artes» como bien cultural en el Inventario General del Patrimonio Cultural Vasco. El recurso interpuesto por la mercantil –propietaria del edificio– contiene la petición principal de declaración de nulidad de la citada Orden, y la petición subsidiaria de que se declare que la Orden es disconforme a derecho y se retrotraigan las actuaciones para que por la Administración actuante se resuelva el expediente de forma motivada en relación con las circunstancias concurrentes en la calificación del edificio como bien cultural.

El recurso se centra en la falta de motivación técnica y económica de la decisión consistente en incluir el edificio en el Inventario. Así, en él se indica que, en el momento de incoación del expediente en cuestión, el edificio se encontraba declarado en ruina por una previa sentencia dictada por el Tribunal Supremo en el seno de un litigio del que también fue parte la ahora recurrente. En dicha sentencia, el Alto Tribunal constató que los costes de reparación del edificio superaban su valor y que, por tanto, éste se encontraba en situación de ruina económica. A juicio de la recurrente, esa situación ruinosa del inmueble no fue tomada en cuenta por la Administración a la hora de adoptar la decisión impugnada, lo que justificaría la declaración de nulidad de esta última.

En este contexto, el Tribunal valora la prueba obrante en autos para constatar que el inmueble en cuestión continúa en el estado ruinoso que fue apreciado por el Tribunal Supremo y que dicha circunstancia no fue tomada en cuenta en los informes realizados por la Administración en el expediente conflictivo. Esa situación de ruina, aclara la Sala, no es teóricamente incompatible con la calificación del inmueble como bien cultural, pues la jurisprudencia tiene dicho que la declaración de bien de interés cultural puede recaer sobre bienes que se encuentren en estado ruinoso, siempre que por su interés histórico, artístico, científico o social lo merezcan.

Dicho lo cual, la sentencia precisa que a la hora de dotar a un bien de una protección especial los factores económicos deben ponderarse con los valores culturales y arquitectónicos que se trata de preservar. Traído ese análisis al caso analizado, la cuestión es si los valores arquitectónicos del edificio «Bellas Artes» que la Administración pretende salvaguardar son suficientemente relevantes como para proteger el edificio aun en la situación de ruina de hecho en la que se encuentra. Ese análisis, concluye el Tribunal, no fue realizado durante la tramitación del expediente objeto del recurso.

Por lo acabado de decir, la sentencia estima la pretensión subsidiaria de la recurrente y acuerda la retroacción de las actuaciones administrativas a fin de que se resuelva el expediente administrativo valorando y teniendo en consideración la situación de ruina de hecho del edificio (T. GARCÍA-BARRERO).

Expolio de una necrópolis celtíbera. Es necesario traer al procedimiento a los legítimos titulares de los efectos provenientes de un delito para poder acordar su decomiso.

Sentencia 199/2018 de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 6.ª Penal), de 16 de julio de 2018

La Audiencia Provincial de Zaragoza resuelve mediante esta sentencia el expolio perpetrado en la necrópolis soterrada de una antigua ciudad celtíbera por un vecino de un municipio cercano al yacimiento con la ayuda de detectores de metales, herramientas de excavación, e incluso maquinaria pesada.

El principal acusado realizó durante treinta años extracciones de tierra de la zona donde sabía que se encontraba la necrópolis al efecto de su cribado, obteniendo así más de 6.500 objetos celtíberos fabricados entre los siglos II a V a. C. y de extraordinario valor.

Durante ese periodo, junto con la producción de diversos daños al conjunto arqueológico subyacente, el acusado obtuvo una gran variedad de objetos militares, destacando un conjunto de veinte cascos celtíberos completos, en cuya restauración participó el segundo encausado, principal adquirente de los efectos extraídos por el primero, dada su condición de propietario de una tienda de antigüedades de origen celtíbero en Zaragoza. Es desde esta tienda desde donde, una vez adquiridos y reparados los cascos celtíberos, se articuló su venta ilícita a un anticuario suizo, dando lugar a su dispersión definitiva.

Acerca de la atribución de responsabilidad, la acción penal se dirigió únicamente contra el autor del expolio, como principal acusado, y contra el comprador inicial de los cascos, ya que el anticuario suizo había fallecido en 1992, de forma previa a la incoación de las diligencias previas 2013 .

El primero de los acusados es condenado por un delito continuado de daño al patrimonio histórico del art. 323 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («CP»), en su redacción original, más favorable al reo al no establecer el tipo agravado del actual art. 323.2 CP en atención a la relevancia histórica, artística, cultural o monumental del objeto afectado por los daños, en concurso ideal medial con el delito-fin de hurto agravado del art. 235.1.1.º CP. Junto con ello, se le condena por un delito continuado de blanqueo de capitales del art. 301.1 CP, por la transmisión de bienes con origen delictivo.

El segundo de los acusados es condenado por un delito continuado de blanqueo de capitales del art. 301.1.º CP, como figura en la cual se absorbe la conducta de receptación desarrollada por este acusado, como adquirente y posterior revendedor de las piezas obtenidas por el primero, no obstante ser más beneficiosa la aplicación de la pena del tipo de receptación. Se le absuelve, sin embargo, de cualquier responsabilidad por el expolio que llevaba a cabo el principal acusado, dado que no se ha conseguido acreditar su participación en esta actividad.

Se impone asimismo a ambos condenados la obligación de indemnizar por el valor de los bienes expoliados que no han podido recuperarse, entre los que se encuentra como principal pieza el juego de cascos celtíberos, si bien el Tribunal les exonera del delito de contrabando por el que también se les acusaba, dada la prescripción del mismo por el transcurso de diez años desde el momento de comisión de la única conducta acreditada subsumible en tal delito (el despacho a Alemania de los cascos celtíberos, que databa aproximadamente de comienzos de los años 1990) hasta la incoación de diligencias previas contra los acusados.

Finalmente, la Audiencia desestima la solicitud de ordenar el decomiso de los cascos como efectos provenientes de actividad delictiva, a pesar de su localización en la colección privada de un famoso coleccionista alemán, hoy en día custodiada por sus herederos, dado que ni ellos ni el Estado alemán fueron llamados al proceso como responsables penales o civiles, no habiéndose así acreditado el conocimiento de su origen ilícito por los herederos, como exige la aplicación del art. 127 quater.1.a CP (R. FERNÁNDEZ).

La quema del retablo del Cristo de las Batallas de Palencia. El titular de la indemnización por los daños causados a un bien de interés cultural de titularidad privada es su propietario, sin que sea factible indemnizar por ellos a la sociedad.

Sentencia 16/2017 de la Audiencia Provincial de Palencia (Sección 1.ª Penal), de 10 de mayo de 2018

La Audiencia Provincial de Palencia declara absuelto por inimputable al autor del incendio de la Catedral de San Antolín de Palencia, en agosto de 2014. El acusado, que experimentó una fase maníaca del trastorno bipolar que padece y por el cual se había ordenado su internamiento en un centro psiquiátrico, roció con gasolina el retablo del Cristo de las Batallas de

Palencia, obra que enmarca un lienzo de pintura al óleo del Siglo XVII y una escultura de madera policromada de Cristo crucificado de la primera mitad del siglo XIV, obra de importancia única dentro del gótico tardío.

Gracias a la rápida intervención de un trabajador de la catedral, el incendio fue extinguido de inmediato, afectando solo a los pies de la escultura del Cristo y la zona inferior del lienzo.

La conducta del autor es subsumible en el tipo penal del art. 266.3 CP, como delito de daños mediante incendio, en concurso de normas con un delito de daños contra bienes de valor artístico o cultural del art. 323 CP, a resolver en favor del primero de los tipos por virtud del principio de especialidad del art. 8.1.^a CP. Por otra parte, la Audiencia Provincial recurre al art. 323 CP en su versión posterior a la reforma del año 2015, posterior asimismo a los hechos, para entender que es de aplicación el tipo agravado del mencionado delito, relativo a la afectación mediante los daños a bienes de extraordinario valor.

Sin embargo, la Audiencia Provincial entiende que concurre la eximente completa del art. 20.1 CP, entendiendo que la fase maníaca que atravesaba el acusado le impedía comprender la ilicitud de su actuar, declarando por ello la absolución del acusado. Teniendo en cuenta la concurrencia, asimismo, de la circunstancia atenuante de confesión (art. 21.4 CP), el tribunal le impone una medida de seguridad de internamiento de tres años y un mes en centro psiquiátrico.

Finalmente, y en lo que respecta a la responsabilidad civil, se fija una cantidad máxima de 1.650 euros, más IVA, en concepto de indemnización por los gastos de restauración ocasionados, a beneficio del Cabildo-Catedral de Palencia, como titular de la talla afectada, rechazándose, por otra parte, que se deba indemnizar por otro tanto *a la sociedad*, a través de la Administración Local, como solicitaba la Fiscalía, en concepto de deterioro irreversible y no restaurable de la obra. El tribunal argumenta el rechazo arguyendo, en primer lugar, que no existe tal deterioro irreversible dados los resultados de la labor de restauración; y, en segundo lugar, que la única entidad que puede ser indemnizada es la entidad canónica propietaria de la talla (R. FERNÁNDEZ).

La Cueva de Chaves. No es necesaria una declaración expresa de un bien como de Interés Cultural para declarar al mismo como bien de valor histórico, científico, cultural o monumental.

Sentencia 255/2016 del Juzgado de lo Penal n.º 1 de Huesca, de 9 de noviembre de 2016

El Juzgado de lo Penal n.º 1 de Huesca condena al administrador único *de facto* de una mercantil como autor de un delito de daños contra el patrimonio histórico del art. 323 CP, cometido mediante autoría mediata, por ordenar la nivelación y eliminación, mediante el empleo de maquinaria pesada, de ciertas losas existentes dentro de la denominada «Cueva de Chaves» –abrigo de unos 3.300 metros cuadrados, que albergaba uno de los más importantes asentamientos neolíticos de la Península Ibérica–, produciendo la extracción y extravío de 1.017,4 metros cúbicos de sedimentos arqueológicos, cuyo valor ascendía a casi 51 millones de euros.

La defensa solicitó la libre absolución por virtud de la prescripción, dado que desde la producción de los hechos –octubre de 2007– hasta que se dirigió la acción contra el mencionado administrador transcurrieron más de tres años –la providencia mediante la cual se le declara imputado fue dictada en 2012–, lo que conllevaría conforme al tenor literal del art. 131.1 CP, párrafo 5, en relación con el art. 132.2 CP, su prescripción con respecto del acusado.

Frente a ello, el juzgador entiende que no es aplicable tal institución, dado el plan preconcebido por dicho acusado para evadir su responsabilidad penal, nombrando a un tercero como administrador meramente formal, contra el que se dirigió en un primer momento la acción penal y habida cuenta de que, tal y como se había redactado el auto de incoación de diligencias previas, cabía entender que la acción penal se había dirigido contra las personas del entorno de la mercantil propietaria de la finca donde se localiza la Cueva de Chaves, de conformidad con lo dispuesto en el art. 132.3 CP (no vigente en el momento de comisión del delito, pero que el juzgador entiende que se ha de emplear como guía interpretativa).

Igualmente, el juzgador descarta declarar la aplicación de error de tipo a la conducta del administrador, quien lo había invocado por no encontrarse esta cueva en concreto declarada bien de interés cultural. La sentencia observa, de un lado, que la cueva se situaba dentro del perímetro de un complejo de cuevas más extenso que sí había sido declarado de interés cultural, y de otro el conocimiento específico derivado de la recepción por la

administración de la mercantil de documentación emitida por la Dirección General de Arqueología donde se ponía de relieve el valor del yacimiento, así como el hecho de que existía una zona de intervención arqueológica claramente visible con restos arqueológicos, objeto de protección *per se* por virtud del literal del art. 323 CP, amén del necesario conocimiento por parte del administrador *de facto*, ingeniero de minas de profesión, de la elevada posibilidad de remover sedimentos arqueológicos, que una vez desplazados de su localización original pierden todo su valor. Todo ello permitía descartar la apreciación de un error de tipo y, antes bien, indicaba la concurrencia, cuando menos, de dolo eventual en la conducta del condenado.

Por todo ello, se le impone una pena de dos años y seis meses de prisión, dentro de la mitad superior de la pena establecida en el art. 323.1 CP, lo que el Tribunal justifica por la trascendencia e irreversibilidad de los daños, junto con la indignación social que estos han producido. No obstante, dado que tras la reforma del CP por virtud de la LO 1/2015 la pena de multa de 12 a 24 meses se convirtió en alternativa y no concurrente con la pena de prisión, el juzgador, en aplicación de la ley penal más favorable al reo, procede a no imponerle tal pena de multa, sin perjuicio de condenarle a satisfacer como responsabilidad civil la mitad del valor de los daños, aplicando como criterio para tal moderación la inactividad de la Administración competente como forma de evitar los daños, conforme al art. 114 CP, declarando asimismo como responsable civil subsidiaria a la mercantil titular de la finca donde se encontraba el yacimiento (R. FERNÁNDEZ).

La venta de obras de arte por los herederos del autor está exenta del Impuesto sobre el Valor Añadido y sujeta al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales en tanto las obras no estén afectas a una actividad profesional o industrial y los herederos no actúen como profesionales o empresarios.

Resolución de la Dirección General de Tributos a la Consulta Vinculante V0841-17, de 5 de abril de 2017, elevada por la Subdirección General de Impuestos sobre el Consumo

La Dirección General de Tributos de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (en adelante, la «DGT») ha establecido, mediante contestación de 5 de abril de 2017 a la consulta vinculante realizada por los herederos del autor de unos cuadros, la exención de la venta de estos cuadros

por parte de los herederos del Impuesto sobre el Valor Añadido («IVA»), así como su sujeción al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados («ITPAJD»), en la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas.

La DGT justifica su decisión en el hecho de que tanto la consultante, hija del autor y titular del usufructo sobre los cuadros a vender, como sus hijas, que ostentaban la nuda propiedad sobre las obras, habían accedido a ella por herencia, sin que conste respecto de ninguna de ellas su condición de empresarios o profesionales, o la afección de tales obras de arte al ejercicio de actividad profesional o empresarial alguna.

Así las cosas, la DGT declara la exención de tales compraventas de lo dispuesto en el art. 91.3.4.1.º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, que establece la aplicación de un tipo del 10% a las operaciones de importación, adquisición intracomunitaria o entrega de objetos de arte realizadas por sus autores o derechohabientes, por estar ausente en las herederas el carácter de empresarias o profesionales.

No obstante, junto con la previa exención, la DGT consagra la sujeción de esa compraventa al ITPAJD, bajo la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, del cual será sujeto pasivo el adquirente de las citadas obras de arte, como consagra el art. 8.a del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados («TRLITPAJD»), siendo de aplicación el tipo aprobado, en cada caso, por la comunidad autónoma de referencia, y subsidiariamente, el tipo del 4% sobre el valor de los cuadros, previsto de forma subsidiaria en el art. 11.1.a), apartado 2, TRLITPAJD (R. FERNÁNDEZ).

Principales hitos judiciales en el conflicto sobre el tesoro artístico del Real Monasterio de Santa María de Sijena¹

El Real Monasterio de Santa María de Sijena se funda en el año 1188 por Sancha de Castilla, consorte del rey Alfonso II de Aragón. Las monjas del Monasterio, pertenecientes a la Orden de San Juan de Jerusalén, provenían en su mayor parte de las principales familias de la nobleza de Aragón y Cataluña. A lo largo de los siglos Santa María de Sijena fue atesorando uno de los patrimonios artísticos más ricos de toda Europa. Su declive a partir del siglo XVIII culminó con motivo de la desamortización de Mendizábal (1836), que trajo consigo la salida de muchas de las piezas del convento, las cuales acabaron en museos y manos privadas de dentro y fuera de España. Tras la anulación por el Tribunal Supremo de la enajenación a un vecino de la localidad, el monasterio volvió a ser ocupado por religiosas en 1900. En 1923 se declara monumento nacional. Posteriormente, fue pasto de las llamas con ocasión del saqueo perpetrado por milicianos anarquistas durante la guerra civil, lo que provocó la pérdida de la mayor parte de su tesoro artístico. Un miembro de la unidad de recuperación de patrimonio de la Generalitat de Cataluña logró retirar los restos calcinados de

1. Se ha considerado de interés ofrecer en este número del Anuario una sección complementaria dedicada a compendiar las principales resoluciones judiciales recaídas en el conflicto sobre los bienes muebles y pinturas murales que, procedentes en origen del Monasterio de Santa María de Sijena (Huesca), fueron trasladados a Cataluña, y más en particular al Museo Nacional de Arte de Cataluña y al Museo de Lérida. La controversia ha atravesado muchas fases a lo largo del tiempo y ha involucrado a órganos de diversos órdenes jurisdiccionales. El resultado ha sido de signo distinto, hasta el momento, por lo que se refiere a los bienes muebles del monasterio y a las pinturas murales de su sala capitular. Unos y otras fueron también trasladados a Cataluña en momentos y circunstancias diferentes. Esta sección ha sido preparada por María Luisa MACÍAS ROMERO y Rafael SÁNCHEZ ARISTI.

las pinturas de la sala capitular y trasladarlas a Barcelona para su recuperación. Estas pinturas no regresarían a Sijena, a pesar de que la Diputación de Huesca las reclamó desde poco después de finalizada la contienda. Actualmente se encuentran expuestas en el Museo Nacional de Arte de Cataluña.

Por otro lado, en los años setenta el monasterio se hallaba en un estado de grave deterioro y las monjas que aún lo ocupaban pasaron al convento de Valldoreix, en la provincia de Barcelona. Los bienes que habían sobrevivido a las vicisitudes narradas y que componían el patrimonio de Santa María de Sijena fueron depositados entonces en el Museo Nacional de Arte de Cataluña y en el Museo de Lérida. Se trataba de un total de 97 piezas entre las que había pinturas sobre tela, cajas sepulcrales, altorrelieves de alabastro, tablas policromadas, figuras talladas, así como libros de coro, relicarios, platos cerámicos y palmatorias. En los años 1983, 1992 y 1994, tras haber fallecido la última priora de Sijena, las monjas de Valldoreix procedieron a formalizar la venta de las piezas a favor de la Generalitat de Cataluña. Aunque las ventas contaron con la aquiescencia de las autoridades eclesiásticas, no se obtuvo el permiso de las autoridades civiles competentes en materia de patrimonio histórico.

Respecto de las ventas de estos bienes, mientras que la Generalitat de Cataluña ha sostenido la licitud de las enajenaciones y ha puesto en valor la labor realizada por el Museo Nacional de Arte de Cataluña y el Museo de Lérida, que impidió que las piezas se perdieran, Aragón y el Ayuntamiento de Villanueva de Sijena han defendido que la presencia de las obras en Cataluña obedecía a una suerte de expolio, y que al no tener mayor título que el de un depositario, procedía devolverlas a su legítimo propietario cuando éste las reclamase.

En el verano de 2016, como consecuencia de una resolución judicial, la Generalitat entregó a Aragón 53 de las 97 piezas reclamadas, aquellas de menor valor que se encontraban custodiadas en los almacenes del Museo Nacional de Arte de Cataluña. Las 44 piezas restantes, que se hallaban en el Museo de Lérida, no fueron restituidas sino en diciembre de 2017, durante el periodo de aplicación del artículo 155 de la Constitución española en el que el Ministro de Educación, Cultura

y Deporte había asumido las funciones de la Consejería de Cultura de la Generalitat².

Los diversos hitos judiciales por los que ha atravesado la controversia por los bienes del monasterio de Sijena pueden agruparse en torno a tres núcleos:

- (i) el procedimiento relativo a la nulidad de las compraventas de los bienes muebles vendidos a la Generalitat en 1983, 1992 y 1994;
- (ii) el procedimiento relativo a la reivindicación de las pinturas murales de la sala capitular del Monasterio; y
- (iii) los procedimientos en que se ventilaba un conflicto de competencias o un conflicto de jurisdicción.

En el procedimiento sobre la nulidad de las compraventas de las piezas que habían sido vendidas a la Generalitat de Cataluña por las monjas de Valldoreix, fue dictada la sentencia 48/2015 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Huesca, de 8 de abril de 2015, que declara la nulidad de dichas compraventas y ordena reintegrar las piezas vendidas al Monasterio de Sijena. Dicha sentencia ha sido confirmada por la de la Audiencia Provincial de Huesca, Sección 2.ª, de 30 de noviembre de 2017. El Juzgado dictó auto de ejecución provisional el 11 de junio de 2015 (EJP 87/2015), si bien la ejecución provisional despachada se dejó en suspenso después de que la Generalitat planteara conflicto de jurisdicción, que fue resuelto por el Tribunal Supremo el 16 de diciembre de 2015 en el sentido de no apreciar el conflicto. Levantada la suspensión de la ejecución provisional, el Juzgado desestimó la oposición a la ejecución formulada por la Generalitat así como el ulterior recurso de revisión interpuesto por ésta y por el Museo Nacional de Arte de Cataluña.

En el procedimiento sobre la reivindicación de las pinturas murales de la sala capitular del Monasterio, destacan la sentencia 190/2016 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Huesca, de 4 de julio de 2016, que condenó al Museo Nacional de Arte de Cataluña a restituir

2. Fuentes de referencia consultadas: I. ALDANONDO SALAVERRÍA, «La venta de las obras del Monasterio de Sijena», *Almacén de derecho*, 1 de febrero de 2017; F. DÍAZ DE QUIJANO, «El caso Sijena: cronología del expolio y del pleito», *El Cultural*, 30 de noviembre de 2017; D. NAVARRO, D. GUILLÉN, M. PENACHO y S. BERDEJO, «El expolio de los bienes de Sijena», especial de *El Heraldo de Aragón* [<https://www.heraldo.es/especiales/bienes-aragon/sijena.html>]; A. M. FONTANET, «El laberinto sobre el arte de Sijena», *El País*, 6 de diciembre de 2016.

a la sala capitular de Santa María de Sijena las pinturas murales, el Auto n.º 160/2016 del mismo Juzgado, de 2 de noviembre de 2016, dictando orden general de ejecución provisional a favor del Gobierno de Aragón para que por parte del Museo Nacional de Arte de Cataluña se procediera a la restitución de las pinturas³, y el Auto posterior del mismo órgano, de 25 de enero de 2018, que estima la oposición a la ejecución formulada por el Museo Nacional de Arte de Cataluña y la Generalitat de Cataluña, y acuerda dejarla sin efecto al apreciar que la sala capitular del monasterio no se encontraba suficientemente acondicionada para recibir las pinturas murales sin riesgo de deterioro. Un Auto aclaratorio posterior, de 31 de enero de 2018, señala que en vez de *dejar sin efecto* la ejecución procedía *dejarla en suspenso*, y otro más reciente, de 2 de mayo de 2018, decreta no haber lugar a la nulidad de los dos autos anteriores, frente a lo interesado por el Gobierno de Aragón y el Ayuntamiento de Villanueva de Sijena.

Finalmente, en el tercer bloque encontramos la Sentencia del Tribunal Constitucional 6/2012, de 18 de enero, que dirime el conflicto de competencias planteado por la Generalitat de Cataluña frente al Gobierno de Aragón, y lo hace a favor de la primera anulando las Órdenes del Consejero de Educación y Cultura de Aragón relativas al ejercicio del derecho de retracto sobre los bienes procedentes del Monasterio de Sijena. Por su parte, la ya aludida Sentencia 1/2015 de la Sala especial de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo, de 16 de diciembre de 2015, desestima el conflicto positivo de jurisdicción planteado por la Generalitat de Cataluña frente al Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Huesca, a cuenta de la ejecución provisional de la que éste estaba conociendo, lo que permitió al Juzgado levantar la suspensión de dicha ejecución provisional.

En la tabla a continuación sintetizamos por orden cronológico todas esas resoluciones:

3. También el Ayuntamiento de Villanueva de Sijena había instado la ejecución provisional, si bien el Juzgado inadmitió su demanda por apreciar falta de legitimación en el citado Ayuntamiento. Un Auto posterior de la Audiencia Provincial de Huesca revoca esa decisión y ordena que el Juzgado se pronuncie de nuevo sobre la petición de ejecución provisional formulada, sin poder basar su decisión en la falta de legitimación.

	RESOLUCIÓN	FECHA	DESCRIPCIÓN
1	Sentencia n.º 6/2012 del Tribunal Constitucional (Pleno) [RTC 2012, 6].	18/01/2012	Conflicto positivo de competencias interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con las órdenes del Consejero de Educación y Cultura de la Diputación General de Aragón de 8 de agosto de 1997 y 10 de febrero de 1998, relativas al ejercicio del derecho de retracto respecto de determinados bienes eclesiásticos adquiridos por Cataluña procedentes del Monasterio de Sijena en Aragón. Concurrencia de competencias sobre un mismo objeto: recuperación de su patrimonio histórico por parte de Aragón y preservación de bienes culturales sitos en su territorio por parte de Cataluña. A falta de técnicas de colaboración entre las administraciones implicadas, el TC da prevalencia de la competencia de Cataluña al ser la Administración que ya está protegiendo los bienes y venir realizándolo en condiciones adecuadas. El TC considera que las órdenes por las que Aragón ejercía el derecho de retracto vulneraban el orden constitucional de distribución de competencias, y en consecuencia decreta su nulidad. La sentencia deja a un lado cuestiones relacionadas con la calificación de los bienes y los eventuales vicios en el proceso de enajenación, por ser cuestiones de hecho y de legalidad ordinaria que corresponde resolver a los tribunales ordinarios. Hay votos particulares que consideran que el conflicto no debió admitirse por carecer de trascendencia constitucional.

	RESOLUCIÓN	FECHA	DESCRIPCIÓN
2	Sentencia n.º 48/2015 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Huesca (PO 160/2012) [AC 2015, 983].	08/04/2015	Declara la nulidad de pleno derecho de las compraventas realizadas a favor de la Generalitat de Cataluña en 1983 y 1992 y del Museo de Arte de Cataluña de fecha 1994, así como que la propiedad de los bienes objeto de dichos contratos es de la Orden Sanjuanista del Real Monasterio de Sijena, debiendo reintegrarse a su legítimo propietario la posesión material de los bienes, por lo que ordena el traslado al Monasterio de Sijena de un total de 97 piezas, consistentes en pinturas sobre tela, tablas policromadas, cajas sepulcrales, altorrelieves de alabastro y figuras talladas, entre otros objetos de menor valor.
3	Sentencia n.º 1/2015 del Tribunal Supremo (Sala especial de Conflictos de Jurisdicción) [RJ 2015, 5738].	16/12/2015	Desestima el conflicto positivo de jurisdicción planteado por la Generalitat de Cataluña frente al Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Huesca. Declara que corresponde al Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Huesca la competencia para seguir conociendo de la ejecución provisional despachada bajo el núm. 87/2015.
4	Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Huesca.	04/07/2016	Acuerda desestimar el recurso de revisión formulado por la Generalitat de Cataluña y el Museo Nacional de Arte de Cataluña en el procedimiento de ejecución provisional dimanante del ordinario 160/2012, y continuar con la ejecución de traslado de los bienes que constan en el Anexo a la Sentencia de 8 de abril de 2015, al Monasterio de Sijena.
5	Sentencia 190/2016 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Huesca.	04/07/2016	Condena al Museo Nacional de Arte de Cataluña, a restituir las pinturas murales de la sala capitular del Monasterio de Sijena, declarando extinguido el precario detentado sobre ellas por parte de la demandada.

	RESOLUCIÓN	FECHA	DESCRIPCIÓN
6	Auto n.º 160/2016 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Huesca [AC 2016, 2333].	02/11/2016	Dicta orden general de ejecución provisional del título indicado a favor de la ejecutante, el Gobierno de Aragón, frente al Museo Nacional de Arte de Cataluña, parte ejecutada, para que se proceda a restituir a la sala capitular del monasterio de Villanueva de Sijena, las pinturas murales que se reclaman.
7	Auto n.º 159/2016 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Huesca [AC 2016, 2332].	02/11/2016	Inadmite a trámite la demanda de ejecución provisional presentada por el Ayuntamiento de Villanueva de Sijena por ser interviniente adhesivo y no contener la sentencia a ejecutar ningún pronunciamiento a su favor.
8	Auto n.º 12/2017 de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Huesca	31/01/2017	Estima el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Villanueva de Sijena dejando sin efecto la resolución anterior, a fin de que el Juzgado se pronuncie nuevamente sobre la petición de ejecución provisional formulada, sin poder basar su decisión en la falta de legitimación.
9	Sentencia n.º 229/2017 de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Huesca [AC 2017, 1478].	30/11/2017	Desestima los recursos de apelación interpuestos por la Generalitat de Cataluña y el Museo Nacional de Arte de Cataluña, contra la sentencia 48/2015, de 4 de abril de 2015, del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Huesca, que había declarado la nulidad de las compraventas de una serie de bienes y ordenado el reintegro de la posesión material de los mismos a su legítimo propietario actual.

	RESOLUCIÓN	FECHA	DESCRIPCIÓN
10	Auto 13/2018 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Huesca [AC 2018, 572].	25/01/2018	Estima la oposición formulada por el Museo Nacional de Arte de Cataluña y la Generalitat de Cataluña a la ejecución provisional que había sido despachada a instancias del Gobierno de Aragón y del Ayuntamiento de Villanueva de Sijena, al apreciar que la sala capitular del monasterio de Sijena no se encontraba suficientemente acondicionada para recibir las pinturas murales sin riesgo de deterioro.
11	Auto aclaratorio del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Huesca [JUR 2018, 105035].	31/01/2018	Aclara el Auto anterior, para señalar que no procedía <i>dejar sin efecto</i> la ejecución despachada a instancias del Gobierno de Aragón y del Ayuntamiento de Villanueva de Sijena, sino dejarla en suspenso declarando no haber lugar a que prosiguiera. Asimismo, aclara que la condena en costas correspondía a las ejecutantes y no a las ejecutadas.
12	Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Huesca.	02/05/2018	Declara no haber lugar a la declaración de nulidad de los Autos de fecha 25 y 31 de enero de 2018 en los términos que habían interesado el Gobierno de Aragón y el Ayuntamiento de Villanueva de Sijena.

A continuación sigue un anexo documental con los textos de las cuatro resoluciones judiciales que cabe considerar claves en el conflicto en torno a los bienes del Monasterio de Sijena, a saber:

(i) la Sentencia 48/2015 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Huesca, de 8 de abril de 2015, dictada en el procedimiento ordinario n.º 160/2012, que declara la nulidad de las compraventas de las piezas provenientes del Monasterio de Sijena a favor de la Generalitat de Cataluña y del Museo Nacional de Arte de Cataluña (vid. *supra* § 2);

(ii) la Sentencia 229/2017 de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Huesca, de 30 de noviembre de 2017, que desestima los recursos de apelación interpuestos contra la resolución anterior (vid. *supra* § 9);

(iii) la Sentencia 190/2016 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Huesca, de 4 de julio de 2016, que condena al Museo Nacional de Arte de Cataluña, a restituir a la sala capitular del Monasterio de Santa María de Sijena, las pinturas murales declarando extinguido el precario detentado sobre ellas por parte de la demandada (vid. *supra* § 5);

(iv) el Auto 13/2018 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Huesca, de 25 de enero de 2018, que estima la oposición formulada por el Museo Nacional de Arte de Cataluña y la Generalitat de Cataluña a la ejecución provisional que había sido despachada a instancias del Gobierno de Aragón y del Ayuntamiento de Villanueva de Sijena, al apreciar que la sala capitular del monasterio de Sijena no se encontraba suficientemente acondicionada para recibir las pinturas murales sin riesgo de deterioro (vid. *supra* § 10).

Sentencia n.º 48/2015, de 8 de abril de 2015, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Huesca (AC 2015, 983).

En Huesca, a ocho de abril de dos mil quince.

Vistos por D^{ña} M.^a DEL CARMEN AZNAR PLANA, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Huesca y su Partido, los presentes autos de Juicio Ordinario n.º 160/12, a instancia de La Comunidad Autónoma de Aragón, asistida por el Letrado Sr. Gimeno López y del Ayuntamiento de Villanueva de Sijena representado por la Procuradora Sra. Gracia y asistido por el Letrado Sr. Español Fumanal contra la Orden Sanjuanista del Monasterio de Villanueva de Sijena en rebeldía procesal, contra la Generalitat de Cataluña representada por el Procurador Sr. Laguarda Valero asistida por su Letrado Sr. Muñoz Puiggros, contra la Reverendas Sanjuanistas del Monasterio de Valldoreix en rebeldía procesal y contra Museo Nacional de Arte de Cataluña (MNAC) representado por el Procurador Laguarda Valero y asistido por el Letrado Sr. Garriga Moyano y contra la Orden San Juan de Jerusalén (Orden Religiosa Sanjuanista) representada por el Procurador Sr. Laguarda y asistida por el Letrado Fernández de Arévalo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha 9 de Abril de 2012 se turnó a este Juzgado demanda promovida por la Comunidad Autónoma de Aragón y con fecha de 8 de Mayo demanda formulada por el Ayuntamiento de

Villanueva de Sijena de nulidad de pleno derecho de las compraventas perfeccionadas entre la monjas Sanjuanistas de Real Monasterio de Villanueva de Sijena y la Generalitat de Cataluña.

Formulada declinatoria por falta de Competencia Territorial por el letrado de la Generalitat de Cataluña y dado traslado a las partes y al Ministerio Fiscal y presentados sus Informes, con fecha 25 de Febrero de 2013 se dictó auto por el que se resolvió que la competencia territorial en esta demanda corresponde al Juzgado de Primera Instancia de Huesca al que por turno ha correspondido.

Con fecha de tres de Abril de 2013 se formuló por la Generalitat contestación a la demanda alegando la falta de competencia y legitimación de la Comunidad Autónoma de Aragón así como del Ayuntamiento de Villanueva de Sijena, que la cuestión que se plantea ya ha sido resuelta por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 18 de Enero de 2012, que existe falta de legitimación para impugnar la legalidad de unos contratos que les son ajenos y que la acción está caducada y alegando la legalidad de las compraventas en el momento en que se realizaron en base a la naturaleza de los bienes ya que se trata de bienes muebles no incluidos en la declaración de Bien de Interés Cultural del Monasterio de Sijena en 1923 y que en todo caso al no tratarse de un Bien de Interés Cultural en el momento de formalizar las compraventas y que se han cumplido los requisitos de la prescripción adquisitiva y solicitando la desestimación de la demanda.

La Federación de la Orden San Juan de Jerusalén (Orden Religiosa Sanjuanista) representada por el Procurador Sr. Laguarda y asistida por el letrado Fernández de Arévalo se personó en el procedimiento pero no formuló contestación a la demanda.

La Orden Sanjuanista del Monasterio de Villanueva de Sijena fue citada por edictos no compareciendo y siendo declarada en rebeldía procesal,

Por la Procuradora Sra. Gracia en nombre y representación del Ayuntamiento de Villanueva de Sijena se presentó escrito en el que se solicita el emplazamiento respecto de la Reverendas Sanjuanistas del Monasterio de Valldoreix en la población de Sant Cugat del Valles y respecto de Museo Nacional de Arte de Cataluña (MNAC), y dado traslado a las partes personadas para que aleguen lo que

estimen conveniente, se procede a resolver las diversas cuestiones que se plantean en este momento procesal y que afectan al núcleo del proceso.

En base a la documental aportada y en base al artículo 420 de la LEC y tras las alegaciones fundadas del letrado Sr. Español se acordó ex officio emplazar como demandadas a las Reverendas Sanjuanistas del Monasterio de Valldoreix en la población de Sant Cugat del Valles y al Museo Nacional de Arte de Cataluña (MNAC) dándoles traslado de las demandas de las partes actoras, para que en el plazo de 20 días formulen contestación a las demandas.

La Reverendas Sanjuanistas del Monasterio de Valldoreix fueron citadas en legal forma no compareciendo y siendo declaradas en rebeldía procesal.

Con fecha de 25 de Abril de 2014 por el Letrado del MNAC se formuló contestación a la demanda alegando la falta de competencia y legitimación de la Comunidad Autónoma de Aragón así como del Ayuntamiento de Villanueva de Sijena así como que la actuación de la administración catalana y del MNAC fue una operación de salvamento y protección del patrimonio y no de un expolio, que se trata de bienes muebles, y sostiene la legalidad de las compraventas por concurrir todos sus elementos y no vulnerar norma imperativa y que el principio de intangibilidad de los bienes inmuebles del patrimonio debe ceder ante el principio de conservación la Ley 16/1985 de 25 de Junio del Patrimonio Histórico Español y protección del patrimonio y solicitando la desestimación de la demanda.

SEGUNDO. En la Audiencia Previa se plantearon diversas cuestiones procesales que se resolvieron en la misma, así por los letrados de las actoras se planteó en primer lugar la falta de legalidad de la representación del MNAC formuladas las alegaciones por el letrado del MNAC , y vista la documental aportada y ello en base tanto a los Estatutos del Consorcio, así como en la escritura Pública en la que consta el acuerdo de 12 de Enero de 2012 por el que el Patronato faculta a su Presidente y al director del Museo para que pueda representarlo incluyendo dar poderes para ello ante toda clase de autoridades administrativas y judiciales y la escritura de fecha nueve de Febrero por la que se eleva a público el acuerdo de delegación de facultades realizada por el Presidente de Patronato al administrador,

doc aportados por el MNAC, procede por ello desestimar la falta de representación alegada.

Se rechaza así mismo la alegación formulada por el letrado Sr Español de defecto legal en el modo de contestar la demanda por parte de MNAC en base al artículo 424 de la LEC por no concurrir los presupuestos para ello.

Por los letrados de la Generalitat y MNAC se alegó la falta de competencia territorial de los Juzgados de Huesca cuestión que fue objeto de declinatoria y resuelta por Auto de fecha 25 de Febrero de 2013 previo Informe del Ministerio Fiscal, Auto cuya fundamentación es la siguiente el art. 52,1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece «1.º En los juicios en que se ejerciten acciones reales sobre bienes inmuebles será tribunal competente el del lugar donde este sita la cosa litigiosa. Cuando la acción real se ejercite sobre varias cosas inmuebles o sobre un sola cosa que esté situada en diferentes circunscripciones, será Tribunal competente el de cualquiera de estas, a elección del demandante. Y respecto del objeto del litigio que estamos conociendo han de ser considerados como bienes inmuebles, los bienes objeto de la demanda y ello en aplicación del artículo 14 de la Ley 16/ de 1985 de 25 de Junio del Patrimonio Histórico Español y del artículo 334,4 del Civil donde se establece que «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».

Y así se explica con rigor y claridad en el Informe aportado con la demanda doc 4 de la misma y denominado «Los bienes muebles en los bienes inmuebles: la unidad del bien cultural» que determina el excepcional valor histórico-artístico de los bienes objeto de la demanda y que se complementa con el criterio legal de la Ley de Patrimonio Histórico Español antes mencionada y la Ley Aragonesa 3/1999 de 10 de Marzo de Patrimonio Cultural Aragonés que en su art 15, 3 establece «que la declaración de bien de interés cultural de un bien inmueble incluirá los bienes muebles que se señalen como parte integrante del mismo», criterio que así mismo ha contemplado en su legislación la propia Generalitat de Cataluña.

Y todo ello debe ser interpretado además en el sentido contemplado por el derecho canónico y en concreto por el Canon 120 punto 1 y 2 del mismo, como se explica con todo detenimiento en la demanda y

en el Auto anteriormente dictado por este Juzgado de fecha cinco de Febrero de 2013 .

Por todo ello y en aplicación de los artículos 52.1 y 53.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que faculta al demandante a presentar la demanda, a su elección, ante cualquiera de ellos y de conformidad con el Informe del Ministerio Fiscal procede desestimar la declinatoria por falta de competencia territorial planteada por la Generalitat de Cataluña y acuerdo declarar que la competencia territorial en esta demanda corresponde al Juzgado de Primera Instancia de Huesca al que por turno ha correspondido».

Falta de Competencia Territorial que tras declarar de oficio el litis consorcio pasivo necesario y ser citado como parte demandada el Museo de Arte de Cataluña fue planteada de nuevo por el MNAC la falta de competencia territorial de los Juzgados de Huesca y resuelta de nuevo por Auto de fecha 7 de Abril de 2014 .

Planteada por el Letrado de la Generalitat en la Audiencia Previa infracción del art 412 de la LEC al estimar que la inclusión del contrato de compraventa de objetos de Real Monasterio de Villanueva de Sijena de 1994 no existía en la demanda y que ha existido acumulación de acciones y tras las alegaciones de las partes se resuelve en el sentido de desestimar dicha alegación y ello en base a que de la documental aportada con la contestación a la demanda por la Generalitat en la que se constata que la perfección de las compraventas no tuvo lugar en dos contratos sino en tres, siendo el tercero una opción de compra que se materializa en el año 1994 por el MNAC, y que afectaba a unos objetos que la actora había previsto en la relación de la compraventa del año 1992 y que dio lugar a que se solicitara por la parte y que incluso se acordara de oficio integrar el litisconsorcio pasivo para evitar nulidades y ello respecto del MNAC y de las monjas Sanjuanistas de Valdoreix y ello por la documental aportada pues eran hechos que las partes no tenían conocimiento por lo que se desestima dicha alegación procesal .

En cuanto a la cuantía de la demanda y tras la aportación del doc 5 por la Comunidad Autónoma de Aragón en la Audiencia Previa y en su detallada explicación.

La cuantía queda fijada por la suma del precio tasado en el momento de los referidos contratos y que consta en dicho documento

5 y ello con las referencias a los documentos 2, 6, 7, 9, 10 y 11 aportados por la Generalitat.

Así los bienes vendidos en 1983, 44 bienes cuyo precio total es de 10.000.000 millones de pesetas

De los 12 bienes vendidos en el año 1992 siendo el total del precio de estos bienes el de 25.000.000 pts. Y respecto de la venta de 1994, siendo el precio de este conjunto el de 14.855.000 pts.

TERCERO. Solicitada prueba por el letrado de la Comunidad de Aragón, documental aportada con la contestación a la demanda, más documental que aporta de revisión listado de bienes enajenados en 1983 y 1992 y opción de compra de 1994, testifical-pericial Sr Carlos Manuel y testifical de D. Aníbal, alcalde de Villanueva de Sijena.

Por el Ayuntamiento de Villanueva de Sijena documental aportada con la contestación a la demanda, más documental que solicita de la que se admite el punto 3 y 5 del apartado vii y testifical-pericial Sr Eugenio .

Por la Generalitat la documental por reproducida, más documental que se solicita y por el MNAC la documental por reproducida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. En primer lugar en cuanto a la Comunidad Autónoma de Aragón es competente y tiene legitimación como Administración Autonómica con competencias en materia de patrimonio cultural, goza de legitimación en el presente procedimiento en aras a la recuperación, conservación y difusión del patrimonio cultural aragonés.

Así el artículo 71.45a del Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, atribuye a la Comunidad Autónoma de Aragón competencia exclusiva en materia de «Patrimonio cultural, histórico, artístico, monumental, arqueológico, arquitectónico, científico y cualquier otro de interés para la Comunidad Autónoma, en especial las políticas necesarias encaminadas a recuperar el patrimonio aragonés que se encuentre ubicado fuera del territorio de Aragón.»

Por su parte, la Ley 3/1999, de 10 de marzo, de Patrimonio Cultural de Aragón, publicada en BOA de 29 de marzo dispone en su artículo 7 que «La Administración de la Comunidad Autónoma utilizará todos los medios disponibles a su alcance a fin de asegurar el retorno a Aragón de aquellos bienes del Patrimonio Cultural Aragonés que se hallen fuera de su territorio,

y elaborará, en colaboración con otras Administraciones públicas, una relación pormenorizada de los bienes que se encuentran en tal situación».

La legitimación de la Administración autonómica para solicitar la nulidad, aunque que no haya sido parte en las enajenaciones, además de los ya citados artículo 71. 45.ª y 22 del Estatuto de Autonomía de Aragón y artículo 7 de la Ley 3/1999 de 10 de marzo de Patrimonio cultural de Aragón, que le legitiman por su condición de Administración tutelante y competente para la protección de bienes integrantes del Patrimonio Cultural aragonés y se funda en el criterio doctrinal que reconoce a cualquier tercero dicha legitimación si concurren las siguientes circunstancias, así la nulidad absoluta puede hacerse valer por «cualquiera que muestre un interés legítimo, que de ordinario la tendrán las partes, pero también un tercero ajeno al contrato aunque interesado en el mismo».

El interés del tercero en la impugnación de un contrato nulo de pleno derecho ha de ser legítimo y actual (SSTS de su Sala Primera de 23 octubre 1973, 26 febrero 1944, 15 marzo 1961, 22 noviembre 1963, 23 octubre 1973, 22 marzo 1974, 11 febrero y 16 abril 1986, 13 abril 1988 y 14 diciembre 1993).

Por lo tanto, el Gobierno de Aragón, dado que ostenta competencias administrativas culturales sobre el monumento, tiene plena legitimación para solicitar la nulidad de los contratos celebrados entre la Generalitat de Cataluña y la Comunidad Religiosa que enajenó los bienes del Monasterio de Villanueva de Sijena y ello por competencia en materia de protección del patrimonio cultural aragonés.

En segundo lugar es competente y está legitimado el Ayuntamiento de Villanueva de Sijena, ex art 13 de la LEC, en base al interés directo y legítimo en el resultado del pleito ya que la legitimación activa la pueden tener terceras partes no contratantes que resulten perjudicadas por el citado contrato conforme a reiterada jurisprudencia de la Sala Primera del TS, que incluso permite la declaración de oficio de la nulidad de pleno derecho de un acto jurídico en ciertos casos graves: «Dice la sentencia de esta Sala de 14 de diciembre de 1993 que «reconocida por constante y uniforme doctrina de esta Sala (sentencias de 22 octubre de 1916, 12 de noviembre de 1920, 11 enero de 1928, 12 de abril de 1925, 19 de octubre de 1959, 3 de mayo de 1963 y 29 de diciembre de 1970, entre (que no hay sido parte en el contrato) para ejercitar la acción de declaración de inexistencia de dicho contrato (por carencia de alguno de los requisitos esenciales que determina el artículo 1261 del Código Civil) o la de nulidad radical o de pleno derecho del mismo (por ser contrario a las normas imperativas o prohibitivas, salvo que en ellas

se establezca un efecto distinto para el caso de contravención –art. 6.3º del citado Código civil–) siempre que el tercero tenga un interés jurídico en ello o, lo que es lo mismo, se vea perjudicado o afectado en alguna manera por el referido contrato...» (TS Sala 1.ª. S 21-11-1997. nº 1034/1997, rec. 3030/1993. Pte: González Poveda)

Y tiene competencia el Ayuntamiento de Villanueva de Sijena y, en base a las competencias en materia de patrimonio cultural, (art. 6.2 de la Ley 3/1999 de Patrimonio Cultural de Aragón), en los de declaración de un bien de interés cultural (arts. 18.4, 19.1 y 21.4 de la LPC aragonés), licencia en materia de obras en un bien de interés cultural (arts. 9.2.f y 69 entre otros de la Ley 3/2009 de Urbanismo de Aragón), etc..., completándose todo ello, con la específica legislación de régimen local, que otorga al Ayuntamiento un importante papel en la protección del patrimonio cultural de la localidad según art. 25.2,e hoy art 25.2.a de la Ley 27/2013 que modificó la Ley de Bases de Régimen Local y que incluye la «protección y gestión del Patrimonio histórico».

SEGUNDO. En cuanto a la competencia de la Comunidad Autónoma de Aragón en relación a la naturaleza jurídica de los bienes sobre los que recaen los hechos controvertidos:

1.º En la enajenación realizada en 1983 a favor de la Generalitat, se debe partir obligatoriamente de la citada Real Orden de 28 de marzo de 1.923 (publicada en la Gaceta de Madrid núm., 5 de 5 de abril de 1.923) por la que se declaró Monumento Nacional el Real Monasterio de Sijena.

Las ventas anteriores al año de 1923, de varios retablos del Monasterio, originaron precisamente dicha declaración de Monumento Nacional, que se hizo para evitar la venta de estos bienes.

Así la Ley 16/85, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, en su Disposición Adicional Primera ha venido a otorgar el carácter de Bienes de Interés Cultural a los que hubieran sido declarados histórico-artísticos con arreglo a la anterior legislación.

Y así destaca la sentencia del Tribunal Constitucional 17/1991, de 31 de enero, que esta Disposición Adicional viene «a atribuir la nueva denominación y las consecuencias derivadas de su inclusión en el Régimen que la Ley establece para los que ya estaban declarados».

Estamos ante lo que la Legislación denomina hoy un «Bien de Interés Cultural'». Y cuando en el año 1923 se produjo la declaración, ésta recayó sobre el inmueble con todas sus partes integrantes. La declaración

comprende también sus cornisas, sus columnas, sus capiteles, sus bajo relieves, los frescos o pinturas de sus paredes, sus puertas, y, en general, todo aquello que se encuentra unido al inmueble formando parte integrante del mismo, de forma que no puede separarse sin quebramiento de la materia o deterioro del objeto.

El artículo 27 de la Ley de Patrimonio Histórico Español de 25 de junio de 1985 dispone que tendrán carácter de Bienes de Interés Cultural «en todo caso, los bienes muebles contenidos en un inmueble que haya sido objeto de dicha declaración y que ésta los reconozca como parte esencial de su historia».

Del citado art. se deduce que la declaración exige de que haga expresa referencia a los bienes muebles para que estos puedan entenderse comprendidos en la misma; pero es claro que tal declaración expresa se exige precisamente respecto de los bienes muebles, y no respecto de aquellos que tienen propiamente la consideración de inmueble, por ser parte integrante del mismo (vid. Artículo 334, 3.ª 4.º y 5.º del Código Civil, y, específicamente artículo 14 de la Ley 16/1985).

Así Sentencia de 30 de abril de 2009 dictada por la Sala la del Tribunal Supremo, n.º 297/2009 y en la que el tribunal analiza las circunstancias que rodean al bien y como se desprende una situación de indivisibilidad jurídica, por tratarse de un monumento del siglo XVII con propiedad única a lo largo de la historia con las consecuencias que ello conlleva y que aplica.

Y atendiendo a la legislación anterior, aplicable en el momento de la primera enajenación, año 1983, en concreto, Ley de 13 de mayo de 1933 de Defensa, conservación y acrecentamiento del patrimonio histórico-artístico nacional, publicada en la Gaceta de Madrid N.º 145 de fecha 25 de mayo de 1933, vigente hasta la promulgación de la actual LPHE de 1985, y cuyo Art. 31 establece que «el Reglamento determinará las condiciones y garantías con que los Monumentos histórico-artísticos, propiedad de las Corporaciones civiles y religiosas, podrán ser enajenados a particulares o a otras personas jurídicas. Pero se facilitará toda enajenación a favor del Estado o de los organismo regionales, provinciales o locales».

Precepto que a su vez remite al posterior desarrollo reglamentario, en concreto, Reglamento de 16 de abril de 1936 de aplicación de la Ley del Tesoro Artístico Nacional que dice:

«Art. 21. Los monumentos histórico artísticos no podrán ser destruidos o desmontados total o parcialmente ni se podrá realizar en ellos obra alguna,

reparación, reforma o modificación sin previa autorización de la Dirección General de Bellas Artes.

Art. 28. La transmisión de dominio de un edificio declarado monumento histórico-artístico o de una parte de él, podrá realizarse libremente, quedando obligado el vendedor a dar conocimiento al comprador de su condición de tal y ambos a comunicar a la Dirección General de Bellas Artes el cambio de dominio».

Y ya con anterioridad, se había promulgado el Real Decreto Ley de 9 de agosto de 1926 sobre el Tesoro Artístico Nacional (Gaceta de Madrid N.º 227 de fecha 15 de agosto de 1926) que ha estado en vigor hasta aprobarse la vigente LPHE de 1985 según se puede ver de lo dispuesto en la Disposición Derogatoria final, en el RDL de 1926 sobre el Tesoro Artístico se disponía lo siguiente:

«Art. 2. Formarán parte del Tesoro artístico nacional los bienes inmuebles que a continuación se expresan:

a) Todos los monumentos o parte de los mismos que, radicando en el suelo de la Nación, hayan sido declarados, antes de ahora, como monumentos históricos, artístico nacionales o monumentos arquitectónico-artísticos...

Art. 4 Para los efectos de este Decreto-Ley, tienen la consideración de bienes inmuebles, además de los enumerados en el art. 334 del Código Civil, cuantos elementos puedan considerarse consustanciales con los edificios y formen parte de los mismos o su exorno, o lo hayan formado, aunque en el caso de poder ser separados constituyan un todo perfecto de fácil aplicación a otras construcciones o a usos distintos del suyo original, cualquiera que sea la materia de que estén formados, y aunque su separación no perjudique visiblemente su mérito histórico artístico del inmueble a que están adheridos.

Art. 11. Todos los monumentos arquitectónicos comprendidos en el presente Decreto-Ley serán conservados para la Nación, correspondiendo tal deber a sus respectivos dueños, poseedores o usufructuarios, ya sean éstos el Estado, Provincia, Municipio, entidades de carácter público, fundaciones, patronatos o particulares; no pudiendo, en consecuencia, alterar su estructura interior o exterior en el todo, en las partes, sitios, habitaciones, patios o fachadas, etc. etc., previamente determinados y expresados al hacer la declaración de monumento, sin la expresa autorización que concederá en cada caso el Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes,

con los requisitos y trámites que en el Reglamento de este Decreto-Ley se establezcan.

Art. 27 Tendrán la condición de imprescriptibles e inalienables los bienes muebles pertenecientes al Tesoro Artístico Nacional.

Art. 33 Se declaran nulas las ventas de las antigüedades u objetos a que este Decreto-Ley se refiere hechas contra las disposiciones en él contenidas. El Estado se incautará del objeto mal vendido y del precio de la venta, y el vendedor, cuya insolvencia se considerará siempre fraudulenta, incurrirá en la penalidad por defraudación a la Hacienda.

Art. 39 Quedan subsistentes, en todo aquello que no se oponga a las presentes prescripciones de este Decreto-Ley, la Ley de 7/7/1911 y el Reglamento Provisional de 1/3/1912 acerca de las Antigüedades; el Real Decreto de 9/1/1923 relativo a las enajenaciones de obras artísticas, históricas, o arqueológicas por entidades eclesiásticas, y derogados cuantos sean contrarios a los preceptos consignados»

En este caso concreto a la Real Orden de 28 de marzo de 1923 (publicada en la Gaceta de Madrid n.º 95. de 5 de abril de 1923) por la que se declaró Monumento Nacional el Real Monasterio de Sijena le es también aplicable el Real Decreto de 9 de enero de 1923 (publicada en la Gaceta de Madrid N.º 14. de 10 de enero de 1923), sobre enajenaciones de bienes artísticos e históricos eclesiásticos, que taxativamente afirma:

«Art. 1. Las Iglesias, Catedrales. Colegiatas. Parroquias. Filiales. Monasterios. Ermitas y demás edificios de carácter religioso, no podrán sin autorización previa, expedida de la Orden por el Ministerio de Gracia y Justicia, proceder a la enajenación válida de las obras artísticas, históricas, o arqueológicas de que sean poseedoras.

Art. 2. Se entenderán comprendidas en la definición de obras artísticas, históricas y arqueológicas los monumentos v sus fragmentos arquitectónicos, esculturas, pinturas, grabados, dibujos, cerámica, vidrios, medallas, inscripciones, tapices, telas, libros, códices, manuscritos, muebles y, en general, todos los objetos incluidos en el concepto canónico de res pretiosae que tengan interés de arte, historia v cultura.

Art. 8. Las enajenaciones de los objetos a que este Real Decreto se refiere, que se verifiquen sin las formalidades que en el mismo se preceptúan, se considerarán nulas. El Estado adoptará las medidas necesarias para incautarse del objeto mal vendido y del precio de la venta... La sanción

anteriormente establecida será sin perjuicio de las canónicas en que sus infractores incurran y, en su caso, de las penales...»

Esta nulidad que determinan los preceptos de este Real Decreto de 9 de enero de 1923 sobre enajenaciones de bienes artísticos e históricos eclesiásticos, exige que las ventas de bienes artísticos eclesiásticos hayan obtenido la licencia administrativa previa concedida por el Ministerio de Justicia, son disposiciones vigentes tras la promulgación de la Ley de 13 de mayo de 1933 de Defensa, conservación y acrecentamiento del patrimonio histórico-artístico nacional, según dispone expresamente su Artículo Adicional Tercero: «Quedan subsistentes cuantas disposiciones se hayan dictado para la defensa y acrecentamiento del Patrimonio histórico-artístico en todo lo que no se opongan a esta Ley», y en consecuencia, vigentes hasta la promulgación de la actual LPHE de 1985.

De igual modo, la Ley de Patrimonio del Estado de 1964, Decreto 1022/1964, de 15 de abril, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley de Patrimonio del Estado (vigente hasta el 4 de febrero de 2004), exigía una resolución «expresa» de la Administración para desafectar parte de esos bienes del monumento, resolución que nunca se dictó por lo que los mismos siguen afecto a su fin social cultural en beneficio de toda la sociedad española. Precisamente sin un acto expreso de la administración que tutela el monumento, no se puede vender parte del mismo, y por lo tanto, si no es posible enajenar un parte del mismo, no es factible la usucapión (art. 1936 del Código civil).

2.º En relación a las venta producida en 1992 a favor de la Generalitat y 1994 a favor del MNAC, debe aplicarse la Disposición Adicional Primera de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español que establece «Los bienes que con anterioridad hayan sido declarados histórico-artísticos o incluidos en el inventario del patrimonio artístico y arqueológico de España pasan a tener la consideración y a denominarse bienes de interés cultural: los muebles que hayan sido declarados integrantes del Tesoro o incluidos en el. Inventario del Patrimonio Histórico-artístico tienen la condición de bienes inventariados conforme al artículo 26 de esta Ley, sin perjuicio de su posible declaración expresa como bienes de interés cultural.

Todos ellos quedan sometidos al régimen jurídico que para esos bienes establecen los artículos 14 y siguientes de la Ley 16/1985, de 25 de junio, respecto de la protección de los bienes de interés cultural, máxima categoría de protección administrativa-cultural, que el artículo 14.1 establece a los efectos de aplicación de esta Ley el concepto de bien inmueble remitiendo

al Código Civil (artículo 334), pero ampliando además dicho concepto en el sentido anteriormente citado.

Ha de entenderse, por tanto, que la previsión del artículo 27 de la LPHE de que tendrán la consideración de bien de interés cultural los bienes muebles contenidos en un inmueble que haya sido objeto de dicha declaración y que esta los reconozca como parte esencial de su historia», es aplicable, exclusivamente, a aquellos bienes que no puedan considerarse como bien inmueble conforme al concepto legal antes mencionado, art. 14.1 LPHE, lo que no ocurre en el presente caso.

Así el artículo 18 de la LPHE determina que «Un inmueble declarado bien de interés cultural es inseparable de su entorno. No se podrá proceder a su desplazamiento o remoción» y ello es predicable de los elementos que forman parte del inmueble conforme al concepto legal del mismo a los efectos de aplicación de esta Ley, art. 14.1º, ya citado.

Y sobre tales bienes, el artículo 36 de LPHE es claro al afirmar que 1.» Los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español deberán ser conservados, mantenidos y custodiados por sus propietarios o, en su caso, por los titulares de derechos reales o por los poseedores de tales bienes.

2. La utilización de los bienes declarados de interés cultural, así como de los bienes muebles incluidos en el inventario general, quedará subordinada a que no se pongan en peligro los valores que aconsejan su conservación. Cualquier cambio de uso deberá ser autorizado por los organismos competentes para la ejecución de esta Ley.

Cabe concluir que los Bienes de interés cultural: quedan sometidos al régimen jurídico que para dichos bienes establecen los artículos 14 y siguientes de la Ley 16/1985, de 25 de junio destacando, el régimen de protección de los bienes de interés cultural, máxima categoría de protección administrativa-cultural, que el artículo 14.1 establece a los efectos de aplicación de esta Ley el concepto de bien inmueble remitiendo al Código Civil (artículo 334), pero ampliando además dicho concepto como anteriormente se ha citado a «cuantos elementos puedan considerarse consustanciales con los edificios y formen parte de los mismos o de su entorno o lo hayan formado, aunque en el caso de poder ser separados constituyan un todo perfecto de fácil aplicación a otras construcciones o a usos distintos del suyo original, cualquiera que sea la materia de que estén formados y aunque su separación no perjudique visiblemente al mérito histórico o artístico del inmueble al que pertenecen «estamos, pues, ante

un concepto extensivo de bien inmueble, ampliando lo previsto sobre tal concepto en el artículo 334 del Código Civil, ya que considera parte del bien inmueble, entre otros, 4.º. «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 «y por ello la previsión del art 27 de LPHE ha de entenderse que tendrán la consideración de bien de Interés Cultural» los bienes muebles contenidos en un inmueble que haya sido objeto de dicha declaración y que esta los reconozca como parte esencial de su historia», es aplicable, exclusivamente, a aquellos bienes que han considerarse como bien inmueble conforme al concepto legal antes mencionado, art. 14.1 LPHE, lo que no ocurre en el presente caso.

Los bienes objeto de estos contratos se encontraban en el Monasterio de Villanueva de Sijena en su momento de declaración como Monumento Nacional en 1923 y por ello reúnen las características mencionadas para ser considerados parte del inmueble Monasterio de Sijena y consecuentemente, ha de resultar aplicable a dichos bienes enajenados el régimen jurídico establecido por la LPHE para los bienes inmuebles declarados de Interés Cultural. Y con las consecuencias del art 18 y 36 de LPHE.

Y dicha vinculación, es relevante a los efectos de aplicación del artículo 38. 1º de la LPHE, «Quien tratare de enajenar un bien declarado de interés cultural o incluido en el Inventario general al que se refiere el artículo 26. deberá notificarlo a los organismos mencionados en el artículo 6 y declarar el precio y condiciones en que se proponga realizar la enajenación. Los subastadores deberán notificar igualmente y con suficiente antelación las subastas públicas en que se pretenda enajenar cualquier bien integrante del Patrimonio Histórico Español.

Artículo 6. A los efectos de la presente Ley se entenderá como organismos competentes para su ejecución: a. Los que en cada Comunidad Autónoma tengan a su cargo la protección del Patrimonio Histórico».

La Ley de Patrimonio Histórico Español ha sido desarrollada parcialmente por el Real Decreto 111/1986, de 10 de enero.

Y el artículo 40 de este último dispone en su apartado 1 «Quien tratare de enajenar un bien que haya sido declarado de Interés Cultural, o que tenga incoado expediente para su declaración, o esté incluido en el Inventario General, deberá notificarlo al órgano de la Comunidad Autónoma correspondiente encargado de la protección del Patrimonio

Histórico Español y al Ministerio de Cultura, declarando el precio y las condiciones en que se proponga realizar la enajenación. En la notificación se consignará el Código de identificación del bien o, en su caso, el número de anotación preventiva». Y añade el apartado 3.º del citado artículo 40, que «la determinación de la Comunidad Autónoma que, a los efectos de este capítulo, ha de ser notificada, se realizará de acuerdo con los siguientes criterios: a) cuando se trate de Bienes de Interés Cultural... será la correspondiente al lugar de la ubicación del bien que consta en el Registro General»: a diferencia de los bienes catalogados en que habrá que atenderse al lugar de su ubicación real o efectiva.

Y por ello la declaración como Monumento Nacional del año 1923 los coloca «bajo la inmediata inspección de la Comisión Provincial de Monumentos Históricos y Artísticos de Huesca», dada la ubicación del inmueble y todas sus partes integrantes y en consecuencia dicha declaración como Monumento Nacional (hoy Bien de Interés Cultural) atribuía dicha competencia a la Comisión Provincial de Huesca y puede entenderse que, habiendo asumido estas competencias la Comunidad Autónoma de Aragón, es su Administración la que hoy en día la ostenta.

TERCERO. Se alega por los letrados de la Generalitat y MNAC que la acción de nulidad que se ejercita en este procedimiento de nulidad civil de las citadas compraventas de fechas 1983, 1992 y 1994 fue resulta por la Sentencia del TC de fecha 18 de Enero de 2012 .

Así jurídicamente dicha sentencia resuelve un conflicto positivo de competencias y la propia sentencia en su fundamento jurídico 2 determina que «todas estas cuestiones deben excluirse del conflicto constitucional, dado su carácter fáctico o de legalidad ordinaria, pues ciertamente atienden a la calificación de los bienes y a eventuales vicios de legalidad en el proceso de enajenación. La verificación de dichos requisitos corresponde en exclusiva a los Tribunales ordinarios.

Por otro lado es interesante en materia de interposición teológica en relación a los art. 71, 45 y 22, del Estatuto de Autonomía de Aragón, sentencias de 28 y 29 de Mayo de 2013 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón que considera que estas previsiones del Estatuto de Autonomía de Aragón no podían considerarse huecas y sin sentido y así lo ha venido a destacar en dichas sentencias, en las que tiene en cuenta y glosa la citada sentencia del T. Constitucional 6/2012, al enjuiciar las diversas impugnaciones efectuadas por la Generalidad de Cataluña y el Consorcio del Museo de Lérida contra la declaración como bienes de interés cultural

o bienes inventariados de diversos bienes depositados en el citado Museo y pertenecientes a parroquias aragonesas y el TSJA destaca que la propia sentencia del Tribunal Constitucional tras señalar que «el territorio es el elemento delimitador de los poderes públicos territoriales en el ejercicio de las competencias que les corresponden y más en concreto es elemento delimitador de la competencias de las comunidades autónomas», también ha destacado que este principio de territorialidad no puede ser interpretado «en unos términos tales que impidan a las instancias autonómicas, en el ejercicio de sus propias competencias, adoptar decisiones cuyas consecuencias puedan proyectarse en otros lugares del territorio nacional».

Por ello el hecho de que al resolverse aquel concreto conflicto se hubiese atendido a tal criterio, refiriéndose a la sentencia de 6/2012 del Tribunal Constitucional, no podía extenderse, so pena de ir contra la propia doctrina del Tribunal Constitucional, a casos como los examinados por la sentencia del TSJ de Aragón, en lo que «supondría impedir o dejar sin contenido las competencias que ésta comunidad tiene asumidas respecto de su patrimonio cultural, entre ellas, las políticas necesarias encaminadas a recuperar el Patrimonio Aragonés que se encuentre ubicado fuera del Territorio de Aragón» añadiendo que «negar tal facultad por el solo hecho de encontrarse los bienes fuera del Territorio Aragonés vendría a privar de toda capacidad de actuación sobre los mismos y en definitiva de las competencia asumidas».

Por otro lado resulta interesante la sentencia 17/1991 del Tribunal Constitucional que resolvió los recursos acumulados frente a la Ley 16/1985 de 25 de Junio del Patrimonio Histórico Español y que respaldó la constitucionalidad de la ley y, en ese sentido, respecto de unos pocos preceptos declaró que eran conformes con la Constitución siempre que se interpretaran en el sentido reflejado en la sentencia y desestimó los recursos con carácter general en todo los demás, afirmando la competencia del Estado para dictar la regulación cuestionada.

Y para ello la sentencia acepta la argumentación esgrimida por el Estado que señaló que la materia «del patrimonio cultural «se inserta en el más amplio concepto de «cultura» y que ésta no permite una distribución en competencias exclusivas del Estado y de las Comunidades Autónomas, sino que exige una actuación concurrente de uno y otras citando al efecto el artículo 141,2 de la Constitución.

CUARTO. Se ejercita por la actora la Comunidad Autónoma de Aragón y por la codemandante Ayuntamiento de Villanueva de Sijena acción de

nulidad de pleno derecho de las compraventas de los bienes del Monasterio de Villanueva de Sijena por la Generalitat de Cataluña en 1983 y 1992 y por Museo de Arte de Cataluña de fecha 1994 y que se declare la propiedad de los bienes objeto de dichos contratos a favor de orden Sanjuanista del Real Monasterio de Sijena, reintegrándose de este modo al propietario la posesión material y por lo tanto el traslado al Monasterio de Sijena, sito en el término municipal de Villanueva de Sijena.

Siendo la cuestión controvertida la validez jurídica, de las enajenaciones que se llevaron a cabo a favor de la Generalidad de Cataluña, mediante escrituras de 1983 y en 1992 y con Museo de Arte de Cataluña de fecha 1994 de bienes del Monasterio de Sijena

En primer lugar es necesario hacer un examen de los bienes objeto de las denominados contratos y es importante determinar la historia del Monasterio de Villanueva de Sijena, y sus características ya que la acción se funda en la infracción de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

El Monasterio de Sijena fue fundado en 1188 por la reina Dña. Sancha, esposa del rey de Aragón Alfonso II.

El excepcional valor artístico del Monasterio justificó que fuera declarado monumento nacional el día 28 de marzo de 1923, declaración que se llevó a cabo en los siguientes términos: «S. M. el REY (q. D. g.) ha tenido a bien disponer se declare monumento nacional el Real Monasterio de Sijena sito en el término de Villanueva de Sijena en la provincia de Huesca, quedando desde el momento de tal declaración bajo la tutela del Estado y la inmediata inspección de la Comisión provincial de Monumentos históricos y artísticos de Huesca debiéndose comunicar al Registro de la Propiedad donde el citado edificio se halle inscrito la referida declaración de monumento nacional que del mismo se hace, al efecto de la oportuna anotación marginal en el libro correspondiente».

Así «El Real Monasterio de Sijena es uno de los conjuntos artísticos más importantes de España desde que Doña Sancha de Castilla, reina consorte y esposa del Rey de Aragón Don Alfonso II, le diera fundación en el año de 1.188, poniéndolo bajo la Orden femenina de San Juan de Jerusalén (Orden de Malta), siendo el primer y más antiguo Archivo de la Corona de Aragón, y atesorando uno de los patrimonios artísticos más importantes de la Edad Media, lugar donde está enterrado el Rey D. Pedro II el Católico tras morir en la batalla Muret. Durante la Edad Media, el Monasterio de

Sijena gozó de su período de máximo esplendor, que iría menguando hasta que en el siglo XIX, en 1836, se produce la desamortización, que en el caso de este Monasterio, las Monjas de Sijena consiguieron anular judicialmente mediante Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 1/10/1856 (Gaceta de Madrid n.º 1417 de 20/11/1856 en su página primera –doc.3-L recuperando la propiedad del citado cenobio.

A partir de este momento, llega un período de decadencia en el que las monjas tiene que acudir a la venta de su patrimonio artístico, lo que levanta la alarma en la Comisión de Monumentos de Huesca que decide poner fin a todo esto, proponiendo con éxito la declaración del Monasterio como Monumento Nacional en 1923 para obtener fondos del Estado (doc. 4) contestación a la demanda del Ayuntamiento de Villanueva de Sijena.

Así el retablo mayor del Monasterio, de estilo renacentista pintado por el llamado Maestro de Sijena, lo vendieron las monjas al pintor y académico oscense Valentín Carderera, que donó varias de sus tablas en 1873 al Museo de Huesca donde actualmente están (doc. 5h aunque hay otras del citado retablo diseminadas tanto en el Museo del Prado (n.º catálogo P07861 –doc., 6-h Museo de Zaragoza (doc. 7), como en el MNAC (Museo Nacional de Arte de Cataluña – doc. 8–, n.º inventario: 064109-000).

A principios del siglo XX, las monjas proceden a vender otros importantes retablos del cenobio. Así, en 1918 se vende retablo gótico de la Virgen de Jaume Serra (doc. 9) que hoy está en el MNAC (n.º inventario 015916– CJT), lo que causó gran alarma, y el tríptico de San Juan Bautista, San Fabián y San Sebastián (-doc. 10 n.º inventario del MNAC 015858-CjT) entre otros.

Esto da lugar a que la Comisión de Monumentos de Huesca en su reunión de 24 de Mayo de 1920 inicie el expediente para catalogar al Monasterio de Sijena como monumento nacional (Doc. 11), catalogación que se culmina con éxito mediante la Real Orden de 28/3/1923 (Doc. 12,4..

La citada Real Orden de 28/3/1923 se realiza a la vista del informe de 8/3/1923 la Real Academia de la Historia (Doc. 13 de la contestación a la demanda, y que literalmente dice lo siguiente: «...Guardan el Monasterio y su iglesia, obras varias artísticas y de recuerdo histórico, además de las enumeradas, partes todas ellas integrantes del monumento, cuales son, entre otras, retratos de las nobles prioras y retablos, de los cuales menester es citar el del Panteón Real, compuesto de tablas pintadas, representativas de la Vida del Señor y de Santos...».

En la actualidad, por la D.A. 1.^a de la vigente Ley de Patrimonio Histórico Español de 1985 los antiguos monumentos nacionales han pasado a denominarse Bien de Interés Cultural (BIC), debiendo considerarse un monasterio como un conjunto indivisible tanto en su edificación como en el exorno que lo completa (pinturas, retablos, obras artísticas contenidas...).

En Agosto de 1936 el Monasterio es incendiado y como explica el Sr. Andrés en su declaración fueron vecinos del pueblo los que salvaron las pertenencias del Monasterio, que a instancia de Sr. Gonzalo doc 18 de la Generalitat (que pone de manifiesto la importancia del monasterio folio 571 y 572) se depositan en el museo del pueblo de Lérida algunas de las pintura de este monasterio Así mismo Don. Andrés pone de manifiesto las diversas inversiones del Comunidad de Aragón en el Monasterio de Villanueva de Sijena en distintos momentos.

A consecuencia de la necesidad de dejar el Monasterio para la realización de unas obras hacia 1970 las monjas proceden a depositar en el Museo Diocesano de Lérida (doc 14) diversos objetos artísticos del monasterio, pues otra parte de los bienes artísticos del Monasterio se los había llevado la Priora Doña Consuelo cuando fueron a la Bonanova folio 82 del expediente y que los deja depositados en el MNAC (doc. 15 contestación a la demanda de Villanueva de Sijena) documento fechado el día 10 de Abril de 1972 en el que Interviene el Sr. Rosendo y en el que consta «con la expresa cláusula de que ante una orden verbal suya los objetos se devolverían al citado cenobio aragonés» que constata la intención de las monjas de regresar y reintegrar esos bienes al citado monasterio sanjuanista.

En 1976 las monjas van a Valldoreix, estos depósitos, el de Lérida y el del MNAC en Barcelona, son objeto después a las dos ventas y opción de compra del caso de autos, así doc 15 aportado por el Ayuntamiento de Villanueva de Sijena de 10 de Abril de 1972 entre Don. Rosendo de Lasarte y Dña. Consuelo, priora del Real Monasterio de Sijena que hala claramente de «depósito» folio 82

Es importante e ilustrativa la prueba documental aportada por la Generalitat así a elevación a Documento Público del contrato privado de Compraventa por parte de Secretari General del Departamento de Cultura de la Generalitat y de otro de la Sra. María Inés Priora del Monasterio de San Juan de Jerusalén del Valdoreix (folio 437 o el documento folio 439) en el que interviene el Obispo de Lleida a petición de la Priora de Valldoreix para que se vendieran los bienes artísticos que estaban en depósito en Lérida refiere que solicita permiso eclesiástico a la congregación correspondiente

vaticana, pero sin que nada se advierta de qué bienes se trataba y en virtud de qué acto jurídico se disponía de los mismos ni que autoridad eclesiástica era a la que se dirigía.

Consta en el folio 440 documento sobre la compraventa de 28 de Enero de 1983, y en el que la Orden de San Juan de Jerusalén se presenta como propietario de un fondo de obras de arte... y en el folio 442 consta la relación de bienes que la priora de Valldoreix vendía a la Generalitat o el doc. 6 en el folio 469 sobre las compraventas de 1992, interesante resulta el apartado V. y en el que se pacta en el punto tercero la opción de compra a favor del MNAC que se tendría que ejercitar antes del 30 de Septiembre de 1993, pacto tercero

..., constando las relaciones de bienes de dichos contrato así en el folio 470 y 471 y el documento privado de 20 de Junio de 1994 en el que se ejecuta la opción de compra folio 473, documentos que constan en el folio 560 y 561 y doc. 15 folio 558, documento que refleja la situación de confusión que existía y doc. siguientes en los que consta la intervención Sr. Rosendo Director del MNAC o la muy ilustrativa carta al Presidente de la Generalitat de la Priora de Valdoreix sobre la importancia de los bienes del Monasterio pero en el que nada se alude a su origen histórico y catalogación.

Por otro lado la Comunidad de Sijena, sigue teniendo su domicilio social en dicho monasterio de Sijena, pues el Monasterio de Sijena es un monasterio «sui juris» (independiente del resto de monasterios de la Orden sanjuanista) y su personalidad jurídica de naturaleza público- canónica continúa vigente durante cien años conforme el canon 120 del vigente Código de Derecho Canónico por el que se rige dicho Monasterio como derecho estatuario propio (art, 38 Ce.).

No fue la priora de Sijena quien interesó dichas enajenaciones, pues quien las interesó y firmó fue la priora de Valldoreix sin jurisdicción sobre el Monasterio de Sijena que es un monasterio «sui juris» de Derecho Canónico, esto es, jurídicamente independiente como persona jurídica canónica autónoma e independiente e incluso en dicha documental aportada por la Generalitat, se constata además que una de las razones que se alega por la Priora de Valdoreix, es la penuria económica y necesidad de realizar obras en el Monasterio de Valdoreix... así anejo 4 del doc 15 y por ello se infringe el canon 1292,2 que requiere Licencia de la santa Sede y el art 633 del Civil.

Así mismo en esta documental aportada por la Generalitat consta como se alega reiteradamente la fusión que va realizarse sin que conste en ningún

documento fusión de las Monjas Sanjuanistas del Monasterio de Villanueva de Sijena con la Orden de Valdoreix, sino simplemente traslado de domicilio de las Monjas Sanjuanistas del Monasterio de Villanueva de Sijena al Monasterio de Valdoreix por razones de enfermedad y en el contrato de 1992 se denomina a su vez la Priora de Valdoreix como Administradora de Sijena hecho que no concurría así doc 15 de la contestación a la demanda del Ayuntamiento o por el hecho anteriormente mencionado que fue la propia Priora de Valdoreix la que comunica al Registro de Entidades Religiosas del M.^a de Justicia la persistencia de la personalidad canónica de la Comunidad del Monasterio de Sijena y la anota con fecha 21/6/1982.

Y así hay que tener en cuenta que la personalidad jurídica de las Monjas Sanjuanistas del Monasterio de Villanueva de Sijena no está extinguida conforme el canon 120,1 pues consta aun de alta en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia.

QUINTO. Son objeto de la acción de nulidad las compraventas perfeccionadas en fecha 28/1/1983 a favor de la Generalitat (elevada a escritura Pública ante el notario Sr. Hidalgo Torruella el 21/4/1983 la de fecha 17/12/1992 a favor de la Generalitat y que además contenía una opción de Compra, Opción de compra que se ejecuta MNAC en fecha 20/06/1994).

Siendo objeto de dichos contratos los bienes determinados en el doc 5 presentado en la Audiencia Previa por el Comunidad de Aragón y que realiza una elaborada relación a su vez de los contenidos de los documentos 2, 6, 7, 9, 10 y 11 presentados en su contestación a la demanda por la Generalitat y por el MNAC.

Así bienes que constan en el doc 2 aportado por Generalitat en el folio 442 y 443, que son objeto del contrato de compraventa otorgado por la Orden de San Juan de Jerusalén a favor del departamento de Cultura de la Generalitat de Cataluña de bienes de su propiedad. Firmado el 28 de enero de 1983.

Bienes que constan en el doc 6 folio 470 y 471, contrato de compraventa otorgado por la Orden de San Juan de Jerusalén a favor de la Generalitat de Cataluña de 12 bienes de su propiedad (Anexo I) y concesión de un derecho de opción de compra sobre otros 41 bienes de su propiedad (Anexo II, incompleto en una de las copias aportadas). Firmado el 17 de diciembre de 1992.

Doc 7 de la Generalitat folio 476 y 477, contrato de compraventa otorgado por la Orden de San Juan de Jerusalén a favor del Museo Nacional de Arte

de Cataluña de los 41 bienes sobre los que existía una opción de compra desde 1992. Firmado el 20 de junio de 1994.

Doc 9, fichas técnicas de los 44 bienes procedentes del Monasterio de Santa Maria de Sijena, depositados por la Generalitat de Cataluña en el Museo de Lérida Diocesano y Comarcal tras su compra en 1983.

Doc. 10, Fichas técnicas de los 12 bienes procedentes de la Orden de San Juan de Jerusalén adquiridos por la Generalitat en 1992 y depositados en el Museo Nacional de Arte de Cataluña en 1993 (Anexo 1=12 bienes) y fichas técnicas de los 28 bienes de la misma procedencia adquiridos por el propio Museo Nacional de Arte de Cataluña en 1994 y depositados en el citado Museo y en su archivo (Anexo 2= 16 bienes y Anexo 3=12 bienes), no habiendo fichas en aquellos 13 bienes depositados en otros lugares. Estas fichas aparecen adjuntas a una certificación firmada el 18 de marzo de 2013. Doc. 11 de la Generalitat y en los que se acredita la devolución por parte del Museo Nacional de Arte de Cataluña a la Comunidad Religiosa de Sijena de 23 bienes(de los que se adjunta la correspondiente ficha técnica en el

Documento n.º 11 Bis) procedentes del depósito realizado pro dicha Comunidad el 10 de abril de 1972. Firmado el 4 de marzo de 1993,

Los bienes objeto de esta demanda son los que relaciona con todo detalle, tras una minucioso examen de esta documental aportada por la Generalitat, el doc. 5 presentado en la Audiencia Previa por el Comunidad de Aragón.

Así entre los bienes de vendidos en 1983 se encuentran 1– Tumba de madera pintada de Sor Gracia, muerta en el año 1410, hija de Luis Andrés, Conde de Urgell y que en la documental aportada por la Generalitat aparece identificada con el n.º inventario 126 y precio de 3.000.000 de pts. o 2– Tumba de Sor Brigida aparece identificada por la documental de la Generalitat con el n.º inventario 128 precio 2.000.000 pts. 3– Tumba de la Priora de Sijena Sor Natividad muerta en 1494 aparece identificada por la documental de la Generalitat con el n.º inventario 127 precio 3.000.000 pts. y así hasta 44 bienes cuyo precio total es de 10.000.000 millones de pesetas

De entre los bienes 12 bienes vendidos en el año 1992 1– Dos hojas de puerta de madera policromada, representando escudos y diversos elementos decorativos siglo XIII identificada por la documental de la Generalitat con el n.º inventario 114732 y 114733 y precio 18.000.000 pts. 73 –Pintura mural sobre tela S XIII identificada por la documental de la Generalitat con el n.º inventario 200719 precio

3.700.000 pts. 75– Conjunto formado por 13 pequeños fragmentos de pinturas murales S. XIII identificada por la documental de la Generalitat con el n.º inventario 200722,200723 200724, 200725 200727, 200728 200730 200731, 200732,200733 y 20073 y 200736 con un precio de 1.600.000 pts. siendo el total del precio de estos bienes de 1992 el de 25.000.000 ptas.

Y respecto de entre los comprendidos en la venta de 1994 destaca en el punto

72– Pintura mural representando la Santa Cena de Mateu Ferrer inicios del S XVI identificada por la documental de la Generalitat con el n.º inventario 200738 y pintura mural, pues son dos los fragmentos, con n.º inventario 200739, son dos fragmentos procedentes del refectorio del Monasterio de Santa María de Sijena realizados en fresco y traspasados a tela y datados en 1502 precio 8.200.000 pts. o el 74– Pintura Mural (sobre tela) identificada por la documental de la Generalitat con el n.º inventario 200720,200721 200729 y 200786 son seis fragmentos procedentes del Monasterio de Santa María de Sijena realizados en fresco y traspasados a tela y datados en el S. XIII a excepción del 200786 datado en el S XIV y con motivos profanos siendo el precio 3.600.000 pts. también se encuentra en este listado diversos objetos como Tenedor de gran tamaño identificado por la documental de la Generalitat con el n.º inventario 114087, siendo el total del precio de todo el conjunto el de 14.855.000 pts.

Siendo por tanto la cuantía del pleito la suma de los tres contratos de 49.855.000 de pesetas.

SEXTO. En cuanto a la naturaleza acción de nulidad que se ejercita.

El Código civil español utiliza el término ‘nulidad’ en un sentido muy amplio, que incluye también la anulabilidad (arts. 1.300-1.314). La «nulidad de pleno derecho» (o «radical» o «absoluta»), que es la que aquí se solicita, es una categoría de elaboración jurisprudencial y doctrinal que tiene su apoyo legal en el art. 6-3 Cc. (antes de 1974, en el art. 4 Cc).

De pleno derecho es la expresión utilizada en el artículo 6.º-3 desde 1974, mientras que el calificativo de absoluta aparece en otras leyes, aunque doctrinalmente cabría hacer distinciones, las leyes utilizan ambas denominaciones para referirse al mismo tipo de invalidez contractual «radical», que se caracteriza por las siguientes notas esenciales: El contrato nulo no produce efecto alguno y en consecuencia los desplazamientos patrimoniales eventualmente realizados de acuerdo con el contrato nulo deben deshacerse, volviendo las cosas a la situación que tendrían si el

contrato nunca se hubiera celebrado. La nulidad es definitiva. El paso del tiempo no la sana, la acción para hacerla valer puede ejercitarse en cualquier tiempo, sin que prescriba ni caduque. De otra parte, tampoco es posible la confirmación, ni forma alguna de convalidación o subsanación.

En este caso 1.º es ilícita de la causa (arts. 1.275, 1.305 y 1.306 del Código Civil) por el carácter indivisible de los Bienes de Interés Cultural así STS de 30/04 de 2009 o bien la sentencia del TC 122/2014 al hablar como «la segregación parcelaria que afecte a un Monumento Histórico es una operación apta para causar un deterioro o para alterar sustancialmente la función social que realiza según su naturaleza por lo que debemos concluir que es uno de los ámbitos a los que abarca la defensa del Patrimonio histórico contra su expoliación» y así el Código de ética para vendedores de Bienes Culturales de la Unesco art 6.

Se han enajenado bienes integrantes de un Bien de Interés Cultural, siendo éste un objeto *Res extra commercium*» en base al Título del monumento Nacional declarado el conjunto de Villanueva de Sigena en 1923 y así Informes de las Reales Academias (Doc. 13 contestación a la demanda).

Así mismo de la documental aportada por Generalitat folio 439 y sig. y demás documental aportada por las partes ha quedado probado que no existía título jurídico valido de la Priora de Valdoreix para disponer de estos bienes y en ese sentido es ilustrativa la documental aportada, y de la que se desprenden importantes imprecisiones, así en la venta de 1983 folio 439, la carta del obispo de Lleida D.R. Malla en su carta refiere en el texto...» aparte de Tesoro artístico del Monasterio de Valdoreix» no de Sijena, oculta su procedencia y la cualidad de dichos bienes, resultando cuando menos extraño el desconocimiento dado que entonces eran de su diócesis.

En las ventas de 1992 el documento aportado es un documento privado de Santa Sede y no se hace referencia alguna en el mismo a qué bienes se trataba, así es importante el doc. 15 de la contestación a la demanda «Doña Consuelo, Priora del Real Monasterio de Sigena. La Señora Priora de Sigena en su propio nombre y el de su Comunidad» no existía por ello administrador conforme al canon 1279,2 y así consta el hecho de que sea la propia Priora de Valdoreix la que comunique al M.º de Justicia la persistencia de la personalidad canónica de la Comunidad del Monasterio de Sijena y la anote en dicho Registro en M.º de Justicia en fecha 21/6/1982 y tampoco puede ignorarse que las partes adquirentes Generalitat y MNAC tenían que conocer la entidad de estos bienes y en ningún documento se consigna.

Por otro lado ha sido claro en su Informe final el Letrado de la Federación de Mojas Sanjuanistas en relación a su postura procesal y reconociendo la existencia de la Federación así como que la Comunidad Sanjuanista del Monasterio de Villanueva de Sijena es una comunidad existente si bien sin vida sanjuanista y que no ha sostenido que la fusión varias veces mencionada en la documental aportada existiera ni tampoco las funciones de administración alegadas por la superiora de Valldoreix conforme a las normas de Derecho canónico y en todo caso debe de estarse a lo dispuesto en el Art 16 de la Constitución española y al Principio de Libertad Religiosa, siendo aplicable el Concordato de 1979 entre la Iglesia y el Estado Español, por todo lo cual y respecto de la Federación de la Orden de San Juan de Jerusalén no procede la imposición de costas.

SÉPTIMO. En la actualidad, y como hemos determinado anteriormente por la D.A. 1.^a de la vigente Ley de Patrimonio Histórico Español de 1985 los antiguos monumentos nacionales han pasado a denominarse Bien de Interés Cultural (BIC), debiendo considerarse un monasterio como un conjunto indivisible tanto en su edificación como en el exorno que lo completa (pinturas, retablos, obras artísticas contenidas,...) y es importante la interpretación teleológica de la conservación de los bienes culturales para que puedan ser disfrutados por las generaciones futuras, así el art 46 de la Constitución que impone una interpretación conforme al art 3,1 del C. civil atendiendo, fundamentalmente al espíritu y finalidad de tales normas. Ese espíritu y finalidad es la conservación de un legado histórico-artístico recibido de las generaciones anteriores con la consiguiente obligación de protegerlo y acrecentarlo STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 26/6/1990.

Y si bien se ha alegado por el Letrado de MNAC la conservación y cuidado por parte de dicha institución de estos bienes durante ochenta años no podemos desconocer su origen histórico y su pertenencia a un Monumento nacional, singular Monasterio del Reino de Aragón, archivo real de la Corona de Aragón y Panteón Real de sus reyes, su situación y sus características, durante al menos ocho siglos y debe estimarse congruente en consonancia con ese espíritu y finalidad al que alude a Exposición de motivos de la LPHE de 1985 que es la conservación de un legado histórico-artístico recibido de las generaciones anteriores con la consiguiente obligación de protegerlo y acrecentarlo por parte de Aragón.

Se han traspasado por las partes los límites de la autonomía privada infringiendo norma imperativa o prohibitiva, salvo que de la contravención

se derive un efecto distinto (arts. 1.255 y 6.3º. del Código Civil, «Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención») por la evidente ilicitud de la causa y objeto (elementos esenciales) de los contratos de compraventa y art 6,4 del Código Civil «los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se consideran ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir «.

Y ello por vulneración de la Ley de 13 de mayo de 1933 de Defensa, conservación y acrecentamiento del patrimonio histórico-artístico nacional. Y Reglamento de 16 de abril de 1936 de aplicación de la Ley del Tesoro Artístico Nacional, Real Decreto Lev de 9 de agosto de 1926 sobre el Tesoro Artístico Nacional, Real Decreto de 9 de enero de 1923, sobre enajenaciones de bienes artísticos e históricos eclesiásticos, Decreto 1022/1964, de 15 de abril, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley de Patrimonio del Estado, (para la primera enajenación, primer contrato de compraventa del año 1983), y para la segunda enajenación perfeccionada en 1992 a favor de la Generalitat y del MNAC EN 1994, cabe decir lo mismo por aplicación de la Disposición Adicional Primera v artículos 4, artículo 36.2º, v 38.1 de la Lev 16/1985. de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español y en ese sentido STS 30/04/2009 y STC 122/2014

Y así cuando las religiosas de Sijena abandonaron el Monasterio y se desplazaron al Monasterio barcelonés de Valldoreix, un buen número de piezas artísticas del Monasterio quedaron depositadas en el Museo Diocesano de Lérida y otras fueron llevadas directamente a Monasterio Valldoreix o al MNAC traslado que se realizó sin ninguna autorización administrativa previa y preceptiva de la administración competente que permitiese esta desmembración del Bien de Interés Cultural, al separarse bienes integrantes del mismo.

Se han enajenado bienes integrantes de un Bien de Interés Cultural, siendo éste un objeto «res extra commercium», y que no pueden ser objeto de compraventa., y se han realizado sin previa y preceptiva notificación al órgano de la Comunidad Autónoma correspondiente encargado de la protección del Patrimonio Histórico Español y al Ministerio de Cultura, lo que determina la nulidad de la misma por evidente infracción del ordenamiento jurídico por vulneración de una norma de orden público, artículo 36,2 º. y artículo 38.1. de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del

Patrimonio Histórico Español, y en consecuencia, procede la nulidad de pleno derecho ex. Artículo 6.3 del Código Civil («Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho de las ventas que señala la demanda del Gobierno de Aragón, producidas en 21/4/1983 y 17/12/1992, y 26/6 de 1994.

Se trata de la venta sobre parte del exorno de un monasterio, que ya de por sí es una unidad perfecta: jurídica, religiosa y artística; y bien de interés cultural con categoría de monumento, siendo que este específico bien inmueble presenta, ya de por sí, una unidad jurídica, artística y religiosa que debe preservarse en todo lo posible, para que todos puedan contemplar el monumento en toda su integridad y en su entorno y el citado RDL de 1926 expresa las consecuencias lógicas, en concordancia con el art. 6.3 Ce., de todo el articulado de dicha ley, al decir que las enajenaciones que vulneren la citada Ley serán nulas de pleno derecho: «Art. 33 Se declaran nulas las ventas de las antigüedades u objetos a que este Decreto-Ley se refiere hechas contra las disposiciones en él contenidas».

Ninguna de estas disposiciones fue expresamente derogada por la Ley de la II República de 13/5/1933 (Gaceta de Madrid 145 de 25/5/1933), que no fue más que una valiente ampliación del RDL de 1926, sino todo lo contrario, pues el Artículo Adicional Tercero decía que: «Quedan subsistentes cuantas disposiciones se hayan dictado para la defensa y acrecentamiento del Patrimonio histórico-artístico en todo lo que no se opongan a esta Ley.»

Cuando se produce la primera venta en 1983, estaba vigente la Ley de 13/5/1933 y el RDL de 9/8/1926, y en especial, el Decreto de 12/6/1953 (BOE 2/7/1953) sobre el comercio de obras de arte.

Es claro que un monasterio catalogado como monumento nacional no se refería a las edificaciones vaciadas de su exorno, pues, carecería de interés el preservar un edificio vacuo y desnudo de todo aquello que adornaba su construcción como son los objetos artísticos que se contienen en el edificio. En el caso del Monasterio de Sijena, ninguna duda cabe de que la catalogación incluyó los objetos artísticos como exorno inseparable de la edificación.

Por lo tanto, ya no es solo la interpretación literal de la norma que expresamente incluye en el monumento nacional las obras artísticas que conforman el exorno del monasterio, sino también la interpretación teleológica que viene dada aquí precisamente por la necesidad y motivación de que el Estado interviniera para poner fin a las ventas del patrimonio

artístico del monasterio que las monjas de Sijena estaban realizando para poder mantener la edificación y el cenobio, como efectivamente así se comprueba que, desde que en 1923 fue declarado monumento nacional, ya no se realizó venta alguna de bienes del monasterio, hasta estas compraventas

Así la Ley 16/1985 de 25 de Junio del Patrimonio Histórico Español aspiraba según su exposición de motivos a construir «un verdadero código de nuestro Patrimonio Histórico.

El Reglamento de 16/4/1936 de aplicación de la ley del Tesoro Artístico Nacional, prohibía dismantelar o modificar total o parcialmente un monumento nacional: «Art. 21, Los monumentos histórico-artísticos no podrán ser destruidos o desmontados total o parcialmente ni se podrá realizar en ellos obra alguna, reparación, reforma o modificación sin previa autorización de la Dirección General de Bellas Artes...». Sin duda, el privar de las obras vendidas al citado cenobio, no es otra cosa que mutilar o desmontar el monumento o una parte importante del mismo, modificando así su forma y sustancia sin haber obtenido la previa autorización administrativa correspondiente, y separándolo de su entorno y exorno (ídem el art. 18 de la LPHE). A este respecto, interpretando las normas vigentes en 1982 en esta materia, nos dice el TS que estas normas deben interpretarse favor monumentis (STS de su Sala 3a n.º 1185/1990 de fecha 22/6/1990).

En el mismo sentido que el art. 21 del Reglamento de 1936 que ya hemos citado, estaba el posterior Decreto de 12/6/1953 (BOE 2/7/1953) sobre el comercio de obras de arte, que en su art. 1.º limitaba la libertad de enajenación de obras de arte que, en el caso de superar las 50.000 pesetas, debían los vendedores o cedentes «dar cuenta de la operación proyectada a la Dirección General de Bellas Artes por escrito y con una antelación mínima de quince días», lo que era objeto incluso de multa. Dicho art. 1 fue modificado por el Decreto de 6/2/1969 (BOE 17/2/1969) que también obliga a notificar las ventas de objetos artísticos inferiores a 50.000 pesetas. Con lo cual, en España, cualquier venta de un objeto artístico debía ser insinuada con antelación y por escrito a la Administración bajo pena de multa para que la Administración pudiera reaccionar a tiempo.

Lo mismo es predecible de la venta realizada en 1992 y 1994, donde aquí ya es plenamente aplicable la vigente LPHE de 1985 que en su art 18 prohíbe igualmente desplazar o remover un bien de interés cultural, salvo fuerza mayor, y siempre siguiendo el procedimiento administrativo correspondiente.

Estos bienes de interés cultural, no ha sido en modo alguno descatalogado, por lo que es aplicable aquí cuanto dispone el art. 9 de la LPC de Aragón, que coincide con el art. 18 de la vigente LPHE.

Y así mismo al tratarse de un bien inmueble que no puede ser dividido jurídica ni materialmente, no pueden objeto de posesión (en concepto de dueño), pues, lo que no puede ser enajenado, no puede ser poseído en concepto de dueño y por lo tanto usucapido, tal y como dispone a este respecto el art. 1936 Ce., pues el citado bien, es inhábil para ser poseído por partes, debiendo conceptuarse dichas partes, al separarse del todo sin los correspondientes permisos administrativos, como *res extra commercium* y por ello tanto la Generalitat como las Monjas sanjuanistas sabían que enajenaban un monumento nacional, sin el permiso de la D.G. de Bellas Artes, siendo que el monasterio estaba integrado, tanto literal como teleológicamente, por todas sus obras de arte (retablos, pinturas, murales, orfebrería, objetos de culto, etc...), que conformaban el indispensable exorno de la edificación del Monumento Nacional

En igual sentido, el art. 11 del citado Reglamento de 1936, prohibía alterar, sin permiso del Ministerio de Instrucción, no solo la estructura externa del monasterio, sino también la interna, tanto en el todo, como en sus partes, por lo que al quitar retablos, pinturas y demás objetos de arte, se dejaba vacío y desnudo el edificio, modificando así su estructura interior y minando de forma grave e irremediable el espléndido valor artístico que atesoraba desde tantos siglos atrás y se ocultó la voluntad de vender tanto al Ministerio de Cultura en 1983 como al Gobierno de Aragón en 1992 y en 1994 cuando ya tenía estas competencias.

Y puede concluirse, aparte de que la totalidad de los bienes de la Generalitat y el MNAC adquirieron pueden calificarse como partes integrantes del Monasterio de Villanueva de Sijena, bien en el concepto de pertenencias, bien en el de accesorios, no hay que olvidar el carácter dinámico de la definición de bien inmueble de interés cultural, trasunto de la concepción efectuada ya en el Real Decreto Ley de 9 de Agosto de 1926 que extiende su protección no sólo a lo que en cada momento constituya tal bien inmueble sino a lo que en el pasado lo constituyó, favoreciendo de este modo la máxima recuperación del inmueble tal como se encontraba en el momento previo a su desmantelamiento.

Y relativo al alcance de esta protección dinámica al patrimonio cultural, puede traerse aquí a colación, el compromiso contraído por la Comisión Mixta Iglesia-Estado para la defensa del Patrimonio Histórico-Artístico,

creada en desarrollo del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede de 3 de Enero de 1979, sobre Asuntos Jurídicos, en cuyo seno, mediante documento suscrito entre ambas partes el 30 de octubre de 1980 entre otros criterios básicos, se establecía el siguiente: «...3.º Como bases de dicha cooperación técnica y económica en el tratamiento de los bienes eclesiásticos que forman parte del Patrimonio Histórico Artístico y Documental se tendrán en cuenta los siguientes principios....c) En cuanto sea posible, los bienes serán exhibidos en su emplazamiento original o natural...».

OCTAVO. Por ello cabe concluir que, no habiéndose notificado previamente estas enajenaciones ni a la Administración del Estado ni a la Diputación General de Aragón, conforme a lo señalado, y teniendo los bienes vendidos que puedan considerarse consustanciales al Real Monasterio de Sijena, partes integrantes del mismo, el carácter de Bienes de Interés Cultural por estar comprendidos dentro de la declaración realizada el año 1923 (sería el caso de las pinturas murales, sepulcros, puertas, esculturas y relieves), dichas enajenaciones adolecen de un vicio de nulidad absoluta o radical, de pleno Derecho.

Que la enajenación supone, la destrucción y mutilación de un monumento indivisible con todo su exorno, razón por la cual, para poderse realizar esa venta parcial, en ese caso, era de todo lugar necesario una resolución expresa de desafectación del fin público cultural de estos objetos que se querían vender aparte del todo, dictada por el Ministerio de Cultura y luego por el Gobierno de Aragón cuando asumió las competencias de cultura.

Que por lo tanto la primera enajenación de los bienes controvertidos, realizada a favor de la Generalitat en 1983, adolece de vicio de nulidad de pleno Derecho, porque vulnera de modo evidente de legislación vigente en el momento de realizarse la primera enajenación: Ley de 13 de mayo de 1933 de Defensa, conservación y acrecentamiento del patrimonio histórico-artístico nacional, Reglamento de 16 de abril de 1936 de aplicación de la Ley del Tesoro Artístico Nacional, Real Decreto Ley de 9 de agosto de 1926 sobre el Tesoro Artístico Nacional, Real Decreto de 9 de enero de 1923, sobre enajenaciones de bienes artísticos e históricos eclesiásticos, y Decreto 1022/1964, de 15 de abril, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley de Patrimonio del Estado. (Vigente hasta el 4 de febrero de 2004), tratándose de bienes integrantes de un Bien de Interés Cultural, *Res extra commercium*) por lo que no sólo la enajenación es nula de pleno Derecho, sino que en ningún caso debería de haberse producido pues la legislación protectora vigente no permitía el desmembramiento y consiguiente destrucción de

Bienes de Interés Cultural, vía enajenación, como se ha hecho en el caso analizado.

Tratándose de un monumento nacional desde 1923, el art. 21 del Reglamento de 16/4/1936, impedía mutilarlo o desmontarlo, si Tanto el art 18 de la vigente LPHE que prohíbe separar un BIC del entorno donde radica (el cenobio de Sijena en nuestro caso) como prohíbe igualmente desplazar o remover los bienes que integran dicho BIC, impide de todo lugar que se tenga por válida la venta de 1994 y de 1994.

Se trata de un BIC indivisible, cuya enajenación en partes implica su destrucción y mutilación, no siendo por lo tanto así enajenable ni hábil para ser poseído en concepto de dueño por nadie, mientras no obtenga las licencias correspondientes y necesarias de la autoridad administrativa competente conforme al procedimiento administrativo a seguir.

Por ello, no habiéndose notificado previamente estas enajenaciones ni a la Administración del Estado ni a la Diputación General de Aragón, conforme a lo señalado, y siendo estos bienes vendidos consustanciales al Real Monasterio de Sijena, partes integrantes del mismo, y teniendo el carácter de Bienes de Interés Cultural por estar comprendidos dentro de la declaración realizada el año 1923 (sería el caso de las pinturas murales, sepulcros, puertas, esculturas y relieves), dichas enajenaciones adolecen de un vicio de nulidad absoluta o radical, de pleno Derecho.

El hecho de que como consecuencia de desgraciados acontecimientos históricos acaecidos después de la declaración del Monasterio de Sijena como Monumento Nacional, y del posterior abandono del Monasterio por la Comunidad religiosa que lo habitaba, se haya procedido al traslado de los bienes controvertidos a Cataluña, constituye una situación de hecho, sin título jurídico suficiente que lo habilite ya que no modifica la condición legal de inmueble declarado de interés cultural aplicable a los mismos, y por ello, su vinculación al área territorial que pertenecen, que no puede ser sino el sitio donde se erige el Monasterio, en el municipio de Villanueva de Sijena.

La Ley de Patrimonio Histórico Español desarrollada parcialmente por el Real Decreto 111/1986, de 10 de enero. Y el artículo 40 de este último dispone que «Quien tratare de enajenar un bien que haya sido declarado de Interés Cultural, o que tenga incoado expediente para su declaración, o esté incluido en el Inventario General, deberá notificarlo al órgano de la Comunidad Autónoma correspondiente encargado de la protección del Patrimonio Histórico Español y al Ministerio de Cultura, declarando el

precio y las condiciones en que se proponga realizar la enajenación. En la notificación se consignará el Código de identificación del bien o, en su caso, el número de anotación preventiva».

Y añade el apartado 3.º del citado artículo 40, que «la determinación de la Comunidad Autónoma que, a los efectos de este capítulo, ha de ser notificada, se realizará de acuerdo con los siguientes criterios:

a) cuando se trate de Bienes de Interés Cultural... será la correspondiente al lugar de la ubicación del bien que consta en el Registro General': a diferencia de los bienes no catalogados en que habrá que atenderse al lugar de su ubicación real o efectiva.

La infracción de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, es clara, se han enajenado bienes integrantes de un Bien de Interés Cultural, siendo éste un objeto «res extra commercium», y que por tanto, no pueden ser siquiera objeto de compraventa.

Son nulas de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención), por la evidente ilicitud de la causa y objeto (elementos esenciales) del contrato compraventa defectuosamente perfeccionado así Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), Sentencia núm. 963/1998 de 26 octubre, Recurso de Casación núm. 1463/1994 (contrato contrario al orden público: ilicitud de la causa: nulidad radical). Procede por ello declarar la nulidad de las compraventas que se llevaron a cabo a favor de la Generalidad de Cataluña, mediante escrituras de 1983 y en 1992 y con Museo de Arte de Cataluña de fecha 1994, concurren los presupuestos de la nulidad de pleno derecho y como consecuencia de ello debe reintegrarse al propietario la posesión material de los mismos al Real Monasterio de Sijena, sito en el término municipal de Villanueva de Sijena. Y ello sin perjuicio de las reintegraciones económicas que procedan.

NOVENO. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la LEC, las costas en primera instancia se impondrán a la parte que hubiera visto totalmente rechazadas sus pretensiones, salvo que el Tribunal aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones cada parte abonará sus costas y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad.

En este caso, al existir vencimiento objetivo y atendiendo además a las circunstancias que concurren y que constan en los fundamentos jurídicos anteriores, procede la imposición de las costas a las partes demandadas.

FALLO

Estimar la demanda formulada por la Comunidad Autónoma de Aragón, asistida por el Letrado Sr. Gimeno López y **por el Ayuntamiento de Villanueva de Sijena** representado por la Procuradora Sra. Gracia y asistido por el Letrado Sr. Español Fumanal contra la Generalitat de Cataluña representada por el Procurador Sr. Laguarda Valero asistida por su Letrado Sr. Muñoz Puiggros, contra la Reverendas Sanjuanistas del Monasterio de Valldoreix en rebeldía procesal, contra la Orden Sanjuanista del Monasterio de Villanueva de Sijena en rebeldía procesal y contra Museo Nacional de Arte de Cataluña (MNAC) representado por el Procurador Laguarda Valero y asistido por el Letrado Sr. Garriga Moyano y, en consecuencia, **procede declarar la nulidad de pleno derecho de las compraventas por la Generalitat de Cataluña en 1983 y 1992 y por Museo de Arte de Cataluña de fecha 1994 y que la propiedad de los bienes objeto de dichos contratos es de la Orden Sanjuanista del Real Monasterio de Sijena, reintegrándose de este modo al propietario la posesión material y, por lo tanto, el traslado de los bienes que constan en el documento número 5, anexo de esta sentencia, al Monasterio de Sijena**, sito en el término municipal de Villanueva de Sijena con imposición de costas a las partes demandadas.

Debo desestimar la demanda frente a la Federación de la Orden San Juan de Jerusalén (Orden Religiosa Sanjuanista) representada por el Procurador Sr. Laguarda y asistida por el Letrado Fernández de Arévalo, sin condena en costas.

(...).

ASÍ LO PRONUNCIO, MANDO Y FIRMO

La Magistrada-Juez

Sentencia n.º 229/2017, de 30 de noviembre de 2017, de la Audiencia Provincial de Huesca, Sección 1.ª (AC 2017, 1478).

PRESIDENTE: D. SANTIAGO SERENA PUIG

MAGISTRADOS: D. GONZALO GUTIÉRREZ CELMA y D. JOSÉ TOMÁS GARCÍA CASTILLO

En Huesca, a treinta de noviembre del año dos mil diecisiete.

En nombre del Rey, la Audiencia provincial de Huesca ha visto, en grado de apelación, los autos de Juicio Ordinario seguidos bajo el número 160/12 ante el Juzgado de Primera Instancia 1 de Huesca, que fueron promovidos por LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN, asistida por el Letrado Sr. Gimeno López, siendo codemandante EL AYUNTAMIENTO DE VILLANUEVA DE SIJENA, quien actúa representado por la Procuradora Sra. Gracia Gracia y dirigido por el Letrado Sr. Español Fumanal, contra LAGENERALITAT DE CATALUNYA, asistida por el Letrado Sr. Muñoz Puiggrós, contra EL MUSEU NACIONAL D'ART DE CATALUNYA, quien actúa representado por el Procurador Sr. Laguarda Valero y asistido por el Letrado Sr. Garriga Moyano, contra LA ORDEN DE SAN JUAN DE JERUSALEN (ORDEN RELIGIOSA DE LAS SANJUANISTAS) contra la ORDEN SANJUANISTA DEL MONASTERIO DE SIJENA y contra las REVERENDAS SANJUANISTAS DEL MONASTERIO DE VALLDOREIX, actuando asimismo como interviniente adhesivo simple el CONSORCI DEL MUSEU DE LLEIDA DIOCESÀ I COMARCAL, representado por la Procuradora Sra. Ugarte de Paz y asistido por el Letrado Sr. Vives Folch. Se hallan los autos pendientes ante este Tribunal en virtud de los presentes recursos de apelación, tramitados conjuntamente al número 288 del año 2015 e interpuestos por LA GENERALITAT DE CATALUNYA y por EL MUSEU NACIONAL D'ART DE CATALUNYA. Es Ponente de esta Sentencia el Magistrado D. JOSÉ TOMÁS GARCÍA CASTILLO, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Aceptamos y damos por reproducidos los señalados en la Sentencia impugnada.

SEGUNDO: El indicado Juzgado de Primera Instancia, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó el día ocho de

abril de dos mil quince la Sentencia apelada, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

»FALLO: Estimar la demanda formulada por la Comunidad Autónoma de Aragón, asistida por el Letrado Sr. Gimeno López y por el Ayuntamiento de Villanueva de Sijena representado por la Procuradora Sra. Gracia y asistido por el Letrado Sr. Español Fumanal contra la Generalitat de Cataluña representada por el Procurador Sr. Laguarda Valero asistida por su Letrado Sr. Muñoz Puiggros, contra la Reverendas Sanjuanistas del Monasterio de Valldoreix en rebeldía procesal, contra la Orden Sanjuanista del Monasterio de Villanueva de Sijena en rebeldía procesal y contra Museo Nacional de Arte de Cataluña(MNAC) representado por el Procurador Laguarda Valero y asistido por el Letrado Sr. Garriga Moyano y, en consecuencia, procede declarar la nulidad de pleno derecho de las compraventas por la Generalitat de Cataluña en 1983 y 1992 y por Museo de Arte de Cataluña de fecha 1994 y que la propiedad de los bienes objeto de dichos contratos es de la Orden Sanjuanista del Real Monasterio de Sijena, reintegrándose de este modo al propietario la posesión material y, por lo tanto, el traslado de los bienes que constan en el documento número 5, anexo de esta sentencia, al Monasterio de Sijena, sito en el término municipal de Villanueva de Sijena con imposición de costas a las partes demandadas.

Debo desestimar la demanda frente a la Federación de la Orden San Juan de Jerusalén (Orden Religiosa Sanjuanista) representada por el Procurador Sr. Laguarda y asistida por el Letrado Fernández de Arévalo, sin condena en costas».

TERCERO: Contra la anterior sentencia, los demandados GENERALITAT DE CATALUNYA y MUSEU NACIONAL D'ART DE CATALUNYA interpusieron sendos recursos de apelación presentando los correspondientes escritos, solicitando la primera que la Sala desestime íntegramente las demandas planteadas ante el Juzgado de Primera instancia, absuelva a la misma de los pedimentos contenidos en los «petitums» de los escritos de demanda, condenando a las partes actoras a las costas causadas.

Por su parte, el MUSEU NACIONAL D'ART DE CATALUNYA solicitó que se declare la incompetencia territorial de los Juzgados y Tribunales del partido territorial de Huesca, y pronunciamientos complementarios. Subsidiariamente y para el caso que se estime

la competencia territorial de los Juzgados y Tribunales del partido judicial de Huesca, se dicte Sentencia por la que estimando el recurso, revoque la Sentencia impugnada y en su lugar dicte una nueva por la que se desestime la demanda y se acuerde la condena en costas. Subsidiariamente y para el caso que no se revoque la sentencia por entender que concurre causa de nulidad en las compraventas, que se revoque la Sentencia en la parte de la condena relativa a la reintegración de la posesión de los bienes a la Orden Sanjuanista del Real Monasterio de Sijena y su traslado al Monasterio.

A continuación, el Juzgado dio traslado a las demás partes para que presentaran escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que pudiera serle desfavorable, en cuyo trámite tanto la representación del AYUNTAMIENTO DE VILLANUEVA DE SIJENA como la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN formularon en tiempo y forma sendos escritos de oposición a ambos recursos, interesando su desestimación con condena en costas a las partes apelantes.

CUARTO: Seguidamente, el Juzgado emplazó a las partes y se remitieron los autos a este Tribunal, en donde quedaron registrados al número 288/2015. Personadas las partes ante esta Audiencia y habiéndose propuesto prueba y solicitado vista, la Sala resolvió mediante Auto de fecha trece de julio de dos mil diecisiete no haber lugar a la prueba y no acordar la celebración de vista, así como admitir como interviniente adhesivo simple en este pleito al CONSORCI DEL MUSEU DE LLEIDA DIOCESÀ I COMARCAL. Dicho Auto fue recurrido en reposición, siendo desestimado el recurso mediante Auto de fecha veinte de septiembre.

QUINTO: Con fecha veintiocho de septiembre la representación del CONSORCI DEL MUSEU DE LLEIDA DIOCESÀ I COMARCAL presentó escrito de alegaciones conforme al art. 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo dicho escrito admitido mediante Auto de seis de octubre. Dicho Auto fue recurrido en reposición, siendo desestimado el recurso mediante Auto de fecha trece de noviembre. Seguidamente se dio traslado a las demás partes a los efectos previstos en el precitado art. 13 de la Ley, en cuyo trámite el Ayuntamiento de Villanueva de Sijena presentó alegaciones.

SEXTO: Transcurrido el plazo del art. 13, la Sala señaló el día de hoy para la deliberación, votación y fallo del recurso. En la tramitación

de esta segunda instancia no ha sido posible observar los plazos procesales debido a la atención prestada a los asuntos penales y civiles de preferente tramitación pendientes ante este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La apelante Generalitat de Catalunya, una vez remitidos los autos por el Juzgado para resolver los recursos de apelación, planteó directamente ante esta Sala que valore de oficio, y como cuestión de orden público procesal, la incompetencia de la presente jurisdicción por corresponder la misma [sic] a la jurisdicción contenciosa administrativa, disponiendo al respecto el Tribunal que dicha cuestión sería examinada con carácter previo en la Sentencia definitiva, a lo que añadíamos en el Auto desestimatorio del recurso de reposición interpuesto por la propia Generalitat que ni dicha parte ni tampoco el codemandado Museu Nacional d'Art de Catalunya plantearon esta cuestión mediante declinatoria en la forma prevista por la Ley Procesal en sus arts. 39 y 63 (como sí hicieron con la competencia territorial), tratándose así de una cuestión nueva introducida en esta segunda instancia, sin que la Sala, seguíamos diciendo, tuviera ninguna obligación de abstenerse de conocer conforme al art. 37.2 de la misma Ley, ya que, con arreglo a dicha norma, no estimábamos que el conocimiento del asunto pudiera corresponder a otro orden jurisdiccional distinto del civil.

Conforme señala la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo N.º 392/2009 de 27 de mayo, en donde se examina a la luz de la legislación sobre contratación pública, así como de la propia jurisprudencia, la interpretación que ha de darse a la expresión «contrato administrativo» a los efectos previstos en el art. 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el art. 2.b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el elemento diferenciador de un contrato celebrado por una Administración Pública con un tercero es la finalidad del mismo entendiendo la jurisprudencia más reciente de la propia Sala Primera que se aprecia que se ha pasado del desenvolvimiento regular de un servicio público (...) a la vinculación al giro o tráfico específico de la Administración contratante, y la directa o inmediata satisfacción de una finalidad pública de la específica naturaleza de aquélla, como elementos definitorios de la naturaleza administrativa del contrato, de modo

que no basta con que, en última instancia, exista una finalidad pública, sino que es preciso que el objeto público sea el elemento esencial y principal del contrato para su consideración como administrativo, añadiendo que en sentido positivo serán siempre privados los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento (...), conforme a lo dispuesto en la precitada legislación de contratos de las Administraciones Públicas, por todo lo cual esta Sala no se ha planteado de oficio en ningún momento la posibilidad de abstenerse del conocimiento del presente asunto porque pudiera corresponder al orden contencioso-administrativo.

La Generalitat alega en apoyo de su tesis que, sobre la base de que la Administración Pública catalana viene cumpliendo con la función de preservación del patrimonio histórico y artístico de España, dado que los bienes sobre los que versa la controversia se encuentran en adecuadas condiciones de conservación en Catalunya, la parte demandante actúa con el propósito de arremeter contra la competencia de la Generalitat en materia de preservación y custodia del patrimonio cultural, afirmación que no podemos asumir teniendo en cuenta que en este proceso se ejercita una acción de nulidad respecto de dos contratos de compraventa sometidos al Derecho Civil, por más que una de las partes tuviera la condición de administración pública, por lo que la demanda no tiene por objeto interferir en las competencias de la Generalitat sobre su patrimonio cultural, sino simplemente que se declare que determinados bienes no deberían integrar dicho patrimonio al ser nulas las respectivas adquisiciones, lo que en absoluto afecta a la competencia que sin duda le corresponde a la Generalitat sobre el patrimonio que le pertenezca legítimamente.

SEGUNDO: Una vez resuelta esta cuestión previa, abordaremos el estudio de los dos recursos de apelación, interpuestos respectivamente por la Generalitat de Catalunya y por el Museu Nacional d'Art de Catalunya, tratando de resolver todas las cuestiones que, con dispar sistemática, en ellos se plantean.

Ambas partes apelantes coinciden en cuestionar la legitimación activa de la Comunidad de Aragón para interponer la demanda, haciéndose referencia en este sentido a la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 6/2012, a la que ambas partes aluden varias veces a lo largo de sus recursos y según la cual la Comunidad de Aragón no podría reclamar un bien del patrimonio histórico que

se encuentra fuera de su territorio y sobre el que otra administración autonómica ya está llevando a cabo funciones de preservación o protección.

La referida Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional fue dictada con ocasión de un conflicto positivo de competencias planteado entre las Comunidades Autónomas de Aragón y Cataluña con ocasión de los bienes que ahora son objeto de litigio, reconociéndose la competencia de la Generalitat en materia de preservación o protección del patrimonio histórico y cultural que está en su territorio. Sin embargo, es obvio que dicha Sentencia debe limitarse a resolver lo que se ha planteado, que no era otra cosa que el conflicto constitucional abierto a partir de un retracto administrativo ejercitado por la Comunidad de Aragón sobre los bienes litigiosos, excluyendo expresamente de dicho conflicto una serie de cuestiones, dado su carácter fáctico o de legalidad ordinaria, pues ciertamente atienden a la calificación de los bienes y a eventuales vicios de legalidad en el proceso de enajenación, de modo que la verificación de dichos requisitos corresponde en exclusiva a los Tribunales ordinarios (fundamento jurídico segundo, último párrafo). Y la resolución que pueda recaer sobre tales cuestiones, entre las que el propio Tribunal Constitucional menciona la calificación de los bienes como de interés cultural y la legalidad de su enajenación, en absoluto irá en contradicción con lo resuelto por el Alto Tribunal, cuya Sentencia no decide si los bienes litigiosos deberían o no encontrarse en Cataluña y si, por tanto, deberían formar parte o no del patrimonio cultural catalán. En este sentido deben interpretarse las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 28 y 29 de mayo de 2013, en las que, sin olvidar que el Tribunal Constitucional ha declarado que el territorio opera como elemento delimitador de las competencias de las Comunidades Autónomas, se declara que dicho principio no puede ser interpretado de modo que se impida a dichas Comunidades, en el ejercicio de sus propias competencias, adoptar decisiones que pudieran tener consecuencias en otros lugares del territorio nacional, pues lo contrario supondría impedir o dejar sin contenido las competencias que esta Comunidad tiene asumidas respecto de su patrimonio cultural, entre ellas, las políticas necesarias encaminadas a recuperar el patrimonio aragonés que se encuentre ubicado fuera del territorio de Aragón, ya que negar tal facultad por el solo hecho de encontrarse los bienes

fuera del territorio aragonés vendría a privar de toda capacidad de actuación sobre los mismos y, en definitiva, de las competencias asumidas.

Tales competencias no son otras que las que tanto el Estatuto de Autonomía de Aragón como la Ley aragonesa de Patrimonio Cultural atribuyen a esta Comunidad Autónoma en cuanto a las *políticas necesarias encaminadas a recuperar el patrimonio aragonés que se encuentre ubicado fuera del territorio de Aragón*. Las apelantes insisten en negar que una administración con competencias para la protección de bienes culturales esté legitimada para el ejercicio de acciones civiles. Por nuestra parte, no hallamos motivos fundados para interpretar que, en el contexto de las atribuciones que el Estatuto de Autonomía de Aragón y la Ley aragonesa del Patrimonio Cultural otorgan a la Comunidad Autónoma para realizar las actuaciones precisas de cara a la recuperación del patrimonio aragonés ubicado fuera de Aragón, hayan de quedar excluidas las acciones civiles a promover ante los Órganos jurisdiccionales de dicho orden si las pretensiones que se ejercitan de cara a la recuperación de los bienes han de sustanciarse, como aquí ocurre, conforme al Derecho Civil.

En cualquier caso, también se habla en la Sentencia de instancia del interés legítimo que conforme a una dilatada corriente jurisprudencial faculta a un tercero para solicitar ante los Tribunales la nulidad de un acuerdo en el que no fue parte. Así, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1993, en la que se cita una constante y uniforme doctrina que arranca de principios del siglo pasado, *reconoce la legitimación de un tercero (que no haya sido parte en el contrato) para ejercitar la acción de declaración de inexistencia de dicho contrato (por carencia de algunos de los requisitos esenciales que determina el art. 1261 del Código Civil) o la de nulidad radical o de pleno derecho del mismo (por ser contrario a las normas imperativas o prohibitivas, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención –art. 6.3 del citado Código–) siempre que dicho tercero tenga un interés jurídico en ello o, lo que es lo mismo, sea vea perjudicado o afectado en alguna manera por el referido contrato*. Así las cosas, dicho interés parece indudable en los entes administrativos dentro de cuyas atribuciones figuran precisamente tanto la conservación y protección del patrimonio cultural como el desarrollo de actuaciones dirigidas a la recuperación de los bienes que se encuentran fuera del territorio, sin que esta Sala sea capaz de distinguir un interés administrativo y un interés civil,

como se propone en el recurso, pues consideramos que el interés es único –esto es, o lo hay o no lo hay– con independencia de la clase de acciones que se ejerciten o del organismo ante el que se planteen.

En conclusión, ni el Tribunal Constitucional impide que la Comunidad Autónoma de Aragón pueda ejercitar acciones civiles para solicitar la nulidad de las ventas a la Generalitat de los bienes litigiosos ni puede sostenerse tampoco que dicha Comunidad carezca de interés para solicitar la nulidad, y menos por el solo hecho de que los bienes se hallen en territorio catalán. Sostener en este sentido, como se hace en los recursos, que la Diputación General de Aragón aún no había asumido las competencias en materia de protección del patrimonio cultural en el año 1983, que es cuando se produjo la primera venta cuya nulidad se insta, no nos parece razonable, pues tampoco hay motivo para restringir las actuaciones dirigidas a recuperar los bienes a los que hayan salido del territorio aragonés después de esa asunción de competencias sin incluir también los que hayan salido con anterioridad.

También alegan las partes recurrentes, en esta misma línea, que el Ayuntamiento de Villanueva de Sijena carece de interés directo y legítimo para intervenir en este pleito conforme al art. 13.1 de la Ley Procesal, insistiendo aquéllas en que la competencia administrativa que pueda ostentar la administración local se confunde con el interés que otorga legitimación para pedir la nulidad del contrato y con el interés de carácter procesal que marca el citado art. 13.1. Diremos al respecto que ya desde la Ley de Bases de Régimen Local se conceden a los Ayuntamientos competencias en la conservación del patrimonio histórico, como sucede actualmente con la Ley aragonesa del Patrimonio Cultural, por lo que parece indudable el interés que tiene la Corporación municipal de Villanueva de Sijena en que retornen al Monasterio las piezas que durante siglos han formado parte de dicho conjunto histórico y artístico. Y este interés, insistimos, es el que le habilita para intervenir en el procedimiento.

TERCERO: Las dos partes apelantes reproducen en esta alzada la cuestión relativa a la competencia territorial de los Juzgados de Huesca para conocer del presente pleito. Este tema se planteó dos veces durante la primera instancia, ya que tanto la Generalitat como el MNAC formularon la declinatoria, siendo desestimadas sus respectivas pretensiones. El Juzgado aplicó el art. 52.1 de la Ley

de Enjuiciamiento Civil al entender que se ejercitaba una acción real sobre bienes inmuebles, atribuyendo por tanto tal consideración a los que ahora son objeto de litigio, y que dicha acción se refería a cosas que estaban situadas en diferentes circunscripciones, siendo en tal caso competente el Tribunal correspondiente a cualquiera de ellas a elección de la parte actora, por lo que el Juzgado a quo se pronunció por su propia competencia al entender que los bienes litigiosos forman parte de un conjunto indivisible de excepcional valor histórico-artístico, que en este caso sería el Real Monasterio de Sijena ubicado en la localidad oscense de Villanueva de Sijena.

Esta argumentación es combatida por las apelantes, quienes consideran que en realidad lo que se está ejercitando es una acción personal, ya que, además de negar a los bienes litigiosos la condición de inmuebles, sostienen que lo que se pide principalmente es que se declare la nulidad de los contratos por los que dichos bienes fueron vendidos. Constatamos, en efecto, que la acción de nulidad, cuyo carácter personal es indudable, constituye la pretensión principal ejercitada por la Comunidad Autónoma de Aragón, solicitándose asimismo, a modo de consecuencia de la declaración de nulidad, el traslado de los bienes a territorio aragonés. Así planteado el tema, es necesario afirmar que, como bien apunta el Ayuntamiento de Villanueva de Sijena, el art. 67.1 de la Ley Procesal dispone que contra los Autos que decidan sobre la competencia territorial no cabe recurso alguno, a lo que añadiremos ahora que el art. 67.2 establece asimismo que en los recursos de apelación solo se admitirán alegaciones de falta de competencia territorial cuando, en el caso de que se trate, fueren de aplicación normas imperativas. Y dicho precepto, a su vez, ha de ponerse en relación con el art. 54.1 de la misma Ley, cuyo epígrafe es precisamente «carácter dispositivo de las normas sobre competencia territorial» y que atribuye carácter imperativo únicamente a varias de las reglas del art. 52.1 y al art. 52.2, ninguno de los cuales es de aplicación a la acción personal de nulidad contractual, que según los apelantes es la que se ha ejercitado, todo ello sin olvidar que, como dijimos en nuestros Autos de 7 de julio de 2008 y de 25 de febrero y 26 de marzo de 2010, las reglas legales atributivas de la competencia territorial sólo se aplicarán en defecto de sumisión expresa o tácita de las partes con las excepciones que el propio art. 54 establece, y en este caso son los propios apelantes quienes, al negar el carácter de inmuebles a los bienes litigiosos, y por tanto al excluir

que se hayan ejercitado acciones reales sobre bienes inmuebles, niegan que tales excepciones sean de aplicación a este pleito, por lo que entendemos que difícilmente se puede plantear en esta segunda instancia infracción de normas imperativas relativas a la competencia territorial.

Dicho esto, carece de sentido alegar infracción de las normas relativas a la litispendencia, como también se hace en ambos recursos, pues con ello se trata de cuestionar la decisión sobre la competencia territorial, de modo que en este momento no es relevante decidir si el Ayuntamiento de Villanueva de Sijena ha actuado como un interviniente adhesivo simple o como un codemandante, tal y como consideró en su día la juzgadora de instancia en un Auto cuya apelabilidad, por cierto, no está prevista en el art. 13 de la Ley. Lo mismo habría que decir respecto de las varias alegaciones formuladas con relación al domicilio de las partes codemandadas, pues todas ellas también se dirigen a defender la incompetencia territorial de los Juzgados y Tribunales de Huesca e insistimos en que, negándose que existan acciones reales sobre bienes inmuebles, no hay normas imperativas que plantear en la segunda instancia. Y otro tanto cabría decir en cuanto a la supuesta infracción del art. 6.4 del Código Civil, pues se alega fraude de ley en el sentido de que se ha aplicado el art. 53.2 para eludir la aplicación del art. 52.1.1.º, siendo ésta una norma que quienes sostienen que en este pleito se ejercita una acción personal no pueden invocar en apelación por todo lo ya expuesto.

CUARTO: También se alega en los dos recursos incongruencia ultra petita porque la declaración de nulidad de la parte dispositiva de la Sentencia apelada alcanza al contrato de 1994, al cual no se había hecho ninguna mención en la súplica de la demanda de la Comunidad Autónoma de Aragón. Ello no obstante, conviene recordar que, solicitándose expresamente en la súplica de la demanda la nulidad de los contratos celebrados en los años 1983 y 1992, y conteniendo este último una opción de compra a favor del MNAC, cuyo ejercicio fue precisamente lo que dio lugar a este contrato de 1994, los efectos de la nulidad del contrato de 1992 deben extenderse lógicamente a dicha opción de compra, que por tanto también sería ineficaz aun cuando ello no se declarase expresamente en la parte dispositiva de la resolución apelada, sin que por tanto exista la alegada incongruencia.

Ambas apelantes alegan también una supuesta infracción del art. 2.3 del Código Civil, cuyo contenido se hallaba contemplado en el art. 3 del mismo Cuerpo legal en la época en que estaban vigentes el Real Decreto Ley de 9 de agosto de 1926 sobre Protección, Conservación y Acrecentamiento de la Riqueza Artística, y la Ley de 13 de mayo de 1933 sobre Defensa, Conservación y Acrecentamiento del Patrimonio Histórico-Artístico, alegándose que dichas normas son posteriores a la declaración del Real Monasterio como monumento nacional, lo que acaeció en 1923, y que por tanto no pueden ser aplicadas retroactivamente. Sin embargo, no puede desconocerse que el art. 14 de la Ley de 1933, al disponer que los Monumentos declarados nacionales y arquitectónico-artísticos se llamarán en lo sucesivo Monumentos histórico-artísticos, extiende la protección correspondiente a la nueva denominación a los conjuntos ya declarados como monumentos nacionales con anterioridad a dicha Ley, por lo que, al haber quedado superada cualquier cuestión de irretroactividad, ningún error se ha cometido al considerar que dicha Ley, que estuvo vigente hasta la Ley del Patrimonio Histórico Español de 1985, es aplicable al caso, y más concretamente a la venta del año 1983, como también es claro que ningún problema plantea la aplicación de la Ley últimamente citada a la venta del año 1992. Y respecto a la cuantía del pleito, dicha cuestión fue ampliamente debatida durante la audiencia previa, quedando resuelta en dicho momento conforme señala el art. 422.1 de la Ley Procesal.

QUINTO: Las partes apelantes consideran asimismo que la declaración como monumento nacional del Real Monasterio no comprendía los bienes hoy litigiosos, que son pinturas, relieves, esculturas, cajas sepulcrales y otros objetos también de interés artístico, lo cual es producto de una interpretación restrictiva que resulta escasamente compatible con la protección del patrimonio histórico y cultural.

Entendemos en este sentido que los bienes litigiosos tienen la consideración de bienes de interés cultural, y no por haberse incorporado a los fondos museísticos del MNAC sino porque en el año 1923 el Real Monasterio de Sijena fue declarado monumento nacional, denominación que se transformó en la de monumento histórico-artístico a partir de la Ley de 13 de mayo de 1933 y en la bien de interés cultural con arreglo a la Ley del Patrimonio Histórico Español. En los recursos se sostiene, en cualquier caso, que ya en

1923 era necesaria una mención expresa de los bienes litigiosos para entender que tenían la misma consideración de monumento nacional que el propio Monasterio entendido como simple edificación, pero la Sala asume la interpretación literal y teleológica que se desarrolla en la Sentencia de instancia en el sentido de que el Monasterio ha de considerarse como un todo indivisible y que la adecuada protección del patrimonio cultural no es compatible con la desintegración de un conjunto monumental. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2009, en un caso de división de cosa común, se pronunciaba por la indivisibilidad del patrimonio artístico al sostener que el ordenamiento jurídico parte, en principio, del carácter indivisible de los Bienes de Interés Cultural dada su integración en un conjunto administrativamente calificado y protegido como tal, siendo así que cualquier obra de división material afectaría indudablemente de modo negativo al conjunto. Por otra parte, la norma más antigua de las citadas por las partes, que no es otra que el Código Civil de 1889, ya establecía en su art. 334.4 que se consideran 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, norma algo genérica que, interpretada en el sentido más favorable a la conservación del patrimonio cultural (tendencia que en absoluto contraviene el art. 3.1 del Código Civil), apoya la tesis de las demandantes, pues los bienes que son objeto de este pleito pueden ser considerados como separables físicamente, pero durante siglos estuvieron integrados en el conjunto monumental con el que formaron un todo indivisible.

Por su parte, la Real Orden de 28 de marzo de 1923 de declaración de monumento nacional comprendía el templo, el claustro y su sala capitular, el palacio prioral, el refectorio, el dormitorio antiguo, la sala de la Reina y la parte subsistente de la fortificación. Las apelantes se apoyan en esta enumeración para sostener que los bienes litigiosos no están comprendidos en ella, y que por tanto no gozaban de una protección especial, pero por nuestra parte consideramos que no cabe asumir esta tesis, máxime cuando en el informe de la Real Academia de la Historia de 8 de marzo de 1923 que sirvió de base a la declaración de monumento nacional se habla, con relación a los méritos de orden puramente artísticos del Monasterio, de que éste y su iglesia guardan obras varias artísticas y de recuerdo histórico (...), partes

todas ellas integrantes del monumento, no resultando razonable, en tales circunstancias, sostener que lo que tenía valor era el solo edificio en sí (los desnudos muros, como señala una de las partes apeladas) despojado del tesoro artístico que albergaba en su interior. Así lo vino a expresar durante el juicio oral el testigo-perito Sr. Aníbal, miembro de la Real Academia de la Historia y que ha impartido sus enseñanzas como profesor y catedrático de Historia Medieval en Universidades tanto de Aragón como de Cataluña.

En la Sentencia apelada, de todos modos, ya se mencionan otras disposiciones como el Real Decreto Ley de 9 de agosto de 1926 sobre Protección, Conservación y Acrecentamiento de la Riqueza Artística, el cual extendía el concepto de bienes inmuebles del art. 334 del Código Civil a cuantos elementos pueden considerarse consustanciales con los edificios y formen parte de los mismos o de su exorno, o lo hayan formado, aunque en el caso de poder ser separados constituyan un todo perfecto de fácil aplicación a otras construcciones o a usos distintos del original, así como la precitada Ley de 13 de mayo de 1933 y el Reglamento de 16 de abril de 1936, de aplicación de la Ley del Tesoro Artístico Nacional, según el cual los monumentos histórico-artísticos no podrán ser destruidos o desmontados total o parcialmente sin autorización de la Dirección General de Bellas Artes, todo lo cual, teniendo en cuenta que no se ha cuestionado que los bienes litigiosos no fueron extraídos definitivamente del Monasterio hasta los años setenta del siglo pasado, nos conduce a afirmar que estos bienes, aparte de que pueda sostenerse racionalmente su carácter de inmuebles, deben considerarse como bienes de interés cultural conforme a la interpretación que sostenemos respecto de las disposiciones ya examinadas, todas ellas anteriores a la primera de las ventas cuya nulidad se solicita.

No hay que llegar a una conclusión distinta a partir de la Ley del Patrimonio Histórico Español de 1985, que sí estaba en vigor al momento de producirse la segunda venta y cuya Disposición Adicional Primera otorgó el carácter de bienes de interés cultural a los que fueron declarados histórico-artísticos conforme a la legislación anterior (como ocurrió con la Ley de 1933 respecto de los anteriormente declarados monumentos nacionales). El art. 14.1 de la Ley de 1985, en cuanto al concepto de bienes inmuebles, amplía el contenido en el art. 334 del Código Civil a cuantos elementos puedan considerarse consustanciales con los edificios y formen parte de los

mismos o su entorno o lo hayan formado (...) aunque su separación no perjudique visiblemente al mérito histórico o artístico del inmueble al que están unidos, lo que constituye una clara apuesta por la indivisibilidad en sintonía con lo que debe entenderse como adecuada protección del patrimonio artístico, la cual supone la conservación en su integridad del conjunto monumental. El art. 18 de esta misma Ley, por su parte, señala que un inmueble declarado bien de interés cultural es inseparable de su entorno y que no se podrá proceder a su desplazamiento o remoción. No consideramos relevante, por todo ello, que no exista una certeza histórica de que los bienes se encontraran en las habitaciones o lugares del Monasterio expresamente mencionados por la declaración de monumento nacional, pues han estado en el propio Monasterio y han formado parte de él durante varios siglos, hecho que no parece que sea objeto de controversia, sin que podamos asumir la teoría de que unas partes del Monasterio sí que tendrían la consideración de monumento nacional y otras no, lo que no parece responder a una interpretación lógica que responda al mantenimiento de la integridad de una obra artística, que precisamente lo es por el conjunto de todos los elementos que la componen. Los bienes litigiosos, en suma, forman parte de un conjunto indivisible que, precisamente como tal conjunto, tiene la categoría de bien de interés cultural. Y diciendo esto no creemos estar confundiendo, como se reprocha en el recurso, los conceptos de bien inmueble y bien de interés cultural, aunque tampoco resulte absurdo atribuir la primera de dichas categorías a los que son objeto del pleito.

SEXTO: Se cuestiona asimismo que los contratos de venta de los bienes litigiosos puedan declararse nulos por ilicitud de la causa o del objeto. Así, el Juzgado considera que se trata de cosas que se encuentran fuera del comercio de los hombres, siendo éste el motivo por el que no pueden ser objeto de un contrato, a lo que replican las apelantes que las propias leyes permiten, en determinadas condiciones, que objetos de estas características puedan ser enajenados. Ello implica, sin embargo, que sin el cumplimiento de estos requisitos los bienes seguirán considerándose como *extra commercium*. Y, en todo caso, el incumplimiento de las condiciones previstas para su enajenación nos situará en un escenario muy lejano de la libre contratación.

Y en cuanto a la ilicitud de la causa, debiendo entenderse por tal conforme al art. 1.275 del Código Civil, la que se opone a las leyes o a la moral, tenemos aquí unos contratos aparentemente causales en

donde una parte cede el dominio de una cosa y la otra se obliga a pagar un precio por ello, que es lo que se estipula en el clausulado de los propios contratos. Se alega en este sentido que parece confundirse la falta de objeto con la tercera causa de nulidad alegada en la demanda, que no es otra que la contravención de normas imperativas conforme al art. 6.3 del Código Civil, siendo esta última, a nuestro criterio, la que ha de resultar determinante para acoger la pretensión sostenida por las demandantes. Recordemos que, como ya se dice en la Sentencia apelada, el Reglamento de 16 de abril de 1936, de aplicación de la Ley del Tesoro Artístico (y al que venía a remitirse la Ley de 1933), disponía que los monumentos histórico-artísticos no podrán ser destruidos ni desmontados (...) sin previa autorización de la Dirección General de Bellas Artes (art. 21), a la que también debía comunicarse el cambio de dominio (art. 28), de igual modo que el Real Decreto-Ley de 9 de agosto de 1926 sobre el Tesoro Artístico Nacional, del cual formaban parte los monumentos histórico-artísticos nacionales (art. 2), declaraba nulas las ventas de las antigüedades u objetos a que este Decreto-Ley se refiere hechas contra las disposiciones en él contenidas (art. 33), con referencia a la expresa autorización que concederá en cada caso el Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes (art. 11), considerándose nulas asimismo, conforme al Real Decreto de 9 de enero de 1923 sobre enajenaciones de bienes artísticos e históricos eclesiásticos (disposición anterior, por cierto, a la declaración como monumento nacional del Real Monasterio) las enajenaciones de los objetos a que este Real Decreto se refiere que se verifiquen sin las formalidades que en el mismo se preceptúan (art. 8).

También se cuestiona que estas normas acarreen la nulidad en caso de contravención al tratarse de disposiciones administrativas, pero ello no les priva de su carácter imperativo, ya que de otro modo no se acabaría de comprender para qué fueron dictadas, aparte de que previenen expresamente la nulidad en caso de incumplimiento. Por otro lado, la autorización a la que deben someterse las ventas de estos bienes no corresponde a cualquier administración, y en particular no a la parte que en los contratos aparece como compradora, sino a quien se designa en las propias normas protectoras del patrimonio cultural, esto es, el organismo autonómico competente para la protección del patrimonio histórico y el Ministerio de Cultura a los que debe notificarse la enajenación conforme al Real Decreto 111/1986 que desarrolla parcialmente la Ley de Patrimonio Histórico Español. En

cuanto a la validez de las ventas desde el punto de vista canónico, el permiso de la Santa Sede no puede equivaler, desde el punto de visto jurídico-civil, a la autorización administrativa legalmente exigible para la validez de la enajenación.

A mayor abundamiento, y teniendo en cuenta que quien aparecía como vendedora en los contratos era la Priora de la Comunidad de Valldoreix, conviene dejar claro que en ningún momento se ha justificado de modo satisfactorio que la Comunidad de Sijena hubiera pasado a integrarse o fusionarse con la de Valldoreix durante los años setenta. Aunque la Generalitat aportó junto con su contestación a la demanda algunos documentos en los que se habla de fusión, incluyendo los propios contratos cuya nulidad se insta, ninguno de ellos acredita objetivamente la realidad de este hecho. Ocurrió, eso sí, que las religiosas de Sijena se marcharon del Monasterio con motivo de unas obras y se desplazaron a Cataluña –primero a la Bonanova barcelonesa y después a Valldoreix–, en donde se quedaron a vivir tal y como se dice en el documento privado (folio 561) en el que las cuatro religiosas firmantes, encabezadas por la Priora Belén, expresan que todo lo que es de nuestro Monasterio pase a la Comunidad de Barcelona, tanto sean muebles como inmuebles cuadros y vivienda tierras de Sigena [sic], todo ello en agradecimiento a quienes les acogían, si bien es pertinente observar que dicho documento de cesión no puede considerarse eficaz, al menos civilmente, de cara a la transmisión a título gratuito de la propiedad de unos bienes, especialmente de los que cabe considerar inmuebles, a falta de la correspondiente escritura pública y del resto de las formalidades contempladas en los arts. 632 y 633 del Código Civil, a lo que debemos añadir necesariamente, y más tarde volveremos sobre ello, que en otro documento privado de fecha posterior (folio 598) la misma Priora Belen entregaba a la Junta de Museos de Barcelona una colección de objetos artísticos del Real Monasterio de Sijena haciéndolo en calidad de depósito para su custodia y quedando los bienes a plena y libre disposición de la Sra. Priora de Sigena [sic], quien en cualquier momento podrá retirarlos en todo o en parte, cosa que no tendría sentido si realmente estos bienes hubieran sido donados a la Comunidad de Valldoreix, cuya Priora fue quien suscribió los contratos cuya nulidad se solicita y que, por cierto, fue también quien en su día interesó la inscripción de la Comunidad de Sijena en el Registro de Entidad Religiosas del Ministerio de Justicia, cosa que

tampoco tendría mucho sentido si la Comunidad de Sijena hubiera desaparecido o si realmente se hubiera fusionado con la de Valldoreix.

SÉPTIMO: Se alega asimismo infracción del art. 1.303 del Código Civil, según el cual las partes deben restituirse las cosas con sus frutos y el precio con sus intereses en caso de declararse la nulidad de la obligación, porque en la Sentencia se condena a devolver los bienes pero no se hace lo propio con el dinero, es decir, no se condena a las vendedoras a restituir el precio abonado por la Generalitat. Pese a que en la demanda no se pedía la devolución del dinero, consideramos que el Tribunal podría llevar a cabo dicho pronunciamiento como consecuencia de la propia nulidad declarada sin incurrir por ello en incongruencia, aunque en tal caso debería haber constancia de que la compradora pagó el precio, que es algo que ni siquiera se deduce a través de los propios contratos de compraventa, a la firma de los cuales parece que el precio se hará efectivo, o que se ha empezado a pagar, pero que no se ha satisfecho todavía, siempre sin perjuicio, y esto ya se dice en la Sentencia de instancia, del derecho de la compradora a recuperar, caso de declararse la nulidad del contrato, lo que efectivamente hubiera abonado a las vendedoras.

Y se alega también vulneración del art. 1.303 en cuanto se ordena que, como consecuencia de la declaración de nulidad, se trasladen los bienes al Monasterio de Sijena, pues tal declaración, siempre según los recursos, significa que las cosas han de volver al estado anterior a las ventas, pero no al existente en 1923 sino al inmediatamente anterior a dichas enajenaciones. Ya hemos dicho al respecto que en los años setenta la Priora de la Comunidad de Sijena cedió los bienes en depósito, quedando éstos en territorio catalán. Sin embargo, y contrariamente a lo que opinan las partes apelantes, consideramos que la ya declarada nulidad de las ventas no implica necesariamente el renacimiento de la situación de depósito, pues hay que entender que la Generalitat, al convertirse en compradora de los bienes litigiosos, actuaba con el propósito inequívoco de extinguir dicho depósito, y ello a fin de que los bienes dejaran de estar en Cataluña por voluntad de la Priora de Sijena –la cual, como ya hemos dicho, podía instar su reintegro en cualquier momento– para que en lo sucesivo continuaran en dicho territorio por pertenecer en propiedad a la Generalitat. Así extinguido el depósito, ya no cabría volver a dicha situación tras la nulidad de las compraventas. Y también consideramos que, aún en el caso de entender que el depósito no se había extinguido, las

especiales circunstancias del caso, esto es, haberse pactado por plazo indefinido según se dice en el propio documento y haber transcurrido aproximadamente 45 años desde el momento de su constitución, configuraban un depósito de larga duración que no constituye una situación tan lejana de la enajenación, resultando lógico suponer que, del mismo modo para la venta se precisaba una autorización administrativa, algo parecido había que exigir en un depósito de larga duración y pactado por tiempo indefinido, y desde luego ninguna autorización de las autoridades competentes tenía la Priora de Sijena al constituir el depósito.

Así las cosas, la situación de depósito no resulta un especial inconveniente para que la Comunidad Autónoma en donde radica el Monasterio del que los bienes litigiosos son parte indivisible, precisamente dentro de las atribuciones estatutarias que le competen, interese la reintegración de las piezas al conjunto artístico en donde han permanecido durante varios siglos, pues parece obvio que dicha pretensión ya tenía como presupuesto la no subsistencia del depósito. A ello podríamos añadir que, tal y como manifestó en su informe final el representante de la Federación de Monasterios de la Orden de San Juan de Jerusalén, lo cierto es que dicha Federación, entendiendo que tendría atribuida la representación de las Comunidades sin vida sanjuanista, no se ha opuesto a las pretensiones formuladas por la Comunidad Autónoma de Aragón, ya que se constituyó como parte demandada pero sin llegar a contestar a la demanda. Se vuelve a insistir en el recurso en la confusión de planos administrativo y civil, pero ya hemos reconocido que la Comunidad Autónoma está legitimada para ejercitar las acciones civiles de cara a la protección del conjunto monumental en su integridad, de lo que deducimos que también lo está para reclamar el retorno de las obras litigiosas al Real Monasterio al que pertenecían.

Finalmente, y en cuanto a la usucapión alegada en el recurso de la Generalitat, hay que partir de la base de que los bienes litigiosos, precisamente por la especial protección que merecen por su carácter histórico y artístico, tienen la condición de imprescriptibles, pronunciándose en este sentido el art. 27 del Real Decreto-Ley de 9 de agosto de 1926 y los arts. 28 y 29 de la Ley del Patrimonio Histórico Español de 1985.

OCTAVO: Por último, y con relación al Consorci del Museu de Lleida Diocesà i Comarcal (abreviadamente Museu de Lleida), que sigue siendo el custodio de las 44 piezas que a fecha de hoy aún no se hallan en territorio aragonés y que, una vez admitida su solicitud de interviniente adhesivo simple en este pleito, formuló sus alegaciones con arreglo al art. 13.3 de la Ley Procesal, creemos que, aparte de lo que ya se ha dicho en cuanto a los dos recursos de apelación, conviene hacer algunas precisiones adicionales en cuanto a lo alegado por dicho intervinientes.

En primer lugar, y en cuanto a la falta de jurisdicción, hay que insistir en que los contratos litigiosos no están destinados a proveer un servicio público, ni siquiera entendiendo por tal, como hace el interviniente, la exhibición museística de determinadas obras de arte, sin que el presente caso guarde analogía suficiente con el expuesto en el escrito de alegaciones, en que una corporación local alquila unas instalaciones municipales para la gestión de espectáculos taurinos, sin olvidar que aquí el ente público es comprador y no vendedor.

Se alega infracción del principio de justicia rogada porque nadie ejercitó acciones contra el Museu de Lleida, pero sí que fue demandada la Generalitat de Catalunya, integrante del patronato de dicho museo y con indudable facultad para disponer, llegado el caso, la salida de los bienes litigiosos, respecto de los cuales alega también el Museu que constituyen bienes catalogados conforme a la Ley de Patrimonio Cultural Catalán, lo cual no obsta, como ya hemos dicho, para entender que tenían la consideración de bienes de interés cultural con anterioridad a su integración en el patrimonio catalán y que, por tanto, su enajenación a la Generalitat no podía obviar la autorización por parte de las instancias competentes previstas en las leyes protectoras del patrimonio cultural.

Nada hay que añadir tampoco a lo ya dicho sobre competencia territorial, pues el Museu de Lleida también parte de la base de que los bienes litigiosos no son inmuebles y de que la acción ejercitada es de carácter personal y no real. Y tampoco hay que insistir en lo que ya ha quedado expuesto en cuanto a la legitimación activa de la Comunidad Autónoma de Aragón, incluso a la luz de la Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 6/2012, y al momento en que dicha Comunidad asumió las competencias en materia de protección del patrimonio cultural.

También el Museu desarrolla una amplia exposición teórica dirigida a argumentar que los bienes litigiosos no estaban comprendidos en la declaración de monumento nacional, pero insistimos en que la indivisibilidad del conjunto monumental es poco compatible con llevar a cabo una selección de piezas artísticas de modo que algunas de ellas tendrían la misma protección que el monumento mismo y otras no.

El Museu alega que recibió de la Generalitat la posesión de los bienes y que la protección que éstos tienen atribuida conlleva la imposibilidad de segregar las obras sin la observancia de los procedimientos previstos en las leyes catalanas, a lo que hay que replicar que, en el caso de declararse la nulidad de las enajenaciones a la Generalitat, ésta nunca debió haber actuado a título de dueño confiriendo la posesión al Museu, en cuyo caso las leyes catalanas nunca debieron haber entrado en acción.

NOVENO: Al desestimarse por todo lo expuesto los recursos interpuestos, y entendiendo que el caso no presenta serias dudas de hecho o de derecho, procede condenar a las partes apelantes al pago de las costas causadas por sus respectivos recursos en cumplimiento del art. 394.1 de la Ley 1/2000, al que se remite el art. 398.1 de la misma Ley.

Vistos los artículos citados, así como los demás de general y pertinente aplicación, y por todo lo que antecede,

FALLAMOS:

Desestimamos los recursos de apelación interpuestos por la GENERALITAT DE CATALUNYA y por la representación del MUSEU NACIONAL D'ART DE CATALUNYA contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia N.º Uno de Huesca en los autos anteriormente circunstanciados, condenando a los citados apelantes al pago de las costas causadas por sus respectivos recursos.

Sin perjuicio del derecho de las partes a intentar cuantos medios de impugnación consideren legalmente procedentes, contra esta resolución pueden caber, en su caso, los recursos de casación y de infracción procesal, a interponer ante esta misma Audiencia Provincial en un plazo de veinte días, respetando, en todo caso, todas las disposiciones legales reguladoras de dichos recursos, incluida la Disposición Final Decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Notifíquese y devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con un testimonio de esta Sentencia, para que tengan lugar la ejecución y cumplimiento de lo resuelto.

Así, por esta Sentencia, de la que se unirá un testimonio al rollo de Sala, y definitivamente juzgando en esta segunda instancia, lo pronunciamos, ordenamos y firmamos.

Sentencia n.º 190/2016, de 4 de julio de 2016, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Huesca

En Huesca, a cuatro de julio de 2016

Habiendo visto en JUICIO ORAL Y PÚBLICO, ante Doña Silvia Ferreruela Royo, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Huesca, el JUICIO ORDINARIO seguido en este Juzgado con número de autos 61/2014, con intervención de la parte actora, la Comunidad Autónoma de Aragón, asistida por el Letrado Alberto Gimeno López, actuando en su propio nombre, y ejerciendo acciones procesales, previa cesión de las mismas, por la Comunidad Religiosa titular del Real Monasterio de Sijena, las religiosas de la Orden de San Juan de Jerusalén (San Juanistas), en España, y de la Comunidad de Religiosas Comendadoras de San Juan (Orden Hospitalaria de Malta), interviniendo con la parte actora, al amparo del artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena, asistido por el Letrado Jorge F. Español Fumanal y representado por la Procuradora María Pilar Gracia Gracia y de la parte demandada, Administración General del Estado, asistido por el Letrado del Estado Guillermo Enríquez Malavé, Museo Nacional de Arte de Cataluña, asistido por el Letrado Abel Garriga Moyano y representado por el Letrado Javier Laguarda Valero, interviniendo con el Museo Nacional de Arte de Cataluña, al amparo del artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Generalitat de Cataluña, asistida por el Letrado Xavier Muñoz Puiggros, se ha dictado la presente resolución en base a los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 18 de febrero de 2014 el Letrado de la Comunidad Autónoma de Aragón, actuando en representación del Gobierno de

Aragón, y ejerciendo acciones procesales, previa cesión de las mismas por la Comunidad Religiosa titular del Real Monasterio de Sijena, las religiosas de la Orden de San Juan de Jerusalén (San Juanistas), en España, y de la Comunidad de Religiosas Comendadoras de San Juan (Orden Hospitalaria de Malta), interpuso demanda ejercitando acción reivindicatoria de las pinturas de la Sala Capitular del Monasterio de Sijena, dando por extinguida la situación de precario, contra la Administración General del Estado, como administración que dispone y ordena la retención y tutela las pinturas murales de la Sala Capitular del Monasterio de Villanueva de Sijena, y el Museo Nacional de Arte de Cataluña, actual depositario de las pinturas, siendo admitida a trámite por decreto de fecha 20 de febrero de 2014, que acordó dar traslado de la misma a las partes demandadas, emplazándolas para contestar a la demanda en el plazo de veinte días hábiles.

SEGUNDO. El 25 de febrero de 2014 la Procuradora María Pilar Gracia Gracia, en representación del Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena, se personó en el presente procedimiento, conforme al artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como parte codemandante junto al Gobierno de Aragón, deduciendo la correspondiente demanda contra el Museo Nacional de Arte de Cataluña.

TERCERO. El 10 de marzo de 2014 el Procuradora Javier Laguarda Valero, en representación del Museo Nacional de Arte de Cataluña se personó en el procedimiento formulando declinatoria por falta de competencia de la jurisdicción civil para el conocimiento del presente procedimiento, y subsidiariamente por falta de competencia territorial de los juzgados y tribunales del partido territorial de Huesca.

CUARTO. Por providencia de fecha 14 de marzo de 2014 se acordó suspender las actuaciones por el plazo de un mes al haber sido solicitado por el Abogado del Estado mediante escrito de fecha 25 de febrero de 2014, y se tuvo al Museo Nacional de Arte de Cataluña por personado y parte en el presente procedimiento, quedando pendiente la resolución de la declinatoria planteada a que trascurriera el plazo de un mes de suspensión acordado.

QUINTO. Alzada la suspensión acordada por providencia de fecha 14 de marzo de 2014, se dictó auto de fecha 2 de julio de 2014 acordando tener al Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena como parte, en calidad de codemandante, el cual fue recurrido

en reposición por el Museo Nacional de Arte de Cataluña, siendo tramitado el recurso según los trámites legalmente previstos.

SEXTO. El 5 de septiembre de 2014 se dictó auto que desestimó la declinatoria interpuesta por el Museo Nacional de Arte de Cataluña por falta de jurisdicción, declarando la competencia de la jurisdicción civil para conocer del presente procedimiento. Se desestimó igualmente la declinatoria por falta de competencia territorial, declarando la competencia de los juzgados del partido judicial de Huesca.

SÉPTIMO. El 22 de septiembre de 2014 el Procurador Javier Laguarda Valero, en representación del Museo Nacional de Arte de Cataluña, presentó escrito de contestación a la demanda interpuesta por el Gobierno de Aragón, oponiéndose a las pretensiones ejercitadas de contrario. Se alegó, la falta de legitimación activa de la Comunidad Autónoma de Aragón por los siguientes motivos:

1.º Que el Gobierno de Aragón carecería de competencia para ejercitar la acción que ejercita en la demanda, puesto que los bienes objeto de reivindicación estarían fuera de territorio aragonés, y serían objeto de protección por parte de la administración catalana, por lo que prevalecería el principio de territorialidad de conformidad con la STC de 18 de enero de 2012.

2.º Que la Federación de los Monasterios de Monjas de la Orden de San Juan de Jerusalén, que habría cedido las acciones al Gobierno de Aragón, no sería la titular de la acción cedida, en tanto no sería la propietaria de los bienes que se reivindican, y además, carecería de capacidad jurídica, y por tanto de obrar en el orden civil, en tanto no constaría inscrita en el Registro de Entidades Religiosas.

3.º Que la Comunidad de Religiosas Comendadoras de San Juan (Orden Hospitalaria de Malta) no sería la propietaria de los bienes reivindicados, en tanto el Monasterio donde se ubicaban las pinturas murales constaría inscrito como propiedad de la Comunidad de Religiosas del Real Monasterio de Sijena, persona jurídica distinta a la Comunidad de Religiosas Comendadoras de San Juan, inscrita bajo el nombre de Monasterio de San Juan de Acre, y que sería la comunidad religiosa en cuyo nombre indirectamente actuaría el Gobierno de Aragón.

4.º Que la Comunidad de Religiosas Comendadoras de San Juan (Orden Hospitalaria de Malta) carecería de la correspondiente autorización para ceder las acciones al Gobierno de Aragón, concretamente, de licencia de la Santa Sede, por lo que la cesión de acciones sería nula en todo caso.

Finalmente, el Museo Nacional de Arte de Cataluña invocó otros motivos de oposición de fondo, concretamente, alegó que la acción planteada por la comunidad religiosa supondría un abuso de derecho y su ejercicio antisocial, en tanto la actuación de la comunidad religiosa para recuperar las pinturas va dirigida al núcleo del interés social que justifica la declaración de la colección como Bien de Interés Cultural y supondría por tanto un ejercicio contrario a los más básicos valores que encarnan estos bienes.

OCTAVO. El 6 de octubre de 2014 el Abogado del Estado, en representación de la Administración General del Estado, presentó escrito de contestación a la demanda, alegando los siguientes motivos de oposición:

1.º Falta de reclamación administrativa previa frente a la Administración General del Estado. 2.º Falta de acreditación de que quien cedió las acciones era la presidenta federal.

3.º Falta de acreditación de que la presidenta federal pudiera ceder las acciones, teniendo en cuenta que la cesión de acciones es un acto de disposición y no de mera administración.

4.º Falta de acreditación de que la Comunidad de Religiosas Comendadoras de San Juan sea la Comunidad de Religiosas del Real Monasterio de Sijena, que sería la propietaria de los bienes reivindicados.

5.º Falta de legitimación pasiva de la Administración General del Estado, en tanto no sería poseedora ni se irrogaría derecho de propiedad sobre los bienes, alegando que en este procedimiento no serían objeto de enjuiciamiento las actuaciones que en su día llevaron a cabo las Administraciones Públicas, habiéndose limitado la actuación de la Administración General del Estado a la defensa del patrimonio artístico nacional y no pudiendo llevar a cabo en la actualidad ninguna actuación en tanto dicha competencia habría sido transferida a las Comunidades Autónomas.

NOVENO. El 28 de octubre de 2014 el Procurador Javier Laguarda Valero, en representación del Museo Nacional de Arte de Cataluña, presentó escrito de contestación a la demanda interpuesta por el Gobierno de Aragón, que no fue admitido por diligencia de ordenación de 14 de mayo de 2015, que tuvo por contestada la demanda del Gobierno de Aragón, por escrito de contestación de fecha 22 de septiembre de 2014.

DÉCIMO. El 28 de octubre de 2014 el Procurador Javier Laguarda Valero, en representación del Museo Nacional de Arte de Cataluña, presentó escrito de contestación a la demanda formulada por el Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena, reproduciendo los mismos argumentos que esgrimió en la contestación a la demanda formulada por el Gobierno de Aragón. Además, se alegaron los siguientes motivos de oposición:

1.º Falta de legitimación activa del Ayuntamiento de Villanueva de Sijena en tanto no tendría título jurídico que permitiera su intervención, puesto que no sería propietario ni cesionario de quien se presenta como propietario de los bienes, por lo que no podría ejercitar la acción de reintegro de los bienes, ni dicha acción podría fundamentarse en un mandato administrativo, cual es la protección del Patrimonio Histórico, o en la vulneración de normas urbanísticas y administrativas sobre protección del patrimonio.

2.º Prescripción extintiva de la acción reivindicatoria, entendiendo que podría producirse la prescripción de la acción reivindicatoria sin que concurriera la adquisición de la propiedad por un tercero por usucapión.

3.º Falta de los presupuestos para el ejercicio de la acción reivindicatoria, concretamente, la falta de prueba del dominio sobre las pinturas de la parte actora, alegándose que la propietaria de las pinturas sería una comunidad religiosa distinta a la comunidad en nombre de la cual se interpuso la demanda

UNDÉCIMO. El 23 de marzo de 2015 se dictó auto desestimando el recurso de reposición interpuesto por el Museo Nacional de Arte de Cataluña contra el auto que acordó admitir la personación del Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena.

El 30 de marzo de 2015 se dictó auto desestimando los recursos de reposición interpuestos por el Excmo. Ayuntamiento de Villanueva

de Sigena y el Gobierno de Aragón contra la providencia de fecha 14 de marzo de 2014 que tuvo por personado el Museo Nacional de Arte de Cataluña.

DUODÉCIMO. El 22 de abril de 2015 la Generalitat de Cataluña presentó escrito solicitando se le tuviera como parte en el presente procedimiento, siendo admitida su intervención al amparo del artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por auto de fecha 30 de junio de 2015, por lo que el 15 de septiembre de 2015, la Generalitat de Cataluña presentó escrito de alegaciones, oponiéndose a las pretensiones ejercitadas por el Gobierno de Aragón y el Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena, por los siguientes motivos:

1.º Que la actuación de la Generalitat había sido tendente a la protección de las pinturas, concretándose en su uso museístico.

2.º Falta de competencia de la jurisdicción civil para enjuiciar el presente procedimiento, al corresponder a la jurisdicción contencioso-administrativa en todo caso, en tanto en el caso de que se dictara sentencia estimatoria de la demanda, ésta incidiría directamente sobre un ámbito de competencias de una Administración Pública por lo que sería, en todo caso, la Jurisdicción Contenciosa Administrativa la que debería pronunciarse sobre el ejercicio, o no, de unas competencias museísticas como las que ejerce la Generalitat sobre los bienes objeto de este procedimiento.

3.º Se impugnó la cuantía del procedimiento, señalada por el Gobierno de Aragón como indeterminada en la demanda, entendiendo que debería determinarse por el valor de las pinturas en el momento de interposición de la demanda, adjuntándose informe pericial de valoración de las pinturas.

4.º Falta de legitimación activa del Gobierno de Aragón para accionar contra la Generalitat, alegando que la decisión de traslado a Villanueva de Sijena de las pinturas incidirá directamente en la competencia de la Generalitat, conforme a lo resuelto por el Tribunal Constitucional en sentencia de fecha 18 de enero de 2012.

5.º Falta de legitimación activa del Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sigena reproduciendo los argumentos esgrimidos por el Museo Nacional de Arte de Cataluña en su contestación a la demanda.

6.º Se alegó que en la demanda se solicita que se reintegren las pinturas a la Sala Capitular del Monasterio de Sijena, sin tener en cuenta que sus actuales ocupantes serían las Hermanas de Belén y de la Asunción de la Virgen, ajenas a este procedimiento.

7.º Se alegó que el Letrado de la Comunidad Autónoma no podría actuar en representación de la Federación de Monjas puesto que no estaría legalmente habilitado para actuar en representación de una persona privada, conforme a la ley de servicios jurídicos del Estado, por lo que concurriría una clara falta de capacidad para ser parte y de capacidad procesal para representar a la Federación de Monjas.

8.º Incumplimiento de los requisitos para que prospera la acción reivindicatoria, en tanto la demanda no se interpondría por el propietario de las pinturas murales, sino por un cesionario (el Gobierno de Aragón), dándose la circunstancia de que la comunidad religiosa que aparece como propietaria del Monasterio de donde proceden las pinturas es la Comunidad de Religiosas del Real Monasterio de Sijena, y quien habría cedido las acciones sería la Federación de Monjas de la Orden de San Juan de Jerusalén (sanjuanistas).

9.º Carencia de personalidad jurídica por parte de la Federación de Monjas de la Orden de San Juan de Jerusalén al no constar inscrita en el registro de entidades religiosas.

10.º Falta de acreditación de si se obtuvieron los permisos preceptivos de las autoridades, exigidos por derecho canónico.

11.º Falta de acreditación de si la presidenta federal, actuó al ceder las acciones dentro de sus facultades, o era necesario el acuerdo de la Asamblea Federal.

12.º Imposibilidad de oponer a terceros la cesión de acciones, al no haberse inscrito en el Registro de la Propiedad la escritura pública de 24 de mayo de 2013 de cesión de acciones al Gobierno de Aragón.

13.º Prescripción extintiva de la acción reivindicatoria, reproduciendo los argumentos ya esgrimidos por el Museo Nacional de Arte de Cataluña en su escrito de contestación a la demanda.

14.º Posesión legítima de las pinturas por parte del Museo Nacional de Arte de Cataluña, alegando que el 17 de diciembre de 1992 se suscribió un contrato de comodato entre la Generalitat y la Orden de San Juan de Jerusalén, por el cual la orden religiosa cedió las pinturas

a la Generalitat para su exhibición, de modo que mientras se exhiban, no pueden reclamarse.

DECIMOTERCERO. Por auto de fecha 27 de octubre de 2015 se acordó admitir el escrito de alegaciones de la Generalitat de Cataluña con las precisiones que en dicho auto constan, así como devolver los documentos aportados por la Generalitat de Cataluña por no ser el momento procesal oportuno. Dicho auto fue recurrido en reposición por la Generalitat de Cataluña y por el Museo Nacional de Arte de Cataluña, siendo desestimado por auto de fecha 2 de diciembre de 2015.

DECIMOCUARTO. El día 9 de noviembre de 2015 se celebró el acto de audiencia previa.

En dicho acto, se acordó que eran cuestiones de fondo y que por tanto serían resueltas en sentencia las siguientes excepciones planteadas por las partes demandadas:

1.º Falta de legitimación pasiva del Estado.

2.º Falta de legitimación activa del Gobierno de Aragón en tanto la Comunidad Autónoma de Aragón no podría interponer demanda sobre unos bienes que son objeto de protección por otra administración autonómica por haberlo así resuelto el Tribunal Constitucional en sentencia 6/2012, de 18 de enero.

3.º Falta de legitimación activa del Gobierno de Aragón, porque la Comunidad de religiosas comendadoras de San Juan no serían las propietarias de los bienes reclamados sino la Comunidad de Religiosas Reverendas Sanjuanistas del Real Monasterio de Sijena, que a su vez habrían cedido sus derechos sobre los bienes a la Comunidad de Religiosas Reverendas Sanjuanistas del Real Monasterio de San Juan de Jerusalén.

4.º Falta de legitimación activa del Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena.

5.º Imposibilidad de oponer a terceros la cesión de acciones, al no haberse inscrito en el Registro de la Propiedad la escritura pública de 24 de mayo de 2013 de cesión de acciones al Gobierno de Aragón.

6.º Imposibilidad de que el Letrado de la Comunidad Autónoma pudiera actuar en representación de la Federación de Monjas puesto que no estaría legalmente habilitado para actuar en representación

de una persona privada, conforme a la ley de servicios jurídicos del Estado.

7.º Prescripción de la acción.

En el mismo acto de audiencia previa se resolvieron las siguientes cuestiones en el sentido que a continuación se expone:

1.º Inexistencia de capacidad jurídica y de obrar de la Federación de los Monasterios de Monjas de la Orden de San Juan de Jerusalén, que sería quien otorga el poder a favor del Gobierno de Aragón.

Tras efectuar las alegaciones correspondientes, por SS.^a se acordó continuar el procedimiento, entendiendo que la excepción planteada no impedía la continuación del procedimiento, toda vez que Gracia, actúa en la escritura de cesión de acciones a favor del Gobierno de Aragón, no sólo como presidenta federal, sino como representante de la Comunidad de Religiosas Comendadoras de San Juan (Orden Hospitalaria de Malta), que sí constaría inscrita en el Registro de Entidades Religiosas, sin perjuicio, de analizar en sentencia quien cede las acciones y su capacidad para ello.

2.º Falta de autorización de la Santa Sede a la comunidad religiosa para ceder las acciones.

Tras efectuar las alegaciones correspondientes, por SS.^a se acordó continuar el procedimiento, entendiendo que la excepción planteada no impedía la continuación del procedimiento a la vista de la normativa canónica aplicable, sin perjuicio de que pudiera acreditarse a lo largo del procedimiento la necesidad de dicha autorización y resolverse lo procedente en sentencia.

3.º Falta de acreditación de que la Presidenta Federal pudiera realizar por sí misma, sin intervención de la asamblea federal, la cesión de acciones.

Tras efectuar las alegaciones correspondientes, por SS.^a se acordó requerir al Gobierno de Aragón para que aportara en el plazo de cinco días tras la audiencia previa, los estatutos de la Federación a los efectos de resolver sobre dicha cuestión en resolución aparte.

4.º Falta de reclamación administrativa previa a la demanda dirigida a la Administración General del Estado.

Tras efectuar las alegaciones correspondientes, por SS.^a se acordó continuar el procedimiento, entendiendo que la excepción planteada no impedía la continuación del procedimiento a la vista de la jurisprudencia existente, siendo enumeradas las sentencias en las que se apoyaría la decisión de la juzgadora, y teniendo en cuenta el estado procesal en el que se encontraba el procedimiento.

5.º Cuantía del procedimiento. Tras las alegaciones correspondientes realizadas por las partes, por SS.^a se acordó fijar la cuantía como indeterminada, tal como se había fijado por la Comunidad Autónoma de Aragón, y no había sido impugnada por ninguna de las partes demandadas. Si bien la Generalitat de Catalunya había impugnado la cuantía en su escrito de alegaciones, por la juzgadora se entendió que había precluido el trámite de impugnación, puesto que conforme al artículo 255 LEC debe impugnarse en la contestación a la demanda, y que sólo cabía que de oficio pudiera revisarse la cuantía del procedimiento por haberse elegido de modo incorrecto en la demanda la regla para determinar la cuantía. No obstante, y siendo que la Ley de Enjuiciamiento Civil sólo permite dicho supuesto en el caso de que el juzgador tenga elementos suficientes para fijar la cuantía (artículo 254.4 LEC), y no siendo posible determinarla por carecer de cualquier tipo de valoración de los bienes reclamados, se fijó como indeterminada.

Tras resolver dichas cuestiones, se fijaron los hechos controvertidos con el resultado que obra en autos.

Propuesta prueba por las partes, cuya instrucción consta unida a autos, y resuelta la solicitud por SS.^a con el resultado que obra en autos, y habiéndose interpuesto los recursos pertinentes por las partes, que fueron resueltos con el resultado que obra en autos, se señaló el acto del juicio para el día 18 y 19 de enero de 2016.

DECIMOQUINTO. Aportado por la Comunidad Autónoma de Aragón la documentación requerida en la audiencia previa, se dictó auto de fecha 24 de noviembre de 2015 en el cual se acordó desestimar la excepción de falta de capacidad de la Presidenta Federal de la Federación de Monasterios de Monjas de la Orden de San Juan de Jerusalén para ceder las acciones al Gobierno de Aragón.

DECIMOSEXTO. El 18 de enero de 2016 se celebró el acto del juicio al cual comparecieron todas las partes debidamente representadas.

Con carácter previo, la Comunidad Autónoma de Aragón aportó documental al amparo del artículo 270.1 LEC, consistente en el derecho de fecha 25 de noviembre de 2015 por el cual fue nombrada Comisaría Pontifica la Reverenda Madre Gracia, así como escritura pública de fecha 8 de enero de 2016 por el cual Gracia ratificó la escritura de cesión de acciones al Gobierno de Aragón de fecha 24 de mayo de 2013.

La documental fue admitida en el acto tras oír a las partes.

Practicada la prueba con el resultado que obra en autos, quedó pendiente la declaración testifical de Gracia y del perito Indalecio.

Las partes formularon conclusiones sobre la prueba practicada en el acto con el resultado que obra en autos.

DECIMOSEPTIMO. Acordada la práctica como diligencia final, de la declaración testifical de Gracia y la declaración del perito Indalecio por auto de fecha 21 de enero de 2016, que fue recurrido por la Generalitat de Cataluña, por entender que Gracia debía declarar como parte y no como testigo, y desestimado el recurso mediante auto de fecha 24 de febrero de 2016, se practicó la declaración testifical de Gracia mediante videoconferencia el día 11 de abril de 2016 con el resultado que obra en autos.

Indalecio no compareció para la práctica de la diligencia final, aportando el Museo Nacional de Arte de Cataluña informe médico para justificar su inasistencia y solicitando fuera citado nuevamente.

Por SS.^a se acordó no haber lugar a citar de nuevo al perito, formulando la correspondiente protesta la parte que lo había propuesto, por lo que se declaró concluido el acto y se otorgó a las partes el plazo de cinco días para presentar escrito de valoración de la diligencia final practicada.

DECIMOCTAVO. Presentados los correspondientes escritos de conclusiones por la Comunidad Autónoma de Aragón, Administración General del Estado, Museo Nacional de Arte de Cataluña y Generalitat de Cataluña, se dictó diligencia de ordenación de fecha 25 de abril de 2016 quedando los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. La Comunidad Autónoma de Aragón ejercita en su propio nombre, y previa cesión de acciones, en el de la Comunidad Religiosa titular del Monasterio de Sijena, las religiosas de la Orden de San Juan de Jerusalén (Sanjuanistas) en España, y de la Comunidad de Religiosas Comendadoras de San Juan, acción reivindicatoria de las pinturas de la Sala Capitular del Monasterio de Sijena para reintegrarlas al Monasterio, dando por extinguida la situación de precario que pueda considerarse existente a favor de la Administración General del Estado, en tanto Administración que dispuso y ordenó la retención y tutela de los bienes, así como la detentación de las pinturas por parte del Museo Nacional de Arte de Cataluña, actual depositario de las mismas.

Se explica en la demanda que el Monasterio de Santa María de Sijena, inscrito en el Registro de la Propiedad a nombre de la Comunidad de Religiosas del Real Monasterio de Sijena, fue declarado Monumento Nacional el día 28 de marzo de 1923, si bien en 1936, fue incendiado y saqueado por una columna del P.O.U.M. (Partido Obrero de Unificación Marxista) procedente de Barcelona, que determinó que parte de las pinturas de la Sala Capitular se perdieran y el resto quedaran gravemente dañadas, siendo arrancadas y trasladadas a Barcelona, sin que existiera ningún acto previo de una Administración, por lo que sólo existió una actuación de mero hecho carente de cualquier soporte jurídico.

La parte actora manifiesta que tras denegarse la petición de Huesca de recibir las pinturas por parte del Comisaría de la III.^a Comisaría de Patrimonio Artístico Nacional de Zaragoza el 29 de mayo de 1941, el 17 de febrero de 1951 se obtuvo respuesta positiva al acceder la Dirección General de Bellas Artes a la devolución de las pinturas a Huesca., asumiendo, de este modo, la Administración estatal la posición de detentador de las pinturas, en tanto habría dispuesto sobre la ubicación y custodia de las pinturas reclamadas.

Se alega que en 1961 la Dirección General de Bellas Artes autorizó el arrancado de las pinturas que habían quedado ocultas bajo encalados o tabiques del Monasterio, y que todavía se conservaban, sin intervención de la propiedad, siendo trasladadas a Barcelona junto con las pinturas que fueron arrancadas en 1936, y siendo exhibidas

a día de hoy en el Museo Nacional de Arte de Cataluña, tal como aparece en su página web.

Entiende la Comunidad Autónoma de Aragón que las pinturas murales serían parte integrante e inseparable del Real Monasterio de Sijena, por lo que estaríamos ante un concepto extensivo de bien inmueble, estando comprendidas en la declaración del Monasterio como Monumento Nacional de 1923, por lo que cabría afirmar que las pinturas estarían catalogadas como Bien de Interés Cultural.

Se alega en la demanda que al haberse actuado sobre las pinturas sin autorización de la propiedad, nos encontraríamos ante una situación fáctica carente de soporte jurídico, por lo que la tenencia de las pinturas se entendería, en función de la mera tolerancia de la propiedad, como detención sin título y en precario, que no permitiría la retención del bien cualquiera que fuera el transcurso del plazo producido ni permitiría la adquisición de la propiedad por el ejercicio continuado de la posesión, pudiendo, por tanto, ser reclamado por la propiedad en cualquier momento.

El Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena entiende que las pinturas de la Sala Capitular estarían incluidas en la declaración como Monumento Nacional del Monasterio de Sijena, teniendo la condición de Bien de Interés Cultural. Se alega que tras el incendio del Monasterio en 1936, Benigno, por su cuenta y riesgo, y con la ayuda económica de la Generalitat, arrancó las pinturas murales que habían quedado tras el incendio, sin permiso de la Dirección de Bellas Artes y sin mandato de las monjas propietarias, siendo su estancia en el Museo Nacional de Arte de Barcelona siempre temporal y con exclusivo motivo de la restauración de las pinturas hasta su definitiva recolocación en la Sala Capitular del Monasterio, cuando éste estuviera restaurado, según dispuso en varias ocasiones la Administración del Estado. Se alega que en 1961 la Dirección General de Bellas Artes autorizó el arrancado del resto de pinturas murales que habían quedado en el Monasterio de Sijena, con ocasión de la Exposición de Arte Románico de Barcelona de ese mismo año, yendo a parar al MNAC con el mismo carácter de custodia temporal.

Entiende el Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena que nos encontraríamos ante un comodato o préstamo de uso de un bien inmueble que cumplido su plazo o término (restauración del

Monasterio), se habría convertido en precario, pudiendo por tanto reclamarse su restitución en cualquier momento.

Las partes demandadas se habrían opuesto a las pretensiones ejercitadas por la Comunidad Autónoma de Aragón y por el Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena por los motivos expuestos en los antecedentes de hecho, siendo necesario analizar cada uno de los motivos de oposición alegados por las partes demandadas.

SEGUNDO. Con carácter previo se considera necesario determinar la naturaleza de los bienes que se están reclamando en la presente litis, puesto que la naturaleza de los bienes va a ser determinante para la resolución de parte de las cuestiones controvertidas que se han planteado. Para ello, es necesario remontarnos a los orígenes del Monasterio, ubicación originaria de las pinturas murales que se reclaman, circunstancia ésta que no es objeto de discusión, así como a ciertos acontecimientos históricos acaecidos con posterioridad y que resultarían claves en este procedimiento.

El Monasterio de Sijena fue fundado por la reina Sancha de Castilla, esposa del Rey de Aragón, Alfonso II en 1188. La administración del Monasterio acabó siendo encomendada a la Orden femenina de San Juan de Jerusalén. Desde el siglo XV hasta principios del siglo XIX el señorío de Sijena continuó existiendo con relativa normalidad. En el siglo XIX comienza un periodo de decadencia, que se frenó con el retorno del régimen absolutista de Fernando VII, si bien no impidió que en 1834 todos los bienes, incluido el recinto del Monasterio, pasara a manos del Estado y en 1836, coincidiendo con la aprobación de la Ley Mendizábal, se subastaran al mejor postor.

Son tiempos complicados, en los que la existencia del monasterio y de su comunidad corrió serio peligro de desaparecer. Afortunadamente, la venta del convento fue declarada nula años más tarde por un defecto de forma y hacia 1857 las monjas pudieron restablecer la vida en comunidad. Son años en los que las monjas subsisten gracias a las limosnas y a algunas donaciones, así como a la venta de su propio patrimonio artístico. Esto último es lo que conduce a la Comisión de Monumentos de Huesca a proponer la declaración del Monasterio como Monumento Nacional.

La Comisión de Monumentos de Huesca, en su reunión de 24 de mayo de 1920 acuerda iniciar el expediente para declarar al

Monasterio como Monumento Nacional (documento 11 de la demanda del Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena), lo cual tiene lugar mediante Real Orden de 28 de marzo de 1923 en la que se establece:» S. M. el REY (q. D. g.) ha tenido a bien disponer se declare monumento nacional el Real Monasterio de Sijena sito en el término de Villanueva de Sijena en la provincia de Huesca, comprendiendo dicha declaración de monumento nacional el templo, el claustro y su sala capitular, el palacio prioral, el refectorio, el dormitorio antiguo, la sala de la Reina y la parte subsistente de la fortificación, quedando desde el momento de tal declaración bajo la tutela del Estado y la inmediata inspección de la Comisión provincial de Monumentos históricos y artísticos de Huesca debiéndose comunicar al Registro de la Propiedad donde el citado edificio se halle inscrito la referida declaración de monumento nacional que del mismo se hace, al efecto de la oportuna anotación marginal en el libro correspondiente».

La citada Real Orden de 28 de marzo de 1923 se realizó a la vista del informe de fecha 8 de marzo de 1923 de la Real Academia de la Historia (documento 13 de la demanda del Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena) en el cual se enumeran los llamados «méritos de orden puramente artísticos» que reúne el Monasterio, y que lo hacen merecedor de la declaración como Monumento Nacional, entre los cuales incluye a la sala capitular del Monasterio describiéndola del siguiente modo: «La sala capitular, situada entre el claustro y el brazo norte del crucero, es sobre todo notable por su cerramiento con arcos y artesonados de lecería mudéjar y por la rica decoración pintada de bellos ornatos, alegorías y composiciones de la Vida de Jesús en los muros, ejecutado, se cree que por artistas sicilianos, en la primera mitad del siglo XIV; estando por todo ello considerada esta sala como preciosa obra artística».

Así mismo, continúa diciendo más adelante: «...Guardan el Monasterio y su iglesia, obras varias artísticas y de recuerdo histórico, además de las enumeradas, partes todas ellas integrantes del monumento, cuales son, entre otras, retratos de las nobles prioras y retablos, de los cuales menester es citar el del Panteón Real, compuesto de tablas pintadas, representativas de la Vida del Señor y de Santos...».

De acuerdo con la disposición adicional primera de la vigente Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español los bienes que con anterioridad a su entrada en vigor hubieran sido declarados

histórico-artísticos o incluidos en el Inventario del Patrimonio Artístico y Arqueológico de España pasan a tener la consideración y a denominarse Bienes de Interés Cultural.

El artículo 27 de la Ley 16/1985 establece que tendrán la consideración de Bien de Interés Cultural, los bienes muebles contenidos en un inmueble que haya sido objeto de dicha declaración y que ésta los reconozca como parte esencial de su historia.

Por lo tanto, cuando un bien inmueble es declarado Bien de Interés Cultural, es necesario que dicha declaración reconozca los bienes muebles contenidos en dicho inmueble como parte integrante de su historia, para que éstos puedan tener la consideración de Bienes de Interés Cultural. Ahora bien, este reconocimiento expreso se exige sólo respecto a los bienes muebles y no a aquellas partes que integran el propio inmueble y que contendrían por tanto la consideración de bien inmueble, con independencia de que se trate de elementos que pudieran separarse del bien al que se encuentran unidos, tal como sería el caso de las pinturas murales que son objeto del presente procedimiento.

El artículo 334 del Código Civil atribuye la condición de bien inmueble en su apartado cuarto a «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».

El Real Decreto Ley de 9 de agosto de 1926, sobre Protección, Conservación y Acrecentamiento de la Riqueza Artística (Gaceta de Madrid n.º 227 de fecha 15 de agosto de 1926) establecía en su artículo 2 que «formarán parte del Tesoro artístico nacional los bienes inmuebles que a continuación se expresan: a) Todos los monumentos o parte de los mismos que, radicando en el suelo de la Nación, hayan sido declarados, antes de ahora, como monumentos históricos, artísticos nacionales o monumentos arquitectónico-artísticos, y los que se declaren en adelante como pertenecientes al Tesoro artístico nacional, ya sean propiedad del Estado, Provincia, Municipio, Entidades públicas o particulares».

El artículo 4 del mismo texto legal ampliaba el concepto de bien inmueble dado por el artículo 334 del Código Civil, diciendo que «para los efectos de este Decreto-ley, tienen la consideración de bienes

inmuebles, además de los enumerados en el artículo 334 del Código civil, cuantos elementos puedan considerarse consustanciales con los edificios y formen parte de los mismos o de su exorno, o lo hayan formado, aunque en el caso de poder ser separados constituyan un todo perfecto de fácil aplicación a otras construcciones o a usos distintos del suyo original, cualquiera que sea la materia de que estén formados, y aunque su separación no perjudique visiblemente al mérito histórico artístico del inmueble a que están adheridos».

El artículo 14 de la vigente Ley de Patrimonio Histórico, que deroga el Real Decreto Ley de 9 de agosto de 1926, amplía el concepto de bien inmueble previsto en el artículo 334 del Código Civil, en términos muy similares, al considerar bienes inmuebles «cuantos elementos puedan considerarse consustanciales con los edificios y formen parte de los mismos o de su exorno, o lo hayan formado, aunque en el caso de poder ser separados constituyan un todo perfecto de fácil aplicación a otras construcciones o a usos distintos del suyo original, cualquiera que sea la materia de que estén formados y aunque su separación no perjudique visiblemente al mérito histórico o artístico del inmueble al que están adheridos».

A la vista de la normativa expuesta ninguna duda cabe que las pinturas murales que se ubicaban en las paredes de la Sala Capitular del Monasterio de Sijena merecen el calificativo de bien inmueble, como parte integrante del Monasterio, y ello con independencia de que pudieran ser separadas y actualmente sean exhibidas en el MNAC. No puede obviarse que en el informe de fecha 8 de marzo de 1923 de la Real Academia de la Historia (documento 13 de la demanda del Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena) que fue tenido en cuenta para la declaración del Monasterio como Monumento Nacional, se hace referencia expresa, como elemento que avala dicha declaración, a la Sala Capitular y concretamente, entre otros elementos de riqueza artística, a la rica decoración pintada en los muros.

En el momento en el cual el Monasterio es declarado Monumento Nacional en 1923 las pinturas murales, objeto de este procedimiento, formaban parte integrante de la Sala Capitular, siendo ésta uno de los elementos artísticos del Monasterio que propicia tal declaración, hasta el punto de que dicha declaración como Monumento Nacional comprende expresamente la Sala Capitular del Monasterio, entre otros departamentos tal como hemos visto en la Real Orden. Por lo tanto,

siendo las pinturas murales, parte integrante de la Sala Capitular, y estando ésta comprendida en la declaración de Monumento Nacional, podemos asegurar que dichas pinturas murales merecen el calificativo de Bien de Interés Cultural.

TERCERO. Se alega tanto por el MNAC como por la Generalitat la excepción de falta de legitimación activa del Gobierno de Aragón para la interposición de la demanda por diferentes motivos, siendo uno de ellos, la carencia total y absoluta de competencia de la administración aragonesa para interponer una demanda que afecta a unos bienes que son objeto de protección por otra administración autonómica, invocando la STC 6/2012, de 18 de enero, que resolvió un conflicto positivo de competencia entre ambas administraciones.

Sin perjuicio de la legitimación que la Comunidad Autónoma de Aragón se atribuye en virtud de la cesión de acciones, y que será objeto de discusión en otro fundamento jurídico, la Comunidad Autónoma de Aragón se irroga legitimación para interponer la demanda en su propio nombre en base a las competencias que en materia de patrimonio cultural le atribuiría el Estatuto de Autonomía de Aragón.

Así, el artículo 71. 45.^a del Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, atribuye a la Comunidad Autónoma de Aragón competencia exclusiva en materia de «Patrimonio cultural, histórico, artístico, monumental, arqueológico, arquitectónico, científico y cualquier otro de interés para la Comunidad Autónoma, en especial las políticas necesarias encaminadas a recuperar el patrimonio aragonés que se encuentre ubicado fuera del territorio de Aragón.»

El artículo 22 del mismo texto legal establece en su apartado primero que «los poderes públicos aragoneses promoverán la conservación, conocimiento y difusión del patrimonio cultural, histórico y artístico de Aragón, su recuperación y enriquecimiento». El apartado segundo continúa diciendo que «en particular, los poderes públicos aragoneses desarrollarán las actuaciones necesarias para hacer realidad el regreso a Aragón de todos los bienes integrantes de su patrimonio cultural, histórico y artístico que se encuentran fuera de su territorio».

Por otro lado, la Ley 3/1999, de 10 de marzo, de Patrimonio Cultural de Aragón, dispone en su artículo 7 que «La Administración

de la Comunidad Autónoma utilizará todos los medios disponibles a su alcance a fin de asegurar el retorno a Aragón de aquellos bienes del Patrimonio Cultural Aragonés que se hallen fuera de su territorio, y elaborará, en colaboración con otras Administraciones públicas, una relación pormenorizada de los bienes que se encuentran en tal situación».

Teniendo en cuenta que el artículo 2 de la Ley de Patrimonio Cultural de Aragón integra dentro del concepto de Patrimonio Cultural Aragonés «todos los bienes materiales e inmateriales relacionados con la historia y la cultura de Aragón que presenten interés antropológico, antrópico, histórico, artístico, arquitectónico, mobiliario, arqueológico, paleontológico, etnológico, científico, lingüístico, documental, cinematográfico, bibliográfico o técnico», la legitimación activa de la Comunidad Autónoma de Aragón para interponer en su propio nombre la demanda que da origen a la presente litis descansa, como premisa primera, en la calificación como bienes de interés cultural de los bienes que se reclaman.

El MNAC y la Generalitat de Catalunya invocan la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 18 de enero de 2012, que resolvió el conflicto positivo de competencias planteado por la Generalitat en relación con los órdenes del Consejero de Educación y Cultura de la Diputación General de Aragón de 8 de agosto de 1997 y 10 de febrero de 1998, a través de las cuales se ejercía el derecho de retracto respecto de determinados bienes procedentes del Monasterio de Sijena vendidos a la Generalitat por parte de las religiosas de la Orden de San Juan de Jerusalén por contratos suscritos en fechas 28 de enero de 1983 y 18 de enero de 1992. Se alega por las demandadas que dicha sentencia estableció que la competencia de Aragón sobre los bienes procedentes de Sijena colisiona con la competencia de la Generalitat en la preservación del patrimonio que se encuentra en su territorio, independientemente de su origen, declarando la inconstitucionalidad de las Órdenes del Gobierno de Aragón por las que se ejercía el derecho de retracto.

En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional pone de manifiesto en su fundamento jurídico sexto la existencia de dos Comunidades Autónomas, Cataluña y Aragón, que poseen competencia exclusiva en materia de protección de patrimonio histórico y cultural, ejerciéndola respecto de determinados bienes procedentes del Monasterio de

Sijena, que fueron trasladados a Cataluña, de modo que la Generalitat de Cataluña procedió a su adquisición en 1983 y 1992, actuándose desde entonces a favor de su protección, y, por otro lado, el Gobierno de Aragón ejerció respecto de ellos el derecho de retracto como un modo de procurar el retorno de los mismos a su territorio.

La sentencia concluye en su fundamento jurídico octavo que «el recurso al derecho de retracto como instrumento de la política de recuperación del patrimonio cultural ubicado fuera del territorio de Aragón, que se realiza en ejercicio de la competencia exclusiva sobre patrimonio histórico y cultural, choca con la competencia autonómica catalana en materia de preservación del patrimonio que ha de entenderse que se extiende a aquel que está en su territorio, independientemente de su origen (artículo 127 EAC)».

Ahora bien, no puede obviarse que la misma sentencia, en el fundamento jurídico segundo, excluye del conflicto jurisdiccional, todas aquellas cuestiones relacionadas con la calificación de los bienes y con los eventuales vicios de legalidad de que pudiera adolecer el proceso de enajenación de los bienes, considerando que correspondería enjuiciarlas a los Tribunales ordinarios.

La STC 6/2012, de 18 de enero, se considera no aplicable al caso que ahora nos ocupa, y ello porque la citada sentencia, tal como hemos manifestado resuelve un conflicto positivo de competencias en materia de patrimonio entre Cataluña y Aragón, mientras que en el presente supuesto se ejercita por la Comunidad Autónoma acción reivindicatoria de las pinturas murales procedentes de la Sala Capitular del Monasterio de Sijena, debiendo dilucidarse la titularidad de las pinturas y el título jurídico, caso de haberlo, en el que se funda la posesión actual de las mismas, y por lo tanto, si procede o no la restitución de las pinturas a su lugar de origen.

Negarle a la Comunidad Autónoma de Aragón la posibilidad de discutir dichas cuestiones ante la jurisdicción ordinaria supondría impedir o dejar sin contenido sus competencias en materia de patrimonio cultural, y concretamente, las políticas necesarias encaminadas a recuperar el patrimonio aragonés que se encuentre ubicado fuera del territorio de Aragón.

Así lo han venido a considerar las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón n.º 374/2013 y 375/2013, de 28 de mayo, y n.º

379/2013 y 380/2013, de 29 de mayo, dictadas al resolver los recursos contencioso administrativos interpuestos por la Generalitat de Cataluña contra las declaraciones por parte del Gobierno de Aragón como bienes de interés cultural o bienes inventariados diversos bienes que se encontraban depositados en el Museo de Lérida, Diocesano y Comarcal, procedentes de varias parroquias aragonesas. En dichas sentencias, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1992, remarca que el Tribunal Constitucional ha venido considerando que el territorio es el elemento delimitador de las competencias de las Comunidades Autónomas en su relación con las demás Comunidades y con el Estado, con la salvedad de que este principio no puede ser interpretado en términos que impidan a las instancias autonómicas, en el ejercicio de sus propias competencias, adoptar decisiones cuyas consecuencias puedan proyectarse sobre otros lugares del territorio nacional. Y con referencia a los casos que enjuicia el Tribunal Superior de Justicia en cada una de sus resoluciones, manifiesta que «y en el presente caso, sin desconocer la similitud del supuesto examinado en dicha sentencia, no cabe equiparlo al mismo –aquí no se trata, como en aquel, del ejercicio del derecho de retracto de conocidos bienes del patrimonio cultural aragonés adquiridos por la Generalidad, sino de determinar la condición de bienes de tal naturaleza a los aquí en cuestión, con el consiguiente régimen de protección que en modo alguno se limita a recoger la posibilidad del ejercicio de tal derecho–. El criterio de territorialidad seguido en dicha sentencia y para ese caso concreto –resolviendo el específico conflicto positivo de competencia planteado– no puede considerarse de aplicación al caso que ahora examinamos, so pena de ir en contra de la propia doctrina del Alto Tribunal antes referida que rechaza una interpretación del mismo que, en el supuesto enjuiciado, supondría impedir o dejar sin contenido las competencias que esta Comunidad tiene asumidas respecto de su patrimonio cultural, entre ellas, las políticas necesarias encaminadas a recuperar el patrimonio aragonés que se encuentre ubicado fuera del territorio de Aragón. Debiendo al efecto considerarse esencial la concreción de los bienes integrantes del patrimonio cultural aragonés en tal situación y, previa su valoración, su adecuada clasificación e inclusión en los correspondientes registros –a gestionar por la propia Comunidad– como paso previo que le posibilite el ejercicio de sus competencias sobre ellos. Negar tal facultad por el solo hecho de encontrarse los bienes fuera del territorio aragonés vendría a privar

de toda capacidad de actuación sobre los mismos y, en definitiva, de las competencias asumidas».

No siendo aplicable la STC 6/2012, de 18 de enero, al caso que ahora nos ocupa, procede afirmar la competencia de la Administración aragonesa para interponer la demanda que da origen al presente procedimiento, en base a las competencias que estatutariamente tiene atribuidas.

CUARTO. Se alegó por las partes demandadas la falta de legitimación activa de la Comunidad Autónoma de Aragón para interponer la demanda alegando la inexistencia de capacidad jurídica y de obrar de la Federación de los Monasterios de Monjas de la Orden de San Juan de Jerusalén, que sería quien le habría cedido las acciones procesales.

El MNAC y la Generalitat entienden que al no estar inscrita la Federación en el Registro de Entidades religiosas, carecería de personalidad jurídica, por lo que no tendría capacidad jurídica para ceder las acciones a la Comunidad Autónoma de Aragón. Invocan el artículo 38 del Código Civil, que dispone que las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de constitución, rigiéndose la Iglesia en este punto por lo concordado entre ambas potestades, concretamente, por el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos de 3 de enero de 1979, que en su artículo 1, apartado cuarto, reconoce personalidad jurídica y plena capacidad de obrar a las Órdenes, Congregaciones religiosas y otros Institutos de vida consagrada y sus provincias y sus casas, y a las asociaciones y otras entidades y fundaciones religiosas que gozaran de ella a la entrada en vigor del acuerdo, así como a aquéllas que, erigidas canónicamente a fecha de entrada en vigor del acuerdo, no gozaran de personalidad jurídica, así como a aquellas que se erigieran canónicamente tras la entrada en vigor del acuerdo, siempre que se inscribieran en el correspondiente Registro del Estado., siendo éste, el Registro de Entidades Religiosas, creado por la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1980, y desarrollada su regulación mediante el Real Decreto 142/1981, de 9 de enero.

El artículo 5 de la citada Ley Orgánica de Libertad Religiosa establece en su apartado primero que las Iglesias, Confesiones y

Comunidades religiosas y sus Federaciones gozarán de personalidad jurídica una vez inscritas en el correspondiente Registro público, que se crea, a tal efecto, en el Ministerio de Justicia.

Consta acreditado, mediante oficio remitido por el Registro de Entidades Religiosas, con entrada en este Juzgado el día 2 de diciembre de 2015 (folio 1539) que la Federación de Monjas de la Orden de San Juan de Jerusalén no constaría inscrita en dicho Registro.

La excepción alegada por el MNAC y la Generalitat de Cataluña cobra sentido si partimos del hecho de que es la Federación la que cede las acciones procesales a la Comunidad Autónoma de Aragón para entablar la demanda que da origen a la presente litis, circunstancia éste que ha sido mantenida en todo momento por las partes codemandadas, que han defendido que quien cedía las acciones era la Federación de Monjas de la Orden de San Juan de Jerusalén, apoyándose en el hecho de que Gracia actúa únicamente en la escritura de cesión de acciones como Presidenta Federal.

No obstante, examinadas las actuaciones, llegamos a otra conclusión. En la escritura de cesión de acciones de fecha 24 de mayo de 2013, cuya copia fue aportada como documento n.º 1 de la demanda de la Comunidad Autónoma de Aragón (folio 22), y su original fue aportado en la Audiencia Previa (folio 1401), Gracia actúa como Presidenta Federal de la Federación de los Monasterios de Monjas de la Orden de San Juan de Jerusalén en España, y concretamente, de una de las Comunidades que forman parte de la Federación, la Comunidad de Religiosas Comendadoras de San Juan (Orden Hospitalaria de Malta). Queda muy claro que Gracia no sólo es la Presidenta Federal de la Federación, sino la representante de la Comunidad. En la escritura pública expresamente se dice que la Comunidad de Religiosas Comendadoras de San Juan estaría interesada en la recuperación de las pinturas de su propiedad de la Sala Capitula del Real Monasterio de Sijena, y debido a las dificultades que tendrían sus dueñas por su condiciones de religiosas de clausura para el ejercicio de las acciones de las acciones correspondientes frente a sus actuales poseedores de hecho, cede al Gobierno de Aragón cuantas acciones le pudieran corresponder. La cesión no la hace la Federación sino la Comunidad de Religiosas Comendadoras de San Juan, dándose la coincidencia de que la Presidenta Federal es la representante de la comunidad religiosa, la cual sí que constaría

inscrita en el Registro de Entidades Religiosas, al igual que las demás comunidades religiosas que forman parte de la Federación (documento n.º 22 de la contestación del MNAC (folios 1068 y siguiente)).

A lo anterior debe unirse el hecho de que el 25 de noviembre de 2015 la Congregación para los Institutos de vida consagrada y las Sociedades de vida apostólica dicta decreto en virtud del cual nombra a Gracia, Comisaría Pontificia del Real Monasterio de Religiosas Comendadoras de San Juan de Jerusalén (Orden de Malta) de Salinas de Añana, del Real Monasterio de Religiosas Comendadoras de San Juan de Jerusalén (Orden de Malta) de Santa María de Sijena, del Real Monasterio de Religiosas Comendadoras de San Juan de Jerusalén (Orden de Malta) de Valldoreix, y del Real Monasterio de Religiosas Comendadoras de San Juan de Jerusalén (Orden de Malta) de Zamora en España (folio 1653).

El día 8 de enero de 2016 Gracia, como Comisaría Pontificia y en representación de todos los Monasterios anteriormente citados, comparece ante al Notario Alfredo Pérez Ávila, ante el cual otorgó la escritura de cesión de acciones de fecha 24 de mayo de 2013, y ratifica el contenido íntegro de dicha escritura.

A la vista de todo lo expuesto, procede concluir que la Federación no es quien cede las acciones del Gobierno de Aragón, por lo que procede desestimar la excepción de falta de legitimación activa del Gobierno de Aragón por el hecho de que la Federación no tenga personalidad jurídica, circunstancia esta última sobre la que no vamos a entrar.

Debe aclararse que el auto de fecha 24 de noviembre de 2015 que acordó no estimar la excepción planteada por la Generalitat y por la Administración General del Estado de que la Presidenta Federal de la Federación de los Monasterios de Monjas de la Orden de San Juan de Jerusalén (Sanjuanistas) no tenía capacidad para realizar la cesión de acciones a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón (folio 1511) se dictó a raíz de la excepción planteada por las codemandadas de que la Presidente Federal no podía por sí sola ceder las acciones sin el acuerdo de la asamblea federal, sin entrar a valorar en ese momento si era la Federación quien cedía las acciones al Gobierno de Aragón, circunstancia ésta que en la audiencia previa quedó para resolver en sentencia.

QUINTO. Dentro de la excepción de falta de legitimación de la Comunidad Autónoma de Aragón, se alega como causa de la ausencia de tal legitimación por parte del MNAC y de la Generalitat de Cataluña, la falta de autorización de la Santa Sede a la Comunidad de Religiosas Comendadoras de San Juan para ceder las acciones, considerándose que dicha autorización era necesaria, invocándose los cánones 638, 1189, 1291 a 1295 del Código de Derecho Canónico.

Se aportó por el MNAC como documento n.º 16 de su contestación a la demanda, informe emitido por el canonista Indalecio, que tras analizar los cánones del Código de Derecho Canónico citados, llega a la conclusión de que la cesión de acciones efectuada por la Comunidad de Religiosas Comendadoras de San Juan a favor del Gobierno de Aragón, se calificaría como operación que se encuadra dentro de la esfera de los bienes temporales y patrimoniales, por lo que debiera haberse incoado el preceptivo Expediente conforme a Derecho, para solicitar y conseguir la preceptiva Licencia de la Santa Sede.

En dicho informe, explica el canonista Indalecio que la Comunidad de Religiosas Comendadoras de San Juan estaría integrada en la categoría de Instituto Religioso, estando regulado, en primer lugar, como norma preferente, por las normas de derecho universal emanadas de la Santa Sede y contenidas primordialmente en el Código de Derecho Canónico. Dentro del Código de Derecho Canónico, presta especial atención el sr. Indalecio a los cánones 634 a 640, que versan «De los bienes temporales y de su administración».

El canon 634 dispone que «los institutos, las provincias y las casas, como personas jurídicas que son de propio derecho, tienen capacidad de adquirir, poseer, administrar y enajenar bienes temporales, a no ser que esta capacidad quede excluida o limitada por las constituciones».

El canon 635.1, se remite a las prescripciones del Libro V, relativo a los bienes temporales de la Iglesia, para la regulación de los bienes temporales de los institutos religiosos, al tratarse éstos de bienes eclesiásticos.

El canon 638.3 dispone que «para la validez de una enajenación o de cualquier operación en la cual pueda sufrir perjuicio la condición patrimonial de una persona jurídica, se requiere la licencia del Superior competente dada por escrito, con el consentimiento de su consejo. Pero si se trata de una operación en la que se supere la suma

determinada por la Santa Sede para cada región, o de bienes donados a la Iglesia, a causa de un voto, o de objetos de gran precio por su valor artístico o histórico, se requiere además la licencia de la misma Santa Sede».

El sr. Indalecio pone de manifiesto la congruencia de este canon con la normativa general del libro V, en cuyo artículo 1292.2 se establece que «si se trata, en cambio, de bienes cuyo valor es superior a la cantidad máxima, o de exvotos donados a la Iglesia, o de bienes preciosos por razones artísticas o históricas, se requiere para la validez de la enajenación también la licencia de la Santa Sede».

A continuación, analiza que debe entenderse como «bienes preciosos» puesto que el Código de Derecho Canónico no los define, entendiendo por tales aquellos bienes u objetos «muebles» que sobresalen y merecen la consideración de notables por razón de su antigüedad y testimonio histórico, por razón del arte, o bien por el mismo valor de la materia utilizada para elaborarlos.

Así mismo, advierte que en el futuro canónico el concepto «enajenación» tiene un sentido más amplio que el de la compraventa, por lo que incluiría cualquier modo jurídico que pueda poner en peligro la permanencia de un bien o que puede poner un determinado bien en riesgo de perderse para el pretendido titular, remarcando que el canon 1295 subraya que «los requisitos establecidos en los cánones 1291-1294 deben observarse no sólo en una enajenación, sino también en cualquier operación de la que pueda resultar perjudicada la situación patrimonial de la persona jurídica».

Considera obvio el sr. Indalecio que la cesión por parte de la Comunidad de Religiosas Comendadoras de San Juan al Gobierno de Aragón de todos los derechos que en Derecho puedan corresponder para accionar contra el MNAC para que le retornen una obras de arte, pondría en riesgo la permanencia de dichos bienes de valor histórico-artístico en el ámbito de la titularidad dominical de la Iglesia, caso de que los Tribunales civiles emitieran una resolución que consolidara el acceso dominical de las referidas obras de arte a favor de otros Entes distintos al Instituto religioso, produciéndose la situación contraria a la que las propias religiosas impugnan, quedando las obras de arte que habían estado en el Monasterio de Sijena fuera de la órbita de las Religiosas de la Orden de San Juan de Jerusalén.

Examinados los cánones del Código de Derecho Canónico que se citan, así como el informe el sr. Indalecio, llegamos a una conclusión distinta a la de éste. Si bien no resulta discutible que las pinturas murales cuyo retorno a la Sala Capitular del Monasterio de Sijena se solicita en la demanda merecen la calificación de bienes preciosos, en tanto Bienes de Interés Cultural, tal como se declaró en el fundamento jurídico segundo de esta resolución, sin embargo, se discrepa de que el acto de cesión de acciones pueda suponer un perjuicio para la situación de la comunidad religiosa, conforme a lo previsto en el Código de Derecho Canónico.

El Sr. Indalecio entiende que el perjuicio se produciría porque con la cesión de acciones se pondría en riesgo la permanencia de las pinturas murales en el ámbito de la titularidad dominical de la Iglesia, caso de que se dictara sentencia que consolidara el acceso dominical de las referidas pinturas a favor de otros entes distintos a la propia comunidad religiosa.

Si examinamos la demanda interpuesta por la Comunidad Autónoma de Aragón, apreciamos que con la misma se pretende la devolución de las pinturas a sus legítimas propietarias, esto es a la Comunidad de Religiosas del Monasterio de Sijena. Sorprende la conclusión a la que llega el sr. Indalecio y junto a él, las partes codemandadas, puesto que es en el momento actual cuando las pinturas están fuera del ámbito de acción de la Iglesia, en tanto que, se está alegando por el MNAC y por la Generalitat, que fueron cedidas a la Generalitat sin ningún tipo de contraprestación y actualmente serían exhibidas en el MNAC, sin que la comunidad religiosa ostente la posesión de las mismas ni reciba ningún tipo de contraprestación económica, y lo que se pretende con la demanda interpuesta por la Comunidad Autónoma de Aragón es que sus legítimas propietarias recuperen las pinturas murales, interesando se acuerde que dichas pinturas retornen a la Sala Capitular del Monasterio de Sijena, ubicación originaria de las pinturas murales, y propiedad de la comunidad religiosa citada.

El MNAC apunta en su contestación a la demanda que el perjuicio para la situación patrimonial de la comunidad religiosa no solo podría venir dado por la salida de las pinturas murales de su patrimonio, circunstancias ésta que se descarta, tal como ya hemos analizado en las anteriores líneas, sino por el perjuicio en sí que podrían sufrir las

pinturas murales por su traslado desde dependencia del MNAC, que constituiría el mejor emplazamiento para su conservación, difusión, disfrute y estudio, a su emplazamiento original en la Sala Capitular el Monasterio de Sijena, por lo cual, deberían tenerse en cuenta todos aquellos criterios propios de la conservación del patrimonio en sentido amplio, esto es, la adecuada conservación de las obras y las consecuencias de su traslado, así como la valoración de todos los aspectos relativos al conocimiento, disfrute y estudio de las obras.

La repercusión que un eventual traslado de las pinturas podría tener caso de estimarse la demanda, será objeto de estudio más adelante.

SEXTO. Se alega por la Generalitat de Cataluña la falta de legitimación de la Comunidad Autónoma de Aragón, en tanto no surtiría efecto contra terceros la cesión de acciones procesales efectuada mediante escritura de fecha 24 de mayo de 2013, y que recaería sobre un bien inmueble, al no estar inscrita en el Registro de la Propiedad conforme al artículo 1526 del Código Civil, que establece que «la cesión de un crédito, derecho o acción no surtiría efecto contra tercero sino desde que su fecha deba tenerse por cierta en conformidad a los artículos 1.218 y 1.227. Si se refiere a un inmueble, desde la fecha de su inscripción en el Registro».

El artículo 1526 del CC se encuentra dentro del Capítulo VII, titulado «De la transmisión de créditos y demás derechos incorporales», del Título IV, dedicado al contrato de compra venta, del Libro IV, dedicado a las obligaciones y contratos.

Podemos definir la cesión de créditos, derechos o acciones, como un negocio jurídico por el que el cedente transmite el cesionario los derechos que el primero ostenta frente a una tercera persona, ajena a la transmisión, pero que pasa a responder frente al cesionario, sin que la relación primitiva se extinga.

Así, tiene declarado el Tribunal Supremo que «la cesión de crédito, como sustitución de la persona del acreedor por otra respecto del mismo crédito, supone un cambio de acreedor quedando el nuevo con el mismo derecho que el anterior, permaneciendo incólume la relación obligatoria... cuya cesión es admitida, con carácter general, por el artículo 1112 del Código Civil y está regulada, con carácter particular, en los artículos 1526 y siguientes del mismo cuerpo legal,

como negocio jurídico, sea o no contrato de compraventa» (Sentencias de 15 de noviembre de 1990, 22 de febrero de 1994 y 18 de julio de 2005).

En el presente supuesto, nos encontramos ante una cesión peculiar, puesto que si bien es cierto que la comunidad religiosa efectuó a través de escritura pública de fecha 24 de mayo de 2013 una cesión de acciones administrativas y procesales a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón, ésta simplemente, en virtud de dicha cesión, va a ostentar en el presente pleito una legitimación activa «ad procesum» por sustitución, si bien los efectos de la sentencia que se dicten no le van a afectar por el hecho mismo de la cesión, puesto que no se interesa en la demanda que las pinturas murales se entreguen a la Comunidad Autónoma de Aragón sino a la comunidad religiosa cedente, en tanto se pretende que se restituyan a la Sala Capitular del Monasterio de Sijena del cual es propietaria. Es decir, la Comunidad Autónoma no va a ocupar la posición de la comunidad religiosa a todos los efectos, sino sólo a los efectos de ostentar la legitimación activa para ejercitar las acciones en el presente procedimiento.

Lo expuesto anteriormente nos conduce a considerar que la excepción planteada por la Generalitat de Cataluña carece de sentido, y ello porque la inscripción en el Registro de la Propiedad viene exigida por el artículo 1.526.2 del Código Civil cuando la cesión afecta a un inmueble con la finalidad de evitar que los terceros a los que pueda afectar la cesión sufran cualquier perjuicio que podía derivar del mero desconocimiento de la nueva situación jurídica que nace con la cesión.

En el presente supuesto ningún perjuicio alega la Generalitat de Cataluña derivado del hecho mismo de la cesión de acciones a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón, puesto que no lo hay, por lo que la excepción alegada carece de virtualidad en este caso concreto.

SÉPTIMO. Por parte de la Generalitat de Cataluña se alega la ilegalidad de que los servicios jurídicos de la Comunidad Autónoma de Aragón representen intereses privados, por entender que la Abogacía de la Comunidad Autónoma de Aragón tiene carácter estatutaria, en virtud de la cual no puede actuar al margen de las competencias y atribuciones dispuestas por la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, de aplicación supletoria a cualquier Administración Pública.

Concretamente, se refiere que el artículo 1 de la citada Ley, configura la competencia y atribuciones de la Abogacía del Estado, así como de cualquier otra Administración, como lo es la de la Comunidad Autónoma de Aragón, en el asesoramiento, la representación y defensa de las Administraciones y de sus órganos autónomos, por lo que no pueden representar intereses privados y/o personales, a excepción de la representación y defensa de las autoridades y empleados públicos en procedimientos que se sigan por actos u omisiones relacionados con el cargo (artículo 2).

La Comunidad Autónoma de Aragón aporta como documento n.º 10 de su demanda (folio 53) certificado emitido por el Secretario del Gobierno de Aragón, quien certifica que el día 29 de agosto de 2013, el Gobierno de Aragón adoptó, entre otros, acuerdo en el que autoriza a la Dirección General de Servicios Jurídicos para el ejercicio de las acciones que procedan en derecho ante cualquier órgano jurisdiccional, y en cualquier trámite, instancia o recurso y dimanantes de la escritura pública de fecha 24 de mayo de 2013, con la finalidad de lograr la reintegración de las pinturas murales a su lugar originario, la Sala Capitular del Monasterio de Sijena».

Hay por lo tanto un acuerdo del Gobierno de Aragón que autoriza a los Servicios Jurídicos para ejercitar las acciones que han dado origen a este procedimiento, tanto en nombre de la Comunidad Autónoma de Aragón, como en ejercicio de las acciones que corresponderían a la Comunidad religiosa, en virtud de la cesión de acciones que se efectúa en escritura pública de fecha 24 de mayo de 2013, a la que se hace referencia expresa en el Acuerdo.

La legalidad o no de dicho acuerdo no corresponde juzgarlo a la jurisdicción civil. No obstante, no podemos obviar que el Letrado del Gobierno de Aragón no sólo ejerce las acciones que le habría cedido la Comunidad de Religiosas del Real Monasterio de Sijena para la recuperación de las pinturas murales de su propiedad, sino que ejercita las acciones en nombre de la Comunidad Autónoma de Aragón, como titular de la competencia en materia de protección sobre patrimonio histórico-artístico que legalmente tiene atribuida, según se ha manifestado anteriormente, siendo el objetivo común del ejercicio conjunto de dichas acciones, la recuperación de las pinturas murales por parte de su propietaria y su regreso a la Sala Capitular del Real Monasterio de Sijena, Bien de Interés Cultural, del cual formaban

parte, ubicado en Villanueva de Sijena (Huesca) y cuya protección estaría atribuida a la Comunidad Autónoma de Aragón.

Por todo lo expuesto, se considera que los servicios jurídicos de la Comunidad Autónoma de Aragón no habrían actuado ilegalmente en los términos alegados por la Generalitat de Cataluña.

OCTAVO. El MNAC y la Generalitat de Cataluña alegan la falta de legitimación activa del Exmo Ayuntamiento de Villanueva de Sijena.

Concretamente, se alega que el Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena no es propietario de las pinturas murales ni se le habrían cedido las acciones por sus legítimas propietarias, y el cometido que la normativa le otorga en materia de protección del patrimonio no supone la existencia de relación jurídica alguna con respecto a las pinturas murales, por lo cual, no sería titular de relación jurídico privada alguna que se vea afectada por el resultado del pleito y por tanto, no tendría un interés «directo y legítimo» para la intervención adhesiva en los términos regulados en el artículo 13 de la LEC.

La cuestión que ahora se plantea ya fue objeto de resolución en auto de fecha 2 de julio de 2014 (folio 416) que acordó tener al Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena como parte, en calidad de codemandante. En dicho auto se declaró que quedaba acreditada la concurrencia de un «interés directo y legítimo en el resultado del pleito» en la persona de dicho ente local, teniendo en cuenta la condición y naturaleza de los bienes que son objeto del presente procedimiento (Bienes de Interés Cultural, tal como se ha manifestado en fundamentos anteriores) y las competencias que el Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena ostenta en relación con la protección de dichos bienes, así como en materia de legalidad urbanística.

No obstante, y aun cuando la intervención del Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena en el presente supuesto, ya quedó resuelta mediante auto de fecha 2 de julio de 2014, sin embargo, se considera necesario precisar el tipo de intervención y ello porque aunque el artículo 13 de la LEC no hace ninguna distinción al respecto, la jurisprudencia y la doctrina han venido entendiendo que dicho artículo comprende dos tipos de intervención: la intervención auto de fecha 2 de julio de 2014, si bien no se concretó que tipo de intervención

desplegaba el Excmo. Ayuntamiento. Además, no se siguió la tramitación que regula el artículo 13 de la LEC, puesto que el Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena, cuando compareció en este procedimiento, lo hizo al amparo del artículo 13 LEC, y si bien se dio traslado a las partes y se resolvió por la juzgadora conforme a dicho artículo, posteriormente, se dictó decreto admitiendo a trámite la demanda del Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena, trámite que no contempla el citado artículo 13 de la LEC. Debe aclararse que el Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena no formula demanda, sino que se persona al amparo del artículo 13 LEC, aportando un escrito en el que realiza las alegaciones correspondientes, en defensa de las pretensiones que había ejercitado la parte actora en la demanda que da origen a este procedimiento, conforme prevé el citado artículo 13 LEC. Debido a dicha confusión se considera preciso concretar qué intervención tiene el Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena en este procedimiento.

Se define la intervención procesal por Serra Domínguez como «la introducción en un proceso pendiente entre dos o más partes de una tercera persona que formula frente o junto a las demás partes originarias una determinada pretensión, encaminada bien a la inmediata defensa de un derecho propio, bien a la defensa del derecho de cualquiera de las partes personadas».

La introducción del tercero en el proceso puede producirse por voluntad propia (intervención voluntaria, regulada en el artículo 13 LEC) o por voluntad de una de las partes del proceso (intervención provocada, regulada en el artículo 14 LEC).

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han delimitado los distintos supuestos de intervención voluntaria de terceros en el proceso, y que se incardinarían en el artículo 13 LEC, partiendo del derecho o interés que es alegado. Así se habla de intervención adhesiva litisconsorcial, cuando el interviniente «alega un derecho propio, discutido en el proceso y defendido ya por alguna de las partes del litigio» (Serra Domínguez), de tal forma que al estar plenamente legitimado, podría haber presentado la demanda él mismo o haber sido demandado como parte originaria del proceso, afectándole en todo caso la sentencia de forma directa. Por otro lado, se habla de intervención adhesiva simple, cuando el tercero que pide intervenir en el proceso, no es titular de un derecho propio sino de un

simple interés en no sufrir los efectos reflejos de la sentencia que se dicte (Montero Aroca). En definitiva, el interviniente litisconsorcial defiende directamente derechos propios mientras que el interviniente adhesivo simple coadyuva a la defensa de derechos de otros. Ciertamente es que ha sido discutido por la doctrina si la exigencia de que el interés del tercero sea directo, además de legítimo, debía interpretarse en el sentido de excluir la intervención adhesiva simple del artículo 13 LEC. No obstante, la doctrina, siguiendo a la jurisprudencia, ha venido incluyendo ambos tipos de intervención, y como señala Garnica Martín, la exigencia de que el interés sea «directo» no tiene nada que ver con la cuestión de que el interviniente se vea afectado de forma directa o indirecta (refleja) por la sentencia que deba recaer en el proceso en el que interviene, sino que persigue únicamente reforzar el tipo de interés que es exigible para que la intervención sea admisible, descartando el interés de mero hecho o el interés moral.

Como ha establecido la STS n.º 463/2011, de 28 de junio, «dando por supuesto que la intervención procesal, en su modalidad de intervención voluntaria adhesiva (no la principal, que aquí no interesa), se caracteriza por la entrada o incorporación de un tercero a un proceso ya pendiente entre dos litigantes (demandante y demandado originarios) para sostener y apoyar con alegaciones y pedimentos las pretensiones de alguna de las partes (actor o demandado originarios), la llamada intervención litisconsorcial (modalidad de la adhesiva, junto a la simple o coadyuvancia) viene determinada y justificada, esencial y fundamentalmente, por la circunstancia de que la Sentencia única que, en cuanto al fondo del asunto propiamente dicho, recaiga en el proceso seguido entre las partes originarias, haya de producir efectos directos (no reflejos) contra el tercero interviniente, con la consiguiente vinculación de éste a la cosa juzgada».

La SAP de Navarra n.º 130/2011, de 27 de mayo establece que «la intervención procesal es una institución que protege los derechos e intereses de terceros no litigantes, cuando de la actividad procesal de las partes litigantes se sigan de modo directo o reflejo determinadas consecuencias jurídicas capaces de lesionar esos derechos e intereses. Si la consecuencia es directa, por ser el tercero cotitular del interés o derecho debatido, nos encontramos ante la intervención litisconsorcial. En cambio, si la consecuencia es refleja, por no ser el tercero titular de la relación jurídico material deducida en el proceso por las partes, pero sí de otra relación o situación jurídica conexa, nos encontramos ante

la intervención adhesiva. A la intervención litisconsorcial necesaria, hace referencia el art. 12 LECiv al establecer que «cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa». Y sobre las notas características de la intervención no litisconsorcial se ha pronunciado esta Sección en sentencia de 16 de mayo y 13 de diciembre de 2003, 4 de marzo y 22 de julio de 2005 y 18 de junio de 2008, sosteniendo que en la misma el coadyuvante no es ni representante de la parte con la que coadyuva, ya que actúa en nombre propio pero para mantener un derecho de aquella, ni tampoco un litisconsorte puesto que no pide la actuación de la ley para sí sino para otro, siendo precisamente el fundamento que legitima la intervención adhesiva el interés en evitar los efectos reflejos de la sentencia en cuanto pueden ocasionar un perjuicio al coadyuvante (SSTS 6 de marzo 1946, 17 de febrero 1951, 3 de marzo 1992 y 9 de octubre 1993).

Centrándonos en la intervención del Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena, debemos analizar la normativa que la atribuye competencias en materia de patrimonio histórico artístico, y que han sido invocadas como fundamento de dicha intervención. Dichas competencias vienen atribuidas en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, concretamente en el artículo 25.2. a) que establece que el Municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, la protección y gestión del Patrimonio Histórico, así como en la Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón que en su artículo 9.2.f) que prevé que la ordenación urbanística establecida en los instrumentos de planeamiento, en el marco de la ordenación del territorio tiene por objeto la protección del patrimonio cultural aragonés.

Dicha competencia de los Ayuntamientos sobre protección del Patrimonio Histórico, debe ponerse en relación con el artículo 7 de la Ley 16/1985, de Patrimonio Histórico Español, la cual establece que «los Ayuntamientos cooperarán con los Organismos competentes para la ejecución de esta Ley en la conservación y custodia del Patrimonio Histórico Español comprendido en su término municipal, adoptando las medidas oportunas para evitar su deterioro, pérdida o destrucción. Notificarán a la Administración competente cualquier amenaza,

daño o perturbación de su función social que tales bienes sufran, así como las dificultades y necesidades que tengan para el cuidado de estos bienes. Ejercerán asimismo las demás funciones que tengan expresamente atribuidas en virtud de esta Ley».

La sentencia n.º 549/2010, de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, de 17 de febrero de 2010, remarca que no puede equiparse el deber de colaboración en la custodia y conservación de los bienes que resulta para el Ayuntamiento, de carácter general, con el ejercicio de las concretas competencias que la Ley atribuye a la Comunidad Autónoma, haciendo alusión expresa a STC 17/1991, que tal «deber de cooperación con los órganos competentes de las Comunidades Autónomas o de la Administración del Estado no alude al régimen de competencias de unas y otras; no es sino una manifestación y aplicación concreta de lo que con carácter general se dispone en el art. 46 CE, al encomendar a todas las Administraciones Públicas la conservación y enriquecimiento del Patrimonio Histórico, Cultural y Artístico de los pueblos de España... Las competencias y funciones que en esta materia puedan corresponder a aquéllas se determinarán por la legislación estatal o por la legislación autonómica –art. 25.2.e) L 7/1985 de 2 abril reguladora de las Bases de Régimen Local– atendiendo a las constitucional y estatutariamente determinadas para cada Administración pública. No es, pues, que la Ley atribuya esa competencia a los Ayuntamientos, sino que recuerda su deber constitucional de cooperación, en este caso con quien ejerza las funciones de defensa, protección, conservación y custodia de aquellos bienes, mas no sólo el Estado, sino todos los “Organismos competentes”».

Cierto es que el anterior artículo 25.2.e) de la Ley 7/1985 atribuía competencias a los Ayuntamientos en materia de Patrimonio Histórico, sin más precisiones, y el actual artículo 25.2.a) les atribuye como competencias propias la protección y gestión del Patrimonio Histórico. No obstante, entiende esta juzgadora que dicho artículo debe ser interpretado conforme con el artículo 7 de la Ley de Patrimonio Histórico Español, que habla expresamente del deber de cooperación de los Ayuntamientos y con la Ley de Patrimonio Cultural de Aragón que en su artículo 7 pone al alcance de la Administración de la Comunidad Autónoma todos los medios disponibles a fin de asegurar el retorno a Aragón de aquellos bienes del patrimonio cultural aragonés que se hallen fuera de su territorio.

Consecuentemente, es la Comunidad Autónoma de Aragón la única competente para ejercer las políticas necesarias encaminadas a recuperar el patrimonio aragonés que se encuentre ubicado fuera del territorio de Aragón. Las competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma no son equiparables a las competencias atribuidas a los Ayuntamientos, que tienen un deber de colaboración con la Comunidad Autónoma en la protección y custodia de los bienes integrantes del patrimonio histórico conforme se desprende de la Ley de Patrimonio Histórico.

Por dicho motivo, debe considerarse que el Ayuntamiento si tiene un interés legítimo en el resultado de este procedimiento, en los términos que ya se ha manifestado en este fundamento, y su entrada en el proceso fue correctamente acordada, precisándose que la actuación del Ayuntamiento en el presente procedimiento es de mero coadyuvante con la Comunidad Autónoma de Aragón, por lo que su intervención debe calificarse de adhesiva simple.

NOVENO. Previamente a entrar a resolver la cuestión de fondo que se plantea en la presente litis es necesario hacer ciertas consideraciones de tipo histórico a los efectos de concretar el contexto en el cual se produjo el arrancado de las pinturas murales de la Sala Capitular del Monasterio de Sijena, que en la actualidad son exhibidas en el Museo Nacional de Arte de Cataluña y que son objeto de reclamación en este procedimiento.

La Sala Capitular se encuentra situada en el lado este del claustro, contigua a la nave de la Basílica, tiene forma rectangular de 16,88 x 8,44 metros, con cinco arcos apuntados que dividen el espacio en seis tramos y una gruesa jácena longitudinal, que separaba en dos cada tramo del techo, marcando doce espacios (documento n.º 2 presentado por la Comunidad Autónoma de Aragón con su demanda). En dicho documento se remarca la extraordinaria riqueza de las pinturas que decoraban la Sala Capitular. La perito Concepción data las pinturas en su informe (folios 662 y siguientes) entre los años 1190 y 1200, considerándolas de estilo bizantino y con influencias de la miniatura inglesa y explica que la iconografía del conjunto decorativo se centra en tres elementos principales: las escenas del Antiguo Testamento representadas en las enjutas de los arcos, iniciadas con la Creación de Adán y Eva y finalizando con las escenas de la Vida de Moisés, una serie de Genealogías de Cristo en los intradoses de los arcos, y el ciclo

del Nuevo Testamento pintado en los muros de la Sala Capitular. No obstante, la data de las pinturas parece no ser una cuestión pacífica según manifestó el perito Bruno, doctor en historia del arte, quien manifestó que él consideraba que se pintaron más allá del año 1200.

La perito Sra. Concepción manifiesta en su informe, y así lo ratificó en el acto del juicio, que posiblemente, en el siglo XVI se efectuó una redecoración de las zonas bajas de los muros y de los arcos, debido al deterioro que dichas zonas habían sufrido a consecuencia de la humedad que ascendía por capilaridad por el muro desde el subsuelo, teniendo en cuenta la ubicación del monasterio en un área de humedales.

El historiador Mariano de Pano y Ruata, en su libro *El Real Monasterio de Sijena, su historia y descripción*, ya se hace eco de las humedades que sufría la Sala Capitular. En su página 57, el autor manifiesta que «desgraciadamente, la lobreguez y la humedad del local destruyeron en parte la obra de ignorados artífices y una mano aleve acabo con el resto, dando cal a todas las paredes y corriendo hacia el arranque de los arcos pesadísima cornisa. En tal estado hemos hallado nosotros la Sala Capitular, semejante a un anciano que todavía muestra, a través de las arrugas de su frente, el vigor y lozanía de su juventud. Pinturas en los grandes arcos, ricos artesones en el techo, cal en los muros, ventanas unas tabicadas, otras variadas en su forma». Es el propio Mariano de Pano quien descubre las pinturas de los muros de la Sala Capitular, describiendo su hallazgo en la página 58 de su libro, donde manifiesta que «no solo en los arcos y en el techo debe poner su atención el artista, al recorrer la Sala Capitular. Era una tarde de Agosto de 1881. Admirando las bellezas y las antigüedades de aquella estancia, me hallaba, en compañía de mi excelente amigo el ilustrado catedrático de Córdoba Don Leon Abadías; versaba nuestra conversación sobre las pinturas de los arcos, causándonos extrañeza que los muros del salón no apareciesen decorados de igual manera, cuando observamos sobre la cornisa de la pared del norte, entre las resquebrajaduras de la cal, algo que parecía estar pintado. Verlo y comenzar a separar el blanqueo con el corte de un cuchillo, fue obra, de un momento; mas no era solo cal, era además una capa de yeso de un centímetro de espesor, lo que ocultaba las sorprendentes pinturas que voy a dar a conocer. Pronto apareció una hermosa cabeza de torneadas proporciones, de oscura tez, de lánguido mirar, apoyada su mejilla izquierda en una mano fina y delicada; en torno brillante

aureola que parecía haber estado sembrada de estrellas, más abajo un ropaje duro e incorrecto. El descubrimiento se hacía más interesante cada vez; de las entrañas de aquel muro iban brotando notabilísimas figuras; ángeles que sostenían largas filacterias, mujeres de luengo ropaje y gracioso tocado; detrás un fondo azul tachonado de estrellas. Cuatro divisiones aparecieron en aquél frente, cuatro representaciones de otros tantos pasajes del Nuevo Testamento...».

Concepción manifestó que las pinturas habían llegado a 1936 en buen estado de conservación, matizando que lógicamente no estaban igual que cuando se habían pintado, habida cuenta el tiempo transcurrido, puesto que presentaban grietas y pérdidas puntuales en las zonas bajas de los muros y arcos, aun a pesar de que en el siglo XVI se había efectuado una redecoración de dichas zonas. No obstante, su estado permitía su lectura y estudio y podían apreciarse los detalles de las pinturas, como el perfilado, líneas, etc.

Las fotografías efectuadas previamente al incendio, algunas de ellas por Benigno, y que aparecen en el Libro titulado Real Monasterio de Sigüenza, editado por la Diputación Provincial de Huesca, y aportado como documento n.º 2 de la demanda de la Comunidad Autónoma de Aragón, permite ver que la parte baja de los muros se había perdido (página 112 a 115).

El incendio del Monasterio de Sigüenza tiene lugar en 1936, año en el que comienza la guerra civil española. Son datos históricos de general conocimiento que la insurrección militar se inicia en Melilla el 17 de julio de 1936, extendiéndose el golpe a la península y archipiélagos el 18 y 19 de julio. Uno de los fracasos más grandes de la rebelión tuvo lugar en Cataluña, cobrando los obreros de la CNT un importante protagonismo en el aborto de la insurrección. El fracaso parcial del golpe supuso la división de España en dos zonas y el inicio de la guerra civil, provocando la destrucción de las estructuras estatales de la II República. En el bando nacional el poder quedó en manos de un grupo de generales, que establecieron un estado autoritario y militarizado, mientras que en el bando republicano, adquirieron el protagonismo los comités obreros organizados por partidos y sindicatos, no sometidos a poder centralizado alguno, al haber quedado el gobierno de la República totalmente desmembrado.

Respecto a la fecha del incendio del Monasterio, se dice que tuvo lugar a finales del mes de julio o principios del mes de agosto. Se

aportó por el Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena, acta de declaración del testigo Carlos María, vecino del pueblo, que declaró en la Causa General, abierta tras la guerra civil por la Fiscalía General del Estado (folio 166). En dicha declaración, el testigo relata como llegaron al pueblo varios camiones de milicianos procedentes de Cataluña sobre el día 20 o 21 de julio de 1936, y como el día 22 de julio el testigo junto a quien desempeñaba las funciones de secretario del Ayuntamiento, se dirigió al Monasterio para advertir a las monjas que allí se encontraban, de la llegada de varios camiones de milicianos, los cuales pretendían quemar el Monasterio, aconsejándoles que fueran al pueblo para poder protegerlas. Dice el testigo que a los dos o tres días se vio arder el Monasterio, ignorando quien intervino en este hecho. En cualquier caso, no corresponde ahora enjuiciar la autoría del incendio.

Las pinturas de la Sala Capitular se vieron afectadas por el incendio del Monasterio. La perito Concepción manifestó que el artesanado de madera existente en la Sala Capitular hizo que en el incendio se alcanzaran temperaturas muy elevadas que afectaron a las pinturas. La perito explica que no hubo una combustión de las pinturas murales, en tanto serían elementos inorgánicos, sino que se produjo una transformación química de los pigmentos que hizo que las pinturas perdieran la coloración original en todo el conjunto, salvo en algún detalle que estaba oculto. Concretamente, la Sra. Concepción habla de un arco, situado en el muro oeste, que no se vio afectado por el incendio debido a que estaba tapiado, en el cual se puede ver el resplandor de las pinturas originales. Así mismo, las pinturas existentes en el muro sur (escenas de la Crucifixión) se encontraban bajo una lechada de cal por lo que estaban relativamente protegidas, si bien sufrieron los efectos del incendio, perdiendo coloración. Las pinturas de los arcos no estaban protegidas por ninguna capa de cal y sufrieron los efectos del incendio en mayor medida que las pinturas del muro sur. No obstante, todas ellas sobrevivieron al incendio, no corriendo la misma suerte las pinturas del muro norte (escenas de la Natividad) que se perdieron completamente.

Cuando Benigno llega al Monasterio de Sijena, las únicas pinturas que encuentra son las de los arcos. Las pinturas de los muros no habían sobrevivido al incendio y las existentes en el muro sur, estaban en ese momento cubiertas, siendo arrancadas en un momento posterior junto con las pinturas del arco existente en el muro oeste.

En las fotografías de las páginas 150, 151 y 152 del libro aportado como documento n.º 2 de la demanda de la Comunidad Autónoma de Aragón, y que realizó Benigno, puede apreciarse el estado en el que quedó la Sala Capitular.

En el informe emitido por el Departamento de Cultura de la Generalitat de Catalunya, titulado Historia y vicisitudes del tesoro artístico del Real Monasterio de Sigüenza, aportado como documento n.º 1 de la contestación a la demanda del MNAC (folios 602 y siguientes) se dice que en Cataluña se produjeron iniciativas tendentes a salvar las obras de arte religioso que se habían visto afectadas por los disturbios, y por eso, Benigno fue comisionado por la Generalidad de Cataluña, y en el verano de 1936 visitó el Monasterio de Sigüenza, el cual describe como un montón de ruinas quemadas. En dicho informe, se recogen las palabras entonces manifestadas por Benigno, que manifestó al ver el estado de la Sala Capitular que «el bellissimo artesonado árabe que cubrió la sala era una capa de cenizas, cubierta por los escombros del tejado derrumbado. Los arcos, antes brillantes de policromía, eran una ruina gris y negra que se perfilaba en el cielo.

El fuego había transformado las maravillosas composiciones, que pocos meses antes parecían recién terminadas, en unas figuras monocromas casi invisibles.

La mayor parte de ellas habían desaparecido con la caída del revoque, dejando la sillería desnuda y ennegrecida». En el informe se relata como Benigno regresa a Barcelona y da cuenta a la Generalidad de lo que ha visto en Aragón y pide que se destine la cantidad de 4.000 pesetas para mandar inmediatamente a un técnico a Sigüenza para llevar a lugar seguro lo que quedaba de las pinturas murales, de modo que una vez conseguido el dinero, Benigno se traslada junto con dos técnicos al Monasterio, y ayudados por gente del pueblo, proceden a arrancar las pinturas murales. Según habría relatado Benigno, sería el caso de recuperación artística más urgente que había realizado pues de no haber sido arrancadas inmediatamente, estando como estaban a la intemperie desde el hundimiento del tejado y con el enlucido corrido por la acción del fuego, hubieran perecido totalmente en el invierno del 36.

Marcelino, Alcalde del Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sigüenza, negó que los vecinos del pueblo hubieran ayudado a Benigno a arrancar las pinturas. Reconoció que hubo vecinos del pueblo que

colaboraron en sacar retablos y cuadros para salvarlos, pero no en el arrancado de las pinturas.

Benigno utiliza la técnica del strappo para arrancar las pinturas de la Sala Capitular. Según se habría puesto de manifiesto en el acto del juicio son tres las técnicas que podrían emplearse para el arrancado de las pinturas, según las circunstancias: la técnica del strappo, consistente en separar la pintura con una pequeña parte de preparación; la técnica del stacco, consistente en separar la pintura con más capa de preparación; y la técnica del stacco a massello, consistente en llevarse la pintura con una parte del muro.

DÉCIMO. Ha sido objeto de discusión si la actuación de Benigno vino precedida de una orden la Generalitat, o por el contrario, Benigno actuó por iniciativa propia.

El informe de la Generalitat es poco preciso en lo que al mandato dado a Benigno se refiere, puesto que simplemente se dice que en Cataluña se produjeron iniciativas tendentes a salvar las obras de arte religioso que se habían visto afectadas, comisionándose a Benigno en el verano de 1936, que realizó una visita de inspección por tierras de Lérida y Aragón para comprobar el alcance de los daños sufridos en el patrimonio. Benigno visita tierras aragonesas, concretamente, el Monasterio de Sijena, puesto que éste formaba parte de la Diócesis de Lérida en aquel momento. No se especifica cual fue la orden dada a Benigno, si bien del informe se desprende que cuando se comisiona a Benigno se desconocía el alcance de los daños sufridos en el Monasterio, por lo que difícilmente se le pudo ordenar que arrancara las pinturas de la Sala Capitular. Es en esa primera visita, cuando Benigno advierte el estado en el que se encuentran las pinturas de la Sala Capitular, y vuelve a Cataluña para pedir a la Generalidad que destine 4.000 pesetas para mandar inmediatamente a un técnico a Sijena para llevar a lugar seguro lo que quedaba de las pinturas murales. El informe habla claramente de «llevar las pinturas a lugar seguro», lo que supone su arrancado y traslado a otro lugar. Del informe se desprende por tanto, que fue Benigno quien entendió que la única forma de salvar las pinturas murales era arrancándolas, y así se lo transmitió a la Generalidad cuando solicitó su ayuda económica. La Generalidad respalda la iniciativa de Benigno al hacerle entrega del dinero que éste había solicitado.

Ha sido igualmente objeto de discusión si el arrancado de las pinturas habría estado justificado, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en ese momento, y en su caso, si pudiera haberse evitado.

Los peritos propuestos por el MNAC entienden que el arrancado de las pinturas fue un mal menor, en tanto fue el único modo de salvar las pinturas murales de la Sala Capitular.

Hortensia, restauradora jefe del Área de Restauración y Conservación Preventiva del MNAC manifestó en el acto del juicio que las pinturas no hubieran aguantado de haber estado a la intemperie, hasta que se techó la Sala Capitular, teniendo en cuenta que el incendio las fragilizó y las transformó, puesto que se alteraron sus pigmentos y sus aglutinantes. La perito entiende que el arrancado de las pinturas sólo se practica cuando existe un riesgo para las pinturas como medida de protección, y en el caso de las pinturas de la Sala Capitular, teniendo en cuenta el estado de fragilidad en el que habían quedado tras el incendio y que se encontraban a la intemperie, fue el único recurso para salvarlas.

Concepción manifestó en el acto del juicio que el arrancado de las pinturas a través de la técnica del strappo se realiza en casos extremos, como por ejemplo, si el edificio está en estado ruinoso. Entiende la perito que las pinturas no hubieran pervivido si se hubieran dejado en el Monasterio y explicó que los restos que quedaron en el Monasterio, situados en la zona inferior de los arcos, y que se corresponderían con fragmentos no originarios del siglo XII, sino procedentes de la redecoración realizada en el siglo XVI, estarían muy deteriorados.

El perito Bruno manifestó igualmente en el acto del juicio que al arrancado de las pinturas fue el menor mal posible y que gracias a ello sobrevivieron, ya que de no haberse arrancado las pinturas, hoy no habría nada.

El arranque de las pinturas murales se concibe como el último recurso para la «protección y salvaguarda de las mismas, conforme al artículo 6 de la Declaración del ICOMOS (Internacional Council On Monuments and Sites) de 2003, necesario que se hayan agotado todos los recursos posibles que evitarían que las pinturas se vieran afectadas en su composición física, estructura material y en sus valores estéticos. Los tres peritos anteriormente indicados, propuestos por el MNAC,

coinciden al señalar que de haber quedado las pinturas en la Sala Capitular, éstas habrían desaparecido, teniendo en cuenta el estado frágil en el que quedaron tras el incendio y que se encontraban a la intemperie. Ambos factores habrían determinado la desaparición de las pinturas.

Ahora bien, Benigno no arrancó todas las pinturas murales, como anteriormente se ha indicado. En el Monasterio quedaron las pinturas del arco situado en el muro oeste, que se encontraba tapiado, y las pinturas del muro sur, que representan las escenas de la crucifixión, y que se encontraban cubiertas por una lechada de cal. Estas pinturas son arrancadas en 1961 con motivo de la Exposición de Arte Románico en Barcelona, y previa autorización de la Dirección de Bellas Artes mediante Orden de fecha 19 de junio de 1961 (folio 184). Las pinturas del arco situado en el muro oeste estaban en perfectas condiciones, como ya se manifestó en líneas anteriores, permitiendo conocer a través de dichas pinturas cuales eran los colores originales de éstas. Las pinturas del muro sur sí que se vieron afectadas por el incendio y no presentaban la coloración original, no obstante, no se habían perdido por el hecho de haber estado a la intemperie. Ciertamente es que se encontraban bajo una capa de cal, si bien esto habría sido suficiente para que no se perdieran desde el incendio en 1936 hasta su arrancado en 1961. Lo anterior nos conduce a considerar que posiblemente el arranque de las pinturas, en tanto último recurso posible para salvarlas, podría haberse evitado si se hubieran barajado otras alternativas. La única alternativa posible en ese momento hubiera sido techar la Sala Capitular y estabilizar las pinturas, y de haberse realizado, las pinturas se habrían conservado, según reconocieron los peritos Sra. Concepción y Sr. Bruno. No obstante, deben valorarse las circunstancias concurrentes en ese momento. Acaba de estallar la Guerra Civil y se desconoce cuál era la situación del municipio en ese momento y si hubiera sido posible techar el monasterio. Teniendo en cuenta que han transcurrido casi ochenta años, resulta difícil conocer con profundidad las circunstancias concretas existentes en ese momento aunque tampoco se ha relevado ningún dato que haga considerar que no hubiera sido posible techar el Monasterio. Que acabara de estallar la Guerra Civil no significa necesariamente que no pudieran haberse acometido las obras para techar la Sala Capitular, puesto que el arranque de las pinturas sí pudo efectuarse, y la técnica empleada para el arranque de las pinturas se caracteriza por

su complejidad y laboriosidad. Se aporta por el Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena un informe, que supuestamente emite Benigno (folio 176) en el cual éste relata que realizó el arranque de las pinturas durante los meses de septiembre y octubre de 1936. Si las circunstancias concurrentes en ese momento no permitieron el techado de la Sala Capitular, tampoco debieran haber permitido el arranque de las pinturas en los términos que tuvo lugar.

Entiende esta juzgadora que posiblemente pudiera haberse evitado el arranque de las pinturas, sin poder llegar a afirmarlo con rotundidad a la vista de que desconocemos las circunstancias concretas y exactas existentes en ese momento. Tampoco puede afirmarse cuál fue el ánimo concurrente en Benigno, si puramente lucrativo o de salvaguardar las pinturas. Lo que resulta determinante es que el arrancado de las pinturas en 1936 se realizó sin tener en cuenta el parecer de sus propietarias, las religiosas del Monasterio de Sijena. No consta el consentimiento de las religiosas, las cuales habían huido del Monasterio y se instalaron en casas de familiares y amigos inicialmente y en Lérida, posteriormente hasta 1942, año en el cual regresan al Monasterio y se instalan en la hospedería, única dependencia habitable, hasta 1970, momento en el cual, las cuatro religiosas que quedaban, se trasladan al Monasterio de Valdoreix, perteneciente a la orden sanjuanista también. Las cuatro religiosas solicitan a la Santa Sede que les faculte para trasladarse al Monasterio de la misma orden, siéndoles concedida dicha autorización el 10 de abril de 1972 (folios 1328 y 1329 (traducción)). El devenir de las religiosas tras el incendio fue relatado en el acto del juicio por la perito Raimunda, historiadora del arte, conservadora en el Museo de Lérida y doctora.

Además, el arrancado de las pinturas en 1936 no sólo no contó con el consentimiento de las religiosas, legítimas propietarias de las pinturas, sino que tampoco hubo ningún tipo de resolución administrativa del órgano competente, la Dirección General de Bellas Artes, que amparara el arrancado, a diferencia del que tuvo lugar en 1961 y al que ya se ha hecho referencia.

En aquel momento, se encontraba en vigor el Decreto del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes, de 27 de mayo de 1931 (Gazeta de Madrid n.º 148 de 28/05/1931), que en su artículo 1 atribuía a la Dirección General de Bellas Artes la competencia para disponer

el traslado de aquellas obras artísticas que se hallaran en peligro de perderse o deteriorarse por falta de la debida custodia al Museo Provincial o en su caso, a uno de los Museos Nacionales, si aquél no estuviera debidamente organizado. De dicho artículo se desprende que era la Dirección General de Bellas Artes la administración competente para decidir sobre la retirada y traslado de las obras de arte, en tanto, el artículo 2 atribuía al Gobernador Civil la competencia para incautar las obras de arte, si el peligro era inminente, debiendo comunicarlo a la Dirección General de Bellas Artes.

Benigno actuó por su cuenta y riesgo, y fue él quien decidió el arranque de las pinturas. No resultaría admisible que se alegara que la situación de peligro para las pinturas era tal que se vio obligado a actuar de modo inmediato, puesto que en el informe emitido por la propia Generalitat (folio 601) se dice que Benigno fue comisionado por la Generalidad para realizar una visita de inspección por tierras de Lérida y Aragón para comprobar el alcance de los daños sufridos por el patrimonio, y es tras esa visita, en la que comprueba los daños sufridos en la Sala Capitular, que Benigno regresa a Barcelona para conseguir el dinero que le permita el arrancado de las pinturas murales. Tras conseguir el dinero (4.000 euros), Benigno regresa al Monasterio y arranca las pinturas.

No obstante, si bien es cierto que no consta ninguna resolución de la Dirección General de Bellas Artes relativa al arrancado de las pinturas, sin embargo, de la documental aportada a autos, concretamente del documento n.º 6 de la demanda de la Comunidad Autónoma de Aragón (folio 36) se desprende que la Dirección General de Bellas Artes autorizó el traslado al Museo de Barcelona para una mayor facilidad de los trabajos de restauración. Lo que no se especifica en dicho escrito es si dicha autorización fue para trasladar las pinturas del Monasterio de Sijena al museo de Barcelona o para trasladarlas de la Casa Amatller, donde parece que fueron depositadas inicialmente, al museo de Barcelona.

UNDÉCIMO. Las pinturas murales que se arrancan en 1936 (casi la totalidad de las pinturas de los arcos, a excepción de los arranques) fueron trasladadas a la Casa Amatller de Barcelona, que se convirtió en un improvisado taller de restauración donde las pinturas son traspasadas a un nuevo soporte en 1937 por parte de Clemente.

El arranque de las pinturas, que ya se ha manifestado que fue a través de la técnica de strappo, se efectuó, según manifiesta la perito Sra. Concepción, a base de telas de algodón adheridas con cola de piel en la superficie a la pintura procediendo a separar por tracción la capa de pintura con parte de revoco. Una vez arrancadas, las telas con las pinturas adheridas se enrollaron y se transportaron a Barcelona. El montaje de la pintura arrancada a un nuevo soporte requería el nivelado de los restos del enlucido del reverso, la aplicación de dos telas de algodón con caseinato cálcico y la adhesión a una estructura reticular de madera planta para la pintura del muro y en forma curva para la pintura de los arcos transversales.

Se aportó por el Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena informe emitido supuestamente por Benigno (folio 176) en el que relata como llevaron a cabo la restauración de las pinturas, manifestando que «se cubrieron espacios perdidos con estuco liso que unifica la superficie. Sobre ella se pintaron al temple tonalidades acordadas con el aspecto de cada sector. Se completaron los temas iconográficos y los elementos ornamentales con la línea de tono neutro. Este trabajo de reconstrucción del dibujo primitivo ha podido ser realizado gracia a las fotografías de las pinturas sacadas por el Instituto Amatller antes del incendio».

El montaje de las pinturas arrancadas en un nuevo soporte, llevó implícita una labor de reintegración cromática, concebida ésta como última fase de la restauración, según explicó la perito Concepción, consistente en que, una vez estabilizada la obra de arte, se intervino en las lagunas de pérdida en base a las fotografías existentes antes del incendio, para entender cómo era la obra en su conjunto, recuperando de este modo la legibilidad de dicho conjunto.

Una vez realizada esta labor de estabilización, traspaso y reintegración cromática, las pinturas quedaron depositadas en el MNAC, entonces Museo de Arte de Cataluña, en 1940.

En 1941 el Gobernador Civil de Huesca solicitó a la Dirección General de Bellas Artes que fueran depositadas las pinturas murales del Monasterio de Sijena en Huesca, siendo denegada dicha solicitud por la Comisaría de la 3.^a Zona, al considerar preciso tratar primero con sus propietarias, al tratarse de bienes que no eran propiedad del Estado, y considerando preciso además contar con la existencia de un local apropiado para la instalación de las pinturas, de lo cual

carecía Huesca en ese momento (documento n.º 3 de la demanda de la Comunidad Autónoma de Aragón-folios 27 a 30). El Comisario de la 3.ª Zona dice expresamente que «nada podrá resolver esta Comisaría en tanto no se acuerde definitivamente lo que se ha de hacer con las ruinas de aquel monasterio».

El destino que la Dirección General de Bellas Artes quiere dar a las pinturas parece depender de lo que se decida hacer con el Monasterio.

El Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena aportó como documento 22 de su escrito de personación (folio 179) un escrito de fecha 22 de septiembre de 1943 firmado por el Director General de Bellas Artes y que parece dirigido al director del Museo de Arte de Barcelona en el que aquél le comunica a éste que las pinturas de Sijena tienen ya fijado su destino en el sitio de donde procedían, no siendo posible que queden expuestas en el Museo.

En enero de 1951 el Presidente de la Excma. Diputación Provincial de Huesca solicita nuevamente a la Dirección General de Bellas Artes que le autorice al arrancado de las pinturas que habían quedado en el Monasterio, así como a continuar con la limpieza y restauración de las que fueron arrancadas durante la Guerra Civil y que se encontraban en el Museo de Barcelona (documento n.º 4 de la demanda de la Comunidad Autónoma de Aragón), siendo aceptada dicha petición por la Dirección General de Bellas Artes, que expresamente dispone que «todas ellas (refiriéndose a las pinturas) quedarán bajo la custodia de la Diputación provincial oscense hasta el momento en que restaurado el Monasterio se trasladen al mismo para su conservación y decorado de la Iglesia y la Sala Capitular».

No obstante dicha resolución, las pinturas murales que quedaban en el Monasterio no fueron arrancadas ni las que se encontraban en el Museo de Barcelona fueron trasladadas a Huesca.

Se aportó por la Comunidad Autónoma de Aragón, como documento n.º 6 de la demanda (folio 36) un informe confidencial del Comisario General de fecha 8 de agosto de 1955 dirigido al Director General de Bellas Artes. En dicho informe se pone de manifiesto que las pinturas que quedaban en el Monasterio de Sijena no habían sido arrancadas, así como la necesidad de proceder a su arranque. Respecto a las pinturas arrancadas en 1936, el Comisario General advierte que las mismas se encuentran en el Museo de Barcelona, puntualizando

que no están expuestas, y no constando protesta por las religiosas propietarias de las pinturas, por lo que presupone que estarían de acuerdo. En dicho informe se habla de «situación irregular» de las pinturas en el Museo, poniéndose de manifiesto que la situación de las pinturas en el Museo de Barcelona desde el punto de vista legal no tendría fundamento alguno, en tanto su traslado fue solamente autorizado para mayor facilidad en los trabajos de restauración.

Dicha situación permanece impasible hasta 1961. El 21 de abril de 1961 el Director General de los Museos de Arte de Barcelona remite un escrito al Director General de Bellas Artes (documento n.º 24 presentado por el Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena con su escrito personación folio 182) en el cual se pone de manifiesto que las pinturas arrancadas en 1936 no fueron trasladadas a Huesca porque la Dirección General de Bellas Artes desistió de costear el traspaso, por lo que quedaron en el Museo de Barcelona, siempre con el acuerdo de la Dirección General de Bellas Artes, mientras se estudiaban las posibilidades de restauración del monumento (Monasterio de Sijena). En dicho escrito se dice que las pinturas nunca habrían sido exhibidas en público y se pone de manifiesto su situación de custodia temporal hasta el deseado momento de la restauración del Monasterio, manifestándose que se habría procedido a formalizar a nombre de la Comunidad el depósito temporal de las pinturas que se hallaban en el Museo de Barcelona, siempre de común acuerdo con la Dirección General de Bellas Artes. No obstante, ningún contrato de depósito entre la Comunidad religiosa propietaria de las pinturas y el Museo consta en autos.

El 31 de mayo de 1961, el Comisario General emite un informe, dirigido al Director de Bellas Artes, a la vista del escrito remitido por el Director de los Museos de Arte de Barcelona (documento n.º 7 de la demanda de la Comunidad Autónoma de Aragón-folio 39) en el propone al Director General de Bellas Artes que se autorice a los Museos de Arte de Barcelona el arranque de las pinturas murales que aún quedaban en la Sala Capitular, con la condición de que las pinturas arrancadas queden en depósito en el Museo de Huesca o en el de Zaragoza, hasta que se resuelva su instalación definitiva.

El 8 de junio de 1961 la Dirección General de Bellas Artes autoriza a los Museos de Arte de Barcelona para que arranquen las pinturas que aún quedaban en lugares sin protección en el Monasterio, debiendo

quedar las pinturas depositadas en el Museo de Huesca o en el de Zaragoza, hasta que se resolviera su instalación definitiva (documento n.º 7 de la demanda de la Comunidad Autónoma de Aragón folio 40).

El segundo arranque afectó a las pinturas de un arco existente en el muro oeste y que no se vio afectado por el incendio al encontrarse tapiado, lo que permitió ver el resplandor de las pinturas originales, en tanto conservaban sus colores originales. Así mismo, se arrancaron las pinturas del muro sur, relativas a las escenas de la Crucifixión de Cristo, y que habían quedado relativamente protegidas al estar cubiertas por una lechada de cal. Se dejaron en el lugar algunas figuras de la zona baja de los arcos y algunos fragmentos situados en los muros, cuya calidad artística era menor. Así lo manifiesta la perito Concepción en su informe.

Las pinturas son trasladadas a Barcelona, y junto con las arrancadas en 1936 son exhibidas en la Exposición de Arte Románico que se celebró ese mismo año en Barcelona, circunstancia éste reconocida por todas las partes. Tras la Exposición, todas las pinturas son trasladadas de nuevo al MNAC donde se han expuesto hasta el día de hoy.

El 21 de abril de 1971, la Priora del Monasterio de Sijena, Doña Carmela, junto con las tres religiosas que componían la comunidad, firman un documento en el que manifiestan su deseo de trasladarse al Monasterio de la misma Orden de Barcelona, así como de transmitir todos sus bienes muebles e inmuebles, cuadros, vivienda y tierras de Sijena a la Comunidad de Barcelona, en agradecimiento por haber sido acogidas (documento n.º 18 aportado por el MNAC con su escrito de contestación– folio 812).

Finalmente, se aporta por el MNAC como documento n.º 15 de la contestación (folio 724), contrato de fecha 17 de diciembre de 1992 celebrado entre la Generalitat, representada por el Consejero de Cultura de la Generalitat de Catalunya, Balbino, y la madre federal de la Orden de San Juan Jerusalén y priora del Monasterio de Valldoreix, Doña Santiago, en el que la Orden de San Juan de Jerusalén cede de modo indefinido a la Generalitat de Catalunya la custodia y uso de las pinturas murales que fueron arrancadas del Monasterio de Sijena, comprometiéndose a realizar todos los trámites y obtener las autorizaciones necesarias para donar dichas pinturas a la Generalitat. El contrato se encuentra redactado en catalán, si bien se aporta traducción al castellano por parte del MNAC (folio 807).

El 6 de septiembre de 2013 el Gobierno de Aragón requiere por escrito al MNAC para que ponga a su disposición las pinturas murales, para proceder a su inmediata devolución a la Comunidad Religiosa titular del Real Monasterio de Sijena, con la exclusiva finalidad de lograr la reintegración de las pinturas murales a su lugar originario, la Sala Capitular del Monasterio de Sijena (documento 9 de la demanda de la Comunidad Autónoma de Aragón-folio 46). El MNAC no cumple el requerimiento del Gobierno de Aragón, lo que motiva la interposición de la demanda que da origen al presente procedimiento.

Expuesta la secuencia de hechos acaecidos desde 1936, procede entrar a hacer una valoración jurídica de los mismos, a los efectos de analizar la situación de las pinturas, el título que legitima la posesión de las mismas por el MNAC, y la posible implicación en los hechos de la Administración General del Estado y de la Generalitat, y en definitiva, si procede la restitución de las pinturas, en los términos que se reclaman.

DUODÉCIMO. Ya se ha manifestado en el fundamento jurídico anterior que las pinturas fueron trasladadas al Museo de Barcelona con autorización de la Dirección General de Bellas Artes, si bien para mayor facilidad de los trabajos de restauración según se desprende de del informe confidencial, que remitió el Comisario General al Director General de Bellas Artes de fecha de 8 de agosto de 1955 (documento n.º 6 de la demanda de la Comunidad Autónoma de Aragón –folio 36), donde expresamente manifiesta: «...Por consecuencia y desde un punto de vista legal la situación de las pinturas en el Museo de Barcelona no tiene fundamento ninguno, puesto que su traslado fue solamente autorizado para mayor facilidad en los trabajos de restauración como se hace tantas veces...». La Dirección General de Bellas Artes era competente para autorizar dicho traslado conforme al artículo 1 del Decreto del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes, de 27 de mayo de 1931 (Gazeta de Madrid n.º 148 de 28/05/1931)

No consta consentimiento expreso de la Comunidad religiosa propietaria de las pinturas ni para el arrancado ni para el traslado de las pinturas a Barcelona, si bien tampoco consta oposición por su parte. En el citado informe de fecha 8 de agosto de 1955, el Comisario General presume que las religiosas están de acuerdo con que las

pinturas estén en el Museo de Barcelona al no constar protesta de las mismas.

No obstante, y aun cuando en el informe de 8 de agosto de 1955 el Comisario General dice que la autorización para el traslado de las pinturas al Museo de Barcelona es para una mayor facilidad de los trabajos de reparación de éstas, sin embargo, finalizados los trabajos, no consta ninguna resolución que acuerde su traslado a otro lugar hasta 1951. Por el contrario, el 29 de mayo de 1941 la Comisaría de la 3.^a Zona informa al Comisario General que no puede resolver sobre la solicitud del Gobernador de Huesca de que se depositen las pinturas murales en Huesca porque entiende que debe tratarse el tema con sus propietarias, que Huesca tiene un lugar idóneo para depositar las pinturas y que debe resolverse qué hacer con las ruinas del Monasterio.

Por otro lado, el 22 de septiembre de 1943 el Director General de Bellas Artes informa al que parece ser el director del Museo de Barcelona que las pinturas no pueden ser exhibidas porque su destino es el Monasterio (folio 179), sin embargo, no consta resolución que acuerde su traslado. Lógicamente no podían ser trasladadas a la Sala Capitular del Monasterio porque se encontraba en ruinas y no fue restaurada hasta 1991. Podemos deducir que en 1943 todavía no se había resuelto donde debían instalarse las pinturas de modo definitivo. Es en 1951 cuando la Dirección General de Bellas Artes resuelve que las pinturas arrancadas en 1936 queden bajo la custodia de la Diputación de Huesca hasta que se restaure el Monasterio y autoriza a dicha Diputación a que arranque las pinturas que habían quedado en la Sala Capitular (documento n.º 5 de la demanda de la Comunidad Autónoma de Aragón-folio 33).

Por lo tanto, desde que las pinturas son trasladadas al Museo de Barcelona hasta 1951 que la Dirección General de Bellas Artes dispone que se trasladen a Huesca, no consta ninguna resolución que resolviera sobre donde debían ubicarse las pinturas. Por otro lado, la propia Dirección General de Bellas Artes no autorizó al Museo a exhibir las pinturas por lo que el cometido de éste era la custodia de las pinturas.

Teniendo en cuenta lo expuesto en líneas anteriores podríamos decir que las pinturas murales arrancadas en 1936 se encontraban en el Museo de Barcelona en calidad de depósito.

De acuerdo con el artículo 1.758 del Código Civil podemos definir el depósito como el acto o contrato por el cual «uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y restituirla». Se califica por la doctrina como un contrato real, que se perfecciona por la entrega (artículo 1758 del CC) unilateral o bilateral, según sea gratuito o retribuido (artículo 1760 del CC) que no confiere al depositario facultades de uso, disfrute ni disposición, siendo su obligación principal la de custodiar la cosa que le ha sido entregada. Esta última nota es lo que diferencia el depósito de otras figuras contractuales, y más concretamente, del comodato, en el que el comodatario puede usar la cosa que le es entregada (artículo 1.741 del Código Civil).

El artículo 1.761 del Código Civil prevé que sólo pueden ser objeto del depósito las cosas muebles, si bien ha venido siendo admitido el depósito de bienes inmuebles por algunos autores, aunque con algunas matizaciones. Así, Castán dice que cuando recae sobre bienes inmuebles tiene una naturaleza muy especial, y más que un depósito, con finalidad estricta de custodia, constituye una administración. Lógicamente, a la vista de la enumeración que de bienes inmuebles hace el artículo 334 del Código Civil podemos decir que el rasgo más característico de los bienes inmuebles es que son bienes unidos o adheridos al suelo, formando parte de él. De hecho, etimológicamente, su denominación proviene de la palabra «inmóvil». Este rasgo característico de los bienes inmuebles es lo que conduce a la doctrina a entender que cuando el depósito recae sobre bienes inmuebles no existe una finalidad estricta de custodia, que sería la esencia del depósito. No obstante, en el caso de las pinturas murales no podemos obviar que aun cuando merecen el calificativo de bienes inmuebles como ya se manifestó en fundamentos jurídicos anteriores, son bienes inmuebles por incorporación, es decir, bienes muebles por naturaleza, que constan unidos a un bien inmueble, y pueden separarse del bien al cual se encuentran unidos sin deterioro del mismo. Por lo tanto, entiende esta juzgadora que el depósito de las pinturas murales es posible, aun teniendo en cuenta su naturaleza de bien inmueble, puesto que lo realmente importante es que la obligación de custodiar la cosa quede perfectamente determinada con referencia a las normas que regulan el contrato de depósito que a otra figura jurídica.

No consta consentimiento expreso de las religiosas propietarias de las pinturas a que éstas fueran depositadas en el Museo de Barcelona. Ciertamente es que en la página web del MNAC (Documento n.º 11 de

la demanda de la Comunidad Autónoma de Aragón– folios 63 y siguientes), y respecto a las pinturas murales que fueron arrancadas en 1936, se hace constar que la forma de ingreso en el museo fue mediante «depósito de la comunidad de religiosas sanjuanistas del monasterio de Santa María de Sigüenza, 1940», si bien preguntado el director del MNAC si conocía quien había suscrito dicho supuesto contrato de depósito, manifestó desconocerlo.

La testigo-perito Hortensia, Restauradora Jefa del Área de Restauración y Conservación Preventiva del MNAC, manifestó que las pinturas arrancadas en 1936 entraron en el museo en 1940, desconociendo en virtud de qué título habían entrado, si bien preciso, que en el registro del museo constaba que se encontraban en depósito. En cualquier caso, no hay constancia documental de dicho contrato de depósito, si bien tampoco consta la oposición de las religiosas a que las pinturas estuvieran en el Museo de Barcelona.

No obstante lo anterior, aun no constando consentimiento expreso de las religiosas, la Dirección General de Bellas Artes tenía potestad para constituir el depósito a la vista de las especiales circunstancias en las que las pinturas se encontraban. El apartado primero del artículo 1 del Decreto de 22 de mayo de 1931 (GM n.º 148 de 28 de mayo de 1931), dictado en defensa del Patrimonio Artístico Nacional, atribuía a la Dirección General de Bellas Artes la facultad para disponer el traslado de aquella obra artística que se hallara en peligro de perderse o deteriorarse por falta de la debida custodia del Museo Provincial o del Museo Nacional en su caso. En el apartado segundo del mismo artículo se hablaba expresamente de «depósito» en dichos centros, y se remarcaba que dicho depósito se entendía hecho con carácter temporal. Es lo que el Código Civil califica de depósito necesario (artículo 1.781 del CC).

Teniendo en cuenta que las pinturas tras ser arrancadas, se encontraban en una situación de fragilidad extrema, según habría quedado acreditado con las distintas periciales aportadas por el MNAC, y que existía un riesgo de pérdida de las pinturas si éstas no se estabilizaban, restauraban y se depositaban en un lugar adecuado, podemos concluir que la Dirección General de Bellas Artes, estaba facultada para disponer el destino de las mismas conforme prevé el citado artículo 1 del Decreto de 22 de mayo de 1931.

DECIMOTERCERO. El 17 de febrero de 1951 la Dirección General de Bellas Artes dictó resolución por la cual autorizó a la Diputación Provincial de Huesca para arrancar y restaurar las pinturas que aún quedaban en el Monasterio y para continuar con la limpieza y restauración del resto (documento n.º 5 de la demanda de la Comunidad Autónoma de Aragón-folio 33). En dicha resolución se disponía que todas las pinturas quedaran bajo la custodia de la Diputación provincial oscense hasta el momento en que restaurado el Monasterio se trasladaran al mismo. Parece ponerse fin al depósito de las pinturas.

No obstante, a pesar de dicha resolución de la Dirección General de Bellas Artes y de que la Exma. Diputación Provincial de Huesca, en sesión de 1 de marzo de 1951, acordara facultar al Presidente para que efectuara cuantos trámites y gestiones fueran precisos a fin de cumplimentar el contenido de dicha resolución (folio 181), las pinturas que quedaban en el Monasterio de Sijena no fueron arrancadas, ni tampoco fueron trasladadas a Huesca las pinturas arrancadas en 1936 y que se encontraban en el Museo de Barcelona.

No consta ninguna resolución de la Dirección General de Bellas Artes que dejara sin efecto lo resuelto el 17 de febrero de 1951. Sin embargo, en el escrito que remite el Director General de los Museos de Arte de Barcelona al Director General de Bellas Artes de fecha 21 de abril de 1961 (documento n.º 24 presentado por el Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena con su escrito de personación-folio 182) para poner a disposición de la Dirección General de Bellas Artes todos los medios de los que disponían para proceder al arrancado de las pinturas que quedaban en el Monasterio, el Director General de los Museos de Arte de Barcelona pone de manifiesto que las pinturas arrancadas en 1936 no fueron trasladadas a Huesca porque la Dirección General de Bellas Artes desistió de costear el traspaso, de modo que quedaron en el Museo de Barcelona, siempre con el acuerdo de la Dirección General de Bellas Artes, mientras se estudiaban las posibilidades de restauración del monumento (Monasterio de Sijena). Se dice incluso que se hizo contrato de depósito temporal con las religiosas, mostrando su conformidad la Dirección General de Bellas Artes.

Lo manifestado por el Director General de los Museos de Arte de Barcelona contrasta con el contenido del informe confidencial

que el Comisario General remitió al Director de Bellas Artes de fecha 8 de agosto de 1955 (documento n.º 6 de la demanda de la Comunidad Autónoma de Aragón-folio 36), en el que aquél, respecto de las pinturas arrancadas en 1936, manifiesta que «desde el punto de vista legal la situación de las pinturas en el Museo de Barcelona no tiene fundamento ninguno, puesto que su traslado fue solamente autorizado para mayor facilitada en los trabajos de restauración como se hace tantas veces». Así mismo, se pone de manifiesto que no constaría que existiera acuerdo entre el Museo de Barcelona y las religiosas propietarias de las pinturas, y que de haberlo, sería clandestino y sin valor alguno. En dicho informe, el Comisario General habla literalmente de «situación irregular de las pinturas depositadas en Barcelona».

De ser cierto que el Museo de Barcelona formalizó con las religiosas el depósito temporal de las pinturas con acuerdo de la Dirección General de Bellas Artes, la situación irregular de la que habla el Comisario General en su informe confidencial no sería tal. Además, como ya se ha manifestado anteriormente, no se ha acreditado la existencia de dicho contrato. Las manifestaciones que el Director de los Museos de Arte de Barcelona hace en su escrito de fecha 21 de abril de 1961 no son suficientes para acreditar la existencia de dicho contrato con las religiosas.

A raíz del escrito remitido por el Director General de los Museos de Arte de Barcelona al Director General de Bellas Artes de fecha 21 de abril de 1961, la Dirección General de Bellas Artes, previo informe favorable del Comisario General de fecha 31 de mayo de 1961 (folio 39) dicta resolución por la cual autoriza a los Museos de Arte de Barcelona para que arranquen todas las pinturas murales que aún quedaban en el Monasterio, y dispone que todas las pinturas queden depositadas en el Museo de Huesca, o en el de Zaragoza, hasta que se resuelva su instalación definitiva. Su instalación definitiva era la Sala Capitular, tal como constan en el escrito que remite el Director General de Bellas Artes el 22 de septiembre de 1943 a quien parece ser el Director de los Museos de Arte de Barcelona (folio 179) y en la resolución de la Dirección General de Bellas Artes de fecha 17 de febrero de 1951 (folio 33).

Las pinturas que se arrancan en 1961 son trasladadas a Barcelona y junto con las arrancadas en 1936 son exhibidas en la Exposición de

Arte Románico que ese año se celebró en Barcelona. Tras la exposición, las pinturas no se trasladan a Huesca conforme a lo que había resuelto la Dirección General de Bellas Artes, sino que vuelven a depositarse en el MNAC, donde son exhibidas hasta la fecha.

Al igual que ocurre con las pinturas arrancadas en 1936, en la página web del MNAC (Documento n.º 11 de la demanda de la Comunidad Autónoma de Aragón– folios 63 y siguientes), y respecto a las pinturas murales arrancadas posteriormente, se hace constar que la forma de ingreso en el museo fue mediante «depósito de la comunidad de religiosas sanjuanistas del monasterio de Santa María de Sigüenza, 1960». Sin embargo, no existen constancia alguna de dicho contrato de depósito con las religiosas, si bien tampoco oposición por su parte a que las pinturas estén en el MNAC. Por otro lado, desde la resolución de la Dirección General de Bellas Artes de 8 de junio de 1961 en la que se acuerda que las pinturas queden depositadas en Museos de Zaragoza o de Huesca, no consta ninguna resolución que dejara sin efecto lo resuelto anteriormente y acordara su traslado al Museo de Barcelona.

Por todo lo expuesto, se considera que el Museo de Barcelona pasa a ostentar la posesión de las pinturas en precario, como vamos a ver a continuación.

DECIMOCUARTO. El Código Civil actual no regula la figura del precario, aunque algunos autores, como Clemente de Diego, consideran que está contemplado en el art. 1750 CC, de forma que sería una modalidad de comodato que tendría semejanza con éste el ser préstamo gratuito de una cosa no fungible, pero se diferenciaría en que se hace sin expresión ni limitación de tiempo, ni determinación de uso, siendo enteramente revocable al arbitrio del comodante.

El Tribunal Supremo nos da un concepto amplio de precario, considerando que existe precario en todos aquellos casos en que una persona posee alguna cosa sin derecho a ello, es decir, aquellos que sin pagar renta ni merced tienen la posesión de un inmueble sin título que justifique el goce o posesión de la cosa más allá de la mera tolerancia del dueño, bien porque nunca lo han tenido, o porque habiéndolo tenido anteriormente, ha perdido su eficacia. Así, en la STS de 19 de septiembre de 2013, se establece que «se define el precario como una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos

hallemos en la tenencia del mismo y por tanto la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho y que el hecho de pagar merced que excluya la condición de precarista no está constituido por la mera entrega de una cantidad de dinero, sino que ha de ser esa entrega por cuenta propia y a título de merced o de alquiler por el arrendamiento constituido o presunto a nombre del que paga».

La mayoría de Audiencias Provinciales han seguido la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, la SAP de Madrid de 17 de diciembre de 2014 establece que «el precario constituye la tenencia o disfrute de cosa ajena, sin pago de renta o merced, ni razón de derecho distinta de la mera liberalidad o tolerancia del propietario o poseedor real, de cuya voluntad depende poner término a dicha tenencia; concepto de creación jurisprudencial a partir de los términos del derogado artículo 1565.3 de la L.E.C. de 1.881, que no se reduce a la noción estricta del precario en el Derecho Romano, sino que amplía los límites del mismo a otros supuestos de posesión sin título, además de la posesión concedida por liberalidad del titular, como la posesión tolerada (que no tiene su origen en un acto de concesión graciosa) y la posesión ilegítima o sin título para poseer bien porque no ha existido nunca o por haber perdido vigencia (situación de precario de “posesión degenerada”) teniendo todos estos supuestos en común, la posibilidad de que el titular del derecho pueda recuperar a su voluntad el completo señorío sobre la cosa (SSTS de 31.1.1995 y de 29.2.2000) de forma que, lo que se puede discutir y resolver es acerca del derecho a poseer. En este sentido, la Sentencia de 29 de febrero de 2.000 del Tribunal Supremo dice que se permite ejercitar el juicio de desahucio por precario contra cualquier persona que disfrute o tenga en precario la finca, sea rústica o urbana, sin pagar merced, pues la Jurisprudencia ha ido paulatinamente ampliando el concepto el precario hasta comprender, no solamente los supuestos en que se detenta una cosa con la tolerancia o por cuenta de su dueño, sino también todos aquellos en que la tenencia del demandado no se apoya en ningún título y presenta caracteres de abusiva».

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 19 de marzo establece que «el precario se identifica con la situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien inmueble

ajeno, cuya posesión jurídica no corresponde al detentador de la posesión material; se basa, pues, en la falta de título que habilite y justifique el goce de la posesión, bien porque nunca se tuvo, bien porque, habiendo existido, se pierda o devenga ineficaz, de modo que comprende tanto la posesión sin título, como la posesión tolerada y la posesión concedida».

Resulta de gran importancia diferenciar el precario del comodato. La principal diferencia entre comodato y precario está en que el primero es un contrato real, gratuito y unilateral, mientras que el segundo constituye una situación posesoria, perfeccionándose ambos por la toma de posesión, si bien diferenciándose en que el comodato presupone un acuerdo de voluntades entre comodante y comodatario, circunstancia ésta que no se da en el precario. En este sentido, la SAP de Barcelona, sección 13.^a de 27 de marzo de 2012, establece que «únicamente puede apreciarse la existencia de comodato cuando haya existencia de evidente intención, clara y manifiesta e inequívoca en la cual conste: 1. el destino de la cesión originaria de la cual se derive duración concreta; o 2. se exprese la duración de la cesión...»

En el presente supuesto, tras la Exposición de Arte Románico que se celebró en Barcelona en 1961, todas las pinturas murales quedan en el MNAC a pesar de que la Dirección General de Bellas Artes había resuelto que las mismas fueran depositadas en los Museos de Huesca o Zaragoza hasta que se resolviera su instalación definitiva. El Museo de Barcelona carecía de título que legitimara la tenencia de las pinturas murales arrancadas en 1936 desde 1951, cuando la Dirección General de Bellas Artes resolvió que quedaran bajo la custodia de la Diputación Provincial de Huesca, poniendo fin al depósito de las pinturas en el Museo de Barcelona. Respecto a las pinturas arrancadas en 1961, si bien la Dirección General de Bellas Artes autorizó su arranque, sin embargo, resolvió que debían quedar depositadas en los Museos de Huesca o Zaragoza, por lo que el ingreso de las pinturas murales en el Museo de Barcelona no lo es en virtud de título alguno. Por lo tanto, desde ese mismo momento, el Museo de Barcelona carece de título que legitime la tenencia de todas las pinturas murales. Esta situación es tolerada por la Dirección General de Bellas Artes y por las religiosas propietarias de las pinturas, puesto que no consta ningún tipo de actuación por su parte en relación con las pinturas. De ahí, que la situación debe calificarse de precario.

DECIMOQUINTO. Ya se manifestó en fundamentos jurídicos anteriores que el día 21 de abril de 1971, la Priora del Monasterio de Sijena, Doña Carmela, junto con las tres religiosas que componían la comunidad, firman un documento en el que manifiestan su deseo de trasladarse al Monasterio de la misma Orden de Barcelona, así como de transmitir todos sus bienes muebles e inmuebles, cuadros, vivienda y tierras de Sijena a la Comunidad de Barcelona, agradecimiento por haber sido acogidas (documento n.º 18 aportado por el MNAC con su escrito de contestación folio 812)

Se habla incluso de que la Comunidad del Real Monasterio de Sijena se habría fusionado con la Comunidad del Real Monasterio de San Juan de Jerusalén con domicilio en Valdoreix, lo que nos conduce a plantearnos la desaparición de la Comunidad del Real Monasterio de Sijena, con las consecuencias que tendría para este procedimiento. Por el MNAC se aportó con la contestación a la demanda como documento n.º 20 (folio 741) la resolución de la Sagrada Congregación para los religiosos y los institutos seculares, siendo aportada la traducción por parte del Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena en el acto de la audiencia previa (folio 1329). Según se desprende de la traducción aportada, las cuatro religiosas del Monasterio de Sijena solicitaron a la Santa Sede permiso para trasladarse al Monasterio de la misma orden sito en Barcelona, siéndole concedido dicho permiso. No podemos interpretar dicho «traslado» como fusión de comunidades religiosas, ni por tanto, de desaparición de la Comunidad de religiosas del Real Monasterio de Sijena, la cual tendría personalidad jurídica independiente a la Comunidad de religiosas del Real Monasterio de San Juan de Jerusalén, constando inscritas ambas en el Registro de Entidades Religiosas como entidades religiosas distintas (documento n.º 21 aportado por el Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena-folios 1379 y siguientes). De hecho, la solicitud de inscripción en el Registro de Entidades Religiosas de la Comunidad del Real Monasterio de Sijena se efectuó el 25 de abril de 1982, es decir, después de que la Comunidad solicitara el traslado y se trasladara a Valdoreix, lo cual es indicativo que no hubo fusión de comunidades religiosas.

La Comunidad de religiosas del Real Monasterio de Sijena existe en la actualidad con personalidad jurídica propia y ello aun cuando ha cesado su actividad, puesto que según el canon 120 del Código de Derecho Canónico toda persona jurídica es, por naturaleza perpetua,

pudiendo extinguirse si es legítimamente suprimida por la autoridad competente, o si ha cesado su actividad por espacio de cien años. No dándose ninguno de estos supuestos, la persona jurídica no se habría extinguido.

Resulta de gran trascendencia analizar los efectos jurídicos del documento suscrito por las cuatro religiosas que componían la Comunidad del Real Monasterio de Sijena, en tanto podría afectar a la legitimación activa para ejercitar las acciones que dan origen al presente procedimiento. El MNAC pone de manifiesto en su contestación a la demanda que con dicho acuerdo, las Religiosas del Real Monasterio de Sijena ceden todos sus derechos y sus bienes, y por tanto, las pinturas murales, a las Religiosas del Monasterio de San Juan de Jerusalén, con domicilio en Barcelona, pasando éstas a ser las propietarias, y por tanto, las únicas legitimadas para reclamar los bienes.

El documento suscrito por las cuatro religiosas de la Comunidad del Real Monasterio de Sijena carece de eficacia jurídica, por los motivos que a continuación se van a exponer, y por lo tanto, no constituye título traslativo del dominio de las pinturas tal como alega el MNAC.

En primer lugar, nos planteamos la naturaleza jurídica de acto llevado a cabo por las cuatro religiosas que integraban la Comunidad de religiosas del Real Monasterio de Sijena, que a la vista de los términos en que se redactó podríamos concluir que se trataría de una donación de todos los bienes, muebles e inmuebles, pertenecientes a dicha comunidad, a favor del Monasterio de la misma orden en Barcelona, en agradecimiento por haber sido acogidas en su seno, teniendo en cuenta que el artículo 618 del Código Civil define la donación como «acto de liberalidad por el cual una persona gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta» y que el artículo 619 del CC considera igualmente donación «la que se hace a una persona por sus méritos y por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles...».

Examinado el documento en el que se plasma el acuerdo de las cuatro religiosas, observamos que no se cumplen las formalidades exigidas por el Código Civil para que tenga eficacia jurídica. En primer lugar, no consta aceptación de la comunidad donataria, requisito exigido por el artículo 618 del CC y concretamente, por el

artículo 630 del CC. De hecho, es necesario que el donante conozca la aceptación del donatario para que se perfeccione la donación según el artículo 623 CC. El documento está firmado únicamente por las cuatro religiosas que componían la comunidad del Real Monasterio de Sijena; en segundo lugar, habida cuenta la calificación de bienes inmuebles de las pinturas, debiera haberse otorgado escritura pública donde debieran haberse expresado individualmente los bienes donados conforme al artículo 633 del Código Civil y haberse aceptado la donación igualmente en escritura pública, bien en la misma escritura de donación, bien en otra distinta, notificándose la aceptación a la comunidad donante conforme prevé el artículo 633 del CC. Pero es que, aun en el caso de que se considerarán aplicables las disposiciones relativas a la donación de bienes muebles, teniendo en cuenta su especial naturaleza, a la que ya se ha hecho referencia en líneas anteriores, tampoco se cumplirían las formalidades previstas en el artículo 632 del CC, que permite cuando se trata de donaciones de bienes muebles, que se haga verbalmente o por escrito, si bien si se hace verbalmente, exige la entrega simultánea de la cosa, lo cual no habría tenido lugar, al encontrarse en el MNAC. Si no es posible la entrega simultánea de la cosa, es necesario que la donación se haga por escrito y la aceptación conste igualmente por escrito.

El acto no es válido desde el punto de vista del derecho canónico. Como ya se expuso en el fundamento jurídico quinto, el canon 638.3 dispone que «para la validez de una enajenación o de cualquier operación en la cual pueda sufrir perjuicio la condición patrimonial de una persona jurídica, se requiere la licencia del Superior competente dada por escrito, con el consentimiento de su consejo. Pero si se trata de una operación en la que se supere la suma determinada por la Santa Sede para cada región, o de bienes donados a la Iglesia, a causa de un voto, o de objetos de gran precio por su valor artístico o histórico, se requiere además la licencia de la misma Santa Sede».

Tratándose las pinturas murales de Bienes de Interés Cultural, ninguna duda cabe que la donación efectuada por su propietaria requería que se hubieran cumplido las solemnidades previstas por el Derecho Canónico al existir un desplazamiento patrimonial que claramente iba a perjudicar la condición patrimonial de la comunidad religiosa. Sin embargo, ninguna constancia hay de que se hubieran recabado las licencias correspondientes.

Finalmente, el acto llevado a cabo por la comunidad propietaria de las pinturas sería contrario a la legislación que sobre patrimonio histórico artístico se encontraba vigente en ese momento. La Ley de 10 de diciembre de 1931 (GM n.º 246 de 12 de diciembre de 1931), derogada por la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español, establecía en su artículo 1.º que «los particulares, las entidades y personas jurídicas, así eclesiásticas como civiles, no podrán enajenar inmuebles ni objetos artísticos, arqueológicos o históricos de una antigüedad que, entre los peritos en la materia, se considere mayor de cien años, cualesquiera que sean su especie y su valor, sin previo permiso del Ministerio de que dependan y mediante escritura pública».

El artículo 11 del mismo texto legal establecía que «en los contratos no cabrá enajenación por donación, ni por otra manera de liberalidad, ni aun en la remuneratoria».

Por lo tanto, de entender que la transmisión que de sus bienes hicieron las cuatro religiosas pertenecientes a la Comunidad del Real Monasterio de Sijena a favor de la Comunidad del Real Monasterio de San Juan de Jerusalén de Barcelona el día 21 de abril de 1971, incluía las pinturas murales, no sería válida conforme a la legislación de patrimonio vigente en ese momento, teniendo en cuenta la naturaleza de Bienes de Interés Cultural de dichas pinturas.

Por todos los motivos expuestos, podemos concluir que no se habría transmitido el dominio de las pinturas murales a favor de la Comunidad de religiosas del Real Monasterio de San Juan de Jerusalén de Valdoreix, siendo sus legítimas propietarias la Comunidad de religiosas del Real Monasterio de Sijena.

DECIMOSEXTO. Finalmente, se aporta por el MNAC como documento n.º 15 de la contestación (folio 724), contrato de fecha 17 de diciembre de 1992 celebrado entre la Generalitat, representada por el Consejero de Cultura de la Generalitat de Cataluña, Balbino, y la madre federal de la Orden de San Juan de Jerusalén y priora del Monasterio de Valldoreix, Doña Santiago, en el que la Orden de San Juan de Jerusalén cede de modo indefinido a la Generalitat de Cataluña la custodia y uso de las pinturas murales que fueron arrancadas del Monasterio de Sijena, comprometiéndose a realizar todos los trámites y obtener las autorizaciones necesarias para donar dichas pinturas a la Generalitat. El contrato se encuentra redactado en

catalán, si bien se aporta traducción al castellano por parte del MNAC (folio 807) que no habría sido impugnada de contrario.

El MNAC alega que la presencia de las pinturas en la colección del museo era solo conocida por la comunidad proveniente de Sijena, sino que además fue sancionada por el citado contrato celebrado el 17 de diciembre de 1992.

La alusión a dicho contrato y su aportación a autos fue lo que motivó la intervención de la Generalitat de Cataluña en este procedimiento, al amparo del artículo 13 LEC, teniéndole como parte demandada, a los efectos que prevé el citado artículo, en tanto titular de una relación jurídica que pudiera verse afectada por lo que se resuelva en este procedimiento, puesto que de contrario se impugna la existencia y validez de dicho contrato.

Examinada la prueba practicada en autos podemos concluir que no habría quedado acreditada la existencia real de dicho contrato. Además, aun cuando hubiera quedado acreditada su existencia, no podría tener efectos jurídicos por los motivos que a continuación se expondrán.

Para acreditar la celebración de dicho contrato, se propuso por la Generalitat de Cataluña la declaración testifical de Balbino, Consejero de la Generalitat en aquel momento, que interviene en representación de la Generalitat en el citado contrato. El testigo, quien manifestó al comienzo de su declaración, tener interés en el resultado del pleito, reconoció la firma que obra en el contrato como suya y corroboró la celebración del mismo con Doña Santiago, madre federal de la Orden de San Juan de Jerusalén. El testigo manifestó no haber intervenido en la negociación del contrato con las religiosas y que le pasaron directamente el contrato a la firma, sin embargo, sí parece conocer que la intención de las religiosas con la firma de dicho contrato era que las pinturas murales que se encontraban en el MNAC no salieran de allí. Por otro lado, resulta sorprendente que el testigo recuerde perfectamente las circunstancias en las que se firmó dicho contrato, y sin embargo, no recuerde que el mismo día se celebró un contrato de compraventa con las religiosas sobre otros objetos artísticos, el cual habría sido declarado nulo en sentencia de fecha 8 de abril de 2015, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Huesca.

Lo más sorprendente es que un contrato que supuestamente se celebró el día 17 de diciembre de 1992 salga a la luz a propósito de este procedimiento y ninguna noticia se haya tenido sobre el mismo hasta ahora. La Comunidad Autónoma de Aragón requirió extrajudicialmente al MNAC la devolución de las pinturas en septiembre de 2013 y ningún título se invocó por el MNAC en ese momento.

Por otro lado, en la página web del MNAC ya se ha manifestado en fundamentos jurídico anteriores que todas las pinturas murales, tanto las arrancadas en 1936, como las arrancadas posteriormente, consta que se encontrarían en el citado museo en calidad de depósito constituido por las religiosas del Monasterio de Sijena en 1940 y 1960, sin que conste mención alguna al supuesto contrato de 1992. No existe ningún documento que corrobore la existencia de dicho contrato en los archivos del MNAC, puesto que de haberlo, se hubiera aportado a autos.

Así, el contrato aportado por el MNAC sería un contrato de comodato, el cual se define en el art. 1740 del CC, como aquel contrato por el que una de las partes (comodante) entrega a la otra (comodatario) alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, admitiéndose en el artículo 1750 del CC el comodato en el cual no se pacte plazo de duración ni uso al que deba destinarse la cosa prestada, en cuyo caso puede reclamarla el comodante a su voluntad.

Nos encontramos, por tanto, ante un contrato real, en tanto requiere la entrega de la cosa para su perfección, no siendo suficiente el mero acuerdo de voluntades. En el presente supuesto las pinturas murales se encontraban en el MNAC, quien ostentaba la posesión de las mismas a título de precario, tal como ya se ha manifestado anteriormente. Encontrándose las pinturas en posesión del MNAC y habiéndose otorgado contrato de comodato entre las propietarias de las pinturas y la Generalitat, lo lógico hubiera sido que se hubiera materializado la entrega de las pinturas de algún modo aun cuando la Generalitat tuviera intención de que las pinturas continuaran en posesión del MNAC.

Así, no consta la existencia de un acta de recepción de las pinturas por parte del MNAC, que es el proceder común cuando se deposita una obra de arte en un museo, tal como explicó el testigo Nazario,

director del Museo Numantino de Soria. Dicho testigo explicó en el acto del juicio que las obras de arte que se exponen en los museos suelen ser en su mayoría propiedad del Estado o de la Comunidad Autónoma, y que algunas de esas obras están en depósito, el cual se formaliza entre el propietario de la obra y el Estado o Comunidad Autónoma, que es quien realiza el papeleo para aceptar la obra, incorporándose la obra a los fondos del museo, en las condiciones acordadas en el depósito. Es en ese momento, cuando se firma un acta de recepción de la obra por parte del museo.

Por otro lado, llaman la atención dos circunstancias: una, que la comunidad religiosa propietaria de las pinturas desconozca la existencia de dicho contrato, puesto que de haber existido y haberlo conocido, en tanto contrato de comodato sin plazo, lo lógico es que la comunidad (comodante) hubiera instado la devolución del objeto del contrato (pinturas murales) a la Generalitat (comodatario) y dos, que la comunidad religiosa no haya realizado gestión alguna para donar las pinturas murales a la Generalitat tal como se compromete en el citado contrato y que la Generalitat no haya instado el cumplimiento de lo pactado.

Además de no haberse acreditado la existencia real del contrato de 17 de diciembre de 1992, se dan una serie de circunstancias que conllevarían que el mismo no pudiera desplegar efectos jurídicos caso de que sí hubiera quedado acreditado que se celebró.

El contrato de comodato, además de ser un contrato real, es un contrato gratuito en el que no se pacta un precio, puesto que de pactarse, estaríamos ante un contrato de arrendamiento, lo que conlleva la aplicación de lo dispuesto en el canon 638.3 de Derecho Canónico, que exige la licencia del Superior Competente y licencia de la Santa Sede al tratarse de objeto de gran precio por su valor artístico o histórico, formalidades que no se habría acreditado se cumplieran.

El contrato aportado no se celebra por la comunidad religiosa propietaria de las pinturas murales. Como ya se manifestó en el fundamento jurídico anterior, la legítima propietaria de las pinturas murales es la comunidad religiosa del Real Monasterio de Sijena. Quien firma el contrato es Doña Santiago, como madre federal de la Orden de San Juan de Jerusalén y priora del Monasterio que la Orden tenía en Valdoreix, sin que conste acreditado que dispusiera de poder de representación de la comunidad religiosa

propietaria de las pinturas murales en ese momento. La Comunidad de Valldoreix no era la propietaria de las pinturas y la Federación ninguna representación podía ejercer con respecto a las comunidades religiosas que la integraban, personas jurídicas independientes y por tanto con personalidad jurídica propia, tal como ya se manifestó en el fundamento jurídico anterior. Así como establece el apartado 28 de las Verbi Sponsa (Instrucción sobre la clausura de las monjas del 13 de mayo de 1999), «la Federación, por estar al servicio del monasterio, debe respetar su autonomía jurídica y no tiene sobre el mismo autoridad de gobierno, por lo cual, no puede decidir sobre todo lo relativo al monasterio, ni tiene un cometido de representación de la Orden».

Finalmente, conforme al artículo 36.2 de la Ley de Patrimonio Histórico Español «la utilización de los bienes declarados de interés cultural, así como de los bienes muebles incluidos en el Inventario General, quedará subordinada a que no se pongan en peligro los valores que aconsejen su conservación. Cualquier cambio de uso deberá ser autorizado por los Organismos competentes para la ejecución de esta Ley».

En este caso, el organismo competente, al amparo del artículo 6 del mismo texto legal sería el organismo correspondiente de la Comunidad Autónoma de Aragón que tuviera a su cargo la protección del patrimonio histórico, y ello teniendo en cuenta que las pinturas murales fueron arrancadas del Monasterio de Villanueva de Sijena (Huesca), y que de acuerdo con el artículo 14, tienen la consideración de bien inmueble «cuantos elementos puedan considerarse consustanciales con los edificios y formen parte de los mismos o de su exorno, o lo hayan formado, aunque en el caso de poder ser separados constituyan un todo perfecto de fácil aplicación a otras construcciones o a usos distintos del suyo original, cualquiera que sea la materia de que estén formados y aunque su separación no perjudique visiblemente al mérito histórico o artístico del inmueble al que están adheridos».

Por todo lo expuesto, la posesión de las pinturas por parte del MNAC sería en concepto de precario y ningún título ampararía la posesión de las mismas.

DECIMOSÉPTIMO. En la demanda se ejercita acción reivindicatoria contra partes demandadas, interesando se declare

la extinción del precario sobre las pinturas murales, acordando la inmediata reintegración de las mismas al Monasterio de Sijena.

Partiendo de que el precario se define como la tenencia o disfrute de cosa ajena, sin pago de renta o merced, ni razón de derecho distinta de la mera liberalidad o tolerancia de su propietario o poseedor real, abarcando tanto aquellos supuestos de posesión sin título, además de la posesión concedida por liberalidad del titular, como la posesión tolerada (que no tiene su origen en un acto de concesión graciosa) y la posesión ilegítima o sin título para poseer, bien porque no ha existido nunca o por haber perdido vigencia, lo cual supone la posibilidad de que el titular del derecho pueda recuperar a su voluntad el completo señorío sobre la cosa (SSTS de 30 de octubre de 1.986 y 31 de enero de 1.995, entre otras), nos planteamos si procede el ejercicio de la acción reivindicatoria, o si por el contrario, siendo que la solicitud de la extinción del precario a petición del propietario de la cosa, lleva aneja su recuperación, bastaría con solicitar la extinción del precario y la recuperación de la cosa sin necesidad de ejercitar acción reivindicatoria.

La acción reivindicatoria es una acción protectora del dominio, regulada en el artículo 348.2 del Código Civil, que se ha definido por la doctrina jurisprudencial como la acción que puede ejercitar el propietario no poseedor contra el poseedor no propietario, cuando éste último aparece desprovisto de título jurídico que justifique dicha posesión (SSTS de 1 de marzo de 1954 y 25 de junio de 1998). Se trata por tanto de una acción de condena que pretende obtener la condena del poseedor no propietario a devolver la cosa al propietario no poseedor.

Algunos autores como Albaladejo entienden que la acción reivindicatoria persigue, por un lado, que sea declarado el derecho de propiedad de quien la interpone, y por otro, que en consecuencia, le sea restituida la cosa sobre la que aquel recae. Sin embargo, para otros autores, como Lacruz, la declaración del derecho de propiedad no es un pronunciamiento propio de la acción reivindicatoria, puesto que puede que la titularidad del actor no resulte discutida, constriñéndose en puridad la controversia a la recuperación de la cosa que se haya indebidamente en posesión del demandado.

A la vista de lo expuesto, y siendo que la parte actora lo que interesa en su demandada es la restitución de las pinturas murales

por extinción del precario se considera convenientemente ejercitada la acción reivindicatoria para reclamar los bienes.

Son tres los requisitos exigidos para que pueda prosperar la acción reivindicatoria: primero, acreditar el título de dominio; segundo, identificar la cosa objeto de reivindicación; y tercero, demostrar que la cosa reclamada es poseída por el demandado sin título o con título de inferior categoría al que ostenta la actora (SSTS de 9 de junio de 1982, 23 de diciembre de 1983, 9 de febrero de 1984 y 10 de julio de 2002). Analicemos la concurrencia o no de los citados requisitos.

1.º Título de dominio:

Por ambas partes demandadas y por la parte interviniente se excepcionó la falta de legitimación activa de la parte actora, en tanto no ostentaría derecho de propiedad alguno sobre las pinturas murales.

La legitimación activa de la Comunidad Autónoma de Aragón ya fue resuelta en el fundamento jurídico tercero. Y también se resolvió en el fundamento jurídico décimo cuarto que la propietaria de las pinturas murales es la Comunidad de Religiosas del Real Monasterio de Sijena, y ello, por entender que no transmisión de la propiedad de las pinturas a favor de la comunidad de la misma orden de Valdoreix. Según certificado del Registro de la Propiedad, la propietaria del Monasterio de Sijena, y por lo tanto, de las pinturas murales, es la Comunidad de Religiosas del Real Monasterio de Sijena (documento n.º 2 de la demanda de la Comunidad Autónoma de Aragón-folio 26).

Aún a pesar de que las partes demandadas entendían que la propiedad de las pinturas correspondía a la Comunidad del Real Monasterio de San Juan de Jerusalén de Valdoreix, sin embargo, alegaron igualmente, que aun cuando se considerara que la propiedad de las pinturas correspondía a la Comunidad del Real Monasterio de Sijena, no era ésta la Comunidad que había cedido las acciones a la Comunidad Autónoma de Aragón, sino que era la Comunidad de Religiosas comendadoras de San Juan (Monasterio de San Juan de Acre), que nada tendría que ver con el Monasterio de Sijena y por lo tanto, con las pinturas murales.

Del documento n.º 21 aportado por el Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena en el acto de la audiencia previa (folio 1379), así como de los documentos aportados por el MNAC (folios 1069 y siguientes), se desprende que en el Registro de Entidades

Religiosas dependiente del Ministerio de Justicia, constan inscritas como comunidades religiosas de la Orden sanjuanista, distintas e independientes, las siguientes comunidades: 1.º Comunidad de Religiosas Reverendas Sanjuanistas del Real Monasterio de San Juan de Jerusalén (Orden de San Juan de Jerusalén), inscrita con el número 1129-SE/B; 2.º Comunidad de Religiosas Comendadoras de San Juan, del Real Monasterio de San Juan de Acre (Orden Hospitalaria de Malta) inscrita con el número 882-SE/B, 3.º Comunidad de Religiosas Reverendas Sanjuanistas del Real Monasterio de Sijena (Orden de San Juan de Jerusalén) inscrita con el número 1181-SE/B.

La cesión de acciones, según la escritura de cesión aportada como documento n.º 1 de la demanda de la Comunidad Autónoma de Aragón, es efectuada por la Comunidad de Religiosas Comendadoras de San Juan (Orden Hospitalaria de Malta). A la vista de la información proporcionada por el Registro de Entidades Religiosas pareciera que la comunidad que cedió las acciones no fue la Comunidad del Real Monasterio de Sijena, denominada en el citado registro como Comunidad de Religiosas Reverendas Sanjuanistas del Real Monasterio de Sijena, sino la comunidad de religiosas del Monasterio de San Juan de Acre. Sin embargo, la Comunidad Autónoma de Aragón, cuando interpone la demanda lo hace, previa cesión de acciones, por la Comunidad Religiosa titular del Real Monasterio de Sijena, como legítima propietaria de las pinturas murales.

En el acto del juicio se aportó por parte de la Comunidad Autónoma de Aragón un Decreto de fecha 25 de noviembre de 2015 por el cual los Institutos de vida consagrada y las Sociedades de vida apostólica nombran Comisaría Pontificia a Gracia de los siguientes Monasterios: el Real Monasterio de Religiosas Comendadoras de San Juan de Jerusalén (Orden de Malta) de Salinas de Añana, el Real Monasterio de Religiosas Comendadoras de San Juan de Jerusalén (Orden de Malta) de Santa María de Sijena, el Real Monasterio de Religiosas Comendadoras de San Juan de Jerusalén (Orden de Malta) de Valldoreix y el Real Monasterio de Religiosas Comendadoras de San Juan de Jerusalén (Orden de Malta) de Zamora.

Como puede observarse, la denominación que aparece en el Decreto de las distintas comunidades religiosas de la orden sanjuanista no coincide con la denominación que consta en el Registro de Entidades Religiosas. La Comunidad de Religiosas Reverendas

Sanjuanistas del Real Monasterio de Sijena aparece en el Decreto como Real Monasterio de Religiosas Comendadoras de San Juan de Jerusalén (Orden de Malta), coincidiendo dicho nombre con el que obra en la escritura de cesión de acciones. En el encabezamiento de la escritura, Gracia comparece como madre Presidenta Federal, en representación de la Federación de Monasterios de Monjas de la Orden de San Juan de Jerusalén, y concretamente, de la Comunidad de Religiosas Comendadoras de San Juan (Orden Hospitalaria de Malta), que bien podría referirse a la Comunidad del Real Monasterio de Sijena a la vista de lo anteriormente expuesto, sin embargo, se hace constar un CIF de la comunidad religiosa que no se corresponde con el de la Comunidad del Real Monasterio de Sijena. Lo anterior nos conduce a plantearnos qué comunidad religiosa está cediendo las acciones, puesto que Gracia que es quien otorga los poderes, dejó muy claro en el acto del juicio que las legítimas propietarias de las pinturas murales eran las religiosas del Real Monasterio de Sijena, y sería un contrasentido que hubiera otorgado la cesión de acciones en representación de una comunidad religiosa que no era la propietaria de los bienes. Todo apunta a que podría tratarse de un error y que la cesión de acciones la realizó en representación de la Comunidad del Real Monasterio de Sijena.

Cuando Gracia otorgó la escritura de cesión de acciones tenía poder de representación de la Comunidad del Real Monasterio de Sijena, como madre federal, según certificó la Conferencia Episcopal (documento n.º 2 aportado por la Comunidad Autónoma de Aragón en la Audiencia Previa-folio 1425), en tanto dicho Monasterio habría cesado su actividad sanjuanista y no dispondría de sus propios órganos de gobierno, y en la escritura de cesión de acciones, se dice expresamente que la comunidad religiosa que cede las acciones es propietaria de las pinturas murales, y está interesada en recuperarlas. Posteriormente, cuando Gracia es nombrada Comisaría Pontificia, otorga nueva escritura de fecha ocho de enero de 2016, en la cual ratifica la cesión de acciones, como representante de todos los Monasterios de la Orden Sanjuanista.

Por todo lo expuesto, debemos entender que la cesión de acciones se efectuó por la Comunidad de Religiosas del Real Monasterio de Sijena, cuya titularidad sobre las pinturas murales habría quedado acreditada.

2.º Identificación de la cosa

Las pinturas murales que se reclaman por las partes actoras aparecen debidamente identificadas en la demanda, adjuntándose como documento n.º 11 de la demanda de la Comunidad Autónoma de Aragón la descripción de cada una de las pinturas que se reclaman.

En la audiencia previa se concretó que eran objeto de reclamación las pinturas que constan en el citado documento n.º 11, y ello porque el Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena, al personarse en el procedimiento al amparo del artículo 13 LEC, reclamaba todas las pinturas murales que fueron arrancadas de la Sala Capitular, que podían coincidir con las enumeradas en el documento n.º 11 de la demanda de la Comunidad Autónoma de Aragón, o ser su número mayor, circunstancia ésta que dejó pendiente de la prueba que pudiera practicarse a lo largo del procedimiento. No obstante, se concretó que eran objeto de reclamación las pinturas solicitadas por la Comunidad Autónoma de Aragón en su demanda, habida cuenta la condición de interviniente del Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena.

3.º Posesión de la cosa por el demandado sin título o cuyo título sea de inferior categoría.

Ha quedado suficientemente determinado que el MNAC, quien ostenta la posesión de las pinturas murales, carece de título que legitime dicha posesión, ostentando la misma en calidad de precario.

La concurrencia de los tres requisitos exigidos por la jurisprudencia nos lleva a concluir que la acción reivindicatoria debería prosperar, si bien respecto del MNAC, no respecto de la Administración General del Estado, quien en opinión de esta juzgadora carece de legitimación pasiva a la vista del devenir de acontecimientos expuestos y de la intervención que ha tenido la Administración General del Estado en todos ellos, lo cual ha quedado suficientemente descrito en este sentencia. Debemos partir del petitum de la demanda, en el que se solicita la devolución de unas pinturas por extinción del precario. Quien ostenta la posesión de las pinturas es el MNAC no la Administración General del Estado. Ciertamente es que la Dirección General de Bellas Artes era el órgano de la Administración del Estado, con competencias en materia de protección de patrimonio, cuando las pinturas murales fueron arrancadas, tanto en 1936 como en 1961,

y que dicho organismo fue quien autorizó que las pinturas murales arrancadas en 1936 se depositaran en el MNAC y autorizó el segundo arranque de las pinturas murales, si bien, como ya hemos expuesto en esta resolución, tras el segundo arranque, acordó que las pinturas debían regresar a Aragón, y debían depositarse en un Museo de Zaragoza o de Huesca, circunstancia ésta que no se cumplió por el entonces Museo de Arte de Barcelona. La nula actuación de la Dirección General de Bellas Artes para hacer cumplir sus resoluciones no puede legitimarle ahora pasivamente en este procedimiento, sin perjuicio de las responsabilidades en que pudiera haber incurrido. A lo anterior, debemos unir que la Administración General del Estado ya no es la Administración competente en materia de patrimonio, habiendo sido transferidas las competencias a las Comunidades Autónomas. Por lo tanto procede el dictado de una sentencia absolutoria con respecto a la Administración General del Estado.

DECIMOCTAVO. Por el MNAC y por la Generalitat se alegó la prescripción de la acción reivindicatoria ejercitada en la demanda. Concretamente, se alega por el MNAC que las pinturas murales están en su poder desde 1936 la mayor parte, y desde 1961, el resto, encontrándose expuestas desde 1962 de forma pública, permanente e ininterrumpida en el MNAC, sin que la Comunidad de religiosas propietaria de las mismas las haya reclamado. Alega el MNAC que desde 1936 la única vez que ha habido una expresión de voluntad para recuperar estas pinturas habría sido en septiembre de 2013, lo que equivaldría a una inacción de 77 años seguidos, por lo que la acción reivindicatoria habría prescrito con creces, aun cuando se calificaran las pinturas de bienes inmuebles, al prever el artículo 1963 del CC un plazo de prescripción de 30 años.

En la doctrina española es polémica la cuestión acerca de si la acción reivindicatoria es o no imprescriptible autónomamente, es decir, si cabe la prescripción de la acción reivindicatoria sin que la parte contraria haya adquirido la cosa por usucapión. Algunos autores como Albaladejo sostienen que es posible que se extinga la acción reivindicatoria sin que haya sido consumada usucapión alguna por parte del opositor. Mientras que otro sector doctrinal, en el que se encuentra Díez Picazo, aboga por la correlación y simultaneidad entre usucapión extraordinaria y prescripción (extintiva) de la acción.

El Tribunal Supremo zanja la cuestión en la sentencia de 11 de julio de 2012 y se decanta por la primera de las posturas, manifestando que «fuera de disquisiciones dogmáticas, y teniendo en cuenta lo ya señalado, debe plantearse la alegación de la parte recurrente relativa a la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria, y a su relación con la adquisición del dominio por usucapión. Esta correlación resulta inevitable a tenor de los artículos 1962 y 1963, párrafo segundo, del Código Civil, que contemplan la prescripción de las acciones reales, 6 años para bienes muebles y 30 para inmuebles, tras la pérdida de la posesión y sin perjuicio de lo establecido para la adquisición del dominio o derechos reales por usucapión. Desde la interpretación conceptual y metodológica que presentan ambas figuras, así como de la razón sistemática de su respectiva regulación en el Código Civil, conviene señalar la primacía o preferencia de los efectos de la adquisición del dominio respecto de las reglas de la prescripción extintiva, de suerte que actúan como presupuesto o condicionante para que esta última pueda producir sus plenos efectos. La pérdida del derecho de dominio por el mero transcurso del tiempo que implica la prescripción extintiva de la acción carecería de fundamento, conforme a lo dispuesto en el artículo 348, como pieza angular de nuestro sistema patrimonial, si previamente no se hubiera producido una pérdida de la posesión que resulte relevante para lesionar el derecho de dominio del titular de la acción, es decir, que represente una posesión hábil para la usucapión en concepto de dueño (artículo 447 y 1941 del Código Civil).

Por lo tanto, para que la acción reivindicatoria hubiera prescrito, sería necesario que el poseedor, en este caso, el MNAC, hubiera adquirido la propiedad de las pinturas murales por usucapión, para lo cual, como la misma STS de 11 de julio de 2012 establece se requiere «de la posesión y del transcurso del tiempo como presupuestos generales de su propia configuración como fenómeno jurídico, conforme a lo expresamente contemplado en el artículo 1941 del Código Civil que articula la *possessio ad usucapionem* en relación a la posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida». Lo anterior guarda correlación con lo dispuesto en el artículo 444 del Código Civil, que establece que «solo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio», y con el artículo 447 del mismo texto legal, que establece

que «los actos ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa o con violencia no afectan a la posesión».

Sobre el concepto «posesión en concepto de dueño», se ha pronunciado la jurisprudencia. Así la STS de 7 de febrero de 1997 establecía que «el extremo que conviene destacar es el carácter de “en concepto de dueño”. La jurisprudencia ha insistido reiteradamente en que es imprescindible para que se produzca la usucapión: sentencias de 6 de junio de 1986, 5 de diciembre de 1986, 20 de noviembre de 1990, 14 de marzo de 1991, 10 de julio de 1992, 29 de octubre de 1994. El sentido de esta expresión “en concepto de dueño” también ha sido reiteradamente explicado por la jurisprudencia. La sentencia de 14 de marzo de 1991 expresa que es doctrina de esta Sala la de que como dice de manera expresa el artículo 447 del Código Civil y reitera el 1941, sólo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio (...) que la posesión en concepto de dueño, como requisito esencial básico, tanto de la usucapión ordinaria como de la extraordinaria, no es un concepto puramente subjetivo o intencional, ya que el poseedor por mera tolerancia o por título personal, reconociendo el dominio en otra persona, no puede adquirir por prescripción aunque quiera dejar de poseer en un concepto y pasar al *animus domini* (S.19 de junio 1984) y, finalmente, que para que pueda originarse la prescripción adquisitiva, incluso la extraordinaria, como medio de adquirir la prescripción adquisitiva, incluso la extraordinaria como medio de adquirir el dominio, se requiere, no sólo el transcurso de los 30 años sin interrupción de la posesión, sino también que esta posesión no sea simple tenencia material o la posesión natural, sino que sea la civil, es decir, la tenencia unida a la intención de hacer la cosa como suya, “en concepto de dueño”».

El MNAC ni siquiera ha invocado la usucapión de las pinturas. Ha quedado más que acreditado a lo largo de la fundamentación jurídica de la presente sentencia que nunca ha poseído las pinturas a título de dueño puesto que nunca ha tenido intención de hacer las pinturas suyas. Basta con examinar la página web del MNAC para ver que en relación con las pinturas murales que se reclaman en la presente litis, el MNAC refiere que ingresaron por depósito de la Comunidad de religiosas del Monasterio de Sijena (folios 55 y siguientes), reconociendo siempre que las legítimas propietarias de las pinturas eran las religiosas. Sólo en el caso de que se hubiera

producido la llamada «intervención posesoria», en virtud de la cual, el poseedor por otro concepto puede pasar a serlo en concepto de dueño (STS de 28 de noviembre de 2008), podríamos plantearnos si ha habido usucapión, circunstancia ésta sobre la que no procede entrar, en tanto no ha sido ni siquiera alegada. De la postura mantenida por el MNAC en el presente procedimiento, se desprende claramente que nunca se ha atribuido derecho de propiedad sobre las pinturas murales.

Por todo lo expuesto, procede declarar que la acción reivindicatoria no habría prescrito.

DECIMONOVENO. Se invoca finalmente por el MNAC que la acción ejercitada en la demanda no puede prosperar en tanto supondría un abuso de derecho y un ejercicio antisocial del mismo, en tanto, supondría la desmembración de una de las colecciones más importantes y la desmembración de un bien protegido con la máxima cualificación,, en tanto que las figuras forman parte integrante de un Bien de Interés Cultural, al haber sido declarado BIC el Museo de Arte de Cataluña mediante Decreto 474/1962, de 9 de marzo. Se alega que la integración de las pinturas a la Sala Capitular del Monasterio de Sijena sería una pérdida irreparable para el Patrimonio Histórico Español tanto desde el punto de vista de la conservación de las pinturas, como desde el punto de vista de su estudio especializado y difusión popular, todo lo cual no quedaría compensado con un aumento del valor y esplendor del Monasterio de Sijena dado el mal estado en que se encuentran las pinturas y el estado en el que se encuentra el Monasterio. Por el contrario, entiende el MNAC que la integración de las pinturas en la colección tiene pleno sentido histórico y científico y permite además una gran difusión entre el público no especializado.

Para acreditar los extremos expuestos, se aportan por el MNAC varios informes periciales con la contestación a la demanda, que ponen de relieve el significado de las pinturas murales en la colección del museo.

Se aporta como documento n.º 11 (folios 681 y siguientes) informe emitido por Onésimo, Conservador– Jefe del MNAC, quien tras exponer las distintas actuaciones llevadas a cabo desde que ingresaron las pinturas en el museo, manifiesta que el conjunto de Sijena, es una obra maestra del estilo 1.200 hispánico, formando parte

del grupo de salas dedicadas en el Museo a la pintura de esa época, y siendo el conjunto de las pinturas murales de la Sala Capitular de Sijena la culminación de un itinerario que se centra en la evolución de la pintura románica entre el final del siglo XI y el XIII. Por lo tanto, el conjunto de las pinturas murales junto con otros conjuntos, como sería el compuesto por los fragmentos de la llamada Torre del Tesoro del Monasterio castellano de San Pedro de Arlanza (Burgos), configurarían un bloque repleto de obras maestras homogéneas, completas y que culminarían con las pinturas murales objeto de este procedimiento.

Onésimo refiere que desde que las pinturas ingresaron en el museo han sido expuestas al público de forma permanente y se han emprendido actuaciones y medidas con constancia y regularidad, permitiendo su estudio y su difusión, siendo el MNAC un museo de referencia a nivel mundial por sus colecciones de arte medieval, y en el cual, el discurso de la pintura y el excepcional conjunto de alimentan mutuamente y han de mantenerse en la unidad de la colección. En definitiva, el perito entiende que la pérdida del conjunto para el Museo sería extremadamente sensible y desequilibraría la exposición de las salas de románico, a la vez que iría en contra de la premisa de integridad de las colecciones.

Se aporta como documento n.º 12 (folios 695 y siguientes) informe emitido por Richard Plant, quien pone de manifiesto que el MNAC alberga una colección extraordinaria, siendo internacionalmente conocido por su colección de Medieval, que estaría dividida en dos secciones, el «Románico» y el «Gótico», ocupando las pinturas de Sijena la última sala de la zona del Románico y constituyendo uno de los documentos más importantes de la naturaleza internacional del arte de finales del siglo XII. Respecto a la conservación de las pinturas, el perito pone de manifiesto que las mismas fueron irreparablemente dañadas en el incendio de 1936, y que actualmente son custodiadas en el MNAC, que las mantiene en condiciones de clima controlado y las mantiene a la vanguardia de la atención investigadora internacional.

Entiende el perito que la devolución de las pinturas a la Sala Capitular en su lamentoso estado de conservación, conllevaría un pobre simulacro de su apariencia y función original, en tanto ya no se dispone de las condiciones adecuadas para representar la antigua gloria del lugar. Explica el perito que la pérdida de color de las

pinturas les otorga una apariencia mate, pero visto en el contexto de las pinturas todavía brillantemente coloreadas en cualquier lado del MNAC, resulta sencillo reconstruir, mentalmente, su antiguo esplendor. En definitiva, entiende el perito que en su localización actual, las pinturas tienen un público amplio y continúan siendo un foco continuo de investigación, lo cual no sería así necesariamente en el caso de que volvieran a Sijena.

Se aporta como documento n.º 13 (folios 710 y siguientes) informe emitido por Bruno, profesor y director del Departamento de Arte y Musicología de la Universidad Autónoma de Barcelona, quien entiende que no procede la devolución del conjunto de la Sala Capitular de Sijena, haciendo referencia a cinco hechos fundamentales. Entiende el perito que las pinturas no se habrían salvado o conservado si en su momento no se hubieran extraído, trasladado y restaurado en Barcelona, ya que hubieran quedado a la intemperie hasta la restauración del Monasterio en 1993. Por el contrario, su traslado al Museo de Barcelona habría permitido su conservación y cuidado inmejorable, y difícilmente reproducible si se devuelven a su lugar original.

Por otro lado, considera el perito que las pinturas de Sijena forman parte de la historia y vicisitudes de la colección románica del MNAC, y en ningún sitio como en el MNAC se puede contribuir mejor al estudio y difusión del conjunto. Finalmente, entiende el perito que como Bien de Interés Cultural del Estado Español, el MNAC debería preservar la integridad de su colección de pintura románica, única de su género, y la devolución de las pinturas a la Sala Capitular, supondría una desmembración, que dejaría a la colección sin su obra más preciada.

Finalmente, procede hacer referencia al informe de la perito Concepción aportado como documento n.º 10 (folios 662 y siguientes), quien ahonda más en el estado actual de las pinturas y a los problemas de conservación que podrían darse de ser trasladadas a la Sala Capitular del Monasterio de Sijena.

La perito remarca el estado frágil del estado de conservación de las pinturas, como consecuencia de las vicisitudes a las que han sido sometidas: incendio, extracción, traspaso, montaje sobre tela y bastidores de madera y añadidos de nuevos materiales, a todos los cuales ya se ha hecho referencia en fundamentos anteriores. La perito

explica que la fragilidad de las pinturas se habría visto incrementada habida cuenta el proceso de conversión al que han sido sometidas, pasando de ser una pintura mural, de naturaleza inorgánica a pintura sobre tela, con componentes orgánicos, y entiende que las pinturas se encuentran estables en las condiciones ambientales actuales (22.º de temperatura y 59% de humedad relativa sin fluctuaciones), puesto que resulta importante no resecar los materiales de traspaso y no mantener la flexibilidad de los adhesivos. Así mismo, la perito también remarca el estado de conservación de la reintegración pictórica realizada por Clemente y el interés de su conservación como criterio que respeta el valor histórico y el valor artístico del conjunto.

La perito concluye su informe manifestado que no es recomendable el traslado de las pinturas, si bien para el supuesto de que tuviera que hacerse, habría que tomar las precauciones oportunas y seguir observando los parámetros de control ambiental de seguridad.

VIGÉSIMO. Expuesto cuanto antecede, resulta necesario abordar dos cuestiones: primera, si la integración de las pinturas a la Sala Capitular del Monasterio de Sijena supone una infracción de las normas reguladoras del patrimonio histórico, en tanto formarían parte de un Bien de Interés Cultural, segunda, si la integración de las pinturas a la Sala Capitular del Monasterio de Sijena sería una pérdida irreparable para el Patrimonio Histórico Español, desde el punto de vista de su conservación, estudio y difusión popular.

El MNAC fue declarado Bien de Interés Cultural mediante Decreto 474/1962, de 9 de marzo. Entiende el MNAC que es el museo y la colección en sí misma considerada lo que se consideró en 1962, digno de la máxima protección, por lo que las pinturas, forman parte integrantes de un Bien de Interés Cultural del que no se pueden separar.

Llama la atención que el MNAC utilice este argumento, puesto que el mismo argumento, pero en referencia al Monasterio de Villanueva de Sijena, no impidió el arranque de las pinturas en 1936 ni propulsó su devolución posterior cuando la Dirección General de Bellas Artes dispuso que las pinturas fueran depositadas en el Museo de Zaragoza o en el de Huesca. Cuando la Dirección General de Bellas Artes autorizó al Museo de Arte de Barcelona para que arrancara las pinturas que habían quedado en la Sala Capitular, acordó que las pinturas debían ser devueltas a Aragón (folio 40). Dicha resolución

fue precedida de un informe del Comisario General en el que éste estimó que procedía el arranque de las pinturas que quedaban en el Monasterio de Sijena, con la condición de que se depositaran en Museos de Zaragoza o de Huesca (folio 39). Sin embargo, no se procedió a su devolución y se depositaron nuevamente en el MNAC. Las pinturas murales antes de formar parte del MNAC, formaban parte de otro Bien de Interés Cultural, el Monasterio de Villanueva de Sijena, declarado por Decreto de fecha 28 de marzo de 1923, como ya se ha manifestado en fundamentos jurídicos anteriores, y dicha declaración incluía las pinturas murales, como parte integrante del Monasterio. A todo ello, ya se ha hecho referencia en fundamentos anteriores por lo que no procede profundizar sobre ello para evitar repeticiones innecesarias.

El arranque de las pinturas en 1936 vulneró la normativa vigente en aquel momento, concretamente, el Decreto del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes, de 27 de mayo de 1931 (Gazeta de Madrid n.º 148 de 28/05/1931), que atribuía a la Dirección General de Bellas Artes la competencia para disponer el traslado de aquellas obras artísticas que se hallaran en peligro de perderse o deteriorarse.

Se vulneró lo dispuesto en el Decreto-Ley, relativo al Tesoro artístico nacional, que en su artículo 8 prohibía la exportación de edificios desmontados en totalidad o de sus partes componentes y de todo aquel que aun formando un todo perfecto en sí y de fácil aplicación a otros edificios o adaptación a otros usos, por su forma y nombre, determinara su original destino como parte principal o accesoria de edificaciones o de su adorno. El artículo 11 del mismo texto legal impedía alterar la estructura interior o exterior en los monumentos, incluyendo las habitaciones, patios, fachadas sin la correspondiente autorización del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes.

No se considera un argumento procedente decir que no procede la integración de las pinturas murales a la Sala Capitular del Monasterio de Sijena porque ello supondría el desmembramiento de una de las colecciones de arte románico más importantes del mundo, siendo que la estancia de las pinturas en el MNAC tiene como principal motivo el desmembramiento de otro Bien de Interés Cultural, el Monasterio de Villanueva de Sijena.

El artículo 6 de la Declaración del ICOMOS (Internacional Council On Monuments and Sites) de 2003 prevé que «en situaciones de urgencia, es necesario recurrir a materiales, y las técnicas que se empleen deben permitir un tratamiento posterior. Tan pronto como sea posible, deben aplicarse medidas idóneas de conservación, con autorización de las autoridades competentes; Los arranques y traslados de pinturas murales son operaciones peligrosas, drásticas e irreversibles, que afectan seriamente a su composición física, así como a su estructura material y a sus valores estéticos. Por tanto, tales actuaciones sólo resultan justificables en casos extremos, cuando todas las opciones de aplicación de otro tratamiento in situ carecen de viabilidad. Si se presenta una de estas situaciones, es mejor que las decisiones relativas a los arranques y traslados sean tomadas por un equipo de profesionales, y no por la persona encargada del trabajo de conservación. Las pinturas arrancadas deberán ser repuestas en su emplazamiento original siempre que resulte posible; Deberán adoptarse medidas especiales para la protección y mantenimiento de las pinturas arrancadas, así como para prevenir su robo y dispersión».

Por otro lado, como consecuencias de los Acuerdos entre el Estado Español y la Santa Sede el 3 de enero de 1979, y más concretamente, del Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, se creó una Comisión Mixta Iglesia- Estado para la defensa del Patrimonio Histórico-Artístico, que suscribió un acuerdo de fecha 30 de octubre de 1980 sobre Criterios Básicos que deben regir la actuación conjunta Iglesia-Estado en relación con el Patrimonio Cultural de la Iglesia. En punto 3.º de dicho Acuerdo, como bases de dicha cooperación técnica y económica en el tratamiento de los bienes eclesiásticos que forman parte del Patrimonio Histórico, Artístico y Documental, se enumeran una serie de principios, entre los cuales, se encuentra: e) En cuanto sea posible, los bienes serán exhibidos en su emplazamiento original o natural».

El emplazamiento original de las pinturas murales fue la Sala Capitular, que es su entorno natural y para el cual fueron pintadas por su autor, el llamado «Maestro de Sijena», por lo que conforme a lo dispuesto por la declaración de ICOMOS es allí donde deberían volver, siempre que ello sea posible, circunstancia ésta que procede analizar a continuación.

Por parte del MNAC alega que la integración de las pinturas a la Sala Capitular del Monasterio de Sijena sería una pérdida irreparable para el Patrimonio Histórico Español, desde el punto de vista de su conservación, estudio y difusión popular.

Los informes periciales aportados por el MNAC y a los cuales se ha hecho referencia anteriormente coinciden al señalar que el estado de las pinturas es frágil, pero estable, teniendo en cuenta las condiciones de temperatura y humedad en que se encuentran las pinturas. Todos los peritos desaconsejan el traslado de las pinturas al Monasterio de Sijena puesto que ponen en duda que puedan reproducirse en la Sala Capitular las condiciones climáticas existentes en el MNAC, que serían de vital importancia para la conservación de las pinturas, teniendo en cuenta el estado frágil en el que se encuentran.

Lo cierto es que ninguna de los peritos puede asegurar cuales son las condiciones climáticas en las que se encuentra actualmente la Sala Capitular ni que actuaciones se realizarán por los técnicos correspondientes en relación con la conservación y difusión de las pinturas murales caso de que éstas regresen al Monasterio de Sijena. El propio Richard Plant manifiesta en su informe que no puede precisar cuáles son las condiciones del Monasterio y Concepción no visita el Monasterio desde 2012, por lo que desconoce su estado actual.

Lo que está claro es que si en la Sala Capitular se reprodujeran las mismas condiciones de temperatura y humedad que en la sala del MNAC donde se encuentran expuestas, ningún problema de conservación existiría.

Andrés, Jefe de Servicio de Restauración y Conservación del Patrimonio Cultural del Gobierno de Aragón, expuso en el acto del juicio las diferentes actuaciones que se habían realizado en el Monasterio de Sijena y, concretamente, en la Sala Capitular. Manifestó que todavía estaba pendiente la realización de unas obras, contempladas en los presupuestos que ya habían sido aprobados y aseguró que la temperatura y la humedad de la Sala Capitular sería la misma que la del MNAC.

Por otro lado, ningún perito ha afirmado la imposibilidad de trasladar las pinturas a la Sala Capitular ni que el traslado vaya a suponer inexorablemente la pérdida de las pinturas. Ahora bien, el traslado no puede realizarse de cualquier manera. Ha quedado

suficientemente acreditado en este procedimiento que el estado de las pinturas es muy frágil, y que la causa principal de esta fragilidad está, por un lado, en el incendio ocurrido en 1936, y por otro, en la técnica empleada para arrancar las pinturas. Las pinturas en la actualidad se encuentran traspasadas a tela de algodón adheridas con caseinato cálcico. Las telas se tensaron y se clavaron a la estructura de madera. Concepción sí que afirmó con rotundidad que las pinturas no podían separarse de la tela, y que la tela no podía separarse de la madera. En caso contrario, las pinturas se perderían. La propia perito admite la posibilidad del traslado siempre que no se separe la pintura de la tela y la tela de la madera, sin embargo, considera que la estructura de madera existente en el MNAC, que simula los arcos de la Sala Capitular, no podría adaptarse a la Sala Capitular. No obstante, cuando se le preguntó si había medido los arcos de la Sala Capitular para poder afirmar dicho extremo, manifestó que no.

En conclusión, el traslado de las pinturas y su integración en la Sala Capitular es posible siempre que se adopten medidas y precauciones necesarias para ello, y siempre que no se separe la pintura de la tela y la tela de la madera tal como afirmó la perito Concepción, extremo éste que no ha resultado contradicho por ninguna prueba.

Otro de los motivos que se aduce por el MNAC y también por la Generalitat para oponerse al traslado de las pinturas a la Sala Capitular es que actualmente, quienes ocupan el Monasterio de Sijena no son las religiosas del Real Monasterio de Sigüenza sino las Religiosas de Belén, que no pertenecerían ni siquiera a la orden sanjuanista. Se alega que se desconoce si las religiosas de Belén están dispuestas a permitir la colocación de las pinturas en la Sala Capitular, así como su difusión al público, al tratarse de monjas de clausura.

La circunstancia de que actualmente el Monasterio de Sijena esté ocupado por las Religiosas de Belén no impide que pueda prosperar la acción reivindicatoria. Gracia, representante de la Comunidad de Religiosas del Real Monasterio de Sijena declaró en el acto del juicio que las Religiosas de Belén estaban de acuerdo con el traslado de las pinturas a la Sala Capitular, así como a poner a disposición la Sala Capitular para las actuaciones que fueran necesarias, incluida la exposición y exhibición de las pinturas murales, habiendo llegado a un acuerdo al respecto.

Por todo lo expuesto, la acción reivindicatoria ejercitada por la Comunidad Autónoma de Aragón debe prosperar, debiendo dictarse una sentencia condenatoria conforme al suplico de la demanda.

VIGESIMOPRIMERO. COSTAS. Procede realizar diferentes pronunciamientos en materia de costas, teniendo en cuenta que han intervenido terceras partes en el procedimiento al amparo del artículo 13 LEC, con cada una de las partes (actor y demandado).

Conforme al artículo 394.1 LEC procede condenar en costas al MNAC respecto a dictarse sentencia condenatoria.

Por el contrario, resultará condenada en costas la Comunidad Autónoma de Aragón respecto a las pretensiones ejercitadas contra la Administración General del Estado, al resultar absuelta.

En cuanto a las partes intervinientes, no procede efectuar condena en costas, de modo que cada parte se abonará sus costas.

FALLO

QUE ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA ejercitada por el Letrado de la Comunidad Autónoma de Aragón, que actúa en representación y defensa **del GOBIERNO DE ARAGÓN**, y ejercita acciones procesales, previa cesión por la **COMUNIDAD DE RELIGIOSAS DEL REAL MONASTERIO DE SIGENA**, con la intervención al amparo del artículo 13 LEC, del Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena, **contra el MUSEO NACIONAL DE ARTE DE CATALUÑA**, con quien habría intervenido al amparo del artículo 13 LEC la Generalitat de Cataluña, **DEBO CONDENAR COMO CONDENO al MUSEO NACIONAL DE ARTE DE CATALUÑA, a restituir a la Sala Capitular del Monasterio de Villanueva de Sijena (Huesca), las pinturas murales que se enumeran en el documento n.º 11 de la demanda, declarando extinguido el precario detentado sobre ellas por parte de la demandada.**

Se condena en costas al Museo Nacional de Arte de Cataluña, respecto a las pretensiones ejercitadas en la demanda.

No se efectúa condena en costas respecto a las partes intervinientes al amparo del artículo 13 LEC, de modo que cada parte abonará sus costas.

QUE DESESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA ejercitada por el Letrado de la Comunidad Autónoma de Aragón, que actúa en representación y defensa del GOBIERNO DE ARAGÓN y ejercita acciones procesales, previa cesión por la COMUNIDAD DE RELIGIOSAS DEL REAL MONASTERIO DE SIGENA contra la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, DEBO ABSOLVER COMO ABSUELVO a la parte demandada de todas las pretensiones ejercitadas contra ella.

Se condena en costas al Gobierno de Aragón con respecto a las pretensiones ejercitadas contra la Administración General del Estado.

Esta resolución no es firme y contra la misma cabe recurso de apelación ante la Ilma. Audiencia Provincial de Huesca, debiendo interponerse ante este juzgado en el plazo de veinte días hábiles.

De acuerdo con la Ley 1/2009 de 3 de noviembre, es preceptivo depositar las cantidades previstas en la misma, para poder interponer los recursos pertinentes, lo cual se llevará a cabo en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado correspondiente al expediente recurrido.

Así lo acuerdo, mando y firmo.

Auto n.º 13/2018, de 25 de enero de 2018, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Huesca (AC 2018, 572).

En Huesca, a veinticinco de enero de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 23 de septiembre de 2016 la Procuradora María del Pilar Gracia Gracia, en nombre y representación del Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena, interpuso demanda interesando la ejecución provisional de la sentencia de fecha 4 de julio de 2016 dictada en el procedimiento ordinario n.º 61/2014, respecto al deber del MNAC de restituir al Monasterio de Sijena las pinturas objeto del documento n.º 11 que cita la sentencia, interesando igualmente:

–Se ordene su traslado al cenobio con los habituales estándares museísticos más apropiados para el transporte de estas obras de arte.

–Se nombre para supervisar esta operación al técnico especialista Don Sebastián, restaurador de la Escuela de conservación y Restauración de Bienes Culturales de Madrid e historiador especialista en Historia Medieval por la Universidad Complutense de Madrid que participó además en los trabajos de reinstauración de las pinturas murales en San Baudelio de Berlanga.

–Se mantenga en todo lo posible la misma estructura de montaje que estas pinturas murales tenían en el MNAC hasta que haya sentencia firme.

Dicha demanda dio origen al procedimiento de ejecución provisional n.º 94/2016.

SEGUNDO. El 23 de septiembre de 2016 el Letrado de la Comunidad Autónoma de Aragón, en representación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, presentó demanda interesando la ejecución provisional de la sentencia de fecha 4 de julio de 2017 dictada en el procedimiento ordinario n.º 61/2014, y solicitando se ordenara al MNAC, y a su costa, restituir a la Sala Capitular del Monasterio de Villanueva de Sijena (Huesca), las pinturas murales que se enumeran en el documento n.º 11 de la demanda, mediante su traslado al Monasterio de Sijena sito en la localidad de Villanueva de Sijena (Huesca), que tendría lugar en el día y hora que este juzgadora razonablemente determine y conforme a los estándares museísticos de rigor, dada la categoría de los bienes objeto de reintegración, bajo la supervisión también de los técnicos que esta parte ejecutante designa, y todo ello, sin perjuicio de la Superior vigilancia ejecutiva de este honorable Juzgado, procediéndose a la aprehensión de los citados bienes por la fuerza pública especializada para esta categoría de bienes, que serán trasladados al Real Monasterio de Sijena por vía forzosa conforme los anteriores estándares museísticos, supervisión y superior vigilancia del Juzgado.

Dicha demanda dio origen al procedimiento de ejecución provisional n.º 95/2016.

TERCERO. Por auto de fecha 2 de noviembre de 2016 se inadmitió a trámite la demanda de ejecución provisional presentada por la Procuradora María Pilar Gracia Gracia en representación del Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena, por los hechos y fundamentos expuestos en la citada resolución (EP 94/2016).

Por auto de la misma fecha se acordó dictar orden general de ejecución provisional a favor del Gobierno de Aragón, frente al Museo Nacional de Arte de Cataluña, para que por el museo se procediera por la parte ejecutada a restituir a la Sala Capitular del Monasterio de Villanueva de Sijena (Huesca), las pinturas murales que se enumeran en el documento n.º 11 de la demanda.

Así mismo, previamente a requerir al MNAC para que procediera a restituir las pinturas murales citadas, se acordó:

- Requerir al Gobierno de Aragón para que en el plazo de diez días presentara informe de las condiciones estructurales y climáticas de la Sala Capitular.

- Requerir al MNAC para que en el plazo de veinte días comunicara al Juzgado cómo se iba a proceder a desmontar las pinturas que se hayan expuestas, condiciones del traslado de las pinturas desde dependencias del MNAC hasta la Sala Capitular, así como qué técnicos intervendrían en dichas actuaciones (EP 95/2016).

CUARTO. Por decreto de fecha 3 de noviembre de 2016, en procedimiento EP 95/2016, se acordó requerir al Gobierno de Aragón para que, en caso de haber concluido todas las obras de la Sala Capitular aportara copia de la certificación de final de obra, suscrita por técnico competente, así como informe del Jefe de Servicio del Gobierno de Aragón en restauración y Conservación del Patrimonio Cultural en relación a las actuaciones realizadas en el Monasterio.

Para el caso de no haberse concluido las obras, interesó que en el informe se incluyeran las que faltaban por ejecutar, plazo de ejecución previsto para la finalización y copia de la última certificación de obra emitida por técnico competente, informando si dichas obras serían necesarias para ubicar las pinturas así como las medidas concretas de la Sala Capitular, donde deben restituirse las pinturas.

QUINTO. El 3 de noviembre de 2016 la Procuradora María del Pilar Gracia Gracia, en nombre y representación del Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena, interpuso recurso de reposición contra el auto de fecha 2 de noviembre de 2016, siendo tramitado como recurso de apelación, al ser el trámite previsto legalmente (EP 94/2016).

Así mismo, presentó escrito adhiriéndose a la ejecución provisional instada por el Gobierno de Aragón, solicitando se le tuviera como coejecutante (EP 95/2016).

SEXTO. El 10 de noviembre de 2016 el Abogado de la Generalitat de Cataluña, en representación de ésta, presentó en el procedimiento EP 95/2016 escrito solicitando se le tuviera como parte ejecutada en este procedimiento interesando le fuera notificado el auto de fecha 2 de noviembre de 2016 y otorgándole cinco días para formular oposición a la ejecución.

SÉPTIMO. El 10 de noviembre de 2016 el Procurador Javier Laguarda Valero, en representación del MNAC presentó escrito de oposición a la ejecución en el procedimiento EP 95/2016 por los motivos expuestos en el mismo.

OCTAVO. El 16 de noviembre de 2016 el Letrado de la Comunidad Autónoma de Aragón, en representación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón presentó escrito aportando la documentación requerida en auto de fecha 2 de noviembre de 2016 y decreto de fecha 3 de noviembre de 2016 (EP 95/2017).

NOVENO. Por diligencia de ordenación de fecha 9 de diciembre de 2016 dictada en el procedimiento EP 95/2017 se acordó admitir a trámite la oposición formulada por el MNAC, dando traslado a la parte ejecutante, y se acordó dar traslado a las partes sobre la solicitud de intervención en la ejecución del Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena y la Generalitat de Cataluña.

DÉCIMO. El 31 de enero de 2017 la Ilma. Audiencia Provincial de Huesca en el procedimiento EP 94/2016 estimó el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora María del Pilar Gracia Gracia, en nombre y representación del Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena, dejando sin efecto el auto de fecha 2 de noviembre de 2016 dictado en dicho procedimiento de ejecución a fin de que este Juzgado se pronunciara nuevamente sobre la petición de ejecución provisional formulada, sin poder basar la decisión en la falta de legitimación.

UNDÉCIMO. El 1 de febrero de 2017 la Procuradora María del Pilar Gracia Gracia, en nombre y representación del Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena presentó escrito interesando se despachara ejecución provisional conforme a lo resuelto por la Ilma. Audiencia Provincial de Huesca (EP 94/2017).

El 2 de febrero de 2017 la Procuradora María del Pilar Gracia Gracia, en nombre y representación del Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena presentó nuevo escrito solicitando que el traslado

de las pinturas se realizara con la supervisión del técnico especialista Alejo.

DUODÉCIMO. Por auto de fecha 16 de febrero de 2017 en el procedimiento EP 94/2017, se acordó dictar orden general de ejecución provisional a favor del Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena frente al MNAC para que por éste se procediera a restituir a la Sala Capitular del Monasterio de Villanueva de Sijena (Huesca), las pinturas murales.

En dicho auto se acordó, previamente a otorgar plazo al MNAC para proceder a restituir las pinturas murales, requerir:

–Al Gobierno de Aragón para que en plazo de diez días aportara el certificado del estado de las obras de la Sala Capitular.

–Al MNAC para que en el plazo de cinco días manifestara si se ratificaba en el informe aportado en la EP 95/2016.

DECIMOTERCERO. Por auto de fecha 20 de febrero de 2017 dictado en el procedimiento de EP 95/2017 se acordó aceptar la intervención de la Generalitat de Cataluña, otorgándole un plazo de cinco días para presentar alegaciones conforme a lo previsto en el artículo 13.3.2.º LEC.

DECIMOCUARTO. El 20 de febrero de 2017 el Letrado de la Comunidad Autónoma de Aragón, en representación de ésta, presentó escrito impugnando la oposición formulada por el MNAC, con el contenido que obra en autos, en el procedimiento EP 95/2016.

DECIMOQUINTO. El 27 de febrero de 2017, en el procedimiento EP 95/2016, el Abogado de la Generalitat de Cataluña, en representación de ésta, presentó escrito interponiendo recurso de reposición contra el auto de fecha 20 de febrero de 2017 por entender que el citado auto no le confería la condición de parte ejecutada. Dicho recurso fue desestimado por auto de fecha 30 de junio de 2017.

Así mismo, en la misma fecha, presentó escrito de alegaciones oponiéndose a la ejecución despachada.

DECIMOSEXTO. El 27 de febrero de 2017, en el procedimiento EP 95/2016, el Abogado de la Generalitat de Cataluña, en representación de ésta, presentó escrito en el procedimiento EP 94/2016 interesando se le diera traslado del auto de fecha 16 de febrero de 2017 a los efectos de formular oposición.

DECIMOSÉPTIMO. El 1 de marzo de 2017, el Procurador Javier Laguarda Valero, en representación del MNAC, presentó escrito de oposición a la ejecución despachada en el procedimiento EP 94/2016.

DECIMOCTAVO. Por diligencia de ordenación de fecha 27 de abril de 2017 se acordó no haber lugar a lo solicitado por la Generalitat en escrito de fecha 27 de febrero de 2017 por no ser parte en el procedimiento de EP 94/2016, y se tuvo por formulada oposición a la ejecución por el MNAC, acordando dar traslado a la parte ejecutante para impugnar la oposición.

DECIMONOVENO. El 4 de mayo de 2017 el Abogado de la Generalitat de Cataluña, en representación de ésta, presentó escrito en el procedimiento EP 94/2016 interponiendo recurso de reposición contra la diligencia de ordenación de fecha 27 de abril de 2017, que fue desestimado por decreto de fecha 27 de junio de 2017.

VIGÉSIMO. El 22 de mayo de 2017 la Procuradora María del Pilar Gracia Gracia, en nombre y representación del Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena presentó escrito impugnando la oposición formulada por el MNAC en el procedimiento EP 94/2016.

VIGESIMOPRIMERO. Por decreto de fecha 6 de julio de 2017 se acordó acumular el procedimiento EP 95/2017 al procedimiento EP 94/2017, continuándose y sustanciándose en un mismo procedimiento.

VIGESIMOSEGUNDO. El 14 de septiembre de 2017 se dictó providencia por la que se acordó requerir a las partes para que manifestaran la prueba de la que pretenderían valerse en la vista de la oposición a la ejecución al objeto de poder determinar el número de sesiones a celebrar.

VIGESIMOTERCERO. El 21 de septiembre de 2017 la Procuradora María del Pilar Gracia Gracia, en nombre y representación del Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena presentó escrito interponiendo recurso de reposición contra la diligencia de ordenación de fecha 14 de septiembre de 2017, que fue estimado por decreto de fecha 4 de diciembre de 2017, que dejó los autos en la mesa de SS.^a para resolver sobre la pertinencia de la celebración de vista.

VIGESIMOCUARTO. Por providencia de fecha 12 de diciembre de 2017 se acordó que quedaran los autos pendientes de resolución de la oposición a la ejecución planteada por las partes ejecutadas.

VIGESIMOQUINTO. El 15 de diciembre de 2017 el Procurador Javier Laguarda Valero, en representación del MNAC presentó escrito poniendo en conocimiento el contenido de la comunicación de fecha 13 de diciembre de 2017 del Consejo Ejecutivo de ICOM-España.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Previamente a entrar a resolver sobre la oposición formulada por el MNAC, debemos pronunciarnos sobre la aportación por parte del MNAC del comunicado emitido por ICOM España (Comité español del Consejo Internacional de Museos) en fecha 13 de diciembre de 2017, que fue incorporado al presente procedimiento de ejecución provisional, si bien no habría sido admitido.

Habiendo quedado los autos pendientes de resolución en fecha 12 de diciembre de 2017 y habiéndose aportado el citado comunicado el 15 de diciembre de 2017, debemos inadmitir dicho comunicado como prueba puesto que habría precluido el trámite para la aportación de pruebas a los efectos de resolver la oposición.

No obstante, no podemos obviar que dicha comunicación es pública y se encuentra publicada en la página web del ICOM, a la que puede accederse por cualquier persona.

SEGUNDO. El fallo de la sentencia de fecha 4 de julio de 2016, objeto de la presente ejecución provisional, establecía: «QUE ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA ejercitada por el Letrado de la Comunidad Autónoma de Aragón, que actúa en representación y defensa del GOBIERNO DE ARAGÓN, y ejercita acciones procesales, previa cesión por la COMUNIDAD DE RELIGIOSAS DEL REAL MONASTERIO DE SIGENA, con la intervención al amparo del artículo 13 LEC, del Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena, contra el MUSEO NACIONAL DE ARTE DE CATALUÑA, con quien habría intervenido al amparo del artículo 13 LEC la Generalitat de Cataluña, DEBO CONDENAR COMO CONDENADO al MUSEO NACIONAL DE ARTE DE CATALUÑA, a restituir a la Sala Capitular del Monasterio de Villanueva de Sijena (Huesca), las pinturas murales que se enumeran en el documento n.º 11 de la demanda, declarando extinguido el precario detentado sobre ellas por parte de la demandada».

Habiéndose despachado ejecución provisional contra el MNAC a instancia del Gobierno de Aragón y del Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena, el MNAC formuló idéntica oposición en ambos procedimientos de ejecución, que se habrían acumulado, alegando como motivo de oposición que las pinturas no podrían soportar los efectos de una restitución al MNAC en el caso de que revocara la sentencia, la cual no es firme, al amparo del artículo 528.2.2.º de la LEC.

Entiende el MNAC que la indemnización de daños y perjuicios no podría operar a modo de compensación automática porque no hay equivalente económico a la pérdida o deterioro de las pinturas murales, obras de incalculable valor artístico. Se alega que el interés en juego en este procedimiento no es tanto el respecto al derecho de propiedad de las pinturas sino al interés público de adecuada conservación de las mismas.

El MNAC parte de que la restitución de las pinturas murales a la Sala Capitular consistiría en descolgar los bastidores y desmontar los soportes de madera para colgarlos tal cual en los lugares que les corresponderían en la Sala Capitular y no en volver a pegar las pinturas murales a los muros de los que fueron arrancadas, en tanto esto último supondría su pérdida total.

El MNAC aporta distintos informes para acreditar la extrema fragilidad que presentan las pinturas murales y la extrema sensibilidad frente a cualquier cambio del entorno (condiciones climáticas) o posible movimiento. En concreto, se alega que la fragilidad afecta a los materiales que componen las pinturas murales, tanto los originales, como los añadidos en el proceso de arrancado y traspaso, haciendo a las pinturas altamente vulnerables frente a cualquier cambio de entorno y movimiento, asumiéndose un riesgo de pérdida muy elevado.

A lo anterior, suma el MNAC el estado actual del Monasterio, puesto que entiende que la documentación aportada por el Gobierno de Aragón para acreditar que la sala es apta para albergar las pinturas murales, se caracterizaría por su vaguedad e imprecisión, faltando elementos técnicos sobre elementos fundamentales que impiden evaluar la idoneidad de la sala.

En conclusión, la restitución de las pinturas murales, en los términos planteados por el MNAC, entiende que supondría un grave riesgo de pérdida de las pinturas, que sería irreparable, resultando imposible o de extrema dificultad la restauración de la situación anterior en el caso de revocación de la sentencia. El MNAC entiende que no debe plantearse ahora una hipotética posibilidad de desmontaje y traslado de las pinturas, sino valorar los riesgos de dichas operaciones, caso de llevarse a cabo.

No obstante la oposición formulada y lo manifestado acerca de la imposibilidad de indemnizar los daños y perjuicios que podría provocar una eventual ejecución provisional de la sentencia, el MNAC interesa para el caso de que se acordara continuar con la ejecución, que se fije una caución para la parte ejecutante que valora en 150.000.000 euros.

La Generalitat de Cataluña presentó escrito de alegaciones y remarca la imposibilidad de ejecutar provisionalmente la sentencia, sin que con ello no se menoscabe la integridad de las pinturas de Sijena. Analiza la Generalitat las dos posibles formas de restitución de las pinturas, una desmontando las telas de su soporte, y otra, manteniendo las telas en su soporte. Respecto al primero entiende que supondría la segura destrucción de las pinturas, bien al desmontar las telas de sus bastidores, bien al recolocarlas en los muros. Respecto al segundo, entiende la Generalitat que tampoco aseguraría la plena conservación de las pinturas de cara a una posible vuelta al MNAC.

Analiza la Generalitat el estado actual de las pinturas y hace suyas los argumentos del MNAC relativos a la fragilidad de las pinturas y a la extrema sensibilidad frente a cualquier cambio de entorno o posible movimiento.

Así mismo, la Generalitat entiende que los informes aportados por el Gobierno de Aragón para justificar que la Sala Capitular se encuentra lista para albergar las pinturas murales carecerían de datos técnicos sobre diversos elementos fundamentales para evaluar la idoneidad de la sala.

Por otro lado, entiende la Generalitat que la ejecución es imposible o de extrema dificultad, puesto que el inmueble donde se quieren instalar las pinturas está arrendado a terceros ajenos al presente litigio, que no pueden ser obligados a custodiar dichos bienes.

Finalmente, entiende la Generalitat que el auto que despacha ejecución no tiene en cuenta que las pinturas murales están protegidas como bien cultural de interés nacional, por lo que la salida de un bien cultural de un museo ubicado en Cataluña exigiría el cumplimiento de ciertos trámites previstos en la legislación catalana sobre patrimonio.

El Gobierno de Aragón impugna la oposición formulada por el MNAC, y se ampara en la propia sentencia que ahora se pretende ejecutar, que declaró que el traslado de las pinturas y su integración en la Sala Capitular es posible siempre que se adopten medidas y precauciones necesarias para ello.

Entiende el Gobierno de Aragón que el traslado de las pinturas no comportará ningún riesgo para ellas, en contra de lo mantenido de contrario, apoyando esta afirmación en dos informes periciales. Se alega que constaría acreditado en autos mediante informes suscritos por los técnicos competentes, que la Sala Capitular está preparada para la recepción de las pinturas en condiciones de seguridad adecuadas.

Respecto al ofrecimiento de caución entiende que no se le puede obligar a prestarla en tanto Administración Pública.

El Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena impugna la oposición formulada por el MNAC. Comienza alegando que como administración pública no se le puede obligar a prestar caución.

Entiende el Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena que no existe riesgo alguno para las pinturas y rebate el estado frágil de las pinturas aludiendo a los análisis de las pinturas murales que se efectuaron en 1993 por los prestigiosos químicos Cecilio y Fernando. Se defiende por la parte ejecutante que el traslado es totalmente viable, sin que tenga que producirse deterioro alguno, alegándose que la Sala Capitular está perfectamente preparada para albergar las pinturas.

TERCERO. El artículo 528.2.2.^a de la LEC, en el que ampara el MNAC su oposición a la ejecución despachada a instancia del Gobierno de Aragón y del Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena, prevé como motivo de oposición a la ejecución provisional: «Si la sentencia fuese de condena no dineraria, resultar imposible o de extrema dificultad, atendida la naturaleza de las actuaciones ejecutivas, restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o compensar económicamente al ejecutado mediante el resarcimiento

de los daños y perjuicios que se le causaren, si aquella sentencia fuese revocada».

El MNAC y la Generalitat entienden que no debe plantearse ahora una hipotética posibilidad de desmontaje y traslado de las pinturas, sino valorar los riesgos de dichas operaciones.

Efectivamente, en la sentencia de fecha 4 de julio de 2016 se abordó la cuestión relativa a la posibilidad de desmontaje y traslado de las pinturas murales, que hoy se encuentran en el MNAC, a la Sala Capitular del Monasterio de Sijena, y en dicha sentencia se concluyó que el traslado de las pinturas y su reintegración en la Sala Capitular era posible siempre que se adoptaran las medidas y precauciones necesarias para ello. En la propia sentencia se descarta que la restitución de las pinturas se realice volviendo a pegar las pinturas murales a los muros de los que fueron arrancadas.

Ahora bien, que se afirme en la sentencia la posibilidad de traslado de las pinturas murales y su reintegración en la Sala Capitular, no implica en modo alguna que dicha operación no entrañe un riesgo de pérdida de las citadas pinturas y es ahora cuando debemos analizar si ese riesgo de pérdida existe y si la existencia de dicho riesgo de pérdida es motivo suficiente para estimar la oposición. No olvidemos, que el citado artículo 528 de la LEC, para estimar la oposición a la ejecución provisional, parte de la premisa de que si se ejecuta la sentencia provisionalmente, no podrá o será de extrema dificultad restaurar la situación anterior, caso de revocarse la sentencia. Sin embargo, en el presente caso, solo se producirá dicha situación, si durante la operación de restitución de las pinturas, éstas resultan dañadas o se sufriera la pérdida total de las mismas por cualquier circunstancia y ya hemos dicho que esa posibilidad inexorable de pérdida y/o deterioro de las pinturas se descartó en sentencia.

Por dicho motivo, entiende esta juzgadora que debemos analizar los riesgos que para las pinturas entraña su traslado al Monasterio de Sijena y su posterior traslado al MNAC, caso de ser revocad a la sentencia, y valorar si ese riesgo de pérdida justifica la paralización de la ejecución de la sentencia.

CUARTO. El MNAC aporta distintos informes donde valora los diferentes riesgos que para las pinturas entraña su traslado al

Monasterio de Sijena y su posterior traslado al MNAC, caso de revocarse la sentencia.

Para valorar esos riesgos, debemos partir del estado actual de las pinturas murales, y para comprender el estado actual de las pinturas, debemos remontarnos a 1936 y ver las vicisitudes padecidas por dichas pinturas a la largo de su historia.

Se afirma por Eufasia, restauradora jefe del Área de Restauración y Conservación Preventiva del MNAC, en el informe aportado como documento n.º 1 de la oposición formulada por el MNAC que las pinturas murales son pinturas extremadamente frágiles, puesto que padecieron las consecuencias de un incendio devastador al inicio de la Guerra Civil que las expuso a altas temperatura, de modo que los materiales pictóricos sufrieron una transformación química de los pigmentos y aglutinantes, que alteró por completo el aspecto polícromo de la pintura y su composición química. Se aportan junto con el escrito de oposición del MNAC como documento n.º 3, tres informes que tienen por objeto la alteración de los materiales provocada por el incendio, si bien no vamos a profundizar en esta cuestión puesto que ya fue debidamente analizado en la sentencia de fecha 4 de julio de 2016, a la cual nos remitimos.

A la transformación química de los materiales pictóricos se une que las pinturas fueron arrancadas «a strappo» del soporte pétreo sobre el cual se pintaron originalmente, para posteriormente ser traspasadas sobre telas de algodón en 1940, mediante un adhesivo a base de caseinato cálcico, tensadas en una cuadrícula de madera (partes planas correspondientes a las enjutas de los arcos) o bien encoladas con engrudo de harina sobre los plafones de madera (zonas curvas correspondientes a los intradoses de los arcos). Además, remarca la Sra. Eufasia que esas telas de traspaso incluyen una reintegración pictórica en grisalla, en las zonas perdidas durante el incendio. A dicha reintegración pictórica se refiere el documento n.º 2 aportado por el MNAC con su oposición.

Se aporta como documento n.º 4 dos informes elaborados por Rosalia, restauradora del MNAC, que declaró como perito en juicio ordinario 61/2014. En dichos informes la Sra. Rosalia explica el procedimiento de arranque a través de la técnica del strappo, manifestando que consisten en la aplicación de dos capas de tela de algodón impregnadas en cola animal sobre la pinturas, de modo que,

una vez secas, éstas ejercen una fuerza de tracción que permite separar la capa de pintura, normalmente, tirando de las telas y ayudándose con un cincel para separar los estratos y enrollándolas a medida que la pintura se desprende. Refiere la Sra. Rosalia que en esta fase del arranque de la pintura mural se producen lesiones inevitables, como cortes en la tela para facilitar el arranque en fragmentos más pequeños, tracción de las telas junto con la pintura, picado con cinceles, etc., ocasionando fisuras, grietas y pérdida de adhesión de los materiales constitutivos. Entiende la perito que los cortes practicados en la pintura constituyen una zona de riesgo, que puede desprenderse en el caso de movimientos o vibraciones del soporte, ocasionando la pérdida de material pictórico.

Además, refiere la perito que en el proceso de arranque se aplicó cola de piel encima de la superficie, de la que aún quedan restos que provocan pequeñas escamas o levantamientos.

La Sra. Eufrasia, en su informe refiere que la caseína, proteína de la leche, que fue usada en el adhesivo para encolar las telas, puede degradarse debido al hidrólisis desencadenada por diversos factores, químicos y biológicos, de modo que podría alterarse por la presencia de microorganismos (bacterias y hongos), que se alimentarían de la caseína, provocando un debilitamiento del adhesivo y la consiguiente descohesión de los estratos de mortero y pictórico. De hecho refiere que se habrían analizado recientemente muestras de las pinturas (documento n.º 5 de la oposición del MNAC), donde se habría constatado la presencia abundante de bacterias, que permanecerían inactivas, pero que podrían desarrollarse caso de que se produjera un cambio de ubicación de pinturas. La Sra. Rosalía recuerda en su informe que la Sala Capitular del Monasterio de Sijena no reúne las condiciones mínima indispensables para garantizar la conservación de las pinturas, debido a la presencia continuada de humedad por capilaridad, no resuelta a pesar de las intervenciones de restauración realizadas y que provocaría la cristalización de sales solubles, erosión de la piedra arenisca así como el desprendimiento y pérdida de los nuevos materiales de revestimiento de los muros, el cemento y el estuco sintético.

Así mismo, la Sra. Eufrasia también refiere que habrían sido objeto de análisis las propias telas de traspaso, constatándose que el grado de polimerización de la celulosa de las telas de algodón evidenciaría

una clara disminución con respecto al grado de polimerización de referencia para el mismo tipo de fibras en buen estado, de modo que cualquier tensión de las fibras, producida durante su manipulación, podría provocar desgarros en la tela de soporte y ocasionar desprendimientos de la capa pictórica en superficie (documentos n.º 6 y n.º 7 de la oposición del MNAC).

QUINTO. El Gobierno de Aragón aporta como documento n.º 1 de su impugnación a la oposición formulada por el MNAC, informe emitido por el perito Sebastián, restaurador por la Escuela Superior de Conservación y Restauración de Bienes Culturales de Madrid e Historiador especialista en Historia Medieval por la Universidad Complutense de Madrid, a los efectos de acreditar la total y absoluta viabilidad técnica del traslado de las pinturas al Monasterio de Sijena, desde el punto de vista de protección del patrimonio cultural.

El citado perito elabora un plan de viabilidad en distintas fases, especificando las actuaciones a seguir para proceder adecuadamente en el desmontaje, traslado y montaje en la Sala Capitular del Monasterio de Sijena, siendo estas:

1.º Recopilación de toda documentación ya existente en el MNAC y elaboración de toda aquella otra documentación no existente y necesaria para la intervención:

Entiende el perito que resulta imprescindible documentar el estado de conservación de las pinturas, previo a cualquier manipulación, siendo necesario que le MNAC entregue toda la documentación técnica disponible y que se elabore toda aquella documentación no existente y necesaria para la intervención, así como que se elabore un protocolo de desmontaje y manipulación.

Entiende el perito que dicho protocolo de desmontaje y manipulación debería incluir la redacción de un formulario de manipulación de cada pieza o grupo de piezas, el diseño de un sistema de embalaje en varias fases de distintas cualidades mecánicas con carcasa rígida, una selección de los sistemas y materiales de embalaje, el diseño de un plan de seguimiento durante las fases de desmontaje, embalaje, traslado y depósito de las piezas con comprobaciones, así como definición de las condiciones y espacios precisos para cada elemento en destino y garantía de mantenimiento de las condiciones previamente establecidas.

2.º Desmontaje y embalaje:

Así mismo, entiende el perito que es necesario establecer un orden preciso de desmontaje y embalaje, de modo que el desmontaje se ajuste a la experiencia previa en el último traslado provisional de las piezas, siendo conveniente prever un método de protección facial de la policromía, para evitar rozamientos o pérdidas puntuales durante la manipulación de los témpanos.

Considera el perito que debería respetarse la disposición actual de los fragmentos y sus estructuras de soporte, si bien si fuera necesario revisar alguno de los elementos, entiende que debería establecerse el nuevo siglado y reforzar las estructuras existentes:

Respecto al embalaje, propone el perito que los cofres de embalaje de las piezas deben acomodarse dimensionalmente a su contenido y garantizar la absorción de vibraciones y eventuales golpes, debiendo garantizarse el aislamiento interno de las piezas para evitar la presencia de vapores acidificantes, muy comunes en maderas tratadas, que podrían afectar a las telas de algodón, el caseinato cálcico, restos de mortero y los pigmentos sensibles.

3.º Traslado y depósito:

Entiende el perito que el equipo participante debe preparar con antelación todo el operativo previamente diseñado, ensayando sus posiciones y las responsabilidades individuales en cada fase, de modo que se prevean todos los cambios de posición de las cajas durante el trayecto, se establezca la cantidad máxima de piezas desplegada en el medio de transporte, y se contemplen las medidas de control medioambiental, control de vibraciones excesivas durante el viaje y la manipulación, etc.

4.º Diseño e instalación del sistema de montaje:

Apunta el perito que se ha previsto que el espacio receptor cuente con las mismas medidas de control del MNAC. Propone que se sustituyan los anclajes de hierro por otros de similar morfología pero de acero inoxidable y que los témpanos se instalen por el siguiente orden: 1.º Las enjutas de los arcos; 2.º Las piezas constitutivas del intradós de los arcos; y 3.º Las piezas planas de los lienzos de muro.

El perito propone como reubicar las piezas y manifiesta que se deben fijar en su posición con latiguillos o tirantes, dejando espacios

libres para los dispositivos de control del muro y si fuera necesario establecer algún tipo de contacto entre la fábrica y los témpanos, que éste descansa en un material de PH compatible con los materiales constitutivos de la obra.

Finalmente, entiende el perito que con los témpanos o fragmentos ya instalados se procederá al cierre de las juntas entre piezas con un material aislante, reversible y capaz de recibir sobre él los morteros de reintegración, y se procederá a integrar cromáticamente los espacios visibles ocupados por el mortero empleado.

5.º Estrategia de conservación preventiva:

Considera el perito que es necesario establecer un plan de seguimiento y mantenimiento de las condiciones ambientales, y de aquellos aspectos del comportamiento geotécnico del edificio que puedan interesar la conservación del conjunto, siendo necesario para ello contar con un equipo de personal especializado y un protocolo de atención sistemática que prevea áreas de corriente, nivel de presurización interna y movimientos internos de las masas de aire, presencia de humedades de capilaridad, filtraciones y superficies de condensación, y que el modelo de iluminación sea moderado.

El perito concluye que los riesgos de la operación existen, pero con un conocimiento exhaustivo de las pinturas, sus materiales constitutivos, su sistema de montaje, sus necesidades de conservación, etc. se pueden minimizar al máximo para garantizar su preservación en la Sala Capitular del Real Monasterio de Villanueva de Sijena.

Se aporta igualmente informe emitido por la historiadora Estibaliz en el que la misma analiza los distintos traslados del conjunto pictórico de Sijena desde 1936, año en el que fueron arrancadas y trasladadas a Barcelona. La historiadora refiere que las pinturas habrían sido trasladadas en siete ocasiones entre 1936 y 1995. Se manifiesta que las condiciones ambientales del entorno urbano corno del Palau Nacional fueron perjudiciales para la conservación de las pinturas hasta la última remodelación de la sede del MNAC, entre 1990 y 1995, siendo considerado deficiente el estado de conservación de las pinturas en 1994, pese a lo cual, no fue objeto de restauración en profundidad sino de una consolidación a finales de los 90.

Manifiesta la perito que las pinturas no fueron estudiadas previamente a su desmontaje y traslado al área de reserva del Palau

Nacional en 1987 con ocasión de las obras de remodelación del edificio y ya en ese momento los especialistas en pintura mural del MNAC y de otras entidades internacionales desaconsejaban el traslado de las colecciones de pintura mural románicas del museo y advertían de los riesgos que podían correr durante el traslado debido al lamentable estado de conservación tanto de las estructuras de soporte como de la propia película pictórica.

Por todo ello, entiende que los técnicos del MNAC adquirieron experiencia suficiente con dicha actuación, pudiendo abordar nuevos traslados en el futuro.

SEXTO. El Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena aporta informe pericial emitido por Alejo, Licenciado en Bellas Artes por la Universidad de Barcelona y Restaurador de pintura mural (documento n.º 14 de la impugnación a la oposición formulada por el MNAC).

El citado perito se hace cargo de la fragilidad de las pinturas murales cuyo traslado se pretende, si bien concluye en su informe que las patologías y el grado de conservación de las obras se arrastran ya desde el mismo momento en el que se iniciaron los trabajos, y considera que la fragilidad que presentan las pinturas puede ser subsanada adoptando medidas preventivas adecuadas a las necesidades exigidas, entendiendo que no tienen por qué producirse daños en absoluto y menos aún cometer deterioros irreversibles.

Rebate el perito los informes aportados por el MNAC y las conclusiones alcanzadas en cuanto a los riesgos que se exponen en caso de un traslado de las pinturas.

No discute el perito que se produjera una transformación cromática de algunos pigmentos y que la resistencia de los estratos y morteros se viera reducida, ni tampoco discute el estado de las colas adhesivas, si bien, remarca respecto a esto último, que no se habría producido alteración a pesar de que de contrario no se descarta una imaginada hidrólisis parcial. Entiende el perito que esos posibles deterioros que se mencionan de contrario podrían evitarse simplemente con un seguimiento de los mismos y un control de las condiciones climáticas.

Tampoco discute el perito las conclusiones alcanzadas sobre el estado de conservación de la caseína y al riesgo de alteración que puede afectar por la incidencia de factores químicos y biológicos, si

bien entiende que no por ello las pinturas están sentenciadas a muerte, si se adoptan las medidas de conservación preventiva precisas.

Tampoco discute el perito la existencia de bacterias inactivas, en estado latente, que podrían llegar a desarrollarse por variaciones microclimáticas, ni el estado de conservación de las telas que se dice de contrario, si bien entiende que esto último se debe en un alto porcentaje a las condiciones de conservación a las que han estado expuestas las obras.

En definitiva, entiende el perito que la reposición de las pinturas es totalmente viable, siendo un proceso difícil pero que no tiene por qué presentar riesgo alguno, para lo cual deberá disponerse de un proyecto de conservación preventiva antes del desmontaje, un proyecto de desmontaje, otro de traslado, un proyecto de restauración y uno final de presentación.

Se aporta igualmente informe del perito Diego, Licenciado en Geografía e Historia por la Universidad de Zaragoza, Postgrado en Historia de la Ciencia por la Universidad de Zaragoza, y profesor tutor de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) (Documento n.º 16 de la impugnación a la oposición).

En dicho informe, el sr. Diego aborda los riesgos existentes en el traslado y considera que no hay ninguno apreciable si se controla en el transporte la humedad y la temperatura.

Respecto al lugar de ubicación de las pinturas, la Sala Capitular del Monasterio de Sijena, afirma el perito que se acaba de acometer una importante restauración de la Sala Capitular, estando preparada para recibir las pinturas murales, por lo que si se controla la posible humedad y la temperatura, las pinturas murales de Sijena se pueden mantener en iguales e incluso mejores condiciones que en el MNAC.

Así mismo y respecto a la alteración de los pigmentos como consecuencia del incendio, entiende el perito que no consta acreditado que dichas alteraciones impidan el traslado de las pinturas, teniendo en cuenta que otras pinturas también incendiadas habrían sido trasladadas y repuestas a su ubicación original sin problemas.

Rebate el perito el rigor científico de las pruebas aportadas por el MNAC para acreditar que una tela mural quemada traspasada pierde fragmentos de pintura por el transporte, como consecuencia de las vibraciones, así como la pérdida de cualidades mecánicas de la tela.

En conclusión, entiende el perito que la Sala Capitular del Monasterio de Sijena es el lugar idóneo para la conservación de las pinturas murales, siempre que se controle la humedad y temperatura de la misma.

SÉPTIMO. Expuestas las conclusiones alcanzadas por los técnicos que habrían elaborado los informes aportados por las partes, llegamos a la misma conclusión que se alcanzó en sentencia de fecha 4 de julio de 2016: las pinturas murales son frágiles pero actualmente están estables.

La fragilidad de las pinturas es obvia teniendo en cuenta los avatares históricos que han experimentado desde su arranque en 1936, siendo determinantes en dicho estado de fragilidad, el incendio del Monasterio de Sijena y, concretamente, de la Sala Capitular, así como el proceso de arrancado de las pinturas, a través de la técnica de strappo y su traspaso a telas de algodón mediante un adhesivo a base de caseinato cálcico, tensadas en una cuadrícula de madera o bien encoladas con engrudo de harina sobre los plafones de madera.

El propio Alejo, en su informe manifiesta, con respecto al proceso de arrancado de las pinturas, que no es concebible que se pudiera realizar una fijación adecuada de la capa pictórica ni sellarse convenientemente las fisuras, grietas y descohesiones, dada la tremenda agresión que el edificio había sufrido como consecuencia del incendio, ni realizarse un adecuado proceso de limpieza. Así mismo, entiende que la aplicación de las colas haría inviable un resultado exquisito, puesto que habrían quedado zonas sin arrancar por alta de adhesión de las colas, y que en la retirada de las colas de extracción, necesariamente se tuvo que producir un inevitable arrastre, barrido y pérdida de pigmentos. A todo ello, suma el perito que se utilizó una sola capa de tela para realizar el traspaso, así como el estado de degradación de la caseína empleada en el adhesivo para fijar las telas.

La fragilidad de las pinturas, como ya se manifestara en la sentencia de fecha 4 de julio de 2016, no conlleva la imposibilidad de su reintegración a la Sala Capitular, sin embargo, sí que entraña unos riesgos. El riesgo, más que de pérdida total, de deterioro de las pinturas, es evidente teniendo en cuenta la fragilidad de las mismas, por los motivos que se han expuesto en esta resolución.

Las partes ejecutantes han centrado su atención en acreditar que el desmontaje de las pinturas, el traslado y el montaje posterior de las mismas en la Sala Capitular sin que éstas sufran ninguna pérdida o desperfecto es posible, y ello no se pone en duda por esta juzgadora. Por supuesto que el proceso de desmontaje, traslado y montaje de las pinturas murales puede culminar con éxito. Sin embargo, el estado de fragilidad de las pinturas es tal que las hace especialmente vulnerables ante dicho proceso de desmontaje, transporte y montaje posterior. Sobra decir que no podemos equiparar el traslado de las pinturas murales de Sijena con el traslado de un cuadro de Picasso. Los riesgos de trasladar una obra y otra no son los mismos. En ambas operaciones de traslado se asumirían unos riesgos, pero las características de una y otra obra son distintas y el riesgo de pérdida y deterioro de la obra, en el caso de las pinturas murales es mucho mayor teniendo en cuenta su estado actual, su fragilidad y el proceso al que deben someterse para su reintegración en la Sala Capitular. No estamos hablando de cuadros, sino de pinturas murales que fueron arrancadas de su ubicación original, que fueron traspasadas sobre telas de algodón y colocadas en nuevos soportes hechos de madera y yeso.

El Excmo. Ayuntamiento de Villanueva de Sijena aportó con su escrito de impugnación a la oposición varios correos electrónicos entre su letrado Don Jorge Español y el famoso restaurador de los frescos de la Capilla Sixtina del Vaticano, Romulo. En un correo remitido por el citado restaurador al letrado sr. Español, de fecha 4 de noviembre de 2016, manifiesta ser conocedor del estado de conservación de las pinturas murales, el tipo de estructuras que los apoyan, su fragilidad, sus defectos y sus puntos débiles, así como de los riesgos y del estrés al que se someterían de nuevos los frescos arrancados, a los cuales se les debería cambiar el soporte. El sr. Rómulo recomienda extrema prudencia y cautela.

OCTAVO. Por otro lado, ya hemos manifestado que las partes ejecutantes han defendido en todo momento que el desmontaje de las pinturas, el traslado y el montaje posterior de las mismas en la Sala Capitular es posible sin que éstas sufran ninguna pérdida o deterioro, aportando diversos informes periciales a los que se ha hecho mención. Sin embargo, todos los informes aportados parten de una premisa, que es que la Sala Capitular está preparada para recibir las pinturas, siendo sus condiciones climáticas y de humedad

idóneas, circunstancia ésta que es imprescindible para el retorno de las pinturas sin riesgo de pérdida o deterioro.

Para acreditar la idoneidad de la Sala Capitular, el Juzgado requirió al Gobierno de Aragón para que certificara las condiciones estructurales y climáticas de la Sala Capitular y para que, en caso de haber concluido todas las obras de la Sala Capitular, aportara copia de la certificación de final de obra, suscrita por técnico competente, así como informe del Jefe de Servicio del Gobierno de Aragón en restauración y Conservación del Patrimonio Cultural en relación a las actuaciones realizadas en el Monasterio, y para el caso de no haberse concluido las obras, interesó que en el informe se incluyeran las que faltaban por ejecutar, plazo de ejecución previsto para la finalización y copia de la última certificación de obra emitida por técnico competente.

En noviembre de 2016 el Gobierno de Aragón presentó informe emitido por el Arquitecto Amadeo sobre las condiciones estructurales y climáticas de la Sala Capitular así como última certificación de obra de fecha 31 de octubre de 2016 emitida por Edemiro, por un importe parcial mensual de 22.600,23 euros, y un importe total desde el inicio de las obras hasta el 31 de octubre de 59.091,65 euros. El presupuesto total de las obras de restauración de la Sala Capitular ascendería a 252.700,26 euros.

En el informe emitido por Edemiro se indica que las obras dieron comienzo en la segunda quincena de agosto del año 2016, estando prevista y programada su finalización para finales de 2016, si bien no habría sido aportado al proceso el certificado final de obra, por lo que desconocemos si las obras de restauración de la Sala Capitular se habrían concluido con éxito.

Por otro lado, y respecto a las condiciones climáticas de la Sala Capitular, el arquitecto Amadeo, hace constar en su informe que el sistema de climatización previsto para la Sala Capitular es de gran eficacia y precisión, para que gracias a su avanzado sistema de control y regulación (activo y pasivo), e incluso de alarma, se consigan y mantengan en cada momento las condiciones ambientales climáticas necesarias para la correcta inicial restitución de las pinturas murales y su futura conservación, quedando garantizadas las condiciones medioambientales de la sala del MNAC, que son de una humedad

relativa de 59% y una temperatura estable de 22.º en todas las épocas del año.

Edemiro hace constar en su informe que las condiciones de humedad y temperatura de la Sala Capitular, son diferentes las existentes durante el proceso de las obras, a las que habría cuando se terminen las obras, siendo a su conclusión, cuando se obtengan los parámetros idóneos.

No solo no se ha acreditado la finalización de todas las obras de restauración de la Sala Capitular, sino que tampoco se ha acreditado la instalación del sistema de climatización al que alude el arquitecto Amadeo, y que estaba previsto para la Sala Capitular, y por supuesto, no se ha acreditado que las condiciones climáticas de la Sala Capitular sean las idóneas para recibir las pinturas murales, por lo que el riesgo de deterioro de las pinturas es manifiesto.

No obstante, aun en el caso de que se hubiera acreditado que la Sala Capitular reunía las condiciones idóneas para albergar las pinturas murales, el riesgo de deterioro sigue siendo evidente teniendo en cuenta la fragilidad de las pinturas murales a la que ya hemos hecho referencia. Dicho riesgo, entiende esta juzgadora que es motivo suficiente para paralizar la ejecución provisional, teniendo en cuenta que nos encontramos ante una obra de arte de extraordinario valor artístico, por lo que de sufrir algún tipo de deterioro resultaría de extrema dificultad su reparación, habida cuenta el estado de las pinturas, o su compensación económica, al tratarse de una obra románica de incalculable valor.

NOVENO. COSTAS. No existiendo norma que regule la imposición de costas en la ejecución provisional, resulta aplicable el artículo 561 de la LEC, previsto para la ejecución, que condena en costas a la parte ejecutada cuando se desestima totalmente la causa de oposición y condena en costas a la parte ejecutante cuando se estima totalmente la causa de oposición. El propio artículo 561 LEC se remite al artículo 394 LEC.

Procede condenar en costas a las partes ejecutadas con relación a la actuación del MNAC. Respecto a la Generalitat y actuando como mero interviniente, deberá abonarse sus costas. Vistos los preceptos legales de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

QUE ESTIMANDO LA OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN formulada por el Procurador Javier Laguarda Valero, en nombre y representación del MUSEO NACIONAL DE ARTE DE CATALUÑA, con quien habría intervenido la GENERALITAT DE CATALUÑA, **ACUERDO DEJAR SIN EFECTO LA EJECUCIÓN despachada a instancia del GOBIERNO DE ARAGÓN y del EXCMO. AYUNTAMIENTO DE VILLANUEVA DE SIJENA.**

Se condena en costas a las partes ejecutadas en relación con la actuación del MNAC. La Generalitat de Catalunya asumirá sus propias costas.

Remitir las actuaciones al archivo, una vez se notifique la presente.

Expedir testimonio de la presente resolución para los autos, llevándose el original al libro correspondiente y dando de baja el procedimiento.

Esta resolución es firme y contra la misma no cabe recurso alguno.

Así lo acuerda, manda y firma, D.^a SILVIA FERRERUELA ROYO, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Huesca.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

Se ofrecen en esta sección las principales referencias bibliográficas en el ámbito del Derecho del arte durante los años 2017 y 2018. La bibliografía cubre de manera más exhaustiva los trabajos aparecidos en publicaciones españolas, aunque muchos de ellos se refieren a aspectos relacionados con la protección del arte y el patrimonio cultural en países de la órbita iberoamericana, en correlación con la vocación del Anuario. En este sentido, llamamos la atención sobre las diversas contribuciones del volumen colectivo *El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*, editado por el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP, Madrid, 2017). Ofrecemos asimismo el vaciado de otras tres interesantes obras colectivas aparecidas durante el periodo: *El estudio del patrimonio cultural*, Ed. Universitaria Ramón Areces (2017), *Haciendas locales y patrimonio histórico y cultural*, Dykinson (2017) y *Expolio de bienes culturales. Instrumentos legales frente al mismo*, ed. Tirant lo Blanch (2018), así como de los trabajos incluidos en el número monográfico –5/2018– de la *Revista del Ministerio Fiscal* sobre la defensa del patrimonio histórico y la cultura como valor constitucional. Entre otras entradas, el lector encontrará una selección de los estudios publicados en los números más recientes de tres publicaciones de referencia en el sector: *Art, Antiquity and Law*, *The Columbia Journal of Law & Arts*, y el *International Journal of Cultural Property*. También hemos considerado oportuno incluir todas las referencias de los artículos aparecidos en las tres ediciones anteriores del propio Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte (2015, 2016 y 2017)¹.

1. Esta sección ha sido preparada por María Luisa MACÍAS ROMERO y Rafael SÁNCHEZ ARISTI.

- ALCARAZ, Hubert: «La protección del patrimonio cultural en Francia: del redescubrimiento a la valorización», en *El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*. INAP, Madrid, 2017, pp. 143-154.
- ALDANONDO SALAVERRÍA, Isabel: «Claroscuros en el destino de los bienes del Real Monasterio de Santa María de Sijena», en *Sociedad, Derecho y factor religioso* (Libro Homenaje al Profesor Isidoro Martín Sánchez), coord. M. Moreno, ed. Comares, Granada, 2017, pp. 65-83.
- «La venta de las obras del Monasterio de Sijena», en *Almacén del Derecho*, 1 de febrero de 2017 [<https://almacenederecho.org/la-venta-las-obras-del-monasterio-sijena/>].
- ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel: «Patrimonio histórico y expoliación: variaciones y paradojas», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 189, enero-marzo de 2018, pp. 241-260.
- ÁLVAREZ ARROYO, Francisco: «Impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras y patrimonio histórico y cultural», en *Haciendas locales y patrimonio histórico y cultural*. Dykinson, 2017, pp. 455-484.
- ALVES CORREIRA, Fernando; ALMEIDA AZEVEDO, Bernardo: «O regime jurídico de proteção e valorização do património cultural em Portugal», en *El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*. INAP, Madrid, 2017, pp. 87-120.
- ANIL, Samtani; WONG KAI LIN, Sharmaine: «Can and should culture be copyrighted?», en *European Intellectual Property Review*, n.º 9/2018, pp. 553-556.
- AZNAR GÓMEZ, Mariano J.: «Expolio del patrimonio cultural subacuático español: los casos de la Mercedes y del Sousa», en GUIASOLA LERMA, Cristina (Coord.): *Expolio de bienes culturales. Instrumentos legales frente al mismo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, págs. 17– 58.
- BARRACA DE RAMOS, Pilar: «La prevención del tráfico ilegal de bienes culturales desde la perspectiva europea», en *Revista del Ministerio Fiscal*, n.º 5/2018. Monográfico: El Ministerio Fiscal y la defensa del Patrimonio Histórico. La defensa de la cultura como valor constitucional, pp. 81-104.
- BAUMGARTNER, Tony: «Tackling Art Crime and Obtaining Restitution of Cultural Property Post-Brexit», en *Art, Antiquity and Law*, vol. XX (2017/2).

- BENNETT, Geoffrey: «Brexit, Art Loans and Contracts Left in Limbo», en *Art, Antiquity and Law*, vol. XX (2017/2).
- BERMEJO LATRE, José Luis: «La indeterminación y amplitud del concepto de expolio del patrimonio cultural español», en *El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*. INAP, Madrid, 2017, pp. 31-52.
- BOWMER, Michael: «On a Handshake: The Gauguin and the Ten Million-Dollar Commission Case note: ACLBDD Holdings Limited v. Staechelin», en *Art, Antiquity and Law*, vol. XXIII (2018/1).
- «No Need to Rush: No Limitation Period for Claims against Directors for Recovery of Assets Converted to their Use. Burnden Holdings (UK) Limited v. Fielding & Anor», en *Art, Antiquity and Law*, vol. XXIII (2018/2).
- BROTO PÉREZ, Daniel: «La justificación del droit de suite. La singularidad de las obras de artes plásticas en su creación y modos de explotación», *Derecho del Arte. Anuario Iberoamericano*, ed. Fundación Profesor Uría-Cívitas, 2017, pp. 365-456.
- CABELLO CARRO, Paz: «Políticas de Estado, regalos y expolios. Historia de las desaparecidas colecciones americanas de la Corona», en *Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 21/2017, pp. 147-182.
- CALVO VÉRGEZ, Juan: «La condición de sujeto pasivo obligado al pago del IBI y el alcance de aquellas exenciones del impuesto vinculadas a la educación», en *Haciendas locales y patrimonio histórico y cultural*. Dykinson, 2017, pp. 389-430.
- CARBAJO CASCÓN, Fernando: «Bienes inmateriales híbridos y concurrencia de protecciones: formas de tutela de las obras aplicadas a la industria», *pe. i. revista de propiedad intelectual* n.º 55 (enero-abril 2017), pp. 13-58.
- CASABÓ ORTÍ, María Ángeles: «El delito de plagio en la obra artística: análisis jurídico-histórico», *Derecho del Arte. Anuario Iberoamericano*, ed. Fundación Profesor Uría-Cívitas, 2015, pp. 537-588.
- CEBRIÁ GARCÍA, María Dolores: «Régimen fiscal de las confesiones religiosas en el I.C.I.O.», en *Haciendas locales y patrimonio histórico y cultural*. Dykinson, 2017, pp. 287-322.
- CHATZIDAKIS, María: «Preventive conservation and monitoring of Street art, graffiti and public murals: 96 education and training as an

- effective tool», en *Actas del VI Congreso del Grupo Español de Conservación (Grupo Español del International Institute for Conservation of Historic and Artistic Works)*, 2018, pp. 98-106 [<https://www.ge-iic.com/2018/10/03/actas-del-vi-congreso-del-geiic/>].
- CHECA GONZÁLEZ, Clemente: «IIVTNU y patrimonio histórico y cultura», en *Haciendas locales y patrimonio histórico y cultural*. Dykinson, 2017, pp. 431-454.
- CHIELLI, Eleonora: «Unauthorised Reproductions of Cultural Heritage: Remedies from the Italian Courts», en *Art, Antiquity and Law*, vol. XXIII (2018/1).
- CHUSED, Richard: «Moral Rights: The Anti-Rebellion Graffiti Heritage of 5Pointz», en *The Columbia Journal of Law & Arts*, vol. 41, n.º 3 (2018), pp. 583-639.
- COLMENAREJO FRUTOS, Antonio: «Los delitos sobre el patrimonio histórico. Aspectos generales», en *Revista del Ministerio Fiscal*, n.º 5/2018. Monográfico: El Ministerio Fiscal y la defensa del Patrimonio Histórico. La defensa de la cultura como valor constitucional, pp. 8-34.
- COLORADO CASTELLARY, Arturo: *Arte, revancha y propaganda. La instrumentalización franquista del patrimonio durante la Segunda Guerra Mundial*, ed. Cátedra, 2018.
- DA COSTA, Marília: «O direito da arte. A conservação e restauração da pintura na perspectiva do sistema jurídico português», *Derecho del Arte. Anuario Iberoamericano*, ed. Fundación Profesor Uría-Cívitas, 2015, pp. 337-410.
- DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge E.: «Régimen de los bienes integrantes del patrimonio cultural en el Perú», en *El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*. INAP, Madrid, 2017, pp. 311-334.
- DÍAZ CALVARRO, Julia María: «La accesibilidad universal en las ciudades patrimonio: un análisis general», en *Haciendas locales y patrimonio histórico y cultural*. Dykinson, 2017, pp. 29-57.
- DURÁN MARTINEZ, Augusto: «El régimen jurídico del patrimonio cultural en Uruguay», en *El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*. INAP, Madrid, 2017, pp. 455-474.
- ELVIRA BENAYAS, María Jesús: «Transposición al ordenamiento español de la Directiva 2014/60/UE sobre restitución de bienes que hayan salido

- de forma ilegal de un Estado miembro mediante la Ley 1/2017», en *Revista Española de Derecho Internacional* vol. 70, 1-2018, pp. 181-200.
- ENDERE, María Luz / COLOMBATO, Lucía Carolina: «The New Unified Civil and Commercial Code and Cultural Heritage Protection in Argentina», en *International Journal of Cultural Property*, vol. 2017/1 (febrero 2017), pp. 79-99.
- ESCALLÓN, María Fernanda: «Heritage, Land, Labor, and Competing Claims for Afro-Colombian Rights», en *International Journal of Cultural Property*, vol. 2018/1 (febrero 2018), pp. 59-83.
- FERRÉS RUBIO, Rodrigo: «Los hallazgos arqueológicos como consecuencia de la ejecución de proyectos de infraestructura pública en Uruguay», en *El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*. INAP, Madrid, 2017, pp. 537-551.
- FORTE, Pierpaolo: «Breves consideraciones sobre la adquisición de obras de arte en la regulación europea de los contratos públicos», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 8, noviembre de 2017, pp. 97-115.
- FUENTES CAMACHO, Victor: «Por fin una nueva ley sobre restitución de bienes culturales», en *La Ley Unión Europea*, n.º 50, julio de 2017.
- GALAPERO FLORES, Rosa María: «Gravamen y beneficios fiscales en el IRPF aplicables a la vivienda situada en un conjunto histórico», en *Haciendas locales y patrimonio histórico y cultural*. Dykinson, 2017, pp. 59-87.
- GALLEGOS FEDRIANI, Pablo Óscar: «Patrimonio cultural, desamparo de los propietarios: un caso paradigmático en Argentina», en *El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*. INAP, Madrid, 2017, pp. 193-200.
- GARCÍA CALDERÓN, Jesús María: «La defensa penal de la cultura. Límites de la regulación española», en *Revista del Ministerio Fiscal*, n.º 5/2018. Monográfico: El Ministerio Fiscal y la defensa del Patrimonio Histórico. La defensa de la cultura como valor constitucional, pp. 105-137.
- GARCÍA GAYO, Elena: «Arte urbano. Herencia cultural», en *Actas del VI Congreso del Grupo Español de Conservación (Grupo Español del International Institute for Conservation of Historic and Artistic Works)*, 2018, pp. 308-315 [<https://www.ge-iic.com/2018/10/03/actas-del-vi-congreso-del-geiic/>].

- GARCÍA MORALES, María Victoria; SOTO CABA, María Victoria: «El patrimonio histórico-artístico y su protección», en *El estudio del patrimonio cultural*. Editorial Universitaria Ramón Areces, 2017, pp. 15-57.
- «La ciudad como patrimonio», en *El estudio del patrimonio cultural*. Editorial Universitaria Ramón Areces, 2017, pp. 209-230.
 - «La protección de la ciudad y los centros históricos», en *El estudio del patrimonio cultural*. Editorial Universitaria Ramón Areces, 2017, pp. 345-366.
 - «La restauración: orígenes, desarrollo y renovación», en *El estudio del patrimonio cultural*. Editorial Universitaria Ramón Areces, 2017, pp. 163-208.
 - «La visión del patrimonio histórico-artístico en los viajeros», en *El estudio del patrimonio cultural*. Editorial Universitaria Ramón Areces, 2017, pp. 89-161.
 - «Las reflexiones sobre la restauración moderna», en *El estudio del patrimonio cultural*. Editorial Universitaria Ramón Areces, 2017, pp. 307-343.
- GIONI, Valentina: «Lo sviluppo del sistema di circolazione dei beni culturali pubblici e privati di interesse pubblico in Italia», en *El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*. INAP, Madrid, 2017, pp. 121-142.
- GLEAVE, Hetty: «Arts Disputes and Procedural Matters Post-Brexit», en *Art, Antiquity and Law*, vol. XX (2017/2).
- GONZÁLEZ-SUÁREZ, Marta: «Restitution of Cultural Heritage in the European Directives: Towards an Enlargement of the Concept of Cultural Goods», en *Art, Antiquity and Law*, vol. XXIII (2018/1).
- GOULD, Emily/HERMAN, Alexander: «Copyright in Photographs of Paintings: the UK Approach, the Impact of European Jurisprudence and the Prospects in a Post-Brexit World», en *Art, Antiquity and Law*, vol. XX (2017/2).
- GUERRERO MANSO, Carmen de: «La escasa y problemática regulación del patrimonio inmaterial en España», en *El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*. INAP, Madrid, 2017, pp. 53-86.
- GUISASOLA LERMA, Cristina: «La tutela penal indirecta de los bienes culturales en el Ordenamiento Español», en *Revista del Ministerio Fiscal*, n.º 5/2018. Monográfico: El Ministerio Fiscal y la defensa del Patrimonio Histórico. La defensa de la cultura como valor constitucional, pp. 35-56.

- «La tutela penal del patrimonio cultural en el Derecho Italiano y su perspectiva de reforma», en GUIASOLA LERMA, Cristina (Coord.): *Expolio de bienes culturales. Instrumentos legales frente al mismo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, págs. 59– 87.
- «Delitos contra bienes culturales: una aproximación al concepto de expolio en Derecho penal.» *Revista General de Derecho Penal*, n.º 27, mayo de 2017.
- HARRIS, Luke: «The Role of Trusts in Cultural Property Claims», en *Art, Antiquity and Law*, vol. XX (2017/1).
- HEERING, Shlomit: «Ivory and Antiquities: A Tale of Two Trades», en *Art, Antiquity and Law*, vol. XXIII (2018/2).
- HERMAN, Alexander: «Timbuktu, International Criminal Law and Cultural Heritage Protection», en *Art, Antiquity and Law*, vol. XXIII (2018/1).
- «New York Court's Affirmation of Holocaust Expropriated Art Recovery Act Brings Added Challenges to Art Dealers. Case Note: Reif And Fraenkel V Nagy, Supreme Court Of The State Of New York», en *Art, Antiquity and Law*, vol. XXIII (2018/1).
- HERNÁNDEZ LAVADO, Alejo: «Financiación y protección del patrimonio histórico: propuestas de futuro», en *Haciendas locales y patrimonio histórico y cultural*. Dykinson, 2017, pp. 237-251.
- HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael: «Régimen jurídico del patrimonio cultural en Venezuela», en *El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*. INAP, Madrid, 2017, pp. 552-578.
- HOWARD, Michael / KNOTT, John: «The Impact of Currency Fluctuations in the World of Art and Antiquities», en *Art, Antiquity and Law*, vol. XX (2017/4).
- HUAPAYA TAPIA, Ramón: «Las técnicas administrativas de protección del patrimonio cultural arqueológico en el ordenamiento jurídico peruano», en *El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*. INAP, Madrid, 2017, pp. 379-402.
- ITURRALDE, María Pía: «Una aproximación al derecho del arte en la argentina. Las obras de arte y los derechos del artista», *Derecho del Arte. Anuario Iberoamericano*, ed. Fundación Profesor Uría-Cívitas, 2015, pp. 411-480.
- JERICÓ ASÍN, Carlos: «Hallazgos arqueológicos: ¿debe el propietario de la finca soportar exclusivamente las limitaciones al aprovechamiento del

suelo si contaba con licencia de obras?», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 2/2017.

JIMÉNEZ MURILLO, Roberto: «El sistema nacional de bienes estatales y el régimen jurídico del patrimonio cultural en Perú», en *El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*. INAP, Madrid, 2017, pp. 403-426.

JINESTA, Ernesto: «Régimen jurídico del patrimonio cultural en Costa Rica», en *El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*. INAP, Madrid, 2017, pp. 287-310.

LAGO MONTERO, José María: «Tasas y contribuciones especiales y patrimonio histórico y cultural», en *Haciendas locales y patrimonio histórico y cultural*. Dykinson, 2017, pp. 485-509.

LAMBERT, Richard: «Mecenas privados y museos públicos: la historia del British Museum», en *Fundación Arte y Mecenazgo*, 2017 <<https://coleccion.caixaforum.com/documents/sir-richard-lambert>>.

LAZARI, Antonio: «El método comparativo y el nuevo paradigma global de protección de los bienes culturales ante las situaciones Iraquí y Siria», en GUIASOLA LERMA, Cristina (Coord.): *Expolio de bienes culturales. Instrumentos legales frente al mismo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, págs. 89– 163.

LECUCQ, Olivier: «El régimen jurídico de las lenguas regionales en Francia: ¿derecho fundamental o elemento del patrimonio cultural francés?», en *El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*. INAP, Madrid, 2017, pp. 155-166.

LEGARDON PÉREZ, Ainara: «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», *Derecho del Arte. Anuario Iberoamericano*, ed. Fundación Profesor Uría-Cívitas, 2016, pp. 331-399.

LOPES FABRIS, Alice: «A proteção internacional de bens culturais em conflitos armados: limites e extensões», *Derecho del Arte. Anuario Iberoamericano*, ed. Fundación Profesor Uría-Cívitas, 2017, pp. 539-582.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando: «Fuentes y concepto del patrimonio cultural en el ordenamiento español», en *El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*. INAP, Madrid, 2017, pp. 17-30.

- LIU, Deming: «Public art, copyright, and cross-jurisdiction enforcement», en *European Intellectual Property Review*, n.º 7/2018, pp. 446-459.
- LUCAS DURÁN, Manuel: «El crowdfunding como vía de protección del patrimonio histórico: aspectos tributarios», en *Haciendas locales y patrimonio histórico y cultural*. Dykinson, 2017, pp. 185-236.
- MARTÍN TIRADO, Richard J.: «La protección del patrimonio cultural en el Perú: Balance y Perspectivas», en *El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*. INAP, Madrid, 2017, pp. 335-378.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: «La adquisición a non domino de bienes culturales», *Derecho del Arte. Anuario Iberoamericano*, ed. Fundación Profesor Uría-Cívitas, 2017, pp. 283-363.
- MARTÍNEZ PINO, Joaquín: «El patrimonio como objeto de tutela estatal en la primera mitad del siglo XX», en *El estudio del patrimonio cultural*. Editorial Universitaria Ramón Areces, 2017, pp. 59-88.
- «La teoría de los bienes culturales y las nuevas categorías patrimoniales», en *El estudio del patrimonio cultural*. Editorial Universitaria Ramón Areces, 2017, pp. 231-265.
 - «Legislación y administración de los bienes culturales en España», en *El estudio del patrimonio cultural*. Editorial Universitaria Ramón Areces, 2017, pp. 267-306.
 - «Los retos de la mediación y la gestión del patrimonio. Debates y políticas para un modelo sostenible», en *El estudio del patrimonio cultural*. Editorial Universitaria Ramón Areces, 2017, pp. 367-401.
- MASON, Katharine: «Historic Use and Planning Decisions. Travis Perkins (Properties) Limited v. Westminster City Council & Ors», en *Art, Antiquity and Law*, vol. XXIII (2018/2).
- MESEGUER VELASCO, Silvia: «Protección del patrimonio cultural inmaterial y ayuntamientos. Especial referencia a los actos de semana santa y similares», en *Haciendas locales y patrimonio histórico y cultural*. Dykinson, 2017, pp. 323-347.
- MORALES CASAÑAS, Diria Luz: «La información del Patrimonio Cultural español en las plataformas digitales. La necesidad de un sistema de información nacional del Patrimonio Cultural», en *Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 21/2017, pp. 183-230.

- MOTA PINTO, Paulo: «A exposição da obra de arte e os direitos de personalidade do autor», *Derecho del Arte. Anuario Iberoamericano*, ed. Fundación Profesor Uría-Cívitas, 2016, pp. 447-462.
- MUÑOZ VILLARREAL, Alberto: «Una breve referencia a la economía colaborativa y el patrimonio cultural», en *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 44, enero de 2018, pp. 181-192.
- *Fiscalidad y financiación del mecenazgo cultural. Teoría y práctica*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2016.
- MURILLO CHÁVEZ, Javier André: «Apuntes sobre la pintura como obra de arte plástico y su originalidad en el derecho de autor español y peruano», *Derecho del Arte. Anuario Iberoamericano*, ed. Fundación Profesor Uría-Cívitas, 2017, pp. 457-537.
- NEGRI, Juan Javier: «El dilema de Landet (ensayo sobre la destrucción y mutilación de la obra de arte y sus aspectos jurídicos)», *Derecho del Arte. Anuario Iberoamericano*, ed. Fundación Profesor Uría-Cívitas, 2015, pp. 111-182.
- «La puerta de Banksy (el error en la compraventa de obras de arte)», *Derecho del Arte. Anuario Iberoamericano*, ed. Fundación Profesor Uría-Cívitas, 2016, pp. 23-154.
- NICOLAU DOMINGOS, Francisco J.: «(Alguns) incentivos fiscais no património cultural português», en *Haciendas locales y patrimonio histórico y cultural*. Dykinson, 2017, pp. 89-106.
- NIETO-GUERRERO LOZANO, Ana: «Patrimonio histórico español y ayuntamientos», en *Haciendas locales y patrimonio histórico y cultural*. Dykinson, 2017, pp. 11-28.
- NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel: «Protección internacional del patrimonio cultural y terrorismo», en GUIASOLA LERMA, Cristina (Coord.): *Expolio de bienes culturales. Instrumentos legales frente al mismo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, págs. 199– 229.
- NÚÑEZ SÁNCHEZ, Ángel M.: «El expolio arqueológico y su tratamiento penal», en *Revista del Ministerio Fiscal*, n.º 5/2018. Monográfico: El Ministerio Fiscal y la defensa del Patrimonio Histórico. La defensa de la cultura como valor constitucional, pp. 57-80.
- «La nueva regulación penal del delito de expolio de yacimientos arqueológicos», en GUIASOLA LERMA, Cristina (Coord.): *Expolio de*

- bienes culturales. Instrumentos legales frente al mismo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, págs. 165–198.
- O'CONNELL, Anna: «Legislación de inmunidad contra la incautación», *Derecho del Arte. Anuario Iberoamericano*, ed. Fundación Profesor Uría-Cívitas, 2016, pp. 401-422.
- O'DWYER, Anthony: «The Artists' Resale Right Directive 2001/84: Reflecting upon a Distasteful Encounter of Art and Commerce», en *European Intellectual Property Review*, n.º 1/2018, pp. 21-40.
- OOST, Tabitha I.: «Restitution Policies on Nazi-Looted Art in the Netherlands and the United Kingdom: A Change from a Legal to a Moral Paradigm», en *International Journal of Cultural Property*, vol. 2018/2 (mayo 2018), pp. 139-178.
- ORDÓÑEZ, Ana y AMENÓS, Lluïsa: «La catedral de Barcelona, contenedor de patrimonio material e inmaterial», en *Actas del VI Congreso del Grupo Español de Conservación (Grupo Español del International Institute for Conservation of Historic and Artistic Works)*, 2018, pp. 274-282 [<https://www.ge-iic.com/2018/10/03/actas-del-vi-congreso-del-geiic/>].
- OTERO GONZÁLEZ, Pilar; VERÓN BUSTILLO, Emilio J.: «La falsificación de obras de arte: casuística criminal», *Derecho del Arte. Anuario Iberoamericano*, ed. Fundación Profesor Uría-Cívitas, 2017, pp. 677-766.
- PANIZA FULLANA, Antonia: «La propiedad de la espada Tizona del Cid Campeador: entre el Derecho sucesorio y la usucapión», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 4/2017, pp. 117-127.
- PARSIOON, Maryam: «What's Yours Is Mine: The Richard Prince Enigma, Appropriation Art and the Law», en *Art, Antiquity and Law*, vol. XXIII (2018/1).
- PÉREZ KÖHLER, Alejandro: «La protección jurídica de la obra artística en el siglo XIX», *Derecho del Arte. Anuario Iberoamericano*, ed. Fundación Profesor Uría-Cívitas, 2016, pp. 155-329.
- PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis; RAMOS PRIETO, Jesús: «El tráfico exterior de bienes culturales. Aspectos internacionales y tributarios de su régimen jurídico», *Derecho del Arte. Anuario Iberoamericano*, ed. Fundación Profesor Uría-Cívitas, 2015, pp. 183-286.

- PETIT CALVO, Carlos: «Arte y Derecho mercantil. Imagen y concepto de los títulos-valores en la España ilustrada», *Derecho del Arte. Anuario Iberoamericano*, ed. Fundación Profesor Uría-Cívitas, 2017, pp. 165-281.
- PIMIENTO ECHEVERRI, Julián; CASTRO RODRÍGUEZ, Alexandra: «Bases constitucionales de la protección del patrimonio cultural en Colombia», en *El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*. INAP, Madrid, 2017, pp. 201-224.
- PONS-PORTELLA, Miquel: «La medida cautelar de inexportabilidad en el sistema administrativo de protección del Patrimonio Histórico Español», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 191, abril-junio de 2018, pp. 327-359.
- PRIETO DE PEDRO, Jesús: «Cuando los tribunales definen el arte o una escultura que no era un utensilio de cocina: el caso Brancusi», *Derecho del Arte. Anuario Iberoamericano*, ed. Fundación Profesor Uría-Cívitas, 2016, pp. 423-446.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca: «El mercado del arte: la restitución de bienes culturales y la protección del Patrimonio. A propósito de la Ley 1/2017, de 18 de abril, y la transposición de la Directiva 2014/60/UE», en *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 43/2017.
- RAMOS PRIETO, Jesús: «El impuesto sobre bienes inmuebles y el patrimonio histórico y cultural. Análisis de las exenciones del artículo 62.2.b) del texto refundido de la ley reguladora de las haciendas locales», en *Haciendas locales y patrimonio histórico y cultural*. Dykinson, 2017, pp. 349-388.
- RIVA, Ignacio M. de la: «La protección del patrimonio cultural en el Derecho Argentino», en *El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*. INAP, Madrid, 2017, pp. 167-192.
- ROCA, María José; OLAYA GODOY, María: *Patrimonio Histórico-Artístico de la Iglesia Católica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- RODRÍGUEZ MORO, Luis: «El delito de prevaricación en materia de patrimonio histórico: luces y sombras del art. 322 CP», en GUIASOLA LERMA, Cristina (Coord.): *Expolio de bienes culturales. Instrumentos legales frente al mismo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, págs. 231– 265.
- RODRÍGUEZ TEMIÑO, Ignacio; YÁÑEZ, Ana; JORGE VILLAR, Susana; REYES MATEO, Álvaro; RUFINO RUS, Javier; SALAS ÁLVAREZ, Jesús; LAVÍN BERDOCES, Ana Carmen: «Arqueometría forense aplicada al

- tráfico ilícito de antigüedades: un proyecto de investigación en el límite del conocimiento», en GUIASOLA LERMA, Cristina (Coord.): *Expolio de bienes culturales. Instrumentos legales frente al mismo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, págs. 267–296.
- ROMA VALDÉS, Antonio: «La protección penal del patrimonio cultural en Iberoamérica», en GUIASOLA LERMA, Cristina (Coord.): *Expolio de bienes culturales. Instrumentos legales frente al mismo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, págs. 297–318.
- ROMEO CASABONA, Carlos María: «El Convenio del Consejo de Europa de 2017 sobre delitos relacionados con los bienes culturales», en GUIASOLA LERMA, Cristina (Coord.): *Expolio de bienes culturales. Instrumentos legales frente al mismo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, págs. 319–342.
- ROMERO MARUGÁN, Francisco; ROYO GUILLÉN, José Ignacio; GONZALVO CALLAVED, Isabel; FATÁS FERNÁNDEZ, Luis; ANGÁS PAJAS, Jorge: «Un nuevo sistema para la valoración económica de los daños en yacimientos arqueológicos expoliados», en *Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 21/2017, pp. 231-267.
- RUBÍ PUIG, Antoni: «La espada de Judith. Fenómenos de copia y estándares para la evaluación judicial de su licitud en el Derecho de autor y el Derecho del arte», en *Derecho del Arte. Anuario Iberoamericano*, ed. Fundación Profesor Uría-Cívitas, 2017, pp. 29-164.
- RUIPÉREZ DE AZCÁRATE, Clara: «Arte, obras y derechos de autor. reflexiones en torno al arte y a su eventual protección por derechos de autor con especial referencia a las obras plásticas», en *Derecho del Arte. Anuario Iberoamericano*, ed. Fundación Profesor Uría-Cívitas, 2015, pp. 481-536.
- RUIZ DE LACANAL RUIZ-MATEOS, María Dolores: «El papel del conservador-restaurador en los planes de protección de conjuntos históricos», en *Actas del VI Congreso del Grupo Español de Conservación (Grupo Español del International Institute for Conservation of Historic and Artistic Works)*, 2018, pp. 290-296 [<https://www.ge-iic.com/2018/10/03/actas-del-vi-congreso-del-geiic/>].
- RUOCCO, Graciela: «Patrimonio cultural y derecho de propiedad privada en Uruguay», en *El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*. INAP, Madrid, 2017, pp. 515-536.

- SAIZ GARCÍA, Concepción: «La tecnología de impresión 3D frente al actual sistema de protección de las obras de ingenio», *pe. i. revista de propiedad intelectual* n.º 56 (mayo-agosto 2017), pp. 13-44.
- SAN ROMÁN GUTIERREZ, Laura: «Tribunales competentes y Ley aplicable a la restitución de obras de arte robadas», *Derecho del Arte. Anuario Iberoamericano*, ed. Fundación Profesor Uría-Cívitas, 2015, pp. 287-336.
- SÁNCHEZ ARISTI, Rafael: «La propiedad trenzada: el juego de lo material y lo inmaterial en las obras de arte», *Derecho del Arte. Anuario Iberoamericano*, ed. Fundación Profesor Uría-Cívitas, 2015, pp. 23-110.
- «Aspectos de propiedad intelectual ligados a la conservación y restauración del arte», en *Actas del VI Congreso del Grupo Español de Conservación (Grupo Español del International Institute for Conservation of Historic and Artistic Works)*, 2018, pp. 136-143 [<https://www.ge-iic.com/2018/10/03/actas-del-vi-congreso-del-geiic/>].
- SÁNCHEZ DE LEÓN RAMÓN-BORJA, José: «La protección del comprador de una obra de arte falsa a través de los casos judiciales», *Derecho del Arte. Anuario Iberoamericano*, ed. Fundación Profesor Uría-Cívitas, 2017, pp. 583-675.
- SÁNCHEZ SÁEZ, Antonio José: «El patrimonio cultural inmaterial y las técnicas jurídico-administrativas de protección de los bienes muebles e inmuebles a él asociados», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 186, julio-septiembre de 2017, pp. 225-266.
- SANZ LÓPEZ DE HEREDIA, Ainhoa: «Conservación y mantenimiento de las obras de la colección Guggenheim Bilbao en exposición permanente», en *Actas del VI Congreso del Grupo Español de Conservación (Grupo Español del International Institute for Conservation of Historic and Artistic Works)*, 2018, pp. 258-262 [<https://www.ge-iic.com/2018/10/03/actas-del-vi-congreso-del-geiic/>].
- SCHIAVI, Pablo: «Régimen del patrimonio cultural en Uruguay: problemas y desafíos», en *El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*. INAP, Madrid, 2017, pp. 475-514.
- SCOVAZZI, Tullio: «Aspetti saliente della pratica Italiana in tema di restituzione di beni culturali rimossi», en GUIASOLA LERMA, Cristina (Coord.): *Expolio de bienes culturales. Instrumentos legales frente al mismo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, págs. 345– 369.

- SHIMADA, Makoto: «Legal Aspects of Special Exhibitions at Museums in Japan», en *Art, Antiquity and Law*, vol. XXIII (2018/2).
- SERRANO, Carmen: «Dificultades jurídicas para la protección y salvaguarda de las obras artísticas de la arquitectura reciente», en *El Notario del siglo XXI*, enero-febrero 2018, pp. 66-69.
- SHEA, Allyson: «Shooting Fish in A Bliss Bucket: Targeting Money Launderers in the Art Market», en *The Columbia Journal of Law & Arts*, vol. 41, n.º 4 (2018), pp. 665-687.
- SIERRA VIU, Jordi: «Problemática presupuestaria en la financiación de las corporaciones locales, referencia a los ayuntamientos patrimonio de la humanidad», en *Haciendas locales y patrimonio histórico y cultural*. Dykinson, 2017, pp. 141-183.
- SOLFAROLI CAMILLOCCI, Federico: «Fiscalita' e tutela del patrimonio storico in Italia», en *Haciendas locales y patrimonio histórico y cultural*. Dykinson, 2017, pp. 107-139.
- SOTIRIOU, Konstantinos-Orfeas: «The F Words: Frauds, Forgeries, and Fakes in Antiquities Smuggling and the Role of Organized Crime», en *International Journal of Cultural Property*, vol. 2018/2 (mayo 2018), pp. 223-236.
- SUTHERSANEN, Uma: «Art and Brexit: Introduction», en *Art, Antiquity and Law*, vol. XX (2017/2).
- «Property and Culture: A Case Study on Orphan Works», en *Art, Antiquity and Law*, vol. XX (2017/2).
- TORRE, Rafael L.: «El pleito interminable entre Aragón y Cataluña por los bienes del Monasterio de Sijena» en *Diario La Ley*, 28 de diciembre de 2016.
- TORRES GUTIÉRREZ, Alejandro: «Régimen fiscal de las confesiones religiosas en el I.B.I.», en *Haciendas locales y patrimonio histórico y cultural*. Dykinson, 2017, pp. 253-285.
- TRYGGVADÓTTIR, Rán: «Facilitating Transactions and Lawful Availability of Works of Authorship: Online Access to the Cultural Heritage and Extended Collective Licenses», en *The Columbia Journal of Law & Arts*, vol. 41, n.º 3 (2018), pp. 515-531.

- ULPH, Janet: «Frozen in Time: Orphan and Uncollected Objects in Museum Collections», en *International Journal of Cultural Property*, vol. 2017/1 (febrero 2017), pp. 3-30.
- VELÁSQUEZ MUÑOZ, Carlos J.: «Intervención, protección y fomento del patrimonio cultural urbano en Colombia», en *El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*. INAP, Madrid, 2017, pp. 261-286.
- VÉLEZ TORO, Antonio José: «El juicio verbal para la restitución de bienes culturales», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 6, junio de 2018, pp. 55-76.
- VERCHER NOGUERA, Antonio: «El expolio de bienes de patrimonio histórico o la descontextualización penal del entorno arqueológico», en *Diario La Ley*, n.º 9151, 5 de marzo de 2018.
- VIGNOLO CUEVA, Orlando: «Los bienes culturales peruanos y la revalorización de la intervención municipal», en *El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*. INAP, Madrid, 2017, pp. 427-454.
- YÁÑEZ VEGA, Ana: *Patrimonio arqueológico y derecho sancionador*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- YATES, Donna; MACKENZIE, Simon: «Heritage, Crisis, and Community Crime Prevention in Nepal», en *International Journal of Cultural Property*, vol. 2018/2 (mayo 2018), pp. 203-221.
- WOODHOUSE, Holly: «Amending the Unwritten Contract: Claims for Commission and Unjust Enrichment. Bing Holdings Inc and Anor v Hue-Williams», en *Art, Antiquity and Law*, vol. XXIII (2018/1).
- WU, Jiao: «Copyright Protection of Works of Applied Art in China», en *Art, Antiquity and Law*, vol. XXIII (2018/2).
- ZAMBRANO DOMÍNGUEZ, Javier: «De los aspectos sustantivos y procesales entre los delitos sobre el patrimonio histórico», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 8/2018.

VARIA

El papel de los poderes públicos y la Constitución cultural¹

por Daniel SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid
Counsel. Uría Menéndez

Señoras y señores:

Muchas gracias a los organizadores de este acto por concederme la oportunidad de dirigirme a todos ustedes, máxime con una temática especialmente rica que me proporciona la oportunidad de reivindicar el papel de los poderes públicos en la promoción de la cultura, pero, muy especialmente, que me permite referirme al mandato constitucional que rige la actuación de los poderes públicos. Porque los poderes públicos, el poder público, el poder del Estado, no surge en el vacío. Tiene su origen en una fuente de legitimidad política y social que en estos días, en estos lares, el mundo occidental de las democracias liberales, llamamos Constitución.

Pero no he venido aquí sólo para hablar de la Constitución y las políticas culturales. Mi intención es poner la Constitución en su contexto, en un cuadro más amplio, y con ese fin comenzaré mi intervención proponiéndoles una distinción entre la Constitución cultural y la Cultura constitucional.

La Constitución española de 1978 contiene programas normativos sobre las políticas culturales, y a eso me refiero cuando hablo de la *Constitución cultural*. Los artículos del texto constitucional necesarios para entender el encaje de la cultura en las políticas públicas son bien conocidos, y a ellos me referiré más adelante.

1. El presente trabajo se corresponde con el texto de la conferencia dictada por el autor el día 24 de enero de 2018 en el marco de la jornada *Arte en espacio públicos. Patrimonio y responsabilidad de todos*, que se celebró en Madrid, en el Museo Lázaro Galdiano, organizada por el Instituto de Arte Contemporáneo, la Asociación de Derecho del Arte, el Museo Lázaro Galdiano y la Fundación Profesor Uría.

Al mismo tiempo, existe una *Cultura constitucional* que rodea y subyace a cada Constitución. En sus orígenes, toda Constitución es una manifestación, un deseo, de convivencia de una comunidad política, unida por la lengua, la protección, la identidad, las creencias... Una comunidad política que se da una Constitución es una comunidad cultural. Las Constituciones liberales son el modo de conciliar un ideal democrático con una voluntad de convivencia en una comunidad cultural. Antes de la Constitución había cultura. Sin esa cultura previa, no hay Constitución.

Por eso, toda Constitución tiene su *Cultura constitucional*. Antes, un deseo de convivencia. Después, la defensa de la convivencia común mediante los procedimientos, las pautas y las controversias que la Constitución encauza y a las que da respuesta. La Constitución hace su trabajo cada vez que un conflicto político encuentra una respuesta en la interpretación de sus preceptos.

¿Y qué Cultura constitucional nos ha llevado a la Constitución de 1978? Lo cierto es que el reto no era menor. Tras cuarenta años de dictadura militar, una fratricida guerra civil y décadas de vaivenes desde la restauración borbónica hasta el golpe militar de 1936, lo cierto es que nuestra Cultura constitucional no parecía muy prometedora en 1976.

Sin embargo, fue precisamente en un momento histórico así, en el periodo que llamamos de transición democrática, cuando los españoles logramos dar forma a un texto de una originalidad sobresaliente, con pocos referentes en nuestro entorno, de una modernidad muy llamativa.

Nuestra Constitución, aunque es ya cuarentona, era moderna, es moderna y seguirá siéndolo. No somos conscientes de lo rompedor que es el texto constitucional, y ello es el reflejo de una Cultura constitucional de un momento en el tiempo.

Nuestra Constitución, a diferencia de las Constituciones de nuestros países vecinos, fue la primera en reivindicar la defensa y tutela de las personas con discapacidad, de los menores y, en general, de los vulnerables.

Nuestra Constitución, en estos tiempos en los que la desigualdad ha aumentado y ha contribuido a una fractura generacional sin precedentes, reivindica el papel de los poderes públicos en la promoción de la igualdad del individuo y de los grupos, para que dicha igualdad sea real y efectiva.

Es la Constitución de 1978 la que ordena a los poderes públicos a remover los obstáculos que impidan o dificulten la libertad y la igualdad

del individuo, y a facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, *cultural* y social.

Vivimos en los tiempos de la robótica, la inteligencia artificial y el big data. Pero fue nuestra Constitución la primera, en la historia del constitucionalismo, en referirse a la informática y a sus riesgos para la intimidad de las personas.

Y por supuesto, las democracias occidentales son hoy día más plurales y complejas que nunca. Pero fue la Constitución española de 1978 la que inauguró un cosmopolitismo raro entonces, pero de una incuestionable actualidad hoy: el artículo 2 de nuestra Constitución es el que proclama la unidad de la nación española, pero también la tutela y la protección de la autonomía de las nacionalidades y las regiones de las distintas comunidades políticas de nuestro país. En un esfuerzo de una gran sofisticación que, desgraciadamente, no hemos sabido (o algunos no han sabido) aprovechar, la Constitución sentaba las bases de un Estado complejo y compuesto de múltiples identidades y lealtades. Lo que hoy día nos parece un mantra del europeísmo y gran conquista de la integración europea, el sentirse simultáneamente ciudadano español y ciudadano europeo, o ciudadano francés y ciudadano europeo, era algo que la Constitución de 1978 ya anunciaba entre las comunidades de nuestro país, invitando a que las identidades múltiples enriquecieran nuestra nación plural.

Esta Constitución, un poco incomprendida en 1978, pero de una asombrosa modernidad vista con la perspectiva de cuarenta años, es un texto que aún nos proporciona referentes de utilidad.

Y así llegamos a la cultura. No a la cultura constitucional, sino a la *Constitución cultural*. A la atención que le dedica la Constitución a la promoción, defensa e impulso de la cultura.

Obviamente, el precepto fundamental es el artículo 44 de la Constitución, el cual establece que «los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho.» Este inciso final es importante: «a la que todos tienen derecho».

Esta disposición tiene similitudes con las previstas en otras Constituciones de países cercanos. El artículo 9 de la Constitución italiana declara que «la República promoverá el desarrollo de la cultura». La Constitución portuguesa, tras la reforma de 1989, destaca que «la creación se incentivará y apoyará por el Estado». Ni una palabra encontraremos al respecto en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. Tampoco en la

Constitución francesa. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea es igual de inexpresiva.

Nuestra Constitución no se limita a proclamar el deber de los poderes públicos a primar y tutelar el acceso a la cultura. La Constitución se refiere expresamente a un bien, el cultural, «al que todos tienen derecho». Todos. Y ese «todos» no es irrelevante, pues se refiere a una universalidad de titulares, con independencia de la nacionalidad o residencia. Por tanto, somos un país cuya Constitución proclama abiertamente un *derecho* de *todos* a que los poderes públicos promuevan y tutelen el acceso a la cultura.

¿Qué consecuencias tienen todo esto? Un lector avezado del texto constitucional dirá que, en principio, pocas. El artículo 44 se ubica en un Capítulo, el relativo a los «principios rectores de la política económica y social», que contempla derechos con una protección, digamos, disminuida. Son derechos programáticos, necesitados de desarrollo normativo, principalmente a cargo del legislador, pero difícilmente esgrimibles e invocables antes los tribunales como mandatos imperativos.

Así las cosas, uno puede preguntarse: ¿para qué sirve entonces el artículo 44 de la Constitución?

Lo cierto es que la Constitución nos vuelve a sorprender, y nos ofrece un precepto, el artículo 20, que reconoce y proclama el derecho fundamental «a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.» Pero esta vez sí, el artículo 20 se enmarca en el catálogo de derechos integrantes del núcleo duro constitucional, susceptibles de amparo y, por tanto, de la más elevada tutela.

Esta combinación entre el artículo 20 y el artículo 44 es lo que hace de nuestra Constitución un texto de un gran potencial. Los poderes públicos tienen un deber de promoción de la cultura y este deber es el reverso de un derecho de todos. Al mismo tiempo, todos tienen derecho a la creación literaria y artística. Nuestra Constitución cubre todos los posibles flancos de protección. El punto más débil, ya señalado al referirme al artículo 44 y a su condición de «principio rector», lo ha compensado el legislador, que, tras cuarenta años de legislación en materias tan relevantes como la protección del patrimonio histórico-artístico, archivos, museos, bibliotecas, ha dado un mayor sentido al mandato del artículo 44 de la Constitución.

Pero no sólo son derechos los que caracterizan a la Constitución cultural, porque también en el reparto del poder territorial encontramos que la

Constitución cultural reaparece. Y lo hace en unos términos especialmente relevantes.

Como ustedes saben, la Constitución ha creado un sistema de reparto de competencias en el que no caben las competencias concurrentes. La Constitución y los Estatutos de Autonomía establecen un catálogo de competencias que corresponden, por un lado, al Estado, y por otro a las Comunidades Autónomas. El Estado y las Comunidades Autónomas no pueden compartir una misma competencia, a diferencia de lo que sucede en otros sistemas territorialmente compuestos, como es el caso de la Unión Europea y sus Estados miembros.

Pues bien, la única excepción a esta regla es la cultura. El artículo 149.2 de la Constitución, tras enumerar las competencias exclusivas del Estado, destaca que, «sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas, el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas.»

Que el servicio de la cultura sea un «deber», así como una «atribución esencial», no es irrelevante. Máxime cuando el artículo 44 ha proclamado el derecho de todos a que los poderes públicos promuevan las políticas culturales.

El Tribunal Constitucional ha sacado rendimiento al artículo 149.2. De hecho, es este precepto el que justifica que varias Leyes estatales, como la Ley de Patrimonio Histórico-Artístico, actúen como parámetro de constitucionalidad de la actuación de las Comunidades Autónomas. Si una Comunidad Autónoma decide reducir o alterar el nivel de protección que dispensa la Ley estatal, el Tribunal Constitucional ha declarado que la Ley estatal actúa como canon de constitucionalidad y, por tanto, el nivel de protección previsto por el Estado no puede ser alterado por el legislador autonómico.

No todos los ámbitos de actuación del Estado le permiten intervenir con esta intensidad. El artículo 149.2, al declarar la condición de «atribución esencial» de la cultura, permite al Estado actuar como no puede hacerlo en otros ámbitos.

Esta concurrencia de competencias, bien entendida, es lo que el Tribunal Constitucional ha definido como «una concurrencia de competencias ordenada a la preservación y estímulo de los valores culturales propios del cuerpo social, y desde la instancia pública correspondiente».

Como pueden ustedes ver, el potencial que nos brinda la Constitución, que quizás no hemos aprovechado con todas las posibilidades que nos ofrece, no nos debe llevar a pensar que cualquier mal o deficiencia del Estado deba pasar por una reforma de la Constitución. Las Constituciones viven y sobreviven al paso del tiempo precisamente porque son flexibles, maleables y se adaptan a los tiempos.

Se habla mucho últimamente de la reforma de la Constitución, como un mantra que pondría fin a todos los males que aquejan al país.

Pero no creo que esta sea la salvación ni la respuesta a nuestras preocupaciones. La Constitución cultural puede hacerse y rehacerse con la interpretación que demos a sus preceptos. Y como han visto ustedes, el margen que ofrece la Constitución para que los poderes públicos se impliquen en la promoción de la cultura es inmenso, como también lo es el margen de los ciudadanos para exigir a los poderes públicos una actuación acorde con los mandatos de la Constitución.

Lo que quiero decir es que la *Constitución cultural*, la Constitución escrita, no tiene que reformarse para que cambie toda ella. En nuestras manos está dar vida y sentido a los preceptos que con su amplitud y ambición nos permiten hacer infinidad de cosas con ellos.

Lo que resulta más complejo es cambiar nuestra *cultura constitucional*. Nuestra forma de entender la convivencia, la participación política, el compromiso del Estado con los valores que consideramos más relevantes, la defensa de la dignidad de todas las personas (sean o no nacionales de nuestros país), o nuestro compromiso con un proyecto ilusionante de país.

La cultura constitucional es lo que más cuesta cambiar, pero es, además, lo que más caro podemos pagar si no somos capaces de cambiarla a tiempo.

En estos momentos en los que la Constitución está tan cuestionada, quería terminar con una cita de un artista catalán, que en una entrevista en el año 2004 decía:

«Hay un momento en el que tú contemplas una montaña o un río y sabes que aquello no es ni montaña ni río. Que es un conjunto de partículas del cosmos que se están moviendo. Pero después tienes que poner el pie en el suelo y comprender que esto no hace desaparecer las montañas y los ríos, sino que los hace ver con otra mentalidad.»

Pues bien, siguiendo estas hermosas palabras de Antoni Tàpies, la Constitución es una gran montaña, un texto de difícil confección, de rígidas

reformas y de larga duración. Se hace para que dure, como dura algo tan sólido como una montaña o un río.

Pero tampoco olvidemos que la Constitución es un conjunto de partículas en un cosmos, el cosmos de nuestra comunidad cultural, que se está moviendo continuamente. Veamos la Constitución con otra mentalidad, la que nos permita desplegar todo el potencial que aún conserva en sus enunciados. Y la que permita desplegar todo el potencial que tenemos nosotros como comunidad política y cultural.

Cuando contemplas la Constitución, sabes que no es una Constitución. Es cómo la mires.

Si nos fijamos detenidamente en nuestra Constitución, sabremos cuántas cosas aún no conocemos de ella, y quizás, tampoco, de nosotros mismos.

Muchas gracias.

Sustanciales reformas al régimen de circulación de obras de arte. Mediante un «decreto ómnibus» que cubre muchos otros temas, el Poder Ejecutivo de la Argentina flexibilizó las normas sobre entrada y salida de obras de arte¹

por Juan Javier NEGRI²

Abogado. Negri & Pueyrredón Abogados

La circulación internacional de obras de arte estaba regida en la Argentina por la ley 24633, sancionada en 1996. Esta, a su vez, había sido reglamentada por el decreto 1321 de 1997.

En su momento esa ley significó una sustancial mejora sobre las disposiciones anteriores; no obstante, la salida de obras de arte fue siempre dificultosa y complicada. Dictámenes, resoluciones y solicitudes varias estaban a la orden del día.

Ayer, 11 de enero, el Boletín Oficial publicó un «decreto de necesidad y urgencia», dictado por el presidente de la República, que lleva el número 27/2018.

1. La presente nota apareció originariamente en el Boletín *Dos Minutos de Doctrina* correspondiente al día 12 de enero de 2018. El Boletín *Dos Minutos de Doctrina* es publicado en línea por el Estudio Negri & Pueyrredón Abogados (www.negri.com.ar/publicaciones/). La nota se publica aquí por cortesía del Estudio y del propio autor, D. Juan Javier Negri, a quien agradecemos la deferencia (*N. del E.*).
2. Juan Javier NEGRI recibió el Premio Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte en su segunda edición, con el trabajo «La puerta de Banksy (el error en la compraventa de obras de arte)» (*Derecho del Arte. Anuario Iberoamericano*, ed. Fundación Profesor Uría-Cívitas, 2016, pp. 23-154). También es autor del trabajo finalista en la primera edición del Premio titulado «El dilema de Landet (ensayo sobre la destrucción y mutilación de la obra de arte y sus aspectos jurídicos)» (*Derecho del Arte. Anuario Iberoamericano*, ed. Fundación Profesor Uría-Cívitas, 2015, pp. 111-182) [*N. del E.*].

El decreto introduce muchas modificaciones a numerosas leyes sobre los temas más variados y dispares. No es nuestro propósito analizar aquí su validez ni debatir acerca de las facultades del Ejecutivo de modificar leyes sancionadas por el Poder Legislativo, sino de pasar revista a los cambios introducidos a la ley mencionada.

La ley 24633 intentó facilitar la circulación de obras de arte de artistas vivos o fallecidos hasta cincuenta años de la fecha de la muerte del autor; en otras palabras, las obras de artistas contemporáneos activos o fallecidos después de 1968.

El decreto amplía ahora el alcance de la ley, *que pasa a facilitar la entrada o salida de todo tipo obras de arte sin importar la época a la que pertenecen*. Sin duda, un gran avance.

La ley contenía algo así como un catálogo de técnicas artísticas (con categorías tan variadas y dispares como «óleos sobre tela», «esculturas de fibrocemento» o «serigrafías artesanales») cuya entrada o salida se facilitaba. Como todo listado, entrañaba el peligro de que algo pudiera quedar afuera o no «calzar» en alguna de las categorías especificadas (sobre todo tratándose de técnicas artísticas, donde la creación constante juega un papel relevante).

Existía el riesgo, además, de que las autoridades aduaneras aplicaran esas categorías de modo rígido e impidieran a los artistas obtener los beneficios de la ley. Viene a cuento lo ocurrido en los Estados Unidos con una escultura de Brancusi, que las autoridades aduaneras insistieron en definir como «hélice de avión» y hacerle pagar los derechos de importación correspondientes...

El decreto otorga ahora a las autoridades la capacidad de definir el «encuadre» de una obra de arte dentro de aquellas categorías.

La ley preveía, en su artículo 6, que la exportación de ciertas obras podía prohibirse si eran declaradas «como pertenecientes al patrimonio artístico de la Nación». Esta salvaguardia ha sido eliminada de ese artículo, pero no ha desaparecido.

Bajo el nuevo régimen, la exportación de obras de arte contemporáneo exigirá solo un «aviso de exportación», que debería ser precisamente eso: un mero *aviso* y no un *permiso* sujeto a condiciones y aprobaciones.

Las obras de arte de artistas desconocidos, anónimos o fallecidos más de cincuenta años antes del pedido de exportación deberán obtener una

«licencia de exportación», *que solo podrá ser denegada en caso de ejercicio de una opción de compra por el Estado o por residentes argentinos.*

Esta innovación es una mejora sustancial del régimen anterior, que dejaba al posible exportador ante la desagradable disyuntiva de verse impedido de vender la obra en cuestión u obligado a demandar al Estado para que la expropiara. La reforma también elimina el vaporoso concepto de «pertenencia al patrimonio artístico de la Nación»³.

La reglamentación de esta disposición deberá establecer el plazo (que se espera sea razonable) para que el Estado haga saber al vendedor si está interesado en adquirir la obra.

También debería aclararse cómo se fijará el *precio* de la opción de compra, porque no debería impedirse la exportación sólo por *el mero ejercicio* de aquella, sino también en el caso de que sus términos no resulten aceptables.

Tanto los «avisos» como las «licencias» de exportación tendrán validez por un año, lo que luce como un plazo más que razonable.

El nuevo régimen elimina para *todos* los casos de importaciones o exportaciones temporarias de obras de arte la necesidad de contar con las garantías que el Código Aduanero exige. Antes este beneficio sólo se aplicaba al arte contemporáneo.

Este es otro paso adelante en la necesaria liberalización del régimen, pues permitirá realizar exposiciones y muestras en el extranjero de nuestros artistas clásicos o ya consagrados y de obras de arte colonial, que antes se veían trabadas ante la necesidad de constituir onerosas garantías ante la aduana.

También se flexibilizan las condiciones para que el Estado brinde su auspicio y apoyo a las importaciones y exportaciones de obras de arte que serán exhibidas en muestras, galerías o museos.

Quizás una de las reformas más significativas, por sus consecuencias prácticas, sea la que flexibiliza la salida de obras de arte como equipaje acompañado o no acompañado o como encomienda (lo que incluye los envíos por servicio de *courier*). Esto permitirá, por ejemplo, que los artistas o *marchands* puedan viajar en un mismo avión con sus obras de arte, con la reducción de gastos y costos que ello implicará. Resta todavía saber cuántas

3. Existen referencias a este concepto en otras normas, como la ley 27103, que quizás debería ser también revisada al efecto.

obras de arte podrán salir por cada pasajero, pero podríamos sugerir que sean tantas cuantas éste desee (o que los límites de peso permitan)...

Otra buena noticia es que entre quienes dejarán de asesorar a las autoridades en estas cuestiones está la Aduana (que siempre ha tenido criterios restrictivos en base a necesidades recaudatorias), la que será reemplazada por el Archivo General de la Nación, que seguramente brindará un punto de vista más enfocado en el valor patrimonial (entendido como «histórico» y no «monetario»).

Finalmente, hay que resaltar y elogiar que se haya adoptado otro sano criterio: ya no será la aduana la que «valorice» las obras de arte a través de verificaciones e inspecciones (que en la práctica habitual significaban engorros y complicaciones). Ahora, la «valorización» de la obra será la valuación que el solicitante efectúe como declaración jurada. De este modo, el proceso de importación y exportación se agilizará.

Como la valuación hecha por el interesado tendrá carácter de declaración jurada, cualquier desvío de la realidad será punido como un delito doloso. No está mal.

Finalmente, llama la atención que se haya derogado el artículo 5 de la ley 24633, para sustituirlo por otro *que dice exactamente lo mismo...*

¿Un error burocrático, quizás?

El mito del artista famélico. Se vuelve a poner en discusión el derecho de los artistas a recibir parte del precio de reventa de sus obras de arte («droit de suite»)¹

por Juan Javier NEGRI
Abogado. Negri & Pueyrredón Abogados

Hace muy pocos días, el 6 de julio, la Cámara de Apelaciones del Noveno Distrito de los Estados Unidos (que básicamente cubre el estado de California) dictó una sentencia² que puso fin a siete años de pleito acerca de si existe o no (en los Estados Unidos) el derecho de los artistas plásticos a cobrar un porcentaje del precio en cada venta sucesiva de las obras de su autoría.

En muchos otros países (incluyendo la Argentina) el debate continúa abierto.

En 1976, el estado de California dictó una ley (que entró en vigor el 1 de enero de 1977) según la cual los artistas plásticos residentes en ese estado tienen derecho a cobrar una regalía del 5% del precio en cada venta sucesiva de las obras de arte de las que son autores. Ese porcentaje debe ser retenido por el vendedor o el galerista o *marchand* involucrado en la operación. Si el artista no puede ser ubicado dentro de los 90 días, la suma correspondiente debe destinarse al California Arts Council («Consejo Estadual de las Artes»).

1. La presente nota apareció originariamente en el Boletín *Dos Minutos de Doctrina* correspondiente al día 17 de julio de 2018. El Boletín *Dos Minutos de Doctrina* es publicado en línea por el Estudio Negri & Pueyrredón Abogados (www.negri.com.ar/publicaciones/). La nota se publica aquí por cortesía del Estudio y del propio autor, D. Juan Javier NEGRI, a quien agradecemos la deferencia (*N. del E.*).
2. In re Chuck Close, Laddie John Dill et al. v. Sotheby's; The Sam Francis Foundation et al. v. Christie's; The Sam Francis Foundation et al. v. eBay Inc., United States Court of Appeals for the Ninth District, No. 16-56234 (DC 2:11-cv-08604); 16-56235 (DC 2:11-cv-08605) , No. 16-56252 (DC 2:11- cv-08622), 6 julio 2018.

Si a los siete años el artista aún no ha podido ser ubicado, el Consejo debe destinar los fondos respectivos a la compra de obras de arte para los edificios públicos del estado.

Se trata, obviamente, de una ley *local*, con alcance solo en ese estado. California, con una larga tradición de protección a las artes, fue la única jurisdicción en los Estados Unidos que adoptó una legislación semejante.

Tres grupos de artistas californianos (a título individual o representados por entidades gremiales) y fundaciones herederas de los derechos de artistas ya fallecidos se presentaron ante los tribunales para exigir a tres grandes empresas de subastas (Christie's, Sotheby's y eBay) el pago de las regalías generadas por todas las ventas realizadas en el Estado de California desde el 1 de enero de 1977. El monto del pleito era, por cierto, fenomenal.

Las demandadas sostuvieron que cuando en 1977 el Congreso de los Estados Unidos dictó una nueva ley *federal* sobre derechos intelectuales, con efecto a partir del 1 de enero de 1978, en reemplazo de la que regía desde 1909, las normas estatales sobre el alcance de esos derechos quedaron sin efecto alguno.

Más allá de lo decidido en este caso puntual (que, en rigor, atañe solamente a la existencia o no de un derecho en los Estados Unidos) la sentencia puso nuevamente sobre el tapete un tema clásico de discusión entre artistas, galeristas y coleccionistas de obras de arte.

La sentencia y el periodismo (una vez que la decisión se dio a conocer) se hicieron eco de esa discusión que, según se cuenta, tuvo su origen en los Estados Unidos en un famoso altercado –no precisamente cortés– entre el artista estadounidense Robert Rauschenberg y el coleccionista Robert Scull.

Según la leyenda (pues luego se demostró que el episodio nunca ocurrió), en 1973, cuando se remató la colección que Scull –dueño de una empresa de taxis– había amasado a lo largo de los años, una obra de Rauschenberg, *Thaw*, adquirida originariamente por apenas 900 dólares, fue vendida en USD 85.000 (con una ganancia del 9400%).

Ambos (coleccionista y artista) se encontraban en la sala. Al fijarse el precio, Rauschenberg, algo enojado, enfrentó a Scull gritándole: «¡No me he roto el c... todos estos años para que vos tengas semejante ganancia!». A partir de allí y de la difusión del encontronazo, la comunidad artística se movilizó en favor de la adopción de leyes estatales que reconocieran el *droit de suite*. Sólo lo lograron en California.

Además de mencionar ese episodio, la sentencia pasó revista a todos los antecedentes históricos sobre el tema. Los jueces recordaron que «muchos países reconocen el *droit de suite*, bajo el cual los artistas reciben una regalía cada vez que la corporización original y tangible de su obra es revendida. Esa práctica fue inicialmente reconocida en Francia y luego adoptada en otros países regidos por el derecho continental. Recientemente, una cantidad de jurisdicciones bajo el *common law* han adoptado algún tipo de *droit de suite*. En los países que lo reconocen, se lo considera un derecho moral, pero con contenido económico».

El tribunal explicó que «el *droit de suite* protege a los artistas visuales, que enfrentan serias dificultades para monetizar su trabajo. Los músicos y escritores, por lo general, pueden beneficiarse de su esfuerzo al controlar la reproducción de libros o de música. Pero para los artistas visuales como los pintores y escultores, sin embargo, el derecho a controlar la reproducción no es, con frecuencia, su principal fuente de ingresos. Por el contrario, sólo la venta de su obra original les permite obtener un rédito. El *droit de suite* les otorga un interés económico en cada venta sucesiva de sus obras originales, lo que les permite “capturar” parte del incremento en su valor a partir de la venta inicial».

Los jueces recordaron que «el *droit de suite* también es parte del derecho intelectual internacional. Desde 1948, la Convención de Berna reconoce que el artista ‘goza del derecho *inalienable* de recibir una participación de las ventas de la obra después de la primera cesión de la misma por el autor’».

Aquí es necesario explicar que *la Argentina también es parte de la Convención de Berna*, que fue ratificada por nuestro país en 1967.

Pero, dijo el tribunal, «la Convención de Berna *no obliga* a los países signatarios a adoptar el *droit de suite*. En cambio, hace *opcional* el reconocimiento de ese derecho, pero lo premia con la reciprocidad: aquellos países que reconozcan el *droit de suite* protegerán el derecho de los artistas de los países restantes».

Los jueces luego mencionaron las recomendaciones de los organismos públicos estadounidenses específicos hechas al Congreso para que se legisle al respecto, sin éxito hasta ahora.

Uno de los tantos artículos académicos mencionados en el fallo³ analiza con detenimiento las normas relativas al *droit de suite* implementadas en la

3. BUSSEY, A., «The incompatibility of *droit de suite* with common law theories of copyright», 23 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 1063 (2013).

Unión Europea, mencionadas en la sentencia: allí, la regalía para el artista va desde el 0.25% del precio de reventa hasta el 4%, dependiendo del monto de la operación, con un máximo de 12.500 euros. La obligación de pagar esa comisión rige durante toda la vida del artista más setenta años. El último de los países de la Unión en incorporar el *droit de suite* a su legislación interna fue el Reino Unido, que lo hizo en 2012.

Pero quizás lo más interesante del artículo mencionado sea la virulencia con la que su autor, Alexander BUSSEY, ataca el concepto mismo de ese derecho. En sus palabras, «el *droit de suite* en realidad desincentiva la creación artística de los jóvenes y reduce la cantidad de dinero que pueden obtener por la venta de sus obras».

BUSSEY cita uno de los fundamentos de la directiva europea: «el derecho sobre [el precio de] la reventa intenta asegurar que los autores de obras gráficas y plásticas participen del éxito económico de sus obras de arte. Ayuda a restaurar el balance entre la situación de los artistas plásticos y la de aquellos otros creadores que se benefician de la explotación sucesiva de sus obras».

BUSSEY sostiene que «el hecho de que el Consejo de Europa crea que los artistas plásticos necesitan mayor protección económica sugiere que ese organismo acepta *el mito del artista famélico* como una preocupación válida que requiere solución». Se basan, agrega BUSSEY, en ciertos casos lamentables de artistas que vivieron en la miseria mientras los galeristas obtenían ganancias extraordinarias por la venta de sus obras.

El más paradigmático fue, según BUSSEY, la venta de *Angelus*, de Jean-François Millet, en 1920, por un millón de francos luego de ser adquirida al pintor por apenas 70.000 francos algunos años antes, mientras la familia del artista debía vender flores por las calles para subsistir.

No obstante razones tan nobles, BUSSEY sostiene que son muy pocos los artistas que realmente se benefician con el *droit de suite* y los que lo hacen no son precisamente los más necesitados. Además, lleva a que los artistas consagrados aumenten su producción a expensas del mercado de los artistas más jóvenes.

Según BUSSEY, los artistas pobres (como Van Gogh y Gauguin) han sido la excepción y no la regla «y, por lo general, los artistas no están famélicos». Y agrega que, «una vez que el mito del artista famélico es desmenuzado, queda claro que los artistas visuales no merecen mayor protección que los restantes creadores de propiedad intelectual. No tiene

sentido –agrega– asimilar a los artistas plásticos con los escritores y músicos que hacen dinero con las regalías pagadas por la reproducción de sus obras. Los artistas plásticos hacen dinero con la venta de cosas muebles. El valor de las artes visuales consiste en la calidad única de cada obra de arte. Cada una de ellas sólo puede ser «consumida» por un único propietario a la vez, mientras que una novela, por ejemplo, puede ser reproducida y vendida a miles de lectores en una única oportunidad y a bajo costo marginal.»

La polémica, como se ve, está planteada. Este caso no hizo más que avivarla.

¿Y a todo esto, qué dijo la sentencia? Pues que el artículo 301 (a) de la nueva ley federal de derechos intelectuales de los Estados Unidos prohíbe a los estados de la Unión establecer otros derechos más que los que esa ley establece.

Y en ella, el *droit de suite* no está incluido. Por lo tanto, ese derecho sólo tuvo validez entre el 1 de enero de 1977 y el 1 de enero de 1978. La demanda fue rechazada.

El tesoro de Dembélé. *El futbolista Mousa Dembélé (del seleccionado belga) encontró un tesoro en su casa. ¿Qué dicen las leyes?*¹

por Juan Javier NEGRI

Abogado. Negri & Pueyrredón Abogados

Mousa Dembélé, jugador integrante de la selección belga de fútbol (actual mediapunta del Tottenham Hotspur), gracias a los fantásticos ingresos que le proporciona su actividad compró una vieja casa en Amberes.

La propiedad, ubicada en el distrito histórico de esa ciudad belga, data de aproximadamente del siglo XIV. La idea original de Mousa era instalar allí un hotel de lujo.

Un organismo gubernamental belga (llamado Onroerend Erfgoed) impone a los propietarios de edificios de valor patrimonial ciertas obligaciones de preservación. Como consecuencia, y antes de empezar los trabajos de restauración, Mousa hizo hacer una revisión acabada de la casa por un equipo de arqueólogos, lo que los llevó a descubrir en el sótano un verdadero tesoro.

Efectivamente, se encontraron muchas piezas de vajilla, de porcelana, cerámica y cristal, de mediados del siglo XVIII. Se calcula que el valor total del hallazgo orilla casi dos millones de dólares.

¿Qué pasaría si algo así ocurriera en la Argentina? Según el nuevo Código Civil y Comercial, un tesoro «es toda cosa mueble de valor, sin dueño conocido, oculta en otra cosa mueble o inmueble». (La ley expresamente excluye los objetos que pueden encontrarse en tumbas de seres humanos).

1. La presente nota apareció originariamente en el Boletín *Dos Minutos de Doctrina* correspondiente al día 3 de agosto de 2018. El Boletín *Dos Minutos de Doctrina* es publicado en línea por el Estudio Negri & Pueyrredón Abogados (www.negri.com.ar/publicaciones/). La nota se publica aquí por cortesía del Estudio y del propio autor, D. Juan Javier NEGRI, a quien agradecemos la deferencia (N. del É.).

¿Y a quién pertenecen los tesoros?

«Si el tesoro es descubierto en una cosa propia –como fue el caso del bueno de Dembélé– el tesoro pertenece al dueño en su totalidad» dice la ley. «Y [si la cosa] es parcialmente propia, le corresponde la mitad como descubridor y sobre la otra mitad, la proporción que tiene en la titularidad sobre la cosa» (En otras palabras, si alguien encuentra un tesoro en el jardín de la casa que comparte con sus tres hermanos, tendrá derecho al 50% más el 12.5% (porcentaje igual al que tiene sobre la mitad del inmueble).

¿Y si se descubre un tesoro en una cosa ajena? En ese caso, descubridor y propietario compartirán el tesoro a medias.

Esta última regla tiene excepciones: no se aplica si alguien *busca* en cosa ajena un tesoro sin permiso o si el dueño de esa cosa le pidió que lo buscara. Porque el hallazgo de un tesoro *debe ser casual*.

En el caso de Dembélé hubo ciertas dudas legales. La ley belga (que en estos aspectos es extremadamente parecida a la argentina) también pide que los tesoros sean descubiertos *por casualidad*. Como Mousa había contratado arqueólogos, era dudoso que el descubrimiento hubiera sido fortuito; pero los comentaristas belgas mencionaron que la cuestión era irrelevante, puesto que el hallazgo ocurrió en casa del futbolista, por lo que no había nada que compartir, aun cuando no hubiera existido la casualidad.

La ley belga exige que los tesoros estén «escondidos o enterrados»; las normas argentinas piden que estén «ocultos». En ambos países esto se interpreta como que el propietario original *los escondió adrede*. (Los tesoros no son asimilables a las *cosas perdidas*, cuyo régimen legal es distinto).

Del hecho de que el tesoro haya sido *escondido u ocultado* se desprende que el propietario original –al menos en teoría– *puede aparecer*. La ley argentina permite que «alguien que pretende que tiene un tesoro que dice haber guardado en predio ajeno y quiere buscarlo, puede hacerlo sin consentimiento del dueño del predio; debe designar el lugar en que se encuentra y garantizar la indemnización de todo daño al propietario. Si prueba su propiedad, le pertenece. Si no se acredita, el tesoro pertenece íntegramente al dueño del inmueble».

Pero tratándose, en este caso en particular, de cosas muebles no registrables (vajilla, cristalería, etc.) la prueba de haber sido el propietario original puede ser imposible.

También puede desprenderse del hecho de que el tesoro haya sido escondido que su propietario original lo haya abandonado. En ese caso, quien lo encuentra puede apropiarse de los bienes que lo integran, que dejarán de ser, jurídicamente, un tesoro para ser «cosas abandonadas» por su dueño y entonces «susceptibles de apropiación».

Quienes comentaron este caso en Bélgica son de la opinión de que los objetos, cuando fueron guardados en el sótano, tenían poco valor, así que es más que probable que, técnicamente, no sean un tesoro sino, como dijimos, cosas abandonadas, por lo cual Dembélé es, ahora, su dueño legítimo.

Pero... ¿qué pasaría si lo encontrado no fuera vajilla y esos objetos calificaran como restos *arqueológicos*? La hipótesis está lejos de ser un disparate.

En la Argentina hay varias leyes que tratan el tema. Una de ellas (que creó la Comisión Nacional de Monumentos, Lugares y Bienes Históricos), con una técnica defectuosa (¡pues llega a mencionar *sus fines patrióticos*, sin explicar en qué consisten!) permite que ciertos bienes sean declarados de interés artístico, histórico, arqueológico, industrial o arquitectónico – lo que puede implicar la prohibición de su venta– y que se establezcan normas de protección a su respecto. Las pautas para semejante declaración las establece la propia Comisión, siempre de acuerdo, seguramente, con sus *fines patrióticos*.

Otra ley, de protección del patrimonio arqueológico y paleontológico, protege «las cosas muebles e inmuebles o vestigios de cualquier naturaleza que se encuentren en la superficie, subsuelo o sumergidos en aguas jurisdiccionales, que puedan proporcionar información sobre los grupos socioculturales que habitaron el país *desde épocas precolombinas hasta épocas históricas recientes*. Forman parte del patrimonio paleontológico los organismos o parte de organismos o indicios de la actividad vital de organismos que vivieron en el pasado geológico y toda concentración natural de fósiles en un cuerpo de roca o sedimentos expuestos en la superficie o situados en el subsuelo o bajo las aguas jurisdiccionales».

Con una referencia tan amplia a «grupos... que habitaron el país... hasta épocas históricas recientes» es difícil imaginar cómo y bajo qué condiciones los abanicos o los bastones de nuestros abuelos –por no hablar de su correspondencia personal «que puede dar información sobre su grupo sociocultural» o hasta sus cepillos de dientes– pueden escapar de semejante disposición.

El propósito inicial de la ley era el de proteger, entre otros objetos similares, nuestros fósiles y el patrimonio precolombino, pero como ocurre con frecuencia, diputados y senadores se dejaron llevar por el entusiasmo legislativo y una irresistible creatividad y la norma terminó teniendo un alcance impensado.

Entre sus disposiciones se establece que «[quienes] con anterioridad a [junio de 2003] tengan en su poder colecciones u objetos arqueológicos o restos paleontológicos, de cualquier material y calidad, deberán dentro del plazo de noventa días [...] denunciarlos a la autoridad competente a los efectos de su inscripción [...], quedando luego bajo su posesión. Vencido dicho plazo legal se presume que la tenencia [...] ha sido habida con posterioridad a la fecha establecida y, por tanto, de procedencia ilegal, dando lugar al decomiso de dichos bienes». ¿Y si el tesoro se encontró después?

Ante semejante marco legal, encontrar un tesoro puede no ser un placer sino convertirse en una pesadilla...

Confiemos en que Mousa tenga mejor suerte...

La jarra de cristal. *Una reciente sentencia inglesa tiene algo para enseñarnos en materia de transacciones sobre obras de arte*¹

por Juan Javier NEGRI

Abogado. Negri & Pueyrredón Abogados

No se trataba de un objeto cualquiera: era nada más ni nada menos que una jarra tallada en un bloque de cuarzo o cristal de roca traslúcido, de 15 centímetros de alto, de alrededor del siglo X, y probablemente hecha durante el califato fatimí (reino islámico que a partir del año 900 se estableció en gran parte del norte de África y el Medio Oriente). ¿Su valor? Pues nada: alrededor de doce millones de libras esterlinas...

A la jarra en cuestión se la disputaron Alí Jeddi, coleccionista de obras de arte que vive y trabaja en Irán, miembro de una familia de artistas y Alí Pishvaie, iraní de nacimiento pero residente en Francia, hijo de un importante funcionario durante el reinado del Shah Reza Pahlevi y también coleccionista de antigüedades, sobre todo del Imperio Persa.

El 31 de enero de 2012 Pishvaie llevó la jarra a Sotheby's en Londres donde, a nombre de Belford Investment Ltd., la dejó para su venta en subasta. Allí fue tasada en un millón y medio de libras. Pero antes de ponerla a la venta, Sotheby's decidió investigar sus orígenes.

Fue así que, con la colaboración de varios profesores de la Universidad de Oxford, en diciembre de 2012 (¡doce meses de investigaciones! ¡eso es profesionalismo!) se llegó a la conclusión de que se trataba de un objeto de extraordinario valor artístico.

1. La presente nota apareció originariamente en el Boletín *Dos Minutos de Doctrina* correspondiente al día 10 de agosto de 2018. El Boletín *Dos Minutos de Doctrina* es publicado en línea por el Estudio Negri & Pueyrredón Abogados (www.negri.com.ar/publicaciones/). La nota se publica aquí por cortesía del Estudio y del propio autor, D. Juan Javier NEGRI, a quien agradecemos la deferencia (N. del É.).

Como consecuencia, Sotheby's elevó su tasación a los doce millones de libras que mencionamos antes y Pishvaie instruyó para que, en lugar de subastarla, se la vendiera privadamente.

Durante casi un año Sotheby's intentó vender la jarra pero no encontró compradores.

Pero en julio de 2014, Jeddi reclamó su devolución por escrito, argumentando que era el dueño del artefacto, que había perdido su confianza en Pishvaie (a quien denominó «su agente») y que no deseaba vender la jarra. Según dijo, la había entregado a Pishvaie para que éste la dejara en consignación en Sotheby's a cambio de una comisión del 25% del valor de venta.

Jeddi agregó que un arreglo semejante había funcionado varias veces antes, siempre sobre la base de una comisión similar. (Su principal argumento para usar un agente era que nunca había estado en Londres, casi no hablaba inglés y no tenía visa para entrar al Reino Unido)

Sotheby's, obviamente, consultó con Pishvaie, quien dijo que la jarra era suya y de Belford Investments Ltd., que la había heredado de su padre y que había sido traída de Teherán a Londres en 1968. Explicó que en 2010 le compró a Jeddi una escultura de bronce y, en pago, le cedió el 75% del valor de la jarra (una permuta, en términos legales) y que en 2012, de común acuerdo, decidieron ponerla a la venta.

Sotheby's, inteligentemente, informó a Jeddi que, para resolver la cuestión, nada sería mejor que una sentencia judicial obtenida en un pleito del que tanto los dos iraníes y como la casa de subastas fueran parte.

Así ocurrió; el 14 de junio de 2016 Jeddi demandó a Sotheby's y ésta pidió la citación de Pishvaie y Belford. Curiosamente, ésta enseguida indicó al juez que no tenía ni exigía derecho alguno sobre la jarra, por lo que quedó fuera del pleito.

El 15 de junio de 2018, el juez decidió la cuestión acerca de la propiedad de la jarra².

El propio magistrado dijo que los dos puntos de vista «eran irreconciliables».

2. In re «Ali Saatsaz Jeddi v. Sotheby's, Ali Pishvaie and Belford Invest Ltd», [2018] EWHC 1491 (Comm), case HQ16X02119; *England and Wales High Court (Commercial Court) Decisions*.

Según Jeddi, la jarra fue inicialmente comprada en Pakistán en 2001 por 7000 dólares. Pasando de mano en mano (siempre sobre la base de acuerdos verbales) llegó a poder de un anticuario iraní que en agosto de 2010 se la vendió en 150.000 dólares en una operación cerrada en Dubai y de la que se dejó constancia escrita (¡en farsi!).

En mayo de 2011, Jeddi (que, como dijimos, no podía entrar en el Reino Unido) contactó al anticuario Mohammad Atighehchi para que ofreciera la jarra a Sotheby's. Pero Atighehchi no dio importancia al asunto y sólo mantuvo un breve encuentro con un empleado de Sotheby's sin jamás concretar la operación.

Pero cuando en enero de 2012 alguien le ofreció a Jeddi cinco millones de dólares por la jarra, cayó en la cuenta de que lo mejor sería venderla en subasta y pidió a Pishvaie que se ocupara de la venta.

La historia de Pishvaie era absolutamente distinta: la jarra fue, desde 1956, parte de la colección de su padre (que la había comprado a un príncipe persa en Isfahan). Cuando su padre se la regaló en 1968, fue llevada de Bagdad a París y luego a Londres, donde fue depositada en la bóveda de un banco en 1981. Como no «calzaba» en su colección, decidió venderla; luego de negociar con Jeddi, en 2011 le permutó el 75% de la jarra por una escultura de bronce –sobre la que dio pocos detalles– y luego se la entregó (fuera del Reino Unido). Y en enero de 2012 dijo haber acordado con Jeddi que la jarra sería dejada en Sotheby's en consignación.

Tanto Jeddi como Pishvaie concordaban en un único punto: que en enero de 2012, en Dubai, firmaron un documento por el cual la jarra sería entregada a Sotheby's y que el producido de la venta se dividiría en 75% para uno y 25% para el otro, luego de deducir de este porcentaje todos los gastos. Pero... ¿ese documento los convertía a ambos en copropietarios? ¿O era sólo un mandato de venta?

La prueba puesta a consideración del juez fue extraordinaria, en más de un sentido: desde antiguos documentos en farsi a grabaciones (hechas por Jeddi sin conocimiento de Pishvaie) de todas las conversaciones entre ambos; desde dictámenes de expertos en comunicaciones (que opinaron sobre los membretes falsificados de varios documentos) a pericias sobre la antigüedad de papeles, opiniones de calígrafos sobre firmas en farsi y en inglés y testimonios en video, Skype y teléfono desde París y Teherán. Ambas partes se acusaron de falsificar firmas y documentos, engañar al

tribunal y testimoniar en falso, y cada una presentó un escrito pidiendo al juez que no creyera en los documentos presentados por la otra.

Este resolvió la cuestión no sólo en base a inferencias y deducciones, sino por medio de una regla también existente bajo derecho argentino: un contrato puede ser interpretado según la conducta posterior de las partes.

El juez encontró curioso que, si la jarra había sido del padre de Pishvaie y comprada a un príncipe, *nunca hubiera sido exhibida en su casa y no hubiera siquiera una foto en la que apareciera, a pesar de su valor. No había fotos de la jarra entre 1956 y 2012.*

También le llamó la atención que el padre de Pishvaie, coleccionista y miembro del *establishment* de su país, se desprendiera de semejante pieza a los 48 años para regalársela a un adolescente de 19 y enviarla a Europa, *cuando su hijo estaba estudiando en los Estados Unidos.* El juez se extrañó de que todos los esfuerzos de Pishvaie tendían a demostrar que la jarra estaba fuera de Irán en 1969, *justo cuando entró a regir la convención de la UNESCO que prohíbe el tráfico de bienes culturales.*

Tampoco existía ningún inventario o declaración de bienes que demostrara que la jarra, en algún momento, hubiera pertenecido al padre de Pishvaie o que explicara por qué pasó a éste y no a ninguno de sus hermanos.

El juez tampoco encontró creíble la historia de la permuta por la escultura de bronce: según Pishvaie, Jeddi había aceptado la permuta *sin haber visto jamás una foto de la jarra.* Tampoco tenía sentido que hubiera canjeado una obra de arte con una larga historia y un origen impecable por una escultura sin papeles y que, al hacerlo, *no hubieran firmado ni siquiera un recibo.*

Por otra parte, si Pishvaie era dueño del 25% de la jarra, ¿por qué Jeddi usó los servicios de un tercero en su primer intento de contactar a Sotheby's? ¿Por qué, en las cuatro horas y media de grabaciones telefónicas, jamás ninguno de ellos mencionó la copropiedad sobre la jarra?

El juez cuestionó que en el documento firmado en Dubai *tampoco se mencionara el condominio.* Sí se decía, en cambio, que «la jarra ha sido entregada al señor Pishvaie». El magistrado no tuvo dudas acerca de qué podían significar esas palabras: «lo que esto naturalmente indica es que a Pishvaie le fue confiado por Jeddi un bien que pertenecía únicamente a este último».

Además, el juez consideró que el contrato no tenía sentido desde el punto de vista económico. En efecto, si Pishvaie era dueño del 25% de la jarra, ¿por qué todos los costos se debían deducir de su porción y no del total de lo obtenido en la subasta?

El juez también consideró inverosímil que el documento que debía demostrar el despacho de la jarra desde Teherán a Londres «esté escrito sobre un papel cuadriculado arrancado de una libreta o bloc y no en papel membrete. Más significativo aun es que un documento con ese propósito *estuviera escrito en lápiz, un medio intrínsecamente temporario y susceptible de alteración*».

Hubo otros hechos (como las vacilaciones y dudas de Pishvaie ante el juez, sobre todo acerca de las fechas en que, según su historia, la jarra fue y vino de un país a otro) que convencieron a este de que aquél era un mentiroso. Para colmo, según el personal de Sotheby's, cada vez que Pishvaie debía tomar una decisión sobre la jarra, decía que tenía que consultar *a su hermana*. ¿Por qué esta mentira, si según decía, el otro copropietario era Jeddi?

«Estas circunstancias –dijo el juez– [y muchas otras que omitimos en este breve comentario] me han hecho dudar de la integridad de Pishvaie y de la escrupulosidad con la que negoció con la casa de subastas; en particular, acerca de la forma en que enfrentó las cuestiones vinculadas con la proveniencia y propiedad de la jarra. [...] Llegué a la conclusión de que era alguien poco confiable, preparado para asegurar lo que no era cierto o afirmar lo que no tenía fundamentos». En algunos puntos, agregó el juez, «sus pruebas fueron simplemente reacciones deliberada o descuidadamente falsas acerca de puntos que le podían resultar adversos».

El magistrado recalcó que, por el contrario, Jeddi resultaba creíble (excepto en lo relativo a cómo salió la jarra de Irán –sobre lo cual seguramente ambas partes mentían– pero *esa cuestión excedía lo planteado ante el juez*).

En conclusión, éste resolvió que Jeddi era el titular de esa cosa mueble y que Pishvaie fue solo un mandatario, *cuyas facultades habían sido revocadas* por el mandante. Por lo cual, la jarra debía ser devuelta a su titular. En términos legales argentinos, Pishvaie dejó de ser considerado *poseedor* para pasar a ser un mero *tenedor*. Nuestros códigos presumen que quien ejerce un poder de hecho sobre la cosa (como lo hizo Pishvaie al llevar la jarra a Sotheby's) es poseedor, *a menos que exista prueba en contrario*.

Moraleja: nada mejor que un contrato escrito, por sencillo que sea. Y aunque no se refiera a un objeto valuado en quince millones de libras esterlinas...

Arte y burocracia. La ignorancia sobre principios básicos del arte llevó a cometer un error varias veces millonario¹

por Juan Javier NEGRI

Abogado. Negri & Pueyrredón Abogados

Uno de los principios básicos del arte (y del derecho del arte) es que la creación intelectual del artista *le pertenece íntegramente y en exclusividad*.

Hace algunos años, una empresa constructora encargó al escultor Robert Davidson una réplica de la archiconocida y famosa «Estatua de la Libertad» de Frédéric Bartholdy (1834-1904) emplazada en el puerto de Nueva York. Esta nueva versión (de estuco, no de bronce) sería colocada al frente del hotel «New York New York» – cuyo nombre parafrasea el título de una famosa canción que interpreta Frank Sinatra– en Las Vegas (Estados Unidos).

Davidson tenía experiencia en tareas de ese tipo, porque años atrás, siempre en Las Vegas y en la misma vena artística, había hecho una «Juana de Arco» para un hotel apropiadamente llamado «París» y una «Esfinge de Gizeh» para otro llamado (¡por supuesto!) Luxor.

Pero Davidson *no hizo una réplica exacta*. Por el contrario, si bien se basó en la obra de Bartholdy, decidió hacer *una versión contemporánea* (y un tercio más reducida que el original): modificó sus proporciones, la hizo «más moderna, más femenina», le rehizo los labios, los ojos y el peinado.

Según él, *se inspiró en su suegra* (cuya foto, dijo, miraba todos los días). Además agregó una placa en uno de los rayos de la corona en la cabeza de la escultura, con la leyenda «Esto es para vos, mami» («*This is for you, mom*»).

1. La presente nota apareció originariamente en el Boletín *Dos Minutos de Doctrina* correspondiente al día 7 de septiembre de 2018. El Boletín *Dos Minutos de Doctrina* es publicado en línea por el Estudio Negri & Pueyrredón Abogados (www.negri.com.ar/publicaciones/). La nota se publica aquí por cortesía del Estudio y del propio autor, D. Juan Javier NEGRI, a quien agradecemos la deferencia (N. del É.).

Simultáneamente, el servicio estatal de correos de los Estados Unidos (el United States Postal Service o USPS) decidió emitir una estampilla o sello postal «perpetuo»; esto es, uno que no especificara su valor facial sino únicamente indicara para qué tipo de franqueo podía ser utilizado (en este caso, el de una carta simple). Al carecer de un valor fijo expresado en dólares y céntimos, la inflación no obligaría a su reemplazo ante cada incremento de tarifas. Lo llamó el «*forever stamp*».

Para ilustrarlo, USPS decidió usar un buen emblema patriótico, y nada mejor que la imagen icónica de la Estatua de la Libertad (porque la bandera nacional ya había sido usada en emisiones anteriores).

El correo inició un largo proceso de selección de diseños y fotografías de la estatua a través de comités especializados, diseñadores, artistas, dibujantes y gerentes varios hasta llegar a una idea final.

Entonces compró a la agencia Getty Images por mil quinientos dólares una linda foto de la estatua, tomada desde un ángulo muy bajo, que al gerente de desarrollo de sellos postales de USPS le pareció la mejor... *Pero no era la escultura de Bartholdi* (cuyo propietario es el propio gobierno estadounidense) *sino la de Davidson*. Que se parece, *pero no es idéntica*.

Aprobado el diseño del sello postal, USPS firmó un contrato de licencia con el autor de la fotografía y se lanzó a la impresión y venta del sello postal. En seguida algunos filatelistas, fotógrafos y periodistas notaron las sensibles diferencias entre el original y la versión de Davidson y alertaron al correo. Éste decidió seguir adelante. *Imprimió cinco mil millones de unidades y vendió más de dos mil millones de dólares en sellos postales* hasta que en enero de 2014 los retiró de la venta.

¿Por qué lo hizo? Porque Davidson demandó al gobierno estadounidense por violación de sus derechos intelectuales.

La sentencia se conoció el pasado 29 de junio².

USPS se defendió con varios argumentos. Uno de ellos fue que la representación gráfica de obras arquitectónicas no está protegida por el derecho de autor. El tribunal rechazó esa defensa al establecer que la Estatua de la Libertad (o su réplica) *no eran obras arquitectónicas*.

El argumento más importante del demandado (y sobre el que se centró la sentencia) fue que la obra de Davidson era una réplica, por lo que *carecía*

2. In re «Davidson v. The United States», United States Court of Federal Claims, No. 13-942C, 29 junio 2018).

de la suficiente originalidad como para obtener protección legal bajo las leyes que amparan el derecho de autor. Dicho de otro modo, ¿el artista había expresado sus propias ideas o era un mero copista?

El tribunal dejó en claro en primer lugar que aun cuando USPS hubiera pagado una licencia de uso de la foto a Getty Images, ésta no tenía derecho alguno sobre la imagen reproducida en la foto.

El escultor adujo que si bien se le había pedido una réplica de la Estatua de la Libertad, *tuvo plena libertad creativa y que la ejerció plenamente para realizar una versión diferente del original.*

El juez recordó que «el *sine qua non* de los derechos intelectuales es la originalidad», y que ella requiere probar apenas un grado mínimo de creatividad. Para merecer protección legal, *una obra de arte no necesita ser absolutamente original: sólo necesita una expresión nueva y original de alguna obra o idea anterior.* Agregó que la diferencia entre un original y una obra derivada de éste debe ser apenas *una variación expresiva [aunque] no trivial.* Por eso rechazó el pedido del gobierno de que Davidson identificara qué rasgos específicos había modificado: «la ley no contiene un requisito semejante», dijo.

El magistrado rechazó el argumento de que «la apariencia femenina y contemporánea» que el artista quiso dar a la estatua «eran meras ideas sin protección legal», sobre la base de que esa protección se otorga *a toda expresión de creatividad.*

Para el juez, «una comparación entre los rostros de ambas esculturas demostraba sin lugar a error que eran diferentes». Las diferencias entre la obra de Bartholdy y la de Davidson eran «visualmente observables y no eran meras ideas», y la segunda «evocaba una atracción más suave y más femenina» que la primera. Los testigos propuestos por el propio correo señalaron que la imagen fue elegida *porque era diferente de la escultura original:* «era nueva, fresca y atractiva y por ende susceptible de atraer el interés de los compradores».

El juez rechazó uno a uno los argumentos del gobierno; por ejemplo, que las diferencias entre las dos esculturas eran sólo el resultado del juego de luces y sombras y del ángulo del fotógrafo. Más aún: sobre el testimonio de los propios funcionarios del correo, estableció que lo que había resultado atractivo para USPS eran, *precisamente,* esas diferencias.

Como conclusión, «la escultura de Davidson, aunque invoque otra mundialmente famosa, es un trabajo original y creativo», y como tal, protegido por los derechos intelectuales.

El juez concluyó también que el uso hecho por el gobierno *constituía una infracción a esos derechos*: no constituyó «una cita», ni un «uso limitado» o «sin fines de lucro» (descartando así la defensa de que los compradores de sellos postales *no pagaban por la obra de arte allí descripta sino por el uso del servicio de correos*).

El juez también dejó de lado el argumento de que la imagen era irrelevante puesto que no añadía nada a la utilidad del sello postal. «Si ese fuera el caso –dijo el juez– el servicio postal debería emitir estampillas sin dibujos, con nada más que la indicación de su valor de franqueo. Tampoco invertiría tanto esfuerzo en la selección de las imágenes que usa».

El correo arguyó que la porción de la escultura de Davidson incorporada al sello *era mínima*. Pero el juez opinó que la cara de la escultura era, precisamente, su porción más expresiva y original, y el sello postal *la incluía por completo*.

El magistrado sólo dio la razón al gobierno en un punto: Davidson no pudo probar que su actividad artística sufriera daños como consecuencia del uso de la imagen de su escultura por parte de USPS. Pero agregó: [ese uso] *tampoco lo benefició*. El correo nunca mencionó a Davidson como artista ni se disculpó con él.

Para calcular la indemnización, el juez analizó muchos aspectos. Uno, que los artistas por lo general cobran muy poco del correo cuando éste emite sellos postales con reproducciones de sus obras *pero siempre reconoce públicamente su autoría*. Otro, que el correo *cobra* por la reproducción de sus sellos postales en libros escolares o camisetas. Un tercero, que en muchos casos (10% del total vendido), los sellos postales son comprados por quienes no los usan (coleccionistas, por ejemplo). En esos casos, el margen de ganancia del correo es enorme: el comprador adquiere el derecho a un servicio que luego no ejerce.

Otro elemento fue que Davidson nunca había otorgado licencias para la reproducción de sus obras, por lo que su poder de negociación con el correo (si se hubiera sentado a negociar con éste) habría sido muy bajo.

Y, finalmente, que «luego de violar los derechos intelectuales *billones de veces* (por la cantidad de sellos vendidos) el correo no podía ahora eludir

su responsabilidad diciendo que probablemente no habría llegado a un acuerdo» con el artista.

«Ninguna de las dos partes presentó prueba alguna acerca de una transacción similar en la que una imagen sea reproducida miles de millones de veces con propósitos comerciales sin que se estipule un pago calculado sobre la cantidad de repeticiones». Por lo tanto, estableció como indemnización una regalía del 5% del valor de los sellos postales *que no se usan para correspondencia o que el público retiene para sí* (porque con los que se usan como franqueo pierde dinero).

El juez usó las propias cifras de USPS para el cálculo de la indemnización: si se vendieron 4.948.761.166 estampillas por 2.190.414.155 dólares hasta 2014, (de las que se rompió o deterioró o no se usó el 3,24%), una regalía del 5% sobre estas últimas (las que no se usaron para franqueo) da \$ 3.548.470. Entre una cosa y la otra, al artista se le otorgó una indemnización de más de tres millones y medio de dólares, con intereses...

Los principios y las leyes acerca de los derechos intelectuales son prácticamente universales y uniformes. Por eso, el caso es interesante, aunque haya sido resuelto en los Estados Unidos, porque pone énfasis en los derechos que tienen los artistas sobre su obra.

Por lo general, el público considera que la propiedad sobre el respaldo físico donde se encuentra una obra de arte (la tela en el caso de una pintura al óleo; el mármol o bronce de una escultura o la pared en el caso de un mural) da a ese propietario *derechos absolutos* sobre la creación intelectual.

Y eso, como este caso lo demuestra, no es así: no había duda alguna de que el gobierno había comprado en buena ley una foto y el derecho a reproducirla. *Pero se olvidó de que en esa foto había derechos de alguien más...*

Arte y *blockchain*: oportunidades y nuevos retos

por Teresa GARCÍA-BARRERO GIURGIU
Abogada. Uría Menéndez

El pasado 14 de noviembre de 2018 se celebró, en el Espacio Fundación Telefónica, la jornada «Arte y *blockchain*: oportunidades y nuevos retos» coorganizada por la Asociación de Derecho del Arte –asociación sin ánimo de lucro cuyo objetivo es promover la educación sobre aspectos legales y empresariales relacionados con el mundo del arte en España y Latinoamérica– y la organización Onkaos –plataforma que busca impulsar la creación artística a través de las nuevas tecnologías y ofrece servicios innovadores para los denominados new media artists (artistas de los nuevos medios)–.

La sesión constó de tres conferencias ofrecidas por profesionales del mundo del arte reconocidos a nivel internacional, quienes prestaron su particular punto de vista sobre las ventajas y desventajas que plantea el uso de tecnologías modernas como el *blockchain* en el mercado del arte, y las oportunidades de creación y negocio que derivan de dicho uso.

En primer lugar intervino D. Robert Norton, CEO y cofundador de Verisart. Norton, que previamente había sido CEO de compañías como Sedition Art y Saatchi Online, explicó cómo su actual empresa emplea la tecnología *blockchain* para combatir uno de los mayores problemas a los que se enfrenta el mercado del arte: el fraude.

El ponente señaló que el fraude tiene un impacto de millones de dólares en el mercado del arte y que ello suscita una enorme reticencia en potenciales compradores a la hora de adquirir obras cuya autenticidad no ha sido constatada de forma fiable. Fruto de lo anterior se observa que en la industria artística el *e-commerce* tiene un papel muy poco relevante, pues los

proveedores de estos servicios generan menor confianza sobre potenciales adquirentes que otros intermediarios como son las casas de subastas o las galerías de arte.

Tras identificar este problema en el mercado, Verisart se creó con el objeto de sacar provecho a una de las características más populares de la tecnología *blockchain*: su inmutabilidad. Esa característica convierte a la tecnología en idónea para certificar y verificar la procedencia de obras de arte, creando una huella digital que permite trazar con precisión cada cambio de titularidad en las mismas, sin que esa transparencia comprometa la anonimidad de los intervinientes en cada transacción.

Y es que la tecnología *blockchain* cuenta con la ventaja de ser anónima pero transparente. Así, la huella digital de una obra de arte vendida no reflejará la identidad de su nuevo adquirente, sino un código asociado a su persona. Con ello un certificado digital sustentado en dicha tecnología permite (i) a los coleccionistas digitalizar sus activos sin necesidad de revelar su precio e identidad, (ii) a los artistas inventariar sus obras de forma eficiente y (iii) a las galerías mantenerse informadas sobre los cambios de titularidad que experimentan las obras de arte.

A la vista de lo expuesto el ponente resaltó que, sin perjuicio de que las plataformas tecnológicas no son autoridades, en ocasiones están mejor capacitadas que dichos organismos para verificar la titularidad sobre una obra de arte o la autenticidad de un certificado de originalidad.

A continuación intervino el Dr. Nicholas Eastaugh, fundador de *Art Analysis & Research*, una de las firmas de análisis e investigación más prestigiosas a nivel mundial que se centra en la investigación técnica de obras de arte para determinar su autoría. Frente al discurso eminentemente pro-tecnológico del Sr. Norton, Eastaugh señaló que, si bien la tecnología del *blockchain* tiene gran potencial, es necesario contar con un puente entre el mundo físico y el virtual. Las obras de arte tienen un carácter esencialmente físico y es, por tanto, necesario realizar una verificación material de sus características para determinar la existencia y autenticidad del objeto. El Dr. Eastaugh considera que la tecnología tiene mayor potencial para verificar la autenticidad de una transacción realizada sobre una obra de arte que sobre la autenticidad de la propia obra, campo en el que todavía considera necesario contar con expertos que realicen un análisis físico. No obstante, en este análisis físico admite que existe un campo a explotar por parte de la inteligencia artificial, ya que, debidamente documentada, estará mejor capacitada para detectar fraudes que el ojo humano.

Finalmente intervino el artista sueco D. Jonas Lund, aportando una visión a la vez crítica y creativa sobre el empleo del *blockchain* en el mundo del arte. El artista se mostró escéptico sobre el abuso de la tecnología *blockchain* al resaltar la ingente cantidad de energía que consume la «minería» necesaria para hacer que funcione.

No obstante, a modo de sátira y crítica a las convenciones que rigen el mercado del arte, el artista relató cómo decidió experimentar con dicha tecnología y «criptofinanciarse» mediante la emisión de su propia moneda digital: los *Jonas Lund tokens*. Durante este año (2018), Lund emitió 100.000 criptomonedas, asignando a cada uno de sus titulares un derecho a participar en el proceso creativo del artista. Las criptomonedas se adquieren en conjunción con alguna obra del artista –de hecho varias de esas obras representan físicamente un *token*– y con ello nace para el comprador el incentivo de participar en su toma de decisiones: cuanto mayor valor adquiera la obra de Lund, mayor valor adquirirán en el mercado los *Jonas Lund tokens*. Los titulares de la criptomoneda pueden votar acerca de cuestiones planteadas por el artista tales como qué obra presentar a un concurso o la conveniencia de participar en una determinada feria de arte para promocionar su obra.

Lo anterior se enmarca dentro de una estrategia global de Lund consistente en que el artista «recupere» el poder sobre su obra, poder que en ocasiones se encuentra usurpado por otros agentes del mercado. En el marco de esta estrategia el artista ya había llevado a cabo otras actividades tales como la inclusión de dispositivos GPS en sus obras para poder geolocalizarlas en todo momento, o la reproducción de los términos y condiciones de venta de cada obra dentro de su propio cuerpo. El artista creó una colección de obras que reproducían en su lienzo los términos y condiciones de su venta, como por ejemplo la obligación de que el adquirente de la obra posteriormente la donase a uno de los museos enumerados por el artista, la venta de la obra exclusivamente a un coleccionista residido en Miami, la prohibición de vender la obra a una serie de individuos concretos, o la prohibición de revender la obra hasta el año 2025.

El seminario finalizó con un debate entre los intervinientes moderado por D.^a Anna O'Connell, presidenta y cofundadora de la Asociación de Derecho del Arte. Los conferenciantes resaltaron el mayor potencial del *blockchain* para certificar la autenticidad y titularidad de obras de arte contemporáneo (en atención a la posibilidad de contar con la colaboración de su autor mientras éste viva), que sobre obras de mayor antigüedad. Asimismo, se

constató que el *blockchain* se encuentra aún en un estado muy embrionario pero cuenta con el potencial de convertirse en la tecnología subyacente a los principales servicios que se presten en el siglo XXI. Todo ello sin duda augura un futuro incierto pero emocionante para el mercado del arte.

Convocatoria del Premio Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte

BASES

Primera.– Objeto de la convocatoria

1. La Fundación Profesor Uría (la «**Fundación**») convoca la sexta edición del **Premio Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte** (el «**Premio**») con el objeto de seguir apoyando e incentivando los estudios jurídicos innovadores y de calidad sobre las obras de arte, sus creadores y los demás intervinientes en el mundo del arte.
2. La Fundación es consciente de la amplitud que tiene el concepto de arte; por ello, con la única finalidad de perfilar, en la medida de lo razonable, el ámbito de los estudios que pretende fomentar con el Premio, cabe señalar que la presente convocatoria está dirigida a incentivar los estudios jurídicos sobre materias tales como la creación y difusión de las artes plásticas (en particular pintura, escultura y arquitectura) y de las artes audiovisuales, así como los estudios jurídicos sobre la conservación, transmisión y exhibición del patrimonio artístico. Ejemplos de temas cuyo estudio entra de lleno en el ámbito del Premio son los que se indican en el Anexo I.
3. Además de para apoyar e incentivar los estudios jurídicos innovadores y de calidad sobre el mundo del arte en general, el Premio se convoca para honrar la memoria del prestigioso abogado y mecenas del arte, Rodrigo Uría Meruéndano, Presidente del Real Patronato del Museo Nacional del Prado hasta su muerte en julio de 2007 y fundador y primer Presidente de la Fundación.
4. La presentación de un artículo al Premio implica, en todo caso, la aceptación íntegra e incondicional de las presentes bases.

Segunda.– Participantes

Podrán optar al Premio quienes así lo deseen, cualquiera que sea su nacionalidad, excluidos los miembros de la Fundación, de Uría Menéndez Abogados, S.L.P. («**Uría Menéndez**») y de Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero DU & Uría («**PPU**»), así como sus consortes y sus parientes, directos o colaterales, hasta el segundo grado.

Tercera.– Características de los artículos

1. Los artículos deberán ser originales, no divulgados y estar escritos en un idioma oficial de cualquiera de los siguientes países: España, Portugal y países de Iberoamérica. Los artículos deberán tratar el tema desde la perspectiva del Derecho aplicable en, al menos, uno de los países citados.
2. Los artículos podrán ser individuales o en colaboración y deberán tener por objeto la investigación jurídica sobre el mundo del arte. En estas bases, las referencias al autor (en singular) se entenderán hechas igualmente a los autores (en plural) y, en su caso, a los coautores, cuando proceda.
3. Los artículos deberán ajustarse a las siguientes normas de formato:
 - a) Tendrán una extensión mínima de 60 páginas y máxima de 120 páginas, tamaño DIN A4 (210 x 297 mm), a doble espacio.
 - b) La letra será del tipo Times New Roman, tamaño 12 para el texto y 10 para las notas a pie de página.
 - c) Los márgenes superior e inferior serán de 2,5 cm., y los márgenes derecho e izquierdo de 3 cm.

Cuarta.– Plazo de presentación

Los artículos se deberán presentar mediante correo electrónico antes de las 14.00 h. (hora de Madrid-España) del día 31 de octubre de 2019, conforme se indica en el apartado 1 de la base quinta. Por su parte, las cartas de acompañamiento, a las que se refiere el apartado 2 de la misma base quinta, se deberán remitir por correo oficial certificado al domicilio de la Fundación (C/ Príncipe de Vergara, número 187, 28002 Madrid, España) antes del día 31 de octubre de 2019 o ese mismo día como fecha límite. Se tomará como fecha válida de entrega la que figure como tal en la correspondiente oficina de correos.

Quinta.– Forma de presentación

1. El correo electrónico por el que se presente el artículo se dirigirá a presidencia@fundacionprofesoruria.org, de acuerdo con las siguientes reglas:
 - a) En el espacio reservado a Asunto se indicará «Premio Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte».
 - b) En el cuerpo del correo electrónico se expresará el título del artículo, el seudónimo del autor y la fecha de envío.
 - c) El artículo se adjuntará en formato pdf.
 - d) Deberá asegurarse el anonimato del autor, que no podrá ser identificado, directa ni indirectamente, por la dirección de correo electrónico remitente ni de ningún otro modo. En caso de que el anonimato no quede asegurado, el artículo en cuestión quedará excluido del Premio.
 - e) Tras la recepción del pdf, y una vez comprobado que se puede abrir el fichero adjunto sin ningún problema, la Fundación enviará al remitente un correo electrónico acusando recibo del artículo. Sin este correo de respuesta, el artículo no se tendrá por presentado.
2. Además del correo electrónico, el participante deberá firmar y enviar una carta, mediante correo certificado, al domicilio de la Fundación (C/ Príncipe de Vergara, número 187, 28002 Madrid, indicando en el sobre «Premio Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte» y el título del artículo. En su interior deberá incluirse otro sobre cerrado en el que se haga constar el título del artículo, con el siguiente contenido:
 - i. El nombre y apellidos del autor, copia de su documento oficial de identidad o pasaporte, nacionalidad, profesión, dirección postal, teléfono y correo electrónico de contacto.
 - ii. El consentimiento a la divulgación del artículo, en caso de resultar premiado por el Jurado o seleccionado por la Fundación para su publicación, junto con otros artículos, en la monografía a la que se refiere el apartado 2 de la base séptima.
 - iii. La garantía de la autoría y la originalidad del artículo presentado, y de que no es copia ni modificación total o parcial de ningún otro propio o ajeno.
 - iv. La garantía (i) de que el artículo no se ha divulgado en ningún lugar del mundo; (ii) de su titularidad en exclusiva por parte del participante;

(iii) de que sobre los derechos de explotación del artículo no tienen cargas ni limitación alguna; y (iv) de que el artículo no se ha presentado a ningún otro premio o concurso pendiente de resolución. Se adjunta como Anexo II un modelo de declaración sobre los extremos indicados en los apartados ii a iv.

3. No serán aceptados los artículos y cartas de acompañamiento que no se presenten de la forma y con las condiciones establecidas en estas bases.

Sexta.– Jurado

1. En esta sexta edición el Jurado será presidido por D. Daniel Proença de Carvalho y estará compuesto, además, por D.^a. Encarnación Roca Trías, D. Miguel Satrustegui Gil-Delgado, D. Juan Cadarso Palau y D. Juan E. Cambiaso. Actuará como secretario, con voz pero sin voto, D. Agustín González García.
2. El Jurado valorará que el tema desarrollado se trate desde una perspectiva integral (legal, doctrinal y jurisprudencial). De igual modo, se valorará su carácter innovador, su calidad, el rigor científico y el interés del tema.
3. El Premio podrá ser otorgado ex aequo a dos o más artículos. Asimismo, el Premio podrá ser declarado desierto si los originales presentados no reúnen, a juicio del Jurado, los mínimos de calidad exigibles.
4. Las deliberaciones del Jurado serán secretas y sus decisiones se adoptarán por mayoría simple y serán inapelables.

Séptima.– Premios

1. El Premio será de 25.000 euros. Del importe del Premio se detraerán, en su caso, los impuestos que procedan según la legislación aplicable.
2. El artículo premiado, junto con otros artículos elegidos por la Fundación, una vez oído el Jurado, serán publicados en una monografía de Derecho del Arte (la «Monografía») que será editada por la Fundación en solitario o junto con una prestigiosa editorial jurídica designada por la Fundación.

Octava.– Comunicación del fallo y entrega del Premio

1. El fallo del Premio tendrá lugar no más tarde del día 28 de febrero de 2020 y se le dará publicidad a través de la página web de la Fundación.
2. La Fundación mantendrá absolutamente confidencial la identidad de los autores de los artículos no premiados ni elegidos para su publicación en la Monografía.

3. La entrega del Premio tendrá lugar en un acto público que se anunciará con antelación.

Novena.– Cesión de derechos de explotación

1. La presentación de artículos al Premio implica que los autores tanto del artículo o artículos premiados como de los artículos elegidos para su publicación en la Monografía ceden en exclusiva a la Fundación, a cambio de la remuneración prevista en el punto 7 de esta base novena, los siguientes derechos de explotación sobre dichos artículos:
 - a) Reproducción total o parcial, directa o indirecta, por cualquier sistema gráfico, analógico, electrónico, reprográfico, digital, o de cualquier otra índole;
 - b) Distribución mediante venta, alquiler, préstamo o cualquier otra forma; y
 - c) Comunicación al público por cualquier medio o procedimiento, en especial, en la modalidad de puesta a disposición del público.
2. La cesión de los derechos de explotación comprende todas las modalidades de explotación (en especial, en forma de libro en tapa dura o cartóné, tapa flexible, rústica, ediciones económicas, libro electrónico, soportes digitales, inclusión en colecciones y cualesquiera otras modalidades conocidas en este momento) y medios de difusión conocidos en el momento del otorgamiento del Premio, en todos los países del mundo y durante todo el plazo de protección de los derechos de propiedad intelectual establecido en la legislación española.
3. La Fundación podrá efectuar directamente la explotación de los derechos sobre el artículo o artículos premiados y sobre los artículos elegidos para su publicación en la Monografía o bien suscribir con terceros, en exclusiva o no, los acuerdos que resulten precisos para posibilitar la mejor explotación de los citados artículos en las diversas modalidades en cualquier país del mundo.
4. Los autores del artículo o artículos premiados y de los artículos elegidos para su publicación en la Monografía se obligan a suscribir el oportuno contrato de edición según los términos expuestos en estas bases y en la legislación española de propiedad intelectual. Asimismo, se obligan a suscribir cuantos contratos y documentos sean necesarios para la protección de los derechos de explotación cedidos a favor de la Fundación y para la inscripción de la(s) obra(s) en los Registros de la Propiedad

Intelectual de los países donde sea comercializada. De no formalizarse el contrato de edición, por cualquier circunstancia, el contenido de las presentes bases tendrá la consideración de contrato de cesión de derechos entre la Fundación y los autores de los artículos.

5. La Fundación podrá efectuar una primera edición de la Monografía (por tanto, del artículo o artículos premiados y de los elegidos para su publicación) con un mínimo de quinientos (500) y un máximo de tres mil quinientos (3.500) ejemplares, con las reimpresiones que, dentro de dichos totales, libremente decida.
6. Las ediciones sucesivas que sigan a la primera, y que comprenderán iguales mínimos y máximos que los señalados para cada caso, serán libremente determinadas por la Fundación.
7. De los ejemplares vendidos en la primera o sucesivas ediciones de la Monografía, ya sea en formato papel o en formato electrónico, la Fundación o, en su caso, la editorial elegida para que realice su publicación, satisfará al conjunto de los autores de los artículos publicados, el cincuenta por ciento (50%) de los ingresos netos que se obtengan por la venta de la Monografía. Son «ingresos netos» las cantidades obtenidas por la editorial y, en su caso, por la Fundación, provenientes de las ventas de mercado, menos el IVA y menos los descuentos aplicados. El citado importe será dividido por partes iguales entre todos los autores (salvo en el caso de los coautores de un mismo artículo, en cuyo supuesto, la parte correspondiente al artículo en cuestión será dividida a prorrata entre todos ellos).
8. La Fundación se compromete a respetar el derecho moral de los autores sobre sus artículos.

Décima.– Autorización para el uso de datos personales

El autor del artículo o artículos premiados y los autores de los artículos elegidos para su publicación en la Monografía autorizan expresamente a la Fundación y, en su caso, al editor o coeditor de la Monografía a utilizar sus nombres y su imagen, a los solos efectos de promocionar el Premio y la Monografía.

Décimo primera.– Devolución de originales

Los originales de los artículos que no vayan a publicarse en la Monografía serán conservados por la Fundación durante seis meses, a contar desde la fecha del fallo, plazo durante el cual podrán ser reclamados por sus autores. Transcurrido dicho plazo, los artículos podrán ser destruidos, sin más requisitos ni comunicaciones.

Décimo segunda.– Ley aplicable y tribunales competentes

Para cualquier diferencia que pudiere surgir con motivo de la interpretación o aplicación de las presentes bases, el participante, con renuncia expresa a cualquier fuero personal que pudiere corresponderle, se somete a la legislación española y a los Juzgados y Tribunales de Madrid capital (España).

En Madrid a once de diciembre de dos mil dieciocho.

ANEXO I

- Régimen jurídico del patrimonio cultural en España e Iberoamérica
- El concepto jurídico de obra de arte
- Aspectos jurídicos relacionados con las obras de arte como objeto de propiedad intelectual
- Problemas jurídicos en torno a la autenticación de obras de arte
- Régimen jurídico de los contratos relacionados con obras de arte
- Problemática jurídica de la compraventa de obras de arte
- Problemática jurídica en materia de depósito y préstamo de obras de arte
- Los contratos financieros de obras de arte
- El contrato de seguro de obras de arte
- Régimen jurídico y problemas legales en torno a las subastas de obras de arte
- Aspectos jurídicos relevantes para la organización y el funcionamiento de los museos y otras instituciones culturales
- La gestión colectiva de los derechos de autor de obras de arte
- Aspectos jurídicos relevantes en la creación y la difusión digital de obras de arte
- Medidas para impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de obras de arte
- La exportación de obras de arte: régimen jurídico, procedimiento y criterios para autorizar o rechazar la exportación

- Aspectos jurídicos relativos a la recuperación de obras de arte que hayan salido de forma ilegal de un Estado
- Leyes de inmunidad frente al embargo de obras de arte
- Protección de las obras de arte en caso de conflicto armado
- Los delitos de falsificación, estafa y robo de obras de arte
- La fiscalidad y el mecenazgo en materia de obras de arte
- Problemas legales en torno al legado de los artistas

ANEXO II

MODELO DE CONSENTIMIENTO Y DECLARACIÓN DE GARANTÍA DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD

D./D.^a. [•••], mayor de edad, con documento de identidad n.º [•••] y domicilio en [•••] (el «**Autor**») autoriza a la Fundación Profesor Uría (la «**Fundación**») la divulgación de su artículo titulado [•••] (el «**Artículo**») en el caso de que resulte premiado o elegido para su publicación, junto con otros artículos, en la Monografía a la que se refieren las bases del Premio Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte (el «**Premio**»).

El Autor responde de la autoría y originalidad del Artículo que, según declara, no se ha divulgado, no está sometido a ningún otro concurso o premio ni es copia, parcial o total, de ninguna otra obra preexistente.

Asimismo, el Autor declara que es propietario o controla, completamente y en exclusiva, los derechos de propiedad intelectual del Artículo en todo el mundo, y tiene derecho y capacidad para ceder los citados derechos a la Fundación en los términos indicados en las bases del Premio, no existiendo ningún contrato, acuerdo, compromiso o impedimento legal de tipo alguno que entre en conflicto con esa cesión de derechos o que pudiera limitar en modo alguno, restringir o impedir el ejercicio de los derechos cedidos a la Fundación.

Igualmente, el Autor declara y garantiza que el Artículo no infringe los derechos reconocidos por la ley a terceras personas y, en especial, los derechos de propiedad intelectual, los derechos de propiedad industrial, y el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen.

Y para que así conste, firma en [•••] a [•••].

Convocatória do Prémio Rodrigo Uría Meruéndano de Direito da Arte

BASES

Primeira.– Objeto da convocatória

1. A Fundação Professor Uría (a «**Fundação**») convoca a sexta edição do **Prémio Rodrigo Uría Meruéndano de Direito da Arte** (o «**Prémio**») com o objetivo de continuar a apoiar e a incentivar os estudos jurídicos inovadores e de qualidade sobre as obras de arte, os seus criadores e os restantes intervenientes no mundo da arte.
2. A Fundação é consciente da amplitude que tem o conceito de arte; assim, com a finalidade única de delimitar, na medida do razoável, o âmbito dos estudos que pretende fomentar com o Prémio, é de assinalar que a presente convocatória destina-se a incentivar os estudos jurídicos sobre matérias como a criação e difusão das artes plásticas (em particular a pintura, escultura e arquitetura) e das artes audiovisuais, assim como os estudos jurídicos sobre a conservação, transmissão e exibição do património artístico. Exemplos de temas cujo estudo entra plenamente no âmbito do Prémio são os que se indicam no Anexo I.
3. Além de para apoiar e incentivar os estudos jurídicos inovadores e de qualidade sobre o mundo da arte em geral, o Prémio é também convocado para honrar a memória do prestigiado advogado e mecenas da arte, Rodrigo Uría Meruéndano, Presidente do Real Patronato do Museu Nacional do Prado até à sua morte em julho de 2007 e fundador e primeiro Presidente da Fundação.
4. A candidatura de um artigo ao Prémio implica, em qualquer caso, a aceitação integral e incondicional das presentes bases.

Segunda.– Participantes

Podem concorrer ao Prémio todos aqueles que assim o desejarem, qualquer que seja a sua nacionalidade, com exceção dos membros da Fundação da Uría Menéndez Abogados, S.L.P. («**Uría Menéndez**») e da Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero DU & Uría («**PPU**»), assim como os seus cônjuges e familiares, diretos ou colaterais, até ao segundo grau.

Terceira.– Características dos artigos

1. Os artigos devem ser originais, nunca antes divulgados e redigidos na língua oficial de qualquer um dos seguintes países: Espanha, Portugal e países da Ibero-América. Os artigos deverão tratar o tema de uma perspectiva do Direito aplicável em, pelo menos, um dos citados países.
2. Os artigos podem ser individuais ou escritos em coautoria e deverão ter como objeto a investigação jurídica sobre o mundo da arte. Nestas bases, as referências ao autor (no singular) considerar-se-ão como feitas igualmente aos autores (no plural) e, se aplicável, aos coautores.
3. Os artigos deverão cumprir a seguinte formatação:
 - a) Terão uma extensão mínima de 60 páginas e máxima de 120 páginas, tamanho DIN A4 (210 x 297 mm), em espaço duplo.
 - b) A letra deverá ser do tipo Times New Roman, tamanho 12 para o texto e 10 para as notas de rodapé.
 - c) As margens superior e inferior serão de 2,5 cm, e as margens direita e esquerda de 3 cm.

Quarta.– Prazo de apresentação

Os artigos deverão ser enviados por *e-mail* antes das 14h (hora de Madrid-Espanha) do dia 31 de outubro de 2019, como se indica no ponto 1 da base quinta. Por seu lado, as cartas de acompanhamento, a que se refere o ponto 2 da mesma base quinta, deverão ser enviadas por correio registado para a sede da Fundação (C/Príncipe de Vergara, número 187, 28002 Madrid, Espanha) antes do dia 31 de outubro de 2019 ou nesse mesmo dia como data limite. Será considerada como data válida de entrega a indicada no correspondente ponto de correios.

Quinta.– Forma de apresentação

1. O *e-mail* por meio do qual se remeta o presente artigo deverá ser endereçado a presidencia@fundacionprofesoruria.org, de acordo com as seguintes regras:

- a) No espaço reservado a Assunto deverá indicar-se «Prémio Rodrigo Uría Meruéndano de Direito da Arte».
 - b) No corpo do e-mail deverá indicar-se o título do artigo, o pseudónimo do autor e a data de envio.
 - c) O artigo deverá ser anexado em formato pdf.
 - d) Deve ser assegurado o anonimato do autor que não poderá ser identificado, direta ou indiretamente, pelo endereço do e-mail remetente, nem de qualquer outro modo. Caso o anonimato não seja assegurado, o artigo em causa será excluído do Prémio.
 - e) Após a receção do pdf e uma vez verificado que se pode abrir o ficheiro anexo sem qualquer problema, a Fundação enviará ao remetente uma mensagem de e-mail acusando a receção do artigo. Sem esta mensagem de resposta, o artigo não se considerará como tendo sido apresentado.
2. Além da mensagem de e-mail, o participante deverá assinar e enviar uma carta por correio registado para a sede da Fundação (C/ Príncipe de Vergara, número 187, 28002 Madrid), indicando no envelope «Prémio Rodrigo Uría Meruéndano de Direito da Arte» e o título do artigo. Dentro do envelope deverá ser incluído um outro envelope fechado em que se faça constar o título do artigo, com o seguinte conteúdo:
- i. O nome e apelidos do autor, cópia do seu documento de identificação oficial ou passaporte, nacionalidade, profissão, morada, telefone e endereço de *e-mail* de contacto.
 - ii. O consentimento para a divulgação do artigo, caso seja premiado pelo Júri ou selecionado pela Fundação para a sua publicação, juntamente com outros artigos, na monografia a que se refere o ponto 2 da base sétima.
 - iii. A garantia da autoria e da originalidade do artigo apresentado, e de que não é cópia nem modificação total ou parcial de nenhum outro artigo próprio ou de terceiro.
 - iv. A garantia (i) de que o artigo nunca foi antes divulgado em qualquer ponto do mundo; (ii) da sua titularidade exclusiva por parte do participante; (iii) de que não há quaisquer encargos ou limitação de qualquer tipo sobre os direitos de exploração do artigo; e (iv) de que o artigo não tenha sido submetido a qualquer outro prémio ou concurso pendente de resolução. Junta-se, como Anexo III, um modelo de declaração sobre os termos indicados nas alíneas ii a iv.

3. Não serão aceites os artigos e as cartas de acompanhamento que não sejam apresentados na forma e de acordo com as condições estabelecidas nestas bases.

Sexta.– Júri

1. Nesta sexta edição, o Júri será presidido por Daniel Proença de Carvalho e será composto por Encarnación Roca Trías, Miguel Satrústegui Gil-Delgado, Juan Cadarso Palau e Juan E. Cambiaso. Será secretário, participante mas sem voto, Agustín González García.
2. O Júri valorizará que o tema desenvolvido seja tratado de uma perspetiva integral (legal, doutrinária e jurisprudencial). Do mesmo modo, será valorizado o seu carácter inovador, a sua qualidade, o rigor científico e o interesse do tema.
3. O Prémio poderá ser atribuído *ex aequo* a dois ou mais artigos. De igual forma, o Prémio pode ser declarado deserto se os originais apresentados não reunirem, no entendimento do Júri, os mínimos de qualidade exigíveis.
4. As deliberações do Júri serão secretas e as suas decisões serão tomadas por maioria simples das quais não caberá recurso.

Sétima.– Prémios

1. O prémio será de 25 000 euros. Do montante do Prémio serão deduzidos, consoante o caso, os impostos devidos segundo a legislação aplicável.
2. O artigo premiado, juntamente com outros artigos que sejam selecionados pela Fundação, uma vez pronúncia do Júri, serão publicados numa monografia de Direito da Arte (a «**Monografia**») que será editada pela Fundação individualmente ou em conjunto com uma prestigiada editora jurídica designada pela Fundação.

Oitava.– Comunicação da decisão e entrega do Prémio

1. A decisão de atribuição do Prémio realizar-se-á o mais tardar no dia 28 de fevereiro de 2020 e será publicada na página Web da Fundação.
2. A Fundação manterá absolutamente confidencial a identidade dos autores dos artigos não premiados nem selecionados para a sua publicação na Monografia.
3. A entrega do prémio terá lugar num ato público que será anunciado com a devida antecedência.

Nona.– Cessão de direitos de exploração

1. A candidatura de artigos ao Prémio implica que os autores, tanto do artigo ou artigos premiados, como dos artigos selecionados para a sua publicação na Monografia, cedam em exclusivo à Fundação, em contrapartida da remuneração prevista no ponto 7 desta base nona, os seguintes direitos de exploração sobre os referidos artigos:
 - a) Reprodução total ou parcial, direta ou indireta, por qualquer sistema gráfico, analógico, eletrónico, reprográfico, digital, ou de qualquer outra índole;
 - b) Distribuição mediante venda, aluguer, empréstimo ou qualquer outra forma;
 - c) Comunicação ao público por qualquer meio ou procedimento, em especial, na modalidade de colocação à disposição do público.
2. A cessão dos direitos de exploração compreende todas as modalidades de exploração (em especial, em forma de livro de capa dura ou cartão, capa flexível, rústica, edições económicas, livro eletrónico, suportes digitais, inclusão em coleções e quaisquer outras modalidades conhecidas neste momento) e meios de difusão conhecidos no momento da atribuição do Prémio, em todos os países do mundo e durante o prazo de proteção de direitos de propriedade intelectual estabelecido na legislação espanhola.
3. A Fundação poderá efetuar diretamente a exploração dos direitos sobre o artigo ou artigos premiados e sobre os artigos selecionados para a sua publicação na Monografia ou, bem assim, celebrar com terceiros, em exclusivo ou não, os acordos que sejam necessários para permitir a melhor exploração dos referidos artigos nas diversas modalidades, em qualquer país do mundo.
4. Os autores do artigo ou artigos premiados e dos artigos selecionados para a sua publicação na Monografia obrigam-se a celebrar oportunamente o contrato de edição nos termos expostos nestas bases e na legislação de Propriedade Intelectual espanhola. Do mesmo modo, obrigam-se a subscrever os contratos e documentos que sejam necessários para a proteção dos direitos de exploração cedidos a favor da Fundação e para a inscrição da(s) obra(s) nos Registos de Propriedade Intelectual dos países onde seja comercializada. Caso não seja formalizado o contrato de edição, por qualquer circunstância, o conteúdo das presentes bases será considerado como contrato de cessão de direitos entre a Fundação e os autores dos artigos.

5. A Fundação poderá efetuar uma primeira edição da Monografia (portanto, do artigo ou artigos premiados e dos artigos selecionados para publicação) com um mínimo de quinhentos (500) e um máximo de três mil e quinhentos (3500) exemplares, com as reimpressões que, dentro destes totais, livremente decida.
6. As edições sucessivas que se sigam à primeira, e que compreenderão mínimos e máximos iguais aos assinalados para cada caso, serão livremente determinadas pela Fundação.
7. De entre os exemplares vendidos na primeira ou em sucessivas edições da Monografia, seja em formato papel ou eletrónico, a Fundação, ou caso se aplique, a editora escolhida para a sua publicação atribuirá ao conjunto dos autores dos artigos publicados, cinquenta por cento (50%) da receita líquida obtida com a venda da Monografia. São consideradas «receitas líquidas» as quantias obtidas pela editora e, caso se aplique, pela Fundação, provenientes das vendas de mercado deduzidas do IVA e dos descontos aplicados. O montante referido será dividido em partes iguais entre todos os autores (salvo no caso dos coautores de um mesmo artigo, em cujo caso a parte correspondente ao artigo em questão será dividida *pro rata* entre todos eles).
8. A Fundação compromete-se a respeitar o direito moral dos autores sobre os seus artigos.

Décima.– Autorização para o uso de dados pessoais

O autor do artigo ou artigos premiados e os autores dos artigos selecionados para a sua publicação na Monografia autorizam expressamente a Fundação e, caso se aplique, o editor ou o coeditor da Monografia a utilizar os seus nomes e a sua imagem, para efeitos exclusivos de promoção do Prémio e da Monografia.

Décima primeira.– Devolução de originais

Os originais dos artigos que não irão ser publicados na Monografia serão conservados pela Fundação durante seis meses, a contar da data da decisão de atribuição do Prémio, prazo durante o qual poderão ser reclamados pelos seus autores. Decorrido o referido prazo, os artigos poderão ser destruídos, sem mais requisitos ou comunicações.

Décima segunda.– Lei aplicável e tribunais competentes

Para qualquer divergência que possa surgir em resultado da interpretação ou aplicação das presentes bases, o participante, com renúncia expressa a qualquer

foro pessoal que possa corresponder-lhe, submete-se à legislação espanhola e aos tribunais de Madrid (Espanha).

Madrid, a onze de dezembro de dois mil e dezoito.

ANEXO I

- Regime jurídico do património cultural em Espanha e na Ibero-América
- O conceito jurídico de obra de arte
- Aspetos jurídicos relacionados com as obras de arte como objeto de propriedade intelectual
- Problemas jurídicos relacionados com a autenticação de obras de arte
- Regime jurídico dos contratos relacionados com obras de arte
- Problemática jurídica da compra e venda de obras de arte
- Problemática jurídica em matéria de depósito e empréstimo de obras de arte
- Os contratos financeiros de obras de arte
- O contrato de seguro de obras de arte
- Regime jurídico e problemas legais relacionados com os leilões de obras de arte
- Aspetos jurídicos relevantes para a organização e o funcionamento dos museus e outras instituições culturais
- A gestão coletiva dos direitos de autor de obras de arte
- Aspetos jurídicos relevantes na criação e na divulgação digital de obras de arte
- Medidas para impedir a importação, a exportação e a transferência de propriedade ilícitas de obras de arte
- A exportação de obras de arte: regime jurídico, procedimento e critérios para autorizar ou recusar a exportação
- Aspetos jurídicos relativos à recuperação de obras de arte que tenham saído de forma ilegal de um estado

- Leis de imunidades perante o embargo de obras de arte
- Proteção das obras de arte em caso de conflito armado
- Os crimes de falsificação, burla e roubo de obras de arte
- A fiscalidade e mecenato em matéria de obras de arte
- Problemas legais relacionados com o legado dos artistas

ANEXO II

MODELO DE CONSENTIMENTO E DECLARAÇÃO DE GARANTIA DE AUTORIA E ORIGINALIDADE

[•••], maior, titular do documento de identificação n.º [•••] e residente em [•••] (o «**Autor**») autoriza a Fundação Professor Uría (a «**Fundação**») a divulgar o seu artigo intitulado [•••] (o «**Artigo**») caso este seja premiado ou selecionado para a sua publicação, juntamente com outros artigos, na Monografia a que se referem as bases do Prémio Rodrigo Uría Meruéndano de Direito da Arte (o «**Prémio**»).

O Autor responsabiliza-se pela autoria e originalidade do Artigo que, segundo declara, nunca foi divulgado, não está submetido a nenhum outro concurso ou prémio nem é cópia, parcial ou total, de nenhuma outra obra pré-existente.

O Autor declara, também, que é proprietário ou controla, de modo completo e em exclusivo, os direitos de propriedade intelectual do Artigo em todo o mundo, e tem direito e capacidade para ceder os referidos direitos à Fundação nos termos indicados nas bases do Prémio, não existindo qualquer contrato, acordo, compromisso ou impedimento legal de tipo algum que conflitue com essa cessão de direitos ou que possa de algum modo limitar, restringir ou impedir o exercício dos direitos cedidos à Fundação.

O autor declara e garante igualmente que o Artigo não viola os direitos reconhecidos pela lei a terceiros e, em especial, os direitos de propriedade intelectual, os direitos de propriedade industrial, e o direito à honra, à intimidade e à própria imagem.

E para que assim conste, assina em [•••] de [•••].