

ANUARIO IBEROAMERICANO DE DERECHO  
DEL ARTE 2021

## Consejo Editorial

Encarnación ROCA TRÍAS (presidenta)  
*Catedrática de Derecho Civil.*

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.*

Agustín GONZÁLEZ GARCÍA (vocal)  
*Abogado. Patrono de la Fundación Profesor Uría.*

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:*

José MASSAGUER FUENTES  
*Catedrático de Derecho Mercantil (Universidad de Murcia)*

### *REVISOR TEXTUAL:*

José Antonio GONZÁLEZ SALGADO  
*Asesor lingüístico (Uría Menéndez)*

FUNDACIÓN PROFESOR URÍA

# ANUARIO IBEROAMERICANO DE DERECHO DEL ARTE 2021



CIVITAS



THOMSON REUTERS

Primera edición, 2022



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.

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

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

Civitas es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2022 Thomson Reuters (Legal) Limited/Fundación Profesor Uría

© Portada: Fundación Profesor Uría.

Editorial Aranzadi, S.A.U.

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISSN: 978-84-1125-560-8

DL NA 1353-2015

*Printed in Spain. Impreso en España*

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.

Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL

Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11

31013 – Pamplona

# Anuario iberoamericano de derecho del arte 2021

## I. OBJETIVO, TEMÁTICA Y DESTINATARIOS

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](mailto:anuario@fundacionprofesoruria.org)).

Junto con la sección doctrinal (“Estudios”) el *Anuario* incorpora otras cuatro secciones fijas: (i) “Legislación”, que 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 las 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 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 entorno 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 relacionados con el 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.

## II. NORMAS 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 estos 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 Uría<sup>1</sup>, lleva a cabo la selección del trabajo premiado sobre la base de un perfecto anonimato. La valoración de los trabajos no premiados 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*.

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

## 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](mailto: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 esta 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 del trabajo por el Consejo Editorial, esta 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 esta 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 esta 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.

En el supuesto de 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.

### III. PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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:

## NIVELES DE TÍTULOS

Los niveles de títulos de apartados y subapartados 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 Y MAYÚSCULA**
- 1.1 Nivel 3 Dos números arábigos y negrita**
- A. Nivel 4 Letra minúscula y cursiva*
- a) Nivel 5 Letra minúscula y redonda*

## 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. 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. 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. Derechos de Autor y Derechos Conexos en los umbrales del año 2000* (coord. Antonio Delgado Porras), 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.º 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.º 8 (mayo-agosto 2001), pp. 9-24.

ÍNDICE DE 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                                        |
| ibid.           | <i>ibidem</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.º             | número                                           |
| <i>op. cit.</i> | <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.         | véase/ <i>vide</i>                               |
| vol.            | volumen                                          |
| vs.             | versus, contra                                   |



# Índice General

Página

|                                               |    |
|-----------------------------------------------|----|
| PRÓLOGO .....                                 | 31 |
| ANTÓNIO GOMES DE PINHO                        |    |
| PROFESOR RAMÓN CASAS <i>IN MEMORIAM</i> ..... | 37 |
| CARLES VENDRELL CERVANTES                     |    |

## ESTUDIOS

|                                                                                                                                           |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| ARTE(FICIAL): OBRAS CRIADAS POR INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL<br>E OS SEUS IMPACTOS NO CONCEITO DE OBRA DE ARTE E DE<br>DIREITOS DE AUTOR ..... | 43 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

|                                                                                                                       |  |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|
| ART(FICIAL): WORKS CREATED BY ARTIFICIAL INTELLIGENCE<br>AND THEIR IMPACTS ON THE CONCEPT OF ARTWORK AND<br>COPYRIGHT |  |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|

|                                                                                |    |
|--------------------------------------------------------------------------------|----|
| PAULA DE CASTRO SILVEIRA                                                       |    |
| I. <b>Introdução</b> .....                                                     | 48 |
| 1. <i>Problemática jurídica</i> .....                                          | 51 |
| 2. <i>Contextualização dogmática</i> .....                                     | 52 |
| II. <b>Conceito de “obra” de arte</b> .....                                    | 54 |
| 1. <i>No direito europeu</i> .....                                             | 54 |
| 1.1. Originalidade .....                                                       | 54 |
| 2. <i>No direito português</i> .....                                           | 56 |
| 2.1. Criação Intelectual .....                                                 | 56 |
| 2.2. Exteriorização .....                                                      | 59 |
| III. <b>Proteção conferida pelo direito português no direito de autor</b> .... | 61 |
| 1. <i>Atribuição do direito de autor</i> .....                                 | 61 |
| 1.1. Regra Geral: Autoria .....                                                | 61 |

|                                                                                      | <i>Página</i> |
|--------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| 1.2. Autoria <i>vs.</i> Titularidade Coletiva .....                                  | 63            |
| 1.3. Autoria <i>vs.</i> Titularidade Contratual .....                                | 67            |
| 2. <i>Efeitos da atribuição de direitos de autor</i> .....                           | 68            |
| 2.1. Direitos patrimoniais .....                                                     | 68            |
| 2.2. Direitos pessoais .....                                                         | 70            |
| 2.3. Direitos independentes do direito de autor .....                                | 71            |
| 2.4. Direitos especiais no caso de “Obras de Arte” .....                             | 71            |
| <b>IV. Conceito de “inteligência artificial”</b> .....                               | <b>73</b>     |
| 1. <i>Noção</i> .....                                                                | 73            |
| 2. <i>Componentes fundamentais da IA</i> .....                                       | 77            |
| 2.1. Algoritmo ( <i>software</i> ) .....                                             | 77            |
| 2.2. <i>Hardware</i> .....                                                           | 78            |
| 2.3. Base de dados .....                                                             | 79            |
| 3. <i>Métodos utilizados nas aplicações de IA</i> .....                              | 80            |
| 3.1. Machine Learning .....                                                          | 80            |
| 3.2. Deep Neural Networks (DNN) .....                                                | 80            |
| <b>V. Direito de autor &amp; “obras criadas por IA”</b> .....                        | <b>82</b>     |
| 1. <i>Antecedentes: “obras geradas por computador”</i> .....                         | 82            |
| 2. <i>Obras criadas por IA no direito português</i> .....                            | 86            |
| <b>VI. Criação “artificial” e a sua proteção no âmbito do direito de autor</b> ..... | <b>89</b>     |
| 1. <i>Desumanização do conceito de obra</i> .....                                    | 89            |
| 2. <i>Hipótese 1: personalidade jurídica eletrônica</i> .....                        | 93            |
| 3. <i>Hipótese 2: extensão da proteção dos programas de computador</i> .....         | 98            |
| <b>VII. Conclusão: do direito de autor <i>de iure constituendo</i></b> .....         | <b>100</b>    |
| <b>VIII. Bibliografia</b> .....                                                      | <b>101</b>    |



|                                                                                                                                   |            |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>LAS FALLAS DE VALENCIA COMO PARADIGMA DE OBRA PLÁSTICA EFÍMERA Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS ASOCIADAS A ESTA NATURALEZA .....</b> | <b>105</b> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|

**LAS FALLAS DE VALENCIA AS A PARADIGM OF EPHEMERAL PLASTIC WORK AND LEGAL CONSEQUENCES ASSOCIATED WITH THIS NATURE**

ARTURO IBORRA PERALES

|                                                                                                               |            |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>I. Introducción: las fallas .....</b>                                                                      | <b>112</b> |
| 1. <i>Origen y breve historia de la festividad .....</i>                                                      | 112        |
| 2. <i>Simbología .....</i>                                                                                    | 113        |
| 3. <i>Expresiones culturales y manifestaciones artísticas .....</i>                                           | 115        |
| <b>II. Las obras objeto de análisis .....</b>                                                                 | <b>116</b> |
| 1. <i>La autoría de las obras .....</i>                                                                       | 116        |
| 1.1. <i>La Ciutat Fallera .....</i>                                                                           | 116        |
| 1.2. <i>Premisas legales y régimen jurídico de la autoría .....</i>                                           | 118        |
| 1.3. <i>Consecuencias jurídicas sobre la autoría en colaboración .....</i>                                    | 121        |
| 1.4. <i>¿La falla como obra colectiva? .....</i>                                                              | 121        |
| 1.5. <i>La dinámica jurídica habitual .....</i>                                                               | 122        |
| 1.6. <i>Contrato de trabajo y derechos de autor. Los derechos de los autores asalariados .....</i>            | 122        |
| 2. <i>Las obras plásticas: los ninots .....</i>                                                               | 123        |
| 2.1. <i>Tipos de fallas según su evolución artística .....</i>                                                | 123        |
| 2.2. <i>Materiales empleados .....</i>                                                                        | 124        |
| 3. <i>Las obras literarias: los poemas .....</i>                                                              | 125        |
| 4. <i>Obras preparatorias: bocetos, diseños gráficos y maquetas .....</i>                                     | 126        |
| <b>III. Problemáticas y aspectos jurídicos .....</b>                                                          | <b>127</b> |
| 1. <i>Arte efímero, patrimonio cultural inmaterial y derechos de autor ....</i>                               | 127        |
| 1.1. <i>Arte efímero: definición, fundamentos y características .....</i>                                     | 127        |
| 1.2. <i>El indulto del fuego: el <i>ninot indultat</i> .....</i>                                              | 129        |
| 1.3. <i>La confluencia entre el derecho de autor y la protección del patrimonio cultural inmaterial .....</i> | 130        |

|                                                                                                                                                 | <i>Página</i> |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| 1.4. Los bienes de interés cultural inmaterial y su impacto ....                                                                                | 133           |
| 1.5. Fuentes legislativas de protección del patrimonio inmaterial valenciano .....                                                              | 133           |
| 2. <i>Cesiones de derechos y gestión colectiva</i> .....                                                                                        | 136           |
| 2.1. Tipos de derechos de PI .....                                                                                                              | 136           |
| 2.2. Formas de obtención de los derechos de PI .....                                                                                            | 137           |
| 2.3. Los derechos de explotación económica y los derechos morales .....                                                                         | 137           |
| 2.4. Los límites de cesión de derechos .....                                                                                                    | 139           |
| 2.5. La transmisión a la Comisión fallera de los derechos de explotación económica .....                                                        | 139           |
| 2.6. Licencias .....                                                                                                                            | 140           |
| 2.7. Gestión colectiva .....                                                                                                                    | 141           |
| 3. <i>La ubicación urbana de las obras falleras y su repercusión en PI</i> ....                                                                 | 141           |
| 4. <i>Las obras derivadas y los riesgos de plagio</i> .....                                                                                     | 143           |
| 4.1. ¿Qué opciones poseen los autores que han visto vulnerados sus derechos? .....                                                              | 144           |
| 5. <i>El alcance del límite de parodia</i> .....                                                                                                | 144           |
| 6. <i>El equilibrio entre la libertad de expresión artística y la salvaguarda del derecho fundamental al honor de las personas</i> .....        | 146           |
| 7. <i>Tendencias de futuro y consecuencias legales</i> .....                                                                                    | 148           |
| <b>IV. Bibliografía</b> .....                                                                                                                   | 151           |
| <br><b>APROXIMACIÓN JURÍDICA A LOS NUEVOS MODELOS DE GENERACIÓN, TRANSMISIÓN Y DISFRUTE DEL ARTE. UNA PROPOSTA DE <i>LEGE FERENDA</i></b> ..... | <br>155       |
| <b>A LEGAL FRAMEWORK FOR THE NEW MODELS OF GENERATION, TRANSMISSION AND ENJOYMENT OF ART. A “LEGE FERENDA” PROPOSAL</b>                         |               |
| ADRIAN ADRIANOV NENKOV                                                                                                                          |               |
| <b>I. Glosario</b> .....                                                                                                                        | 157           |
| <b>II. Conceptualización jurídica del arte y antecedentes históricos</b> .....                                                                  | 159           |
| <b>III. Tokenización de Piezas de arte</b> .....                                                                                                | 166           |

|                                            | <i>Página</i> |
|--------------------------------------------|---------------|
| <b>IV. Non-fungible tokens o nft .....</b> | 179           |
| <b>V. Arte generativo .....</b>            | 184           |
| <b>VI. Conclusión .....</b>                | 186           |
| <b>VII. Bibliografía .....</b>             | 189           |

|                                                                                                       |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EXPERTO EN LOS PROCESOS DE AUTENTIFICACIÓN DE OBRAS DE ARTE .....</b> | 191 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

**THE CIVIL LIABILITY OF THE EXPERT IN THE AUTHENTICATION PROCESSES OF WORKS OF ART**

LUCIANO DELGADO TERCERO

|                                                                            |     |
|----------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>I. Introducción .....</b>                                               | 193 |
| <b>II. Delimitación del concepto de experto .....</b>                      | 195 |
| <b>III. Derecho comparado .....</b>                                        | 197 |
| 1. <i>La situación en estados unidos .....</i>                             | 198 |
| 2. <i>La situación en francia .....</i>                                    | 201 |
| 3. <i>El caso de las empresas de subastas españolas .....</i>              | 205 |
| <b>IV. La figura del experto en el ordenamiento jurídico español .....</b> | 209 |
| 1. <i>Introducción .....</i>                                               | 209 |
| 2. <i>Encaje jurídico de la prestación del experto .....</i>               | 216 |
| 2.1. <i>La prestación como una obligación de medios .....</i>              | 216 |
| 2.2. <i>La prestación como un contrato de servicios .....</i>              | 223 |
| 2.3. <i>El deber de información evaluativa .....</i>                       | 227 |
| 3. <i>Una correcta lex artis del experto .....</i>                         | 229 |
| 4. <i>La responsabilidad del experto .....</i>                             | 232 |
| 4.1. <i>La acción u omisión .....</i>                                      | 233 |
| 4.2. <i>La culpa .....</i>                                                 | 235 |
| 4.3. <i>El nexo de causalidad .....</i>                                    | 236 |
| 4.4. <i>El daño .....</i>                                                  | 237 |
| 4.5. <i>Casos concretos de responsabilidad del experto .....</i>           | 238 |
| <b>V. Conclusiones .....</b>                                               | 241 |
| <b>VI. Bibliografía .....</b>                                              | 243 |

|                                                                                                                                         |            |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>EL DROIT DE SUITE O DERECHO DE PARTICIPACIÓN. ESTUDIO DE UN DERECHO CONTROVERTIDO QUE NO FAVORECE A LA COMUNIDAD ARTÍSTICA .....</b> | <b>245</b> |
| <b>DROIT DE SUITE OR ARTIST'S RESALE RIGHT: ANALYSIS OF A CONTROVERSIAL RIGHT THAT DOES NOT BENEFIT THE ARTISTIC COMMUNITY</b>          |            |
| MARÍA PÍA ITURRALDE                                                                                                                     |            |
| <b>I. Introducción .....</b>                                                                                                            | <b>248</b> |
| <b>II. El entorno del mundo del arte .....</b>                                                                                          | <b>252</b> |
| 1. <i>Los actores del mundo del arte .....</i>                                                                                          | 254        |
| 1.1. Los artistas y la galería .....                                                                                                    | 254        |
| 1.2. Las casas de remates .....                                                                                                         | 256        |
| 1.3. Los museos .....                                                                                                                   | 256        |
| 1.4. Los curadores .....                                                                                                                | 256        |
| 1.5. Los coleccionistas .....                                                                                                           | 257        |
| 1.6. Las ferias de arte .....                                                                                                           | 258        |
| 2. <i>Los mercados de obras de arte y el valor de una obra .....</i>                                                                    | 258        |
| <b>III. Evolución del <i>droit de suite</i> en las legislaciones y su implementación .....</b>                                          | <b>260</b> |
| 1. <i>Evolución .....</i>                                                                                                               | 260        |
| 2. <i>Diversas formas de implementación .....</i>                                                                                       | 264        |
| 2.1. Obras comprendidas .....                                                                                                           | 264        |
| 2.2. Inalienabilidad .....                                                                                                              | 265        |
| 2.3. Duración y beneficiarios después de la muerte del autor .....                                                                      | 266        |
| 2.4. Reventas alcanzadas y valor sobre el que se calcula el derecho: ¿sobre el total del precio o sobre la ganancia obtenida? .....     | 268        |
| 2.5. Valor mínimo para que opere el derecho y porcentual a pagar al artista .....                                                       | 269        |
| 2.6. Recaudación .....                                                                                                                  | 270        |
| 2.7. Experiencia en el cobro, administración y gestión del derecho .....                                                                | 270        |

|                                                                                                                                                                                                                                                                      | <i>Página</i> |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| <b>IV. Dificultades jurídicas del <i>droit de suite</i></b> .....                                                                                                                                                                                                    | 271           |
| 1. <i>Un derecho de autor netamente económico, pero inalienable e irrenunciable sobre un objeto físico propiedad de un tercero</i> .....                                                                                                                             | 271           |
| 1.1. Distinción entre propiedad intelectual y derecho de propiedad de una obra de arte .....                                                                                                                                                                         | 272           |
| 1.2. Derecho de autor de contenido económico pero inalienable e irrenunciable .....                                                                                                                                                                                  | 274           |
| 1.3. El <i>droit de suite</i> sobre obras no protegidas por los derechos de autor .....                                                                                                                                                                              | 274           |
| <b>V. El dogma del <i>droit de suite</i></b> .....                                                                                                                                                                                                                   | 275           |
| 1. <i>Antecedentes históricos</i> .....                                                                                                                                                                                                                              | 275           |
| 1.1. <i>El Ángelus</i> , de Millet .....                                                                                                                                                                                                                             | 277           |
| 1.2. La subasta de la colección de Scull y la obra de Robert Rauschenberg .....                                                                                                                                                                                      | 278           |
| 2. <i>Antecedentes jurídicos</i> .....                                                                                                                                                                                                                               | 279           |
| 3. <i>Las suposiciones referidas al funcionamiento del mercado del arte y la forma en que se beneficiarían los artistas</i> .....                                                                                                                                    | 281           |
| 3.1. El artista, cuando vende una obra de arte, lo hace a un valor bajo, luego la obra se valoriza y solo el adquirente e intermediarios se enriquecen .....                                                                                                         | 281           |
| 3.2. Muchos artistas llegan al mercado secundario, donde venden muchas obras. De lo contrario, no se establecería un sistema con las complejidades de implementación y administración que tiene el <i>droit de suite</i> para beneficiar a unos pocos artistas ..... | 283           |
| 3.3. ¿Es el artista es el único generador de valor de una obra de arte? ¿Repercute en su carrera y en el valor de las obras que haga a futuro si obras de su autoría se revenden a un mayor valor? ¿Cómo se establece el valor de una obra de arte? .....            | 286           |
| 4. <i>La suposición que el artista visual está en desventaja frente a otros creadores protegidos por los derechos de autor</i> .....                                                                                                                                 | 287           |
| <b>VI. Reflexiones finales</b> .....                                                                                                                                                                                                                                 | 290           |
| <b>VII. Anexo</b> .....                                                                                                                                                                                                                                              | 292           |
| <b>VIII. Bibliografía</b> .....                                                                                                                                                                                                                                      | 293           |

**LA COMERCIALIZACIÓN EN LAS PLATAFORMAS DE COMERCIO ELECTRÓNICO DE OBRAS DE ARTE FALSIFICADAS ..... 301**  
**THE TRADE ON THE ELECTRONIC COMMERCE PLATFORMS OF COUNTERFEIT WORKS OF ART**

RICARDO FABIÁN RUBIO

|       |                                                                                                              |     |
|-------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I.    | Introducción .....                                                                                           | 302 |
| II.   | Breve historia de la comercialización de obras de arte .....                                                 | 305 |
| III.  | La comercialización de obras falsificadas en las plataformas de comercio electrónico .....                   | 311 |
| IV.   | La postura legal de las plataformas de comercio electrónico .....                                            | 318 |
| V.    | Los reclamos desfavorables de las plataformas de comercio electrónico en los tribunales .....                | 322 |
| VI.   | La aplicación del <i>landlord liability</i> fundamentada por el incumplimiento del derecho de autor .....    | 327 |
| VII.  | La situación legal en argentina .....                                                                        | 332 |
| VIII. | La utilización del <i>blockchain</i> como alternativa para evitar las falsificaciones de obras de arte ..... | 338 |
| IX.   | Conclusión .....                                                                                             | 342 |
| X.    | Bibliografía .....                                                                                           | 344 |
| XI.   | Jurisprudencia .....                                                                                         | 348 |

**LA LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS EN EL MERCADO INTERIOR Y LOS LÍMITES A LA EXPORTACIÓN DE LOS BIENES INTEGRANTES DEL PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL. UNA LECTURA DE LA LPHE DESDE EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA ..... 349**

ENRIQUE ARNALDOS ORTIZ

|      |                                                                                                                                                |     |
|------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I.   | Introducción .....                                                                                                                             | 350 |
| II.  | La libre circulación de mercancías y las excepciones a la prohibición de medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas ..... | 351 |
| III. | El artículo 5 de la lphe, su aplicación y su control jurisdiccional .....                                                                      | 355 |
| IV.  | La convivencia entre el régimen establecido en el artículo 36 del tfue y en la lphe .....                                                      | 359 |

|                        | <i>Página</i> |
|------------------------|---------------|
| V. Apunte final .....  | 362           |
| VI. Bibliografía ..... | 364           |

## LEGISLACIÓN

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| ARGENTINA .....                                                                                                                                                                                                                                                                                        | 367 |
| I. Proyecto de ley que establece un régimen de protección del patrimonio cultural inmaterial en todo el territorio nacional .....                                                                                                                                                                      | 367 |
| II. Proyecto de ley que modifica su similar 12.665 –Comisión nacional de museos y de monumentos y lugares históricos–, respecto de incorporar la categoría “bienes históricos de interés nacional en el exterior” .....                                                                                | 373 |
| III. Proyecto de ley que modifica su similar 25.743 –Protección del patrimonio arqueológico y paleontológico– respecto de agravar las penas de los delitos que se cometieran por tareas no autorizadas .....                                                                                           | 376 |
| COLOMBIA .....                                                                                                                                                                                                                                                                                         | 379 |
| I. Proyecto de ley de patrimonio espeleológico .....                                                                                                                                                                                                                                                   | 379 |
| ESPAÑA .....                                                                                                                                                                                                                                                                                           | 383 |
| I. Real decreto-ley 15/2021, de 13 de julio, por el que se regula el arrendamiento de colecciones de bienes muebles integrantes del patrimonio histórico español por determinadas entidades del sector público y se adoptan otras medidas urgentes en el ámbito cultural y deportivo .....             | 383 |
| II. Reseña del real decreto-ley 15/2021, de 13 de julio, por el que se regula el arrendamiento de colecciones de bienes muebles integrantes del patrimonio histórico español por determinadas entidades del sector público y se adoptan otras medidas urgentes en el ámbito cultural y deportivo ..... | 402 |
| PERÚ .....                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 403 |
| I. Ley que modifica la ley 28296, ley general del patrimonio cultural de la nación .....                                                                                                                                                                                                               | 403 |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | <i>Página</i> |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| II. Proyecto de ley 762/2021 general de museos .....                                                                                                                                                                                                                                                                       | 411           |
| III. Proyecto de ley 763/2021 general de museos .....                                                                                                                                                                                                                                                                      | 419           |
| <br>UNIÓN EUROPEA .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | <br>447       |
| I. Reglamento de ejecución (ue) 2021/1079 de la comisión, de 24 de junio de 2021 por el que se establecen las modalidades de aplicación de determinadas disposiciones del reglamento (ue) 2019/880 del parlamento europeo y del consejo relativo a la introducción y la importación de bienes culturales .....             | 447           |
| II. Reseña del reglamento de ejecución (ue) 2021/1079 de la comisión, de 24 de junio de 2021 por el que se establecen las modalidades de aplicación de determinadas disposiciones del reglamento (ue) 2019/880 del parlamento europeo y del consejo relativo a la introducción y la importación de bienes culturales ..... | 467           |

## RESEÑAS JUDICIALES

|                          |     |
|--------------------------|-----|
| RESEÑAS JUDICIALES ..... | 473 |
|--------------------------|-----|

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) DE 28 DE OCTUBRE DE 2021. ANNA SOFÍA, CONDESA DE CARNARVON: EL TRIBUNAL SUPREMO CONDENA POR LA COMISIÓN DE UN DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA A LA CEDENTE DE UN CUADRO DE VAN DYCK QUE LE FUE ENTREGADO PARA QUE LO ANALIZARA A FIN DE TOMAR UNA DECISIÓN SOBRE SU EVENTUAL ADQUISICIÓN, POR NO HABER MEDIADO PRECIO NI CONSENTIMIENTO DE SU TITULAR PARA ARTICULAR ESA CESIÓN</i> ..... | 474 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

IRENE ORTEGA

|                                                                                                                                                                                                                                                                   |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO PENAL, DE 29 DE OCTUBRE DE 2021. EL TRIBUNAL SUPREMO CONFIRMA PARCIALMENTE LA CONDENA POR APROPIACIÓN INDEBIDA A UN PÁRROCO QUE SE APODERÓ Y DISPUSO DE BIENES RELIGIOSOS PERTENECIENTES A SUS PARROQUIAS</i> ..... | 476 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

ANTONIO MAS



|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b><i>SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO) DE 4 DE MARZO DE 2021. HEAD OF A YOUNG WOMAN: EL TRIBUNAL SUPREMO DESESTIMA LOS RECURSOS DE CASACIÓN PRESENTADOS POR EUROSHIPPING CHARTER COMPANY LIMITED (“ECD”) Y JAIME BOTÍN-SANZ DE SAUTUOLA CONTRA LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 26 DE MARZO DE 2015, QUE DESESTIMÓ EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO INTERPUESTO CONTRA LA PROHIBICIÓN DE EXPORTACIÓN DEFINITIVA DE LA OBRA</i></b> ..... | 477 |
| ANTONIO MAS                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |     |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b><i>SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ÁLAVA (SECCIÓN 2.ª) DE 26 DE ENERO DE 2021. EL GRABADO DE MOTIVOS EN PIEZAS ARQUEOLÓGICAS PARA PROMOVER SU DECLARACIÓN COMO BIENES A INSCRIBIR EN EL INVENTARIO GENERAL O EL REGISTRO DE BIENES DE INTERÉS CULTURAL SUPONE LA COMISIÓN DE UN DELITO DE FALSEDAD EN DOCUMENTO PÚBLICO POR LA FINALIDAD DE ESOS GRABADOS. PARA LA VALORACIÓN DE LOS DAÑOS COMETIDOS MEDIANTE DICHOS GRABADOS PUEDE ESTARSE AL VALOR ASEGURADO DE PIEZAS EQUIVALENTES</i></b> ..... | 479 |
| RAFAEL FERNÁNDEZ                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |     |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                  |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b><i>SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE (SECCIÓN 3.ª), DE 13 DE FEBRERO DE 2021. LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE CONDENA A LOS AUTORES DE UNOS GRAFITIS EN UN EDIFICIO DECLARADO BIEN DE INTERÉS CULTURAL POR LA COMISIÓN DE UN DELITO DE DAÑOS</i></b> ..... | 481 |
| IRENE ORTEGA                                                                                                                                                                                                                                                                     |     |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b><i>SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 19.ª) DE 11 DE FEBRERO DE 2021. RETRATOS DE CARLOS IV Y DE MARÍA LUISA DE PARMA: LA SALA CONCLUYE QUE ESTOS RETRATOS PINTADOS POR GOYA SON DE TITULARIDAD PÚBLICA Y NO DE LA EMPRESA ALTADIS S.A. (NI DE LAS ENTIDADES ANTECESORAS), QUE CUSTODIABA AMBAS OBRAS DESDE EL SIGLO XIX</i></b> ..... | 482 |
| CARMEN PASTOR                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |     |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |            |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 28.ª) DE 21 DE MAYO DE 2021. LA PLASMACIÓN EN UN CUADRO DE UN BOCETO PREVIAMENTE EJECUTADO POR OTRO ARTISTA, ASUMIENDO SU ESTILO E INSTRUCCIONES EN CUANTO A LA EJECUCIÓN DE LA OBRA, NO ES ÓBICE PARA CALIFICAR AL EJECUTOR DE ESE CUADRO COMO, AL MENOS, COAUTOR .....</b> | <b>484</b> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|

RAFAEL FERNÁNDEZ

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |            |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 14.ª) DE 19 DE JULIO DE 2021. LA RESPONSABILIDAD DE UNA CASA DE SUBASTAS QUE SUBASTÓ LIBROS QUE ESTÁN FUERA DEL COMERCIO POR SER PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL ES SUBJETIVA O CUASI OBJETIVA. NO ES EXIGIBLE UNA DILIGENCIA EXORBITANTE, FUERA DE LO COMÚN Y PRÓXIMA A LA IMPOSIBILIDAD DE PONERSE EN PRÁCTICA PARA DETECTAR EL ORIGEN ILÍCITO DE ESTOS LIBROS .....</b> | <b>485</b> |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|

CARMEN PASTOR

## RECOPILACIÓN DE BIBLIOGRAFÍA PUBLICADA EN 2021

|                                     |            |
|-------------------------------------|------------|
| <b>BIBLIOGRAFÍA 2020-2021 .....</b> | <b>491</b> |
|-------------------------------------|------------|

MARÍA LUISA MACÍAS ROMERO

## VARIA

|                                                         |            |
|---------------------------------------------------------|------------|
| <b>DE MARÍA FÉLIX AL TRÁFICO DE OBRAS DE ARTE .....</b> | <b>501</b> |
|---------------------------------------------------------|------------|

JUAN JAVIER NEGRI

|                                             |            |
|---------------------------------------------|------------|
| <b>EL “STREET ART” Y LA FILATELIA .....</b> | <b>507</b> |
|---------------------------------------------|------------|

JUAN JAVIER NEGRI

|                                                     |            |
|-----------------------------------------------------|------------|
| <b>LA “DEVOLUCIÓN” DEL TAPIZ DEL GUERNICA .....</b> | <b>513</b> |
|-----------------------------------------------------|------------|

JUAN JAVIER NEGRI

|                                                                                                                                                                             | <i><u>Página</u></i> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------|
| <b>LA TRANSICIÓN DEL ARTE CONVENCIONAL AL DIGITAL: ¿ECLOSIÓN O BURBUJA DE MERCADO? .....</b>                                                                                | 519                  |
| PAZ SOLER MASOTA                                                                                                                                                            |                      |
| <b>NIKE Y LAS ZAPATILLAS DEL DIABLO .....</b>                                                                                                                               | 531                  |
| JUAN JAVIER NEGRI                                                                                                                                                           |                      |
| <b>PORNHUB Y LOS MUSEOS DEL EROTISMO .....</b>                                                                                                                              | 537                  |
| JUAN JAVIER NEGRI                                                                                                                                                           |                      |
| <b>SE VENDEN CANCIONES AL MEJOR POSTOR .....</b>                                                                                                                            | 543                  |
| PAZ SOLER MASOTA                                                                                                                                                            |                      |
| <b>SOBRE LAS OBRAS DE ARTE NO EJECUTADAS: A PROPÓSITO DEL REPUDIO POR DONALD JUDD AL CONDE GIUSEPPE PANZA DI BIUMO, COLECCIONISTA ÁVIDO Y ABOGADO (POR MÁS SEÑAS) .....</b> | 549                  |
| PAZ SOLER MASOTA                                                                                                                                                            |                      |
| <b>UNA DEMANDA INCOHERENTE EN EL OPACO MERCADO ARGENTINO DEL ARTE .....</b>                                                                                                 | 555                  |
| JUAN JAVIER NEGRI                                                                                                                                                           |                      |

## CRÓNICA

|                                                                                                 |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>CRÓNICA DE ASUNTOS SEÑEROS DE DERECHO DEL ARTE EN 2021 .....</b>                             | 565 |
| MARÍA LUISA MACÍAS ROMERO                                                                       |     |
| <b>I. La restitución de bienes del holocausto de la colección del museo de pontevedra .....</b> | 565 |
| <b>II. Intento de subasta de una obra atribuida a caravaggio .....</b>                          | 567 |

|                                                                                                  | <i><u>Página</u></i> |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------|
| <b>BASES DE LA CONVOCATORIA DEL PREMIO RODRIGO URÍA<br/>MERUÉNDANO DE DERECHO DEL ARTE .....</b> | <b>571</b>           |
| <b>BASES DA CONVOCATÓRIA DO PRÉMIO RODRIGO URÍA MERUÉN-<br/>DANO DE DIREITO DA ARTE .....</b>    | <b>579</b>           |

*Thomson Reuters ProView. Guía de uso*

# Prólogo

Para um jurista que, a par da sua actividade profissional, tem estado envolvido na gestão de grandes projectos culturais, é um privilégio prefaciara edição de 2022 do prestigiado Anuário Iberoamericano de Derecho del Arte.

Fruto da iniciativa da Fundação Professor Uria, criada em justa homenagem a um dos mais eminentes advogado espanhóis, o Professor Rodrigo Uria Gonzalez, este Anuário recolhe um conjunto de artigos que abrangem uma grande diversidade de temas que têm em comum as incidências jurídicas do mundo cultural nas suas diversas expressões artísticas e nas múltiplas e diversificadas circunstâncias em que esse mundo toca na esfera do Direito, sejam as regulações do domínio privado ou público, sejam do foro nacional e internacional.

Uma parte significativa dos estudos que integram a presente edição, bem com as anteriores, são artigos concorrentes ao prémio “Rodrigo Uria Meruendano”, que a Fundação convoca anualmente, desde 2014, com o objectivo de incentivar a investigação jurídica de qualidade sobre o mundo da arte, no espaço Iberoamericano. Várias circunstâncias têm, ao longo das últimas décadas, contribuído para a densificação dessas relações.

Dentre elas podem destacar-se, em primeiro lugar, a globalização da produção e do consumo culturais, que implica um contacto cada vez maior dos agentes, produtores e consumidores, com várias ordens jurídicas.

É bom notar que, apesar da existência de uma crescente regulação supranacional, por exemplo, ao nível da União Europeia neste domínio, são ainda prevaletentes as ordens jurídicas de cada País, de natureza e conteúdos regulatórios muito diferenciados.

Em segundo lugar, a complexização, formalização e alongamento das relações entre os vários intervenientes, trazendo para o terreno do jurídico muitas interacções que durante séculos se processavam fora dele, de modo informal, ou, quando muito, ao abrigo de regras de boa-fé e de dimensão fundamentalmente ética.

Em terceiro lugar, a valorização, por vezes exponencial de certos bens culturais, como a escultura, a pintura, de várias épocas, e os bens arqueológicos, que implica crescentes preocupações quanto à sua autenticidade, proveniência e legitimidade das partes envolvidas na sua transacção.

Nota-se ainda, em quarto lugar, uma crescente preocupação da opinião e dos poderes públicos, reflectida nas legislações nacionais e internacionais, no sentido de perseguir os utilizadores de bens culturais para disfarçar o enriquecimento ilícito, a fuga ao fisco ou movimentos de capitais fraudulentos e de prevenir a sua ocorrência.

Finalmente, acresce a este quadro amplo, o aparecimento de novas formas de expressão artística desmaterializadas que utilizam meios virtuais, diferentes modos de propriedade e de difusão que requerem particulares cuidados na protecção dos direitos de autor e de outros direitos conexos, bem como na definição do quadro legal do direito de propriedade artística e da sua transmissão.

Por todas estas razões e por outras que a natureza deste texto introdutório não recomenda abordar, se torna evidente a oportunidade e relevância do prémio “Rodrigo Uria Meruendano” e do Anuário Iberoamericano do Derecho del Arte que reúne os trabalhos premiados e uma selecção de outros trabalhos apresentados, uns de natureza mais teórica, outros mais casuísticos, mas sempre com grande importância para a compreensão das questões suscitadas, do seu enquadramento jurídico e das soluções propostas, quer ao nível da doutrina, quer ao nível da regulamentação.

Convém ainda sublinhar que vários dos artigos que integram a presente edição assumem uma natureza eminentemente prospectiva, apontando caminhos novos para problemas emergentes, com uma preocupação actualística que, muitas vezes, falta no ensino mais tradicional do Direito. O que reforça a importância das iniciativas da sociedade civil, como a que está aqui em apreço.

É compreensível que seja para mim motivo de particular satisfação que o artigo premiado este ano e que se publica nesta edição seja de uma jurista portuguesa, a Doutora Paula de Castro Silveira, intitulado “ARTE (FICIAL) - obras criadas por inteligência artificial e seus impactos no conceito de obra de arte e de direitos de autor”. Paula Silveira é doutorada em Ciências Jurídico-Administrativas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, advogada, com várias post-graduações, e docente universitária, fazendo ainda parte, como árbitro, do Centro de Arbitragem Administrativa.

É também autora de diversos estudos relacionados com as suas áreas predominantes de intervenção.

O trabalho apresentado, centrando-se na análise da inteligência artificial, enquanto entidade criadora e não apenas como ferramenta ao serviço do artista, parte da verificação de que, apesar da sua utilização crescente na criação artística, não se avançou ainda significativamente no estudo jurídico das suas implicações. Constatando a existência de lacunas legais e doutrinárias, propõe-se a autora esboçar algumas ideias que possam preenchê-las *de jure constituendo*, de modo a ajudar à criação de novos quadros jurídicos, nomeadamente em termos de protecção dos direitos de autor, garantindo, assim, a todos os agentes envolvidos, a necessária segurança que daí resultará.

Sendo por certo discutíveis algumas das soluções propostas, não se lhes pode negar o mérito de uma fundamentação exigente e da sua coerência com os pressupostos em que a autora se baseia, movendo-se num terreno difícil onde ainda há muito a desbravar. Daí a relevância da sua contribuição e a justiça do prémio que lhe foi atribuído.

Debatendo igualmente as questões levantadas pela utilização de novas arquitecturas tecnológicas, como as “block chain” e a importância crescente dos “NFTs”, até pela sua valorização económica, o autor, Adrian Adriano Nenkov, propõe, no artigo “A legal framework for the new model of generation, transmission and enjoyment of art. A lege ferenda proposal”, uma reflexão ampla conducente a soluções que permitam enquadrar juridicamente estas novas realidades. Detectando e analisando sistematicamente as questões emergentes sobre as quais impendem dúvidas e indefinições, o autor não se furta a apresentar propostas concretas do ordenamento jurídico nacional e europeu, contribuindo, assim, para uma discussão doutrinária inadiável.

“Las fallas de Valencia como paradigma de obra plástica efímera y consecuencias jurídicas asociadas a esta naturaleza”, artigo da autoria de Arturo Iborra Perales, leva-nos a penetrar no complexo processo criativo desta obra *sua generis*, cujo destino, desde a concepção, é a sua própria destruição.

Conhecendo eu as “Fallas”, apenas na sua dimensão cultural festiva, visualmente tão impactante e que representa uma verdadeira simbiose das várias facetas da criatividade humana, com tradições antigas, a reflexão jurídica que este artigo proporciona com assinalável rigor, é uma surpreendente descoberta. Ao elencar a multiplicidade de conexões dos intervenientes no processo criativo com as várias áreas do Direito e ao propor soluções para os novos problemas decorrentes da evolução social e tecnológica, da especialização profissional e da crescente dimensão económica deste evento, o autor dá um apoio inestimável para a consolidação desta grande expressão da criatividade popular e para sua projecção no futuro.

O artigo do Professor Luciano Delgado Tercero aborda “la responsabilidad civil del experto en procesos de autenticación de obras de arte”, é um

contributo muito relevante para reforçar o papel do “experto” enquanto elemento cada vez mais importante na segurança do comércio jurídico das obras de arte. Ao clarificar a natureza do serviço prestado, permitindo identificar as razões com que muitas vezes estes agentes se confrontam, o autor define, também, os limites da sua responsabilidade civil, questão nuclear da respectiva actividade. Trata-se, pois, de um exercício de grande qualidade jurídica, mas também de uma enorme utilidade prática para quem tem a árdua mas indispensável tarefa de assegurar a autenticidade das obras de arte.

“El ‘droit de suite’ o derecho de participación. Estudio de um derecho controvertido que no favorece a la comunidad artística”, artigo da Professora Maria Pia Iturralde, tendo uma óbvia e fundamentada dimensão jurídica, aliás muito ampla, pois reflecte sobre uma multiplicidade de ordenamentos jurídicos, propõe-nos também uma verdadeira e sedutora viagem pela história da arte, revelando um profundo conhecimento, diria também, sentimento, da situação do artista no contexto da sociedade contemporânea. Defensora de uma tese clara e partindo da constatação de que “este derecho es letra muerta en la ley de la mayoría de las legislaciones de habla hispana que lo contemplan”, considera que “no sirve el propósito que persigue ya que está fundado en prejuicios e no en la evidencia, lo que muestra su inequidad, complejidad e ineficacia”.

A contundência da sua reflexão sobre este tema, já de si tão controverso, sustenta, de imediato, sentimentos de adesão ou rejeição que convocam para um debate para o qual a autora dá, sem dúvida, um importante e lúcido contributo.

“La comercialización en las plataformas de comercio electrónico de obras de arte falsificadas” por Ricardo Fabien Rubio, advogado e mestre em “Derecho Empresario”, é um artigo que aborda o problema candente do comércio de obras de arte falsificadas através das plataformas de comércio electrónico e as suas consequências negativas, sobretudo para os artistas e para os compradores. É bem verdade que estas plataformas trouxeram a possibilidade de um acesso directo e global, sem outras formas de intermediação, a um número cada vez maior de compradores com óbvias vantagens para os artistas. Porém, colocam novos problemas que o autor aborda numa perspectiva jurídica evidenciando, simultaneamente, um grande conhecimento do funcionamento do mercado da arte. As suas conclusões, bem realistas, apontam para a ausência de normas que permitam “regular determinadas situaciones de mercado”, situação superável buscando, como diz Caldani, “la integración del Derecho e Arte en una legítima integración jurídica y cultural”.

Em conclusão, gostaria de destacar a variedade, importância e actualidade dos temas tratados nos vários artigos, bem como a sua perspectiva inovadora



## PRÓLOGO

e qualidade jurídica, mas também a acessibilidade da sua leitura, mesmo para quem não seja profissional do Direito, que faz deste Anuário Iberoamericano del Derecho del Arte uma fonte de conhecimento indispensável, não apenas para juristas, mas para todos os que estão ligados aos mundo da arte e da cultura em geral. Daí a nossa gratidão á Fundação Profesor Uria e o voto de que prossiga este e outros projectos no vasto espaço político e cultural que é o mundo iberoamericano.

ANTÓNIO GOMES DE PINHO

Março de 2022



# Profesor Ramón Casas *in memoriam*

CARLES VENDRELL CERVANTES\*

El Prof. Ramón Casas Vallès (Barcelona, 1956 - Vilafranca del Penedés, 2021) solía empezar sus clases de propiedad intelectual con una cita de Paul Valéry según la cual la esencia del artista consiste en crear de la nada. No trataba de adornar el inicio del curso con una cita presuntuosa o forzosamente cierta. Al revés: era solo su manera de llamar la atención sobre la necesidad de que la aproximación jurídica al arte (y a toda disciplina relacionada con el derecho) partiera del cuestionamiento de cualquier premisa, dogma o categorías heredadas. Porque el alumno –acaso algo obnubilado inicialmente por la autoridad y belleza de la cita– asistía luego a una luminosa refutación, que enlazaba con el fundamento de la protección jurídica de la propiedad intelectual. En efecto, ningún artista puede crear de la nada. Con anterioridad a su creación, existe un bagaje cultural e intelectual formado por obras de otros artistas, que necesariamente influye en las nuevas creaciones. Y ello justifica no solo la esencial limitación temporal de la vigencia de los derechos de propiedad intelectual, sino también la importancia de contar con límites amplios y flexibles que permitan un adecuado equilibrio entre los intereses del autor y de los titulares de derechos y los del resto de la sociedad<sup>1</sup>.

La prematura y repentina pérdida del Prof. Casas el pasado 29 de octubre de 2021 deja un vacío enorme en el ámbito del derecho civil, la propiedad intelectual, el derecho del arte y en este *Anuario*, de cuyo consejo editorial formó parte desde su creación. Fue un jurista verdaderamente sabio, al que siempre le

---

\* Socio de Uría Menéndez, dedicado, entre otras materias, a la propiedad intelectual y al derecho del arte, y autor de una tesis doctoral dirigida por el Prof. Ramón Casas.

1. V., para este planteamiento en general, Ramón CASAS VALLÈS, “Digitalización de contenidos y límites a la explotación de obras en Internet”, en *Cuadernos de Derecho para Ingenieros. Ciberseguridad* (dir. R. Escudero Gallego / S. Martínez Garrido), Las Rozas, Wolters Kluwer, 2017, pp. 27 y 29-32. Para una aplicación en el ámbito del arte, R. CASAS VALLÈS, E. SÒRIA PUIG, “Grafiti, arte urbano y derecho de autor”, *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2020, pp. 39-134.

acompañó la modestia. Pero su modestia no era más que otra acertada manera de distinguir su talento y originalidad en una disciplina excesivamente plagada de expertos, números uno y ambiciosas publicaciones aparentemente imprescindibles. Su obra escrita en los ámbitos que nos ocupan –deliberadamente oculta, no pocas veces, en *meras* reseñas de jurisprudencia o entradas en un blog– es de una calidad altísima, siempre con ideas originales, que suscitaban cuestiones que nadie había sabido o querido plantear: el concepto de autoría en las publicaciones científicas<sup>2</sup> o en la obra audiovisual<sup>3</sup>, la propiedad intelectual generada en las universidades<sup>4</sup> o la propiedad intelectual de los museos<sup>5</sup> y las bibliotecas<sup>6</sup> y, en general, el sistema de límites del derecho de autor<sup>7</sup>. Más específicamente relacionado con el derecho del arte, cuestionó los lugares comunes sobre los conceptos de autor y originalidad en la creación pictórica y teatral<sup>8</sup> y en el arte aplicado<sup>9</sup>, y sobre el alcance de los derechos morales del autor de una obra arquitectónica<sup>10</sup>; contribuyó con las reflexiones más brillantes sobre la propiedad intelectual de los traductores<sup>11</sup>; expuso, como nadie lo ha hecho en el derecho europeo, el régimen jurídico del derecho de participación del artista plástico<sup>12</sup>, no solo de forma precisa y rigurosa, sino también con

2. “La ciencia va al juzgado (el caso ‘DNA antiguo’)”, *Revista de Propiedad Intelectual* (pe. i), 2004, pp. 107-135; “Autoría científica y propiedad de las investigaciones”, *Revista Española de Física*, núm. 18, 2004, pp. 107-133.
3. Entre otras, “Sentencia de la AP de Madrid, 28.ª, de 10/10/2020: caso ‘La Reina de España’”, 2021, Blog de Aladda: <http://aladda.es/sentencia-de-la-ap-de-madrid-28a-de-10-10-2020-caso-la-reina-de-espana-obra-derivada-de-obra-derivada>.
4. “Propiedad intelectual y contenidos generados en las universidades: viejos problemas ¿nuevas soluciones?”, *Diario La Ley*, núm. 7957, 2012.
5. “La propiedad intelectual en los museos”, *Museos.es*, núm. 4, 2008, pp. 76-96.
6. “Bibliotecas jurídicas y propiedad intelectual”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2005, pp. 999-1024; “El préstamo bibliotecario y su remuneración”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo 27, 2006-2007, pp. 543-554.
7. “Art. 40bis”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz), 4.ª ed., Madrid, Tecnos, 2017, pp. 791 y ss.
8. “La condición de autor: los casos Barceló y Boadella”, *Revista de Propiedad Intelectual* (pe. i), 2008, pp. 127-142.
9. “Caso Farola Latina. Sentencia de la AP de Barcelona, Sec. 15.ª, de 6 de marzo de 2020”, 2020, Blog de Aladda: <http://aladda.es/caso-farola-latina-sentencia-de-la-ap-de-barcelona-secc-15a-de-6-de-marzo-de-2020-sap-b-2644-2020-ecli-esapb20202644/>; “STJUE 11/6/2020: Caso Brompton (C-833/18). Bicicletas y derecho de autor”, 2020, Blog de Aladda: <http://aladda.es/stjue-11-6-2020-caso-brompton-c-833-18-bicicletas-y-derecho-de-autor/>.
10. “El caso Calatrava o ‘Zubi Zuri’, ¿una victoria pírrica en apelación? (Santiago Calatrava c. Ayuntamiento de Bilbao y otros)”, *Revista de Propiedad Intelectual* (pe. i), 2009, pp. 99-117.
11. “‘Las mil y una noches’ y los derechos de sus traductores. A propósito de una reciente sentencia de la sec. 15.ª de la AP de Barcelona”, 2021, Blog de Aladda: <http://aladda.es/las-mil-y-una-noches-y-los-derechos-de-sus-traductores-a-proposito-de-una-reciente-sentencia-de-la-sec-15a-de-la-ap-de-barcelona/>.
12. Entre otras publicaciones, “Ley 3/2008”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz), 4.ª ed., Madrid, Tecnos, 2017, pp. 469 y ss.

un estudio deslumbrante y ameno de sus orígenes y fundamento social y económico (nadie que le haya leído o asistido a sus clases o conferencias olvidará las ilustrativas referencias a *Un americano en París* [Vincent Minelli, 1951], a la vida de la hija de Jean François Millet [1814-1875] o a las airadas palabras del pintor Robert Rauschenberg [1925-2008] a un “*afortunado coleccionista*”<sup>13</sup>).

En sus variadas contribuciones académicas se encuentran siempre dos elementos que son clave en la obra del Prof. Casas: por un lado, el derecho europeo<sup>14</sup>, al que, ya desde hace muchos años, prestó la oportuna atención; y, por otro, el papel de la jurisprudencia y los límites del proceso de realización del derecho como oportunidad para su creación<sup>15</sup>. Siempre tuvo presente la importancia de los jueces, su difícil papel en la resolución de conflictos y la necesidad de entender sus resoluciones en el debido contexto fáctico, jurídico y emocional o intuitivo del caso<sup>16</sup>. No en vano, fue elegido para ser profesor de la Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial español durante más de diez años, tiempo en el que marcó a muchos jueces. No ha de extrañar, por ello, que uno de los primeros y más sentidos homenajes tras su lamentable fallecimiento no haya venido de la academia ni del ámbito de la propiedad intelectual, sino directamente de algunos de los mejores jueces españoles<sup>17</sup>, quienes no dudaron en expresar, con gratitud y honestidad, el mayor reconocimiento que puede recibir un jurista académico: que acudían al Prof. Casas para consultar algunos de los casos más difíciles de propiedad intelectual a los que se enfrentaron.

No han faltado otros reconocimientos de la academia (fue doctor por la Università degli Studi di Bologna, profesor titular de Derecho Civil de la Universitat de Barcelona y uno de los impulsores de la Universitat Oberta de Catalunya), del Ministerio de Cultura (ha recibido con carácter póstumo la Medalla de Oro al Mérito en las Bellas Artes) y del sector de la propiedad intelectual en España<sup>18</sup>. Su buen talante, fina ironía, inmensa cultura y amabilidad en el

13. “*I’ve been working my ass for you to make all that profit!*”.

14. V. sus exhaustivas reseñas de sentencias del TJUE y de conclusiones del AG en el blog de Aladda: <http://aladda.es/asuntos-pendientes-ante-el-tjue-estado-de-la-cuestion/>.

15. V. su excelente trabajo “Jurisprudencia y sistema de fuentes en el pensamiento de Puig Brutau”, en *La jurisprudencia como fuente del derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial* (J. Puig Brutau / E. Roca / R. Casas / V. Ferreres), Barcelona, Bosch, 2006, pp. 17-35.

16. Es memorable su “Comentario a la STS de 3 de octubre de 1996”, *CCJC*, 1997, pp. 219-227, donde compara –con gracia pero de forma muy convincente– la contradicción entre dos sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 1993 y 1994 sobre el uso no autorizado de la imagen de unos deportistas y la de la soprano Selica Pérez Carpio (1900-1984) en un cartel editado por el Instituto Nacional de las Artes Escénicas y de la Música.

17. Jornada celebrada en el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona el 21 de marzo de 2022 bajo la iniciativa, entre otros, de distintos jueces.

18. Otro sentido homenaje se produjo el pasado 14 de marzo de 2022 en la sede de la SGAE, organizado por el Instituto Autor y Aladda.

trato personal le hicieron ser ampliamente querido y respetado por todos. Fue acogido por la ortodoxia del mundo del derecho de autor en España, a pesar de que, en realidad, fue un heterodoxo.

Las sentidas y justas muestras de reconocimiento público y lamento por su pérdida han sido numerosas. En no pocas de ellas, se ha destacado, entre otros valores, su conocida generosidad en compartir su conocimiento y se ha lamentado que la Universidad o el mundo de la propiedad intelectual no siempre le reservó un sitio en la primera fila en la que siempre debió estar. Él no lo veía así o, si se prefiere, le daba absolutamente igual. Con razón: la verdadera autoridad intelectual y moral de los maestros, de aquellos que eligieron el arte de enseñar y hacer pensar, no necesita de esos reconocimientos formales<sup>19</sup>.

Su pérdida, en fin, es irreparable. A aquellos que tanto aprendimos de él nos queda recordar siempre su obra y persona, del mismo modo que sucede con la creación artística, y del mismo modo que Walter Benjamin advirtió del carácter redentor que se encuentra entre las ruinas de la historia: *“La felicidad que podríamos envidiar se encuentra solo en el aire que hemos respirado, con las personas con las que podríamos haber hablado [...]. Dicho de otro modo, en la idea de felicidad resuena inevitablemente la de redención. Ocurre otro tanto con la idea del pasado que la historia hace suya. El pasado contiene un índice secreto que lo remite a la redención. ¿Acaso no notamos un aliento del aire que rodeaba a los que nos precedieron? ¿No hay, en las voces que escuchamos, un eco de las que hoy ya han enmudecido?”*<sup>20</sup>.

Estoy convencido de que la voz de Ramón Casas Vallès, hoy tristemente apagada, resonará muchos años en los trabajos de propiedad intelectual y derecho del arte y, en particular, en los que se publiquen en este *Anuario*. Descansa en paz, maestro.

19. V. las bellas palabras del Prof. Luis Castellví Laukamp, exalumno del Prof. Casas y hoy profesor de Literatura Española en la Universidad de Manchester: <http://aladda.es/carta-de-despedida-a-ramon-casas/>.

20. Adapto la cita de Walter BENJAMIN, *Sobre el concepto d'història*, traducciones de M. Jiménez Buzzi y A. Pons, Barcelona, Flâneur, 2019, p. 31.

# Estudios





# ARTE (FICIAL): Obras criadas por Inteligência Artificial e os seus impactos no conceito de obra de arte e de direitos de autor<sup>1</sup>

## ART (FICIAL): Works created by Artificial Intelligence and their impacts on the concept of artwork and copyright

PAULA DE CASTRO SILVEIRA

*Abogada y Profesora Adjunta Convidada en el Instituto de Contabilidad y Administración de Empresas de Lisboa (ISCAL)*

*Rather than asking whether machines can be creative and produce art, the question should be, “Can we appreciate art we know has been made by a machine”.*

GERFRIED STOCKER<sup>2</sup>

### Resumen extendido

La elección del tema “Obras creadas por Inteligencia Artificial y sus impactos en el concepto de arte y derechos de autor” no es una novedad, dado que la temática de las obras creadas por ordenador ha recibido atención durante al menos cuatro décadas, más bien es fruto de la urgencia derivada del vacío legal que aún existe a pesar del actual desarrollo tecnológico en el campo de la inteligencia artificial (en adelante “IA”) y la robótica.

1. Artículo ganador de la VII edición del Premio Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte.
2. Entrevista do autor, 7 de Setembro de 2017, citado por A. I. MILLER, *The Artist in the Machine, The World Of AI-Powered Creativity*, The MIT Press, 2019, p. 263.

En 2016, el cuadro *The Next Rembrandt*, realizado por un robot que utilizó más de 100.000 fragmentos de las obras de Rembrandt, de sus propias obras, y que compuso, a través de una impresora 3D, un cuadro “original” expuesto en Ámsterdam es uno de los ejemplos que se pueden señalar del uso de la IA para la producción de obras artísticas.

Esto solo fue posible mediante el uso de un programa informático que reconoció, a partir de un algoritmo de reconocimiento facial, una serie de rasgos de las pinturas del pintor holandés Rembrandt y, con base en un algoritmo, identificó estos rasgos y generó un “nuevo” retrato, totalmente enmarcado en el estilo característico de Rembrandt, aunque en realidad no fue elaborado por él, sino a partir de un sistema automatizado basado en un *software*.

En junio de 2019, el “Robot-artista” Ai-Da, que tiene apariencia de mujer, inauguró una exposición de arte abstracto en Inglaterra. Ai-Da es el primer robot artista humanoide del mundo. Considerado el primero del tipo ultrarrealista, fue preparado para una presentación en la Universidad de Oxford y participó en una exposición con dibujos, pinturas, videoarte y esculturas. Estas “obras”, creadas de forma autónoma, utilizando un brazo robótico y una cámara incorporada, exploran las fronteras de la IA.

Se podrían señalar otros ejemplos, pero nos parece claro que hoy en día la cuestión de si la IA y la robótica pueden o no aplicarse a la creación artística está, de hecho, desactualizada. La respuesta es indudablemente positiva.

Para la temática que nos ocupa, y que engloba la relación IA versus obras de arte, el caso “Ai-Da” refleja las tensiones potencialmente derivadas del uso de sistemas de IA en la creación artística. Así, quedan sin respuesta algunas preguntas esenciales a las que la ley aún no puede responder, como, por ejemplo, ¿es de hecho una artista por derecho propio? ¿Significa esto que Ai-Da puede ser considerada la autora de las obras que crea? ¿Pueden las obras que cree ser consideradas “obras” a los efectos de la protección de los derechos de autor?

Así, crece el interés por la IA en el mundo del arte. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, se ha avanzado poco en esta materia, existiendo la creencia generalizada de que este tema es “ciencia ficción” y que no requiere un posicionamiento por parte de la ley. Ai-Da viene a destruir esta creencia y a demostrar la debilidad de la ley para dar respuesta a los nuevos problemas creados por el uso de sistemas de IA, especialmente en el campo de las artes plásticas.

El caso más reciente ha ocurrido en Inglaterra, donde el sistema legal es, como veremos, bastante diferente al portugués, donde las bases de la protección de los derechos de autor se basan en gran medida en el “valor económico de la obra”, contrariamente al sistema legal que se basa sobre todo en la “creación intelectual”. Lo cierto es que, a nuestro juicio, la ley no puede seguir

absteniéndose de pronunciarse sobre el tema de la protección, o no, de las “obras creadas por inteligencia artificial”, porque esta es, hoy, una realidad que requiere una respuesta legal: salvaguardar los derechos e intereses de los distintos actores humanos y no humanos de la actividad.

De hecho, este trabajo se centra en el análisis del uso de la IA como creadora. No analizaremos aquí la IA como herramienta ni analizaremos en detalle la protección atribuida a programas informáticos y/o bases de datos a través de derechos de autor, solo se hará referencia a ellos cuando sea necesario para enmarcar el tema de la protección legal de “obras creadas por inteligencia artificial”.

Se han planteado cuestiones similares a lo largo de los años con respecto a las obras generadas por animales y, de una manera más cercana a la realidad que ahora se trabaja, a las obras generadas por ordenador. Aunque ambos temas corren mucha tinta, la realidad es que los argumentos utilizados en uno u otro escenario siempre fueron en el sentido del rechazo total de que la “obra de arte”, protegida por derechos de autor, puede ser creada por fuente no humana.

Aquí analizaremos el tema de la siguiente manera: empezaremos con la comprensión del concepto de “obra” protegida por derechos de autor; luego, identificaremos los elementos esenciales que caracterizan al *copyright* en Portugal, así como los que caracterizan el concepto de IA. Habiendo llegado a este punto, es imperativo verificar la cobertura actual de trabajos creados por IA en el ámbito del *copyright* en Portugal. Finalmente, verificada la brecha existente, se esbozan algunas ideas que pueden ayudar a resolver el problema.

Somos plenamente conscientes de que las soluciones que iremos esbozando aquí pueden ser objeto de críticas, pero de ser así, por sí mismas, ya es posible ver la utilidad de llevar a cabo este trabajo. Lo que realmente importa en este momento es hacer que la doctrina pueda inspirar a los legisladores nacionales y europeos a avanzar hacia la búsqueda de soluciones especialmente diseñadas y/o ajustadas a esta nueva realidad y al desarrollo en el campo de la IA y la robótica, y promover e incentivar este avance tecnológico, pero garantizando la seguridad jurídica de todos los involucrados en estas actividades.

De hecho, atribuir personalidad jurídica electrónica a los sistemas de IA no resuelve aún el problema de proteger las obras creadas por ellos dentro del ámbito de los derechos de autor en Portugal. Para ello, será necesario promover una reconfiguración del derecho de autor para operacionalizar la protección jurídica conferida por la deshumanización del concepto de obra de arte y la atribución de personalidad jurídica electrónica a los sistemas de IA.

Es necesario identificar quién será el propietario en calidad de autor y a quién se le asignará el *copyright* correspondiente. Y aquí nos parece que la

única solución será atribuir la calidad de autor al sistema de IA (que, armado con personalidad jurídica electrónica, puede tener derechos y deberes). No obstante, el ejercicio de estos derechos será realizado por una persona física o jurídica, que subvenciona o financia de cualquier forma, total o parcialmente, la elaboración, conclusión, difusión o publicación de una obra creada por IA o por quienquiera que posea la propiedad del sistema de IA.

Los sistemas legales actuales no son adecuados para abordar la cuestión de cómo se deben distribuir los frutos de la creatividad de la IA. Las instituciones existentes, como la protección de la propiedad intelectual, así como las leyes de libertad de expresión y discurso de odio, no se han adaptado para cubrir situaciones en las que el creador de una producción significativa no es una persona jurídica reconocida.

Permitir que la IA posea la propiedad resolvería los problemas planteados con respecto a la propiedad de la obra de arte de la que la IA es creadora. En la medida en que los actos de creatividad relevantes se dividieran entre los humanos y la IA, los derechos de propiedad intelectual podrían compartirse en consecuencia, al igual que entre varios creadores humanos en este momento.

Parece evidente que el *copyright* necesariamente tendrá que reconfigurar sus paradigmas y evolucionar hacia la protección de las obras creadas por IA. Tendrá que desprenderse de los lazos personalistas que envuelven la figura del autor y preocuparse por la necesidad de garantizar seguridad jurídica, no solo al autor, sino también a otros innumerables aspirantes a la protección exclusiva que otorga el *copyright*.

Sin embargo, para aquellos que entienden que esta solución puede ser demasiado audaz en este momento, proponemos una segunda hipótesis de configurar el sistema de *copyright* para enmarcar las obras creadas por AI mediante la extensión de los *copyrights* atribuidos a programas informáticos y también a las obras creadas por ellos. Esta solución intermedia, a nuestro juicio, no es perfecta, ya que, como hemos visto anteriormente, los sistemas de IA están compuestos por varios elementos que en su totalidad garantizan la “autonomía” que la caracteriza. Por lo tanto, dar protagonismo únicamente al “programa informático” en algunas situaciones reduciría la capacidad real de los sistemas en cuestión.

Sin embargo, lo cierto es que en este momento ya existen obras creadas por IA que, simplemente, no obtienen ningún tipo de protección exclusiva de derechos de autor porque son obras que no se consideran “obras”. Esto ya no puede ser tolerado por la ley. Estas obras no deben ser tratadas como obras de segunda categoría, al contrario, son obras originales desarrolladas por un sistema de IA autónomo al ser humano, que resaltan su propia actividad creativa,

a pesar de ser el resultado de la IA. Por tanto, es necesario que estén protegidas en materia de *copyright*, ya sea a través de las posibles soluciones que proponemos o mediante cualquier otra forma de protección efectiva para ellas.

## Resumo

São, hoje, vários os exemplos da utilização de inteligência artificial e da robótica aplicadas à criação artística. “Ai-Da”, a robot humanoide, fez reacender as tensões potencialmente resultantes da utilização de sistemas de inteligência artificial na criação artística. Ficam, assim, por responder algumas questões essenciais às quais o direito, ainda, não consegue dar resposta, como sejam: ela é de facto uma artista por conta própria? Isso significa que Ai-Da pode ser considerada autora das obras que cria? E as obras que cria podem ser consideradas “obras” para efeitos de proteção no âmbito dos direitos de autor?

Vamos, aqui, analisar as obras criadas por inteligência artificial e os seus impactos no conceito de obra de arte e de direitos de autor.

## Palavras-chave

Arte, Obra, Inteligência Artificial, Robótica, Direito de Autor, Personalidade Jurídica.

SUMARIO: I. INTRODUÇÃO. 1. *Problemática jurídica*. 2. *Contextualização dogmática*. II. CONCEITO DE “OBRA” DE ARTE. 1. *No direito europeu*. 1.1. Originalidade. 2. *No direito português*. 2.1. Criação Intelectual. 2.2. Exteriorização. III. PROTEÇÃO CONFERIDA PELO DIREITO PORTUGUÊS NO DIREITO DE AUTOR. 1. *Atribuição do direito de autor*. 1.1. Regra Geral: Autoria. 1.2. Autoria *vs.* Titularidade Coletiva. 1.3. Autoria *vs.* Titularidade Contratual. 2. *Efeitos da atribuição de direitos de autor*. 2.1. Direitos patrimoniais. 2.2. Direitos pessoais. 2.3. Direitos independentes do direito de autor. 2.4. Direitos especiais no caso de “Obras de Arte”. IV. CONCEITO DE “INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL”. 1. *Noção*. 2. *Componentes fundamentais da IA*. 2.1. Algoritmo (*software*). 2.2. Hardware. 2.3. Base de dados. 3. *Métodos utilizados nas aplicações de IA*. 3.1. Machine Learning. 3.2. Deep Neural Networks (DNN). V. DIREITO DE AUTOR & “OBRAS CRIADAS POR IA”. 1. *Antecedentes: “obras geradas por computador”*. 2. *Obras criadas por IA no direito português*. VI. CRIAÇÃO “ARTIFICIAL” E A SUA PROTEÇÃO NO ÂMBITO DO DIREITO DE AUTOR. 1. *Desumanização do conceito de obra*. 2. *Hipótese 1: personalidade jurídica eletrónica*. 3. *Hipótese 2: extensão da proteção dos programas de computador*. VII. CONCLUSÃO: DO DIREITO DE AUTOR DE IURE CONSTITUENDO. VIII. BIBLIOGRAFIA.

## Abstract

Today, there are several examples of the use of artificial intelligence and robotics applied to artistic creation. “Ai-Da”, the humanoid robot, rekindled

the tensions potentially resulting from the use of artificial intelligence systems in artistic creation. Thus, it remains to answer some essential questions to which the law still cannot answer, such as: Is she in fact an artist on her own? Does this mean that Ai-Da can be considered the author of the works she creates? Can the works she created be considered “works” for the purpose of protection under copyright?

Here, we will analyse the art works created by artificial intelligence and their impacts on the concept of artwork and copyright.

## Keywords

Art, Work, Artificial Intelligence, Robotics, Copyright, Legal Personality.

SUMMARY: I. INTRODUCTION. 1. *Legal Issues*. 2. *Dogmatic Contextualization*. II. CONCEPT OF “WORK” OF ART. 1. *In European Law*. 1.1. Originality. 2. *In Portuguese Law*. 2.1. Intellectual Creation. 2.2. Externalization. III. PROTECTION PROVIDED BY PORTUGUESE LAW IN COPYRIGHT. 1. *Attribution of Copyright*. 1.1. General Rule: Authorship. 1.2. Authorship Vs. Collective Ownership. 1.3. Authorship Vs. Contractual Ownership. 2. *Effects of Copyright Assignment*. 2.1. Property Rights. 2.2. Personal Rights. 2.3. Rights Independent of Copyright. 2.4. Special Rights in The Case Of “Works of Art”. IV. CONCEPT OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE. 1. *Notion*. 2. *Core Ai Components*. 2.1. Algorithm (Software). 2.2. Hardware. 2.3. Database. 3. *Methods Used in AI Applications*. 3.1. Machine Learning. 3.2. Deep Neural Networks (DNN). V. COPYRIGHT & “WORKS CREATED BY IA”. 1. *Background: “Computer Generated Works”*. 2. *Works Created by IA in Portuguese Law*. VI. “ARTIFICIAL” CREATION & ITS PROTECTION UNDER COPYRIGHT. 1. *Dehumanization of The Concept of Work*. 2. *Hypothesis 1: Electronic Legal Personality*. 3. *Hypothesis 2: Extension of Protection for Computer Programs*. VII. CONCLUSION: FROM THE COPYRIGHT OF “IURE CONSTITUTING”. VIII. BIBLIOGRAPHY.

## I. INTRODUÇÃO

A escolha do tema das “Obras criadas por Inteligência Artificial e os seus impactos no conceito de arte e de direitos de autor” deve-se, não à sua novidade, dado que o tema das obras criadas por computador tem vindo a receber atenção há pelo menos quatro décadas, mas sim à urgência resultante do vazio legal (ainda) existente mesmo face ao desenvolvimento tecnológico atualmente verificado em matéria de inteligência artificial (adiante “IA”) e da robótica<sup>3</sup>.

3. J. A. VIEIRA, “Obras Geradas por Computador e Direito de Autor”, in *Direito da Sociedade da Informação*, Volume II, Coimbra Editora, 2001, pp. 113-144, p. 113; J. A. VIEIRA, “Inteligência Artificial e Direito de Autor”, in *Inteligência Artificial & Direito* (coordenação de Manuel Lopes Rocha e Rui Soares Pereira; colaboração de Ana Coimbra Trigo), Almedina, Coimbra, 2020, pp. 125-135, p. 125.

A questão dos direitos autorais em matéria de trabalhos gerados por computador remonta a MICHAEL NOLL, da Bell Labs, que criou uma das primeiras obras de arte computacional no início dos anos 60. Quando ele tentou obter os direitos autorais, a Biblioteca do Congresso Norte-Americano recusou, alegando que uma obra gerada por um computador não poderia ser considerada arte porque os computadores eram capazes, apenas, de processar números. NOLL insistiu que a produção do computador foi criada por um programa escrito por um ser humano e a Biblioteca do Congresso acabou cedendo, tornando o trabalho de NOLL a primeira peça de arte gerada por computador com direitos autorais<sup>4</sup>.

Vejam os:

Em 2016, o quadro *The Next Rembrandt*, feito por um robot que utilizou mais de 100 000 fragmentos de obras de Rembrandt, a partir das próprias obras deste, e que compôs, por meio de uma impressora 3D, um quadro “original”, exibido em Amsterdão<sup>5</sup> é um dos exemplos que se pode apontar do uso da inteligência artificial para a produção de obras artísticas<sup>6</sup>.

Isto só foi possível através da utilização de um programa de computador que reconheceu, a partir de um algoritmo de reconhecimento facial, uma série de traços das pinturas do pintor holandês Rembrandt, e com base num algoritmo identificou estes traços e gerou um “novo” retrato, mas totalmente enquadrado no estilo característico de Rembrandt a partir de um sistema automatizado com base de software<sup>7</sup>.

Em junho de 2019, a “robot-artista”, Ai-Da, que possui a aparência de uma mulher, inaugurou uma exposição de arte abstrata na Inglaterra<sup>8</sup>. Ai-Da é a primeira robot humanoide artista do mundo. Considerada a primeira do tipo ultrarrealista, foi preparada para uma apresentação na Universidade de Oxford e participou numa exposição com desenhos, pinturas, videoartes e esculturas. Estas “obras”, criadas de forma autónoma, usando um braço robótico e uma câmara embutida, exploram as fronteiras da inteligência artificial<sup>9</sup>.

4. A. I. MILLER, *The Artist in the Machine...*, *op. cit.*, p. 122.

5. D. MOURA VICENTE, “Inteligência Artificial e Iniciativas Internacionais”, in *Inteligência Artificial & Direito* (coordenação de Manuel Lopes Rocha e Rui Soares Pereira; colaboração de Ana Coimbra Trigo), Almedina, Coimbra, 2002, pp. 93-105, p. 94.

6. M. DU SAUTOY, *The Creativity Code, How AI Is Learning to Write, Paint and Think*, CPI Group, Lda, United Kingdom, 2019, pp. 126 ss.

7. J. A. VIEIRA, “Inteligência Artificial e Direito de Autor”, *op. cit.*, p. 126.

8. <https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2019/06/robo-artista-inaugura-exposicao-de-arte-abstrata-na-universidade-de-oxford.html> (última visualização 06.07.2021).

9. <https://www.sitedecuriosidades.com/curiosidade/conheca-ai-da-a-primeira-artista-robo-humanoide-do-mundo.html> (última visualização 06.07.2021).



Outros exemplos poderiam ser apontados<sup>10</sup>, mas parece-nos evidente que, hoje, a questão de saber se a inteligência artificial e a robótica podem, ou não, ser aplicadas à criação artística encontra-se, de facto, ultrapassada. A resposta é indubitavelmente positiva.

Para o tema que ora nos ocupa, e que se cinge a relação inteligência artificial *versus* Obras de Arte, o caso Ai-Da reflete as tensões potencialmente resultantes da utilização de sistemas de inteligência artificial na criação artística. Ficam, assim, por responder, algumas questões essenciais às quais o direito, ainda, não consegue dar resposta, como sejam: ela é de facto uma artista por conta própria? Isso significa que Ai-Da pode ser considerada autora das obras que cria? E as obras que cria podem ser consideradas “obras” para efeitos de proteção no âmbito dos direitos de autor?<sup>11</sup>.

Cresce, assim, o interesse pela inteligência artificial no mundo da arte<sup>12</sup>. Contudo, do ponto de vista jurídico, pouco se tem adiantado nesta matéria, havendo uma crença generalizada de que este assunto é “ficção científica” e que não carece de posicionamento por parte do direito. Ai-Da vem deitar por terra esta crença e demonstrar a fraqueza do direito para dar resposta às novas problemáticas criadas pela utilização de sistemas de IA, especialmente no campo das artes plásticas<sup>13</sup>.

Não obstante o caso mais recente ter ocorrido em Inglaterra, onde o sistema jurídico é, como veremos, bastante diferente do português e onde as bases de proteção dos direitos de autor assentam sobremaneira no “valor económico da obra”, ao contrário do sistema jurídico nacional, que assenta sobretudo na “criação intelectual”. A verdade é que, a nosso ver, o direito não pode continuar a furtar-se de tomar uma posição no que respeita à questão da proteção, ou não, das “obras criadas por inteligência artificial” –porque isso é, hoje, uma realidade que exige resposta jurídica para salvaguardar os direitos e interesses dos vários intervenientes humanos e não-humanos na atividade.

Com efeito, este trabalho concentra-se na análise do uso da inteligência artificial enquanto criadora. Não analisaremos, aqui, a inteligência artificial como ferramenta, nem analisaremos em detalhe a proteção atribuída aos próprios programas de computador e/ou bases de dados por meio de direitos de autor, apenas serão referidos quando necessários para enquadrar a problemática da proteção jurídica das “obras criadas por inteligência artificial”.

10. A. I. MILLER, *The Artist in the Machine...*, *op. cit.*, p. 119.

11. <https://www.ai-darobot.com/ai-da-home> (última visualização 06.07.2021).

12. A. I. MILLER, *The Artist in the Machine...*, *op. cit.*, p. 122.

13. Nesse sentido, H. SOUSA ANTUNES, *Direito e Inteligência Artificial*, Universidade Católica Editora, Coimbra, p. 9, escreve que “As tecnologias digitais emergentes são autores da mudança de alguns paradigmas sociais clássicos e, nesse sentido, reclamam um novo enquadramento legal que preste a confiança legitimamente devida pelos Estados e aos seus cidadãos”.



Questões similares foram já levantadas ao longo dos anos no que respeita às obras geradas por animais, e de forma mais próxima à realidade agora trabalhada, às obras geradas por computador. Apesar de ambos os temas fazerem correr muita tinta, a realidade é que os argumentos utilizados quer num, quer noutro cenário, sempre foram no sentido da total rejeição de que a “obra de arte”, protegida por direitos de autor, possa ser criada por fonte não-humana.

Analisaremos aqui a questão da seguinte forma: inicia-se com a compreensão do conceito de “obra” protegida no âmbito do direito de autor; em seguida identificam-se os elementos essenciais que caracterizam o Direito de Autor em Portugal; bem como aqueles que caracterizam o conceito de “inteligência artificial”. Chegados aqui, impõe-se a verificação da atual cobertura das obras criadas por inteligência artificial no âmbito do Direito de Autor em Portugal. Por fim, verificada a lacuna existente, esboçam-se algumas ideias que podem auxiliar a resolver a questão *de iure constituendo*.

Temos perfeita noção de que as soluções que esboçamos aqui poderão ser alvo de críticas, mas se assim for, por si só, já se vislumbra utilidade na realização deste trabalho. O que verdadeiramente importa neste momento é fazer com que a doutrina consiga inspirar o legislador nacional e europeu a mover-se no sentido de encontrar soluções especialmente desenhadas e/ou ajustadas a esta nova realidade e ao desenvolvimento no campo da inteligência artificial e robótica. Promovendo e incentivando este avanço tecnológico, mas garantindo a segurança jurídica a todos os intervenientes nestas atividades.

## 1. PROBLEMÁTICA JURÍDICA

Como referido inicialmente a questão relacionada com a atribuição de direitos de autor a obras que resultam de outras fontes de criação que não a humana não é novidade. A problemática foi já levantada relativamente a diferentes realidades, umas mais distantes do nosso caso, como as obras geradas por animais e produções da natureza, outras mais próximas, como as obras geradas por computador.

Para contextualizar, estas questões não se têm colocado meramente no campo hipotético, antes pelo contrário. É a evolução da realidade que tem obrigado a doutrina a questionar se os atuais institutos da proteção de direitos de autor devem, ou não, ser extensíveis a realidades similares e análogas.

Em junho de 2005, a leiloeira Bonhams, uma casa de leilões londrina reconhecida mundialmente por todos os setores do mercado de belas-artes, antiguidades e colecionadores abriu lances para três pinturas abstratas de têmpera produzidas por *Congo*, um chipanzé, que foram arrematadas por cerca

de 25 620 dólares, superando as previsões que avaliavam as mesmas em 1500 dólares<sup>14</sup>.

Já houve quem defendesse, por exemplo, que a forma de uma raiz de pinheiro gerada naturalmente poderia ser protegida pelo Direito de Autor<sup>15</sup>.

A situação das obras criadas por um robot fazendo uso de inteligência artificial coloca assim a questão de saber se: uma atividade totalmente automatizada, a partir de máquinas e através de um programa de computador, pode gerar uma obra de arte; se essa obra de arte será protegida por direito de autor; que tipo de proteção estará em causa; e, por fim, mas não menos importante, quem será o autor e/ou o titular desses direitos.

Do exposto, pode-se afirmar que uma exposição com “obras” criadas, apenas, por inteligência artificial, de forma autónoma, levanta uma série de questões relevantes do ponto de vista jurídico. Questões essas que evidenciam a urgência de se encontrar novas respostas jurídicas a problemas que o regime, em vigor, não consegue dar solução.

É hora de analisar a questão não só *de iure constituto*, mas sobretudo *de iure constituendo*.

## 2. CONTEXTUALIZAÇÃO DOGMÁTICA

Antes de iniciarmos a discussão jurídica relativamente às “obras criadas por inteligência artificial” e à sua eventual proteção no âmbito do Direito de Autor em Portugal, importa contextualizar e enquadrar a problemática em causa do ponto de vista dogmático.

Quando falamos em “obra de arte”, neste trabalho, referimo-nos, de forma principal, ao objeto de proteção dos direitos de autor. Como tal, a presente análise vai cingir-se a essa perspetiva. Outras poderia haver, e que não são menos importantes, como sejam a análise de obra do ponto de vista do direito das coisas, do direito fiscal, entre outros. Contudo, aqui o que nos ocupará será a compreensão da figura das “obras criadas por inteligência artificial” no âmbito da proteção conferida em Portugal ao Direito de Autor.

Com efeito, antes de mais, importa estabelecer que existem dois sistemas-base estabelecidos ao nível mundial de proteção de Direitos de Autor: o sistema

14. D. E. JOHNSON, “Statute of Anne-Imals: Should Copyright Protect Sentient Nonhuman creators?”, *Animal L.*, 15, 2008, p. 15, <https://www.animallaw.info/article/statute-anne-imals-should-copyright-protect-sentient-nonhuman-creators> (última visualização 06.07.2021).

15. J. A. VIEIRA, “Inteligência Artificial e Direito de Autor”, *op. cit.*, p. 127.

de *droit d'auteur* e o sistema de *copyright*<sup>16</sup>. Hoje, as diferenças substanciais entre estes regimes já se encontram, de facto, bastante esbatidas, sobretudo devido à adoção da Convenção de Berna relativa à proteção das obras literárias e artísticas<sup>17</sup> por parte de países que adotam o sistema de *copyright* e que, de algum modo, uniformizam algumas das soluções adotadas e padronizam a proteção atribuída no âmbito do Direito de Autor. No entanto, ainda assim, existem diferenças, que importa ter em mente antes de começar esta análise.

De forma simplificada, o sistema de *droit d'auteur* é o sistema utilizado, sobretudo, nos ordenamentos jurídicos de direito civil, patente na Europa Continental, em alguns países africanos, na América Central e na América do Sul, sendo que o sistema de *copyright* é aquele adotado nos ordenamentos jurídicos que adotam o regime de *common law*, como o Reino Unido, os Estados Unidos da América e os países da *Commonwealth*<sup>18</sup>.

Em suma, o sistema de *copyright* tem por objeto fundamental a concessão, ao autor, de prerrogativas de foro patrimonial para que este possa proceder à exploração económica da obra. Em contrapartida, o sistema de *droit d'auteur* tem por base um conceito desenvolvido pela jurisprudência francesa ao longo do século XIX, segundo o qual devem ser outorgados, ao autor, dois tipos de direitos: uns de foro patrimonial e outros de foro moral. Nesse sentido, a doutrina francesa vê o direito de autor como um direito dualista, integrando uma faceta patrimonial e uma faceta moral. Já a doutrina alemã, embora reconhecendo o pendor duplo, patrimonial e moral, do direito de autor, opta por uma conceção monista do direito de autor<sup>19</sup>.

Em Portugal, podemos dizer que vigora um sistema de *droit d'auteur*, numa vertente dualista, onde a proteção autoral, patente nas regras do Código dos Direitos de Autor e Direitos Conexos aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de março e objeto de várias alterações ao longos dos últimos anos, sendo a última operada pela Lei n.º 92/2019, de 4 de setembro, assenta na relação espiritual entre o autor e a obra, entendendo-se a obra como criação intelectual deste.

16. L. D. DUBOFF, C. A. KING, M. D. MURRAY, *Art Law in a Nutshell*, 5th Edition, West Academic Publishing, United States, 2017, pp. 199 ss.; M. E. JONES, *Art Law, A Concise Guide for Artists, Curators and Art Educators*, Rowman & Littlefield, United Kingdom, 2016, pp. 119 ss.; J. OLIVEIRA ASCENSÃO, “Direito de Autor sem Autor e Sem Obra”, in *ARS IVDICANDI, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Vol. II: Direito Privado, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 87-108, p. 88.
17. J. A. VIEIRA, “Obras Geradas por Computador e Direito de Autor”, *op. cit.*, p. 133.
18. P. KEARNS, *The Legal Concept of Art*, Hart Publishing, Oxford, 1998, p. 61; L. D. DUBOFF, C. A. KING, M. D. MURRAY, *Art Law in a Nutshell*, *op. cit.*, p. 211; P. AKESTER, *Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 27.
19. P. AKESTER, *Direito de Autor em Portugal...*, *op. cit.*, p. 27.

Esta será a nossa base de trabalho e, a partir daqui, iremos desenvolver o conceito de “obra” e os direitos a este associados no direito português, de modo a compreender de que forma as “obras criadas por inteligência artificial” poderão, ou não, estar protegidas no âmbito do mesmo.

## II. CONCEITO DE “OBRA” DE ARTE

A arte, como a vemos hoje, é uma invenção dos últimos duzentos e vinte anos. O que hoje é considerado arte, como antigos potes de barro, os frescos da Capela Sistina, etc., não era arte na época da sua criação. Os objetos que agora chamamos de arte estavam inseridos no tecido social, espiritual e político da vida cultural de pessoas distantes. Considerar esses exemplos de objetos ou desenhos como arte requer desconsiderar ou deixar de lado as diferenças entre o momento histórico e o contexto da sua formação e as nossas próprias percepções<sup>20</sup>.

Os antigos gregos referiam-se à arte no sentido mais amplo, incluindo todos os tipos de atividade humana. Havia regras e formas a serem seguidas por artesãos e artistas. Durante o período do Renascimento, o significado da arte começou a mudar e a assemelhar-se a algo mais próximo da compreensão atual das belas-artes. Abrange uma gama de buscas humanas estéticas que levam à criação de algo tangível, que pode ser utilitário ou não<sup>21</sup>.

Decidir o que é arte boa ou má está separado da definição legal de um objeto como arte e da sua proteção sob a lei de direitos autorais<sup>22</sup>.

### 1. NO DIREITO EUROPEU

#### 1.1. Originalidade

Como referimos, o conceito-base de aplicação das normas de direito de autor é o conceito de “obra”. Tanto o sistema de *copyright*<sup>23</sup> como o de *droit d’auteur* exigem que a obra seja original para que possa ser alvo de proteção jurídica<sup>24</sup>. Contudo, o significado que se atribui a este conceito diverge de país para país e, ainda, tendo em conta o sistema de proteção de direitos de autor adotado<sup>25</sup>.

20. M. E. JONES, *Art Law...*, *op. cit.*, p. xvi.

21. M. E. JONES, *Art Law...*, *op. cit.*, p. xvii-xviii.

22. P. KEARNS, *The Legal Concept of Art*, *op. cit.*, pp. 40 ss.

23. L. D. DUBOFF, C. A. KING, M. D. MURRAY, *Art Law in a Nutshell*, *op. cit.*, p. 210.

24. M. VICTÓRIA ROCHA, “Contributos para a delimitação da “Originalidade” como requisito de proteção da obra pelo Direito de Autor”, <https://www.apdi.pt/publicacoes-e-artigos/artigos-2/> (última visualização dia 06.07.2021), p. 1.

25. N. SOUSA E SILVA, “Uma Introdução ao Direito de Autor Europeu”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 2013 ([https://ptcs.pt/public/wax\\_publications/roa-nunosousaesilva.pdf](https://ptcs.pt/public/wax_publications/roa-nunosousaesilva.pdf)), p. 1365; P. AKESTER, *Direito de Autor em Portugal...*, *op. cit.*, p. 28.

Em traços gerais, no sistema de *copyright*, originalidade não é sinónimo de “novidade”. Ao invés, a obra será original se for fruto do investimento, em termos de perícia e trabalho do seu autor, de forma independente, sem ter sido copiada de outro. Alguns países que adotam este sistema acrescentam, ainda, a necessidade de um “mínimo de criatividade”, como acontece no sistema norte-americano<sup>26</sup>. Nesse caso, criatividade não é entendida como inventiva, inspirada nem engenhosa, significa apenas que seja “criada pelo autor”<sup>27</sup>.

Já no sistema de *droit d’auteur* a noção de originalidade surge intrinsecamente ligada à personalidade do autor, com independência de quaisquer considerações estéticas<sup>28</sup>.

Ao nível europeu, a controvérsia em torno do conceito de obra ganhou particular relevância aquando da aprovação da Diretiva relativa à proteção jurídica dos programas de computador. Tendo sido necessário encontrar um ponto de equilíbrio entre os regimes de influência de *copyright* ou de *droit d’auteur*.

Com efeito, a opção foi consagrar como critério único de proteção para programas de computador, a “originalidade”, colocando-se definitivamente em causa a questão da altura criativa como pressuposto de proteção da obra, assim como a clássica conceção de originalidade entendida como marca da personalidade do autor<sup>29</sup>.

Assim, o art.º 1, n.º 3, da Directiva 2009/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de abril de 2009 relativa à proteção jurídica dos programas de computador<sup>30</sup> dispõe que: “[u]m programa de computador é protegido se for original, no sentido em que é o resultado da criação intelectual do autor. Não são considerados quaisquer outros critérios para determinar a sua susceptibilidade de protecção”. (sublinhado da autora)

Neste caso, o Tribunal de Justiça da União europeia (adiante “TJUE”), pronunciou-se no Acórdão Infopaq<sup>31</sup>, esclarecendo que “[...] o direito de autor na aceção do art.º 2.º, alínea a), da Directiva 2001/29 só é susceptível de se aplicar em relação a um objecto que seja original, na aceção de que é uma criação intelectual do próprio autor”.

26. P. KEARNS, *The Legal Concept of Art*, *op. cit.*, p. 61.

27. L. D. DUBOFF, C. A. KING, M. D. MURRAY, *Art Law in a Nutshell*, *op. cit.*, p. 211.

28. P. AKESTER, *Direito de Autor em Portugal...*, *op. cit.*, p. 29; L. D. DUBOFF, C. A. KING, M. D. MURRAY, *Art Law in a Nutshell*, *op. cit.*, p. 211.

29. M. VICTÓRIA ROCHA, “Contributos para a delimitação...”, *op. cit.*, pp. 17 ss.

30. Transposta para o ordenamento jurídico português pelo DL n.º 252/94, de 20 de outubro, este alterado pela Rect. n.º 2-A/95, de 31/01, pelo DL n.º 334/97, de 27/11 e pela Lei n.º 92/2019, de 04/09.

31. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=72482&doclang=PT> (última visualização dia 22.10.2020).

Outro exemplo da preferência pelo critério da “originalidade”<sup>32</sup>, no art. 3.º, n.º 1, da Directiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março de 1996, relativa à proteção jurídica das bases de dados que dispõe: “[n]os termos da presente directiva, as bases de dados que, devido à selecção ou disposição das matérias, constituam uma criação intelectual específica do respectivo autor, serão protegidas nessa qualidade pelo direito de autor. Não serão aplicáveis quaisquer outros critérios para determinar se estas podem beneficiar dessa protecção”.

Para além disso, no que respeita à proteção de fotografias, a Directiva 2006/116/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa ao prazo de proteção do direito de autor e de certos direitos conexos determinou que as fotografias podem gozar de proteção de direitos de autor e/ou através de um outro mecanismo jurídico. No entanto, estabeleceu que, para gozar de proteção por direitos de autor, as fotografias terão de ser originais, “na aceção de que são a criação intelectual do próprio autor”<sup>33</sup>. Dispõe, nesse sentido, o Considerando 16 que “[a] protecção das fotografias nos Estados-Membros é objecto de regimes diferentes. Uma obra fotográfica, na aceção da Convenção de Berna, deve ser considerada original sempre que for criação intelectual própria do respectivo autor, reflectindo a sua personalidade, sem que outros critérios, tais como o mérito ou a finalidade, sejam tomados em consideração. A protecção das outras fotografias deve poder ser regulada pela legislação nacional”.

Do exposto, resulta implícita a vontade do legislador europeu de afastar a exigência de uma certa altura criativa para que as obras mereçam proteção em sede de Direitos de Autor. O pressuposto da originalidade deverá ser considerado preenchido quando o resultado é produto da atividade intelectual do seu autor, ou seja, seja uma criação intelectual independente, tanto nos programas de computador, como nas fotografias, como ainda nas bases de dados<sup>34</sup>.

## 2. NO DIREITO PORTUGUÊS

### 2.1. Criação Intelectual

Cumpr assim, compreendida a tendência ao nível do direito europeu, perceber o que se entende por “obra” em Portugal, para em seguida verificar se o trabalho resultante de uma criação de IA poderá, ou não, ser considerado “obra” *de iure constituto*<sup>35</sup>.

32. M. VICTÓRIA ROCHA, “Contributos para a delimitação...”, *op. cit.*, pp. 17 ss.

33. N. SOUSA E SILVA, *Uma Introdução ao Direito de Autor Europeu*, *op. cit.*, p. 1366.

34. M. VICTÓRIA ROCHA, “Contributos para a delimitação...”, *op. cit.*, p. 19.

35. J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, p. 57.

Em Portugal, atualmente, encontra-se em vigor o Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (adiante “CDADC”), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de março.

O art. 1.º, n.º 1, do CDADC, dispõe que “[c]onsideram-se obras as criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico, por qualquer modo exteriorizadas, que, como tais, são protegidas nos termos deste Código, incluindo-se nessa protecção os direitos dos respectivos autores” (sublinhado da autora). Logo, daí retira-se que o objeto de proteção do direito de autor é a obra intelectual<sup>36</sup>.

Com efeito, para a doutrina dominante, o direito de autor tem como objeto “criações de espírito”/“obras intelectuais”<sup>37</sup>, conceitos que são mais ou menos tratados de forma sinónima e que visam evidenciar a ligação intrínseca entre a personalidade do autor e a obra.

Ora, isto significa que “obra” relevante para efeitos de proteção de Direitos de Autor terá de ser necessariamente uma obra humana, mais precisamente obras literárias e/ou artísticas de origem humana<sup>38</sup>.

Nesse sentido, afasta-se desde logo qualquer proteção às obras criadas por animais, resultantes da natureza (paisagens naturais), bem como às obras geradas por computador<sup>39</sup>. Enfatizando-se que “por mais sugestivos que sejam, não são obras humanas, e não podem, pois, usufruir da proteção do Direito de autor”<sup>40</sup>.

A noção de “criações intelectuais” é demasiado vasta, levantando dificuldades acrescidas e gerando, ainda, fervoroso debate doutrinário.

Para que a obra seja uma criação intelectual relevante, deve revestir “carácter criativo”, o que significa dizer que deve ser uma expressão distinta das restantes obras existentes e de qualquer realidade concreta que pretenda representar.

A criatividade irá coincidir, em sentido lato, com a novidade da obra, ou seja, a obra terá que ser “original”. Pretende-se, com isso, que a obra represente a criação de valores que se distinga, quer do património intelectual já existente, quer da realidade concreta que pretenda representar<sup>41</sup>.

Assim, de acordo com o disposto no art. 2.º, do CDADC, são “obras originais” as criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico,

36. D. REIS, A. TERESA SERAFINO, “Direito de Autor e Obra de Arte”, in *Arte e Direito, Coleção PLMJ*, Almedina, Coimbra, 2016, p. 60.

37. L. M. T. DE MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor*, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2020, p. 69.

38. D. REIS, A. TERESA SERAFINO, “Direito de Autor e Obra de Arte”, *op. cit.*, p. 61.

39. L. M. T. DE MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor*, *op. cit.*, p. 69.

40. J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, *op. cit.*, p. 57; D. REIS, A. TERESA SERAFINO, “Direito de Autor e Obra de Arte”, *op. cit.*, p. 61.

41. L. M. T. DE MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor*, *op. cit.*, p. 74.



quaisquer que sejam o género, a forma de expressão, o mérito, o modo de comunicação e o objetivo, nomeadamente:

- “a) Livros, folhetos, revistas, jornais e outros escritos;*
- b) Conferências, lições, alocações e sermões;*
- c) Obras dramáticas e dramático-musicais e a sua encenação;*
- d) Obras coreográficas e pantomimas, cuja expressão se fixa por escrito ou por qualquer outra forma;*
- e) Composições musicais, com ou sem palavras;*
- f) Obras cinematográficas, televisivas, fonográficas, videográficas e radiofónicas;*
- g) Obras de desenho, tapeçaria, pintura, escultura, cerâmica, azulejo, gravura, litografia e arquitectura;*
- h) Obras fotográficas ou produzidas por quaisquer processos análogos aos da fotografia;*
- i) Obras de artes aplicadas, desenhos ou modelos industriais e obras de design que constituam criação artística, independentemente da protecção relativa à propriedade industrial;*
- j) Ilustrações e cartas geográficas;*
- l) Projectos, esboços e obras plásticas respeitantes à arquitectura, ao urbanismo, à geografia ou às outras ciências;*
- m) Lemas ou divisas, ainda que de carácter publicitário, se se revestirem de originalidade;*
- n) Paródias e outras composições literárias ou musicais, ainda que inspiradas num tema ou motivo de outra obra”.*

Enquadrando-se no conceito de “obra original”, também, as sucessivas edições de uma obra, ainda que corrigidas, aumentadas, refundidas ou com mudança de título ou de formato, bem como as reproduções de obra de arte, embora com diversas dimensões<sup>42</sup>.

Não significa, portanto, que originalidade exija algum tipo de juízo de mérito (subjetivo), ou a aferição de quaisquer padrões de qualidade, para que seja protegida pelo direito de autor<sup>43</sup>. Em consequência, em relação às obras artísticas, não se exige o requisito da qualidade estética para que as mesmas possam ser objeto de proteção<sup>44</sup>.

42. Cfr. Art. 2.º, n.º 2, do CDADC.

43. D. REIS, A. TERESA SERAFINO, “Direito de Autor e Obra de Arte”, *op. cit.*, p. 60.

44. L. M. T. DE MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor*, *op. cit.*, p. 75.



Tão pouco se exige que a obra traduza uma determinada “individualidade”, uma vez que não se exige que a obra adquira um cunho próprio que permita identificá-la como sendo de determinado autor, mas apenas que represente um mínimo de criação por parte dele<sup>45</sup>.

Assim, ficam de fora do objeto de proteção as obras que não sejam originais, ou seja, cópias de outras obras<sup>46</sup>, bem como:

*a) As notícias do dia e os relatos de acontecimentos diversos com carácter de simples informações de qualquer modo divulgados;*

*b) Os requerimentos, alegações, queixas e outros textos apresentados por escrito ou oralmente perante autoridades ou serviços públicos;*

*c) Os textos propostos e os discursos proferidos perante assembleias ou outros órgãos colegiais, políticos e administrativos, de âmbito nacional, regional ou local, ou em debates públicos sobre assuntos de interesse comum;*

*d) Os discursos políticos*<sup>47</sup>.

No entanto, não é qualquer ideia que é protegida pelo direito de autor. O art. 1, n.º 2, do CDADC deixa expressamente consagrado que “[a]s ideias, os processos, os sistemas, os métodos operacionais, os conceitos, os princípios ou as descobertas não são, por si só e enquanto tais, protegidos nos termos deste Código”. Já as aplicações industriais das descobertas científicas podem ser protegidas através das patentes de invenção<sup>48</sup>.

Na prática, a ideia antecede sempre a obra, afinal, existe sempre uma idealização da mesma, ainda que rudimentar, antes da sua exteriorização. Esse facto será de importante relevo. A criação intelectual não pode permanecer no foro íntimo do seu criador. Tem de se exteriorizar ou manifestar por meio que seja captável pelos sentidos. Assim, a obra literária ou artística é, também, para além de uma “criação intelectual”, uma “criação intelectual exteriorizada”<sup>49</sup>.

## 2.2. Exteriorização

Em Portugal, vigora o princípio de que a obra é independente de qualquer fixação ou materialização. Existe, hoje, uma marcada distinção entre a obra imaterial e o suporte material que a comporta. Contudo, nem sempre foi assim. O art. 2.º, n.º 1, do CDADC dispõe que “[a]s criações

45. L. M. T. DE MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor*, op. cit., pp. 74-75.

46. L. M. T. DE MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor*, op. cit., p. 74.

47. Cfr. Art.º 7.º, n.º 1, al. a), CDADC.

48. J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, op. cit., p. 57.

49. J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, op. cit., pp. 60-61.

*intelectuais do domínio literário, científico e artístico, quaisquer que sejam o género, a forma de expressão, o mérito, o modo de comunicação e o objectivo, compreendem nomeadamente:*

- a) Livros, folhetos, revistas, jornais e outros escritos;*
- b) Conferências, lições, alocações e sermões;*
- c) Obras dramáticas e dramático-musicais e a sua encenação;*
- d) Obras coreográficas e pantomimas, cuja expressão se fixa por escrito ou por qualquer outra forma;*
- e) Composições musicais, com ou sem palavras;*
- f) Obras cinematográficas, televisivas, fonográficas, videográficas e radiofónicas;*
- g) Obras de desenho, tapeçaria, pintura, escultura, cerâmica, azulejo, gravura, litografia e arquitectura;*
- h) Obras fotográficas ou produzidas por quaisquer processos análogos aos da fotografia;*
- i) Obras de artes aplicadas, desenhos ou modelos industriais e obras de design que constituam criação artística, independentemente da protecção relativa à propriedade industrial;*
- j) Ilustrações e cartas geográficas;*
- l) Projectos, esboços e obras plásticas respeitantes à arquitectura, ao urbanismo, à geografia ou às outras ciências;*
- m) Lemas ou divisas, ainda que de carácter publicitário, se se revestirem de originalidade;*
- n) Paródias e outras composições literárias ou musicais, ainda que inspiradas num tema ou motivo de outra obra”.*

Na mesma senda, o art. 2.º, n.º 2, da Convenção de Berna permite expressa e genericamente o condicionamento da tutela de qualquer obra, pelas legislações nacionais, à fixação num suporte material<sup>50</sup>. Nesse sentido, caberá aos Estados, por uma questão de segurança, determinar quando se justifica, ou não, essa exigência.

Assim, em Portugal, ao contrário do sistema de *copyright*, que se foca sobremaneira na possibilidade de reprodução, e onde se exige a fixação material como condição de protecção, aqui a obra é vista como uma realidade incorpórea, pelo que a exteriorização que se requer pode ser imaterial, bastando que se revele aos sentidos.

---

50. *Ibidem*.

Nesse sentido, o art. 10.º, n.º 1, do CDADC dispõe que “[o] direito de autor sobre a obra como coisa incorpórea é independente do direito de propriedade sobre as coisas materiais que sirvam de suporte à sua fixação ou comunicação”.

Do exposto, podemos retirar algumas considerações que vão ser importantes para a continuidade da nossa análise no que concerne à caracterização da obra criada por IA como “obra” para efeitos de proteção no âmbito dos direitos de autor em Portugal.

Assim, atualmente:

- A obra pressupõe uma criação do espírito (humano).
- A existência de um suporte material não outorga direitos de autor.
- O direito de propriedade sobre o suporte material não outorga direitos de autor.

No âmbito de obras artísticas, mais especificamente no âmbito da arte plástica, a produção de suporte material será essencial para a exteriorização da ideia e, consequentemente, para a sua proteção no âmbito do quadro jurídico dos direitos de autor.

Em regra, o direito de propriedade sobre o suporte físico (*corpus mechanicum*) não se confunde com o direito de autor, que incide exclusivamente sobre a criação intelectual, enquanto bem imaterial (*corpus mysticus*)<sup>51</sup>.

No entanto, no caso das obras de arte plástica, a titularidade da obra e a propriedade do suporte material tendem a coincidir no final, dado que, por regra, estas obras são concretizadas num exemplar único, logo, a criação intelectual depende intensamente do suporte onde é exteriorizada<sup>52</sup>.

Identificado o conceito de obra, importa então compreender a quem é atribuído o direito de autor e quais são os direitos conferidos ao mesmo em Portugal. A partir daí, poderemos compreender qual o nível de relação que atualmente é possível desenvolver tendo em mente os sistemas de IA.

### III. PROTEÇÃO CONFERIDA PELO DIREITO PORTUGUÊS NO DIREITO DE AUTOR

#### 1. ATRIBUIÇÃO DO DIREITO DE AUTOR

##### 1.1. Regra Geral: Autoria

Para poder dar resposta a uma das questões essenciais colocadas neste trabalho que se prende, entre outras coisas, com a identificação da autoria e/ou

51. D. REIS, A. TERESA SERAFINO, “Direito de Autor e Obra de Arte”, *op. cit.*, p. 62.

52. D. REIS, A. TERESA SERAFINO, “Direito de Autor e Obra de Arte”, *op. cit.*, p. 60.

titularidade das obras criadas por inteligência artificial, importa, desde logo, deter uma primeira compreensão dos elementos essenciais que caracterizam o Direito de Autor em Portugal.

A maior parte dos países de tradição dualista de direito de autor, no qual Portugal se encontra, partem da regra-base de que o direito de autor pertence ao criador da obra, pessoa singular (com a adoção expressa da doutrina do criador)<sup>53</sup>.

Conforme disposto no art.º 11.º, do CDADC, “[o] *direito de autor pertence ao criador intelectual da obra, salvo disposição expressa em contrário*”, sendo, como tal, facto constitutivo do direito de autor, o ato de criação intelectual<sup>54</sup>.

A doutrina, em Portugal, tende a defender que o “*Direito de Autor tutela necessariamente criações do espírito*”<sup>55</sup>. Criações estas, que são fruto do esforço e engenho intelectual do autor e que enriquecem o panorama cultural da sociedade portuguesa<sup>56</sup>.

Oliveira Ascensão é perentório, e a restante doutrina e jurisprudência portuguesa acompanham-no, no sentido de que “*toda a obra relevante é uma obra humana*”<sup>57</sup>. Isto resulta, diretamente do art. 1.º do CDADC, que se refere a “criações intelectuais” por qualquer modo exteriorizadas, de onde se infere que, a obra protegida pelo direito de autor é sempre o resultado de uma atividade humana de criação.

Assim, a criação protegida pelo direito de autor é a criação proveniente do intelecto humano, da atividade emotiva, psicológica e espiritual do ser humano<sup>58</sup>. Logo, salvo disposição contratual em contrário, autor é o criador intelectual da obra, pertencendo-lhe o direito de autor sobre a referida obra<sup>59</sup>.

Esta conceção de que só pode haver uma criação de pessoas é a que resulta, também, da Convenção de Berna relativa à proteção das obras literárias e artísticas, na redação do Acto de Paris de 1971, modificado em 2 de outubro de 1979<sup>60</sup>.

Em Portugal, o conceito de “criação intelectual” adotado tem sido entendido como a exteriorização numa expressão literária e artística de uma atividade humana criativa.

53. N. SOUSA E SILVA, *Uma Introdução ao Direito de Autor Europeu*, *op. cit.*, p. 1349.

54. D. REIS, A. TERESA SERAFINO, “Direito de Autor e Obra de Arte”, *op. cit.*, p. 66.

55. J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, *op. cit.*, p. 57.

56. P. AKESTER, *Direito de Autor em Portugal...*, *op. cit.*, p. 53.

57. J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, *op. cit.*, p. 57.

58. J. A. VIEIRA, “Obras Geradas por Computador e Direito de Autor”, *op. cit.*, p. 133.

59. P. AKESTER, *Direito de Autor em Portugal...*, *op. cit.*, p. 53.

60. J. A. VIEIRA, “Obras Geradas por Computador e Direito de Autor”, *op. cit.*, p. 133.

A titularidade dos direitos de autor é originalmente atribuída ao seu criador intelectual, ou seja, ao autor<sup>61</sup>. Portanto, o art.º 11.º do CDADC reforça que “[o] direito de autor pertence ao criador intelectual da obra, salvo disposição expressa em contrário”. E o art. 27.º, n.º 1 do mesmo diploma acrescenta, que “[s]alvo disposição em contrário, autor é o criador intelectual da obra”.

Assim, pode dizer-se que o direito de autor é atribuído originalmente ao criador da obra. Há, de facto, uma duplicação nesse sentido na lei portuguesa, conforme se transcreveu *supra*. Os dois artigos tratam, de igual modo, a atribuição originária de direitos sobre a obra.

Para determinar o autor concreto será necessário proceder-se a uma identificação. Com efeito, o art. 28.º, do CDADC, refere que “[o] autor pode identificar-se pelo nome próprio, completo ou abreviado, as iniciais deste, um pseudónimo ou qualquer sinal convencional”. Nesse mesmo sentido vai o art.º 15.º da Convenção de Berna.

Para evitar dúvidas no que respeita à identidade do autor, o art. 27.º, n.º 2, do CDADC, facilita a determinação do autor através de uma presunção. Dispondo que, “[p]resume-se autor aquele cujo nome tiver sido indicado como tal na obra, conforme o uso consagrado, ou anunciado em qualquer forma de utilização ou comunicação ao público”.

A presunção *autor est quem opus demonstrat* reveste-se de significado prático em sede judicial, uma vez que pode ser ilidida por prova em contrário<sup>62</sup>.

Portanto, atualmente, para ser autor, é necessário que o agente:

- Seja uma pessoa física;
- Incorra em ato de criação espiritual;
- Que a sua criação seja uma obra literária, artística ou científica.

Não obstante, admite-se que esta regra não é absoluta. Existem exceções legais, em que a titularidade dos direitos sobre a obra cabe originalmente a entidade diversa do autor<sup>63</sup>. Este desvio à regra geral da autoria singular vai ter enorme valia no tratamento da matéria das criações por inteligência artificial<sup>64</sup>.

## 1.2. Autoria vs. Titularidade Coletiva

Como referimos, podem verificar-se situações em que o criador intelectual não seja o titular originário dos direitos sobre a obra<sup>65</sup>. Uma destas situações ocorre no caso de obras realizadas por uma pluralidade de pessoas.

61. D. REIS, A. TERESA SERAFINO, “Direito de Autor e Obra de Arte”, *op. cit.*, p. 66.

62. P. AKESTER, *Direito de Autor em Portugal...*, *op. cit.*, p. 54.

63. L. M. T. DE MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor*, *op. cit.*, p. 101.

64. D. REIS, A. TERESA SERAFINO, “Direito de Autor e Obra de Arte”, *op. cit.*, p. 66.

65. A. TERESA SERAFINO *et al.*, *Arte e Direito*, Coleção PLMJ, Almedina, Coimbra, 2016, p. 66.

Em Portugal, face a uma obra realizada por uma pluralidade de pessoas, importa distinguir se se trata de uma “obra em colaboração” ou de uma “obra coletiva”, classificação esta que vai se traduzir em efeitos práticos diferenciados em termos de exercício e da duração dos direitos de autor associados.

Entende-se por “obra em colaboração”, nos termos do art. 16.º, n.º 1, al. a), do CDADC, “*a obra que for criação de uma pluralidade de pessoas [...] quando divulgada ou publicada em nome dos colaboradores ou de algum deles, quer possam discriminar-se quer não os contributos individuais*”.

Nas obras em colaboração, a marca característica é a iniciativa e organização criativa conjunta por uma pluralidade de sujeitos, com cooperação (ou concertação) criativa.

A obra em colaboração é una, não um somatório de obras individuais agregadas, prevendo-se também o exercício em comunhão de direitos sobre este novo bem jurídico indiviso.

Isso não exclui a titularidade e exercício singular de direitos sobre as contribuições individuais que naquela sejam discrimináveis, limitado, pelo não prejuízo da exploração da obra em colaboração como todo unitário<sup>66</sup>.

O direito de autor de obra feita em colaboração pertence a todos os que nela colaboraram, aplicando-se ao exercício do mesmo as regras da propriedade, conforme disposto no art. 17.º, n.º 1, do CDADC. Esclarece o n.º 2 do mesmo preceito que, a participação dos colaboradores na obra considera-se de valor igual, exceto em caso de estipulação em contrário, que tenha sido reduzida a escrito<sup>67</sup>.

Se a obra feita em colaboração for divulgada ou publicada apenas em nome de algum ou alguns dos colaboradores, presume-se, na falta de designação explícita dos demais em qualquer parte da obra, que os não designados cederam os seus direitos àquele ou àqueles em nome de quem a divulgação ou publicação é feita<sup>68</sup>.

Na prática, nem sempre é fácil identificar a autoria da obra feita por uma pluralidade de pessoas<sup>69</sup>.

Conforme constatado no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 05A2089, de 1/10/2005, fica patente que:

*“I - Embora seja certo que a aplicação em concreto do critério distintivo fixado na lei (art. 16, n.º 1, als. a) e b), do CDADC) passa de forma determinante pela análise*

66. A. DE SÁ E MELLO, *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos*, 3.ª Edição Reformulada, Atualizada e Ampliada, Almedina, Coimbra, 2019, p. 71.

67. D. REIS, A. TERESA SERAFINO, “Direito de Autor e Obra de Arte”, *op. cit.*, p. 67.

68. *Cfr.* Art. 17.º, n.º 3, CDADC.

69. P. AKESTER, *Direito de Autor em Portugal...*, *op. cit.*, p. 55.

*da ‘intensidade’ e ‘coloração’ dos factos que se apurarem, a qualificação duma obra de arquitectura como colectiva ou feita em colaboração é uma questão de direito, e sujeita, por isso, ao julgamento do Supremo Tribunal de Justiça.*

*II - Provando-se que o Autor, um conhecido arquitecto, teve participação preponderante na concepção global e no processo de criação dos projectos de arquitectura de determinadas obras concebidas entre 1965 e 1972, período de tempo em que trabalhou na equipa do atelier do arquitecto ao qual é atribuída pelos Réus, na revista que dirigem e editam, a respectiva paternidade, deverá considerar-se que tais obras de arquitectura correspondem a obras colectivas.*

*III - Não sendo possível discriminar a produção pessoal do Autor na criação das obras aquiuzadas, não obstante a sua participação preponderante nelas, mostra-se inviolabilizada a hipótese de lhe atribuir o direito de autor como se de obras feitas em colaboração se tratasse, atento o disposto no art. 19, n.º 2, do CDADC”.*

Não se consideram colaboradores e não participam, portanto, dos direitos de autor sobre a obra aqueles que tiverem simplesmente auxiliado o autor na produção e divulgação ou publicação desta, seja qual for o modo por que o tiverem feito<sup>70</sup>.

No que respeita aos direitos patrimoniais, qualquer dos autores pode solicitar a divulgação, a publicação, a exploração ou a modificação de obra feita em colaboração, sendo que, em caso de divergência, a questão é resolvida segundo as regras da boa-fé, conforme dispõe o art. 18.º, n.º 1, do CDADC.

Qualquer dos autores pode, sem prejuízo da exploração em comum de obra feita em colaboração, exercer individualmente os direitos relativos à sua contribuição pessoal, quando esta possa discriminar-se<sup>71</sup>.

Por outro lado, entende-se por “obra coletiva”, nos termos do art. 16.º, n.º 1, al. b), do CDADC, aquela que é realizada por uma pluralidade de autores, mas é organizada por iniciativa de entidade singular ou coletiva e divulgada ou publicada em seu nome.

Nestes casos, para que se fale de obra coletiva, deve existir uma estrutura autónoma dos criadores dos contributos individuais que organize a ação destes<sup>72</sup>.

A obra coletiva é, por natureza e estatuto legal constante, um bem, *jus autoral* autónomo, independentemente das contribuições criativas individuais que a incorporem/integrem.

Na sua génese devem, assim, estar previstos dois elementos: uma ação criativa dos colaboradores individuais dirigida a um fim criativo comum e uma

70. Cfr: Art. 17.º, n.º 4, CDADC.

71. Cfr: Art. 18.º, n.º 2, CDADC.

72. A. DE SÁ E MELLO, *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos*, op. cit., p. 83.

organização dos contributos autónoma destes, de que resulte uma nova realidade, a obra coletiva como um todo, que não é o mero somatório das contribuições criativas individuais<sup>73</sup>.

A obra coletiva é uma criação singular que constitui uma situação jurídica complexa, em que se combinam as posições jurídicas dos autores dos contributos individuais (incluída a do diretor/coordenador da obra), por um lado e da entidade titular da obra coletiva, por outro. Os colaboradores individuais não partilham a titularidade do direito de autor na obra coletiva no seu todo.

Assim, a obra coletiva é uma obra de empresa<sup>74</sup>. Contudo, isto não quer dizer que a tutela da mesma represente uma ficção sobre a autoria da obra intelectual.

A criação de obras intelectuais “genuinamente coletivas” não consente a imputação de outra autoria que não a coletiva, na pessoa de quem decide a sua expressão formal última. E essa pessoa (que pode ser meramente jurídica) não é alguém a quem possa (sem esforço imenso de imaginação inventiva) ligar-se qualquer ápice de “espiritualidade criativa”. Tais obras são naturalmente destituídas de outra “espiritualidade” que não seja a que as reconhece criativas na inteligência dos que as desfrutam após a sua exteriorização formal<sup>75</sup>.

Nesses casos, a obra intelectual é criada pela pessoa jurídica, uma vez que foi esta que tomou a iniciativa, fomentou o seu desenvolvimento e dirigiu a sua execução e publicação<sup>76</sup>.

O direito de autor sobre obra coletiva é atribuído à entidade singular ou coletiva que tiver organizado e dirigido a sua criação e em nome de quem tiver sido divulgada ou publicada<sup>77</sup>. Contudo, se, porém, no conjunto da obra coletiva for possível discriminar a produção pessoal de algum ou alguns colaboradores, aplicar-se-á, relativamente aos direitos sobre essa produção pessoal, o preceituado quanto à obra feita em colaboração<sup>78</sup>.

A empresa é o verdadeiro titular do direito de autor, bem como titular originário, pelo que é ficção pretender uma transferência de direitos dos criadores intelectuais para essa empresa. A obra coletiva é uma unidade e sobre essa só há o direito de autor da empresa, embora a empresa não seja um criador intelectual<sup>79</sup>.

73. A. DE SÁ E MELLO, *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos*, op. cit., p. 84.

74. A. DE SÁ E MELLO, *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos*, op. cit., p. 86.

75. A. DE SÁ E MELLO, *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos*, op. cit., p. 87.

76. A. DE SÁ E MELLO, *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos*, op. cit., p. 90.

77. Cfr. Art. 19.º, n.º 1, CDADC.

78. Cfr. Art. 19.º, n.º 2, CDADC.

79. J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, op. cit., p. 126.



Mas a empresa não tem direitos pessoais. Estes, como veremos, apenas tutelam a pessoa do criador intelectual. Seriam deslocados em relação a uma empresa. Contudo, os efeitos práticos na exploração de uma obra não são prejudicados pela ausência de direito pessoal. O direito de publicação não pressupõe o direito ao inédito, por exemplo. Nesse sentido, quando a contribuição individual dos vários colaboradores não possa discriminar-se, a obra não gerou nenhum direito pessoal<sup>80</sup>.

Ora, em suma, a obra em colaboração seria a divulgada ou publicada em nome dos colaboradores ou de alguns deles, enquanto a obra coletiva é aquela organizada por iniciativa de entidade singular ou coletiva e divulgada ou publicada em seu nome.

O problema do critério utilizado pela lei prende-se com o facto de se revelar inseguro, porque a lei ora se baseia: i) na autoria da divulgação ou publicação, que pode ser dos colaboradores ou da entidade singular ou coletiva; ii) na iniciativa da entidade singular ou coletiva na organização, iniciativa esta que será considerada de forma implícita. Num caso, a iniciativa é, conjuntamente, de uma pluralidade de pessoas; no outro, de uma só entidade, singular ou coletiva<sup>81</sup>.

### 1.3. Autoria *vs.* Titularidade Contratual

Outra situação que merece, igualmente, atenção da nossa parte e que demonstra as possibilidades que a lei prevê de distanciar a figura do criador e do titular de direitos de autor (sobretudo patrimoniais) é a distinção entre “obra feita por encomenda” e “obra feita por conta de outrem”.

Na “obra feita por encomenda”, a obra é criada por terceiro, fora do âmbito de um contrato de trabalho ou do cumprimento de um dever funcional, enquanto que a “obra feita por conta de outrem” surge no âmbito desse contrato ou em cumprimento desse dever, conforme disposto no art. 14.º do CDADC.

Assim, a titularidade do direito de autor relativo a obra feita por encomenda ou por conta de outrem, quer em cumprimento de dever funcional quer de contrato de trabalho, determina-se de harmonia com o que tiver sido convencionado.

Na falta de convenção, presume-se que a titularidade do direito de autor relativo a obra feita por conta de outrem pertence ao seu criador intelectual.

A circunstância de o nome do criador da obra não vir mencionado nesta ou não figurar no local destinado para o efeito segundo o uso universal constitui presunção de que o direito de autor fica a pertencer à entidade por conta de quem a obra é feita.

80. J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, *op. cit.*, p. 127.

81. J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, *op. cit.*, p. 123.

Contudo, atendendo ao disposto no art. 30.º, do CDADC, que reconhece ao autor o direito irrenunciável de revelar, em qualquer altura, a sua identidade, terá de concluir-se que essa presunção pode ser ilidida por prova em contrário<sup>82</sup>.

Ainda quando a titularidade do conteúdo patrimonial do direito de autor pertença àquele para quem a obra é realizada, o seu criador intelectual pode exigir, para além da remuneração ajustada e independentemente do próprio facto da divulgação ou publicação, uma remuneração especial:

*“a) Quando a criação intelectual exceda claramente o desempenho, ainda que zeloso, da função ou tarefa que lhe estava confiada;*

*b) Quando da obra vierem a fazer-se utilizações ou a retirar-se vantagens não incluídas nem previstas na fixação da remuneração ajustada”<sup>83</sup>.*

O regime geral dá prevalência à autonomia privada e ao que tiver sido convencionado, estabelecendo que a titularidade do direito de autor relativo à obra feita por encomenda ou por conta de outrem, quer surja em cumprimento de dever funcional, ou no âmbito de um contrato de trabalho, se determina de harmonia com o que tiver sido convencionado<sup>84</sup>.

Diferente é o caso da “obra subsidiada”, prevista no art. 13.º do CDADC e que dispõe que “aquele que subsidie ou financie por qualquer forma, total ou parcialmente, a preparação, conclusão, divulgação ou publicação de uma obra não adquire por esse facto sobre esta, salvo convenção escrita em contrário, qualquer dos poderes incluídos no direito de autor”. Pelo contrário, isto significa que os direitos de autor podem, por convenção, ser atribuídos ao financiador, no caso de obra subsidiada.

Compreendido, agora, a quem é atribuído o direito de autor originariamente, ou quem se considera titular dos direitos de autor, importa delimitar o panorama de direitos atribuídos e o racional por detrás de cada um deles, porque, como veremos, isso será sobremaneira relevante quando estivermos a discutir a questão dos direitos potencialmente atribuíveis na sequência das obras criadas por inteligência artificial.

## 2. EFEITOS DA ATRIBUIÇÃO DE DIREITOS DE AUTOR

### 2.1. Direitos patrimoniais

Como já referido, o direito de autor tem no seu âmbito faculdades de carácter patrimonial e outras de carácter pessoal (comummente também designados

82. P. AKESTER, *Direito de Autor em Portugal...*, *op. cit.*, p. 57.

83. Cfr. art. 14.º, n.º 4, al. a) e b), do CDADC.

84. P. AKESTER, *Direito de Autor em Portugal...*, *op. cit.*, p. 57.

como “direitos morais”<sup>85</sup>). Nesse sentido, dispõe o art. 9.º, n.º 1, do CDADC que “[o] *direito de autor abrange direitos de carácter patrimonial e direitos de natureza pessoal, denominados direitos morais*”.

Os direitos patrimoniais são aqueles diretamente relacionados com a exploração económica da obra<sup>86</sup>. Nesse sentido, o art. 9.º, n.º 2, do CDADC dispõe que “[n]o *exercício dos direitos de carácter patrimonial o autor tem o direito exclusivo de dispor da sua obra e de fruí-la e utilizá-la, ou autorizar a sua fruição ou utilização por terceiro, total ou parcialmente*”.

Assim, o cerne do direito patrimonial é constituído pelo exclusivo de exploração económica da obra. Contudo, atualmente, este exclusivo está longe de esgotar o conteúdo do direito patrimonial. As condições de exploração fizeram em certos casos cair o exclusivo e assim vão surgindo novas maneiras de ser atribuída ao autor a possibilidade de beneficiar pecuniariamente de modos de utilização da obra por terceiros ou até simplesmente de vicissitudes desta. Como tal, o direito de autor representa, hoje, um direito de participação financeira e não apenas um exclusivo de exploração económica.

Aqui vamos fixar-nos no conteúdo patrimonial central do direito de autor – o exclusivo de exploração económica.

O art. 67.º, n.º 1, do CDADC, dispõe que “[o] *autor tem o direito exclusivo de fruir e utilizar a obra, no todo ou em parte, no que se compreendem, nomeadamente, as faculdades de a divulgar, publicar e explorar economicamente por qualquer forma, directa ou indirectamente, nos limites da lei*”.

O que é reservado ao autor é a utilização, aproveitamento ou exploração económica da obra<sup>87</sup>. Nesse sentido, acrescenta o n.º 2 do mesmo artigo que “[a] *garantia das vantagens patrimoniais resultantes dessa exploração constitui, do ponto de vista económico, o objecto fundamental da protecção legal*”.

Na demarcação destes casos é muito importante ter presente que a finalidade da lei não é atribuir o exclusivo como tal, mas o exclusivo como o modo de assegurar vantagens patrimoniais. Como tal, devem ser consideradas livres aquelas atividades que não tiverem nenhuma incidência negativa na

85. Aqui não vamos nos deter na discussão sobre os conceitos de “direitos pessoais” ou “direitos morais”, porque apesar deste último não ser o mais correto, por ser demasiado indeterminado e com uma conotação ética que aqui não interessa discutir, na realidade a doutrina nacional e mesmo internacional em matéria de direitos de autor tende a designá-lo “*moral rights*” / “direitos morais” quando se refere aos “direitos pessoais” adotados pela nossa legislação. Assim, aqui, vamos usar os termos de forma indiscriminada, querendo significar o direito pessoal, em contraponto com o direito patrimonial.

86. D. REIS, A. TERESA SERAFINO, “Direito de Autor e Obra de Arte”, *op. cit.*, p. 63.

87. J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, *op. cit.*, p. 199.

exploração económica da obra. Um ato que não possa prejudicar em nada a exploração económica da obra é, por força da teleologia legal, um ato livre<sup>88</sup>.

São incluídos dentro deste direito patrimonial os seguintes direitos:

- Direito de divulgação (art. 68.º, n.º 1, al. a), CDADC);
- Direito de reprodução (art. 68.º, n.º 1, al. i) e art.º 75.º, CDADC);
- Direito de fixação (art. 141 ss., CDADC);
- Direito de transformação (art. 68.º, n.º 1, al. g), CDADC);
- Direito de distribuição da obra (art. 68.º, n.º 1, al. f), CDADC);

No entanto, importa salientar que estas faculdades não são taxativas. A própria lei dispõe que os direitos que enumera são atribuídos “entre outros”. Para além disso, a lei prevê, no n.º 1 do citado artigo, que “[a] *exploração e, em geral, a utilização da obra podem fazer-se, segundo a sua espécie e natureza, por qualquer dos modos actualmente conhecidos ou que de futuro o venham a ser*”.

## 2.2. Direitos pessoais

Para além dos direitos patrimoniais *supra* identificados, são atribuídos paralelamente ao autor da obra direitos pessoais (ditos morais)<sup>89</sup>. Nesse sentido, o art. 56.º, n.º 2, do CDADC, dispõe que “[i]ndependentemente dos direitos de carácter patrimonial e ainda que os tenha alienado ou onerado, o autor goza durante toda a vida do direito de reivindicar a paternidade da obra e de assegurar a genuinidade e integridade desta, opondo-se à sua destruição, a toda e qualquer mutilação, deformação ou outra modificação da mesma e, de um modo geral, a todo e qualquer acto que a desvirtue e possa afectar a honra e reputação do autor”.

Os direitos pessoais de autor traduzem as faculdades que assistem ao criador intelectual da obra, para a tutela da sua ligação pessoal à mesma.

O art. 56.º, n.º 1, do CDADC, prevê de forma expressa que os direitos de reivindicação da paternidade da obra e o direito de preservação da integridade e genuinidade da mesma, pertencem exclusivamente ao autor, independentemente de qualquer transmissão dos direitos patrimoniais<sup>90</sup>. Para além destes, a doutrina tem ainda apontado outros direitos pessoais, nomeadamente: o direito ao inédito, o direito de retirada da obra, o direito à menção do nome da obra, o direito de efetuar modificações na obra<sup>91</sup>.

Esses direitos morais são inalienáveis, conforme dispõe o n.º 2 do mesmo artigo. Contudo, a lei não exclui a sucessibilidade desses direitos. A título de

88. J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, op. cit., p. 200.

89. M. E. JONES, *Art Law...*, op. cit., p. 143.

90. D. REIS, A. TERESA SERAFINO, “Direito de Autor e Obra de Arte”, op. cit., p. 63.

91. D. REIS, A. TERESA SERAFINO, “Direito de Autor e Obra de Arte”, op. cit., p. 65.

exemplo, por morte do autor, os direitos referidos no art. 56.º do CDADC passam para os herdeiros.

### 2.3. Direitos independentes do direito de autor

A dissociação entre o criador intelectual e o titular do direito de autor provoca o aparecimento de faculdades destinadas a tutelar o criador intelectual, com independência de lhe ter sido atribuída a titularidade do direito de autor.

Distinguem-se, por isso, as faculdades que protegem o criador intelectual, independentemente de lhe ter sido atribuída a titularidade do direito de autor.

Essas faculdades são muito variadas. A principal diferença faz-se entre:

- As que protegem o criador intelectual a quem não couber a titularidade do direito de autor;
- As que protegem o criador intelectual, com abstração de lhe ter ou não cabido a titularidade do direito de autor.

Em qualquer caso, estas faculdades existem, ainda que o beneficiário nunca seja o titular do direito de autor. Isto é definitivo para que as não possamos considerar conteúdo de direito de autor<sup>92</sup>.

As faculdades que tutelam o criador intelectual quando não for titular do direito de autor manifestam-se em vários lugares do CDADC. O art. 14.º, n.º 4 dispõe que “[a]inda quando a titularidade do conteúdo patrimonial do direito de autor pertença àquele para quem a obra é realizada, o seu criador intelectual pode exigir, para além da remuneração ajustada e independentemente do próprio facto da divulgação ou publicação, uma remuneração especial:

- a) Quando a criação intelectual exceda claramente o desempenho, ainda que zeloso, da função ou tarefa que lhe estava confiada;
- b) Quando da obra vierem a fazer-se utilizações ou a retirar-se vantagens não incluídas nem previstas na fixação da remuneração ajustada”.

### 2.4. Direitos especiais no caso de “Obras de Arte”

Para além dos direitos *supra* enunciados, no caso das “obras de arte”, será ainda necessário ter em conta direitos especiais conferidos, como sejam o “direito de sequência” e o “direito de exposição”.

Como identificado *supra*, entende-se por “obra de arte original” qualquer obra de arte gráfica ou plástica, tal como quadros, colagens, pinturas, desenhos, serigrafias, gravuras, estampas, litografias, esculturas, tapeçarias,

92. J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, *op. cit.*, p. 329.

cerâmicas, vidros e fotografias, na medida em que seja executada pelo autor ou se trate de cópias consideradas como obras de arte originais, devendo estas ser numeradas, assinadas ou por qualquer modo por ele autorizadas<sup>93</sup>.

O direito de sequência constitui uma das principais particularidades do regime das obras de arte plásticas em sede de direito de autor. Foi criado, em França, por uma lei de 1920, e obteve reconhecimento internacional no art. 14.º, da Convenção de Berna<sup>94</sup>, que dispõe que: “*No que respeita a obras de arte originais e manuscritos originais dos escritores e compositores, o autor - ou, após a sua morte, as pessoas ou instituições que a legislação nacional considera legítimas - goza de um direito inalienável de beneficiar das operações de venda de que a obra é objecto após a primeira cessão praticada pelo autor*”.

Em breves linhas, este traduz-se no direito do artista plástico em participar economicamente nas vendas ou, mais amplamente, nas transmissões onerosas de propriedade das suas obras no mercado secundário de arte, ou seja, após a primeira alienação efetuada pelo autor<sup>95</sup>.

Nesse sentido, o art. 54.º, n.º 1, do CDADC, dispõe quanto a isso que o “*autor de uma obra de arte original que não seja de arquitectura nem de arte aplicada tem direito a uma participação sobre o preço obtido, livre de impostos, pela venda dessa obra, realizada mediante a intervenção de qualquer agente que actue profissional e eventualmente no mercado de arte, após a sua alienação inicial por aquele*”. Este direito de sequência é inalienável e irrenunciável<sup>96</sup>.

A participação sobre o preço prevista supramencionada é fixada, atualmente, do seguinte modo<sup>97</sup>:

- a) 4% sobre o preço de venda cujo montante esteja compreendido entre (euro) 3000 e (euro) 50 000;
- b) 3% sobre o preço de venda cujo montante esteja compreendido entre (euro) 50 000,01 e (euro) 200 000;
- c) 1% sobre o preço de venda cujo montante esteja compreendido entre (euro) 200 000,01 e (euro) 350 000;
- d) 0,5% sobre o preço de venda cujo montante esteja compreendido entre (euro) 350 000,01 e (euro) 500 000;
- e) 0,25% sobre o preço de venda cujo montante seja superior a (euro) 500 000,01.

93. Cfr. Art. 54, n.º 2, CDADC.

94. D. REIS, A. TERESA SERAFINO, “Direito de Autor e Obra de Arte”, *op. cit.*, p. 76.

95. D. REIS, A. TERESA SERAFINO, “Direito de Autor e Obra de Arte”, *op. cit.*, p. 75.

96. Cfr. Art. 54, n.º 3, CDADC.

97. Cfr. Art. 54, n.º 4, CDADC.

Sendo que o montante total da participação em cada transação não pode exceder (euro) 12 500<sup>98</sup>.

Excetua-se do disposto nos números anteriores toda e qualquer transação de obra de arte original que se destine a integrar o património de um museu sem fins lucrativos e aberto ao público<sup>99</sup>.

Para além disso, no caso de obras de arte, é conferido, ainda, o direito de exposição. Este traduz-se na faculdade de comunicar ao público obras de arte gráficas, plásticas e figurativas<sup>100</sup>. Conforme dispõe o art. 157.º, n.º 1, do CDADC, “[s]ó o autor pode expor ou autorizar outrem a expor publicamente as suas obras de arte”.

Contudo, a alienação de obra de arte envolve, salvo convenção expressa em contrário, a atribuição do direito de a expor<sup>101</sup>. É, como tal, apreensível a ligação intrínseca do direito de exposição ao suporte material da obra, que a permita comunicar publicamente. Essa relação da obra de arte com o seu suporte material é “simbiótica”, pelo que a existência do mesmo é condição essencial para o exercício do direito de exposição<sup>102</sup>.

Do que ficou exposto, verifica-se que existe uma panóplia de direitos atribuídos na sequência da qualificação de uma “obra” no âmbito da proteção conferida ao Direito de Autor.

Ora, atendendo à problemática objeto deste trabalho, que se prende com a perceção dos possíveis níveis de proteção jurídica das obras criadas por inteligência artificial, compreendida a essência do nosso ordenamento jurídico no que respeita ao Direito de Autor, urge compreender em seguida os conceitos característicos da inteligência artificial.

#### IV. CONCEITO DE “INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL”

##### 1. NOÇÃO

Quando falamos em obras criadas por inteligência artificial a primeira coisa que precisamos de fazer é definir, o que é “inteligência artificial”, quais as suas principais componentes e métodos e, com efeito, o que distingue o sistema de inteligência artificial e o mero uso de computadores<sup>103</sup>.

98. Cfr. Art. 54, n.º 5, CDADC.

99. Cfr. Art. 54, n.º 6, CDADC.

100. D. REIS, A. TERESA SERAFINO, “Direito de Autor e Obra de Arte”, *op. cit.*, p. 75.

101. Cfr. Art. 157, n.º 2, CDADC.

102. D. REIS, A. TERESA SERAFINO, “Direito de Autor e Obra de Arte”, *op. cit.*, p. 83.

103. A. I. MILLER, *The Artist in the Machine...*, *op. cit.*, p. 37.

A inteligência artificial tenta que os computadores façam o tipo de coisas que as mentes podem fazer<sup>104</sup>.

Os computadores no sentido tradicional precisam de conjuntos de instruções prescritivas e diretivas para executar tarefas complexas. Em essência, a sua programação. Um computador tradicional é incapaz de lidar com tarefas complexas de maneira eficaz, a menos que todas as eventualidades sejam programadas no seu código. Por isso, os computadores são altamente eficazes em tarefas repetitivas ou intensivas de dados maiores, com um conjunto definido de variáveis pré-programadas. Contudo, o que eles normalmente não fazem bem é adaptar-se, aprender, envolver ou extrapolar as suas decisões para situações novas e imprevistas. Pelo contrário, o cérebro humano, embora menos bom em tarefas repetitivas, possui a flexibilidade de navegar por um mundo caótico e adaptar-se a constantes imprevistos e obstáculos<sup>105</sup>.

Um robot é um mecanismo projetado para replicar/imitar as ações e os comportamentos de criaturas vivas<sup>106</sup>. À medida que os sistemas de IA se tornaram mais sofisticados e capazes, a pesquisa robótica também desenvolveu máquinas robóticas mais capazes e os cientistas no campo da robótica tornaram-se mais preocupados com a replicação das características animais, como seja a capacidade inconsciente em criaturas vivas de saber a todo o tempo os limites e a extensão do seu corpo físico e ter uma sensação de movimento. Sentir calor, frio, o toque e a dor são parte integrante dessa habilidade das criaturas vivas.

É de facto essa necessidade de interagir fisicamente com o mundo real de forma eficaz que foi descrita por alguns cientistas como um dos principais impulsionadores e desafios da pesquisa de IA no campo da robótica<sup>107</sup>.

Com efeito, quando se fala de “obras criadas por inteligência artificial” não estão em causa os casos nos quais o computador meramente auxilia a criação artística, como já referimos. Contudo, também não nos referimos aqui às obras geradas por computador. Nas obras criadas por IA, o nível de autonomia e de expressão ganharam um relevo tal que importa compreender e identificar o avanço sofrido desde as obras geradas por computador até às obras criadas por IA. Somente assim conseguiremos de facto compreender se as mesmas merecem, ou não, proteção pelo direito e que proteção será esta. Como tal, importa, antes de mais, conhecermos de que falamos quando se fala de “inteligência artificial”.

104. M. A. BODEN, *Artificial Intelligence. A Very Short Introduction*, Oxford University Press, United Kingdom, 2018, p. 1.

105. J. BUYERS, *Artificial Intelligence. The Practical Legal Issues*, Law Brief Publishing, Somerset, 2018, p. 2.

106. A. I. MILLER, *The Artist in the Machine...*, *op. cit.*, p. 37.

107. J. BUYERS, *Artificial Intelligence...*, *op. cit.*, p. 4.



Quando se fala em inteligência artificial pensamos imediatamente no computador, que a partir da década de 80, com a disseminação dos computadores pessoais (PC)<sup>108</sup>, passou a ter um papel essencial no dia-a-dia de todos e em quase todas as tarefas desempenhadas pelo ser humano. A arte, nas suas diversas formas e expressão, como é óbvio, não é exceção.

A palavra “artificial” é relativamente incontroversa. Significa algo sintético e que não ocorre na natureza. A principal dificuldade é com a palavra “inteligência”, que pode descrever uma gama de atributos ou habilidades<sup>109</sup>.

Em regra, a definição corrente de IA está sobretudo focada na IA específica do aplicativo (*Narrow AI*), não no problema mais amplo de inteligência artificial geral (*General AI*), onde simular uma pessoa usando software é o equivalente a inteligência. Aqui, vamos preocupar-nos, exatamente, com este conceito amplo de IA<sup>110</sup>.

Como tal, o ponto de partida será exatamente a compreensão destas duas classificações de IA: *Narrow* e *General*<sup>111</sup>. Quando se fala em *Narrow AI* (às vezes, referida como “fraca”) tem-se em vista, sobretudo, a capacidade de um sistema de atingir uma determinada meta estipulada ou conjunto de metas, de uma maneira, ou usando técnicas, que se qualifica como inteligente. Essas metas limitadas podem incluir funções de processamento de linguagem natural, como tradução ou navegação através de um ambiente físico desconhecido. Um sistema *Narrow* de IA é adequado apenas para a tarefa para a qual foi projetado. A grande maioria da IA do mundo, atualmente, está mais próxima desse tipo limitado.

Por outro lado, *IA General* (ou “forte”) é a capacidade de atingir um alcance ilimitado de metas e até mesmo de definir novas metas de forma independente, inclusive em situações de incerteza ou imprecisão. Isso abrange muitos dos atributos entendidos como “inteligência” em humanos. Na verdade, IA geral é o que vemos retratado nos robots<sup>112</sup>.

Quando se fala em inteligência artificial estamos, aqui, a referir-nos àquela exibida por máquinas, e não por humanos ou outros animais e inclui ambas as modalidades, não obstante, a *General AI* está ainda longe de se alcançar<sup>113</sup>.

108. J. A. VIEIRA, “Obras Geradas por Computador e Direito de Autor”, *op. cit.*, p. 114.

109. J. TURNER, *Robot Rules, Regulating Artificial Intelligence*, Palgrave Macmillan, Switzerland, 2019, p. 7.

110. Bloomberg Professional Services, “Five Components that artificial intelligence must have to succeed”, september 25, 2017, <https://www.bloomberg.com/professional/blog/five-components-artificial-intelligence-must-succeed/> (última visualização 06.07.2021).

111. M. WOOLDRIDGE, *The Road to Conscious Machines, The Story of AI*, A Pelican Book, Great Britain, 2020, p. 41; M. A. BODEN, *Artificial Intelligence...*, *op. cit.*, p. 5.

112. J. TURNER, *Robot Rules...*, *op. cit.*, p. 6.

113. M. WOOLDRIDGE, *The Road to Conscious Machines...*, *op. cit.*, p. 41.

A IA caracteriza-se por uma autonomia que os computadores não têm e, consequentemente, por uma mimetização de certas funções cognitivas que são típicas da mente humana: por exemplo, aprender e resolver problemas<sup>114</sup>.

Não existe uma definição exata adotada, de forma uniforme, pela doutrina ou sequer pela jurisprudência, nacional e internacional, no que respeita ao conceito de “inteligência artificial”. Existem vários posicionamentos, uns mais centrados no ser humano, outros, pelo contrário, mais racionalistas. Contudo, aqui o que nos interessa não é apresentar um conceito uniforme de inteligência artificial, mas apenas adotar um conceito operante que sirva o nosso objetivo – compreender, do ponto de vista jurídico, como tratar as obras criadas por este tipo de sistemas.

Assim, podemos apontar como característica-chave da IA que estamos aqui a tentar regular - a capacidade de fazer escolhas e de resolver problemas. É, consequentemente, a capacidade de traduzir as suas escolhas nas obras de arte que cria autonomamente, sem a intervenção humana.

Adotamos, desse modo, a definição apresentada por Jacob Turner, no sentido de que: “*Inteligência artificial é a capacidade de uma entidade não natural[artificial] de fazer escolhas por meio de um processo avaliativo*”.

Falar em inteligência artificial leva-nos, necessariamente, à questão da robótica. De facto, a robótica é hoje uma das principais aplicações da inteligência artificial – e exemplo claro disso é o caso da robot Ai-Da. Pelo que importa, para efeitos de fixação de conceitos, identificar o que se entende por robot e quais as suas principais características.

Está, assim, implícito na referência da definição para fazer escolhas que tais decisões sejam autónomas, isto é, autogovernadas. Autonomia é diferente da automação, onde um processo é repetido por uma máquina. A autonomia não exige que a IA instigue o seu próprio funcionamento; esta pode fazer uma escolha autónoma, mesmo que tenha interagido com um humano ao tomar essa decisão. Por exemplo, se um humano digita uma consulta num mecanismo de pesquisa, aquele claramente teve um impacto causal no funcionamento da IA e, de facto, a IA pode levar em consideração as suas preferências ao retornar os resultados do mecanismo de pesquisa (com base nas suas pesquisas anteriores, bem como muitas outras variáveis, como a sua idade ou localização). Mas, em última análise, a escolha de quais resultados são exibidos permanece do mecanismo de pesquisa<sup>115</sup>.

Com efeito, somos levados a concordar com a posição postulada por Dário Moura Vicente, de que o robot é uma máquina dotada de inteligência artificial,

114. D. MOURA VICENTE, “Inteligência Artificial e Iniciativas Internacionais”, *op. cit.*, pp. 93-105, p. 93.

115. J. TURNER, *Robot Rules...*, *op. cit.*, pp. 16-18.

capaz de substituir seres humanos e de replicar as suas ações em variadíssimos domínios e cuja característica mais saliente é a autonomia<sup>116</sup>.

No entanto, importa aqui salientar que o papel da máquina –robot– pode ser variado e, como tal, importa antes de mais estabelecer os diferentes graus de intervenção da máquina na criação artística e, consequentemente, delimitar o âmbito do nosso trabalho.

Do exposto, um dos pontos essenciais para a criação de um regime jurídico de proteção das obras criadas por IA será a identificação do nível de interferência humana no resultado final dos processos realizados pelo sistema, ou seja, será o mesmo que dizer que o que separa as obras geradas por computador e as obras criadas por IA reside exatamente no grau de autonomia deste último<sup>117</sup>.

## 2. COMPONENTES FUNDAMENTAIS DA IA

### 2.1. Algoritmo (*software*)

Sendo as aplicações de inteligência artificial sistemas de computador, o primeiro elemento que se aponta como essencial para a sua composição é efetivamente o algoritmo<sup>118</sup>.

Sinteticamente, um algoritmo é um processo matemático para resolver um problema usando um número finito de etapas<sup>119</sup>.

Embora, atualmente, os algoritmos estejam associados principalmente a software e computadores, as suas origens remontam a tempos mais antigos. Eles têm sido usados intuitivamente por séculos, por exemplo, na forma de sistemas regulatórios, instruções, regras para jogos, planos arquitetónicos e partituras musicais<sup>120</sup>.

Em particular, no que respeita aos computadores, um algoritmo é o conjunto de instruções que define não apenas o que precisa ser feito, mas como fazê-lo.

116. D. MOURA VICENTE, “Inteligência Artificial e Iniciativas Internacionais”, *op. cit.*, pp. 93-105, p. 94.

117. L. SCHIRRU, *Inteligência Artificial e o Direito Autoral: O Domínio Público em Perspectiva*, disponível [https://www.academia.edu/38694188/INTELIG%C3%8ANCIA\\_ARTIFICIAL\\_E\\_O\\_DIREITO\\_AUTORAL\\_O\\_DOM%C3%8DNIO\\_P%C3%9ABLICO\\_EM\\_PERSPECTIVA](https://www.academia.edu/38694188/INTELIG%C3%8ANCIA_ARTIFICIAL_E_O_DIREITO_AUTORAL_O_DOM%C3%8DNIO_P%C3%9ABLICO_EM_PERSPECTIVA), p. 5. (última visualização 06.07.2021).

118. M. WACHOWICZ, A. L. DIAS PEREIRA, P. DE PERDIGÃO LANA, *Novos Direitos Intelectuais: Estudos Luso-Brasileiros sobre a Propriedade Intelectual, Inovação e Tecnologia*, GEDAI, Curitiba, 2019, <https://www.gedai.com.br/novos-direitos-intelectuais-estudos-luso-brasileiros-sobre-propriedade-intelectual-inovacao-e-tecnologia/>, p. 38 (última visualização 06.07.2021).

119. Ver <https://www.techopedia.com/definition/3739/algorithm> (última visualização 06.07.2021).

120. Ver <https://www.betterask.erni/innovation-history/the-concept-of-the-algorithm/>.

Tal conjunto de instruções, que transforma determinado valor de entrada num resultado de saída, pode ser realizado por meio de linhas de código que quando aplicadas em determinada máquina executam ações específicas. Tais linhas de código constituem, fundamentalmente, um programa de computador, também denominado de *software*<sup>121</sup>.

No sistema de IA, este *software* é programado para emular o raciocínio humano em diferentes atividades, para o que ora nos interessa será para ser “criativo” e produzir de forma autônoma “obras de arte”<sup>122</sup>.

## 2.2. *Hardware*

Tratando-se de uma aplicação de algoritmo por meio de um software, cuja programação base por meio de *machine* ou *deep learning* possui alta complexidade, é necessário que as tecnologias que dão suporte ao funcionamento de uma aplicação de IA sejam igualmente avançadas. Isto porque um algoritmo de IA, apesar do seu grande potencial, não é capaz de ser executado sem um maquinário adequado para tal. É nesse ponto que a velocidade de computação das máquinas em que as aplicações de IA são executadas ganha relevância<sup>123</sup>.

O campo da inteligência artificial (IA) tem sofrido, como referimos já, um grande desenvolvimento nos últimos anos com o advento das “redes neurais profundas” ou denominadas *deep neural networks* (DNN) que ultrapassam os humanos numa variedade de tarefas cognitivas. A superioridade algorítmica dos DNN acarreta custos de computação e memória extremamente altos que representam desafios significativos para as plataformas de hardware que os executam. Atualmente, GPU e aceleradores CMOS digitais especializados são o que há de mais moderno em hardware DNN. No entanto, a complexidade cada vez maior de DNN e os dados que eles processam levam a uma busca pela próxima melhoria quântica na eficiência de processamento.

Existem várias equipas, da IBM, Microsoft, Google, a explorar novos dispositivos, arquiteturas e algoritmos para melhorar a eficiência de processamento, bem como permitir a transição de IA *narrow* para “IA ampla”. Computação aproximada, computação em memória, inteligência de máquina e computação quântica fazem parte das abordagens de computação que estão a ser exploradas para cargas de trabalho de IA<sup>124</sup>.

121. M. WACHOWICZ, A. L. DIAS PEREIRA, P. DE PERDIGÃO LANA, *Novos Direitos Intelectuais...*, *op. cit.*

122. M. DU SAUTOY, *The Creativity Code...*, *op. cit.*, p. 146.

123. M. WACHOWICZ, A. L. DIAS PEREIRA, P. DE PERDIGÃO LANA, *Novos Direitos Intelectuais...*, *op. cit.*

124. <https://www.research.ibm.com/artificial-intelligence/hardware/> (última visualização 06.07.2021).

Para além desse desafio, no nosso caso em análise, a Ai-Da utiliza um braço robótico e uma câmara que operacionalizam a criação artística. Ora, além do uso industrial (já assente), os braços robóticos também foram projetados para imitar o movimento humano com alta precisão e necessitam, atualmente, de conseguir dar resposta aos estímulos da DNN<sup>125</sup>.

### 2.3. Base de dados

Por fim, para além dos avanços na tecnologia dos computadores, é necessário que a aplicação tenha as informações necessárias para produzir determinado resultado. Quanto maior for a quantidade de informações e melhor for a quantidade de dados, melhor será o resultado obtido por uma aplicação de IA. Logo, o que compõe este terceiro elemento são justamente os dados que alimentam os sistemas e lhes permitem produzir valores de saída condizentes com a sua programação.

Sendo um dado qualquer símbolo (imagens, sons, etc.), que necessita ser interpretado para se transformar em informação, e sendo a função de uma aplicação de IA justamente transformar determinado valor de entrada num de saída, agora é importante introduzir um conceito que assume cada vez mais relevância nos sistemas de IA – o *big data*<sup>126</sup>.

O conceito *big data* remonta a sua origem a 1997<sup>127</sup>. Uma definição exata é difícil de apresentar porque os vários *players* do mercado a usam de maneira diferente, consoante a perspetiva que estiver em causa. Com isso em mente, de modo geral, *big data* pode ser definido como:

- Grandes conjuntos de dados;
- Categoria de estratégias e tecnologias de computação usadas para lidar com grandes conjuntos de dados.

Neste contexto, “grande conjunto de dados” significa um conjunto de dados muito grande para processar ou armazenar de forma razoável com ferramentas tradicionais ou num único computador. Isso significa que a escala comum de grandes conjuntos de dados está a mudar constantemente e pode variar significativamente de organização para organização<sup>128</sup>.

125. A. N. W. QI *et al.*, “Design and Development of a Mechanism of Robotic Arm for Lifting”, Part1, 2015, [https://www.researchgate.net/publication/289893486\\_Design\\_and\\_Development\\_of\\_a\\_Mechanism\\_of\\_Robotic\\_Arm\\_for\\_Lifting\\_Part1/citation/download](https://www.researchgate.net/publication/289893486_Design_and_Development_of_a_Mechanism_of_Robotic_Arm_for_Lifting_Part1/citation/download) (última visualização 06.07.2021).

126. P. DUGAL, *Artificial Intelligence Law*, 2017 Edition, p. 113.

127. M. WACHOWICZ, A. L. DIAS PEREIRA, P. DE PERDIGÃO LANA, *Novos Direitos Intelectuais...*, *op. cit.*

128. <https://www.digitalocean.com/community/tutorials/an-introduction-to-big-data-concepts-and-terminology> (última visualização 06.07.2021).

### 3. MÉTODOS UTILIZADOS NAS APLICAÇÕES DE IA

#### 3.1. Machine Learning

Existem vários métodos utilizados nas aplicações de IA. Aqui vamos salientarmos dois dos métodos mais complexos que configuram, cada vez mais, a tal “autonomia”, que distingue os sistemas de IA, dos computadores.

Os sistemas de *machine learning* não são diferentes dos sistemas convencionais de computador. Ambos contam com os elementos de hardware e software computacional para funcionar de forma eficaz<sup>129</sup>.

No entanto, embora muitos sistemas modernos de *machine learning* explorem enormes avanços em escala e poder de computação e façam uso das vastas quantidades de dados disponíveis na nossa sociedade de *big data*, eles ainda precisam do que seria reconhecido como uma plataforma de computação.

É a lógica e o software que esse sistema usa que difere marcadamente dos programas de computador tradicionais criados diretamente por programadores humanos, que exigem instruções sequenciais, explícitas e amplamente lineares que são seguidas à risca pela máquina.

No nível mais simplista, é geralmente estabelecido que os sistemas de *Machine Learning* são compostos por três partes: o *Model* (a maneira como o sistema é estruturado e organizado); os *Parameters* (propriedades dos dados de treino que devem ser aprendidos durante o treino); e o *Learner* (geralmente composto de um algoritmo de aprendizagem que parte do sistema que ajusta o modelo conforme processa os parâmetros num sistema supervisionado, não supervisionado ou de reforço, e um algoritmo de ativação ou transferência, que define a maneira pela qual os dados devem ser transferidos na rede)<sup>130</sup>.

#### 3.2. Deep Neural Networks (DNN)

As redes neurais artificiais visam modelar mais de perto o funcionamento do cérebro humano por meio da abordagem de simulação e abrangem todos os elementos básicos do sistema *machine learning* descritos acima<sup>131</sup>.

A neurociência estabeleceu que o neo-córtex humano, que é onde residem a maior parte das nossas funções cerebrais superiores, consiste numa população muito densa de neurónios ou células cerebrais interconectados. Os neurónios consistem na soma de axónios (o corpo celular) e dendritos (os filamentos que se estendem da própria célula). As funções cerebrais humanas

129. M. WOOLDRIDGE, *The Road to Conscious Machines...*, *op. cit.*, p. 169.

130. J. BUYERS, *Artificial Intelligence...*, *op. cit.*, pp. 9-10.

131. M. WOOLDRIDGE, *The Road to Conscious Machines...*, *op. cit.*, p. 174; M. A. BODEN, *Artificial Intelligence...*, *op. cit.*, p. 69.

superiores requerem grupos ou redes de neurónios para disparar juntos na atividade eletroquímica.

Mesmo que a estrutura física básica do córtex seja a mesma, está estabelecido que existem regiões corticais que se especializam em habilidades específicas, como a linguagem, o movimento motor, a visão e a audição. Mais recentemente, foi estabelecido que existem níveis progressivamente “mais elevados” de processamento cerebral impulsionados por camadas de neurónios. Pode-se, por exemplo, ter uma coleção de neurónios num nível baixo que são especializados na detecção visual de “bordas”. Os dados dessas funções inferiores são passados da rede para funções superiores para que, coletivamente, sejam capazes de perceber um rosto<sup>132</sup>.

No mundo da inteligência artificial, os cientistas tentaram replicar ou modelar essas estruturas e a sua funcionalidade por meio de redes neurais<sup>133</sup>. Em termos simplistas, as redes neurais podem ser organizadas como “rasas” (1-3 camadas) ou “profundas” (7 camadas, como geralmente é o caso no neo-córtex humano).

As redes neurais artificiais são compostas de “neurónios” de entrada artificial - “células” de computação virtual que se ativam, ou seja, assumem um valor numérico (por referência a um algoritmo escolhido que aplica ponderações a esse valor numérico, de facto, influenciando-o) e, em seguida, transferem-nos para outra camada da rede, que também lhe aplica um tratamento algorítmico, e assim por diante, até que os dados tenham passado por toda a rede e sejam enviados.

O processo é altamente matemático. A maioria das redes neurais aplica algo chamado função de custo, que é um processo matemático adicional que determina como ajustar os pesos e as ponderações da rede para torná-la mais precisa. Normalmente, isso é alcançado por algo chamado *gradiend descent* - uma função matemática derivada de cálculo que é projetada para atingir os mínimos (o menor possível e, portanto, o valor mais preciso da função de custo descrita acima)<sup>134</sup>.

Vale a pena ressaltar que as redes neurais artificiais processam dados de uma maneira não linear, pelo que, os dados podem voltar para trás, bem como avançar através da rede (um outro processo matematicamente conduzido de refinamento e ajuste de saída). Por isso, são frequentemente chamadas de “caixas pretas”. Isso pode tornar muito difícil de entender e igualmente difícil de explicar como ou por que razão o sistema alcançou um resultado específico numa instância específica.

132. J. BUYERS, *Artificial Intelligence...*, *op. cit.*, p. 13.

133. A. I. MILLER, *The Artist in the Machine...*, *op. cit.*, p. 43.

134. J. BUYERS, *Artificial Intelligence...*, *op. cit.*, p. 13.



Também é importante observar que as redes neurais vêm numa variedade de tipos, por exemplo, “redes neurais de regressão” são redes neurais que são treinadas para analisar dados numa base de regressão linear ou não linear (um exemplo simples de análise de regressão pode extrapolar as taxas de crescimento a partir de medidas de altura tiradas de uma criança)<sup>135</sup>.

As “redes neurais convolucionais” ou (CNN) têm uma estrutura que é especificamente otimizada para reconhecimento de imagem (tais redes assumem que todos os *inputs* estão relacionados com a imagem).

A *Generative Adversarial Networks* dá um passo adiante e aprimora aplicações como reconhecimento e otimização de imagem, colocando a CNN “contra” aquela outra. Uma rede atua como geradora de imagem, enquanto a outra atua como discriminador de imagem, desafiando a rede geradora a melhorar. O uso desta técnica tem-se mostrado muito valiosa no aprimoramento de imagens – como, por exemplo, melhorar a resolução de imagens difusas ou remover artefactos<sup>136</sup>.

## V. DIREITO DE AUTOR & “OBRAS CRIADAS POR IA”

### 1. ANTECEDENTES: “OBRAS GERADAS POR COMPUTADOR”

A utilização do computador levanta uma série de questões no âmbito do Direito Intelectual, mais especificamente no âmbito do Direito de Autor. Deixamos de lado, por facilidade de raciocínio, as problemáticas que possam dizer respeito ao próprio hardware e software, individualmente considerados, no sentido de que estes potencialmente poderão estar abrangidos pelo direito de autor.

Já o funcionamento da máquina, em si, essa sim pode suscitar vários problemas, por exemplo, quando leve à geração de obras artísticas, situação que nos interessa aqui analisar.

O funcionamento do computador pode levar à geração de obras artísticas, seja musical, visual, etc. É uma questão que tem vindo a gerar discussões na doutrina nacional e internacional, com o advento dos computadores pessoais<sup>137</sup>.

Como tal, importa indagar se estas “obras” se podem, ou não, incluir entre as obras intelectuais que são tuteladas pelo Direito de Autor<sup>138</sup>.

135. J. BUYERS, *Artificial Intelligence...*, *op. cit.*, p. 14.

136. *Ibidem*.

137. J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, *op. cit.*, pp. 75 ss.; M. A. BODEN, *Artificial Intelligence...*, *op. cit.*, p. 62.

138. A. R. MILLER, “Copyright Protection for Computer Programs, Databases, and Computer Generated Works: Is Anything New Since Contu?”, in *Harvard Law Review*,



Estamos nesses casos no âmbito das “obras geradas por computador”, que aqui vão assumir particular relevância devido à proximidade com a realidade que iremos aqui tratar.

Importa distinguir, *ab initio*, as obras assistidas por computador e as obras geradas por computador.

O computador é, atualmente, uma ferramenta essencial para o dia a dia de várias atividades. No campo artístico, isto não é exceção. Por exemplo, uma obra literária escrita através de um processador de texto, em vez de numa tradicional máquina de escrever, não deixa de ser uma obra literária. Uma pauta de música escrita a partir de um programa de computador que reproduza sons não deixa de ser uma obra musical só porque foi efetuada com recurso ao computador.

Nestas hipóteses, o computador ou mais precisamente o programa de computador não substitui a intervenção humana, porque o programa sozinho não produziria, por si só, o resultado criativo, sem as instruções e comandos do utilizador.

Aqui, o computador funciona como uma mera ferramenta do criador intelectual humano.

A utilização do computador como instrumento ou ferramenta da criação humana não coloca nenhum problema novo ao Direito de Autor<sup>139</sup>. Nos casos em que o resultado foi previsto pelo autor, que para ele dirigiu intencionalmente o processo produtivo, o computador é apenas um instrumento, como o é o pincel nas mãos do pintor<sup>140</sup>. As obras criadas com o auxílio de um programa de computador, nesses casos, são obras protegidas pelo Direito de Autor como qualquer outra obra, conforme disposto no art. 1.º, n.º 1 e 2.º, n.º 1 do CDADC.

Pelo contrário, como salienta José Alberto Vieira “o enredo adensa-se” quando o computador não é um mero instrumento operacionalizado pelo ser humano para a criação artística, mas alcança um grau de indeterminação tal que escapa a todo o controlo ou previsão do programador<sup>141</sup>. Nesses casos, a doutrina divide-se.

Existe quem, na aplicação de uma visão antropocêntrica, resolve o problema através da afirmação de que nas obras geradas por computador (seja

---

Vol. 106:977, pp. 982 ss., <https://www.jstor.org/stable/1341682?seq=1> (última visualização 06.07.2021).

139. Algumas pessoas consideram a IA simplesmente uma ferramenta, como uma câmara usada por fotógrafos que alteram suas imagens usando o Photoshop. A. I. MILLER, *The Artist in the Machine...*, *op. cit.*, p. 122.

140. J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, *op. cit.*, p. 76.

141. J. A. VIEIRA, “Inteligência Artificial e Direito de Autor”, *op. cit.*, pp. 125-135, p. 136; J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, *op. cit.*, p. 75.

como instrumento/ seja como criador) o que existe de facto é autoria humana. Afinal, o autor do programa de computador, o utilizador do programa ou ambos, em co-autoria, seriam os autores das obras geradas por computador uma vez que são essenciais em algum momento para a geração da obra em causa. É, de facto, esta a linha seguida pelo direito britânico, como veremos já de seguida<sup>142</sup>.

Um dos sistemas que mais avanços apresenta nesta matéria, de facto, é o regime inglês. A secção 178 do Copyright, Designs and Patents Act de 1988 (adiante CDPA de 1988), adota a definição de *computer-generated work*, dispondo que “*the work is generated by computer in circumstances such that there is no human author of the work*”, ou seja, são obras geradas por computador as que são produzidas em circunstâncias tais que não existe autor humano<sup>143</sup>.

Consequentemente, resolve a questão da titularidade do direito de autor ao dispor, na secção 9 (3) do mesmo diploma que “*In the case of a literary, dramatic, musical or artistic work which is computer-generated, the author shall be taken to be the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken*”. Assim, nas obras literárias, dramáticas, musicais ou artísticas que sejam geradas por computador, considera-se autor aquele sob cuja direcção hajam sido tomadas as providências necessárias à criação.

Nesses casos, a autoria vem imputada às pessoas ou que criaram o programa de computador ou que o utilizaram para produzir a obra gerada por computador. Logo, a obra seria uma “criação intelectual”, ou seja, produto da atividade humana criativa<sup>144</sup>.

Como se constata do que ficou exposto, embora o CDPA de 1988 preveja que trabalhos gerados por computador sejam protegidos por direitos autorais, pressupõe uma conexão causal (embora vaga) entre os atos relevantes do computador e o trabalho preparatório humano.

Como já referimos, os modelos de *machine learning* são cada vez mais abstraídos da intervenção humana e inerentemente opacos. Como tal, talvez se possa argumentar que se torna cada vez mais ficcional a conexão causal implícita na secção 9 (3) do CDPA de 1988<sup>145</sup>.

142. J. A. VIEIRA, “Inteligência Artificial e Direito de Autor”, *op. cit.*, p. 136.

143. W. R. RÍOS RUIZ, “Los sistemas de Inteligencia Artificial y de La Propiedad Intelectual de Las Obras Creadas, Producidas o Generadas Mediante Ordenador”, *Revista La Propiedad Inmaterial*, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3985784> (última visualização 30.10.2020); R. C. DENICOLA, “Ex Machina: Copyright Protection for Computer-Generated Works”, *Rutgers University Law Review*, Vol. 69:251, pp. 251-287, pp. 264 ss.

144. J. A. VIEIRA, “Inteligência Artificial e Direito de Autor”, *op. cit.*, p. 136.

145. J. BUYERS, *Artificial Intelligence...*, *op. cit.*, p. 56.

Na verdade, a única jurisprudência de que se tem conhecimento no Reino Unido em relação a trabalhos gerados por computador é o caso *Nova Productions Ltd v. Mazooma Games* que, aplicando a seção 9(3) do CDPA de 1988, fornece um resultado altamente problemático para o paradigma dos “comportamentos aprendidos” (*learned behaviours*). A Mazooma sustentou que uma série de *frames* de jogos de vídeo gerados por computador eram da autoria direta da máquina ou da pessoa que providencia os arranjos necessários para a reprodução da obra - no caso, o programador - e não do jogador do jogo<sup>146</sup>.

Por outro lado, a legislação de vários países vai precisamente em sentido oposto, e Portugal inclui-se neste grupo. Nestes, tem sido sustentado que não recai sobre as obras geradas por computador Direito de Autor, uma vez que este pressupõe necessariamente uma criação humana<sup>147</sup>.

Nesse sentido, José Alberto Vieira, fundamenta que “*não há criação intelectual quando é um programa de computador e não uma pessoa que gera a expressão literária e artística criativa e, portanto, quando a criatividade da expressão não provém do domínio humano da actividade que a gera, mas antes do tratamento dado pelo programa de computador à informação que lhe é introduzida*”<sup>148</sup>.

A previsão britânica abre, sem dúvida, um caminho a percorrer nas ditas “obras não-humanas” (preferimos este ao termo “obras não intelectuais”<sup>149</sup>) utilizado por alguns autores, como Alberto de Sá e Mello, uma vez que como defenderemos, existem hoje mecanismos de inteligência “artificial” que recebem informação (dados), que tratam e resolvem problemas de forma autónoma e complexa o suficiente que apresentam uma semelhança muito grande com o intelecto humano).

Contudo, existe ainda uma dificuldade generalizada, em Portugal, e na maioria dos países de raiz civil, em aceitar a existência de um resultado criativo sem um criador humano<sup>150</sup>, como acontece nas obras geradas por computador<sup>151</sup>.

Ora, como se vislumbra, no caso das obras criadas por inteligência artificial, a situação não será muito diferente. Contudo, existem alguns argumentos que carecem de ser tratados para se compreender se se deve ir além do até agora conseguido, ou se este tipo de obras deverá ficar órfã de qualquer proteção em sede de direitos de autor.

146. J. BUYERS, *Artificial Intelligence...*, *op. cit.*, p. 57.

147. J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, *op. cit.*, p. 75.

148. J. A. VIEIRA, “Inteligência Artificial e Direito de Autor”, *op. cit.*, p. 136.

149. A. DE SÁ E MELLO, *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos*, *op. cit.*, p. 62.

150. W. R. RÍOS RUIZ, “Los sistemas de Inteligencia Artificial...”, *op. cit.*

151. A. DE SÁ E MELLO, *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos*, *op. cit.*, p. 62.

## 2. OBRAS CRIADAS POR IA NO DIREITO PORTUGUÊS

Tradicionalmente, os conceitos de propriedade intelectual (PI) fazem parte dos métodos estabelecidos de proteção para novas tecnologias. Contudo, a verdade é que a emergência de sistemas de IA desafiam os conceitos assentes de direitos de autor no ordenamento jurídico português<sup>152</sup>.

Os sistemas de IA não são radicalmente diferentes dos sistemas de computador tradicionais no sentido de que são essencialmente compostos de três elementos - o software que incorpora o modelo de IA relevante, o hardware no qual ele se baseia e as bases de dados que o alimentam.

Os sistemas computacionais que hospedam modelos complexos de IA de *deep learning* são muito sofisticados e podem aceder a grandes quantidades de poder de processamento, bem como aproveitar *petabytes* de dados - mas eles ainda são computadores no sentido convencional.

Ao nível superficial, pode-se dizer, portanto, que nada mudou da perspectiva da propriedade intelectual, e que essas são questões banais e resolvidas: o hardware computacional em si ou em combinação com o software pode, em teoria, ser elegível para proteção em sede de direitos de autor, mas não as obras criadas por IA<sup>153</sup>.

Nesse sentido, na mesma linha de raciocínio, uma forma natural, um quadro pintado por um animal, por mais sugestivo que seja, não é uma obra humana e, como tal, não pode usufruir da proteção do Direito de Autor<sup>154</sup>.

Atendendo à natureza análoga entre as obras geradas por computador e as obras resultantes da atividade intelectual humana, o raciocínio imediatamente seguinte prende-se com a verificação dos meios de proteção da mesma.

Com efeito, importa constatar se a expressão criativa resultante da robot *Ai-* Da, por exemplo, é considerada uma criação intelectual merecedora de proteção pelo sistema de direitos de autor em Portugal.

Aqui a discussão vai deter-se na interpretação do conceito de “criação” adotado no regime de proteção dos direitos de autor em Portugal, de modo a compreendermos se aí estão compreendidos o conceito de criação objetivo (juízo de valor de criatividade, independentemente da atividade intelectual humana), o conceito de criação subjetivo (criatividade enquanto produto de uma atividade intelectual humana), ou ambos<sup>155</sup>.

152. T. B. YAMAMOTO, “AI Created Works and Copyright”, *Patents & Licencing*, vol. 48, n.º 1, 2018.

153. J. BUYERS, *Artificial Intelligence...*, *op. cit.*, p. 55.

154. J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, *op. cit.*, p. 57.

155. J. A. VIEIRA, “Obras Geradas por Computador e Direito de Autor”, *op. cit.*, p. 131.

O Direito de Autor pressupõe uma obra<sup>156</sup>. Isso implica, então, que temos que saber se qualificamos o quadro feito pela robot Ai-Da como obra ou não.

Quando pensamos em arte, imediatamente pensamos em criatividade. E, no que respeita à IA, a questão que nos ocupa será saber se uma máquina poderá criar trabalhos criativos. E quais serão as principais características destes.

Atualmente, entende-se que se pode permitir que algoritmos percorram o cenário digital e aprendam como uma criança. E isso iria no sentido de que a criatividade poderia ser “apreendida”. A questão que difere as obras criadas por IA e, por exemplo as obras geradas por computador, é a de saber se, através das obras criadas por IA, pode obter-se mais resultados do que aqueles inicialmente programados. Ou seja, será que, não obstante a programação efetuada através do código (algoritmo) e do programa de computador, a máquina poderá ir além do indicado e criar algo inovador, e verdadeiramente criativo?

É um facto que existe uma parte da criatividade, ligada às experiências humanas, que dificilmente a máquina poderá reproduzir. E, nesse campo, existe quem defenda que por causa disso as máquinas nunca conseguirão realmente equiparar-se às obras criadas pelos seres humanos, e como tal não se podem considerar criativas<sup>157</sup>.

Em Portugal, existe de facto uma relutância em admitir no elenco de obras protegidas pelo Direito de Autor expressões que possam ser devidas ao funcionamento eletrónico de um programa de computador, sem um contributo humano identificável<sup>158</sup>.

O conceito legal de obra protegida no direito português não tem entre as suas notas distintivas o valor económico do bem. Logo, este não costuma ser um critério a ter em conta.

Isto exclui, com efeito, que as obras que não sejam o resultado de um domínio humano da expressão criativa possam aspirar a ser protegidas por um direito de autor. Sem obra, não há proteção.

Sem domínio humano da expressão não há obra para o sistema português de Direito de Autor.

A doutrina tem entendido, nesse sentido, que as obras geradas por programas de computador não podem, desde modo, ser subsumidas no conceito de obra protegida. Assim, apesar da sua expressão ser em tudo semelhante a muitas daquelas que constam exemplificativamente do catálogo legal, previsto no

156. J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, *op. cit.*, p. 57.

157. M. DU SAUTOY, *The Creativity Code*, 4th estate, London, 2020, p. 2.

158. J. A. VIEIRA, “Obras Geradas por Computador e Direito de Autor”, *op. cit.*, p. 116.

art. 2.º, n.º 1, do CDADC, há relativamente a elas uma diferença fundamental: a autoria humana<sup>159</sup>.

Um facto indiscutível é que a obra gerada por computador não tem autoria humana. Existem, de facto, contributos humanos, criativos ou não, que permitem que o computador gere uma obra literária ou artística em tudo semelhante àquelas que são protegidas pelo Direito de Autor. Contudo, o resultado expressivo que deriva do computador, nestas hipóteses de obras geradas por computador, a ação criadora não é imputável ao domínio humano<sup>160</sup>.

Do exposto, a questão que se coloca é, então, se o sistema de proteção do Direito de Autor admite uma autoria não humana.

Já referimos que a Convenção de Berna é favorável à autoria humana da obra, inclusivamente atribuindo um conteúdo pessoal de proteção a favor do autor.

Igualmente, o direito português concebe o autor como pessoa humana, contudo permite a atribuição originária do direito patrimonial de autor a favor de terceiros, inclusivamente, de pessoas coletivas, conforme disposto no art. 14.º e 19.º do CDADC.

O art. 27.º, n.º 1 do CDADC dispõe que “[s] *alvo disposição em contrário, autor é o criador intelectual da obra*”. Ora, apesar da lei ser bastante restritiva no que respeita à proteção das obras geradas por computadores, ou seja, obras não-humanas, uma interpretação atualista do artigo em causa, leva-nos a abrir a possibilidade de através desta ressalva advogar pela possibilidade de configurar as obras geradas pelo computador como uma das exceções possíveis enquadráveis na primeira parte do artigo.

De facto, a doutrina tem interpretado esta ressalva de outra forma, nomeadamente no sentido de que a mesma é relativa não à autoria, mas sim à atribuição originária do Direito de Autor<sup>161</sup>. Contudo, não concordamos com este posicionamento. Quanto a nós, nada na lei fundamenta este posicionamento.

Outra questão prende-se com a atribuição de um direito pessoal de autor. Segundo a doutrina dominante, a consagração de um conteúdo pessoal de proteção, que visa a defesa da personalidade do criador intelectual da obra, representa o reconhecimento do sistema normativo que a obra é o produto de uma atividade humana<sup>162</sup>.

159. J. A. VIEIRA, “Obras Geradas por Computador e Direito de Autor”, *op. cit.*, p. 134.

160. J. A. VIEIRA, “Obras Geradas por Computador e Direito de Autor”, *op. cit.*, p. 135.

161. *Ibidem*.

162. J. A. VIEIRA, “Obras Geradas por Computador e Direito de Autor”, *op. cit.*, p. 136.

## VI. CRIAÇÃO “ARTIFICIAL” E A SUA PROTEÇÃO NO ÂMBITO DO DIREITO DE AUTOR

### 1. DESUMANIZAÇÃO DO CONCEITO DE OBRA

Neste momento, como constatamos *supra*, os sistemas de inteligência artificial já estão a criar trabalhos, novos e inovadores, no campo das artes plásticas, para além de outros campos que aqui não vamos tratar, como o design, a engenharia, a arquitetura, entre outros. Inclusivamente, existe já quem defenda que os sistemas de IA podem ir ainda mais longe do que replicar o estilo de uma pessoa<sup>163</sup>.

Como já identificámos, o regime de direitos de autor é um sistema de proteção de obras originais que se concentra, sobretudo, na atividade “criativa/intelectual” do criador quando ele ou ela compõe a obra em questão. Aqui os direitos de autor distinguem-se de outros direitos de propriedade intelectual, como seja, por exemplo, o Direito de Patentes e a Propriedade Industrial, porque nestes o foco reside no carácter objetivo da obra e não no seu carácter subjetivo, como acontece nos direitos de autor.

O conceito de “obra” adotado pelo regime de proteção de direitos de autor é um conceito fortemente antropocêntrico, centrado unicamente no ser humano. Deixando assim de lado a proteção de quaisquer trabalhos que não sejam resultantes do “espírito criador”, numa ideia romântica de que a personalidade do autor ínsita na obra é a única que carece de proteção legal.

Contudo, hoje, com o desenvolvimento de sistemas de inteligência artificial que mimetizam o cérebro humano e que, como tal, fazem com que a inteligência tenha de ser entendida não mais numa visão antropocêntrica restrita, mas numa visão global, de forma a incluir também os meios artificiais criados cientificamente para alcançar os mesmos resultados que aqueles realizados por seres humanos, nomeadamente no campo artístico. Coloca-se, necessariamente, a questão de saber se uma máquina pode aprender a ser criativa<sup>164</sup>.

Esta discussão poderia, por si só, ser tema de um trabalho, pelo que aqui apenas nos interessa demonstrar que, racionalmente, a criatividade, pode ser explicada para além do ser humano.

De facto, atualmente, a inteligência artificial permitiu que se desenvolvesse uma nova forma de arte: a arte criada por inteligência artificial. Nesse caso, a máquina não é uma mera ferramenta, comparável a um novo pincel, ajudando o artista a fazer coisas que ele poderia ter feito de qualquer maneira.

163. J. TURNER, *Robot Rules...*, *op. cit.*, p. 122.

164. M. DU SAUTOY, *The Creativity Code...*, *op. cit.*, p. 5.



Em vez disso, o trabalho não poderia ter sido feito, talvez até mesmo imaginado, sem o sistema de IA.

O conceito de “criatividade”, não é fácil de traduzir, por isso, geralmente é envolto numa mística de ligação intrínseca entre o ser humano e o resultado do seu trabalho, quando original e inovador. Contudo, se qualificarmos a “criatividade” de forma objetiva, chegaríamos à conclusão de que seria algo como a capacidade de produzir ideias ou artefactos novos, surpreendentes e valiosos. Considerado, geralmente, o ápice da inteligência humana, é necessário compreender como será que isso se configura para a inteligência artificial<sup>165</sup>.

Geralmente a doutrina tende a identificar três tipos de criatividade humana: combinatória, exploratória e/ou transformacional. Outra postura poder-se-ia adotar, mas, em suma, o que isto vai demonstrar é que a “criatividade artificial” poderá igualmente enquadrar-se dentro das mesmas “caixas” que a inteligência humana. Poderá, até, em alguns tipos específicos de criatividade ir além da capacidade do ser humano, devido às limitações naturais do ser humano.

Como tal, não questionamos a definição de criatividade, não obstante não afastarmos outras que possam auxiliar a compreensão desta atividade tão “única do ser humano”, mas que talvez hoje não seja, apenas, do ser humano, estendendo-se também à criatividade artificial.

Assim, na “criatividade combinatória”, as ideias familiares são combinadas de maneiras não familiares. Os exemplos incluem colagem visual, imagens poéticas e analogias científicas (o coração como uma bomba, o átomo como um sistema solar). A nova combinação oferece uma surpresa estatística: era improvável, como um jogador de fora vencendo o Derby. Mas é inteligível, muito valioso. O quão disponível depende de julgamentos de relevância<sup>166</sup>.

A “criatividade exploratória” é menos idiossincrática, pois explora alguma forma de pensar valorizada culturalmente. As regras estilísticas são usadas (em grande parte inconscientemente) para produzir a nova ideia - da mesma forma que a gramática gera novas frases. O artista/cientista pode explorar o potencial do estilo de forma inquestionável. Ou podem empurrá-lo e testá-lo deliberadamente, descobrindo o que ele pode ou não gerar. Pode até ser ajustado, alterando ligeiramente uma regra. A nova estrutura, apesar da sua novidade, será reconhecida como pertencente a uma família estilística familiar<sup>167</sup>.

165. M. A. BODEN, *Artificial Intelligence...*, *op. cit.*, p. 59.

166. M. A. BODEN, *Artificial Intelligence...*, *op. cit.*, p. 60; A. ELGAMMAL *et al.*, “CAN: Creative Adversarial Networks Generating “Art” by learning about styles and deviating from style norms”, <https://arxiv.org/pdf/1706.07068.pdf> (última visualização 06.07.2021).

167. M. A. BODEN, *Artificial Intelligence...*, *op. cit.*, p. 60; A. I. MILLER, *The Artist in the Machine...*, *op. cit.*, p. 122.



A “criatividade transformacional” é uma sucessora da criatividade exploratória, geralmente desencadeada pela frustração na época do estilo existente. Aqui, uma ou mais restrições estilísticas são radicalmente alteradas (descartadas, negadas, complementadas, substituídas, adicionadas, etc.), de modo que novas estruturas são geradas e que não poderiam ter sido geradas antes. Essas novas ideias são profundamente surpreendentes, porque parecem impossíveis. Muitas vezes, são inicialmente ininteligíveis, pois não podem ser totalmente compreendidas em termos da forma previamente aceite. No entanto, devem estar inteligivelmente próximas da forma de pensar anterior para serem aceites (às vezes, esse reconhecimento leva muitos anos)<sup>168</sup>.

Todos os três tipos de criatividade ocorrem na IA, geralmente com resultados atribuídos por observadores aos humanos. A criatividade da IA tem combinações dentro destes tipos, sendo, na maior parte das vezes, mais exploratória e/ou transformacional do que combinatória (simplesmente porque os programas de computador estão limitados à instrução recebida, mesmo que o resultado desta aplicação possa ser autônomo e fora do controle humano). Às vezes, pode corresponder, ou mesmo exceder, os padrões humanos<sup>169</sup>.

Como tal, parece-me que, melhor ou pior, a criatividade pode, sim, ser artificial. Portanto, a questão aqui não será se a obra criada por IA é obra ou não. A questão que se deve fazer é como desumanizar o conceito de obra, para que esta passe a compreender os vários tipos de criatividade realmente existentes, sem se cingir apenas ao tipo humano.

Existem vários elementos essenciais para a composição do Direito de Autor, de entre os quais salientamos: a obra e o autor. Ora, não faz sentido que a obra seja analisada sob o âmbito subjetivo, apenas transformando-a em meio de transmissão desse “espírito criativo humano” quando a análise subjetiva poderá ser garantida no enquadramento do conceito de autor, ao qual já iremos em seguida.

No conceito de obra o que deve estar em causa, quanto a nós, são os elementos marcantes que fazem com que determinado trabalho assuma características de tal modo distintivas que demonstrem a sua “originalidade”, aqui entendida no sentido de “original”.

Com isto, a obra ganha a relevância que realmente detém em sede de Direito de Autor, como protagonista da proteção. É sobre essa que incide a análise e não sobre a qualidade do sujeito.

Dessa forma, se a obra criada por um sistema de IA for “original”, não vemos nenhum inconveniente de a mesma ser considerada “obra de arte” para efeitos de uma eventual proteção em sede de Direitos de Autor.

168. M. A. BODEN, *Artificial Intelligence...*, *op. cit.*, p. 60.

169. A. ELGAMMAL *et al.*, “CAN: Creative Adversarial...”, *op. cit.*

Isto sozinho não resolve o problema da proteção das obras criadas por inteligência artificial em sede de Direitos de Autor em Portugal, mas já nos permite subir o primeiro patamar para esta proteção. Qualificamos a obra criada por inteligência artificial (incluindo robótica que utilize sistemas de IA) como “obra de arte”. Em seguida, importa compreender qualificar o autor da “obra de arte” criada por inteligência artificial.

Assim, *de iure constituendo*, muitas hipóteses poderiam surgir, das mais extraordinárias e inovadoras, àquelas que apenas “ficcionalizam” o sistema de IA, como humano, e com isso fazem aplicar diretamente todo o regime de proteção de Direitos de Autor, sem qualquer alteração e/ou interpretação necessária.

Aqui, pelo contrário, tentaremos delinear duas possíveis hipóteses de solução para esta problemática, adiantando desde já que este trabalho tem, sobretudo, como objetivo mostrar que juridicamente, desde que exista vontade e interesse da sociedade, sim, a inteligência artificial poderá ser protegida em sede de Direitos de Autor.

Ora, qualificada a obra criada por inteligência artificial como “obra de arte”, importa compreender quem será o autor e/ou o titular dos direitos atribuídos em sede de Direitos de Autor. Uma primeira hipótese, será no sentido de atribuir uma “nova” personalidade jurídica a estes entes eletrônicos –a chamada “Personalidade Jurídica Eletrônica” (conceito já assente na doutrina e que em favor do raciocínio iremos adotar sem levantar objeções conceptuais)– no sentido de se referir à personalidade jurídica do sistema de inteligência artificial. Isto fundamentar-se-ia, sobremaneira, no facto de, na prática, sem uma nova regra para atribuir obras ou descobertas de IA a uma pessoa jurídica existente, como um ser humano ou uma empresa, as leis atuais são manifestamente inadequadas para acomodar e proteger as criações da IA. Esta lacuna na proteção legal pode, por sua vez, desencorajar o desenvolvimento de IA criativa em circunstâncias em que os investidores não têm certeza de quem, se alguém, seria o proprietário destas criações<sup>170</sup>. Dessa forma, os sistemas de inteligência artificial ou robots, como a Ai-Da, poderão ser considerados artistas, escritores, músicos, por direito próprio<sup>171</sup>.

Por outro lado, porque de facto atribuir personalidade jurídica a sistemas de IA poderá ainda ser uma solução que carecerá, porventura, de maior maturidade dos sistemas de IA e, sobretudo, do regime de Direitos de Autor – e isso demorará alguns anos. Outra hipótese que assinalamos, mais pragmática, será a extensão da proteção atribuída em sede de Direitos de Autor ao programa de computador, também à obra gerada por este programa utilizando sistemas de inteligência artificial. Nesse caso, quem detivesse os direitos de autor

170. J. TURNER, *Robot Rules...*, *op. cit.*, p. 128.

171. A. I. MILLER, *The Artist in the Machine...*, *op. cit.*, p. 122.

relacionados com o programa de computador utilizado para configurar a Ai-Da seria o titular, também, dos direitos associados à obra por esta gerada.

## 2. HIPÓTESE 1: PERSONALIDADE JURÍDICA ELETRÓNICA

De acordo com a legislação portuguesa, e de igual modo no âmbito do Direito Europeu, as obras literárias e artísticas originais são cobertas por várias proteções de direitos autorais, que concedem certos direitos ao seu autor.

Assim, o primeiro proprietário dos direitos autorais é o autor. A legislação relevante e a jurisprudência pressupõem implicitamente que o autor é uma pessoa jurídica (singular ou coletiva). Afinal, a propriedade de uma obra original pode ser convencionada por uma relação de trabalho ou outra relação contratual, mas a questão é que, em termos legais, a propriedade dos direitos autorais sempre pressupõe que o criador também é uma entidade capaz de deter direitos<sup>172</sup>.

Atribuir direitos a sistemas de IA, ou a robots, pode parecer, à partida, caricato, uma vez que estamos acostumados a pensar nos direitos unicamente como atributos de pessoas. Existem, de facto, muitas vozes contrárias a esta posição<sup>173</sup>. E vários são os argumentos utilizados para a negação, muitas vezes acérrima (e cega) desta atribuição.

Aqui, vamos tentar analisar, sob uma perspetiva técnico-jurídica, quais as vantagens e desvantagens que a atribuição de direitos a sistemas de IA, e a robots, no caso de obras criadas pelos mesmos, e da respetiva proteção no seio do Direito de Autor.

Assim, ao lado da personalidade jurídica reconhecida a todas as pessoas singulares (seres humanos nascidos completamente e com vida), o nosso direito civil, verificados certos requisitos, atribui personalidade jurídica às chamadas pessoas coletivas.

As pessoas coletivas tornam-se centros de uma esfera jurídica própria, autónoma em relação ao conjunto dos direitos e deveres encabeçados pessoalmente nos seus membros. Possuem um património próprio, separado do das pessoas singulares ligadas à pessoa coletiva. São titulares de direitos e destinatários de deveres jurídicos, adquirem direitos e assumem obrigações através da prática de atos jurídicos, realizados em seu nome pelos seus órgãos<sup>174</sup>.

172. J. TURNER, *Robot Rules...*, *op. cit.*, p. 123.

173. Numa postura contrária, ver J. J. BRYSON *et al.*, “Of, For and by the people: the legal lacuna of synthetic persons”, *Artif Intell Law*, 25, 2017, pp. 275-291, <https://link.springer.com/article/10.1007%2Fs10506-017-9214-9> (última visualização 06.07.2021).

174. C. A. DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.<sup>a</sup> edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2.<sup>a</sup> reimpressão, 2012, p. 138.

Vários foram, ao longo dos tempos, os argumentos utilizados para fundamentar a atribuição da personalidade coletiva, desde a teoria da ficção de SAVIGNY e WINDSCHEID, à teoria organicista ou realista de OTTO VON GIERKE. Contudo, aquela que tem obtido convergência na doutrina, e que nos parece mais racional, é aquela que entende que, de facto, para atribuir personalidade jurídica aos entes coletivos, o direito civil não carece de fingir estar perante uma pessoa “física” ou singular. Defende, assim, que a personalidade jurídica, quer a das pessoas físicas, quer a das pessoas coletivas, é um conceito jurídico. É uma criação do espírito humano no campo do direito, em ordem à realização de fins jurídicos<sup>175</sup>. A personalidade jurídica é, como a entendemos, um conceito técnico-jurídico, logo é algo que os humanos criam por meio de sistemas legais para salvaguardar os seus interesses. Como tal, podemos decidir quando deve ser atribuída e qual o seu conteúdo deve ser<sup>176</sup>.

Atualmente, a discussão relativa à autoria e/ou titularidade de direitos de autor no âmbito das obras geradas por IA coloca vários problemas, mas como vimos, para ultrapassá-los será necessário *de iure condendo* adotar soluções novas e inovadoras que consigam dar resposta às problemáticas resultantes do estado atual da arte em matéria de inteligência artificial.

Antes de pensar como configurar uma possível solução, primeiro, importa compreender como fundamentar a atribuição de direitos aos sistemas de IA no âmbito da proteção por direitos de autor.

Sugerir que os robots merecem direitos pode ser recebido com desdém. Mas devemos lembrar que os proponentes de direitos dos animais e de direitos humanos universais enfrentaram, inicialmente, exatamente a mesma reação. Os direitos morais não são iguais aos direitos legais, embora a proteção da lei ocorra, muitas vezes, logo após a sociedade ter reconhecido um argumento moral para proteger algo<sup>177</sup>. Vamos, então, compreender qual argumento poderá ser utilizado para fundamentar a atribuição de Direitos de Autor a sistemas de IA e a robots.

A atribuição de direitos a robots não se pode dizer que seja, neste momento, uma inovação. Contudo, no que respeita a Direitos de Autor, o caminho parece ser longo<sup>178</sup>.

175. C. A. DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, *op. cit.*, pp. 140-141.

176. M. MIRANDA BARBOSA, “Inteligência Artificial, E-Persons e Direito: Desafios e Perspectivas”, *RJLB*, Ano 3, 2017, n.º 6, pp. 1475-1503, p. 1476, [http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/6/2017\\_06\\_1475\\_1503.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/6/2017_06_1475_1503.pdf) (última visualização 06.07.2021).

177. J. TURNER, *Robot Rules...*, *op. cit.*, p. 170.

178. L. B. SOLUM, “Legal Personhood for Artificial intelligences”, *Illinois Public Law and Legal Theory*, Research Paper Series, n.º 09-13, March 20, 2008, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1108671](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1108671) (última visualização 06.07.2021).

No entanto, talvez seja interessante compreendermos os antecedentes desta discussão de atribuição, ou não, de direitos a sistemas de IA, nomeadamente robots, bem como compreender o racional que está por detrás de algumas das soluções adotadas.

Em termos gerais existem duas justificações potenciais para a concessão de direitos a sistemas de IA: a justificação moral e a justificação pragmática.

Não parece que a tecnologia ou a sociedade estejam num estágio em que os direitos morais para a IA sejam reconhecidos. Portanto, resta-nos focar nas justificações pragmáticas. Neste contexto, definimos uma solução pragmática como aquela em que foram acordados objetivos para ser alcançados de forma confiável por um mecanismo particular. Para tal, importa especificar quais são os objetivos do sistema jurídico em relação a que robots a personalidade jurídica deve ser atribuída.

A personalidade jurídica para a IA deve ser medida da seguinte forma: (a) manter a integridade do sistema jurídico como um todo e (b) defender os interesses dos humanos. Para evitar dúvidas, o termo “interesses” refere-se a reivindicações económicas. O ato de defender os interesses dos humanos é menos restrito e, assim, defende-se a instituição da personalidade jurídica separada, fundamental para a maioria das economias avançadas<sup>179</sup>.

Em outubro de 2017, a Arábia Saudita concedeu “cidadania” a uma robot humanoide chamada Sophia<sup>180</sup>. Este episódio, não obstante ter sido objeto de variada crítica devido ao baixo estatuto atribuído à mulher humana neste país, é significativo porque foi a primeira vez que um país pretendeu conceder a um robot ou entidade de IA qualquer forma de personalidade jurídica própria. Poucos dias depois, o distrito de Shibuya, em Tóquio, anunciou que havia sido concedida “residência” a um sistema de IA<sup>181</sup>.

A personalidade jurídica para IA não é mais apenas uma questão para debates académicos, dado que o questionamento relativamente à personalidade jurídica desses agentes de IA, vem inclusivamente sendo discutida ao nível europeu.

Nesse sentido, a Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica, insta a Comissão a explorar, analisar e ponderar, na avaliação de impacto que fizer do seu futuro instrumento legislativo, sobre as implicações de todas as soluções jurídicas possíveis, tais como:

179. J. TURNER, *Robot Rules...*, *op. cit.*, p. 184.

180. <https://www.hansonrobotics.com/sophia/>, (última visualização 06.07.2021).

181. J. TURNER, *Robot Rules...*, *op. cit.*, p. 173.

*“Criar um estatuto jurídico específico para os robots a longo prazo, de modo a que, pelo menos, os robots autónomos mais sofisticados possam ser determinados como detentores do estatuto de pessoas eletrónicas responsáveis por sanar quaisquer danos que possam causar e, eventualmente, aplicar a personalidade eletrónica a casos em que os robots tomam decisões autónomas ou em que interagem por qualquer outro modo com terceiros de forma independente”*<sup>182</sup>.

Nesse sentido, o Relatório do Comité dos Assuntos Jurídicos, do Parlamento Europeu, com recomendações à Comissão em matéria de Direito Civil sobre Robótica, de 2016<sup>183</sup>, IA também neste sentido e acrescentava: *“a autonomia de um robot pode ser definida como a capacidade de tomar decisões e implementá-las no mundo exterior, independentemente de controle ou influência externa”*. “[Q]uanto mais autónomos os robots são, menos podem ser considerados ferramentas simples nas mãos de outros atores (como o fabricante, o proprietário, o usuário, etc.)”.

Quanto a nós, uma vez identificado que as obras criadas por IA poderão ser qualificadas como obra, caso se opere à desumanização do conceito de obra, em seguida, para garantir uma efetiva proteção das mesmas será necessário tratar da atribuição da personalidade eletrónica aos sistemas de IA. A criação da personalidade jurídica eletrónica permitirá atribuir direitos na sequência das obras criadas pelos sistemas de IA.

No que respeita, em particular, aos direitos de autor, as recomendações de 2016 dispunham que: *“observa que não existem disposições legais que se apliquem especificamente à robótica, mas que os regimes jurídicos e doutrinas existentes podem ser facilmente aplicados à robótica, embora alguns aspetos pareçam necessitar de consideração específica; exorta a Comissão a apresentar uma abordagem equilibrada dos direitos da propriedade intelectual quando aplicados a normas de hardware e software e códigos que protegem a inovação e, ao mesmo tempo, promovem a inovação; insta a Comissão a elaborar critérios para uma ‘criação intelectual própria’ para obras sujeitas a direitos de autor produzidas por computadores ou robots”*.

Ora, quanto a isso, antes de partirmos para a compreensão dos contornos desta personalidade jurídica, importa ressaltar que no nosso ordenamento jurídico, a titularidade de direitos e deveres não é atributo exclusivo das pessoas (humanas), pois existem uma série de figuras jurídicas criadas de forma abstrata que, hoje, são possuidoras de personalidade jurídica, como sejam as pessoas coletivas, massa insolvente, herança jacente, condomínio, entre outros.

182. Cfr: Ponto 59., al. f), da Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica.

183. European Parliament, Committee on Legal Affairs, Draft Report with recommendations to the Commission on Civil Law rules on Robotics [2015/2013(INL)], [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html) (última visualização 06.07.2021).

No que respeita aos Direitos de Autor, como vimos *supra*, a proteção atribuída engloba normalmente direitos patrimoniais e direitos pessoais. Contudo, verificamos que existem, já, situações em que apenas são atribuídos direitos patrimoniais, de modo a garantir a segurança jurídica na exploração econômica da obra. Ora, aqui seria exatamente este o caso.

Não advogamos, como é óbvio, a atribuição de direitos pessoais aos robots na sequência das obras por si criadas, mesmo com aparência humanoide, como a Ai-Da: os robots não são pessoas<sup>184</sup>. Fazê-lo seria uma desvirtuação dos principais elementares do nosso ordenamento jurídico.

Contudo, já não nos parece chocar, nem mesmo os mais conservadores, a possibilidade da atribuição de uma personalidade jurídica com direitos limitados, por exemplo, aos direitos patrimoniais<sup>185</sup>.

Conceder personalidade jurídica a algo não significa necessariamente que a entidade em questão pode tomar decisões por si própria. Pelo contrário, pessoas jurídicas não humanas geralmente só podem agir sob a orientação de tomadores de decisão humanos. A título de exemplo, uma empresa toma decisões por meio de seu conselho de administração ou, às vezes, por instrução direta dos seus acionistas. Os diretores e acionistas da empresa podem ser corporações, mas no topo da cadeia há invariavelmente pelo menos um tomador de decisões humano.

Como ser titular de direitos e exercer esse direito são faculdades distintas, seria possível que uma IA tivesse sua própria personalidade jurídica, mas permanecesse sob o controle de humanos, como qualquer outro veículo corporativo de propósito especial<sup>186</sup>.

Assumindo que a IA adquire personalidade jurídica eletrônica, como referimos, esta personalidade terá assim contornos limitados. Como tal, importará compreender como poderão os direitos atribuídos à máquina serem exercidos. A forma mais racional será ultrapassar a incapacidade de exercício, natural, dos sistemas de IA, com a intervenção de uma pessoa singular ou coletiva, com poderes de representação – que poderá ser o proprietário do sistema de IA, o programador, ou outra entidade que apresente especial relação com a máquina e a quem a lei atribua esta obrigação de “guarda”<sup>187</sup>.

184. S. M. C. AVILA NEGRI, “Robôs como pessoas: a personalidade eletrônica e na inteligência artificial”, in *Pensar, Revista de Ciências Jurídicas*, 2020, <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/10178> (última visualização 06.07.2021).

185. R. ABBOT, “I Think, therefore I Invent: Creative Computers and the future of Patent Law”, *BCLR*, vol. 57, iss. 4, 2016, p. 1098, <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol57/iss4/2> (última visualização 06.07.2021).

186. J. TURNER, *Robot Rules...*, *op. cit.*, pp. 181 ss.

187. R. ABBOT, “I Think, therefore I Invent...”, *op. cit.*



### 3. HIPÓTESE 2: EXTENSÃO DA PROTEÇÃO DOS PROGRAMAS DE COMPUTADOR

Às vezes, o computador gera a obra de forma totalmente independente, executando o programa escrito pelo artista. O ordenamento jurídico português, à semelhança de outros, não tem uma resposta a essas situações<sup>188</sup>.

Como refere Oliveira Ascensão, “*os programas são normalmente designados como sendo as instruções para a máquina*”<sup>189</sup>. Na Lei n.º 252.º/94, de 20 de outubro, que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 91/250/CEE, do Conselho, de 14 de Maio, relativa ao regime de proteção jurídica dos programas de computador, no seu art. 1.º, n.º 2 dispõe-se, quanto aos programas de computador, que “[a]os programas de computador que tiverem carácter criativo é atribuída protecção análoga à conferida às obras literárias”.

Verificando-se, neste caso, o reconhecimento de uma expressão formal identificável como elemento distintivo digno de tutela sob o direito de autor.

As legislações nacionais e as convenções internacionais não dão a noção de programa de computador, assumindo-a como “adquirida”. Contudo, o parágrafo 17, secção 101, do Código dos Estados Unidos define programa de computador como uma “*série de declarações ou instruções que são usadas directa ou indirectamente num computador em ordem a obter um determinado resultado*”<sup>190</sup>. E nos manuais de informática as definições de programa de computador apresentam todas uma grande similitude com esta.

Podemos assentar que aquela noção se consubstancia numa pré-listagem de instruções que precede a introdução dos dados, instruções essas que são destinadas a orientar a ação do computador relativamente ao material informativo que se pretende que seja processado.

De acordo com a melhor técnica, decidiu-se criar um diploma próprio onde se condensem todas as normas específicas de proteção dos programas de computador, ao invés de se proceder a alterações no Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos.

Na verdade, os conceitos nucleares de proteção dos programas de computador transportam novas realidades que não são facilmente subsumíveis às

188. C. SAIZ GARCÍA, “Las obras creadas por sistemas de inteligencia artificial y su protección por el derecho de autor”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2019, pp. 26 ss., <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6831598> (última visualização 06.07.2021).

189. J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, op. cit., p. 76.

190. A “computer program” is a set of statements or instructions to be used directly or indirectly in a computer in order to bring about a certain result, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/17/101> (última visualização 06.07.2021).



existentes no Direito de Autor, muito embora a equiparação a obras literárias possa permitir, pontualmente, uma aproximação.

A proteção atribuída ao programa de computador incide sobre a sua expressão, sob qualquer forma. Esta tutela não prejudica a liberdade das ideias e dos princípios que estão na base de qualquer elemento do programa ou da sua interoperabilidade, como a lógica, os algoritmos ou a linguagem de programação<sup>191</sup>.

Nesse caso, aplicam-se ao programa de computador as regras sobre autoria e titularidade vigentes para o direito de autor. Com efeito, o programa que for realizado no âmbito de uma empresa presume-se obra coletiva. E, quando um programa de computador for criado por um empregado no exercício das suas funções, ou segundo instruções emanadas do dador de trabalho, ou por encomenda, pertencem ao destinatário do programa os direitos a ele relativos, salvo estipulação em contrário ou se outra coisa resultar das finalidades do contrato<sup>192</sup>.

Consagra-se o princípio fundamental segundo o qual os direitos de autor são originariamente adquiridos pelo trabalhador-criador, sendo, depois, derivadamente, os direitos de natureza económica, na ausência de disposição contratual em contrário, transmitidos ao empregador, transmissão esta que opera, respetivamente, seja nos termos de uma licença legal exclusiva, na conceção monista germânica, seja na conceção dualista do *droit d'auteur*, nos termos de uma cessão legal ou “aquisição derivada automática”.

Assim, a Directiva n.º 91/250/CEE ao estatuir, nos termos do seu art. 3.º, n.º 3, que, quando um programa de computador for criado no quadro do exercício das funções de um trabalhador por conta de outrem ou segundo instruções emanadas pelo empregador, é o “destinatário do programa” –o empregador ou o cliente que encomendou– a entidade habilitada a exercer os direitos relativos ao programa, salvo se houver estipulação em contrário ou se outra coisa resultar das finalidades do contrato, atribui, inequivocamente, os direitos autorais originariamente à empresa<sup>193</sup>.

De igual modo, este raciocínio poderia ser extensível às obras criadas por programas de computador de inteligência artificial. Nesses casos, para proteger as obras criadas por IA bastaria uma interpretação atualista do disposto na Lei n.º 252.º/94, de 20 de outubro, de modo a conferir uma proteção análoga às conferidas às obras criadas por humanos às obras criadas por programas de computador no uso de IA. Assim, da mesma forma que a autoria do programa

191. Cfr: art. 2.º da Lei n.º 252.º/94, de 20 de outubro.

192. Cfr: art. 3.º da Lei n.º 252.º/94, de 20 de outubro.

193. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 113/13.YHLSB-A. L1-6, de 16.01.2014.

é atribuída, salvo disposição em contrário, a entidade habilitada a exercer os direitos relativos ao programa, por maioria de razão, será esta mesma entidade a usufruir dos Direitos de Autor atribuídos às obras criadas pelo programa de computador.

Esta solução vai ao encontro dos objetivos de harmonização do regime pretendido em sede de legislação europeia de proteção de Direitos de Autor.

## VII. CONCLUSÃO: DO DIREITO DE AUTOR *DE IURE CONSTITUENDO*

Na realidade, atribuir personalidade jurídica eletrónica aos sistemas de IA não resolve, ainda, o problema da proteção das obras criadas pelos mesmos no âmbito do Direito de Autor em Portugal. Para tal, será necessário promover uma reconfiguração do direito de autor *de iure constituendo* no sentido de operacionalizar a proteção jurídica conferida pela desumanização do conceito de obra e pela atribuição de personalidade jurídica eletrónica aos sistemas de IA.

É necessário identificar quem deterá a qualidade de autor e a quem serão atribuídos os direitos de autor correspondentes<sup>194</sup>. E aqui, parece-nos que a única solução será atribuir a qualidade de autor ao sistema de IA (que munido de personalidade jurídica eletrónica poderá ser titular de direitos e deveres). Contudo, o exercício desses direitos será realizado por pessoa singular ou coletiva, que subsidie ou financie por qualquer forma, total ou parcialmente, a preparação, conclusão, divulgação ou publicação de uma obra criada por inteligência artificial ou por quem detenha a propriedade sobre o sistema de IA.

Os sistemas jurídicos atuais são pouco adequados para tratar da questão de saber como os frutos da criatividade da IA devem ser distribuídos. As instituições existentes, como a proteção da propriedade intelectual, bem como as leis de liberdade de expressão e discurso de ódio, não foram adaptadas para abranger situações em que o criador de uma produção significativa não é uma pessoa jurídica reconhecida.

Permitir que a IA detenha propriedade resolveria as questões levantadas em relação à propriedade da obra de arte da qual a IA é a criadora. Na medida em que os atos relevantes de criatividade fossem divididos entre humanos e IA, os direitos de propriedade intelectual poderiam ser compartilhados de acordo, da mesma forma que o é entre vários criadores humanos no momento<sup>195</sup>.

194. D. J. GERVAIS, "The Machine as Author", in *Vanderbilt University Law School, Legal Studies Research Paper Series*, 19-35, Iowa Law Review, Vol. 105, 2019, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3359524](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3359524) (última visualização 06.07.2021).

195. J. TURNER, *Robot Rules...*, *op. cit.*, p. 188.

Do exposto, parece-me evidente que o Direito de Autor terá, necessariamente, que reconfigurar os seus paradigmas e evoluir no sentido da proteção das obras criadas por IA. Terá que largar as amarras personalistas que envolvem a figura do autor e preocupar-se com a necessidade de garantir segurança jurídica não apenas do autor, mas também de inúmeros outros pretendentes<sup>196</sup> à proteção exclusiva conferida pelo Direito de Autor<sup>197</sup>.

Não obstante, para quem entenda que esta solução poderá ser demasiado arrojada, neste momento. Propomos uma segunda hipótese de configuração do sistema de Direitos de Autor de modo a enquadrar as obras criadas por IA através da extensão dos Direitos de Autor atribuídos aos programas de computador, também, às obras por este criadas. Esta solução, a nosso ver, intermédia, não é perfeita, porquanto como verificamos *supra* os sistemas de IA são compostos por vários elementos que na sua integralidade garantem a “autonomia” que o caracteriza, pelo que, dar protagonismo apenas ao “programa de computador”, seria algumas situações redutor da verdadeira capacidade dos sistemas em causa.

Contudo, a verdade é que neste momento já existem obras criadas por IA que, simplesmente, não obtêm qualquer tipo de proteção exclusiva do Direito de Autor, porque são obras que não são consideradas “obras”. Quanto a nós, isso já não pode ser tolerado pelo direito. Estas obras não devem ser tratadas como obras de segunda, ao invés, são obras originais, como vimos, desenvolvidas por um sistema de IA autónomo do ser humano, o que evidencia a sua atividade de criação própria, não obstante ser fruto de inteligência artificial. Logo, deverão ser protegidas em sede de Direitos de Autor, seja através das possíveis soluções que propomos, seja através de qualquer outra forma de proteção efetiva das mesmas.

### VIII. BIBLIOGRAFIA

ABBOT, R.: “I Think, Therefore I Invent: Creative Computers And The Future Of Patent Law”, 57 *B.C.L. Rev.* 1079 (2016), p. 1098, <http://Lawdigitalcommons.Bc.Edu/Bclr/Vol57/Iss4/2>.

AKESTER, P.: *Direito de Autor em Portugal, nos Palop, na União Europeia e nos Tratados Internacionais*, Almedina, Coimbra, 2013.

ANTUNES, H. Sousa: *Direito e Inteligência Artificial*, Universidade Católica Editora, Coimbra, 2020.

196. D. GLASSER, “Copyright in Computer-Generated works: Whom, if Anyone, Do We Reward?”, *Duke Law & Technology Review*, 2001, <https://scholarship.law.duke.edu/dltr/vol1/iss1/24/> (última visualização 06.07.2021).

197. J. OLIVEIRA ASCENSÃO, “Direito de Autor sem Autor e sem Obra”, in *ARS IVDICANDI, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Vol. II: Direito Privado, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 87-108, p. 106.

- ASCENSÃO, J. Oliveira: “Direito de Autor sem Autor e sem Obra”, *Ars Iudicandi, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Vol. II: Direito Privado, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- ASCENSÃO, J. Oliveira: *Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992.
- BARBOSA, M. Miranda: “Inteligência Artificial, E-Persons E Direito: Desafios E Perspectivas”, *Rjlb*, Ano 3, 2017, N.º 6, pp. 1475-1503, p. 1476, [http://www.Cidp.Pt/Revistas/Rjlb/2017/6/2017\\_06\\_1475\\_1503.Pdf](http://www.Cidp.Pt/Revistas/Rjlb/2017/6/2017_06_1475_1503.Pdf).
- BODEN, M. A.: *Artificial Intelligence. A Very Short Introduction*, Oxford University Press, United Kingdom, 2018.
- BRYSON, J. J. et al.: “Of, for and by The People: The Legal Lacuna of Synthetic Persons”, *Artif Intell Law* (2017) 25:275-291, <https://Link.Springer.Com/Article/10.1007%2fs10506-017-9214-9>.
- BUYERS, J.: *Artificial Intelligence. The Practical Legal Issues*, Law Brief Publishing, Somerset, 2018.
- DENICOLA, R. C.: “Ex Machina: Copyright Protection for Computer-Generated Works”, *Rutgers University Law Review*, Vol. 69:251, pp. 251-287.
- DUBOFF, L. D., KING, C. A., MURRAY, M. D.: *Art Law in a Nutshell*, 5th Edition, West Academic Publishing, United States, 2017.
- DUGAL, P.: *Artificial Intelligence Law*, 2017 Edition.
- DU SAUTOY, M.: *The Creativity Code*, 4th Estate, London, 2020.
- DU SAUTOY, M.: *The Creativity Code, How AI Is Learning to Write, Paint and Think*, Cpi Group, Lda, United Kingdom, 2019.
- ELGAMMAL, A. LIU, B., ELHOSEINY, M., MAZZONE, M.: “Can: Creative Adversarial Networks Generating ‘Art’ By Learning About Styles And Deviating From Style Norms”, en <https://arxiv.org/abs/1706.07068>.
- GERVAIS, D. J.: “The Machine as Author”, *Iowa Law Review*, Vol. 105, 2019, [https://Papers.Ssrn.Com/Sol3/Papers.Cfm?Abstract\\_Id=3359524](https://Papers.Ssrn.Com/Sol3/Papers.Cfm?Abstract_Id=3359524).
- GLASSER, D.: “Copyright In Computer-Generated Works: Whom, If Anyone, Do We Reward?”, *2001 Duke L & Tech. Rev.* 0024, <https://Scholarship.Law.Duke.Edu/Dltr/Vol1/Iss1/24/>.
- JOHNSON, D. E.: “Statute of Anne-Imals: Should Copyright Protect Sentient Nonhuman Creators?”, *15 Animal L.* 15, 2008, p. 15, <https://www.Animallaw.Info/Article/Statute-Anne-Imals-Should-Copyright-Protect-Sentient-Nonhuman-Creators>.

- JONES, M. E.: *Art Law, a Concise Guide for Artists, Curators and Art Educators*, Rowman & Littlefield, United Kingdom, 2016.
- KEARNS, P.: *The Legal Concept of Art*, Hart Publishing, Oxford, 1998.
- LEITÃO, L. M. T. Menezes: *Direito de Autor*, 3.<sup>a</sup> Edição, Almedina, Coimbra, 2020.
- MELLO, A. de Sá e: *Manual De Direito de Autor e Direitos Conexos*, 3.<sup>a</sup> Edição Reformulada, Atualizada e Ampliada, Almedina, Coimbra, 2019.
- MILLER, A. I.: *The Artist In The Machine. The World Of Ai-Powered Creativity*, The MIT Press, United States, 2019.
- MILLER, A. R.: “Copyright Protection For Computer Programs, Databases, And Computer Generated Works: Is Anything New Since Contu?”, *Harvard Law Review*, Vol. 106:977, pp. 982 ss., <https://Www.Jstor.Org/Stable/1341682?Seq=1>.
- NEGRI, S. M. C. Avila: “Robôs como Pessoas: A Personalidade Eletrônica e na Inteligência Artificial”, *Pensar, Revista de Ciências Jurídicas*, 2020, <https://Periodicos.Unifor.Br/Rpen/Article/View/10178>.
- PINTO, C. A. da Mota: *Teoria Geral Do Direito Civil*, 4.<sup>a</sup> edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, 2.<sup>a</sup> Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.
- QI, A. N. W. *et al.*: “Design and Development of a Mechanism of Robotic Arm for Lifting” Part1, 2015, [https://www.Researchgate.Net/Publication/289893486\\_Design\\_And\\_Development\\_Of\\_A\\_Mechanism\\_Of\\_Robotic-Arm\\_For\\_Lifting\\_Part1/Citation/Download](https://www.Researchgate.Net/Publication/289893486_Design_And_Development_Of_A_Mechanism_Of_Robotic-Arm_For_Lifting_Part1/Citation/Download).
- REIS, D., SERAFINO, A. Teresa: “Direito de Autor e Obra de Arte”, *Arte e Direito*, Coleção PLML, Almedina, Coimbra 2016.
- RÍOS RUIZ, W. R.: “Los sistemas de inteligencia artificial y de la propiedad intelectual de las obras creadas, producidas o generadas mediante ordenador”, *Revista La Propiedad Inmaterial*, <https://Dialnet.Unirioja.Es/Servlet/Articulo?Codigo=3985784>.
- ROCHA, M. Victória: “Contributos para a Delimitação da ‘Originalidade’ como Requisito de Proteção da Obra pelo Direito de Autor”, <https://www.ApdI.Pt/Publicacoes-E-Artigos/Artigos-2/>.
- SAIZ GARCÍA, C.: “Las obras creadas por sistemas de inteligencia artificial y su protección por el derecho de autor”, *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, Enero 2019. <https://Dialnet.Unirioja.Es/Servlet/Articulo?Codigo=6831598>.

- SCHIRRU, L.: *Inteligência Artificial e o Direito Autoral: O Domínio Público em Perspectiva*, [https://www.Academia.Edu/38694188/Intelig%C3%8ancia\\_Artificial\\_E\\_O\\_Direito\\_Autoral\\_O\\_Dom%C3%8dnio\\_P%C3%9ablico\\_Em\\_Perspectiva](https://www.Academia.Edu/38694188/Intelig%C3%8ancia_Artificial_E_O_Direito_Autoral_O_Dom%C3%8dnio_P%C3%9ablico_Em_Perspectiva).
- SERAFINO, A. Teresa *et al.*: *Arte e Direito*, Coleção PIMJ, Almedina, Coimbra, 2016.
- SILVA, N. Sousa e: *Uma Introdução ao Direito de Autor Europeu*, disponível em [https://Ptes.Pt/Public/Wax\\_Publications/Roa-Nunosousaesilva.Pdf](https://Ptes.Pt/Public/Wax_Publications/Roa-Nunosousaesilva.Pdf).
- SOLUM, L. B.: “Legal Personhood for Artificial Intelligences”, *Illinois Public Law And Legal Theory, Research Paper Series*, N.º 09-13, March 20, 2008, [https://Papers.Ssrn.Com/Sol3/Papers.Cfm?Abstract\\_Id=1108671](https://Papers.Ssrn.Com/Sol3/Papers.Cfm?Abstract_Id=1108671).
- TURNER, J.: *Robot Rules, Regulating Artificial Intelligence*, Palgrave Macmillan, Switzerland, 2019.
- VICENTE, D. Moura: “Inteligência Artificial E Iniciativas Internacionais”, *Inteligência Artificial & Direito*, Coordenação de Manuel Lopes Rocha e Rui Soares Pereira, Colaboração Ana Coimbra Trigo, Almedina, Coimbra, 2002.
- VIEIRA, J. Alberto: “Inteligência Artificial e Direito de Autor”, *Inteligência Artificial & Direito*, Coordenação de Manuel Lopes Rocha e Rui Soares Pereira, Colaboração Ana Coimbra Trigo, Almedina, Coimbra, 2020.
- VIEIRA, J. Alberto: “Obras Geradas por Computador e Direito de Autor”, *Direito da Sociedade da Informação*, Volume II, Coimbra Editora, Coimbra 2001, pp. 113-144.
- WACHOWICZ, M., PEREIRA, A. L. Dias, LANA, P. Perdigão: *Novos Direitos Intelectuais: Estudos Luso-Brasileiros Sobre A Propriedade Intelectual, Inovação E Tecnologia*, Gedai, Curitiba, 2019, <https://www.Gedai.Com.Br/Novos-Direitos-Intelectuais-Estudos-Luso-Brasileiros-Sobre-Propriedade-Intelectual-Inovacao-E-Tecnologia/>.
- WOOLDRIDGE, M.: *The Road to Conscious Machines. The Story of AI*, A Pelican Book, Great Britain, 2020.
- YAMAMOTO, T. B.: “AI Created Works And Copyright”, *Patents & Licencing*, Vol. 48, N.º 1, 2018.

# Las fallas de Valencia como paradigma de obra plástica efímera y consecuencias jurídicas asociadas a esta naturaleza

## Las Fallas de Valencia as a paradigm of ephemeral plastic work and legal consequences associated with this nature

ARTURO IBORRA PERALES

*Abogado experto en propiedad intelectual*

### Resumen

Las Fallas de Valencia son una festividad que hunde sus raíces en los ritos ígneos que se celebraban en la zona de levante español desde antes del siglo XVIII. Si bien inicialmente se trataba de meras hogueras, con el paso del tiempo se fueron incluyendo elementos artísticos cada vez más complejos hasta las creaciones policromáticas actuales.

Los fines de esta fiesta tienen que ver con la denuncia ciudadana de los excesos del poder mediante la sátira expresada en las composiciones de los *ninots*, así como en su fin redentor por las llamas durante la *Cremà*.

Hay que diferenciar conceptualmente la festividad (Fallas) de los elementos de la obra plástica resultante (el conjunto de *ninots*), que también reciben el nombre anterior (fallas). Si nos centramos en las Fallas en su conjunto, podemos entrever todo tipo de manifestaciones artísticas más allá de los monumentos escultóricos: las obras literarias que componen los carteles, una indumentaria específica, el uso repetido de la pólvora, la música y gastronomía callejeras o, por ejemplo, los diseños florales para elaborar el manto de la Virgen. Todas estas manifestaciones artísticas pueden ser objeto de



protección por diversas fuentes legislativas, pero también son protegibles por otros bloques del ordenamiento jurídico al tratarse de expresiones populares del folklore, confluyendo regulaciones sobre protección del patrimonio inmaterial y bienes de interés cultural.

El régimen de autoría de las fallas suele ser el de obra en colaboración (aunque no puede descartarse el régimen colectivo si la Comisión Fallera adquiere el papel de impulsora), interviniendo en su elaboración un variado abanico de sujetos de diversos sectores profesionales. Consecuencia inevitable de ello es que todos sus participantes posean originariamente facultades y derechos sobre la obra, si bien la LPI permite los pactos de asunción de derechos en las proporciones consensuadas, fruto del principio de autonomía de la voluntad. No obstante, los trabajadores suelen ceder sus derechos de autor al artista fallero que dirige los trabajos esenciales de la obra, que a su vez se los cede a la Comisión (pudiendo esta a su vez encargar su gestión colectiva voluntaria a VEGAP o a otras entidades).

Las principales obras resultantes son los *ninots* (obra plástica) y los poemas (obras literarias), que componen un todo tras la *Plantà*. En principio, nada obstaría a que el autor literario pudiese explotar separadamente su aportación tal y como permite la LPI, dentro de los límites señalados (cuando no se cause un perjuicio al conjunto de la obra).

Las obras preparatorias son los bocetos, los diseños gráficos y las maquetas. Aunque estas composiciones se realizan como antesala a la falla final, no debe olvidarse que también constituyen obras separadas, que merecen ser objeto de protección por propiedad intelectual.

Una de las características que dotan de peculiaridad a las fallas es su enmarcación dentro de la corriente artística del arte efímero, que es aquella expresión artística cuyo resultado es temporal y va abocado a su desaparición desde el mismo momento de su concepción. Esto posee repercusiones *ad hoc* en la propiedad intelectual que se manifiesta con diversos interrogantes: ¿qué sucede con el derecho moral a la integridad de la obra?, ¿podría acceder al único ejemplar de la obra el artista fallero y retirarlo previo pago de una compensación?

La ubicación urbana de las fallas es otro elemento que posee repercusión jurídica: ¿significa que estas obras se configuran como el límite que se atribuye también a las exposiciones callejeras o las esculturas de las plazas a que se refiere el art. 35 de la LPI para las obras permanentes? Parece ser que no, pues al tratarse de obras efímeras, incumplen el requisito esencial de “permanencia” requerido. Entenderlo de este modo limitaría el uso sin autorización. Por otro lado, se trata de obras colocadas en la calle para que sean contempladas por los viandantes desde el primer momento, lo cual parece contradictorio.



En todo caso, estos aspectos deberán interpretarse atendiendo al artículo 40 de la LPI, como cierre garantista que sirva de guía hermenéutica.

Los artistas falleros trabajan todo el año creativamente diseñando los *ninots* más originales que les permita su libertad creativa. No obstante, la representación de personajes de ficción protegidos por P.I. o como marca es una constante, así como el uso indebido de obras ajenas, conocido como plagio. Cada año existen polémicas sobre estos extremos, de lo que se hace eco la prensa rápidamente gracias a las RRSS de los usuarios. Se plantea entonces qué opciones jurídicas poseen los artistas originales para reclamar las reproducciones, comunicaciones públicas e incluso transformaciones no autorizadas de sus obras. Se puede optar por las vías extrajudiciales en forma de reclamación y compensación, o la obligación de solicitar una licencia, o por la vía judicial en forma de demanda con la interposición de acciones de cesación e indemnización por daños y perjuicios. Una de las problemáticas de la vía judicial es conseguir probar el beneficio obtenido o lucro, realidad de difícil cuantificación (pues la mayoría de las fallas no cobran entradas a los turistas). Otro proceder es la evocación e inspiración en otras obras, así como la creación de obras derivadas, tratándose de ejemplos más complejos de atacar, pues los artistas también ostentarían en este caso, y a su vez, derechos de autor sobre sus *ninots*.

El uso de personajes de ficción podría quedar amparado por el límite de la parodia, que según Bercovitz *adquiere la nomenclatura de caricatura cuando recae sobre obras plásticas*. Aunque en un primer momento solo se consideraba lícita la parodia en su versión de *target parody*, después de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de septiembre de 2014 (Caso *Deckmyn y Vrijheidsfonds*), se puede decir que esa discusión fue solventada. El fallo admitió implícitamente los dos géneros de parodia como lícitos (tanto el *target parody* como el *weapon parody*, parodiando esta última elementos exógenos a la obra parodiada). En el caso que originó el conflicto, la parodia era una *weapon parody* y, para el análisis de su licitud, en ningún momento el TJUE hizo referencia a su naturaleza instrumental.

El equilibrio entre la libertad de expresión artística y la salvaguarda del derecho al honor de las personas debe ser una máxima del artista. Ambos son derechos fundamentales que encuentran su protección en nuestro texto constitucional. El Tribunal Constitucional considera que para delimitar cuándo prevalece uno frente a otro hay que analizar multitud de factores *ad hoc*, para lo que se emplea la técnica de la ponderación. En el caso fallero, el contexto festivo, el cargo público de la mayoría de los personajes que se representan y la intencionalidad (*animus iocandi*) suelen ser elementos que permiten amparar en la libertad de expresión estas manifestaciones. No obstante, no se puede imponer una regla genérica que deje nula la posibilidad de reclamar por

daños al honor de personas físicas o a la reputación empresarial de las jurídicas, por lo que habrá que estar al caso en cuestión.

Los bienes de interés cultural inmaterial se pueden estudiar desde distintas perspectivas: la jurídica, la sociológica y la turística. La legislación valenciana analiza de forma amplia los bienes inmateriales y los dota de una relevancia que muestra importancia en el ámbito turístico. La posibilidad de diseñar actividades en torno a un bien de interés cultural inmaterial supone acercar el bien al ciudadano, y al mismo tiempo protegerlo para evitar su desconocimiento. La protección del folklore y el patrimonio común debe ir de la mano de la legislación en materia de propiedad intelectual.

Las nuevas tecnologías aplicadas al mundo fallero suponen nuevos retos de propiedad intelectual. Por ejemplo, la UPV propuso hace poco la obtención de un modelo digital de los *ninots* de las fallas con alto grado de fidelidad con respecto al original. El fin es la creación de una plataforma de virtualización interactiva que incluya un “repositorio del recuerdo” de los *ninots*, en *open access* y en el que, además de incluir los *ninots* destinados a desaparecer, se incluya a los *ninots indultats* hasta la fecha presente en el Museo Fallero de Valencia. En definitiva, el registro 3D de los *ninots* expuestos en la Exposición del Ninot es un medio de análisis no destructivo y muy gráfico que permite la toma de datos en tiempo real, la visualización sin manipulación y la factible conservación/difusión de los *ninots* a través de espacios virtuales, los cuales tienen como fundamento la revalorización del ingenio creativo y la transmisión de la fiesta.

## Palabras clave

Fallas, Arte efímero, Patrimonio cultural inmaterial, Cremà, Ninot indultat.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LAS FALLAS. 1. *Origen y breve historia de la festividad*. 2. *Simbología*. 3. *Expresiones culturales y manifestaciones artísticas*. II. LAS OBRAS OBJETO DE ANÁLISIS. 1. *La autoría de las obras*. 1.1. La Ciutat Fallera. 1.2. Premisas legales y régimen jurídico de la autoría. 1.3. Consecuencias jurídicas sobre la autoría en colaboración. 1.4. ¿La falla como obra colectiva? 1.5. La dinámica jurídica habitual. 1.6. Contrato de trabajo y derechos de autor. Los derechos de los autores asalariados. 2. *Las obras plásticas: los ninots*. 2.1. Tipos de fallas según su evolución artística. 2.2. Materiales empleados. 3. *Las obras literarias: los poemas*. 4. *Obras preparatorias: bocetos, diseños gráficos y maquetas*. III. PROBLEMÁTICAS Y ASPECTOS JURÍDICOS. 1. *Arte efímero, patrimonio cultural inmaterial y derechos de autor*. 1.1. Arte efímero: definición, fundamentos y características. 1.2. El indulto del fuego: el *ninot indultat*. 1.3. La confluencia entre el derecho de autor y la protección del patrimonio cultural inmaterial. 1.4. Los bienes de interés cultural inmaterial y su impacto. 1.5. Fuentes legislativas de protección del patrimonio inmaterial valenciano. 2. *Cesiones de derechos y gestión colectiva*. 2.1. Tipos de derechos de PI. 2.2. Formas de obtención de

los derechos de PI. 2.3. Los derechos de explotación económica y los derechos morales. 2.4. Los límites de cesión de derechos. 2.5. La transmisión a la Comisión fallera de los derechos de explotación económica. 2.6. Licencias. 2.7. Gestión colectiva. 3. *La ubicación urbana de las obras falleras y su repercusión en PI*. 4. *Las obras derivadas y los riesgos de plagio*. 4.1. ¿Qué opciones poseen los autores que han visto vulnerados sus derechos? 5. *El alcance del límite de parodia*. 6. *El equilibrio entre la libertad de expresión artística y la salvaguarda del derecho fundamental al honor de las personas*. 7. *Tendencias de futuro y consecuencias legales*. IV. BIBLIOGRAFÍA.

## Abstract

The Fallas of Valencia is a festivity that has its roots in the igneous rites that were celebrated in the area of eastern Spain since before the eighteenth century. Although initially they were merely bonfires, with the passing of years, increasingly complex artistic elements were included resulting in the current polychromatic creations.

The purposes of this festival have to do with the citizen's protests around the excesses of power through the satire expressed in the compositions of the "ninots", as well as in its redemptive end by setting these figures on fire during what is known as the "Cremà".

It is necessary to conceptually differentiate the festivity (Fallas) from the elements of the resulting plastic work (the set of ninots), which also receives the previous name (falla). If we focus on the Fallas as a whole, we can glimpse all kinds of artistic manifestations beyond the sculptural monuments: the literary works that make up the posters, a specific costume, the repeated use of gunpowder, the music and street food or, for example, the floral designs that create the Virgin's mantle. All these artistic manifestations can be protected by various legislative sources, but they are also protectable by other blocks of the legal system as they are popular expressions of folklore, where regulations on the protection of Intangible Heritage and Assets of Cultural Interest converge.

The regime of authorship of the "fallas" is usually that of a collaborative work (although the collective regime cannot be ruled out if the "Fallas" Commission takes on the role of promoter), with a wide range of subjects from different professional sectors taking part in their elaboration. The inevitable consequence of this is that all its participants originally possess faculties and rights over the work, although the LPI allows agreements on the assumption of rights in agreed proportions, as a result of the principle of free will. However, the workers usually assign their copyrights to the "falla" artist who directs the essential works, who in turn assigns them to the Commission (which may in turn entrust their voluntary collective management to VEGAP or other entities).

On the one hand, the main resulting works are the “ninots” (plastic works) and the poems (literary works), which make up literary works and which form a whole after the “Plantà”. In principle, nothing would prevent the literary author from separately exploiting his contribution as allowed by the LPI, within the limits indicated (when no harm is caused to the work as a whole).

On the other hand, preparatory works are sketches, graphic designs and models. Although these compositions are made as a prelude to the final failure, it should not be forgotten that they also constitute separate works, which also deserve Intellectual Property protection.

One of the characteristics that make “fallas” peculiar is their framing within the artistic current of ephemeral art: it is that artistic expression whose result is temporary and is meant to disappear from the very moment of its conception. This has ad hoc repercussions on Intellectual Property, which is manifested in several questions: what happens with the moral right to the integrity of the work? Or could the “fallas” artists have access to the only copy of the work and withdraw it upon payment of compensation?

Another element that has legal repercussions is the urban location: does it mean that these works are configured as the limit that is also attributed to street exhibitions or sculptures in the squares referred to in article 35 of the LPI for permanent works? Apparently not, since being ephemeral works, they do not meet the essential requirement of “permanence”. To understand it in this way would limit unauthorized use. It is important to note that they are works placed in the street to be contemplated by passers-by from the very first moment, which seems contradictory. In any case, **these** aspects should be interpreted in accordance with article 40 of the LPI, as a guarantor that serves as a hermeneutic guide.

Artists work creatively all year long, designing the most original “ninots” using their creative freedom. However, the representation of fictional characters protected by IP or as a trademark is a constant, as well as the improper use of other people’s works, known as plagiarism. Every year there are controversies about these extremes, which are quickly echoed in the press thanks to the users’ social networks. The question then arises as to what legal options the original artists have to claim the unauthorized reproductions, public communications and even transformations of their works. One can opt for the extrajudicial channels in the form of a claim and compensation, the obligation to request a license or the extrajudicial channel in the form of a lawsuit filing actions for injunctive relief and damages. One of the problems of the judicial route is to prove the benefit obtained or profit, a reality that is difficult to quantify (since most fallas do not charge entrance fees to tourists). Another procedure is the evocation and inspiration in other works, as well as the

creation of derivative works, being more complex examples to attack, since the artists would also hold in this case and in turn, copyrights on their ninots.

The use of fictional characters could be covered by the limit of parody, which according to BERCOVITZ acquires the nomenclature of caricature when it falls on plastic works. Although at first only parody in its target parody version was considered lawful, after the Judgment of the Court of Justice of the European Union of September 3, 2014 (*Deckmyn and Vrijheidsfonds* case), it can be said that this discussion was settled. The ruling implicitly admitted both genres of parody as lawful (both target parody and weapon parody, the latter parodying elements exogenous to the parodied work). In the case that gave rise to the conflict, the parody was a weapon parody, and for the analysis of its lawfulness, at no time did the CJEU refer to its instrumental nature.

The balance between freedom of artistic expression and the safeguarding of the right to honour of individuals must be a maxim of the artist. Both are fundamental rights that find their protection in our constitutional text. The Spanish Constitutional Court considers that in order to delimit when one prevails over the other, a multitude of ad hoc factors must be analysed, using the technique of weighting. In this case of festive context, the public position of most of the characters that are represented and the intentionality (*animus iocandi*) are usually elements that allow to protect the freedom of expression of these manifestations. However, it is not possible to impose a generic rule that nullifies the possibility of claiming for damages to the honour of people or to the corporate reputation of legal entities, so it will be necessary to consider the case in question.

Also, the Intangible Cultural Heritage can be studied from different perspectives: legal, sociological and touristic. Valencian legislation analyses intangible assets in a broad manner and gives them a relevance that shows importance in the field of tourism. The possibility of designing activities around an asset of intangible cultural interest means bringing the asset closer to the citizen, and at the same time protecting it to avoid its ignorance. The protection of folklore and common heritage must go hand to hand with Intellectual Property legislation.

Looking to the future, new technologies applied to the world of “Fallas” pose new challenges for Intellectual Property. For example, the Polytechnic University of Valencia (UPV), recently proposed obtaining a digital model of the “ninots” of the “fallas” with a high degree of fidelity to the original. The aim is the creation of an interactive virtualization platform that includes a “repository of memory” of the “ninots”, in open access and, in which, in addition to including the “ninots” destined to disappear, it includes the “ninots indultats” to the present date in the “Fallas” Museum of Valencia. In short, the 3D registration of the “ninots” exhibited at the “Ninot” Exhibition is

a means of non-destructive and very graphic analysis that allows data collection in real time, visualization without manipulation and the feasible conservation/dissemination of the ninots through virtual spaces; which have as their foundation, the revaluation of creative ingenuity and the transmission of the festival.

### Keywords

Fallas, Ephemeral art, Intangible Cultural Heritage, Cremà, Ninot indultat.

SUMMARY: I. INTRODUCTION: LAS FALLAS. 1. *Origin and brief history of the festivity.* 2. *Symbology.* 3. *Cultural expressions and artistic manifestations.* II. THE WORKS UNDER ANALYSIS. 1. *The authorship of the works.* 2. *The plastic works: the ninots.* 3. *The literary works: the poems.* 4. *The preparatory works: sketches, graphic designs and models.* III. PROBLEMS AND LEGAL ASPECTS. 1. *Ephemeral art, intangible heritage and copyrights.* 2. *Assignment of rights and collective management. The urban location of the falleras works and its repercussion in IP.* 4. *Derivative works and the risks of plagiarism.* 5. *The scope of the limit of parody.* 6. *The balance between freedom of artistic expression and the safeguarding of the right to honor of individuals.* 7. *Future trends and legal consequences.* IV. BIBLIOGRAPHY.

## I. INTRODUCCIÓN: LAS FALLAS

### 1. ORIGEN Y BREVE HISTORIA DE LA FESTIVIDAD

Esta fiesta tradicional valenciana se caracteriza, entre otros aspectos, por la construcción e instalación en las calles de enormes grupos escultóricos (*fallas*) compuestos por efigies caricaturescas (*ninots*) –más pequeñas o medianas– que los artistas falleros crean con diversos materiales consumibles inspirándose en sucesos de la actualidad política y social. De este modo, para simbolizar la purificación primaveral de las comunidades, las fallas se erigen desde hace siglos como estandartes de simbólica renovación en las plazas de las ciudades de levante entre el catorce y el diecinueve de marzo, en cuya última jornada se les prenderá fuego, marcando con ello el fin de los festejos.

Durante estas semanas desfilan por las calles bandas de música, los visitantes comen al aire libre y se disparan numerosos castillos de fuegos artificiales. Además, mediante un procedimiento de participación de las comisiones falleras, se elegirá a una reina de la fiesta, la llamada “Fallera Mayor”, la cual asumirá junto a su “Corte de Honor” la tarea de promover y representar la festividad durante un año, alentando a la participación en las diversas actividades.

Así, desde antaño, las costumbres, las expresiones artísticas y los conocimientos del folklore vinculados a este festejo del patrimonio cultural del este español –tanto en su vertiente material como inmaterial–, por un lado, se han transmitido coloquialmente entre las familias; mientras que, por otro, se asiste

a un fenómeno de profesionalización del sector originado por la oferta en el ámbito educativo de cursos, grados y formaciones concretas para alcanzar la categoría de artista fallero.

En definitiva, las Fallas de Valencia propician la creatividad colectiva y la salvaguarda de las artes y las artesanías tradicionales. También constituyen un motivo de orgullo para las comunidades afectadas, contribuyendo a forjar su identidad cultural y lingüística, y su cohesión social.

Pero ¿de dónde procede este término? El término *falla* procede del vocablo latino *FACULA*, palabra empleada para designar a lo que hoy conocemos como “antorcha”. De hecho, ya en *El llibre dels fets*<sup>1</sup> se hace referencia a las fallas, ya que se menciona que las tropas del rey Jaume I llevaban fallas para iluminarse.

Aunque no se conoce con exactitud a partir de cuándo se empleó también esta expresión para referirse al origen de las obras escultóricas, lo cierto es que la analogía lingüística entre ambas es indiscutible, la cual queda *a posteriori* afianzada al analizar su idéntica semántica ígnea. No obstante, y en línea con lo anterior, aun siendo cuasi unánimemente aceptada la tesis de que la primera acepción se configuró histórica y etimológicamente como génesis de la segunda, está claro que los usos, las motivaciones sociales y el significado simbólico que cabe atribuir a las fallas como compleja festividad, distan actualmente un gran trecho de la simple función que poseía una antorcha medieval.

Por otra parte, los historiadores parecen desconocer todavía el momento concreto en el que surgió esta fiesta colectiva<sup>2</sup>. Sin embargo, atendiendo a las fuentes historiográficas, se podría situar el comienzo de ciertas manifestaciones esenciales que dotarán de distinción única a la fiesta entre los siglos XVIII y XIX: y es que durante el barroco valenciano fue relevante la tendencia a elaborar un arte y arquitectura efímera en forma de tablados, casetas o altares contruidos sobre la base de materiales perecederos. Si a ello le sumamos el hecho de que también eran una constante las hogueras y el uso del fuego –primero con fines como la cocina o el alumbramiento para dar paso posteriormente a otros de connotaciones simbólicas y rituales, como la quema de representaciones de personajes–, en este punto encontraremos el producto primario que eclosionará finalmente en lo que constituye el objeto de este trabajo.

## 2. SIMBOLOGÍA

Como comentábamos, “*es innegable que el fuego siempre tuvo gran importancia para el hombre y su colectividad*” (Perceval, 2015)<sup>3</sup> desde la presencia de

1. Es la primera de las denominadas cuatro grandes Crónicas de la Corona de Aragón.
2. En la ADEF existen líneas de investigación para esclarecerlo.
3. J. M. PERCEVAL, *Historia mundial de la comunicación*, Cátedra, Madrid, 2015.



los primeros habitantes en el viejo continente europeo, hace 400.000 años. Lógicamente, este elemento natural poseía propiedades muy atractivas para la vida del ser humano: hacía posible la vida nocturna, las danzas y bailes en reunión, la gastronomía y, en definitiva, coadyuvaba a tejer lazos de hermandad. De ahí que podamos aseverar sintéticamente que, bien fuese como luz o como energía, el fuego era un instrumento al servicio de todo festejo colectivo, primero desde un prisma más accesorio hasta la adquisición de un protagonismo central.

Cabe mencionar que en las fiestas ígneas ya se tenía por costumbre encender hogueras en ciertos días del año, siendo una práctica antigua y de origen anterior al cristianismo. Según Frazer, citado por Ariño (1990), fueron “*los sínodos cristianos del siglo VIII quienes fueron suprimiéndolas paulatinamente como ritos paganos y acoplándolas como fiesta religiosa*”<sup>4</sup>.

En general, si analizamos la secuencia ritual de cualquier festividad, nos daremos cuenta de que en todas se sigue un ritmo ascendente y gradual que culmina en un acto focalizador de expresión alegórica que precede a un cambio ulterior (por ejemplo, en los fuegos solsticiales de herencia pagana se daba la bienvenida de este modo a las nuevas estaciones<sup>5</sup>, así como también se empleaba el fuego en los ritos agrarios para los festejos agrícolas<sup>6</sup>). Por otro lado, también eran recurrentes en todas las culturas los fuegos de homenaje, consistentes en disparar armas de fuego en señal de júbilo, o las expresiones de la idea de combate entre el hombre y el fuego en las piromaquias.

No obstante, la fiesta fallera parece concordar más con la hipótesis purificadora, pues además un hecho histórico particular en levante habría condicionado la hermenéutica ígnea del momento: Valencia dotó al fuego de un significado eminentemente depurador cuando acaecieron en la capital del río Turia las dos grandes epidemias de peste que asolaron a la población durante los siglos XVII y XIX.

Es interesante conocer de antemano que la dinámica de linchamiento público, aun simbólico, también era una práctica ampliamente difundida por todo el folklore europeo y que no solo se daba en España (por ejemplo, en la Inglaterra del XVII el pintor satírico William Hogarth reprodujo en sus escenas el enjuiciamiento popular de políticos a través de muñecos colgados en las calles o mediante su quema).

- 
4. A. ARIÑO VILLARROYA, *Fiesta y sociedad en la Valencia contemporánea*, Universitat de València, Valencia, 1990.
  5. Por ejemplo, la festividad de Nit de Aixames en Xixona, o Les fogueres de Sant Joan en Alicante.
  6. Como la festividad de San Juan, en Castellón, cuando culmina la víspera del Santo en torno a una gran hoguera.



Del mismo modo, también en el levante español, la exposición a la vergüenza pública de monigotes o peleles que podían acabar destrozados, tiroteados o quemados se daba asiduamente. Era el modo representativo en que el vecindario ejercía una suerte de justicia popular de forma metafórica y, en definitiva, siguiendo a Ariño (1990) “*estos muñecos entroncan directamente con los ninots falleros actuales, ya que con ellos se censuraban vicios y comportamientos que la sociedad consideraba intolerables*”<sup>7</sup>.

A finales de la Baja Edad Media, la devoción por San José experimentó un notable ascenso y expansión desde círculos locales hacia otros más extensos. En ese contexto de fervor pujante, en el año 1497, el Gremio de Carpinteros lo aclamó como patrón (recordemos que según la tradición bíblica, el oficio del padre de Jesús de Nazaret era precisamente el de artesano carpintero). De este modo, alrededor de 1605, la festividad se generalizó y las Fallas aparecieron vinculadas desde el primer momento a la celebración de la fiesta de San José, declarándose ya entonces el día diecinueve de marzo como día festivo.

En el interesante manuscrito de Biñequé (1819), un viajero que estuvo en Valencia dejó constancia por escrito de las celebraciones más notorias de la época, relatando una suerte de crónica sobre una que le llamó poderosamente la atención por encima del resto. En sus propias palabras: “*La víspera de San José hay función que no sé a qué atribuirse, y son las llamadas Fallas*”<sup>8</sup>.

Por tanto, testimonios como el anterior dan muestra de que la fiesta de las Fallas se había convertido poco a poco en una tradición que iba adquiriendo un protagonismo notable entre los ciudadanos valencianos del siglo XIX. Y, si bien en una primera etapa la falla fue entendida como fuego de víspera, desde que se comenzaron a arrojar a las llamas monigotes y peleles reivindicativos de materiales consumibles, pasó a ser una práctica de carácter sancionador. Y es precisamente en la confluencia del fuego de víspera y el *ninot* satírico donde germinará la falla contemporánea (Ariño, 1990).

### 3. EXPRESIONES CULTURALES Y MANIFESTACIONES ARTÍSTICAS

La festividad fallera acoge en su seno una multitud variada de expresiones culturales y manifestaciones artísticas que no solo tienen que ver con la *Plantà* de los *ninots* y su posterior *Cremà*. Es decir, aunque el epicentro de la fiesta son las fallas que cada distrito de la ciudad o cruce de calles instala en sus barrios, existen otros elementos que dotan de distinción a estos días y que, pese a no

7. A. ARIÑO VILLARROYA, *Fiesta y sociedad...*, *op. cit.*

8. Se trata de José Calasanz Biñequé, identidad conocida por la firma del texto escrito a mano a lo largo de más de noventa páginas y que lleva fecha, en su preámbulo, del 27 de agosto del año 1819.

ser objeto de análisis exhaustivo en este trabajo, consideramos conveniente mencionar para dotar de contexto a las líneas posteriores.

Aunque los principales acontecimientos falleros se desenvuelven entre los días quince de marzo (*Plantà*: montaje de las obras escultóricas) hasta día diecinueve de marzo (*Cremà*: quema de las anteriores), el período festivo se inicia en el evento denominado *Cridà* (“llamada”). En la *Cridà*, el alcalde de la ciudad se dirige el último domingo de febrero junto con las falleras (tanto la Fallera Mayor como la Fallera Mayor Infantil y sus respectivas Cortes de Honor) a las Torres de Serrano (antiguas puertas de la ciudad cuando esta se encontraba amurallada). Desde allí se proclama el inicio de las fiestas patronales en honor a San José ante miles de personas, entre turistas, ciudadanos y comitivas de cada agrupación fallera.

Durante la *Cridà* se realizan proyecciones en las Torres en referencia a la comunidad autónoma y se celebra el acto mediante vítores, música y fuegos artificiales (como cabe observar, la pólvora constituye un elemento básico de la simbología valenciana, y se emplea tanto durante el día como durante la noche para enfatizar los júbilos y la alegría). A partir de la *Cridà* cada día a las dos del mediodía se lanza un espectáculo pirotécnico desde la plaza del Ayuntamiento, en el cual importa más experimentar las sensaciones sonoras y el temblor de la urbe con cada estruendo que los colores y las formas en los cielos (al contrario que en los fuegos artificiales o castillos nocturnos, como el de la *Nit del Foc*).

Como otra expresión del folklore, la indumentaria valenciana de época hace gala de su máxima expresión por las arterias de la ciudad junto a espectáculos musicales en comparsa, siendo esta ropa muy rica, tanto en tipos de telas<sup>9</sup> como en complementos. De esta manera, hombres, mujeres y niños reproducen así el modo en que sus antepasados iban engalanados.

La gastronomía valenciana es otra expresión característica. Durante las Fallas, incluso las comidas se trasladan a la calle, y existen puestos ambulantes en cada rincón para deleitar a los viandantes. Los platos principales estarán compuestos de diversos arroces (como la famosa paella o el *arroç al forn*), la refrescante *orxata* y un dulce de calabaza particular: *els bunyols* o buñuelos.

## II. LAS OBRAS OBJETO DE ANÁLISIS

### 1. LA AUTORÍA DE LAS OBRAS

#### 1.1. La Ciutat Fallera

Aunque, como hemos visto, el origen de las Fallas fue popular y los vecinos de los barrios contribuían con sus aportaciones ingeniosas y elementos

9. Este hecho fue posible gracias a la presencia de una importante industria sedera en la ciudad, específicamente en el barrio de Velluters.

creativos para darle forma estructural, con el tiempo fueron los gremios de carpinteros los que asumieron la tarea principal de impulsar las creaciones, dotándolas de una monumentalidad y una expresión de más calidad.

En la actualidad, las fallas son elaboradas por artistas falleros, una profesión respetada y admirada en todo el mundo. Sus talleres se encuentran en la *Ciutat Fallera* de Valencia, un polígono industrial de más de veinte mil metros cuadrados, ubicado en el noroeste de la ciudad. Su población en los últimos años, según datos extraídos de la Oficina Estadística del Ayuntamiento de Valencia, ronda aproximadamente los seis mil habitantes.

La *Ciutat Fallera* se construye, pues, a partir del siglo XX, siendo la promotora de este espacio de esparcimiento y confección de obras de arte la Marquesa de Paterna del Campo. Esta cedió en los años cincuenta unos terrenos de su propiedad para que los artistas falleros aglutinasen todos sus talleres, hasta entonces dispersos, en un solo lugar. Es a partir de este hecho cuando la fuerza del gremio adquiere un poder colectivo y la profesionalización sectorial alcanza sus máximas cotas.

Parece curioso y muy expresivo cómo el autor Ariño (1990) supo describir en su obra literaria de una manera casi fotográfica, al mismo tiempo que poética, el ambiente respirable en un taller fallero repleto de materiales y herramientas, aspectos que lo convierten en una mágica realidad:

*“En el suelo podemos encontrar tableros con dibujos a lápiz donde se detallan cortes de secciones, perímetros y contornos. Son los signos de un paciente trabajo en el que se van desmenuzando las piezas, calculando tensiones y contrapesos, diseñando matrices... Levantamos la vista para darnos de bruces con armazones de madera y cartón suspendidos de quinales. Bancos, andamios, escaleras, cuerdas y sogas llenan el espacio. Allí pueden verse tanto los signos que marcan la trayectoria del artista (maquetas, bocetos, restos de fallas precedentes) como las más insólitas composiciones: cuerpos de cartón sin acabar que simulan un ejército de mutilados subiendo por una escalera, remates suspendidos del techo que exhiben sus tripas al aire, amalgamas extrañas y desconcertantes: un ángel comparte escena en la pared con un buda y una sirena; Marilyn Monroe parece mirar de soslayo a un repertorio de cabezas de tahúres, indios y bucaneros.*

*El taller es, en realidad, un amasijo de materiales, figuras semiacabadas, moldes de escayola, bocetos, estructuras de madera desvencijadas por el peso del barro. Desde las cuchillas de la techumbre cuelgan remates o partes del cuerpo central de la falla: una enorme pierna de un caballo, una torre, un plato gigantesco, una cabeza... Es difícil para el profano imaginarse en qué resultará la falla con todos estos elementos. Sin embargo, en la cabeza del artista todo está encajado. Este conjunto, al que se unen los olores fuertes de la resina, las colas y las pinturas, y los ruidos incessantes de martillos, lijadoras, sierras, grapadoras de aire comprimido, resulta tremendamente seductor*

*y fascinante, creándose un clima de claroscuros que no deja de poseer una perturbadora belleza*<sup>10</sup>.

## 1.2. Premisas legales y régimen jurídico de la autoría

Centrándonos en los derechos de propiedad intelectual del autor, debemos ceñirnos en primera instancia a lo dispuesto en el artículo uno de la Ley de Propiedad Intelectual: el hecho generador del haz de facultades se da con el solo hecho de la creación de la obra, sin necesidad, pues, de registro constitutivo alguno que le dote de validez. Se indica así que los mismos derechos únicamente nacen para su titular desde el momento en que existe una creación plasmada en un soporte y que está presidida por la nota de originalidad. Es decir, debe existir una creación tangible y original.

Por lo que respecta al primer requisito, parece ser que no existe vuelta de tuerca para el caso de una obra de tipo plástico –pues esta existirá en el mundo externo al ser aprehensible por los sentidos y/u ocupar un espacio con su volumen–, pero al detenernos en el segundo inciso no podemos afirmar lo mismo. Dicho de otro modo: la interpretación afirmativa o negativa sobre la presencia de originalidad que realice el operador jurídico sobre la obra en cuestión condicionará en muchas ocasiones el posible despliegue o haz de derechos morales y patrimoniales a ejercitar.

Siendo un factor decisivo para atestiguar si nos encontramos ante obra o no, en un terreno muchas veces confuso según el prisma objetivo o subjetivo desde el que se observe, ello explica que en torno a la naturaleza del vocablo “originalidad”, su sentido y finalidad se hayan alumbrado multitud de teorías tanto doctrinales como jurisprudenciales que pretenden otorgar pautas de razonamiento y seguridad jurídica ante un fenómeno incómodo de probar en la práctica.

Como conjuntos escultóricos complejos, puede que algunas de las piezas que conforman el conjunto no tengan la suficiente altura creativa para reivindicar su originalidad –dejando al margen posibles obras derivadas o plagios de *ninots*, aspectos que analizaremos en apartados posteriores–, pero en general podríamos afirmar que casi todas las fallas son originales porque, como mantiene Ruipérez de Azcárate, “[...] *En general, los requisitos exigibles para alcanzar un mínimo de carácter original son fácilmente alcanzables en este tipo de creaciones especialmente, ya que, al no cumplir una finalidad práctica y al no contener un contenido científico, el margen de libertad creativa que posee el autor es enorme y, por tanto, las posibilidades de llevar a cabo una creación original muy altas* [...]”<sup>11</sup>.

10. A. ARIÑO VILLARROYA, “Los procesos productivos”, en *Los escultores del fuego. Aproximación a la historia del Gremio Artesano de Artistas Falleros de Valencia*, Diputació de València, València, 1993, p. 140.

11. Sobre el tema, C. RUIPÉREZ DE AZCÁRATE, *Las obras del espíritu y su originalidad*, Reus, Madrid, 2012.

Pasamos ahora a ocuparnos de un interrogante no menos esencial, que no es otro que el de ¿quién es el autor de la obra? Se trata de una cuestión poco baladí que entronca con el anterior referido al de la originalidad, pues recordemos que una teoría propugna que existe originalidad cuando el autor crea una obra dispar o diferente con respecto al estilo o sentido de las que venía realizando habitualmente.

Lo cierto es que, aunque con respecto a la obra fallera se difunda en los medios coloquialmente que la obra plástica-escultórica “es del autor x”, desde una aproximación especializada en este campo, podemos tildar estas expresiones como de axiomas inexactos. En su génesis, construcción e incluso destrucción, interviene una amalgama extensa de operadores que aportan cohesión y unidad para que todo ello cristalice en el apoteósico resultado final. Y, es más, también surgirán otras obras en relación con la falla que serán protegibles independientemente de ella.

El proceso creativo envuelve, por tanto, a varios artistas, técnicos y creadores, y no olvidemos que viene precedido también de la realización de ensayos y bocetos que, en sí mismos, pueden ser objeto individual de protección *ex* artículo 10.1.f) LPI. En el artículo 10 LPI se citan de forma genérica los principales tipos de obras que pueden ser protegidas por derechos de autor, entre las que nos interesan aquí especialmente en cuanto a las fallas las partes destacadas que pasamos a reproducir:

***1. Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas:***

*a) Los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza.*

*b) Las composiciones musicales, con o sin letra.*

*c) Las obras dramáticas y dramático-musicales, las coreografías, las pantomimas y, en general, las obras teatrales.*

*d) Las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales.*

***e) Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o comics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas.***

***f) Los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería.***

*g) Los gráficos, mapas y diseños relativos a la topografía, la geografía y, en general, a la ciencia.*

*h) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía.*

*i) Los programas de ordenador.*

**2. El título de una obra, cuando sea original, quedará protegido como parte de ella.**

A continuación, se realiza una exhaustiva lista de todos los eventuales profesionales del mundo del arte que intervienen en la configuración monumental fallera:

a) Diseñadores.

b) Bocetistas.

c) Escultores.

d) Pintores.

e) Decoradores.

f) Escenógrafos.

g) Ilustradores.

h) Carpinteros.

i) Pirotécnicos, encargados de concebir el modo de quema del monumento, para lo que colocan estratégicamente la pólvora en su interior el día de la Cremà.

j) Autores de la parte narrativa de la falla (poemas) y de su línea argumental y título.

Es por ello por lo que la complejidad de la composición, fruto de la multitud de manos que intervienen, permite clasificarla generalmente como una “obra en colaboración” en los términos y con las consecuencias que esto conlleva, expresadas en el artículo 7 de la LPI, que pasamos a reproducir resaltando los apartados que más repercuten:

*1. Los **derechos** sobre una obra que sea **resultado unitario** de la colaboración de varios autores **corresponden a todos ellos**.*

*2. Para **divulgar y modificar la obra** se requiere el consentimiento de todos los coautores. En defecto de acuerdo, el juez resolverá.*

*Una vez divulgada la obra, **ningún coautor puede rehusar** injustificadamente su consentimiento para su explotación en la forma en que se divulgó.*

*3. A reserva de lo pactado entre los coautores de la obra en colaboración, éstos **podrán explotar separadamente sus aportaciones, salvo que causen perjuicio a la explotación común**.*

*4. Los derechos de propiedad intelectual sobre una obra en colaboración corresponden a todos los autores en la proporción que ellos determinen. En lo no previsto en esta Ley, se aplicarán a estas obras las reglas establecidas en el Código Civil para la comunidad de bienes.*

### **1.3. Consecuencias jurídicas sobre la autoría en colaboración**

En definitiva, de lo estipulado en el artículo anterior se desprenden varias consecuencias jurídicas si consideramos esta obra plástica sujeta al régimen de obra en colaboración:

A. Todos los partícipes de la obra resultante final poseerán unos derechos de propiedad intelectual, si bien se matiza en el punto 4 que las facultades de cada cual no tendrán por qué ser imperativamente las mismas y podrán determinarse de mutuo acuerdo entre ellos en la proporción que estimen conveniente.

B. La regla general anterior, que opta en primera instancia por lo libremente pactado en atención a las reglas de la autonomía de la voluntad, matiza subsidiariamente que, en caso de silencio, resultarán de aplicación las reglas para la comunidad de bienes contempladas en el Código Civil (título III del libro II).

### **1.4. ¿La falla como obra colectiva?**

El artículo 8 de la LPI establece que se consideran obras colectivas las “*creadas por iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica que la edita y divulga bajo su nombre*”.

Es decir, las obras colectivas resultan de las aportaciones de una pluralidad de personas, y se constituyen *a posteriori* en una obra unitaria. Un ejemplo sería el videojuego, creado a iniciativa de una agencia de programación, y en el que varios sujetos se ocupan de desarrollar el contenido sin que su aportación se diferencie del resto en la versión final.

A diferencia de lo que ocurre con las obras en colaboración, los coautores de una obra colectiva no tienen un derecho individual sobre la obra conjunta, perteneciendo todos los derechos sobre ella a la persona natural o jurídica que la conciba bajo su nombre, pero siempre que no exista pacto en contra.

Por tanto, ¿podría concebirse el monumento fallero como obra colectiva y no en colaboración? Al respecto hay que decir que la participación de una pluralidad de sujetos en la concepción, diseño y acabado es una constante en la fiesta fallera. Sin embargo, esto no es lo que se discutiría con esta cuestión, sino el régimen de los derechos que cabría otorgar en caso de considerar la obra como colaborativa o, en contraposición, colectiva.



En contestación, la mayoría de la doctrina que ha estudiado la cuestión se decanta por considerar el monumento fallero como obra en colaboración<sup>12</sup>. No obstante, pese a ser la tónica habitual, habría que ser cautos y no descartar que en algún caso la falla pudiese concebirse como obra colectiva si fuese impulsada, por ejemplo (editada y divulgada) directamente por la Comisión Fallera (bajo el régimen asociacional). Nada obstaría a ello.

### 1.5. La dinámica jurídica habitual

Aunque de forma muy genérica, a continuación se recogen los pasos elementales que se siguen a lo largo de la cadena de cesión de derechos:

- A. El/los artista/s principal/es, concibe/n el monumento fallero en su/s mente como mera idea o temática, y lo plasma/n en algún tipo de soporte (ya que las ideas *per se* no resultan protegibles por la propiedad intelectual), por ejemplo en un boceto o breve texto.
- B. El mismo artista fallero contrata, como persona física o como persona jurídica, mediante contratos de obra o personal laboral a su cargo a los demás colaboradores que hemos mencionado en los epígrafes anteriores, que le cederán a su vez los derechos de explotación a este (si no lo hacen expresamente, actuaría la presunción legal por contexto de laboralidad, siempre que se hallen bajo esta vinculación).
- C. La Comisión Fallera contactará con el artista fallero principal y, si acepta la propuesta artística, firmará un contrato de obra (en el que se delimitarán la duración, el alcance, las cesiones de derechos, el régimen de responsabilidades, el objeto, etc.) para obtener el monumento resultante de la labor creativa junto con los derechos de explotación que se hayan pactado cederse.

### 1.6. Contrato de trabajo y derechos de autor. Los derechos de los autores asalariados

Como hemos recalcado en el segundo punto del apartado anterior, el artista principal trabaja en su taller con multitud de sujetos. Las vinculaciones entre estos y el que dirige el encargo se pueden instrumentalizar mediante un contrato de encargo de obra o la existencia de una relación laboral dependiente ya existente.

El artículo 51 de la LPI regula la transmisión de los derechos del autor asalariado, que es *aquel trabajador dependiente y por cuenta ajena que crea una obra*

12. Así lo afirma I. ESPÍN ALBA, “Una aportación iusprivatista al estudio del patrimonio cultural inmaterial: la protección de las fallas valencianas por el derecho de autor”, *PIDCC Revista em Propriedade Intelectual - Direito Contemporâneo e Constituição*, vol. 11, n.º 1, 2017.



*como resultado de su actividad laboral.* Es fundamental que el objeto de la contratación laboral sea la creación de dicha obra para que la presunción de laboralidad adquiera una base sobre la cual operar.

El primer apartado de este artículo establece que “*la transmisión al empresario de los derechos de explotación de la obra creada en virtud de una relación laboral se regirá por lo pactado en el contrato, debiendo éste realizarse por escrito*”. Esto supone que a lo primero que hay que estar es a lo estipulado en el contrato de trabajo por las partes.

El segundo apartado del artículo 51 LPI dispone que “*a falta de pacto escrito, se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral*”, lo que significa que la actividad desarrollada por el empresario debe estar directamente relacionada con la explotación de los derechos de autor de la obra objeto del contrato. Para finalizar, esto se complementa con el apartado tercero del artículo 51 de la LPI, que establece que “*en ningún caso podrá el empresario utilizar la obra o disponer de ella para un sentido o fines diferentes de los que se derivan de lo establecido en los dos apartados anteriores*”.

## 2. LAS OBRAS PLÁSTICAS: LOS *NINOTS*

La evolución de las fallas como obras plásticas ha seguido un ritmo creciente desde sus primeras manifestaciones en cuanto a complejidad, calidades y materiales empleados.

### 2.1. Tipos de fallas según su evolución artística

A lo largo del siglo XIX, la evolución del ritual ígneo lleva a distinguir cuatro tipos de fallas: hogueras que según antiguas costumbres encendían los labradores de la huerta delante de sus viviendas; hogueras de trastos viejos que se encendían en casi todas las calles de la ciudad; monigotes o *ninots* colgados de las ventanas, o de balcón a balcón o plantados junto a la frontera de las casas; y fallas monumentales, de boato o de rumbo, que consistían en una especie de tablado sobre el que se representaba una escena satírica (falla escenario) compuesta por varios *ninots* (Ariño, 1990). Estas últimas estaban en una proporción infinitamente menor al resto (en 1855 había 1 o 2, mientras que en 1866 solo hubo una), sobre todo respecto de las hogueras.

De este modo, se observa que, desde una simple hoguera, las fallas se convirtieron progresivamente en un fenómeno de plaza o de cruce de calle, creciendo las fallas monumentales en detrimento de las simples hogueras. El material inicial utilizado en las primeras hogueras se fue transformando

intencionadamente en objetos, efigies o esculturas modeladas artesanalmente y cada vez más elaboradas, sometidos a crítica popular. Así, con la llegada de la falla artística (finales del s. XIX y principios del XX) (Ariño, 1990), la gran mayoría de proyectos plantados en la calle, como ocurre en la actualidad, fueron asociados aparentemente a la firma de un constructor o artista fallero que sería el emisor original del mensaje.

Cabe subrayar dos elementos que gozan de un menor protagonismo en la valoración de la falla, pero que contribuyen de forma muy importante en su integridad artística y estética. Se trata de la carpintería y de la pintura. *La primera de ellas, contribuirá de forma fundamental en la estabilidad de la falla y su resistencia a elementos ambientales o climatológicos* (Ariño, 1993)<sup>13</sup>. Asimismo, otorga a la estructura un valor añadido y ciertamente estimado por los jurados calificadores y por los amantes de las fallas monumentales, como es el del “riesgo” (el equilibrio y estabilidad estética y desafiante ante la fuerza de la gravedad). En el aspecto pictórico, la maestría artesana al elaborar las policromías será determinante en la valoración y aceptación popular de la falla.

Cada comisión fallera planta una falla principal y una infantil, computándose en total en la ciudad unas ochocientas obras, aproximadamente. En cuanto a su estética visual suelen ser de estilo clásico, muchas veces tendente al barroquismo, y su disposición adopta en la mayoría de los casos una forma piramidal con un motivo en la parte central de gran tamaño (remate), o varios, y diversas escenas con *ninots* tridimensionales alrededor.

En contraposición a lo anterior, inicialmente las fallas estaban arrimadas a la pared, estando compuesta la escena por dos o tres figuras (es decir, que su lectura era frontal); pero, al ir emplazándose en plazas o cruces de calles, el número de escenas y las posibilidades visuales se multiplicaron, lo que facilitó que la falla tuviera un argumento y una progresión narrativa. Así surgió la falla rodada o circular argumental.

Sin perjuicio de la tradicional construcción, los estilos artísticos son cada vez más diversos y evocan escenas más cotidianas o conceptos más abstractos, e incluso relacionados con el arte conceptual contemporáneo.

## 2.2. Materiales empleados

A nivel interno, no debe olvidarse el fin primordial de la falla: su buena combustión, en la medida de lo posible, con respeto al medio ambiente. La estructura interna es de madera, mientras que las figuras son de cartón o poliestireno expandido, material este último en boga, dado que hoy en día

13. A. ARIÑO VILLARROYA, “Los procesos productivos”, *op. cit.*

se diseñan y reproducen las figuras de manera informática. Por tanto, existen dos opciones durante la fabricación:

A. Optar por el diseño tradicional en cartón: supone el dibujo previo, la elaboración de un modelo en arcilla, la fabricación de un molde de escayola sobre el modelo, la aplicación de cartón y cola a las piezas del molde y la extracción y unión de estas.

B. Optar por el poliestireno expandido (corcho blanco): supone el dibujo previo, el tallado directo sobre poliexpán, el lijado y afinado de la figura, el empapelado y encolado de la pieza, la imprimación de gotelé y la pintura final.

La introducción del poliestireno ha significado una revolución en el mundo de las fallas. Su mayor ligereza frente al cartón ha permitido la creación de *ninots* gigantes con volúmenes inviables técnicamente hace años por problemas de peso y estructura. El cartón ha quedado relegado para las fallas de bajo presupuesto que reaprovechan moldes viejos. Sin embargo, el principal problema del poliestireno es que, al ser un derivado del petróleo, su combustión es mucho más contaminante. Es por ello por lo que se está invirtiendo en I+D para experimentar con nuevos materiales, como la celulosa.

### 3. LAS OBRAS LITERARIAS: LOS POEMAS

Como ha quedado patente, si algo es la obra artística fallera, más allá de una bella obra escultórica que admirar, es un medio para la provocación, la reivindicación y la sátira caricaturesca.

El fin anterior se consigue empleando diversos recursos: por un lado, la imagen visual en forma de escenas tridimensionales que reproducen los *ninots* y, por otro, el papel reforzador de los carteles que se alojan repartidos junto a ellos, en los que se comentan las esperpénticas situaciones recreadas.

En dichos carteles se hallan poesías escritas en *valenciano* (no olvidemos que la conservación de la tradición y el lenguaje autóctono es una de las máximas de la festividad), apuntando ingeniosas conclusiones o describiendo hechos cotidianos en forma de rima.

Esto último adquiere importancia de cara a la protección jurídica que cabe dispensar a las fallas como obra en colaboración, ya que su complejidad como ente aglutinador de variadas manifestaciones artísticas (en este caso, la plástica y la literaria) tiene como consecuencia inevitable la posibilidad de proteger jurídicamente ya no solo el conjunto de la obra, sino específicamente cada una de las poesías que la componen, pues se cumplen los requisitos legales: se trata de una *obra original plasmada en un soporte y, además, goza de virtualidad e independencia propia*.

En el artículo 7.3 del TRLPI se permite a los autores la *explotación separada de sus aportaciones, siempre que no haya pacto en contra y no se cause un perjuicio a la explotación común*, por lo que cabría concluir que si la parte literaria de la falla hubiese corrido a cargo de uno o diversos poetas, estos podrían –siempre que concurriesen los requisitos– explotar separadamente del monumento sus poemas, por ejemplo, divulgándolos en publicaciones de revistas falleras (*llibrets*).

La facultad que hemos apuntado en el párrafo anterior también sería posible para el caso de los *ninots*. Un ejemplo paradigmático podría ser una falla donde los diversos *ninots* hubiesen sido creados por una multitud de artistas diferentes, que posteriormente se agrupasen en torno al remate central para consolidar el monumento. Pues del mismo modo, siempre que se cumpliesen los requisitos que el legislador ha considerado imperativos (entre ellos a destacar el de “*que no se cause un perjuicio a la explotación común*”) se podrían explotar económicamente las piezas por separado (por ejemplo, para su reproducción en camisetas u otros artículos de *merchandising*).

#### 4. OBRAS PREPARATORIAS: BOCETOS, DISEÑOS GRÁFICOS Y MAQUETAS

En sus orígenes, el proceso creativo pasaba inevitablemente por el uso de un papel, cuaderno o mural donde plasmar mediante trazos los primeros borradores de diseños, personajes y elementos que conformarían la composición. Aunque todavía en la actualidad sería difícilmente concebible la existencia de fallas de las que no exista un dibujo previo en soporte papel, cada vez se utilizan más las nuevas tecnologías, por lo que no es tan raro que el bocetista trabaje directamente sobre soportes informáticos, como las *tablets* u otros dispositivos.

Si bien el objetivo de la realización de esbozos manuales tenía un sentido medial más que finalista (constituir la base estética sobre la que articular el proceso constructivo posterior y ultimar así medidas y relieves), la sustantividad propia de estas obras no debe por ello pasar por alto. Recordemos que el artículo 10 e), aun no siendo una lista exhaustiva de las obras objeto de protección, hace una referencia específica a los *grabados, bocetos, historietas gráficas, litografías* y “*demás obras plásticas*”.

Generalmente, los bocetos no son obras en colaboración, ya que se trata de una obra previa –individual– realizada por una sola persona con habilidades técnicas pictóricas o estudios en Bellas Artes. En ese sentido y en un plano jurídico, el consentimiento para la explotación de esta obra plástica deberá recabarse de su autor originario (por ejemplo, para su reproducción en las revistas falleras generalistas o en los *llibrets* de cada comisión, donde constan

reproducidos los bocetos, fotografías de las maquetas y de la falla final, así como los poemas).

### III. PROBLEMÁTICAS Y ASPECTOS JURÍDICOS

#### 1. ARTE EFÍMERO, PATRIMONIO CULTURAL INMATERIAL Y DERECHOS DE AUTOR

##### 1.1. Arte efímero: definición, fundamentos y características

Se denomina arte efímero según la RAE a *todas aquellas expresiones artísticas concebidas bajo un concepto de fugacidad en el tiempo y que, conllevan, por ende, su no permanencia como objeto conservable*. Es por ello por lo que, por su carácter perecedero y transitorio, el arte efímero no deja una obra perdurable que admirar.

En estas expresiones es decisivo el criterio del gusto social que abandonan las tendencias, para lo cual es imprescindible la labor de los medios de comunicación, así como de la crítica de arte. Independientemente de que cualquier expresión artística pueda ser o no perdurable en el tiempo, y que muchas obras concebidas bajo criterios de durabilidad puedan desaparecer en un breve lapso por cualquier circunstancia indeterminada o no prevista, el arte efímero se diferencia por lo siguiente: en su génesis existe un componente de transitoriedad del objeto o soporte que se asume como inevitable. Se convierte así en un arte pasajero, momentáneo y concebido para su consumición instantánea.

Partiendo de este presupuesto, podemos afirmar que se denominan artes efímeras aquellas cuya naturaleza es la de no perdurar en el tiempo, o bien aquellas que cambian y fluctúan constantemente. A partir de esta descripción, pueden considerarse artes efímeras expresiones tales como la moda, la peluquería, la perfumería, la gastronomía y la pirotecnia, así como diversas manifestaciones de arte corporal, como el tatuaje y el *piercing*.

También encajarían dentro del concepto de arte efímero las diversas modalidades englobadas en el llamado arte de acción, como el *happening*, la *performance*, el *environment*, etc., o bien del denominado arte conceptual, como el *body art* y el *land art*. Otro cauce serían las expresiones de cultura popular. Incluso dentro de la arquitectura existe una tipología de construcciones que son concebidas como edificaciones transitorias, cumpliendo una función restringida a un plazo de tiempo.

Por todo lo dicho más arriba y ciñéndonos al objeto de este trabajo, conviene enmarcar las fallas como una obra de arte plástica, dentro de la vertiente escultórica y caracterizada por las notas de fugacidad temporal. Recordemos que, precisamente, entre los ejemplos de este tipo de arte, se nombraba a la

pólvora, y teniendo en cuenta que no puede entenderse la combustión por el fuego de la obra fallera sin que vaya precedida de este compuesto químico, los *ninots* se convierten por analogía en un claro supuesto de arte efímero. Es más, las expresiones de cultura popular también se consideran expresiones del arte efímero (aunque es importante distinguir el matiz entre “obra” y “expresión”), por lo que ya no solo se considera a la obra escultórica como exponente, sino que también se hacen extensivas todas estas cualidades a los demás elementos de su folklore.

Volviendo a la historia del arte, desde antaño se ha especulado con la artistividad de las expresiones efímeras y de si el carácter efímero del arte y la belleza puede devaluar estos conceptos. Lo cierto es que la desvalorización de lo efímero arrancó con Platón, para el que las cosas bellas no eran perdurables, ya que lo único eterno, según este, era la “idea de lo bello”. De igual manera, el cristianismo –del que emanó toda la estética medieval– rechazaba la belleza física como algo pasajero, ya que la única belleza inmutable –según propugnaba– era la de Dios.

Sin embargo, desde el siglo XIX se fraguó un cambio de actitud respecto a la belleza efímera, que comenzó a ser valorada por sus cualidades intrínsecas. Los románticos valoraban “*lo que jamás se verá dos veces*”, y Goethe<sup>14</sup> llegó a afirmar en sus *Estaciones* que solo lo efímero es bello: “¿Por qué yo soy efímera, oh Zeus? dice la Belleza/Yo no hago bello, dice Zeus, más que lo efímero”.

Casualmente en el siglo XIX, en ese contexto de eclosión del arte efímero, es cuando las fallas comienzan a consolidarse como patrimonio festivo en la zona de levante, y se establece su carácter fugaz a la par que sancionador, por medio de composiciones artísticas complejas. Se pasa de la hoguera medieval a la *Cremà* de una verdadera “obra de arte” diseñada a tal efecto.

Recordemos que tanto la estética como el arte actual reflejan ideas culturales y filosóficas que se fueron gestando en el cambio de siglo XIX-XX, en muchos casos contradictorias: la superación de las ideas racionalistas de la Ilustración y el paso a conceptos más subjetivos e individuales, partiendo del movimiento romántico y cristalizando en la obra de autores como Kierkegaard y Nietzsche, supusieron una ruptura con la tradición y un rechazo de la belleza clásica. Es más, el concepto de realidad fue cuestionado por las nuevas teorías científicas: la subjetividad del tiempo (Bergson), la relatividad de Einstein, la mecánica cuántica, la teoría del psicoanálisis de Freud, etc.

Por otro lado, las nuevas tecnologías provocan que el arte cambie de función, ya que la fotografía y el cine ya se encargan de plasmar la realidad. Todos estos factores producen la cristalización de las nuevas tendencias del arte

14. W. GOETHE, “Las Estaciones”.

contemporáneo: el arte abstracto, el arte de acción y conceptual o, en este caso, el arte efímero, donde el artista ya no intenta reflejar la realidad, sino su mundo interior: expresar sus sentimientos y hacer partícipe al público de ellos.

El arte contemporáneo está íntimamente ligado a la sociedad, a la evolución de los conceptos sociales, como el mecanicismo y la desvalorización del tiempo y la belleza. Es un arte que destaca por su instantaneidad, necesita poco tiempo de percepción. El arte actual tiene oscilaciones continuas del gusto, cambia simultáneamente: así como el arte clásico se sustentaba sobre una metafísica de ideas inmutables, el actual, de raíz kantiana, encuentra gusto en la conciencia social de placer (cultura de masas).

En resumen, en una sociedad más materialista y consumista, el arte se dirige ya no a los sentidos y a la belleza clásica, sino al intelecto y al puro concepto. De este modo, las últimas tendencias artísticas –incluidas muchas manifestaciones de obras falleras– han perdido incluso el interés por el objeto artístico como tal, emergiendo un sentimiento de reivindicación (que si bien siempre estuvo en la génesis de la hermenéutica fallera) fue clásico en sus formas, polícromía y manifestación frente al espectador.

Actualmente, los artistas falleros buscan nuevos cauces de expresión para provocar la impresión del ciudadano, que cansado de observar monigotes o *ninots* meramente bellos, se detiene delante de obras complejas e incluso inentendibles en un primer momento para descubrir la realidad escondida que pretende proyectarse y denunciarse tras la lectura de sus carteles.

## 1.2. El indulto del fuego: el *ninot indultat*

La única excepción a la *Cremà* la encontramos en el *ninot indultat*. Como su propio nombre indica, el *ninot indultat* es uno de los muñecos que, previa consulta ciudadana y participación en un concurso, es librado de las llamas y conservado en el Museo Fallero de Valencia.

En este caso particular se readapta la naturaleza efímera de la obra de arte, que vuelve a su catalogación como obra ordinaria tras el indulto. Obviamente, como de antemano no se conoce qué *ninots* de todos los existentes será el escogido, los materiales con los que se han fabricado sus piezas seguirán estando compuestos a base de elementos que toleren bien la descomposición por calor, lo cual contribuye a su degradación si las condiciones de conservación no son las óptimas.

Sin embargo, este fenómeno de revocación de su naturaleza jurídica inicial no es exclusivo de la fiesta fallera. Más allá de la torre Eiffel, que es uno de los ejemplos paradigmáticos de esta dinámica excepcional, también sucedió con



otras obras más cercanas, como el *Mural dels Gats*, ejecutado en 1998 por el pintor e ilustrador barcelonés Arnal Ballester.

Esta última iniciativa surgió en el marco de una iniciativa artística de cohesión social organizada por la Asociación Cultural La Ciutat de les Paraules y el Museo de Arte Contemporáneo de Barcelona (MACBA), en la que participaron vecinos y artistas de manera voluntaria con la finalidad de dotar a las calles del céntrico barrio del Raval de poesías visuales transitables durante la festividad de Sant Jordi.

Aunque estaba diseñada como obra temporal, desde 2004, l'Institut Municipal del Paisatge Urbà i Qualitat de Vida, organismo autónomo creado por el Ayuntamiento de Barcelona, protegió la obra a petición de los vecinos y la incluyó en su catálogo.

### **1.3. La confluencia entre el derecho de autor y la protección del patrimonio cultural inmaterial**

La declaración de las fallas valencianas como expresión del patrimonio inmaterial de la humanidad por la UNESCO<sup>15</sup> es el reconocimiento de una fiesta de gran raigambre popular que reúne elementos plásticos, visuales, musicales, literarios, artísticos, alrededor de un festival en el que los monumentos falleros y el espectáculo pirotécnico son los protagonistas.

La protección del patrimonio inmaterial no tiene únicamente puntos de contacto con la propiedad intelectual. En efecto, en más de una ocasión se revelan elementos de fricción, y el caso de las fallas valencianas es un buen ejemplo de esa afirmación.

Por un lado, nos encontramos con los coautores de las obras plásticas efímeras que reivindican el reconocimiento de la originalidad y consecuente protección de sus creaciones por el derecho de autor y, por otra parte, el público que considera que, al tratarse de una manifestación de cultura popular, el uso de la imagen de las fallas debe ser libre en todo caso.

A esto último debemos unir la reivindicación de los autores de obras que sirven de inspiración para las fallas o que son parodiadas por ellas, y que reclaman un mayor respeto por sus derechos de propiedad intelectual frente a la libertad de creación y expresión de los maestros falleros —contrapesos que deben articularse de forma que queden equilibrados para que no se produzcan flagrantes abusos de derecho—.

En cuanto a la protección del folklore y sus manifestaciones por el derecho de autor cabe decir que fue una de las vías exploradas por la doctrina y por

---

15. Tras presentarse candidata, la UNESCO proclamó finalmente a las Fallas de Valencia como patrimonio inmaterial de la humanidad en el año 2016.



organismos internacionales dedicados a la protección del patrimonio cultural inmaterial. Con todo, el resultado no ha sido muy positivo, pues las propias características de muchas de sus creaciones, como la lejanía temporal que las han llevado al dominio público o la falta de atribución de autoría, entre otras, fueron distanciando el folklore de la protección como objeto del derecho de autor.

De ese modo, con origen en las dificultades para encajar el folklore en las obras protegidas por el derecho de autor, se han ofrecido propuestas más próximas a otros ámbitos, incluida la creación de un derecho subjetivo *sui generis*, que en muchos casos es una mera referencia sin mayores concreciones, lo cual podría generar cierta inseguridad jurídica si no se concretan por el legislador las vías de protección.

Antes esta problemática, quizás deberíamos considerar el punto de partida en las afirmaciones de Antequera Parilli, que indagando sobre las dificultades de proteger el folklore por la vía del derecho de autor asevera que “... *no se puede incurrir en el error de descartar la condición de obras respecto de aquellas formas de expresión literaria o artística transmitidas de generación en generación invocando la ausencia de autores, porque tales expresiones son necesariamente el producto del ingenio humano; otra cosa es afirmar que tengan autor desconocido, que se transformen espontáneamente en el tiempo y/o revistan, por sus propias características, el carácter de obras complejas por el sinnúmero de participantes en la creación, la cual ya esté por el transcurso del tiempo en el dominio público*”<sup>16</sup>.

El mayor problema –reflejado en sucesivas reuniones del Comité de Expertos OMPI/UNESCO– reside en determinar, pues, qué se quiere proteger y de qué se quiere proteger cuando se habla de tutela de las expresiones del folklore. Es significativo como muchos países que quieren evitar la usurpación de su patrimonio cultural, por otro lado, son reacios a restringir la utilización libre de las obras del dominio público, pues ello podría implicar importantes trabas en su desarrollo cultural y comercial.

Se han ensayado algunos instrumentos de protección de aspectos concretos de la creación tradicional, como la artesanía, a través del sistema de marcas, y concretamente de la figura de la “marca colectiva” o similares, sin contar otros mecanismos como las indicaciones geográficas.

Incluso se han diseñado fórmulas de protección *sui generis* que proporcionan al folklore una condición particular, dentro de la protección del patrimonio cultural de los pueblos. La primera legislación en construir un modelo propio basado en la comprensión de que el folklore es parte del patrimonio

16. R. ANTEQUERA PARILLI, “La tutela del folklore en el marco de los derechos intelectuales (algunas reflexiones sobre su protección *sui generis*)”, en *Estudios de Derechos de Autor y Derechos Afines*, Reus, Madrid, 2007, p. 505.

nacional y que, por lo tanto, necesita de la autorización del Gobierno para su explotación fue la *Ley de Túnez de 1967*, posteriormente reformada, y que dio lugar a *Ley Tipo de Túnez sobre derecho de autor para los países en desarrollo*, de 1976 (n.º 94-36, de 24 de febrero de 1994), que refuerza los derechos morales de las expresiones del folklore, con el fin de evitar su destrucción, y que ha tenido especial repercusión en los países africanos.

Con todo, el ejemplo más elaborado de búsqueda de una protección fue Panamá. La *Ley núm. 20 de 2000* protege, en el ámbito nacional, los derechos de propiedad intelectual (derechos de autor, conexos y propiedad industrial) de los indígenas panameños. El objeto de protección son los derechos colectivos de los indígenas manifestados en “*derechos de propiedad cultural e intelectual indígenas que se refieren a arte, música, literatura, conocimientos biológicos, médicos, ecológicos y otros aspectos y expresiones que no tienen autor o dueño conocido, ni fecha de origen y es patrimonio de todo un pueblo indígena*”. Consecuentemente, los beneficiarios de la protección son los miembros de la comunidad de forma colectiva, a través de un derecho exclusivo de impedir a terceros la comercialización o utilización, la reproducción, estampado, serigrafía u otros grabados y la reproducción industrial del conocimiento u objeto, sin perjuicio de la posibilidad de otorgar consentimiento. Ahora bien, a pesar de los intentos reseñados de proteger el folklore, las propuestas internacionales siguen apostando por un acercamiento tímido al derecho de autor.

En el caso español, y como se pudo constatar por el breve acercamiento al contenido del artículo 10.1 TRLPI, se puede concluir que muchos de estos bienes considerados patrimonio inmaterial permiten dar lugar a creaciones individuales protegidas por el derecho de autor o a interpretaciones protegidas por los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes.

Tomando como ejemplo el caso del *Misteri d'Elx*, obra dramático-musical en dominio público, analizado en nuestra doctrina por De Román, este indica que *podría ser considerada obra derivada, si se dieran determinadas circunstancias. Nada impediría que a partir de las representaciones tradicionales se creasen nuevas obras, de tal manera que podríamos tener obras derivadas, que pertenecerían a los adaptadores; y las concretas actuaciones o ejecuciones, que generarían derechos para los artistas, intérpretes o ejecutantes*<sup>17</sup>. De hecho, el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas incluye expresamente en la definición de intérpretes o ejecutantes a quienes interpretan o ejecutan expresiones del folklore.

De igual modo, incluso en aquellos supuestos en que la creación ya esté en dominio público o no sea posible su configuración como objeto del derecho de

17. R. DE ROMÁN PÉREZ, “Obras del patrimonio cultural en la ley de propiedad intelectual: estudio de un caso concreto (El Misteri D'Elx)”, *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, 7 (1), 2011, pp. 113, 119 y 120.

autor, nos podemos encontrar con un margen de actuación de otros derechos de propiedad intelectual, relativos fundamentalmente a los editores que deciden recuperar y editar materiales de dominio público *ex* artículo 129 TRLPI.

#### 1.4. Los bienes de interés cultural inmaterial y su impacto

La protección de determinados bienes inmateriales como bien de interés cultural inmaterial supone un incentivo turístico para la localidad en la que se sitúa el bien. Hay que tener en cuenta que la legislación del patrimonio cultural valenciano, constituida por la *Ley 4/1998, del Patrimonio Cultural Valenciano* (BOE núm. 174, de 22 de julio de 1998), modificada por *Ley 7/2004, de 19 de octubre* (BOE núm. 279, de 19 de noviembre de 2004) y *Ley 5/2007, de 9 de febrero* (BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007), declara como bienes protegidos a determinados bienes que son representativos de las formas de vida y cultura tradicional valenciana, así como *las expresiones de las tradiciones del pueblo en su manifestación musical, artística, gastronómica y de ocio, y en especial aquellas que han sido objeto de transmisión oral y las que mantienen y potencian el uso del valenciano*. La doctrina también se ha ocupado de definirlo y ha indicado que *ha sido un concepto que ha ido cambiando con el paso del tiempo* (Irigaray 2013: 121).

Pretendemos ahora poner de relieve la protección otorgada a nivel internacional, nacional y autonómico a los bienes de interés cultural de naturaleza inmaterial y realizar una breve reflexión sobre la función de estos bienes en el ámbito turístico de la Comunidad para crear un marco desde el que vislumbrar el fenómeno festivo de las Fallas.

Es interesante indicar que la declaración de los bienes inmateriales en un grado de máxima protección incrementa la actividad turística, al ser un elemento esencial para la dinamización del territorio. Ejemplo claro de ellos es el Tribunal de las Aguas de Valencia, o el caso de la Cabalgata de los Reyes Magos de Alcoy, que año tras año recibe un gran número de visitantes. Pero, sin duda, uno de los bienes más visitados son las Fallas de Valencia, conocidas a nivel mundial y que, tras su declaración como bien de interés cultural inmaterial, revalorizan su valor como bien protegido.

#### 1.5. Fuentes legislativas de protección del patrimonio inmaterial valenciano

En el ámbito internacional interesa destacar la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), en su 32.<sup>a</sup> reunión, en París, el 29 de septiembre al 17 de octubre de 2003.

Se entiende por patrimonio cultural inmaterial, según la Convención, “*los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas –junto con los instrumentos,*

*objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes— que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural”.*

Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto a la diversidad cultural y la creatividad humana.

Este patrimonio cultural inmaterial se manifiesta en:

- A. *Tradiciones y expresiones orales.*
- B. *Artes del espectáculo.*
- C. *Usos sociales, rituales y actos festivos.*
- D. *Conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo.*
- E. *Técnicas artesanales tradicionales.*

Algunos de los puntos que lo caracterizan, son:

- A. *Interiorizado en los individuos y comunidades, forma parte de su identidad.*
- B. *Compartido por los miembros de una colectividad.*
- C. *Vivo y dinámico.*
- D. *Transmitido y recreado.*
- E. *Transmitido desde la infancia.*
- F. *Preservado tradicionalmente por la comunidad.*
- G. *Forma parte de la memoria colectiva viva, como una realidad socialmente construida.*
- H. *Es experimentado como vivencia.*
- I. *Interconectado con la dimensión material de la cultura.*
- J. *Habitualmente contextualizado en un tiempo y en un marco espacial.*
- K. *Se desarrolla y experimenta en tiempo presente.*
- L. *Remite a la biografía individual y a la colectiva.*
- M. *Imbricado en las formas de vida.*
- N. *No admite copia.*
- O. *Está ritualizado.*
- P. *Constituye una experiencia desde una perspectiva sensorial.*
- Q. *Efecto regenerador en el orden social.*
- R. *Es vulnerable.*

Actualmente, en la *Ley 10/2015, de 25 de mayo, para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial* (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2015), en su art. 2, podemos encontrar la definición en estos términos:

*“Tendrán la consideración de bienes del patrimonio cultural inmaterial los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos, reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural, y en particular:*

*a) Tradiciones y expresiones orales, incluidas las modalidades y particularidades lingüísticas como vehículo del patrimonio cultural inmaterial; así como la toponimia tradicional como instrumento para la concreción de la denominación geográfica de los territorios;*

*b) Artes del espectáculo;*

*c) Usos sociales, rituales y actos festivos;*

*d) Conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo;*

*e) Técnicas artesanales tradicionales;*

*f) Gastronomía, elaboraciones culinarias y alimentación;*

*g) Aprovechamientos específicos de los paisajes naturales;*

*h) Formas de socialización colectiva y organizaciones;*

*i) Manifestaciones sonoras, música y danza tradicional”.*

Y el art. 13, respecto al *Plan Nacional de Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial*, que establece lo siguiente:

*“1. El Gobierno, a propuesta del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, y previo acuerdo del Consejo del Patrimonio Histórico, aprobará el Plan Nacional de Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, destinado a desarrollar con las distintas Administraciones Públicas una programación coordinada de actividades en función de las necesidades del patrimonio cultural inmaterial a través de su Comisión de Seguimiento (...).*

*2. El Plan Nacional de Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial deberá, en primer lugar, facilitar la información y la habilitación en el nivel estatal de acciones que permitan la interrelación entre los distintos agentes, contemplar los criterios y metodologías de actuación más apropiados para el patrimonio cultural inmaterial, así como alertar sobre los riesgos y amenazas a los que se puede ver expuesto. Además, deberá contener una relación de los programas y líneas de trabajo imprescindibles para la salvaguarda del patrimonio cultural inmaterial, como son:*

*a) Sensibilizar a la sociedad y lograr el reconocimiento en el marco de las políticas culturales.*

*b) Investigación y documentación, con las listas, censos, registros, inventarios, catálogos, estudios específicos y programas especiales.*

*c) Conservación de los soportes materiales del patrimonio cultural inmaterial, tanto muebles como inmuebles y de los espacios que les son inherentes.*

*d) Formación, transmisión, promoción y difusión.*

*e) Las medidas generales de protección de los bienes declarados Manifestaciones Representativas del Patrimonio Cultural Inmaterial por la Administración General de Estado y de los que disfruten de la máxima categoría de protección otorgadas por las Comunidades Autónomas, así como las fórmulas de cooperación interterritorial para su protección”.*

En definitiva, en los ítems expresados por los instrumentos legislativos para considerar un arte como expresión de un patrimonio cultural inmaterial, vemos reflejados elementos que indiscutiblemente pertenecen al ámbito fallero, confluyendo así la normativa de propiedad intelectual con la regulación *sui generis* del patrimonio cultural inmaterial.

En la actualidad, los bienes de interés cultural inmaterial declarados en la Comunidad Valenciana se regulan mediante decretos, siendo el que nos interesa en este trabajo el *Decreto 44/2012, de 9 de marzo*, del Consell, por el que se declara Bien de Interés Cultural Inmaterial la Fiesta de las Fallas de Valencia (DOCV núm. 6732, de 12 de marzo de 2012).

En el Decreto se declara el bien protegido, los valores del mismo que justifican la decisión y una descripción que permita identificarlo de forma precisa. Los bienes protegidos como bien de interés cultural inmaterial en la legislación valenciana van a gozar de una protección específica y determinada que se ajustará a las características del bien. Destaca la inscripción y publicidad del bien, debiendo indicarse qué medidas de protección se contemplan.

Otros casos no menos interesantes donde confluyen también las esferas de propiedad intelectual y la protección del patrimonio inmaterial se plasman en el caso de los toques manuales de campana o en el caso audiovisual y musical de recitales. La doctrina ha apuntado a la posibilidad de que se proteja el patrimonio cultural inmaterial a través de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TIC), mediante el uso adecuado de internet y la cultura de la web 2.0.

## 2. CESIONES DE DERECHOS Y GESTIÓN COLECTIVA

### 2.1. Tipos de derechos de PI

La ley regula el derecho de autor y los llamados derechos conexos o afines al derecho de autor. De esta forma, en España, el derecho de propiedad

intelectual en sentido estricto se refiere exclusivamente al derecho de autor, y en sentido amplio incluye además estos derechos conexos o afines.

El derecho de autor protege los derechos patrimoniales y morales que un autor posee sobre sus obras artísticas, literarias o científicas de su creación, de modo que pueda explotarlas libremente (*ex* artículo 5 de la LPI).

## 2.2. Formas de obtención de los derechos de PI

El titular de los derechos sobre una obra suele ser una persona física, aunque la LPI en su artículo 5.2 permite beneficiarse en determinados casos a las personas jurídicas.

Existen dos formas principales de adquirir la titularidad sobre la propiedad intelectual de una obra:

- A. *Adquisición originaria*, cuando el titular es el mismo autor o creador de la obra, por el solo hecho de su creación.
- B. *Adquisición derivada*, cuando la titularidad es transferida mediante contrato o sucesión por causa de muerte.

Nuestro TRLPI atribuye la titularidad originaria de derechos de autor a los creadores, en este caso los artistas falleros, desde el mismo momento de su creación, sin que sea preceptiva una inscripción posterior en el registro correspondiente de carácter constitutivo. De realizarse la inscripción, no obstante, esta acreditación les otorgaría una tutela declarativa frente a terceros.

## 2.3. Los derechos de explotación económica y los derechos morales

El autor ostenta dos tipos de facultades o derechos sobre su obra: los derechos de explotación y los derechos morales. Los derechos de explotación se mantendrán toda la vida del autor y setenta años después de la muerte o declaración de fallecimiento<sup>18</sup> (*ex* artículo 26 LPI), mientras que la mayoría de los derechos morales no tienen un límite de tiempo ni se extinguen con el fallecimiento del autor, pudiendo ser ejercidos por la persona natural o jurídica a la que el autor se lo haya confiado expresamente por disposición de última voluntad (*ex* artículo 15 LPI).

A. *Derechos de explotación* (artículos 17 y ss. LPI): Son derechos de carácter patrimonial. Están destinados a la explotación de la obra y a la obtención de una retribución económica. Su ejercicio solo se puede llevar a cabo mediante autorización del autor o titular, en su caso, por lo que son objeto habitual de cesión a través de contratos. Los derechos de explotación reconocidos en

18. En el caso de las fallas, obra en colaboración, se especifica que el cómputo de los setenta años empezará tras la muerte del último de los autores.



la legislación española son cuatro: reproducción, distribución, comunicación pública y transformación.

- a) Derecho de reproducción (artículo 18 LPI): Es la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda obra o parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias.
- b) Derecho de distribución (artículo 19 LPI): Consiste en la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma. Solamente existe si la obra se encuentra incorporada a un soporte físico.
- c) Derecho de comunicación pública (artículo 20 LPI): Es todo acto por el que una pluralidad de personas puede tener acceso a la obra sin la previa distribución de ejemplares cada una de ellas. No se considera pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión.
- d) Derecho de transformación (artículo 21 de la LPI): La ley define transformación como cualquier modificación en la forma de una obra que derive en otra diferente, citando a modo de ejemplo una traducción o una adaptación.

*B. Derechos morales* (artículo 14 LPI): Son derechos irrenunciables e inalienables, por lo que el autor no puede cederlos a terceros. Cubren la esfera moral de la obra, y son los siguientes: divulgación, paternidad, integridad, transformación, retirada y acceso al ejemplar único.

- a) Derecho de divulgación (artículo 4 de la LPI): Es la facultad del autor de dar a conocer o no la obra al público por primera vez.
- b) Derecho de paternidad (artículos 14.2 y 14.3 LPI): Es el derecho del autor de divulgar su obra bajo nombre o de forma anónima. También contempla la facultad del autor de exigir que se le reconozca como autor de la obra.
- c) Derecho de integridad (artículo 14.4 de la LPI): Supone en derecho del autor de exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.
- d) Derecho de transformación o modificación (artículo 14.5 de la LPI): Es la vertiente positiva del derecho de integridad, ya que se define como el derecho del autor a modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural.



- e) Derecho de retirada (artículo 14.6 LPI): El autor puede retirar del comercio su obra, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, siempre que indemnice al titular de los derechos de explotación de la misma en caso de existir.
- f) Derecho de acceso al ejemplar único (artículo 14.7 LPI): El autor puede acceder al ejemplar único o raro de la obra cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda.

## **2.4. Los límites de cesión de derechos**

Debe destacarse que los derechos morales de los artistas falleros se caracterizarán por las notas de inalienabilidad e irrenunciabilidad y permitirán única y exclusivamente a su titular ejercer todas las facultades que enumera el artículo 14 de la LPI. Ello no obsta a que sí se pueda ceder mediante contrato expreso por escrito, y a cambio de una remuneración, el bloque de derechos de explotación económica.

En definitiva, es esencial que los operadores del mundo fallero reconozcan ambos bloques dogmáticos de derechos y facultades, y que están legitimados y amparados por la normativa para la obtención de una remuneración específica por la cesión contractual de los derechos de explotación en la extensión que se determine. En todo caso, quedarán ligados a su obra indefinidamente (e incluso sus causahabientes) por los derechos morales.

## **2.5. La transmisión a la Comisión fallera de los derechos de explotación económica**

Las comisiones falleras suelen incluir en sus contratos de encargo de obra a los artistas falleros una serie de cláusulas, constando siempre un anexo específico en relación con los acuerdos sobre la propiedad intelectual de la obra resultante.

Recordemos que la LPI establece que será nula toda cesión de obras futuras, por lo que el matiz de que los derechos de autor sobre la obra no se cederán a la Comisión hasta la finalización del encargo en cuestión, resulta importante. Es decir, hasta que no exista una obra material, las comisiones no ostentarán ningún tipo de facultad, apareciendo automáticamente estos tras la *Plantà* (pues puede considerarse que es el momento en que la obra se encuentra “finalizada” y puede comenzar a ser objeto de explotación). Este fenómeno se encuadraría dentro de la adquisición derivada de derechos por transmisión *inter vivos* (artículo 43 LPI).

Aunque la forma más frecuente de instrumentalizar la transmisión de derechos es mediante la firma de uno o más contratos, también se puede recurrir

a las licencias u otros documentos legales que cumplan con los requisitos legales, ya que lo decisivo para su validez es el acuerdo de voluntades y el contenido jurídico. Eso sí, el artículo 45 LPI expresa la necesaria formalización por escrito.

Por lo que respecta al contenido, el contrato, licencia, etc., deberá poseer elementos esenciales: qué derechos son específicamente objeto de cesión, qué modalidades de explotación se prevén, cuál es la duración y el ámbito territorial. En el caso de que no se exprese alguno de estos extremos operarán presunciones legales como garantía: en el caso de que no se expresen los derechos cedidos, el tiempo que dura la transmisión o el territorio, por imperio del artículo 43.2 de la LPI *se limita a cinco años, al país en donde se realiza la cesión y a las modalidades de explotación que se deduzcan del contrato.*

Un aspecto importante de la cesión es la exclusividad. Si se contempla, el cesionario tendrá *la facultad de explotar la obra con exclusión de otra persona, comprendido el propio cedente y, salvo pacto en contra, las de otorgar autorizaciones no exclusivas a terceros.* Asimismo, le confiere legitimación con independencia de la titular cedente para perseguir las violaciones que afecten a las facultades que se le hayan concedido (artículo 48LPI). Si, por el contrario, la cesión de derechos es no exclusiva, *el cesionario podrá utilizar la obra en concurrencia con otros sujetos de su misma condición, según el artículo 50 LPI. Éste no podrá ceder a otros su derecho.*

## 2.6. Licencias

¿Qué sucedería si se reprodujesen los bocetos de los artistas falleros con fines que fuesen más allá de los meramente periodísticos o informativos, por ejemplo para fabricar artículos de *merchandising*? ¿Tendría derecho el autor de estos bocetos a percibir una remuneración por la reproducción de su obra?

Las cuestiones anteriores siguen siendo problemáticas, pues las particularidades de las fallas como obras efímeras, expresión del patrimonio de la humanidad y, además, situadas en vía urbana, hacen que muchas veces pase desapercibido para los operadores que detrás de las creaciones existen unos derechos de autor que deben respetarse y remunerarse.

Una opción para solventar este tipo de problemas es el uso de licencias. La obtención de una licencia permite que un tercero pueda emplear la expresión de una obra de formas más o menos acotadas, a discrecionalidad de su autor originario y a cambio de una remuneración. Por ejemplo, las licencias *Creative Commons* ofrecen a los autores de una obra intelectual, cualquiera que sea su formato, la posibilidad de poder especificar que se puedan distribuir, reproducir o transformar. La singularidad de ello es que, con carácter previo, los autores determinan el alcance de la cesión de las facultades y lo indican mediante símbolos.

Si un establecimiento de *souvenirs* quisiese comercializar imanes con las fotografías de un monumento fallero elaboradas por la comisión, debería obtener con carácter previo los derechos para reproducir la obra fallera (recabada de los artistas directamente, de la comisión fallera a la que se les hubiesen cedido o de la agencia o entidad con facultades para ello), o bien acudir a un banco de imágenes *online* donde constase un símbolo CC que permitiese el uso comercial.

Los diferentes tipos de licencias CC se basan en combinar las cuatro condiciones base: Reconocimiento (BY), Uso No Comercial (NC), Sin Obra Derivada (ND) y Compartir Igual (SA). Pero ¿qué sucede si no se establece ninguna condición o no se excluye algún uso? En ese caso, la licencia autoriza la reproducción, distribución, transformación y comunicación pública de la obra, para cualquier finalidad y para todas las modalidades de explotación, con carácter gratuito y por todo el plazo de protección legal. En función de cómo se determine la base, pueden tener lugar hasta seis tipologías distintas de licencias CC.

## 2.7. Gestión colectiva

Generalmente, las comisiones falleras recurrirán a otros sujetos que se encarguen de velar por la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual, encomendándoles esta misión en el ámbito de la gestión colectiva voluntaria. En el artículo 147 de la LPI se otorga legitimación a las entidades de gestión para que *puedan dedicarse en nombre propio o ajeno a la gestión de los derechos de explotación u otros de carácter patrimonial*.

Actualmente se encuentran legalizadas en España ocho entidades, siendo VEGAP la que defiende los derechos de los artistas plásticos y, por ende, la legitimada para actuar en su nombre. El artículo 152 LPI establece la *obligación de que las Entidades de Gestión acepten la administración de los derechos de acuerdo con los objetos o fines mediante la firma de un contrato de gestión colectiva*.

Hace menos de una década se suscitó una polémica entre la ciudadanía valenciana, pues el Gremio Artesano de Artistas Falleros firmó un acuerdo de externalización de gestión de los derechos con una agencia con el fin de reclamar jurídicamente que los derechos de reproducción de los bocetos e imágenes revirtiesen en los autores (*“se busca una regularización para los que, a través de la reproducción del trabajo de estos artistas, busquen lucrarse y obtener un beneficio”*). En este sentido, remarcaron que la medida no afectaría *“ni a los medios de comunicación con intención informativa ni a particulares, falleros, turistas y amigos de las Fallas”*.

## 3. LA UBICACIÓN URBANA DE LAS OBRAS FALLERAS Y SU REPERCUSIÓN EN PI

Habiendo constatado que una falla o monumento fallero puede ser una obra de arte protegida por el derecho de autor si cuenta con el requisito de

originalidad, surge la pregunta de si le es aplicable el límite contenido en el artículo 35.2 TRLPI, según el cual “*Las obras situadas permanentemente en parques, calles, plazas u otras vías públicas pueden ser reproducidas, distribuidas y comunicadas libremente por medio de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales*”<sup>19</sup>.

El precepto transcrito indica de modo expreso “*permanentemente*”. Si consideramos que el carácter efímero es contrario a la idea de permanencia, las pinturas, fotografías y procedimientos audiovisuales que tuviesen como objeto la falla necesitarían, en todo caso, la autorización de los titulares de los derechos de autor.

El acto por el cual las fallas son colocadas en las vías públicas a lo largo de toda la ciudad se denomina *Plantà* porque las fallas son plantadas en las calles y plazas, de tal manera que se puede interpretar que son colocadas con carácter permanente, durante el período que transcurre entre su colocación para la exposición pública (en torno al quince de marzo) hasta la noche de la *Cremà* o destrucción planificada el diecinueve del mismo mes.

Esta interpretación que desliga carácter permanente de la naturaleza efímera de la obra ampliaría el margen de reproducción y comunicación pública de materiales fotográficos y videográficos cuyo objeto sea el festival de las Fallas valencianas, amparando, por ejemplo, la reproducción y uso de estas imágenes en las redes sociales.

Se denomina “libertad de panorama”, y tuvo su plasmación en la *Directiva 2001/29 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información*, en su artículo 5.3.h), cuando faculta a los Estados a establecer un límite a los derechos de reproducción y de comunicación pública “*cuando se usen obras tales como las arquitectónicas o escultóricas, realizadas para estar situadas permanentemente en lugares públicos*”.

Por ello, es preciso hacer algunas matizaciones, porque la legislación española no impone ningún tipo de restricción para el uso libre recogido en el límite del artículo 35.2 del TRLPI. El precepto no acompaña el término “libremente” de ninguna restricción, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, que matizan con la prohibición de ánimo de lucro en la utilización permitida<sup>20</sup>.

En todo caso, retomando el caso español para evitar el abuso de libertad de panorama *ex* artículo 35.2 TRLPI es preciso, en cada caso concreto, a pesar de

19. G. BERCOVITZ, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 403, quien califica las fallas como un “caso límite”.

20. El Código de la Propiedad Intelectual francés, por ejemplo, menciona “*à l'exclusion de tout usage à caractère commercial*”.

la locución “libremente”, tener en cuenta el contenido del artículo 40 bis<sup>21</sup> del TRLPI, según el cual “*Los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran*”, evitando favorecer un uso abusivo de la referida excepción.

#### 4. LAS OBRAS DERIVADAS Y LOS RIESGOS DE PLAGIO

Los artistas falleros utilizan todo tipo de ‘inspiración’ para desarrollar sus proyectos, por lo que no es difícil encontrar cada año referencias –más o menos acusadas– a obras originales de otros autores, plagios flagrantes de muñecos de otras fallas o versiones idénticas a diferente escala. Además, no solo se puede producir un fenómeno de copia en el ámbito fallero, sino que la representación de personajes de ficción protegidos también es una constante.

Es un problema del que la prensa se hace eco cada mes de marzo, poniendo ejemplos que se viralizan por las redes sociales. Existen varias posibilidades: el plagio flagrante, la autorización mediante licencias o esgrimir el argumento de la reinterpretación, la parodia o la creación de una obra derivada que simplemente “se inspira” en otra.

Uno de estos casos mediáticos fue el del ilustrador Pedro Pérez, que denunció en su perfil de Facebook el plagio de uno de sus personajes, aunque hubo quien le recordó a este a su vez que él se había inspirado en la Vampirella de Forrest J. Ackerman. Otro usuario, Fran Moreno, también denunció en su blog la utilización de una de sus caricaturas del líder de Podemos, Pablo Iglesias. El artista fallero seguramente encontró el dibujo en internet, recreándolo como *ninot*.

Además de en la fiesta fallera, en la festividad alicantina de las Hogueras de San Juan también se han dado casos similares, hasta tal punto que, fruto de una acusación por plagio, se precipitó la dimisión de José Bartolomé Navarro de la Secretaría General del Gremio de Artistas Falleros. Y es que un artista había incluido en el diseño de la hoguera Campoamor Norte para las próximas *Fogueres de Sant Joan* el cuerpo del caballo de Troya utilizado por Ramón Pla en la falla de *Na Jordana* el pasado año.

José Bartolomé Navarro, quien manifestó que el proyecto de la hoguera alicantina le vino dado pero lo asume, dimitió después de que la actual

21. Sobre la importancia del artículo 40 bis en la interpretación de las excepciones a los derechos exclusivos de los titulares de derechos de propiedad intelectual, vid. I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, “El patrimonio inmaterial y los derechos de propiedad intelectual”, *Patrimonio Cultural de España*, n.º 0, 2009, p. 122.

directiva a la que él mismo pertenece le transmitiera su “disconformidad” y emitiera un comunicado considerando la coincidencia entre ambos monumentos como “*un mal plagio de la obra de un compañero y dibujante*”. El comunicado recuerda que “*el respeto a la autoría y propiedad de los derechos de autor son la base de las actuaciones del Gremio Artesano de Artistas Falleros de Valencia*”.

#### 4.1. ¿Qué opciones poseen los autores que han visto vulnerados sus derechos?

Las recomendaciones serían las siguientes:

1. Contactar directamente con los artistas y pactar una solución resarcitoria.
2. Solicitar a VEGAP su intermediación en el asunto.
3. Demandar directamente por la vía civil, solicitando el cese en las actuaciones y la compensación por daños y perjuicios. En este caso, no obstante, deberá probarse en sede judicial qué perjuicio ha sufrido el autor original y partir de datos objetivos de difícil cuantificación, como el de en qué porcentaje económico o cifra se ha visto beneficiada la falla o su autor.

### 5. EL ALCANCE DEL LÍMITE DE PARODIA

Del mismo modo que la prensa se hizo eco de las quejas de los maestros falleros respecto de la reproducción y comunicación pública de sus creaciones artísticas, no son pocas las protestas relativas a autores que se encuentran con que las fallas reproducen sin autorización previa personajes protegidos por el derecho de autor y otros derechos de propiedad intelectual (derechos conexos, diseños industriales, marcas, etc.).

En muchas ocasiones los motivos y composiciones satíricas son originales y concebidas por los propios maestros falleros para crear situaciones que evoquen temas de actualidad o para criticar la actuación de políticos u otros personajes; sin embargo, en otras tantas, los autores de las fallas utilizan elementos de obras protegidas por el derecho de autor para transmitir la idea de su composición artística, sin haber solicitado la previa autorización de sus titulares de derechos.

Una alegación muy utilizada en esos casos por los titulares de las fallas es que se trata de una obra con finalidad de sátira y burla, y que, por lo tanto, su creación está respaldada por el límite de la parodia contenido en el artículo 39 TRLPI y según el cual “*No será considerada transformación que exija consentimiento del autor la parodia de la obra divulgada, mientras no implique riesgo de confusión con la misma ni se infiera un daño a la obra original o a su autor*”.

Pero ¿cumple la falla con los requisitos para ser considerada una parodia lícita? Las composiciones escenográficas de los monumentos falleros, en muchas ocasiones, utilizan conocidos personajes (Alicia en el País de las Maravillas, por ejemplo), contenidos audiovisuales (películas, series de televisión, videojuegos), etc., en algunos casos para burlarse de los propios personajes u obras inspiradoras, pero en un número muy elevado de ocasiones, la referencia a esas obras y personajes es instrumental para criticar a terceros.

El punto de partida es, como afirma Germán Bercovitz, que “*la parodia es posible en el ámbito de las obras plásticas, en el que adopta la forma de caricatura*”<sup>22</sup>. La ausencia de una definición de parodia en el TRLPI llevó en su momento a una interesante discusión doctrinal sobre el alcance de la libertad de expresión frente al derecho de autor, y la mayor parte de la doctrina española, en contradicción con algunas decisiones judiciales, era partidaria de que la parodia debía dirigirse exclusivamente a una obra divulgada y a su autor, que serían el objeto de la burla, aquello que se conoce en la tradición anglosajona como *target parody*, y no a elementos exógenos a la creación parodiada. En esa línea, Sol Muntañola afirmaba que “*si el contenido paródico dirige su crítica fuera de la relación estrictamente paródica, será mucho más difícil hablar de parodia*”<sup>23</sup>.

Si ese criterio prevaleciese, las fallas, en muchos de los supuestos, no estarían amparadas por el límite de la parodia, pues en la mayor parte de los casos son creaciones satíricas que, cuando se inspiran en obras preexistentes, las utilizan para criticar o burlarse de elementos ajenos a esas obras o a sus autores (políticos, famosos, etc.). En esa perspectiva, conocida como *weapon parody*, la obra parodiada es un medio para criticar situaciones o personas ajenas a ella.

Ahora bien, después de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de septiembre de 2014 (Caso *Deckmyn y Vrijheidsfonds*), se puede decir que esa discusión fue solventada, pues el fallo admitió implícitamente los dos géneros de parodia como lícitos. En el caso que originó el conflicto, la parodia era una *weapon parody*, y para el análisis de su licitud, en ningún momento el TJUE hizo referencia a su naturaleza instrumental, reconociendo implícitamente que las dos modalidades creativas pueden ser consideradas parodias. De hecho, respondiendo a la primera cuestión prejudicial sobre el alcance del concepto comunitario de parodia, el TJUE contesta que, en ausencia de una definición de la parodia en la legislación europea, debe interpretarse según el lenguaje común, es decir, una manifestación humorística que evoca una obra existente, de la que se diferencia inequívocamente.

22. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Introducción a la Propiedad Intelectual”, en *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 25.

23. M. SOL MUNTAÑOLA, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 207.



Así, superada la dicotomía, un monumento fallero que reproduce satíricamente una creación previa protegida por el derecho de autor, en cuanto manifestación humorística que evoque una obra preexistente será lícita, siempre que cumpla con los requisitos descritos en el artículo 39 TRLPI: a) existencia de una obra divulgada sobre la que recaiga derechos de autor, es decir, una parodia y una obra parodiada; b) la ausencia de confusión, en el sentido de que el público pueda identificar la obra original, por un lado, y la parodia, por el otro; c) ausencia de un daño a la obra original o a su autor. Y, de igual manera a la descrita en el epígrafe anterior para la libertad de panorama, es preciso, en todo caso, tener en cuenta el artículo 40 bis TRLPI.

## 6. EL EQUILIBRIO ENTRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ARTÍSTICA Y LA SALVAGUARDA DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL HONOR DE LAS PERSONAS

Más allá de los límites jurídicos con respecto a las parodias de otras obras –cuestión perteneciente al ámbito de la propiedad intelectual– nos detendremos ahora en la frontera entre dos derechos fundamentales que pueden entrar en colisión: el derecho a la libertad de expresión en un contexto artístico y humorístico y, por otro lado, la salvaguarda del derecho al honor personal.

Para ilustrar mejor este epígrafe, nos apoyaremos en las consideraciones emitidas por nuestro Tribunal Constitucional y en la técnica que cabe emplear para determinar en qué casos prevalecerá la protección de un derecho fundamental frente al otro, la denominada técnica de la ponderación *ad hoc*: *el propio derecho al honor se encuentra “limitado por los también fundamentales a opinar e informar libremente” [por todas, Sentencia de 20 de julio de 2004 (RJ 2004, 7870), citada en las de 22 de julio (RJ 2008, 4494) y 11 de diciembre de 2008], siendo necesario, ante la ya clásica confrontación entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión, determinar en cada caso concreto cuál de ellos ha de considerarse preeminente y más digno de protección, o, dicho de otro modo, cuál de los dos derechos en conflicto ha de ser sacrificado en beneficio del otro, lo que se hará por el tribunal a través de un juicio de ponderación.*

Sobre la conceptualización y la naturaleza que cabe atribuir al honor, la doctrina emanada de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias de 22 de julio de y de 11 de diciembre ha manifestado que “*el artículo 18.1 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) garantiza el derecho al honor como una de las manifestaciones concretas de la dignidad de la persona, proclamada en el artículo 10 del mismo texto constitucional*”. De él ha señalado la doctrina que “*se trata de un derecho de la personalidad autónomo, derivado de la dignidad humana (entendida como dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona), y dirigido a preservar tanto el honor en sentido*



*objetivo, de valoración social –trascendencia–, (entendido entonces como fama o reputación social), como el honor en sentido subjetivo, de dimensión individual –inmanencia–, (equivalente a íntima convicción, autoestima, consideración que uno tiene de sí mismo), evitando cualquier ataque por acción o por expresión, verbal o material, que constituya según la Ley una intromisión ilegítima. Sin olvidar que el honor “Sentencias de 20 de julio (RJ 2006, 7870) y 2 de septiembre de 2004 (RJ 2004, 5574) constituye un concepto jurídico cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento y con cuya protección se ampara a la persona frente a expresiones que la hagan desmerecer en la consideración ajena, al ir en su descrédito o menosprecio, o que sean tenidos en el concepto público por afrentosas”.*

El Tribunal Supremo avaló la existencia de honor en las personas jurídicas, aspecto ligado a su reputación empresarial. No obstante, los parámetros que cabe emplear son diferentes:

*“Sin embargo tampoco cabe valorar la intromisión con los mismos parámetros que cuando se trata de personas físicas, porque respecto de éstas resaltan dos aspectos; el interno de la inmanencia o mismidad, que se refiere a la íntima convicción o sentimiento de dignidad de la propia persona, y el externo de la trascendencia que alude a la valoración social. Es decir, a la reputación o fama reflejada en la consideración de los demás [SS., entre otras, 14 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 9922) y 6 de junio de 2003 (RJ 2003, 5133)], y cuando se trata de las personas jurídicas resulta difícil concebir el aspecto inmanente por lo que la problemática se centra en la apreciación del aspecto trascendente o exterior”.*

Pero ¿existe un límite claro entre los límites de la libertad de expresión y los de la sátira que daña o lesiona intereses morales como el honor? El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han establecido que *la libertad de expresión comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgusta [SSTC 6/2000 (RTC 2000, 6), 49/2001, 204/2001, y 181/2006 (RTC 2006, 181)], pues así lo requiere el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe la sociedad democrática contexto en que se producen las expresiones, es decir, el medio en el que se vierten y las circunstancias que las rodean proyección pública de la persona a que se dirigen las expresiones –dado que en las personas o actividades de proyección pública la protección del honor disminuye–, y a la gravedad de las expresiones, objetivamente consideradas, del mismo modo que tampoco la finalidad jocosa, de mero divertimento, sarcástica o de caricaturizar a otro justifica el empleo de expresiones objetivamente difamatorias, pues debe convenirse que la crítica y el divertimento sano constituyen la expresión de unos valores a los que una sociedad democrática no puede renunciar.*

Sin embargo, sentadas las bases anteriores que parecen conceder prevalencia a la libertad de expresión, se matiza de este modo: *como tampoco puede renunciar a la educación, la cultura y, en final comportamiento, ético de los ciudadanos y de las instituciones, valores.*

¿Y qué sucede con el género satírico? ¿En qué medida se encontraría amparado por la libertad de expresión? La sentencia del JPI de Madrid de 17 de mayo de 1990 (RJ 1990, 3736) destacó la permisividad social para con tal género, más concretamente en su manifestación de humor gráfico, normativamente reflejada en el art. 8.2 b) de la LO 1/82, descartando en esa ocasión que constituyera intromisión ilegítima en el honor de un conocido intelectual la publicación de una caricatura suya acompañada de unos versos satíricos en un semanario de humor publicado como suplemento dominical de un importante diario de tirada nacional: *por consustancial que sean al género satírico tanto la ridiculización del personaje y el tono jocoso o burlón como la brevedad y rotundidad del mensaje, dicho género no puede quedar por completo al margen de la protección que merezca el honor del personaje objeto de burla o, dicho de otra forma, el acudir a ese género no borra ni elimina los límites que impone la protección del derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.*

Así lo demuestra normativamente el propio art. 8.2 b) al exigir que la utilización de la caricatura se adecue al uso social; y así lo demuestra también la doctrina del Tribunal Constitucional al apreciar intromisión ilegítima a través de un texto, historieta o cómic pese a su tono jocoso o burlón cuando el llamado *animus iocandi* se utiliza “*precisamente como instrumento del escarnio [STC 176/95 (RTC 1995, 176)]*”.

En síntesis, lo relevante en estos casos es ponderar si, dadas la circunstancias en que se producen las expresiones proferidas, son de entidad suficiente para ser tenidas objetivamente en el concepto público de “*afrentosas, vejatorias y ofensivas, capaces de trascender el marco de confrontación en que se producen y el marco de la crítica y de la ficción cómica, desplazando de ese modo el objeto de la confrontación y del mero entretenimiento hacia la única finalidad de injuriar, difamar o desmerecer en el público aprecio, en que se resume el aspecto trascendente del derecho al honor*”.

El mundo fallero posee una exteriorización plástica artística rica y variada, donde los *ninots* recrean situaciones esperpénticas cuya finalidad es la sana crítica, adquiriendo matices cómicos que, entendemos, se encuentran en su mayoría amparados por la libertad de expresión y el plus de la libertad artística (pues de lo contrario se estaría instaurando una suerte de censura). Además, cobra especial significado el contexto en el que se sitúan los actos potencialmente vulneradores del derecho al honor: un ambiente festivo, manifestación del folklore popular y cuyo ánimo es el *animus iocandi*, que no el *injuriandi*.

## 7. TENDENCIAS DE FUTURO Y CONSECUENCIAS LEGALES

La revolución tecnológica del último siglo ha sido imparable y ha fructificado en todos los órdenes. La aceleración en la cadena de montaje se ha visto

facilitada por la eclosión de nuevos elementos que permiten triplicar la productividad: nuevos materiales, nuevas herramientas y nuevas técnicas.

Los diseñadores gráficos pueden dibujar ahora directamente sobre paneles o soportes informáticos (*tablets*), los cuales traducen variables como la presión o las dimensiones de los objetos o personajes mediante algoritmos que capta un ordenador, cuyo *software* de última generación es capaz de recrear sobre la pantalla el aspecto final de una falla incluso a nivel tridimensional, pudiendo girarla 360.º Sin lugar a dudas, este fenómeno abre un nuevo abanico de implicaciones de propiedad intelectual e industrial, que ya no solo se proyecta en la obra material final y sus obras preparatorias, sino sobre los medios intangibles que permitirán su obtención (los programas de ordenador).

Antiguamente, tras la elaboración de los bocetos y su visto bueno, se pasaba a la segunda fase: la construcción de una maqueta con base en un proyecto. De este modo, se recreaba una falla a pequeña escala, emulando el resultado diminuto de la obra final. Se controlaban así factores como la incidencia de la luz, las dimensiones o el efecto visual. A este respecto, volvemos a subrayar que ya ni siquiera es necesaria la construcción de la maqueta, porque el sentido de su existencia podría suplirse con la obra tridimensional visualizada en el programa de ordenador.

La tecnología de la impresión 3D ha llegado para quedarse y permitiría la reducción de los tiempos: pensemos que una impresora 3D podría construir por sí misma la maqueta de una falla dándole a un botón de un programa de ordenador donde previamente se hubiesen insertado todos los parámetros, o incluso sería posible –siendo esto más sofisticado– que la misma máquina protagonizase su producción directa a gran escala, pudiendo imprimirse directamente una falla desde el ordenador a la propia plaza del municipio.

De nuevo, se abrirían nuevos horizontes que afectarían al derecho, por ejemplo en el campo de la responsabilidad por daños en la construcción –ya que los sujetos intervinientes son diferentes a los tradicionales– o en cuanto a las divergencias por la transformación de elementos originales de la obra al pasarlos del boceto al plano escultórico (¿en qué medida podría reclamarse al programador de la máquina impresora que su algoritmo fallase al recrear los *ninots* a otra escala o con una policromía diferente a la originariamente planeada por el artista?).

En sintonía con estos avances, destaca una propuesta muy interesante realizada dentro de la línea de investigación “Nuevas estrategias y uso de tecnologías 3D en el Patrimonio Escultórico-ornamental” promovida en el seno del Instituto Universitario de Restauración del Patrimonio de la Universitat Politècnica de València. A continuación, pasamos a reproducir las principales cuestiones innovadoras que aporta y que pueden cambiar el modo de aproximarnos a la

fiesta fallera e incluso conseguir mutar la naturaleza efímera de las obras gracias a las nuevas herramientas del siglo XXI. Como intuimos, todos estos avatares constituyen retos legislativos de futuro, donde la propiedad intelectual adquiere un papel decisivo.

Este estudio pretende revalorizar la creación efímera a través de la conservación virtual de las obras mediante el registro 3D. Se propone, además, la creación de un repositorio interactivo de la *Exposició del Ninot*. El abstract del trabajo dice así: “*se plantea la conservación virtual de la obra efímera, concretamente de los ninots de Falla exhibidos en la Exposición del Ninot, a través de su virtualización interactiva de modo que puedan ser recuperados en un ‘repositorio del recuerdo’ tras su combustión. El reconocimiento de la Fiesta de Fallas por parte de la UNESCO como Patrimonio Inmaterial de la Humanidad en 2016 demanda una adaptación a los medios actuales de comunicación, conservación y difusión de la fiesta*”<sup>24</sup>.

Hoy en día, existen formatos (plataformas *online*, catálogos, centros expositivos) dedicados a la documentación y difusión de los monumentos falleros que, en general, constituyen una muestra de la evolución de las tendencias estéticas y constructivas, como son la mejora del ingenio acorde a las técnicas creativas o el uso de materiales adaptados a las nuevas exigencias prácticas.

De este modo, la investigación desemboca en una serie de aplicaciones útiles para la catalogación de los distintos monumentos efímeros antes de su quema, revierte en su difusión y conservación virtual y explica la puesta en marcha de un sistema de musealización de acceso abierto.

Tras la explicación técnica del estudio aplicado al caso se relatan los resultados y ventajas obtenidos con el uso de las nuevas tecnologías:

A. *Creación de material gráfico*: permitiría la virtualización en forma de animación a partir del escaneado estático de muñecos falleros.

B. *Musealización virtual interactiva*: permitiría la monitorización de los monumentos falleros para su lectura bajo todos sus ángulos, proporcionando así una experiencia inmersiva, parecida a una visita del monumento *in situ*. Sería una manera de transmisión de la fiesta a quienes, debido a diversas razones, no puedan disfrutar de este patrimonio inmaterial de la humanidad durante la temporada fallera o a quienes deseen “recordar” dicho patrimonio tras su desaparición.

Así mismo, este tipo de plataformas admiten la inclusión de comentarios, vídeos o imágenes estáticas y se pueden incrustar en las distintas páginas webs o blogs especializados en la musealización de los monumentos falleros.

24. N. DIDIER NIQUET, M. SÁNCHEZ LÓPEZ, y X. MAS-BARBERÀ, “La revalorización de la creación efímera a través de la conservación virtual. Aplicación del registro 3d y propuesta de repositorio interactivo de la *Exposició del Ninot*”, *Revista Sonda. Investigación y Docencia en Artes y Letras*, n.º 7, 2018, pp. 89-102.

C. *Reproducción a escala*: permitiría la reproducción de los modelos a otras escalas mediante impresoras 3D de diversos formatos. Esta nueva herramienta de impresión 3D abre un potencial horizonte de conflictos, pues el hecho de que se puedan reproducir *ninots* idénticos al original y en el mismo soporte (escultura) en períodos muy breves de tiempo –y que perduren tras la *Cremà*– pone en peligro los derechos de autor. Debería regularse con urgencia las implicaciones que estos extremos pudiesen repercutir en la propiedad intelectual.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

##### 1. NORMATIVA BÁSICA

*Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual* (BOE n.º 97, de 22 de abril de 1996).

*Ley 4/1998, del Patrimonio Cultural Valenciano* (BOE n.º 174, de 22 de julio de 1998) modificada por *Ley 7/2004, de 19 de octubre* (BOE n.º 279, de 19 de noviembre de 2004).

*Ley 5/2007, de 9 de febrero, de modificación de la Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Cultural Valenciano* (BOE n.º 71, de 23 de marzo de 2007).

*Ley 10/2015, de 25 de mayo, para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial* (BOE n.º 126, de 27 de mayo de 2015).

*Decreto 44/2012, de 9 de marzo, del Consell, por el que se declara Bien de Interés Cultural Inmaterial la Fiesta de las Fallas de Valencia* (DOCV n.º 6732, de 12 de marzo de 2012).

*Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (BOE n.º 115, de 14 de mayo de 1982).

*Directiva 2001/29 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información* (DOCE L167, de 22 de junio de 2001).

##### 2. DOCTRINA

ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “La tutela del folklore en el marco de los derechos intelectuales (algunas reflexiones sobre su protección *sui generis*”, en *Estudios de Derechos de Autor y Derechos Afines*, Reus, Madrid, 2007.

ARIÑO VILLARROYA, Antonio (coord.): *Historia de las Fallas*, Levante, València, 1990.

- ARIÑO VILLARROYA, Antonio: *La ciudad ritual. La fiesta de las Fallas*, Anthropos, Barcelona, 1992.
- ARIÑO VILLARROYA, Antonio: “Los procesos productivos”, en *Los escultores del fuego. Aproximación a la historia del Gremio Artesano de Artistas Falleros de Valencia*, Diputació de València, València, 1993.
- BERCOVITZ, Germán: *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Tecnos, Madrid, 1997.
- COLLADO, Enrique: “Fallas de Valencia: un producto cultural multidisciplinar”, *Culturas. Revista de Gestión Cultural*, vol. 5, n.º 2, 2018, pp. 68-92.
- DIDIER NIQUET, Nicolás, SÁNCHEZ LÓPEZ, Miguel y MAS-BARBERÀ, Xavier: “La revalorización de la creación efímera a través de la conservación virtual. Aplicación del registro 3d y propuesta de repositorio interactivo de la *Exposició del Ninot*”, *Revista Sonda. Investigación en Artes y Letras*, n.º 7, 2018, pp. 89-102.
- ESPÍN ALBA, Isabel: “Una aportación iusprivatista al estudio del patrimonio cultural inmaterial: la protección de las fallas valencianas por el derecho de autor”, *PIDCC Revista em Propriedade Intelectual - Direito Contemporâneo e Constituição*, vol. 11, n.º 1, 2017, pp. 1-28.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio: “El patrimonio inmaterial y los derechos de propiedad intelectual”, *Patrimonio Cultural de España*, n.º 0, 2009, pp. 111-132.
- IRIGARAY SOTO, Susana: “El concepto de patrimonio cultural inmaterial”, *Cuadernos de Etnología y Etnografía de Navarra*, n.º 88, 2013, pp. 121-124.
- PERCEVAL, Jose María: *Historia mundial de la comunicación*, Cátedra, Madrid, 2015.
- RAMÓN, Francisca: “La dinamización en el ámbito turístico mediante la puesta en valor de los Bienes de Interés Cultural Inmaterial”, *Culturas. Revista de Gestión Cultural*, vol. 3, n.º 1, 2016, pp. 36-47.
- ROMÁN PÉREZ, Raquel de: “Obras del patrimonio cultural en la ley de propiedad intelectual: estudio de un caso concreto (El Misteri D’Elx)”, *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, 7 (1), 2011, pp. 109-122.
- RUIPÉREZ DE AZCÁRATE, Clara: *Las obras del espíritu y su originalidad*, Reus, Madrid, 2012.
- SOL MONTAÑOLA, Mario: *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

### 3. JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de septiembre de 2014 (*Caso Deckmyn y Vrijheidsfonds*).

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2004 (RJ 2004, 7870).

Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de septiembre de 2004 (RJ 2004, 5574).

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid de 17 de mayo de 1990 (RJ 1990, 3736).

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2008 (RJ 2008, 4494).

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2008.

Sentencia del Tribunal Constitucional 6/2000.

Sentencia del Tribunal Constitucional 176/95.

Sentencia del Tribunal Constitucional 49/2001.

Sentencia del Tribunal Constitucional 204/2001.

Sentencia del Tribunal Constitucional 181/2006.





# Aproximación jurídica a los nuevos modelos de generación, transmisión y disfrute del arte. Una propuesta de *lege ferenda*

## A legal framework for the new models of generation, transmission and enjoyment of art. A “*lege ferenda*” proposal

ADRIAN ADRIANOV NENKOV

*Jurista por la UCM. Mercantilista en Freshfields Bruckhaus Deringer LLP*

### Resumen

El exponencial desarrollo de un séquito de novedosas iniciativas artísticas y empresariales al amparo de la arquitectura tecnológica de los sistemas de libro distribuido, las comúnmente denominadas *blockchain*, conlleva la superación del actual encuadre jurídico de dichas manifestaciones artísticas y, por ende, la necesidad de reimaginar su estructura normativa en todas sus vertientes (civil, fiscal, administrativa...).

La creciente importancia social y económica de fenómenos como los *NFT* o el arte generativo suscitan innumerables dificultades para la aplicación de los derechos de propiedad intelectual y los negocios jurídicos anudados a la transmisión o explotación económica de dicha propiedad. Adicionalmente, su carácter eminentemente digital, tanto en lo referente a su creación como a su disfrute, permite por igual nuevas formas de vulneración y de protección de los derechos reconocidos en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos del globo.

Estas breves líneas, tras presentar cualitativamente la naturaleza de estas nuevas formas de arte, pretenden esbozar algunas de las oportunidades

y riesgos inherentes a ellas para acabar presentando diversas propuestas concretas de adaptación del ordenamiento nacional y europeo. Para acometer tales objetivos, estas líneas se valen también de explorar el enfoque normativo de las jurisdicciones más avanzadas en este asunto, como la del Principado de Liechtenstein, así como de varias iniciativas legislativas europeas sobre la materia. Todo ello a fin de suscitar en lo posible un mayor interés doctrinal en una materia cuyo carácter novedoso a la par que complejo requerirá de una intensa labor de prospectiva jurídica para mantener al derecho como garante de los derechos de toda índole reconocidos por él, sin obstar a la innovación y el progreso tecnológico, e incluso promoviéndolos.

### **Palabras clave**

Blockchain, NFT, Arte generativo, DLT, Tokenización del arte, Propiedad intelectual, Smart contracts, TVTG, Transmisión de la propiedad.

SUMARIO: I. GLOSARIO. II. CONCEPTUALIZACIÓN JURÍDICA DEL ARTE Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS. III. TOKENIZACIÓN DE PIEZAS DE ARTE. IV. NON-FUNGIBLE TOKENS O NFT. V. ARTE GENERATIVO. VI. CONCLUSIÓN. VII. BIBLIOGRAFÍA.

### **Abstract**

The exponential growth of a host of new artistic and business initiatives under the technological architecture of distributed ledger systems, commonly known as *Blockchains*, entails overcoming the current legal framework and, therefore, the need to reimagine their regulatory framework in all its aspects (civil, fiscal, administrative...).

The growing social and economic importance of phenomena such as *NFTs* or generative art entails serious difficulties in upholding intellectual property rights laws and the legal transactions linked to the transfer or economic exploitation of said property. In addition, their eminently digital nature, both in terms of their creation and their enjoyment, allows for both new forms of infringement and protection of the rights recognized in most of the legal systems around the globe.

The following dissertation aims to outline some of the opportunities and risks inherent to these new art forms with an aim of generating proposals for the adaptation of the national and European legislation on this subject matter. In order to achieve these objectives we explore the regulatory approach of the most advanced jurisdictions in the field, such as that of the Principality of Liechtenstein, as well as several European legislative initiatives on crypto assets. More generally the works aims to generate greater academic interest in a subject whose novel and complex nature will require intense work on legal

foresight so the legal system remains guarantor of legally recognized rights without it hindering innovation and technological progress.

### Keywords

Blockchain, NFTs, Generative art, DLTs, Tokenization of art, Intellectual property, Smart contracts, TVTG, Property transmission.

SUMMARY: I. GLOSSARY. II. LEGAL CONCEPTUALIZATION OF ART AND HISTORICAL BACKGROUND. III. ARTWORK TOKENIZATION. IV. NON-FUNGIBLE TOKENS OR NFTS. V. GENERATIVE ART. VI. CONCLUSION. VII. BIBLIOGRAPHY.

## I. GLOSARIO

*Bitcoin*: Primer protocolo de emisión de activos sobre una *blockchain* funcional. Criptodivisa con la mayor capitalización de mercado desde su puesta en circulación en 2009 por un programador anónimo bajo el pseudónimo de Satoshi Nakamoto. Denominación propia de cada uno de los 21.000.0000 de activos del protocolo Bitcoin. Se trata, pues, de partes alícuotas, acumulables y divisibles del protocolo.

*Blockchain*: Subtipo de DLT cuya construcción se asemeja, a nivel cualitativo, a una cadena de bloques unidos entre sí, cuyo funcionamiento puede entenderse análogo al de un registro contable descentralizado.

*DeFi*: Acrónimo anglosajón del término *finanzas descentralizadas*. Se trata del conjunto de iniciativas, plataformas y soluciones de carácter financiero y bancario que operan sobre la estructura tecnológica de diversas *blockchains*.

*DLT*: Acrónimo anglosajón del término *sistema de libro distribuido*. Estructura primigenia de almacenamiento y registro de datos sin mediar ente central o de gobierno alguno.

*Escrow*: Modelo asimilable al fideicomiso patrio, pero de aplicación más amplia. Su utilización pretende asegurar el cumplimiento de una obligación contractual mediante el establecimiento de un tercero que actúe como intermediario en una operación para eliminar el denominado riesgo de contrapartida.

*Ether*: Denominación propia de cada una de las partes alícuotas, acumulables y divisibles del protocolo Ethereum. En este protocolo el número exacto de ether en circulación responde a una formulación algorítmica compleja.

*Ethereum*: Protocolo de emisión de activos sobre una *blockchain* funcional. Su arquitectura es la que ha permitido la emisión de activos *tokenizados*, NFT o la programación de los *smart contracts*.

*Hash*: Nomenclatura que reciben las claves o cadenas criptográficas que unen a los distintos bloques de una *blockchain* y que le otorgan sus caracteres de irreversibilidad y seguridad.

*Inteligencia artificial* (IA): Capacidad de un sistema computerizado para interpretar correctamente datos externos, para aprender de dichos datos y emplear esos conocimientos para lograr tareas y metas concretas a través de la adaptación flexible de forma análoga a como lo hacen los seres humanos mediante sus funciones cognitivas.

*Internet of things* (IoT): Término que designa la interconexión de objetos cotidianos, como, a modo de ejemplo, vehículos o electrodomésticos por medio de internet, y cuyo resultado es el desarrollo de una nueva amalgama de servicios, posibilidades y riesgos.

*NFT*: Acrónimo anglosajón del término *token no fungible*, tipología de *token* único, exclusivo y con diversas funcionalidades.

*Proof of Work* (PoW): Protocolo de consenso primigenio y propio, entre otros, de la red Bitcoin. Funcionamiento basado en la ejecución de complejos cálculos matemáticos por parte de nodos validadores denominados *mineros*.

*Protocolo de consenso*: Conjunto de mecanismos que permiten la validación de las transacciones y otras modificaciones de una *blockchain* y que permite, entre otras cosas, eliminar el “problema de los generales bizantinos”.

*Security token*: Tipología de *token* sometido a regulación por entender el regulador competente que se trata de un producto financiero. Esta categorización y la regulación de los *tokens* considerados como tal ha tenido lugar en países como el Reino Unido o en determinados estados americanos.

*Smart contract*: Programa criptográfico que, operando en una *blockchain*, es capaz de ejecutar una serie de órdenes en el marco de la misma de forma plenamente autónoma. En determinadas circunstancias pueden llegar a considerarse contratos en el sentido jurídico del término.

*Solidity*: Lenguaje de programación propio de la red Ethereum. En él se programan los *smart contracts*.

*Stablecoin*: Criptodivisa referenciada a otra de curso legal. Representación criptográfica de divisas como el dólar o el euro en forma de *token*.

*Token*: Nomenclatura general y ampliamente aceptada para cualquier tipo de activo emitido sobre una *blockchain*.

*Tokenización*: Proceso por el cual un activo patrimonial objeto de comercio por los hombres, sea material o inmaterial, mueble o inmueble, es representado por un *token* o una serie de *tokens* de forma que su tenencia equivalga a la propiedad del subyacente.

*Utility token*: Tipología de *token* cuya tenencia y utilización da acceso a ciertos servicios, privilegios o funcionalidades dentro de una plataforma o ecosistema concreto. Se trata de una suerte de *token* de membresía en una *blockchain*.

*Whitepaper*: Documento explicativo de un protocolo y sus activos, surgido como práctica de mercado desde el publicado por Bitcoin. Sus caracteres esenciales y su función pueden considerarse, en términos generales, como un análogo al folleto de emisión en ofertas públicas de venta y otras emisiones financieras.

## II. CONCEPTUALIZACIÓN JURÍDICA DEL ARTE Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Los conceptos de obra de arte, artista y arte como término genérico vienen suscitando intenso debate tanto desde una perspectiva estética como desde una perspectiva jurídica. Aunque no es objeto de esta breve disertación establecer un concepto jurídico de obra de arte o fijar sus límites, sí es necesario aproximarse mínimamente a esa definición con vistas a entender la disrupción de los nuevos modelos de arte y su vocación de cambiar el modo de concebirlo al completo, desde su generación hasta su disfrute, pasando por aspectos muy relevantes jurídicamente, como la propiedad, su registro o su transmisión, entre otros.

No existe en derecho español, y así ocurre en una gran mayoría de jurisdicciones, una definición legal y típica de los citados preceptos. Muestra de la dificultad para encapsularlos conceptualmente fue reconocida en fechas recientes por el legislador en su intento de abordar el *Estatuto del Artista*<sup>1</sup>, al señalar que no era objeto de la subcomisión que estudiaba su creación definir los conceptos de *arte* y *artista* por no existir en el seno del propio campo una doctrina pacífica sobre ellos. Sin embargo, por la necesidad de establecer ciertos parámetros definitorios que permitan la aplicación de normativa diversa en materia fiscal, administrativa o mercantil, se han generado una serie de definiciones *ad casum*. Son tales, entre otras, las contenidas en el art. 19 de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio, al establecerse que se entenderán por “*Objetos de arte: Las pinturas, esculturas, dibujos, grabados, litografías u otros análogos, siempre que en todos los casos, se trate de obras originales*”, o la contenida en el punto segundo del art. 136 de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido, aunque en este último caso se trate más bien de una extensa enumeración que, al menos a efectos de dicha ley, parece ser *numerus clausus*. En el ámbito administrativo, la Ley del Patrimonio Histórico Español desiste de definir

1. Informe de la Subcomisión para la elaboración del Estatuto del Artista aprobado el 7 de junio de 2018 y resultante en el Real Decreto-ley 26/2018, de 28 de diciembre, por el que se aprueban medidas de urgencia sobre la creación artística y la cinematografía.

y meramente apunta que integran el patrimonio histórico español y son, por ende, objeto de protección “*los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico [...]*”. Tampoco el derecho mercantil, por medio de la Ley de Propiedad Intelectual, define el precepto, sino que –en imitación de la Ley del IVA– enuncia, esta vez a modo de *numerus apertus*, los objetos sobre los que pueden recaer derechos de propiedad intelectual. Pese a la evidente dispersión normativa, así como a la apresurada conclusión de que el concepto de arte y sus derivados permanecen como conceptos jurídicos indeterminados en nuestro ordenamiento, sí es posible apreciar trazas comunes en la normativa citada. Son así comunes y prescriptivas condiciones como la originalidad y la autoría por persona física. Será crítico revisitar estas dos asunciones al tratar fenómenos y movimientos englobados en los nuevos modelos de arte tratados en esta obra, como puede ser el arte generativo, para concluir que, si bien no existe una definición legal de arte, incluso las mínimas trazas existentes a lo largo y ancho de nuestro ordenamiento han quedado obsoletas y requieren desesperadamente una mayor atención por parte del legislador.

El mundo del arte –entendiendo el término en sentido amplio como el conjunto de personas, prácticas, intereses y consideraciones de diversa índole alrededor del propio arte– ha experimentado infinidad de cambios durante los últimos años. El más relevante al objeto de nuestro estudio es la forma en que tecnología y arte se entrelazan simbiótica e inexorablemente, como ha ocurrido y ocurre con el resto de las áreas del saber. Por ello, quien se aproxima a los nuevos modelos de arte debe quedar advertido de la creciente e imperiosa necesidad de comprender, aunque sea de modo cualitativo y abstractándose de tecnicismos innecesarios a su labor, la tecnología subyacente, a riesgo de no poder valorar las implicaciones de toda clase, entre ellas las jurídicas, que de ello se desprenden, cuando no de verse imposibilitado de entender el propio concepto artístico en sí mismo. Por ello, es indudablemente necesario abrir un breve paréntesis de comentario y reflexión sobre la base tecnológica de la que surgen, pese a lo indefinido del concepto, nuevo y verdadero arte.

Para la comprensión de modelos como la *tokenización* de piezas de arte, el arte autogenerativo o los *NFT*, debemos retrotraernos unos treinta años, a la creación de los *DLT* o sistemas de libro distribuido. Los sistemas de libro distribuido son, en esencia, bases de datos electrónicas compartidas por una red de servidores o nodos que participan en dicha red de forma que los datos almacenados no se encuentran centralizados ni en cuanto a localización física ni en lo relativo a su posesión por uno o algunos de los partícipes. Los registros descentralizados o distribuidos son realidades preexistentes al mundo digital. Por Cicerón queda constancia de la existencia de un sistema que permitía a los ciudadanos romanos transaccionar grandes cantidades de capital sin que

fuera necesario el transporte y la *traditio* física de cuantiosas cantidades de sestericios u otro medio de pago admisible en la época. Descrito por Barlow<sup>2</sup> como el modo de introducir la idea del crédito en la Roma clásica y conceptualizado por el aforismo *nomina facit, negotium conficit*<sup>3</sup>, a nuestros efectos se trataba de la posibilidad de que existiera entre los ciudadanos romanos un registro de créditos y deudas que operaba entre ellos de modo que, sin existir una *traditio* real de dinero, el acreedor pudiera transaccionar con terceros como si esta se hubiera producido. Esto era así por cuanto el tercero consideraba que el deudor era un *bonum omen*, es decir, un deudor solvente y, a su vez, mantenía la *fides* en las manifestaciones del acreedor respecto a la propia existencia de la deuda o su cuantía. El registro de créditos y deudas era, pues, personal, es decir, era cada ciudadano quien individualmente, o por medio de su escriba, operaba la contabilidad. Estos registros son los antecedentes analógicos a los *DLT* cuya definición se ha proporcionado *ut supra*. En su configuración moderna, los registros descentralizados son digitales y pueden contener cualquier tipo de dato y en cualquier formato. Sin embargo, incluso estos arrastraban desde la época romana el llamado “problema de los generales bizantinos”, experimento o construcción metafórica que plasmaba el talón de Aquiles de cualquier sistema descentralizado, la necesidad de que existiera *fides* absoluta entre todos y cada uno de los partícipes en el sistema, puesto que un error o manipulación –fuera intencional o no– por parte de un solo partícipe podía generar un efecto en cadena que tumbase la *DLT* por completo. La notoria inoperancia práctica de un sistema basado completamente en la fe o la confianza en todos y cada uno de los integrantes de un sistema mínimamente amplio –ya sea jurídico, financiero o de cualquier otra clase– es uno de los factores clave que impulsó la centralización del mundo durante siglos. Por ello han sido hasta ahora necesarios sistemas que minimicen la necesidad de esta *fides*, normalmente por medio de otorgarla, como se ha avanzado, a un único ente central o, al menos, a un pequeño grupo de ellos. Ejemplos mundanos en el campo jurídico son los registros públicos en lo que podemos denominar el sistema de la propiedad. Gracias a ellos, en términos generales y simplificando la compleja realidad, no es necesario que los intervinientes en la compraventa de un inmueble confíen en la buena fe de la contraparte, puesto que existe la figura del Registro de la Propiedad, organismo en que ambos confían y que corrobora la titularidad del inmueble y demás datos esenciales para la transacción, con lo que se otorga la ansiada seguridad jurídica en el tráfico. A nuestros efectos, la misma función realizan en el marco financiero, a grandes rasgos, las cámaras de compensación

2. C. T. BARLOW, *Bankers, Moneylenders, and Interest Rates in the Roman Republic*, Ann Arbor, Mich., University Microfilms International, 1982.
3. M. T. CICERO, *De Officiis*, California, CreateSpace Independent Publishing Platform, 2017.



y liquidación de derivados financieros<sup>4</sup>. Mediante su uso los intervinientes en permutas financieras o *swaps*, contratos de opciones y otros productos eliminan lo que en dicho campo se ha denominado riesgo de contrapartida. Este riesgo, de un modo u otro, se encuentra presente en múltiples ámbitos y –como se adelantaba– condujo a un modelo centralizador a fin de otorgar garantías a intervinientes y terceros a la par que mejorar la eficiencia y reducir los costes de las transacciones.

La solución al “problema de los generales bizantinos”, es decir, la posibilidad de eliminar el requisito de la *fides* en los sistemas de libro distribuido, no tuvo propuestas de resolución factibles a nivel computacional hasta 1982<sup>5</sup>, pero no fue hasta la década de los 90 cuando una tipología específica de *DLT*, la *blockchain*, hizo uso práctico de toda la tecnología antecedente. Ya incluso en este punto tan primigenio una sutil conceptualización jurídica de los *DLT* genera cuestiones jurídicamente consustanciales, como son la de la jurisdicción aplicable a hechos o relaciones acaecidas en el marco de una *DLT*. Por su propia naturaleza inmaterial, cuando el derecho tome como punto de partida para fijar su aplicabilidad el criterio de la *lex rei sitae*, no podrá hacerlo y habrá de acudir a algún tipo de ficción para, por ejemplo, aplicar una legislación determinada a un buque en función de su enseña. Sin embargo, que la ficción pueda aplicarse a una realidad descentralizada y sin centro de dirección o gobierno es cuestión poco asentada y discutida. Conforme la magnitud económica ha venido creciendo exponencialmente, como veremos, y por ende el riesgo y la litigiosidad, el legislador comunitario ha entendido la necesidad de constituir un marco legal desde cero para acomodar las peculiaridades y aspectos únicos de estos sistemas y redes. Por el momento, estos esfuerzos se mantienen como meras propuestas regulatorias en el marco del más amplio “paquete de finanzas digitales” que impulsa la Comisión Europea. Obviando las cuestiones sin duda consustanciales que plantea la mera base tecnológica, por no alejarnos excesivamente del objeto principal de la obra, aproximémonos cualitativamente al concepto y caracteres esenciales de una *blockchain*.

En este tipo de *DLT* la información se almacena bajo un formato de cadena de bloques, un registro cronológico distribuido de todas las transacciones y otros cambios que se producen en su seno. La arquitectura tecnológica confiere a una *blockchain* operativa las características de certeza, seguridad, inmutabilidad e irrefutabilidad en tanto que cada nuevo bloque de información está

4. A. BERNSTEIN & M. WEIDENMIER, “Counterparty Risk and the Establishment of the New York Stock Exchange Clearinghouse”, *Journal of Political Economy*, vol. 127, n.º 2, 2019.
5. L. LAMPORT, R. SHOSTAK & M. PEASE, “The Byzantine Generals Problem”, *ACM Transactions on Programming Languages and Systems (TOPLAS)*, vol. 4, n.º 3, 1982, pp. 382-401.



unido al anterior por medio de su cadena, el *hash*, una suerte de número de identificación anudado a cada uno de los bloques de la red, bloques que deben ser validados por el conjunto de la misma por medio de algún tipo de *protocolo de consenso*. Son *protocolos de consenso* los algoritmos mediante los cuales, sin incurrir en centralismos o la inclusión de intermediarios, una tercera parte, a su vez miembro de la red, valida el bloque y su contenido. Ese validador actúa funcionalmente de forma análoga a como lo haría una entidad financiera respecto de transacciones bancarias, es decir, observa el estado previo de la red a la emisión del bloque a validar, comprueba las transacciones realizadas durante la vida del nuevo bloque y, de haberse estas completado y anotado correctamente, lo valida, confirmándolo y dando paso a uno nuevo de forma simultánea. La red se construye, pues, a modo de libro contable o registral cuyas anotaciones, su auditoría y su custodia no se confían a ningún ente central. Dichas responsabilidades se distribuyen y son accesibles a todos y cada uno de los partícipes por igual siguiendo un esquema algorítmico. De esta forma ningún miembro de la red –una vez creada– ostenta poder sobre ella o sobre el resto de los partícipes. El esquema funcional de cualquier *blockchain* forma digitalmente un análogo o, al menos, opera bajo el espíritu del principio de tracto sucesivo registral que recoge el art. 20 de la Ley Hipotecaria. Tal es el paralelismo entre los sistemas, donde cada bloque equivaldría a un asiento registral, que países como Georgia<sup>6</sup> lo han implantado por completo en sustitución de los registros públicos como se conciben actualmente, mientras que en España su aplicación viene estudiándose desde 2018 por una comisión del Colegio de Registradores de España en colaboración con la asociación Alastria<sup>7</sup>.

Sobre esta base tecnológica nace, de manos de un programador anónimo que operó en diversos foros de internet bajo el pseudónimo de Satoshi Nakamoto, el protocolo *Bitcoin*<sup>8</sup>, el primer activo digital emitido sobre *blockchain* y cuya notoriedad alcanzó su cúspide en 2017 fruto de las ganancias especulativas que se generaron en los mercados financieros alternativos donde se negociaba el activo. El propio Nakamoto define su idea primigenia como una versión puramente electrónica de moneda que permite pagos en línea directos, sin necesidad de la intermediación de una institución financiera. El papel de la institución financiera se veía reemplazado por los protocolos de consenso y las brevemente apuntadas características de los *DLT* en formato *blockchain*. Concisamente, *Bitcoin* es un protocolo constituido para funcionar como criptodivisa por medio de 21 millones de *bitcoins* fungibles, transaccionables

6. Á. VILLARINO, “El país donde nació Stalin ya ha dado el primer paso para deshacerse de los notarios”, *El Confidencial*, 26 de noviembre de 2019.
7. REVISTA REGISTRADORES DE ESPAÑA, “Los registradores y el consorcio Alastria explorarán las posibilidades de la tecnología blockchain”, *Revista Registradores de España*, n.º 83, abril-junio 2018, p. 65.
8. S. NAKAMOTO, “Bitcoin: A Peer-To-Peer Electronic Cash System”, *Bitcoin.org*, 2020.

y divisibles en una red verificada por el protocolo de consenso denominado *Proof of Work*.

Partiendo de este modelo primigenio de emisión de activos digitales en una red con gobernanza y operatividad descentralizada, así como mediando innumerables innovaciones técnicas sobre dicha base, se ha abierto la puerta a múltiples oportunidades en campos como las finanzas (véase el concepto *DeFi*), la diseminación y protección de datos (véase el concepto de *IoT*) o, como es relevante a nuestra discusión, el arte. En él se produce el nacimiento de múltiples nuevos modelos de generación, propiedad, transmisión y disfrute del arte, que comentaremos.

Sí es importante apuntar que en la conceptualización que se hacía en el párrafo anterior sobre el protocolo *Bitcoin* se hablaba de esta como criptodivisa, concepto comúnmente utilizado de forma confusa e indiferente junto con otros como criptomoneda o *token*. A fin de aclarar y estandarizar la nomenclatura a los efectos de este escrito debemos entender que las criptomonedas o criptodivisas, como *bitcoin* entre infinidad de otras, son activos criptográficos utilizados como medio de intercambio, circulando en una *blockchain*, con aspiración a convertirse en medio de pago entre particulares y empresas en sustitución a las actuales divisas de curso legal. La batalla frente a las divisas actuales parte de la premisa de que estas, siendo de tipo fiduciario, hacen recaer la *fides* en bancos centrales cuya operativa, denominada política monetaria, es cuestionada por sectores de la población con base en muy diversos argumentos. Estos parten tanto desde premisas de corte filosófico-político como las de corrientes libertarias, anarquistas o anarco-capitalistas hasta otras de tipo práctico tendentes a la elusión, cuando no evasión, de impuestos, la defensa de la privacidad o de las libertades económicas en países con Gobiernos autoritarios o aquellos cuyas divisas nacionales sufren una fuerte inflación. El concepto de *token*, por otro lado, es mucho más amplio y comprende cualquier clase de activo emitido sobre una *blockchain*. Este activo puede ser un medio de intercambio, en cuyo caso adopta la denominación de las ya descritas criptomonedas o criptodivisas, la representación de un bien material o inmaterial sobre una *blockchain*, hablaríamos entonces de activos *tokenizados*, o una diversa índole de activos que por sus funcionalidades y su fungibilidad se describen, sin existir criterio único sobre ello, como *utility tokens*, *security tokens* o *NFT*, entre otros. Sin embargo, puede destacarse que los criterios sobre nomenclatura y alcance regulatorio han comenzado a fijarse en términos jurídicos mediante, entre otras, la posteriormente comentada y muy reciente Propuesta de Regulación del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Mercados de Activos Criptográficos y de modificación de la Directiva (UE) 2019/1937, parte del paquete de finanzas digitales precitado.

La promulgación de este paquete muestra el crecimiento en interés y adopción de estas innovaciones, hasta el punto de considerar el legislador

comunitario, preocupado esencialmente por las implicaciones económicas y de riesgo sistémico en los mercados monetarios, que deben adoptarse unos criterios regulatorios mínimos dentro del mercado único. Esta propuesta normativa es la primera propuesta de armonización, cuando no de introducción, de normativa sobre estos nuevos activos, que venimos denominando ampliamente *tokens*. En su seno, entre otros aspectos a discutir más adelante, se consagra la distinción entre tres subtipos de activos. En primer lugar, aquellos que se utilizan en el seno de una plataforma como instrumento de interacción o como acceso a un bien o servicio de un determinado emisor o plataforma (los *utility tokens*), en general fuera del campo de interés primordial a nuestro estudio. En segundo lugar, los “*tokens* referenciados a activos”, es decir, aquellos nacidos fruto de un proceso de *tokenización* que se estudiará más adelante y que, hasta ahora, han venido considerándose *security tokens* en una pluralidad de jurisdicciones anglosajonas. Por último, y con gran interés regulatorio por su posible riesgo sistémico a nivel financiero, los *tokens* estables o *stablecoins*, activos cuya referencia es moneda de curso legal, normalmente en proporción 1:1.

Todos estos activos, independientemente de su naturaleza, nomenclatura o características, circulan en la red mediando transacciones que, en muchos casos, se sirven de los llamados *smart contracts*. Debe comenzarse clarificando que los denominados contratos inteligentes no son siempre contratos desde un punto de vista jurídico<sup>9</sup>, es decir, no constituyen necesariamente una confluencia de voluntades *inter partes* con objeto y causa lícita en el sentido de los arts. 1254 y 1261 del Código Civil. El término *smart contract* debería entenderse al hilo del *Ethereum Whitepaper*<sup>10</sup>, es decir, como una “caja” criptográfica que contiene ciertos datos o una serie de órdenes sobre ellos o incluso sobre elementos externos, dentro de la *blockchain*. Todos estos componentes y variables pueden sufrir modificaciones autoejecutadas de forma autónoma por el *smart contract* en función de parámetros o condiciones externas que han sido preprogramadas en él. Un contrato inteligente tiene, pues, la capacidad de ejecutarse autónomamente cuando se cumplen una serie de condiciones pre-dispuestas en él. Al tratar algunos de los protocolos conexos con el mundo artístico que operan actualmente quedará patente su operativa de forma más clara, pues es seriamente compleja desde una aproximación teórica, más aún cuando se carece de una formación en el campo de la ingeniería informática o la programación.

En cualquier caso, cuando el *smart contract* sí opera a modo de contrato jurídico conforme a las reglas del derecho de obligaciones, debemos entender que

9. A. E. VILALTA NICUESA, *Smart legal contracts y blockchain. La contratación inteligente a través de la tecnología blockchain*, Madrid, Wolters Kluwer España, 2019.

10. V. BUTERIN, “Ethereum Whitepaper”, *Ethereum.org*, 2020.

en esta modalidad contractual la voluntad de las partes queda plasmada por escrito electrónicamente, pero no en lenguaje natural, sino en lenguaje formal o código (a menudo en el lenguaje nativo de *Ethereum*, *Solidity*). El código, una vez publicado en la *blockchain* y confirmado mediante los protocolos de consenso descritos anteriormente, puede verificar por sus propios medios las condiciones o circunstancias en él establecidas y cuyo acaecimiento constituye el desencadenante para los efectos que le estén anudados. Opera, pues, bajo el amparo de un contrato tradicional, si se me permite la expresión, pero adicionando la autoejecución de lo pactado, un elemento inherente y consustancial para conferir seguridad a contratantes que operan en una *blockchain* y que tanto pueden ser seres humanos como máquinas, cuya identidad es a menudo desconocida mutuamente y, por ende, desconocido es cualquier otro aspecto que permitiera razonablemente compeler a la contraparte a respetar el principio *pacta sunt servanda*. La ejecución automática de lo pactado da así verdadero sentido a la prohibición de dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes conforme al art. 1256 del Código Civil. En un contrato inteligente, obviando que pudieran darse errores en su codificación u otras circunstancias anormales, su ejecución se producirá sin sujetarse a que llegado el momento oportuno las partes respeten lo pactado. Jurídicamente no existe construcción típica que los encuadre y quizá no debiera en cuanto no se trata necesariamente de una nueva tipología contractual, sino más bien una novedosa forma de plasmar un concurso de voluntades con objeto y causa lícita mediando un elemento tecnológico y cuya redacción se realiza al menos en código, sin obstar a que jurídicamente deba quizá requerirse que estos sean plasmados también en lenguaje natural. Esta postura doctrinal entiende esta parte que es la que defiende a grandes rasgos la Sra. Vilalta Nicuesa, quien explora en profundidad la *lex lata* en lo que respecta a este modelo contractual.

Con este mínimo conocimiento de los antecedentes tecnológicos y cronológicos al objeto del estudio, pasemos a un análisis de cada nuevo modelo de arte y sus implicaciones jurídicas más relevantes e innovadoras, es decir, al objeto central de una discusión que merecería ríos de tinta mucho más extensos de los que aquí pueden abarcarse. Estos modelos, que se desarrollan constantemente de formas novedosas, pueden categorizarse a juicio de esta parte en tres grandes bloques, pese a que a menudo aplicaciones, modelos o iniciativas impliquen solapaciones entre sí. Son, pues, en primer lugar, la *tokenización* de obras físicas; en segundo lugar, los *NFT*; y, en tercer lugar, el arte generativo.

### III. TOKENIZACIÓN DE PIEZAS DE ARTE

El concepto de *tokenización* es otro de los múltiples y cambiantes neologismos de origen anglosajón propios de los nuevos modelos surgidos de la ya comentada y primigenia tecnología *DLT*. Mientras *bitcoin* y otros activos

digitales tienen o aspiran a tener un valor intrínseco por sí mismos, otros *tokens* pretenden representar la propiedad o partes proporcionales de ella en un determinado subyacente material o inmaterial de forma análoga a como una acción o participación lo hace respecto a las sociedades de capital. Conceptualmente, se permite así la creación, transmisión y disolución de comunidades de bienes sobre un proindiviso, como puede ser, inequívocamente y de forma relevante a nuestro estudio, una obra de arte, de forma rápida, eficiente y segura.

Este nuevo modelo no cuenta con ninguna cobertura legal en la mayoría de las jurisdicciones, entre ellas España. Sin embargo, la falta de regulación y la inexistente seguridad jurídica no han impedido importantes hitos en su desarrollo y su crecimiento económico dentro, y sobre todo fuera, de nuestras fronteras. Centrados en el mundo del arte, sin dejar de reconocer que cualquier activo material e inmaterial objeto de comercio por los hombres puede someterse teóricamente a este proceso, es destacable la primera *tokenización* de una obra de primer nivel, el cuadro *Las 14 pequeñas sillas eléctricas* de Andy Warhol de 1980<sup>11</sup>, parte de la colección *Reversal*, una reconstrucción posmoderna de la colección *Death and Disaster* de 1960 del propio Warhol.

La *tokenización* se realizó mediante la emisión por parte de la sociedad Maecenas<sup>12</sup>, propietaria de la obra física y a su vez empresa tecnológica especializada en dicho proceso, de 1.000.000 WRHL1 *tokens*, cada uno de los cuales representaba, según la emisora, una parte proporcional de propiedad de la referida obra. Los *tokens* se subastaron electrónicamente entre el 25 de julio y el 25 de agosto de 2018 en la *Blockchain Ethereum*, y su recaudación ascendió a 1,7 millones de dólares al adjudicar el 31,5% de la propiedad sobre la obra a 34 partícipes, con lo que se otorgó al cuadro una valoración total de 5,6 millones de dólares. Tras su emisión mediante subasta en el mercado primario, los WRHL1 comenzaron a cotizar en el mercado secundario ATEX<sup>13</sup>. La *tokenización*, sea referida a obras de arte o más allá, genera un gran número de efectos positivos. Entre ellos puede destacarse, desde una perspectiva económica, la mayor eficiencia en la fijación de precios de los subyacentes, dado que, como norma general, un proindiviso como la referida obra de Warhol jamás se transmitirá plausiblemente más de varias veces en una misma década, mientras que los *tokens* WRHL 1, incluso con su bajísima liquidez para los estándares financieros actuales, cotizan de forma continua en un mercado de acceso global e ininterrumpido, pudiendo obtenerse, mediante un simple cálculo de su

11. C. GLEADELL, "As Warhol's 14 Small Electric Chairs is offered for sale via Blockchain, can cryptocurrency succeed where the auctioneers failed?", *The Telegraph*, 24 de julio de 2018.
12. Z. ELHANANI, "How Blockchain Changed The Art World In 2018" *Forbes*, 17 de diciembre de 2018.
13. <https://atex.exchange>.

capitalización de mercado, el valor de mercado de la obra en todo momento. Asimismo, además de una mayor liquidez para el tenedor, también se rebaja la barrera de entrada a la inversión en el mercado alternativo del arte, por cuanto es posible participar de la apreciación de activos como el referido mediante el desembolso de unas decenas de euros cuando su coste en proindiviso supera, como hemos visto, varios millones de dólares.

La tecnología y el emprendimiento han dado lugar a estos nuevos modelos de negocio innovadores y rentables económicamente que, como se ha comentado, no cuentan con una estructura legal que permita implantarlos en España con todas las garantías jurídicas. Actualmente, la libre circulación de títulos valor que confirieran un genuino derecho de propiedad sobre la obra referida implicaría la constitución de una sociedad anónima con la obra de Warhol como único activo, actuando, pues, como sociedad patrimonial y siendo sus acciones cotizadas en un mercado regulado, un sistema multilateral de negociación o un sistema organizado de contratación. Esta metodología resulta implausible desde un punto de vista práctico por su ineficiencia económica y sus notorias complejidades burocráticas. En EE.UU. existe un pequeño grupo de sociedades dedicadas al hasta recientemente único modo de operar un modelo de inversión fraccionaria en arte. Masterworks<sup>14</sup> LLC es una sociedad limitada incorporada en EE.UU. cuyo modelo, si cabe llamarlo tradicional, para permitir el fraccionamiento de la obra se inicia con la constitución de una LLC al amparo de la legislación societaria del estado de Delaware. Tras ello, habiendo antes obtenido autorización de la SEC, organismo estadounidense análogo a la CNMV, se registra en ella un folleto de emisión que habilita a Masterworks a publicitar y enajenar al público acciones de la sociedad previamente constituida. Dicha sociedad tiene como único activo la obra de arte, previamente adquirida con el capital social aportado por Masterworks, socio único que verá reducida progresivamente su participación en la LLC tenedora de la obra, hasta llegar a cero, conforme los inversores compren las acciones. Una vez adquiridas las acciones por los particulares, la obra permanece en posesión fáctica de Masterworks, que la custodia hasta el momento de la venta, decisión que queda al exclusivo arbitrio de esta última y cuyo término es indefinido, pero suele oscilar entre los tres y los cinco años. Plantea dudas jurídicas la forma de encuadrar en España una supuesta operación transmisiva de la propiedad como es la venta de acciones con un modelo de negocio en que se cede de forma indefinida la posesión y la capacidad de disponer del subyacente del que se es indirectamente propietario.

En cualquier caso, un espejo al que mirarse en el desarrollo de un marco jurídico para la *tokenización* de activos puede ser el establecido por el Principado de Liechtenstein mediante la Ley de Tokens y Proveedores de Servicios

14. <https://www.masterworks.io>.



sobre Blockchain, de 3 de octubre de 2019, o TVTG por su abreviatura en el alemán original. Una lectura detenida de la ley puede ofrecer un referente para la propuesta *de lege ferenda*, especialmente por el hecho de que dicha regulación adopta una perspectiva distinta a la de otros pioneros en el campo regulatorio, como Alemania o determinados estados americanos. Mientras que estos últimos han intentado adoptar una estrategia legislativa *ad casum*, es decir, regulando iniciativas concretas o sectores determinados, como puede ser la emisión y circulación de bonos u otras formas de deuda *tokenizada*, el principado ha optado por el llamado “Modelo del *token* contenedor”. El modelo parte de la aseveración de que los derechos, obligaciones y otras relaciones jurídicas subyacentes que existen y se reconocen actualmente por la legislación de ese país deben permanecer inalterados en cuanto no sean objeto de modificación por motivos ajenos al aquí tratado. El cambio de paradigma en este caso proviene de la forma en que pueden representarse y circular esos derechos patrimoniales preexistentes, cualquiera que sea su naturaleza. De esta manera, cada *token* opera como un contenedor en sentido literal, es decir, un espacio al que es posible agregarle derechos de propiedad sobre tangibles e intangibles, bienes muebles, inmuebles y cualquier otra clase de derecho patrimonial existente en el ordenamiento vigente del principado. Asimismo, el contenedor puede quedar vacío cuando no exista proceso de *tokenización* por ser intrínseco el valor del *token*; tal sería el caso para protocolos como *Bitcoin*. El problema jurídico esencial en cualquier *tokenización*, una vez que se parte de la premisa de que la legislación competente admite tal proceso, es la forma de crear y destruir el vínculo jurídico entre el subyacente o activo a *tokenizar* y el *token* en sí mismo. En el principado dicha cuestión viene a solventarse mediante la creación de la figura del “validador físico”.

Conforme al art. 2 de la normativa comentada, el validador físico se define como “*la persona que asegura el cumplimiento de los derechos y obligaciones en concordancia con el acuerdo de voluntades, en los términos de la ley de propiedad* (de dicha jurisdicción), *cuando estos se representan por medio de tokens*”. El validador físico, así como otras categorías de entidades (mercados de intercambio, oráculos de precios, entidades depositarias...), debe estar registrado en la Autoridad de los Mercados Financieros, organismo administrativo estatal de carácter análogo a la CNMV española, así como cumplir con los requisitos de capital, de organización y de control fijados en los arts. 13 a 17. Según la memoria presentada a la comisión parlamentaria que estudió la aprobación de la ley, el validador físico responde a la necesidad de un tercero que actúe como conector entre el bien material y su representación digital por medio de *tokens*. Este mismo informe ilustra las funciones del validador mediante una hipotética *tokenización* de diamantes. Según la hipótesis, la entidad emisora acude a alguno de los validadores registrados, que debe aseverar la existencia, naturaleza y características del objeto, función que esta parte entiende que puede comprender

labores muy diversas en función del bien, pero cuyo fin es claro: corroborar la veracidad de las aseveraciones que el emisor presente en el folleto de emisión de activos, requisito esencial conforme al capítulo VI (arts. 30 a 36 TVTG), al ser este el medio por el que los futuros adquirentes valorarán su adhesión o no a la emisión y la adecuación del precio. Más allá de las labores técnicas y *ad casum* que pueda comprender –que podrían incluir verificaciones sobre la originalidad o autoría en el caso de obras de arte o pesajes y estudios de pureza para la hipótesis de los diamantes que plantea el informe–, se mencionan y son preceptivas comprobaciones de carácter jurídico, como la existencia de posibles cargas o derechos reales sobre el bien, así como, de forma esencial, la corroboración de que el emisor posee en calidad de propietario el subyacente que corresponda a la operación. En lo que respecta al aspecto jurídico, y buscando aplicar el modelo al ordenamiento español, puede resultar necesaria la consulta de registros oficiales en el caso de bienes inscritos en ellos, así como también puede concluirse que las funciones jurídicas del validador físico son, a grandes rasgos, no muy dispares de las que en diferentes supuestos realiza el notariado español. Tal circunstancia implica que, en el caso español, el legislador deba examinar si las funciones jurídicas de validación se confieren a una entidad privada convenientemente registrada o si, por otro lado, son notarios y registradores quienes lo lleven a cabo. Independientemente de la opción escogida, y asumiendo esta parte que las funciones técnicas de diversa naturaleza que *ad casum* deben realizarse por parte del validador físico deberán conferirse a entes privados, puede ser conveniente la introducción de la figura de la declaración responsable en los términos del art. 69 de la Ley de Procedimiento Común de las Administraciones Públicas a fin de reducir los costes monetarios y temporales de la emisión, así como evitar posibles situaciones en que un creciente número de emisiones no venga simbiótica o paralelamente acompañada de una cantidad de validadores convenientemente registrados en todos los sectores y que, por ende, se colapse el sistema o se cree un mercado de monopolios u oligopolios artificiales, con lo que se volvería a ineficiencias y a una excesiva burocratización del procedimiento de emisión. Dicho lo cual, cabe denotar que en tal supuesto es conveniente estudiar qué emisiones pueden someterse a este régimen de liberalización sin una pérdida de garantías para los consumidores, una de las finalidades de la TVTG, según su art. 1.2a, y línea maestra de actuación que, a juicio de esta parte, debería perseguir una futura regulación sobre la materia en cumplimiento del art. 51.1 CE, más si cabe por la enorme relevancia económica y social que puede preverse ante este cambio de paradigma. En la práctica, dichas consideraciones deben atender, al menos, a la exigencia de que el emisor, cuando no se sirva de un validador, esté capitalizado o asegurado con la cobertura adecuada en cantidad razonable para cubrir las multas, daños e indemnizaciones que pudieran derivarse de la asunción de responsabilidad en caso de incumplimiento de los requisitos



y obligaciones legalmente exigibles y que en el modelo aquí estudiado asume íntegramente el validador.

Tanto en la hipótesis del diamante que proporciona el informe parlamentario como en otros documentos sobre la materia, se describe como función básica del validador la comprobación de la guarda y custodia del bien, que tanto puede llevar a cabo dicho ente como otra entidad, también regulada en la TVTG, la depositaria o ente de custodia. Se deduce, pues, que el modelo de economía *tokenizada* implica la transmisión de la propiedad del subyacente, pero no de su posesión, que invariablemente permanece en manos del validador o el depositario. Esta consideración jurídica tiene su germen en la hasta ahora práctica aceptada de mercado, práctica derivada del hecho de que la *tokenización* de activos pretende no una actividad de uso o goce, sino más bien persigue una finalidad económica, especulativa o de inversión. Sin embargo, nuestro ordenamiento, por medio del art. 348 CC, habla del goce como inherente a la propiedad. También es inherente a la propiedad la facultad de disponer del bien, enajenándolo o gravándolo de cualquier modo, algo que vimos incompatible con el modelo empresarial de Masterworks en que el poseedor, y no los accionistas reunidos en junta, tenía dicha facultad.

Prosiguiendo con la exploración de la TVTG, deberemos tratar el régimen de transmisión y la circulación general de los *tokens* emitidos. Es relevante tratar la posesión de los *tokens* en sí mismos, dado que estos circulan, una vez ya en el mercado secundario, a imagen de los bienes muebles en el ordenamiento español, por cuanto el art. 5.2 TVTG implanta una presunción de propiedad para el poseedor de análogas características al existente en el art. 448 CC. Quizá más concretamente, la circulación de los *tokens* ya emitidos responda a una suerte de acciones al portador representadas por medio de anotaciones en cuenta, como las de cualquier sociedad cotizada.

Volviendo brevemente al examen previo sobre propiedad y posesión en lo relativo al subyacente, en el caso del ordenamiento español, como hemos adelantado, pueden generarse problemas al chocar el modelo de transmisión de propiedad implantado en el principado con lo dispuesto por el art. 609 CC. El modelo de título y modo característico desde el derecho romano impediría una transmisión sin tradición de un subyacente que, por otro lado, posiblemente jamás observe su propietario físicamente. No obstante, dicho problema puede tener fácil solución mediante una modificación del art. 1462 CC, que ya actualmente prevé la *traditio instrumentorum* por medio de la entrega de escritura pública. Meramente adicionando como párrafo tercero la tradición de un *token* como otro de los métodos de tradición instrumental, obviando la necesidad previa de que exista una legislación que consagre el modelo del *token* contenedor, sería posible en España la creación y florecimiento de un mercado de *tokenización*, tanto de arte como de otros bienes.

Sin embargo, una vez regularizada la naturaleza, constitución y circulación de un *token* con subyacente, debe tratarse el tema de la gobernanza, es decir, entre otros, la facultad de disposición. Como se ha comentado, el modelo de negocio de *start-ups* pioneras como Maecenas o la más tradicional, si cabe tal nomenclatura, Masterworks tienen su fundamento en que, pese a la adquisición de propiedad por parte de un indeterminado número de copropietarios o accionistas, según el modelo, tanto la posesión como la capacidad de disposición de dicho subyacente es retenida por el vendedor. Este último es quien retiene la posesión del bien hasta su enajenación, decidida libremente también por él. La cuestión de la venta adquiere una importancia capital también en la esfera económica, dado que por la naturaleza del activo, y obviando la posibilidad de arrendar la obra o rentabilizarla de otro modo mediante su exhibición pública, será este el momento decisivo para la determinación de la rentabilidad que obtienen los partícipes. Además, resta pendiente aclarar, por no constar en la documentación de Maecenas, si en dicho supuesto la venta supone una transmisión de todos los *tokens* emitidos al tercero comprador o si, finalizada la operación, procede a disolverse el *token* para la posterior transmisión habitual, física o no *tokenizada*, si se prefiere el término, de la obra de arte que actuaba como subyacente. Esta parte se inclina por considerar que la transmisión del subyacente al tercero se realiza mediando una compraventa con entrega física, puesto que, vista la arquitectura *blockchain*, es difícilmente plausible reunir de nuevo los *tokens* una vez emitidos.

Este modelo de negocio no puede ajustarse al ordenamiento jurídico nacional mediante una operativa basada en la pura y simple transmisión de la propiedad, por cuanto dicho régimen implica derechos y facultades que no se dan en el modelo económico-práctico que se ha implantado. Sería inviable hablar de una verdadera operación transmisiva de la propiedad si el resultado no implica que los adquirentes decidan sobre la enajenación del subyacente o que les permita su goce, hecho que debiera ocurrir ajustándose al régimen de la comunidad de bienes conforme a la legislación actual, pese a que pudiera ser conveniente que se asimilara, incluyéndolo en la regulación de los demás extremos comentados, a la de la junta general conforme a las previsiones del título V de la Ley de Sociedades de Capital. Extremo lógico si se parte de la premisa, conveniente a juicio de esta parte, de que a grandes rasgos la regulación de los activos emitidos sobre *blockchains*, sobre todo en cuanto al tema de la *tokenización*, debería partir de asimilar y alinearla con la existente sobre títulos valor, sociedades de capital y demás normativa societaria. En esta línea de pensamiento, el encuadre jurídico de un modelo como el de Maecenas pasaría por configurar de algún modo que la transmisión de los *tokens* contuviera en su seno dos contratos. Por un lado, un contrato de compraventa sobre una parte proindivisa de la obra subyacente efectuada mediante tradición instrumental de *tokens* y, por otra, un contrato de gestión discrecional de valores.

Este último, atípico en nuestro ordenamiento, sí está tipificado escasamente a nivel comunitario por medio de la Directiva 2014/65/UE, más conocida como MiFID II. Sánchez Calero lo define como “*un contrato mercantil por el que una empresa de servicios de inversión o una entidad de crédito administra un conjunto de valores negociables o instrumentos financieros por cuenta y encargo de su titular*”, noción compartida por la jurisprudencia, que además clarifica “*que el gestor tiene un amplísimo margen de libertad en su actuación ya que puede efectuar las operaciones que considere convenientes sin previo aviso o consulta al propietario de la cartera*”. Mediante esta combinación simultánea de contratos se encuadraría, al menos en lo esencial, el modelo de negocio de las iniciativas citadas. No obstante, de no mediar más modalidades contractuales más allá de la compraventa, debería definirse un modelo de gobernanza adecuado a una comunidad de bienes cuyos propietarios se localizan en cualquier punto del globo y actúan con amplia anonimidad. En tal caso, incluso las juntas generales concebidas para las sociedades de capital se volverían inservibles, pues en una economía *tokenizada* un ciudadano promedio podría ser fácilmente titular de varias decenas de *tokens* de toda clase y, a su vez, que estos representen un porcentaje ínfimo en varios cientos o miles de subyacentes dispersos por el globo. Las limitaciones prácticas sobre concurrencia y aforo en las juntas, hecho que ya se hacía patente desde hace décadas en las grandes sociedades anónimas cotizadas, tuvieron como resultado normativo la inclusión de la posibilidad de exigir un número mínimo de acciones para ejercitar el derecho de asistencia a la junta general conforme al art. 179.2 LSC. Sin embargo, la arquitectura tecnológica no solo hace innecesaria esta limitación, sino que convierte las decisiones colectivas en procesos mucho menos gravosos. Se propone, pues, estructurar un nuevo modelo de gobernanza de las comunidades de bienes *tokenizadas*, modelo que quizá llegase a complementar o sustituir el de las juntas en las sociedades capitalistas.

Un ejemplo práctico de posibles nuevos modos de decisión colectiva son los denominados “referéndums”, nomenclatura comercial y autoimpuesta por la plataforma de inversión en activos criptográficos SwissBorg. Los referéndums funcionan emitiendo un nuevo *token* en cantidad idéntica al primigenio, que se entrega a sus tenedores a prorrata. Dichos tenedores son fácilmente localizables por el registro de transacciones de cada uno de los *tokens* emitidos, sin necesidad de que exista un libro de socios o similar, gracias a la arquitectura *blockchain* que al inicio asimilábamos con el principio de tracto sucesivo registral. Cada uno de estos nuevos *tokens* representará una parte proporcional de voto sobre una determinada cuestión planteada no por la junta, como se daría el caso en una sociedad, sino por la entidad de custodia o el validador, según la configuración. La votación ha lugar permitiendo un periodo prudencial en que esos “*tokens* de votación” deberán ser de nuevo remitidos a una dirección electrónica o billetera exclusivamente creada al efecto. Realmente deberá

haber varias de ellas, a las que se preasignará un sentido de voto, por lo que pueden ser votaciones binarias o con múltiples opciones. De esta forma, imaginando el supuesto en que Maecenas u otra sociedad con un modelo similar plantee la enajenación de una obra en este nuevo modelo de comunidad de bienes, podrá plantear a los comuneros su anuencia o no sobre la transmisión de forma ágil y telemática. Mediante este modo de gobernanza, con amplia flexibilidad, podría darse de otro modo cabida a este modelo económico sin recurrir a la suscripción de figuras contractuales adicionales y notablemente complejas, como el contrato de gestión discrecional de carteras de valores. Cabe mencionar que la abstención se producirá por la ausencia de transmisión de los *tokens* de votación a cualquiera de las direcciones habilitadas para la votación. Al finalizar el periodo de votación, los *tokens* no transferidos perderán toda utilidad y, por ello, valor económico. Una posibilidad que plantea esta parte, quizá anecdótica y de poco sentido práctico, pero cuando menos ilustrativa de la flexibilidad que aporta esta nueva tecnología, sería la posibilidad de disociar la propiedad del derecho a enajenar. Se produce dicha posibilidad en cuanto el poseedor de los *tokens* de votación tiene la posibilidad de transmitirlos a un tercero en el marco del periodo de votación para que este, posteriormente, actúe a su criterio con dichos derechos sin que en ningún momento haya sido propietario del *token* principal. Podríamos quizá decir que de dicha forma se generan análogos a las acciones o participaciones sin derecho a voto que ya contemplan los arts. 98 a 103 LSC, pero no por decisión del emisor, sociedad o comunidad, sino a voluntad de quien posee el *token*.

La financiarización del arte, como se ha denominado por algunos críticos, trae consigo un gran número de efectos económicos, algunos de ellos ya comentados y entre los que se encuentran una mayor liquidez en un mercado tradicionalmente ilíquido, así como, por derivación, una mejor fijación de precios de mercado o una reducción de las barreras de entrada a la inversión. Sin embargo, más allá de estos efectos más directos, se observan y son ya objeto de estudio o explotación económica iniciativas que beben de otro nicho en el mundo de los activos criptográficos, el *DeFi*. Acrónimo anglosajón del término finanzas descentralizadas, el creciente nicho nace de la idea de recrear mercados, productos y servicios propios de los mercados financieros de forma descentralizada, con el apoyo de la primigenia arquitectura *DLT*. Volviendo específicamente al mercado de arte, y concretamente a la ya comentada iniciativa de Maecenas, la inclusión del *DeFi* en su arquitectura se produciría mediante la posibilidad de ofrecer créditos lombardos, es decir, préstamos respaldados mediante la pignoración de títulos valor, tradicionalmente carteras de inversión. En este caso, el bien pignorado sería el *token* correspondiente a una determinada obra de arte. Dicha operativa provee de más liquidez si cabe al propietario del referido *token* por cuanto puede disponer de esta sin renunciar a la apreciación del activo subyacente, razón primigenia por la que

previsiblemente adquirió el *token*. Jurídicamente nos enfrentaríamos a alguno de los contratos descritos por el título XV del Código Civil. En el supuesto de materializarse jurídicamente la pignoración por contrato de prenda, el art. 1863 CC requiere la puesta en posesión al acreedor del bien sobre el que recae la misma. Sin embargo, de ponerse en posesión del acreedor el *token* pignorado, entraríamos en colusión con la idea de la presunción de propiedad por medio de la posesión que se comentó e incluso con la analogía que a efectos aclaratorios se planteó entre las *blockchains* y los registros públicos, en especial el de propiedad. Además, desde un punto de vista práctico, la transmisión de la posesión, incluso aunque jurídicamente no sea mecanismo transmisivo de la propiedad, en un sistema con la arquitectura que es propia al *blockchain*, haría imposible evitar que la garantía fuese enajenada o de otra forma malversada por el acreedor sin que autoridad estatal o medio jurídico alguno pudiese impedirlo. Sin embargo, dicho problema fáctico persistiría a la inversa, es decir, de no transmitirse la posesión y, por ende, restando esta en manos del deudor, por la misma causa. Es en este punto donde la solución pasa por introducir la intermediación de la breve y aparentemente inconexa idea de los *smart contracts* que se relató al inicio. En esta operación de crédito un contrato autoejecutable operaría como tercero imparcial en cuanto a que, habiéndose incluido en él las estipulaciones convenidas para la operación de crédito lombardo, las partes, que se desconocen y presentan la forma de ininteligibles direcciones electrónicas, no necesitan sustentar la relación en una *fides* imposible. En cuanto a la operativa, ambas partes depositarían en el seno del contrato –realmente una dirección electrónica– los activos a transaccionar, es decir, por una parte el deudor depositaría el *token* a pignorar, mientras que, por otra, el acreedor depositaría la liquidez que provee. Sería objeto de desarrollo digno de una obra completa comentar que transaccionar moneda fiduciaria de curso legal en una *blockchain* no es posible directamente y, por ende, la transacción se hace mediando una representación criptográfica de ella a través de *stablecoins* como USDT, USDC, DAI o análogos. Una vez depositado lo antecedente, el contrato autoejecuta, como le es propio, el primer eslabón de la operación, transmitiendo la liquidez al deudor del crédito para su libre disposición. Dentro del término fijado y con los intereses que correspondan, cumpliéndose pues lo pactado, el deudor retornará la liquidez al contrato que simultáneamente liberará el activo pignorado y la liquidez con intereses, retornando estos activos a sus originales propietarios. Esta arquitectura permite asegurar la operación y soluciona situaciones de adversidad o incumplimiento. Es intuitivo suponer que, de no cumplirse con la devolución del crédito en tiempo o cuantía, el contrato pondrá a disposición del acreedor la garantía para que esta pueda ser ejecutada mediante su enajenación, recobrando así lo adeudado más intereses. Lo expuesto muestra, una vez más, la flexibilidad tecnológica de la arquitectura, así como

algunos supuestos de utilización de los activos y las herramientas que sustenta una *blockchain* desarrollada. Asimismo, se muestra –concediendo a algunas voces críticas– que el modelo de actividad que se desarrolla tiende hacia una importante financiarización o capitalización de áreas o sectores que tradicionalmente no lo han estado.

El modelo planteado en el párrafo anterior asume necesariamente que el crédito está sobregarantizado en todo momento. Mantener un nivel de garantía superior a lo prestado es inherente a los créditos lombardos clásicos y se cuantifica con la métrica del ratio préstamo-valor, ratio que debe mantenerse en un umbral predefinido e inferior al 100% bajo criterios de liquidez y volatilidad, esencialmente. Sin entrar más en detalle en el estudio que únicamente de este punto puede partir y extenderse, es ilustrativo mostrar cómo la inclusión del *smart contract* permite que, teniendo información actualizada y constante de la cotización del *token* pignorado, y, por ende, de la obra de arte que subyace, el contrato pueda autoejecutar una liquidación de la garantía si esta se deprecia hasta el punto de llegar a infragarantizar la operación. De este modo no se corre el riesgo de operaciones al descubierto o con ratios de garantía inferiores a lo pactado por efecto de la volatilidad de un mercado cuya mayor característica a día de hoy sea la existencia de esta misma. Adicionalmente, no siendo los *smart contracts* objeto de este análisis, puede mencionarse la infinitud de cláusulas *ad casum* específicas que pueden operar en ellos, tan solo pensando en operativas de crédito, una de muchas aplicaciones de los mismos. Tómese, a mero modo de ejemplo, la posibilidad de incluir la facultad o derecho a reducir el monto pignorado si, a la inversa de lo comentado hasta ahora, el valor del *token* se disparara llevando la ratio préstamo-valor a un nivel más bajo del pactado. Todo necesita de atención por el legislador, ya no solo por la propia regulación de esta forma contractual, sino más concretamente por el difícil encuadre jurídico actual de muchas actividades tecnológicamente plausibles y económicamente lucrativas, como este modelo de prenda mobiliaria. Sería necesario, pues, para habilitar este modelo, revisar la regulación de la prenda mobiliaria, especialmente el artículo 1863 CC en cuanto a la identificación de los hipotética y previamente regulados contratos inteligentes como terceros de común acuerdo a los que es válida la transmisión de la posesión, así como la modificación del art. 1865 CC para establecer la oponibilidad *erga omnes* de la prenda sin necesidad de instrumento público en operativa mediante contratos inteligentes. No se observa como explícitamente necesario, pero pudiera ser por otras razones conveniente, estudiar la actualización de la Ley de 16 de diciembre sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión, instrumento legal que permitiría otro modo de encuadrar la prenda u otro derecho real de garantía en operativas de crédito lombardo u otras operativas con *tokens* distintas a la compraventa pura y simple.



El modelo del *token* contenedor, cuya base se ha tomado para plantear distintas hipótesis, era hasta unas semanas antes de la entrega de este documento prácticamente la única regulación existente que arrojará seguridad jurídica sobre la idea de *tokens* referenciados a activos o valores físicos o, al menos, externos a la *blockchain*. Sin embargo, como se adelantó en la introducción, en el marco del paquete regulatorio financiero-digital que impulsa la Comisión Europea, se ha propuesto formalmente la adopción de un marco regulatorio para armonizar las emisiones de *tokens* en el mercado único. En el seno de la propuesta, se dedica una sección completa y propia a los *tokens* referenciados a otros activos bajo un régimen más estricto que el propuesto para las demás categorías de criptoactivos, comentadas al inicio.

Según la propuesta, la emisión de cualquier *token* referenciado a activos se sujetará a un régimen de autorización previa (art. 15.1 PCA), no de declaración responsable como en el resto de los supuestos, para la entidad emisora, que deberá encontrarse domiciliada en el territorio de la Unión (art. 15.2 PCA). Sin embargo, se exceptúa del régimen de autorización previa a entidades cuya emisión no exceda un valor total de cinco millones de euros o a aquellas cuyos *tokens* se distribuyan únicamente entre inversores cualificados. Ya de comienzo, dicho régimen de excepciones, esencialmente destinado a reducir la carga administrativa para pymes –supuestos beneficiarios potenciales de esta tecnología como modelo de financiación o negocio según la exposición de motivos de la propuesta–, genera dudas, en cuanto el límite cuantitativo no se entiende si queda fijado en el momento de la emisión o si la fluctuación y posible apreciación del valor de los activos puede llevar a modificar su inclusión o no al amparo del régimen de declaración responsable. En cualquier caso, sujeto o no el emisor al régimen de autorización, se deberá presentar al público una suerte de folleto de emisión denominado, como era práctica de mercado desde el mismo *Bitcoin, whitepaper*. Este documento, cuyo contenido se fija a lo largo de la propuesta, viene a indicar dos decisiones de política legislativa. Por un lado, adoptando la nomenclatura y los estándares propios del mercado, confirma la voluntad de la UE de construir un marco regulatorio tecnológicamente neutral, abierto a la innovación, tendente a promoverla, sin que ello merme el régimen de protección a consumidores y usuarios, del mismo modo que esta parte venía solicitando al amparo de nuestro ordenamiento nacional. Por otro lado, viene a confirmar que, en esencia, el camino hacia la regulación y armonización de todo este nuevo modelo económico parte de una perspectiva similar a la adoptada respecto a los instrumentos financieros, donde también se emite un folleto de características similares, entregados ambos al regulador competente.

El capítulo III (arts. 32 a 36 PCA), rubricado como “reserva de activos”, viene a fijar el sistema de conexión entre el subyacente y el *token*, así como cuestiones adyacentes a ello relacionadas con la custodia y el uso del referido

subyacente. Conforme al art. 32 PCA el emisor del *token* será responsable de la custodia del subyacente, manteniendo una reserva prudencial de él conmensurada con los *tokens* en circulación. Sin embargo, tanto el propio artículo como la inferencia a partir del resto de la regulación indican que cabe la posibilidad de que el emisor no mantenga una correlación exacta entre subyacente y *tokens* o, cuando lo haga, dicho subyacente pueda estar invertido o de otra forma ser parte de relaciones jurídicas del emisor con terceros. Ello apunta al hecho más consustancial de toda la propuesta, y es que no se aclara si la configuración de la conexión jurídica entre *token* y subyacente se materializa por un vínculo contractual o real. El *token* confiere a sus partícipes los derechos y obligaciones contenidos en el *whitepaper*, pero no se establece, ni puede razonablemente inferirse, un genuino derecho de propiedad sobre el subyacente. En ese sentido, el art. 35, rubricado “de los derechos de los tenedores de tokens sobre el subyacente referenciado”, establece que será mediante dicho documento como se configurará la relación jurídica entre el *token* y su subyacente, siendo opcional que sus tenedores puedan redimirlos por el subyacente. Este planteamiento genera menor versatilidad jurídica, por cuanto el *token* ya no es un título valor sobre un bien o una comunidad de bienes, sino la representación de un contrato o un derecho de crédito, frente a lo que se configura como un fondo cuyos parámetros de gestión y otras cuestiones se definen en el folleto de emisión, que iguala las condiciones contractuales y los demás vínculos jurídicos entre los distintos partícipes en el fondo y el mismo o su entidad gestora.

Esta configuración podría deberse a que, pese a intentarlo, el alcance de la regulación comunitaria es más limitada que la representada por el TVTG de Liechtenstein. Mientras el modelo del *token* contenedor habilitaba a la existencia de una *tokenización* de cualquier derecho patrimonial, la propuesta europea –sin prohibirlo ni limitarlo de forma expresa– regula de forma que únicamente sean admisibles en la práctica *tokenizaciones* de dinero o productos financieros concretos análogos al dinero, al menos en términos económicos. Muestra de esa regulación, no más restrictiva, pero sin duda más cerrada a los nuevos modelos como el de *tokenización* de proindivisos como son obras de arte, la encontramos en diferentes puntos, al considerar el art. 33.2 PCA que únicamente debieran ser entidades depositarias las empresas de servicios para criptoactivos cuando el subyacente sea tal o entidades de crédito para cualesquiera otros subyacentes. En la misma dirección apunta el art. 34 PCA, relativo a la inversión y rentabilización de subyacentes sometidos a *tokenización*, al permitir únicamente que la rentabilización se lleve a cabo mediante “la inversión en activos financieros altamente líquidos y con un mínimo riesgo de crédito y mercado”, llamando además a que los reguladores financieros y bancarios de la Unión (ESMA y EBA) establezcan, mediante criterios técnicos, qué instrumentos son aceptables conforme a lo dispuesto por la propia propuesta.



Tales aseveraciones indican que, fuera de otro u otros *tokens*, los subyacentes únicamente pueden adoptar la forma de dinero de curso legal o instrumentos financieros, al ser la tipología de productos con los que operan las entidades de crédito que operan como depositarias. Se obvia así la posibilidad de constituir un análogo al modelo “puente” entre *blockchain* y mundo físico a través del “validador” introducido en el TVTG, es decir, se impediría de facto la emisión de *tokens* sobre otros derechos patrimoniales, como pueden ser bienes inmuebles o piezas de arte.

#### IV. NON-FUNGIBLE TOKENS O NFT

*Bitcoin* es un activo digital que, por su categorización como criptodivisa, y, por ende, adoptando las características de estas, otorga a cada uno de los 21 millones de *bitcoins* en existencia perfecta fungibilidad entre sí. Los *NFT*, abreviatura anglosajona de *token* no fungible, son activos únicos e irremplazables, no fungibles entre sí o con otros activos. Se trata de códigos o bloques criptográficos cuyos datos son en sí mismos únicos o representan digitalmente bienes únicos.

Los usos de esta tecnología en el mundo del arte son diversos y exponencialmente crecientes, pero, primigeniamente, los *NFT* se convierten en la pieza u obra en sí misma, es decir, el bloque criptográfico almacena la creación única, por supuesto plenamente digital, objeto de deseo. Un *NFT* supone así una suerte de inscripción registral sobre una *blockchain* al representar una pieza única, ya fuera esta digital propiamente, en cuyo caso el *NFT* la almacenará como código en su interior y mediante cuyo procesamiento se obtiene la obra audiovisual, o fuera el *NFT* una representación de propiedad de una pieza física, tangible. En el segundo caso aparece el problema jurídico comentado en la *tokenización* relativo a la constitución de un nexo entre el *NFT*, tipología especial de *token*, y el objeto físico. Al fin y al cabo, este tipo concreto de *NFT* es una obra *tokenizada*, pero cuya propiedad es individual y completa, y no caben aquí, pues, la constitución de las comunidades de bienes tratadas en el epígrafe anterior.

Pese a lo innovador, tanto conceptual como tecnológicamente, de sus antecedentes y de la tecnología en cuestión, en apenas tres años el volumen de transacciones en el mercado de los *NFT* artísticos ha alcanzado las más de 4,5 millones, totalizando un valor monetario de más de 100 millones de dólares, cifras que demuestran la importancia económico-práctica del sector y que cabe recordar son verificables por cualquier tercero gracias a la naturaleza abierta de la red y el acceso público a todos los registros de su tenencia y transacción.

El primer exponente conocido de *NFT* en el mundo del arte es la aparición del proyecto CryptoPunks, 10.000 personajes diversos de naturaleza análoga,

si se permite la referencia coloquial, a los cromos infantiles u otros coleccionables de la misma especie. Estos coleccionables únicos fueron una iniciativa pionera y que, pese a su simplicidad, consiguieron abrir un nuevo mercado, el de los coleccionables digitales, verdadero arte audiovisual con una capitalización de mercado de 1,25 millones de dólares a fecha de la redacción, es decir, de unos 207 dólares por coleccionable. CryptoPunks dio lugar a una nueva forma de crear, transmitir y disfrutar piezas únicas. De crear en tanto que, pese a existir en abundancia anteriormente, no había sido posible hasta el momento garantizar la autenticidad de las obras digitales, por cuanto es notoria la facilidad para copiar, fotografiar o de otro modo duplicar cualquier pieza a la que se accede digitalmente. La arquitectura *blockchain* implica que cada *NFT token* se encuentra en una dirección electrónica, comúnmente referida como billetera, cuyo propietario es a su vez propietario y poseedor de la obra. Por extensión, la transmisión voluntaria y lícita, sea gratuita u onerosa, de cualquier *NFT* se realiza mediante el envío y recepción del referido *token* a través de la *blockchain*. Las notorias facilidades de comunicación mediante la tecnología computacional actual permiten que la transmisión pueda adoptar cualquier forma: entre particulares u OTC siguiendo terminología financiera, en plataformas de venta, por subasta o por sorteo, entre muchos otros.

El advenimiento de los *NFT* no solo permite la propia existencia de un mercado de arte digital, pues posibilita la trazabilidad y autenticidad de obras audiovisuales o de cualquier otro tipo cuyo soporte sea digital, hecho que además plantea numerosas posibilidades creativas desde un punto de vista artístico, sino que se pueden convertir en un mecanismo de defensa práctica y eficaz de los derechos reconocidos a través de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante, LPI). Pese a que el hecho generador de la protección que confiere la norma se otorga por la mera creación conforme al art. 1 LPI, en la práctica, hasta el momento, ha sido ardua tarea evitar la copia, divulgación e incluso la suplantación de identidad u otras transgresiones de los derechos que al autor se confieren, especialmente en el medio digital. Los arts. 144 y 145 LPI mandan la existencia de un registro de la propiedad intelectual con vistas a hacer efectiva la protección tanto del derecho moral como de los derechos patrimoniales anudados a la creación de obras amparadas por la LPI. Las características básicas de esa protección, según se desprende del artículo 145 de la citada normativa, radican en la publicidad del registro, así como en la presunción, salvo prueba en contrario, de que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo. Asimismo, un rasgo principal de esta institución registral es su voluntariedad y el carácter no constitutivo de las inscripciones. El preámbulo del Real Decreto 281/2003, de 7 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual, dedica un párrafo a la voluntad descentralizadora de la nueva normativa en materia de registros, por cuanto se pasa

de un único registro a una multiplicidad de registros territoriales que operan en cada una de las comunidades autónomas. Bajo el parecer de esta parte, el modelo implantado no responde a una descentralización, sino más bien a un supuesto de duplicidad de un sistema inherentemente centralista como lo es el de todos los registros públicos que operan actualmente en nuestro país. No sería descabellado estudiar la posibilidad de que la Administración, con la habilitación legal que fuera procedente, pudiera establecer un sistema registral apoyado en *blockchain*. De esta forma, aplicable a todo registro con los matices que a cada uno son propios y tratando aquí el que corresponde, cualquier autor de una obra podría acceder en cualquier momento y emitir un *NFT* en ella. En dicha entrada en la *blockchain* creada por la Administración, el autor que se arroga dicha condición procede al registro de un determinado derecho incluyendo los datos que ya son exigibles para la inscripción en el registro actual, es decir, los contenidos en los arts. 12 y 13 del citado reglamento. La autoarrogación de la condición de autor no presenta problemas por cuanto el modelo actual ya opera bajo la misma premisa, otorgando una presunción *iuris tantum* a dicha manifestación. Una vez realizada la inscripción por medio de la transacción provisional en la *blockchain*, conocemos la necesidad de que esta sea validada y verificada mediante algún tipo de *protocolo de consenso*. A pesar de que los modelos de *blockchain* en el sector privado operen protocolos de consenso en que todos los partícipes actúan en plano de igualdad, es posible y deseable en este caso establecer una validación operada por la Administración mediante sus funcionarios. De dicha forma, diseñando apresuradamente el modelo, cada funcionario puede operar como análogo a un nodo validador de forma que hasta que este no examina la solicitud y otorga el visto bueno la transacción no queda definitivamente fijada en la *blockchain*. Este sistema, que a nivel tanto del particular como del funcionario no operaría con gran diferencia a como actualmente lo hace al realizarse una solicitud digital y su respectivo examen, permitiría una serie de efectos positivos.

Por un lado, como se ha comentado, amplía el abanico de obras sujetas a protección en cuanto cualquier creación puede obtener protección práctica y eficaz, incluso las digitales. Asimismo, reincidiendo sobre la eficacia de la protección, en la *blockchain* que se propone circularían *NFT*, en cuyo seno es posible almacenar la obra en sí de modo que el registro opere también, en muchos casos, como repositorio o depósito de un ejemplar o una copia de la obra, hecho que facilitaría la prueba en pleitos relativos a supuestos de copia no autorizada o plagio. Por otro lado, rebaja los costes tanto temporales como económicos para el particular, haciendo no solo más accesible el registro en aras de una mayor cercanía al ciudadano, sino estimulando así una inscripción mucho más mayoritaria, con vistas a que el nivel de inscripciones pudiera asemejarse al conseguido por el Registro de la Propiedad. En cualquier caso, el registro permitirá también un mayor y mejor control fiscal, por cuanto las

transmisiones de los derechos patrimoniales de propiedad intelectual se producirán por medio de transacciones del *NFT*, sean gratuitas u onerosas, en el marco de la red y, por ende, quedarán registrados y podrán ser objeto de monitorización simple e informatizada por la AEAT u otro órgano competente. La circulación del *NFT* no supondrá obstáculo, sino más bien solución, también para la protección del derecho moral del autor, pues la operativa de la *blockchain* en consonancia con el principio de tracto sucesivo registral que se comentó dejará constancia de la persona que inscribió el derecho, que deberá ser el autor. De esta forma, si planteásemos una hipotética situación de un autor y su recién creada obra audiovisual cuyo derecho de explotación se cede a una empresa publicitaria, el proceso podría seguir el siguiente esquema.

El autor accede a la *blockchain* como si de las actuales sedes electrónicas de la Administración se tratase. Emite de forma provisional sobre ella un *NFT* propio, en el que adjunta los datos legalmente exigibles, así como su propia obra. Dicha emisión se verificará por un funcionario habilitado como validador en la red, de forma que incluso podría servir el sistema como medio de monitorizar el rendimiento del funcionario en sus funciones de validación para el establecimiento de sistemas de incentivos. De verificarse por parte del ente habilitado a tal efecto, queda registrado un *NFT* que el autor, por obligación contractual contraída con la empresa publicitaria, transmitirá a dicha mercantil de forma que se convierta en poseedora del *NFT* y, por ello, propietaria, al menos bajo presunción *iuris tantum*, de los derechos patrimoniales sobre la obra, que recordemos queda contenida dentro del propio *NFT*. Ello no impide que quien lo emita sea considerado siempre como titular del derecho moral.

Incluso, de avanzarse en este modelo, la transmisión del *NFT* en aras de la cesión de los derechos patrimoniales para su explotación por tercero con contraprestación puntual o diferida podría servirse de los *smart contracts* antes tratados. Una vez emitido el *NFT*, este se deposita en un contrato inteligente que actúa a modo de tercero depositante en garantía, comúnmente conocido como servicio de *escrow*. En este mismo se depositará la contraprestación acordada. El contrato verificará la autenticidad de los depósitos y cualquier otro extremo determinado por las partes. Solo en el caso de que se cumplan todas las condiciones establecidas, se finalizará la transacción cruzando lo depositado. Cuando los pagos por la cesión sean diferidos, el *smart contract* puede mantener al *NFT* en su seno en forma de depósito a fin de impedir la circulación sin concluir satisfactoriamente el pago aplazado. Las posibilidades son infinitas, e infinitamente flexible –en el marco de lo que la legislación permita– es la configuración de las transacciones, amparadas por la autonomía de la voluntad. Este tipo de tecnología permitirá transacciones seguras y con simultaneidad de ejecución, evitando riesgos de contrapartida e importante litigiosidad derivada del fondo y forma de ejecución de obligaciones contractuales.

Todo lo relativo a la posibilidad de circulación de “subyacentes artísticos”, si se me permite la expresión, mediante la tenencia y transmisión por medio de *tokens* genera la necesidad de plantear, como en cualquier operación jurídica, las implicaciones fiscales de ello. A lo largo del desarrollo de esta obra, esta parte ha presentado como recomendable –vista su naturaleza y usos– el equiparar o acercar la regulación de los *tokens* en sentido amplio a la existente sobre títulos valor, en especial al de las acciones y participaciones sociales. Por ello, partiendo de la hipótesis de que así fuera, deberán estudiarse las modificaciones tributarias que de ello se derivan, de modo similar a como difiere la tributación de la transmisión de acciones sobre una sociedad patrimonial de la correspondiente a la compra directa del patrimonio de esa misma sociedad. Independientemente de que la regulación futura sobre el tema se acerque a las opiniones aquí expresadas, el modelo que ha propuesto la UE sobre criptoactivos, que los asimila a instrumentos financieros derivados, modificará sustancialmente la tributación en la circulación de bienes artísticos, aunque lo hará de forma distinta dependiendo del camino finalmente tomado.

El tema de la fiscalidad del arte es una cuestión amplia, pues se manifiesta o tiene incidencia en un gran número de figuras tributarias (IVA, Patrimonio, IRPF e IS, entre otras). Las obras de arte, y especialmente aquellas que gozan de algún tipo de protección como Bienes de Interés Cultural o cuyo ámbito se circunscribe a la protección de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, se benefician de un régimen especial de exenciones a efectos de tributación, como ejemplifica el art. 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio. En dicho impuesto se eximen también de tributación las obras cuyo valor se encuentre por debajo de una serie de umbrales cuantitativos, así como aquellas que se encuentren cedidas a museos o entidades similares para su exhibición al público. Este amplio régimen de exenciones se perdería cuando el proindiviso no se poseyera de forma directa, sino por medio de un título-valor o por medio de otro instrumento financiero. En dicho caso, la valoración a efectos del impuesto se realizaría por su precio de mercado en la fecha de devengo del impuesto (art. 24 LIP). Sin embargo, de configurarse la propiedad del *token* como un título representativo de la propiedad del subyacente, podría fácilmente configurarse la legislación para someter la tributación conforme al subyacente, manteniendo así las exenciones y los regímenes que algunos de ellos, como las piezas de arte, disponen. Por el contrario, de optarse por calificar los *tokens* como meros derechos contractuales sobre fondos de inversión, la tributación y el resto del ordenamiento tratará a los *tokens* artísticos como instrumentos financieros cualquiera, tributando en este caso ya fuere conforme al citado art. 24 LIP, según los derechos conferidos por el *whitepaper*, o como opción contractual en la forma prescrita por el art. 23 LIP. Sin obstar al debate antecedente o a la aplicación del régimen de exenciones, la introducción de *tokens* y su circulación por medio de

mercados operativos sí mejoraría, en el ámbito fiscal, el cálculo del valor de mercado, dada la existencia de liquidez y operaciones transparentes sobre el subyacente objeto de tributación. De esta forma, la base imponible para el cálculo sería previsiblemente más objetiva y fácil de adoptar que la prevista por el modelo actual, basada en informes periciales contradictorios conforme manda la Ley General Tributaria.

## V. ARTE GENERATIVO

En la breve conceptualización inicial sobre el arte mediante el estudio de la legislación vigente se vino a confirmar la necesidad de entender el arte como un producto humano, fruto de la idea y la ejecución por persona física, independientemente de que su soporte pueda ser digital o de otro modo estar fuera de los soportes tradicionales de las bellas artes. Sin embargo, paradigmas novedosos como el arte generativo han venido a atacar incluso tan básica concepción. Se entiende por arte generativo aquel que ha sido producto, parcial o completo, de un sistema autónomo. Existen sistemas autónomos de creación que utilizan elementos como la química, la biología o los materiales inteligentes que vienen usándose desde hace siglos. Sin embargo, son objeto de interés el subtipo a veces referido como arte algorítmico, es decir, aquel que se genera por medio de un sistema autónomo computerizado. Dicho sistema puede emplear aleatoriedad, fractales o, de forma más relevante, la inteligencia artificial. Entendemos la inteligencia artificial como la capacidad de un sistema computerizado para interpretar correctamente datos externos, para aprender de dichos datos y emplear esos conocimientos para lograr tareas y metas concretas a través de la adaptación flexible de forma análoga a como lo hacen los seres humanos mediante sus funciones cognitivas.

Pese a que el arte generativo preexiste o, al menos, existe de forma paralela y no necesariamente conexas con el ecosistema *blockchain*, es a través de él gracias a lo cual ha podido florecer. Como se comentó al tratar el asunto de los *NFT*, el arte digital, siendo el arte generativo eminentemente de dicha clase, necesita del ecosistema *blockchain* no en lo relativo a su naturaleza o su creación, pero sí para garantizar autenticidad y generar así escasez. En la economía digital, por ser una creación inherentemente liberal, solo las fuerzas de oferta y demanda libre pueden generar el crecimiento de un nuevo modelo de actividad económica. Hasta la llegada de la tecnología que aquí tratamos, los ya comentados problemas para la autenticación derivados de la facilidad de reproducción venían produciendo la inexistencia de un mercado y una actividad que aportase relevancia a todo el espectro de arte digital y, entre él, al arte generativo.

Este, más allá de los problemas que plantea respecto a la cuestión de la autenticidad y la reproducción por razón del medio, sufre problemas jurídicos



también a raíz de las posibilidades creativas que habilita su medio. Concretamente, hacemos referencia a lo que se ha denominado la fluidez o naturaleza variable de las piezas digitales, es decir, a la posibilidad de que la obra se modifique en atención a criterios temporales, espaciales, aleatorios..., pudiendo llegar al punto en que la apariencia externa de la obra jamás sea la misma de la que lo fuera en un punto temporal pasado. Puede llegar incluso el caso en que esas modificaciones no sean fruto, ni directa ni indirectamente, del autor, sino de la interacción del espectador. Fruto de lo comentado, pueden apreciarse cuestiones jurídicas como si lo que debiera proteger la propiedad intelectual digital fuera la obra en su manifestación externa o, por el contrario, el código fuente generador de la apariencia externa de la obra. Y, en ese sentido, qué ocurre cuando el fruto final de la obra tiene aportaciones, en distintos grados, de factores externos o terceras personas. La legislación sobre propiedad intelectual se concibió en origen como herramienta de protección para obras con una apariencia externa fija, diseminadas y disfrutadas en un mundo físico.

Habiéndose ya comentado los aspectos jurídicos del arte digital “común”, si se me permite tal denominación, debe analizarse la problemática añadida que produce el hecho de que el arte íntegramente digital registrado y transmitido por medio de *tokens* en su modalidad *NFT* no sea siquiera generado por un ser humano. La legislación española actual es tajante al establecer que los derechos de propiedad intelectual corresponden al autor (art. 1 LPI), siendo este la persona natural que crea una obra artística, científica o literaria (art. 5 LPI). Esta misma posición es la adoptada por el ordenamiento alemán y el estadounidense. En esta última jurisdicción la Oficina de Copyright, organismo análogo al sistema de registro de la propiedad intelectual patrio, niega expresamente la posibilidad de registrar cualquier obra cuyo autor directo no sea un ser humano sobre la base de lo dispuesto por su legislación nacional, posición compartida por la jurisprudencia australiana en el reciente caso “*Acohs Pty Ltd c. Ucorp Pty Ltd*”. Más cercana y relevante es la jurisprudencia sentada a raíz del asunto C-5/08, “*Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening*”, enjuiciado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La sentencia fija que la extracción de partes de una obra, en concreto una concatenación de once palabras, constituye un supuesto de reproducción parcial en los términos de la Directiva 2001/29/CE y, por ello, se derivan derechos del autor de esas palabras respecto de la obra derivada.

En otras legislaciones, entre ellas la de Reino Unido, los derechos de propiedad intelectual se adjudican en estos casos al programador del algoritmo u otro ente autónomo creador de la obra en cuestión. La legislación es clara al disponer el art. 9.3 de su legislación correspondiente que, específicamente para los casos de generación por ordenador, se considerará autor de la obra a la persona que configuró o realizó los arreglos necesarios para la posterior creación autónoma de la obra. Pese a esta modificación directa y clara, su sencillez en absoluto

abarca la complejidad del tema planteado por diversos motivos. Cuando lo que tratamos es arte generativo derivado de un programa de aleatorización de parámetros o construcciones matemáticas ilustradas, sí parece concordar adjudicar los derechos que de tales creaciones pudieran derivarse única y exclusivamente al autor. Sin embargo, ¿qué ocurre cuando hablamos de redes neuronales de inteligencia artificial cuyo modelo de aprendizaje se basa en la asimilación y procesamiento del trabajo de otros para crear y refinar patrones? En literatura, por ejemplo, dichos patrones responderían a construcciones gramaticales, estilísticas o de contenido. Ejemplo real de lo planteado se encuentra al analizar el caso de la IA del Sr. Karpathy, estudiante de Stanford cuyo trabajo con redes neuronales generó un algoritmo cuya escritura era estilística, gramatical y argumentalmente difícil de distinguir de la de Shakespeare. La razón, en términos muy simples, fue un análisis recurrente de miles de textos de toda clase que el autor tuvo publicados. En este caso y bajo la ficción de operar bajo jurisdicción española, nada chocante hubiera ocurrido, pues se había producido la caducidad de los derechos del autor primigenio. Pero ¿qué hubiese ocurrido, asumiendo que el ordenamiento admitiese derechos de propiedad en obras generativas, en el caso de que el aprendizaje partiese exclusivamente de las obras –digamos como hipótesis– del galardonado Mario Vargas Llosa? Si todo el conocimiento del sistema neuronal es fruto de un solo autor persona física, cabe cuando menos plantearse la necesidad de que este participe de alguna forma de la nueva obra. Abrir dicho frente genera el complejo artificio de idear una suerte de límites o cuotas de participación, dado que el debate se convertiría en infinitamente complejo si lo generado fuese un desarrollo de obras de –digamos– cinco autores diferentes en proporciones no alícuotas. Problemas de esta clase se han comenzado a plantear ya ante órganos jurisdiccionales.

La regulación futura en la mayoría de las jurisdicciones, al menos a corto plazo, pasa probablemente por la mera inclusión de una excepción a la norma genérica otorgando al programador o de otra forma al responsable de la IA los frutos que de ella se desprendan. Sin embargo, en un futuro, conforme la capacidad, el desarrollo y la preponderancia de las IA se convierta en habitual, será sin duda necesario reformular todo el esquema de protección de derechos e incluso la propia definición jurídica del arte. Las soluciones que se plantean a los problemas que surgen al amparo de lo comentado son, sin duda, complejas y requieren de un pormenorizado estudio y de una ponderación cuidadosa de los intereses en juego.

## VI. CONCLUSIÓN

El arte ha sido siempre un espíritu libre, un esqueje revolucionario y rompedor de nuestro ser que en innumerables ocasiones se ha enfrentado con las



concepciones y las ideas dominantes para ser la vanguardia del cambio. Sin embargo, el arte es igualmente un espejo fiel del contexto en que se desarrolla, del mundo en que se concibe. Nadie en su sano juicio puede negar que este es, de una forma u otra, el siglo de la tecnología y la innovación; y no hay en esta década ecosistemas tecnológicos más prometedores para su impulso que los de las tecnologías *blockchain* y el campo de la inteligencia artificial. El arte no puede ni debe mantenerse ajeno a estos nuevos cambios si pretende seguir ocupando el puesto preeminente que le corresponde como espejo del presente y anunciación de los miedos, anhelos, esperanzas y visión que ponemos en el siempre incierto futuro.

A un proceso similar de adaptación, a su manera, se enfrenta el derecho, rama del saber tradicionalmente más conservadora, taimada, reflexiva, como le es natural y propio. No obstante, la rapidez y magnitud de los cambios que se producen ya a día de hoy generan la tarea ineludible de adaptar el ordenamiento jurídico de forma que siga respondiendo con eficacia a un cometido que es inamovible, la persecución de la idea de justicia, por muy difusa y compleja que se torne.

Este pequeño ensayo –si así le corresponde denominarse– ha venido a plantear una serie de cuestiones generadas por las innovaciones del ecosistema *blockchain* y, en menor medida, la inteligencia artificial, con un especial enfoque a través del mundo del arte. A dichas cuestiones, donde ha sido posible, se han planteado propuestas de solución o de estudio mediante un conjunto de reflexiones propias y el análisis en derecho comparado de jurisdicciones quizá un tanto más dinámicas que la que nos es propia, así como breves opiniones doctrinales sobre la materia. Los planteamientos legislativos que se han realizado, como se ha venido dejando claro, no responden exclusivamente al ámbito del arte. Se trata de una legislación que puede y debe ser transversal, tecnológicamente neutral y adaptable, cuestión que hace aún más esencial el papel del arte como frente de vanguardia.

De forma concreta, se ha venido a plantear una regulación basada en tres ejes principales. En primer lugar, la necesidad de mantener las relaciones jurídicas y las concepciones contractuales, obligacionales e incluso administrativas en pie. Se trata de construir un nuevo modelo de generación, propiedad, transmisión y registro de activos que pueda coexistir sin interferencias con el existente, de modo que se preserve la seguridad jurídica y la claridad legislativa en la previsible nueva ola normativa que se avecina. La tarea del legislador debe dirigirse a simplificar, aclarar y desburocratizar normativa y procedimentalmente la operativa de los nuevos modelos económicos y sociales, no a entorpecerlos mediante una creciente dispersión normativa, exponencial desde que acabara la etapa de la codificación allá por finales del S. XIX.

El segundo eje de actuación debe ser la asimilación jurídica de la tecnología subyacente, *DLT* y *blockchains*, como herramientas o registros en sentido jurídico, es decir, aplicarles las exigencias, propiedades y facultades de las que gozan los actuales sistemas registrales o contables, según el caso y la aplicación concreta que se pretenda por ser sus características funcionales muy similares pese a las diferencias tecnológicas.

El tercer eje vertebrador de las propuestas planteadas es la asimilación del régimen de emisión y circulación de *tokens* al actual régimen de los títulos valor mobiliarios, es decir, al régimen mercantil. Y se señala este y no más concretamente el financiero por cuanto el actual modelo centralista en que se inspiró la creación de la extensa regulación bancaria y financiera la hace, cuando no frontalmente incompatible, extremadamente gravosa y ardua para pequeñas entidades descentralizadas y el resto de los particulares, que debieran ser los principales beneficiarios de esta nueva tecnología, tesis que asume la propuesta regulatoria europea.

Los ejes regulatorios contemplados no pretenden obviar dos nociones claras. Por un lado, que esta aproximación regulatoria es una de las muchas que pueden tomarse, sin que aspire siquiera a ser la mejor, pero sí una plausible y más adecuada que un completo vacío normativo cuyo resultado previsiblemente sea, en unos años, la proliferación de jurisprudencia normativa. Jurisprudencia que se verá abocada a ser fuente del derecho, pese a no corresponderle serlo, tan pronto como comiencen a proliferar disputas en un mercado creciente cuya relevancia económica ya se cuenta en el orden de cientos de millones, disputas que –como es notorio– no pueden abocarse al *non-liquet* por imperativo del 1.7 del Código Civil. Tampoco obvia todo lo expuesto a que los nuevos usos, ya fueren económicos o sociales, puedan tensionar u obligar a la adaptación de otras materias y ámbitos del derecho, como puede ser el laboral o, como se apuntaba brevemente en algunos puntos del escrito, el fiscal.

A los ejes regulatorios generales propuestos para la adecuación del ordenamiento al ecosistema *blockchain* y lo que deriva de él se suma la intención de que tanto la breve conceptualización jurídica inicial sobre el arte como las innovaciones que representa sirvan de toque de atención al legislador en cuanto a la necesidad de un mayor compromiso con el mundo del arte, al que solo se ha dedicado atención parcial y disgregada cuando hacerlo era necesario para la protección de otros intereses o ámbitos por su relevancia económica o social. Es necesario, pues, trabajar desde el poder legislativo en un marco jurídico estable, pero flexible, tecnológicamente neutral y abierto a las nuevas tecnologías. Ese marco debe ser de provecho también para la Administración y el ejecutivo a fin de impulsarlo y adoptarlo, como mínimo, al mismo ritmo que particulares, empresas y otros Estados de nuestro entorno. La digitalización de la que tanto se habla debe tener un reflejo real en la legislación a fin de que el

modelo productivo de este país y, por ello, su desarrollo no se vean lastrados y abocados a estar a la cola de la Unión Europea. Es, pues, humilde pretensión presentar más preguntas que respuestas, pero sin duda alguna preguntas consustanciales y transversales que, como hemos visto, generarán una disrupción en todos los campos jurídicos, económicos y sociales.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- BARLOW, C. T.: *Bankers, Moneylenders, and Interest Rates in the Roman Republic*, Ann Arbor, Mich., University Microfilms International, 1982.
- BERNSTEIN, A., & WEIDENMIER, M.: “Counterparty Risk and the Establishment of the New York Stock Exchange Clearinghouse”, *Journal of Political Economy*, vol. 127, n.º 2, 2019.
- BUTERIN, V.: “Ethereum Whitepaper”, *Ethereum.org*, 2020.
- CICERO, M. T.: *De Officiis*, California, CreateSpace Independent Publishing Platform, 2017.
- ELHANANI, Z.: “How Blockchain Changed The Art World In 2018”, *Forbes*, 17 de diciembre de 2018.
- GLEADELL, C.: “As Warhol’s 14 Small Electric Chairs is offered for sale via Blockchain, can cryptocurrency succeed where the auctioneers failed?”, *The Telegraph*, 24 de julio de 2018.
- Informe de la Subcomisión para la elaboración del Estatuto del Artista aprobado el 7 de junio de 2018 y resultante en el Real Decreto-ley 26/2018, de 28 de diciembre, por el que se aprueban medidas de urgencia sobre la creación artística y la cinematografía.
- LAMPORT, L., SHOSTAK, R., & PEASE, M.: “The Byzantine Generals Problem”, *ACM Transactions on Programming Languages and Systems (TOPLAS)*, vol. 4, n.º 3, 1982, pp. 382-401.
- NAKAMOTO, S.: “Bitcoin: A Peer-To-Peer Electronic Cash System”, *Bitcoin.org*, 2020.
- REVISTA REGISTRADORES DE ESPAÑA: “Los registradores y el consorcio Alastria explorarán las posibilidades de la tecnología blockchain”, *Revista Registradores de España*, n.º 83, abril-junio 2018, p. 65.
- VILALTA NICUESA, A. E.: *Smart legal contracts y blockchain. La contratación inteligente a través de la tecnología blockchain*, Madrid, Wolters Kluwer España, 2019.
- VILLARINO, Á.: “El país donde nació Stalin ya ha dado el primer paso para deshacerse de los notarios”, *El Confidencial*, 26 de noviembre de 2019.



# La responsabilidad civil del experto en los procesos de autenticación de obras de arte

## The civil liability of the expert in the authentication processes of works of art

LUCIANO DELGADO TERCERO

*Dr. profesor de Derecho del Arte. Universidad Nebrija*

### Resumen

La presente investigación se centra en la figura del experto en su labor dentro de los procesos de autenticación de obras de arte. Históricamente, esta labor ha sido fundamental para el correcto desarrollo del mercado del arte. En la actualidad, sigue teniendo la misma importancia; pero, en las últimas décadas, los expertos han tenido algunos problemas judiciales al mostrar su opinión sobre la autoría de las obras de arte.

En primer lugar, se van a estudiar los motivos principales por los que los expertos han tenido problemas judiciales en diversos países de nuestro entorno, llegando incluso a abandonar su actividad autenticadora por miedo a las posibles reclamaciones a las que se enfrentan por parte de los propietarios de las obras de arte. Posteriormente, vamos a proponer una definición de la prestación de servicios que realiza el experto, teniendo en cuenta los obstáculos a los que se han enfrentado en el pasado y con vistas a evitar que dichos problemas afecten a su labor autenticadora.

Finalmente, una vez definidas la prestación del experto, una correcta *lex artis* en su labor y su encaje en el ordenamiento jurídico español, hemos analizado su posible responsabilidad civil dentro de la autenticación de obras de arte. Para ello hemos estudiado los diferentes elementos de su responsabilidad civil y algunos de los casos concretos donde podría exigirse la responsabilidad

a los expertos. Todo ello con la intención de reforzar sus opiniones y evitar que se enfrenten a reclamaciones al mostrar su dictamen sobre la autoría de las obras.

**Palabras clave:** Experto en arte, Responsabilidad, Autenticación, Autenticidad, *Lex artis*, Prestación.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE EXPERTO. III. DERECHO COMPARADO. 1. *La situación en estados unidos*. 2. *La situación en francia*. 3. *El caso de las empresas de subastas españolas*. IV. LA FIGURA DEL EXPERTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. 1. *Introducción*. 2. *Encaje jurídico de la prestación del experto*. 2.1. La prestación como una obligación de medios. 2.2. La prestación como un contrato de servicios. 2.3. El deber de información evaluativa. 3. *Una correcta lex artis del experto*. 4. *La responsabilidad del experto*. 4.1. La acción u omisión. 4.2. La culpa. 4.3. El nexo de causalidad. 4.4. El daño. 4.5. Casos concretos de responsabilidad del experto. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

### Abstract

This research focuses on the figure of the expert in his work about the authentication processes of works of art. Historically, this work has been essential for the correct development of the art market. Today it's still of the same importance; but, in the last decades, experts have had some legal problems when manifesting their opinion about the authorship of works of art.

First, we have studied the main reasons why the experts have had legal problems in various countries, even abandoning their authentication activity for fear of the possible claims they face from the owners of the artworks. Later, we will propose a definition of the provision of services performed by the expert, considering the obstacles they have faced in the past and with a view to preventing these problems from affecting their authentication work.

Finally, after the expert's benefit has been defined, a correct *lex artis* in his work and its insertion in the spanish legal system; we have analyzed his possible civil liability in the authentication of works of art. We have studied the different elements of his civil liability and some of the specific cases where the responsibility of the experts could be required. All this with the intention of reinforcing their opinions and preventing them from facing claims when manifesting their opinion on the authorship of the works of art.

**Keywords:** Art expert, Liability, Authentication, Autenticity, *Lex artis*, Provision of service.

SUMARIO: I. INTRODUCTION. II. CONCEPT DELIMITATION OF EXPERT. III. COMPARATIVE LAW. 1. *The legal status in the United States*. 2. *The legal status in France*.

3. *The case of spanish auctions*. IV. THE EXPERT IN THE SPANISH LEGAL SYSTEM. 1. *Introduction*. 2. *The expert provision*. 2.1. Expert provision as a duty of best efforts. 2.2. Expert provision as a service agreement. 2.3. Duty of evaluative information. 3. *The correct lex artis of the art expert*. 4. *Expert's liability*. 4.1. The action or omission. 4.2. The guilt. 4.3. The causal link. 4.4. The damage. 4.5. Expert liability cases. V. CONCLUSIONS. VI. BIBLIOGRAPHY.

## I. INTRODUCCIÓN

El mercado del arte en las últimas décadas ha experimentado un importante desarrollo y, con ello, el número de transacciones que en él se realizan ha crecido de manera exponencial. Por esta razón, cada día adquieren una mayor importancia, en aras de una mayor seguridad jurídica de los intervinientes, los procesos de autenticación de obras de arte que permitan la correcta definición de las obras y, de forma principal, su autoría, como cualidad esencial en su valoración. Procesos de autenticación siempre encaminados a evitar engaños, errores y falsificaciones que, lamentablemente, son muy frecuentes en el actual mercado del arte actual complicando su funcionamiento de forma grave.

En relación con la autenticación de obras de arte, principalmente desde el siglo XIX cuando aparece la figura del *connoisseur*, ha ido adquiriendo gran importancia la figura del experto que, gracias a su especial conocimiento, emite su opinión sobre la autoría de determinada obra de arte. Esta figura surge después del Renacimiento y del florecimiento de la burguesía, como un especialista en un determinado artista o escuela que, en virtud de su estudio y conocimiento adquirido, estaba cualificado para emitir veredictos negando o aceptando la autoría de las obras que estudiaba<sup>1</sup>.

Desde el auge del atribucionismo iniciado por Morelli<sup>2</sup> a finales del siglo XIX, que pretendía la atribución de la autoría de las obras de arte

1. En el manual A. VETTESE, *Invertir en arte. Producción, promoción y mercado del arte contemporáneo*, Pirámide, Madrid, 2002, p. 167, la autora explica: “*mientras el arte estuvo ligado a los encargos eclesiásticos y nobles, que ejercían un control sobre la misma realización de la obra, lo que se exigía del artista era un resultado espectacular que respondiera al gusto del público y, por tanto, una originalidad respetuosa con unas reglas ya consolidadas. Pero cuando el cuadro sustituye a la pintura al fresco y pierde su finalidad didáctica y representativa, trasladándose de los altares a las casas, y comienza a ser un objeto de cambio, los criterios de juicio pasan a ser menos precisos y aparece una nueva figura: el experto al que se dirige el comprador para evitar cometer errores*”.
2. Giovanni Morelli (1816-1891) fue un político y crítico de arte italiano. Desarrolló una técnica de estudio del arte basada en la erudición y en cierto aspecto intuitivo y autodidacta del análisis artístico, introduciendo la figura del *connoisseur*, el experto en arte. Su técnica fue publicada en 1890 como *Die Werke Italienischer Meister* (*El trabajo de los maestros italianos*), bajo el seudónimo de *Ivan Lermolieff*.

El método de Morelli de encontrar la esencia y el significado oculto en los detalles también tuvo una influencia cultural mucho más amplia: hay referencias a su trabajo

mediante la observación y el análisis de detalles insignificantes o de poca importancia que emanaban del inconsciente del artista creador, la atribución mediante la observación directa del experto (*connoisseur*) se ha erigido como parte fundamental del proceso de autenticación de obras de arte.

Según la teoría de Morelli, quien es considerado el padre de la autenticación realizada por un experto, las imitaciones y falsificaciones pueden detectarse mediante la observación de los detalles menos trascendentes de cada obra de arte, aquellos rasgos estereotipados que cada artista incorpora de manera automática, casi inconsciente, en su técnica, como son los lóbulos de las orejas, las uñas, los dedos de manos y pies, etc. Estos indicios anecdóticos pueden ser reveladores, ya que constituyen los momentos en los que el artista cedía a impulsos ajenos a su autocontrol y eran pintados de forma automática e intuitiva. De este modo, Morelli creyó descubrir la forma de pintar característica de Botticelli, Bellini o Tiziano, entre otros, a partir de detalles localizados en los originales que en las copias no aparecían. Morelli propuso decenas de nuevas atribuciones en galerías tan destacadas como la Borghese en Roma, o los museos de Berlín, Múnich y Dresde, demostrando que, en su opinión, algunas de las obras colgadas en sus paredes habían sido durante siglos erróneamente atribuidas a artistas clásicos consagrados<sup>3</sup>.

Seguidores del método creado por Morelli fueron Bernard Berenson y Max Jakob Friedländer, quienes continuaron aplicando la técnica atribucionista en la pintura italiana y la pintura flamenca, respectivamente, autenticando cientos de obras de arte en todo el mundo durante el siglo XX. Como veremos posteriormente, las innovaciones técnicas y científicas, por un lado, y los problemas legales a los que se han enfrentado estos expertos, por otro, han tenido como consecuencia la progresiva disminución en la emisión de opiniones por parte de los expertos.

Por tanto, ya desde finales del siglo XIX, se erige como una pieza importante el papel de los expertos para el correcto funcionamiento del mercado del arte y, tal como ocurrió a finales del siglo XIX, es deseable que no encuentren excesivas trabas para poder participar en los procesos de autenticación, pues con ello contribuyen de una forma esencial a despejar dudas sobre la autenticidad de las obras de arte que circulan en el mercado.

Pero, como vamos a analizar en la presente investigación, los expertos, desde hace décadas, se enfrentan a numerosos problemas y obstáculos que impiden el correcto desarrollo de su trabajo. Estas trabas han alejado al

---

en la novelas de Sherlock Holmes de Arthur Conan Doyle, Rayuela de Julio Cortázar y en las obras de Sigmund Freud.

3. L. GONZÁLEZ GARCÍA y S. FUENTES LÁZARO, *El atribucionismo: ¿arte y ciencia al servicio del mercado?*, UCM, Madrid, 2010.



experto del estudio de la autenticidad de las obras de arte, principalmente por miedo a su posible responsabilidad ante los coleccionistas, lo que ha tenido como consecuencia un deterioro de la transparencia y seguridad jurídica del mercado del arte.

Que los expertos participen en los procesos de autenticación de obras de arte permite que las obras de arte que circulan en el mercado puedan estar correctamente estudiadas y esto disminuye en gran medida el número de falsificaciones y obras mal atribuidas que circulan actualmente en el mercado internacional del arte<sup>4</sup>, siendo éste uno de los mayores problemas a los que se enfrenta el mercado del arte en la actualidad y de difícil solución.

En la presente investigación vamos a analizar cómo ha sido entendida en distintas legislaciones de nuestro entorno, donde el mercado del arte ha alcanzado un importante desarrollo, tanto la labor como la responsabilidad de estos expertos, y cómo, aprendiendo de lo ocurrido anteriormente, debería ser analizada y juzgada en el futuro la figura del experto, con la finalidad de que no abandonen su labor autenticadora y actúen de una forma que respete una *lex artis* determinada que cumpla con la diligencia debida en su actuación.

En relación con la responsabilidad del experto, nos centraremos en la responsabilidad que pudiera surgir en la labor del experto en su relación directa con la persona que solicita su dictamen o sus conocimientos, sin menoscabo de aquella que pudiera surgir con terceros ajenos a esta relación contractual.

## II. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE EXPERTO

En primer lugar y de forma preliminar, consideramos fundamental realizar una delimitación terminológica del concepto de experto, pues en ocasiones su figura es confundida con la de otros agentes intervinientes en el mercado del arte, y su labor, en muchos casos, es realizada por otras personas o entidades sin la adecuada competencia para llevarla a cabo.

4. L. TENORIO MADRONA, jefe de la Brigada de Patrimonio Histórico de la Policía Nacional, con motivo del II Congreso sobre "*Original, Copia, Falsificación y Expolio Patrimonial*", celebrado en noviembre de 2011 por el Instituto de Patrimonio Cultural de España, estima que el mercado de las falsificaciones artísticas ocupa el tercer lugar mundial en el *ranking* de negocios ilícitos, tras el tráfico de drogas y de armas, y que las obras falsas pueden suponer hasta un 30% del volumen total del mercado artístico. Por su parte, C. OLSBURGH, *Aunthenticity in the art market*, Institute of Art and Law, London, 2005, p. 1, llega a afirmar que "*las falsificaciones representan hasta un 40% de todas las transacciones de arte*". Finalmente, A. VICO BELMONTE, J. PALOMO MARTÍNEZ y P. LAGUNA SÁNCHEZ, *La rentabilidad de las obras de arte: Estudio de los entornos propicios para la venta de bienes artísticos de colección*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2016, p. 79, afirman que "*las falsificaciones son actualmente y sin ninguna duda la gran lacra de mercado del arte en cualquiera de los sectores en os que nos situemos*".

El experto puede definirse como aquella persona especialista en un determinado artista o escuela, que –gracias a su amplia experiencia y formación– tiene la capacidad y el reconocimiento para emitir opiniones fundadas sobre la autoría de una determinada obra de arte. Su labor se basa en reconocer la factura del artista que ha creado una obra de arte y así poder atribuir su autoría. Estas habilidades se fundamentan en la percepción visual, la formación histórico-artística, los conocimientos técnicos y la experiencia empírica que posea dicho experto.

En este sentido, Lluent Ribalta<sup>5</sup> lo define como “*aquella persona que, por sus conocimientos de la historia del arte, sus dotes de observación y, sobre todo, por su experiencia, puede dictaminar, tras minuciosos análisis, con ecuanimidad, precisión y justicia, lo derivado de una obra de arte, en la especialidad que cultive*”<sup>6</sup>.

En opinión de Peñuelas i Rexach<sup>7</sup>, “*los expertos, para formar su opinión, llevan a cabo un verdadero y completo proceso de autenticación que se fundamenta en una labor visual y mental de comparación de algunos de los elementos de la obra de arte a autenticar con otras del mismo artista. La clave de esta actividad es un análisis estilístico que les permita detectar en la pieza alguna anomalía respecto a la forma en que el autor al que se le atribuye ha trabajado en el pasado, lo que pueden hacer gracias a su connoisseurship u ojo experto, que es la habilidad del especialista en percibir visualmente la incuestionabilidad de la obra y que ellos han desarrollado gracias a la observación firme y atenta de muchas obras del artista, combinado con unos conocimientos de la manera de trabajar y los materiales utilizados por el artista*”.

El experto suele ser un historiador del arte, aunque también existen especialistas que han alcanzado tal *status* debido a la cercanía personal con un determinado artista, como puede ser un marchante o incluso un familiar. También, debido al auge del trabajo multidisciplinar en el estudio de obras de arte, la figura del experto puede estar concebida como un grupo de personas (comité) que suman sus distintos conocimientos para establecer la autoría de las obras que estudian. Un ejemplo de este fenómeno sería el Rembrandt

5. J. LLUENT RIBALTA, *Expolio y fraude en el arte*, Trea, Gijón, 2002, p. 146.

6. Siguiendo con las tesis de J. LLUENT RIBALTA, el experto debe cumplir con cuatro reglas esenciales:

1.- Un profundo conocimiento del dominio y/o especialidad sobre el cual el experto es llamado para intervenir, poniendo su talento, su conocimiento y sus competencias al servicio de la expertización, debiendo ser consciente de las propias limitaciones.

2.- Una independencia respecto de las partes en conflicto.

3.- La obligación de entregar lo mejor de sus conocimientos, la exigencia de la mejor prestación posible y una perfecta y total integridad por parte del experto.

4.- Estar dispuesto a defender su opinión ante la justicia si fuera necesario, lo cual viene a probar que se ha actuado de buena fe y según las exigencias prescritas.

7. L. PEÑUELAS I REXACH, *Autoría, autenticación y falsificación de obras de arte*, Polígrafa, Madrid, 2013, pp. 145 y ss.

Research Project, creado en 1968, que aúna un grupo de especialistas en la figura del maestro holandés que, de manera colegiada, determinan el *corpus* de la obra pictórica de Rembrandt. Pero existen infinidad de entidades (comités, fundaciones, etc.) compuestas por varias personas que se dedican a la autenticación de obras de arte.

Del estudio del estado de la cuestión sobre la figura del experto, existe unanimidad doctrinal en establecer que, en la actualidad, la figura del experto debe cumplir una serie de requisitos para que sus opiniones tengan validez y lleguen a ser reconocidas por el sector del arte y por el mercado.

En primer lugar, como es lógico, un conocimiento y experiencia demostrada. Para lograr el *status* de experto en determinado artista o escuela, el primer requisito es el conocimiento profundo y especial en la materia concreta de la especialidad. Generalmente este extenso conocimiento es fruto de años de estudio, como en el caso de conservadores de museos o investigadores y profesores universitarios; o bien, dicho conocimiento puede ser adquirido por el contacto directo con la obra y/o con el artista, como sería el caso de marchantes, galeristas y familiares de artistas.

En segundo lugar, y no menos importante, el experto debe gozar de un reconocimiento del sector y del mercado del arte. Este reconocimiento permitirá que las informaciones u opiniones aportadas por el experto sean tenidas en cuenta y consideradas válidas. Hoy en día sirven de poco las opiniones sobre la autoría de una obra de arte o los certificados de autenticidad realizados por expertos que no han adquirido previamente el reconocimiento internacional en la materia. Como ejemplo es interesante subrayar que las empresas de subasta internacionales más importantes no aceptan obras para licitar si no están autenticadas por los expertos que ellos consideran válidos y autorizados para cada artista o escuela pictórica.

Estas premisas, que parecen sencillas en la teoría, han mostrado varios problemas en la práctica. Por ejemplo, en el estudio de determinados artistas existen o han existido varios expertos que, en función del momento, han tenido un mayor o menor reconocimiento, o incluso han obtenido un reconocimiento temporal que posteriormente han perdido, quedando sus opiniones en el olvido, como ha ocurrido en el estudio de la obra de Francisco de Goya, entre otros artistas.

### III. DERECHO COMPARADO

Mediante el estudio del estado de la cuestión en otros países, pretendemos identificar los problemas y las trabas a las que se han enfrentado en el pasado los expertos y los intentos de solución que han adoptado en otros mercados más

desarrollados que el español. De esta manera, estudiando y aprendiendo de lo ocurrido anteriormente en otros países, se puede proponer un régimen de la responsabilidad del experto acorde a la *praxis* y la normativa de nuestro país.

De forma general, el clima que se viene respirando en relación con los expertos a la hora de dar su opinión sobre la autenticidad de una obra es de miedo o temor ante la posible responsabilidad que pudiera ser exigida ante los tribunales. De ahí que exista, en la actualidad, una notable reticencia por parte de expertos e instituciones en involucrarse en procesos de autenticación de obras de arte. En este sentido, el ICOM (Consejo Internacional de Museos), en su código deontológico<sup>8</sup>, establece, en su punto 5.2, que los trabajadores de un museo solo pueden efectuar valoraciones o autenticaciones para asegurar sus propias colecciones y solo se deben emitir dictámenes sobre otros objetos a petición oficial de otro museo o de las autoridades jurídicas, gubernamentales u otros poderes públicos competentes. Por consecuencia, nunca para un particular que solicitase dicho dictamen.

La consecuencia inmediata de este miedo generalizado, en la que los expertos no aportan sus opiniones sobre la autenticidad de las obras para evitar una posible responsabilidad, es un fenómeno que actúa en contra del buen discursar y de la transparencia del mercado del arte, ya que circulan por el mercado multitud de obras con un estudio insuficiente o que han sido erróneamente catalogadas o atribuidas por expertos no cualificados.

En todos los países estudiados se ha intentado mitigar, en mayor o menor medida y de distintas formas, este fenómeno y así permitir que los expertos muestren su opinión sobre la autenticidad de las obras que estudian, protegiendo sus opiniones frente a demandas de coleccionistas ofendidos.

## 1. LA SITUACIÓN EN ESTADOS UNIDOS

En EE. UU., donde la litigiosidad en general es elevada y en ocasiones excesiva, los propietarios de las obras de arte que eran rechazadas por expertos iniciaban demandas judiciales en las que les solicitaban importantes cantidades de dinero ante el hipotético elevado valor de las obras estudiadas<sup>9</sup>, exigiendo su responsabilidad ante la pérdida patrimonial que sufrían con la emisión pública de su opinión de rechazo a su obra.

Este fenómeno tiene su origen en 1921, cuando sir Joseph Duveen cuestionó la autenticidad de la obra *La Belle Ferronnière* de Leonardo da Vinci,

8. <https://icom.museum/es/recursos/normas-y-directrices/codigo-de-deontologia/>.

9. Vid. R. SPENCER, *El experto frente al objeto. Dictaminar las falsificaciones y las atribuciones falsas en el arte visual*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 175 y ss, para un estudio completo de los procedimientos judiciales más comunes contra los expertos en EE.UU.

propiedad de Harry Hahn, siendo demandado y finalmente condenado por un tribunal a pagar 60.000 dólares en 1929. Este momento marca el inicio del temor o la desconfianza de los expertos a mostrar su opinión abiertamente en torno a la autenticidad de una obra de arte<sup>10</sup>.

Por este motivo, los expertos americanos cada vez han tenido mayor reticencia a autenticar obras de arte, debido a la responsabilidad que puede serles exigida ante los tribunales por dar su opinión al respecto y que ha supuesto en la práctica un gran trastorno para su propia actividad y para el mercado del arte en general.

Tal gravedad alcanzó este fenómeno que muchos comités expertos tuvieron que detener su labor. Por ejemplo, la Andy Warhol Foundation, en octubre de 2011, cesó su actividad autenticadora, tras más de 6000 obras estudiadas, después de verse inmersa en un procedimiento millonario en relación con la obra *Red Self-Portrait*<sup>11</sup>, donde tuvo que pagar cerca de siete millones de dólares en honorarios de abogados. Similar destino tuvo el Comité de Autenticación de Jean-Michel Basquiat, que cesó su actividad en 2012, tras más de 2000 obras autenticadas<sup>12</sup>. Existen otros comités de autenticación americanos que también tuvieron que cerrar sus puertas, como son el de Roy Lichtenstein en 2011 y el de Keith Haring en 2012, debido a las múltiples demandas a las que tuvieron que hacer frente por mostrar su opinión sobre la autoría de las obras.

Ante este panorama, una posible solución a este problema que afecta a los expertos se vislumbró en una sentencia del Tribunal Supremo de Nueva York, de 26 de junio de 2000, en el caso *Lariviere v. E.V. Thaw, the Pollock-Krasner Authentication Board et al*<sup>13</sup>. En esta sentencia se absuelve a dicha institución al dar su opinión en la que rechazaba una obra de Pollock, basándose en dos argumentos: por un lado y principalmente, porque el contrato firmado entre las partes estipulaba claramente que el propietario aceptaba no demandar al Comité por sus opiniones y, por otro lado y de manera accesoria, porque el

10. Resulta curioso saber *a posteriori* que dicha obra, que permaneció en manos de Harry Hahn tras el juicio, fue estudiada de nuevo en 1993 por varios expertos en Leonardo da Vinci, coincidiendo todos ellos, gracias a los avances técnicos, científicos y documentales, en que la obra no correspondía al maestro italiano. La obra fue vendida en Sotheby's, en 2010, por 1.538.500 USD y fue catalogada por los expertos de Sotheby's como "Seguidor de Leonardo da Vinci".
11. Vid. W. BURNS, *Warhol Foundation Shuts its Authentication Board*. Art Newspaper, 20 Oct. 2012. <http://www.theartnewspaper.com/articles/Warhol+foundation+shuts+its+authentication+board/24869>.
12. Vid. *Notification from Authentication Committee*, publicado en la web *The Estate of Jean-Michel Basquiat* on 2 Jan. 2012 <http://basquiat.com/events.htm?pg=news>.
13. *Lariviere v. E.V. Thaw, the Pollock-Krasner Authentication Board, et al.*, de 26 de junio de 2000. New York County.

propietario no tenía fundamentos, ni más argumentos que el Comité, para alegar que el cuadro era auténtico<sup>14</sup>.

Por tanto, el tribunal declaró válida y efectiva una cláusula del contrato firmado entre las partes que impedía la iniciación de una acción judicial<sup>15</sup>, imposibilitando con ello al consumidor iniciar una acción por responsabilidad contra los expertos de la Fundación que habían rechazado la originalidad de una obra, en principio, atribuida a Jackson Pollock.

De esta manera, a través de una sentencia judicial, se abría un cauce para los expertos americanos para poder proteger su opinión sobre la autenticidad de las obras de arte que estudiaban, mediante la firma de un documento con el propietario de la obra, donde se incluyese una cláusula contractual (*no sue agreement*) que impidiese demandarles por manifestar sus opiniones.

En este sentido, de forma continuista con esta corriente que se iniciaba, la prestigiosa institución IFAR (International Foundation for Art Research), dedicada, entre otras cuestiones, a la autenticación de obras de arte, establece un procedimiento para protegerse de la responsabilidad de los expertos que intervienen en la autenticación de las obras que estudian, mediante la firma de un contrato con el solicitante, en el que (1) renuncian a su derecho de demandar a IFAR en caso de una opinión negativa; (2) reconocen el derecho de la IFAR de no revelar los nombres de sus especialistas, si lo considera oportuno; y (3) permiten a la IFAR publicar los resultados de su investigación aunque no se revelará la identidad del propietarios sin su permiso.

En paralelo a esta tendencia de proteger la responsabilidad de los expertos mediante cláusulas que impidan una demanda en el derecho anglosajón, las empresas aseguradoras americanas han comercializado seguros de responsabilidad profesional dirigidos exclusivamente a expertos en arte con la intención de mitigar el riesgo de emitir opiniones sobre la autenticidad del arte. Un elemento importante de estos seguros es que ofrecen cobertura para los honorarios de abogados en caso de una demanda judicial, que pueden suponer una carga importante para un académico independiente sin recursos institucionales, ya que, aunque a veces la condena al experto es complicada, solo el coste de la defensa legal puede suponer una gran cantidad de dinero, inabarcable para muchos expertos<sup>16</sup>.

14. Para ver un estudio completo del presente caso, léase R. SPENCER, *op. cit.*, pp. 249 a 259.

15. El juez se pronunció al respecto: “*Cuando los términos del contrato eximente expresan inequívocamente la intención de las partes de eximir al demandado de cualquier responsabilidad por negligencia suya, el contrato se aplicará*”.

16. En relación con el seguro de responsabilidad civil, en Inglaterra, a raíz de la sentencia *Jones vs Kaney* en 2011, es obligatoria la suscripción de un seguro de responsabilidad civil por parte de los expertos que actúan ante la administración de justicia. En otros

En relación con la cabida que podría tener esta cláusula *no sue agreement* en la regulación española, es importante traer a colación la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo con relación a las cláusulas bancarias impuestas sobre la renuncia de acciones por parte del consumidor<sup>17</sup>. La STS, de 12 de febrero de 2016, establece como requisitos indispensables para la renuncia de acciones, que esta ha de ser, además de personal, clara, terminante e inequívoca, sin condicionante alguno, con expresión indiscutible de criterio de voluntad determinante de ella, y revelación expresa o tácita, pero mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos.

Esta manera de corregir el problema de la responsabilidad de los expertos en la autenticación de obras de arte mediante cláusulas que impidan la iniciación de acciones de responsabilidad<sup>18</sup> por la emisión de opiniones, si bien podría atajar parcialmente el problema, no nos parece un cauce adecuado a seguir, ya que, por un lado, impide a los consumidores defender su legítimo derecho suponiendo una renuncia de acciones legales impuesta, y, por otro lado, permite cierta impunidad en las opiniones de los expertos, puesto que, sea cual sea su opinión, quedarían bajo el paraguas de una cláusula de renuncia de acciones legales de obligado cumplimiento para el consumidor.

## 2. LA SITUACIÓN EN FRANCIA

Si acudimos al derecho francés –muy diferente al anglosajón, donde los herederos de los artistas normalmente tienen la competencia de autenticar

---

países de nuestro entorno simplemente es recomendable la suscripción de un seguro de este tipo, pero no obligatorio.

17. En la STS, de 12 de febrero de 2016 (TOL5.645.491), se establecen los requisitos que el TS considera imprescindibles actualmente sobre las renuncia del consumidor a interponer acciones legales: “Sentada esta precisión, la desestimación del motivo queda evidenciada en la doctrina jurisprudencial que el propio recurrente trae a colación, particularmente de la cita de la STS de 28 de enero de 1995, en donde se destaca que: ‘[...] la renuncia de derechos, como manifestación de voluntad que lleva a cabo el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación del mismo, ha de ser, además de personal, clara, terminante e inequívoca, sin condicionante alguna, con expresión indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma, y revelación expresa o tácita, pero mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos’.

Así, en primer término, no se trata de una renuncia en sentido propio. La demandante se limita a firmar unos documentos pre-redactados por la entidad bancaria a tal efecto y llevada por la confianza en su gestor y en la creencia de solucionar el problema surgido.

En segundo término, la renuncia tampoco es clara, contundente e inequívoca al respecto, tal y como exige la doctrina jurisprudencial de esta Sala. En efecto, de la mera lectura del documento de renuncia se desprende que la complejidad del producto ofertado, la determinación del riesgo derivado para el adquirente o el coste de la cancelación anticipada del producto resultan inconcretos o no aclarados. Por lo que difícilmente puede concluirse que un cliente, con el perfil de la demandante, haya realizado con la suscripción de dicho documento una auténtica renuncia de derechos al comprender, con exactitud, el alcance de la contratación realizada”.

- 18.



las obras de su creación y pueden hacer valer su autoridad legalmente atribuida sobre las obras del artista en cuestión—, vemos que también los expertos han sufrido obstáculos a la hora de expresar sus opiniones sobre la autenticidad de las obras de arte, llegando algunos de ellos a ser resueltos por la justicia francesa.

Los tribunales franceses no son ajenos a las disputas sobre la autenticidad de las obras de arte. Durante las últimas décadas, han intervenido, en repetidas ocasiones, para resolver demandas emprendidas contra autores de catálogos razonados, fundaciones de artistas y expertos reconocidos por el mercado del arte en un artista determinado. Estas demandas, generalmente presentadas por propietarios de arte agraviados, tienen un objetivo fundamental: desafiar la negativa de los expertos a reconocer la autenticidad de la obra de arte de la que son propietarios.

En estas disputas sobre la autenticidad, los tribunales franceses suelen confiar en los expertos-peritos designados por ellos mismos<sup>19</sup>, elegidos entre los

19. En Francia, al igual que en nuestro país, la norma que regula principalmente la figura del perito (*l'expert* en francés) es la ley procesal civil, el *Code de Procedure Civil*. Esta norma dedica la sección IV del capítulo V a la regulación del peritaje judicial, concretamente del artículo 263 hasta el 284.

El sistema pericial francés, muy distinto al nuestro, es un sistema eminentemente judicial donde no se contempla la prueba pericial de parte, tal como ocurre en nuestro país. Aunque el artículo 6 CPC afirma que las partes tendrán la carga de alegar dentro del proceso y que el proceso estará determinado por las pretensiones respectivas de las partes, es el Tribunal el encargado de observar la idoneidad de la prueba pericial en cada procedimiento concreto, llegando incluso a poder acordar de oficio la práctica de cualquier medio de prueba legalmente admisible y decretar esta de manera libre (artículo 10).

En el ordenamiento francés, el acceso de los expertos a la administración de justicia ha sido establecido legalmente mediante la ley 71-498, de 29 de junio de 1971, relativa a los peritos judiciales. Se trata de una ley de pequeña extensión, pues tan solo tiene ocho artículos, pero de una claridad y una aplicación práctica de gran importancia dentro de la regulación francesa del experto-perito judicial.

En su artículo 2, establece las dos listas oficiales existentes, de las que los jueces y tribunales podrán servirse cuando requieran la asistencia de un experto-perito. Una lista de peritos judiciales a nivel nacional, que es creada por el Tribunal de Casación, y otra lista de peritos judiciales para cada Tribunal de Apelación, en cada una de las jurisdicciones territoriales que existen en Francia, pudiendo elegir el juez el experto más adecuado a su elección. En su artículo primero, dicha ley establece que los jueces podrán servirse de las listas oficiales antes citadas cuando requiera de un dictamen pericial, para la aclaración de cuestiones que no son de su conocimiento.

Se establece también que la inscripción inicial de los expertos-peritos judiciales será por una duración de un periodo de prueba de tres años. Finalizado este periodo de prueba, deberá presentar una nueva solicitud para un periodo de cinco años, que será supervisada, para su aprobación o denegación, por un comité formado por representantes de los tribunales y otros expertos. Este comité valorará la experiencia y los conocimientos del solicitante, para finalmente aceptar o denegar su solicitud. Las reinscripciones posteriores serán también por periodos de cinco años y bajo la



listados oficiales a su disposición. En algunos casos, los tribunales han considerado que la negativa del experto a reconocer la autenticidad de una obra de arte había sido negligente, dando lugar a la responsabilidad del experto por daños y perjuicios frente al propietario.

En una demanda presentada contra la Wildenstein Association, con sede en París, tras su negativa a incluir un cuadro titulado *Hiver à Cannes* en el catálogo razonado de Kees van Dongen, el experto-perito designado por el Tribunal Superior de París concluyó que el cuadro sí era una obra original de van Dongen, contraviniendo la opinión de la asociación. El tribunal asumió la tesis del experto-perito designado y los propietarios de la pintura procedieron a reclamar daños y perjuicios a la Wildenstein Association por rechazar la pintura. El caso llegó al Tribunal de Apelación de París, que en 2007 dictaminó que la negativa a incluirlo en su catálogo razonado tuvo un impacto significativo en su comerciabilidad. El Tribunal determinó que el rechazo de la pintura por parte de la Wildenstein Association sin fundamentar su decisión había sido negligente. En consecuencia, falló en su contra haciéndola responsable y condenada a resarcir el daño sufrido por el propietario del cuadro y a pagar las costas del procedimiento.

Por tanto, en Francia, la responsabilidad de los expertos por expresar sus opiniones sobre la autoría de las obras de arte, al igual que en EE.UU., ha sido un tema controvertido. Hasta el año 2014, cuando también una sentencia, esta vez de la Corte de Casación, estableció un posible sistema de proteger la responsabilidad de los expertos en procesos de autenticación de obras de arte, diferente al apuntado en el derecho anglosajón.

Esta sentencia surge en el seno de un procedimiento judicial entre el propietario de una obra de Jean Metzinger y la experta Bozena Nikiel, que se había iniciado por la negativa de esta a reconocer la obra como original de Metzinger y no aceptar incluirla en el catálogo razonado que preparaba en ese momento<sup>20</sup>.

El propietario estaba en proceso de venta de su pintura, pero, para completar la transacción, necesitaba un certificado de autenticidad expedido por Nikiel o bien una garantía de que la pintura se incluiría en su catálogo razonado. Después de la evaluación de la pintura en 2005, Nikiel dejó claro que no podía autenticar la pintura como obra de Metzinger argumentando que la pintura no cumplía con el nivel de calidad exhibida por otras obras de este artista. Ante

---

supervisión, en cada periodo, del comité que valorará la idoneidad del nombramiento del perito judicial.

20. Nikiel es una reconocida experta en la obra de Metzinger, así como la autora del catálogo razonado y tiene reconocido el derecho moral para la autenticación de los trabajos de Metzinger, dándole la capacidad legal de atribuir sus obras.

esta opinión, el propietario inició, en 2009, acciones legales en las que exigía la responsabilidad de Nikiel por la manifestación de su opinión negativa.

El tribunal de primera instancia condenó a Nikiel al pago de daños al propietario de la pintura calculados en 30.000 €, debido a que, según las tesis del tribunal, había rechazado ilícitamente y sin fundamentar su autenticidad, existiendo además controversia entre varios expertos en la obra de Metzinger. En enero de 2014, el alto tribunal en París, la Corte de Casación, anuló la decisión del tribunal de primera instancia con el argumento de que la sentencia violaba los artículos 9 y 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que garantizan la libertad de expresión.

Así pues, la Corte de Casación, en sentencia de 22 de enero de 2014<sup>21</sup>, protege la opinión del experto sobre la base de los artículos 9 y 10 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos<sup>22</sup>, que protegen su libertad de expresión<sup>23</sup> y de pensamiento. La decisión tomada por el tribunal francés supuso una victoria para los expertos en arte, pues protege su opinión y permite que se involucren en procesos de autenticación sin miedo a su posible responsabilidad, proporcionándoles una mayor tranquilidad en su labor.

En relación con la decisión adoptada por los tribunales franceses para proteger a los expertos, si bien no negamos el derecho a la libertad de expresión y de opinión de los expertos y que podría ser una solución efectiva, no creemos que sea el cauce más adecuado para evitar su responsabilidad y proteger su labor. Se trata, en nuestra opinión, de una solución excesivamente imprecisa y poco adecuada a la figura del experto en arte. En la práctica, puede presentar numerosos inconvenientes que, lejos de aumentar la transparencia del mercado, podrían complicarlo aún más.

Por ejemplo, al no ser fácil determinar qué expertos son los adecuados para cada caso concreto y ante la existencia de expertos sin la competencia

21. Arrêt n.º 31 du 22 janvier 2014 (12-35.264) - Cour de cassation - Première chambre civile - ECLI:FR:CCASS:2014:C100031.

22. El artículo 10 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos establece:

*“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende 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. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.*

*2. 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 la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.*

23. Derecho fundamental recogido también en la Constitución española, en su artículo 20.

y reconocimientos suficientes, proteger únicamente la opinión de todos ellos podría incrementar los conflictos entre las distintas opiniones sobre la autoría de una obra de arte, pues todas ellas pueden ampararse en los artículos 9 y 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Como posteriormente analizaremos, la opinión del experto es fundamental en procesos de autenticación, pero tan importante como su opinión es la fundamentación de las conclusiones, el razonamiento lógico y la correcta y diligente *lex artis* en la realización de sus informes. Por tanto, opinamos que el foco de la protección al experto no debería estar en su opinión, sino en el desarrollo de su trabajo.

En la actualidad, a diferencia del atribucionismo nacido en el siglo XIX, debido a la cantidad de información documental existente y las innovaciones técnicas y científicas que han aparecido en las últimas décadas en relación con el estudio de obras de arte, pensamos que es imprescindible que la opinión de un experto deba complementarse con una fundamentación y justificación adecuadas de las conclusiones alcanzadas, como posteriormente analizaremos en detalle, y no simplemente proteger su opinión.

### 3. EL CASO DE LAS EMPRESAS DE SUBASTAS ESPAÑOLAS

En nuestro país aún no existe apenas litigación en torno a la responsabilidad de los expertos en arte. Pero este rechazo generalizado a participar en procesos de autenticación que hemos observado en otros países también se aprecia en el caso de los expertos españoles, tanto en los conservadores y especialistas que trabajan en museos españoles como en los expertos universitarios o independientes. Tampoco existe normativa específica al respecto ni una conciencia arraigada en los profesionales de este sector sobre su posible responsabilidad ante los errores o negligencias que pudieran cometer en el desempeño de su labor, no solo en los expertos, sino también en el mercado del arte en general.

Aunque aún no exista litigación en este sentido, es importante aprender de lo ocurrido en otros países con un mercado del arte más desarrollado, para prever los problemas a los que se enfrentarán los expertos españoles y buscar una solución viable y ajustada a derecho que, por un lado, disperse el miedo a mostrar su opinión y, por otro lado, les aleje de una posible imputación de responsabilidad.

Dentro de este marco jurídico tan escaso sobre la responsabilidad en el mercado del arte español, creemos interesante estudiar las cláusulas impuestas que crearon las empresas de subasta mediante la redacción de unas condiciones generales de contratación que regulan las relaciones contractuales entre estas y los compradores y/o vendedores. Como es lógico, vamos a centrarnos en la regulación en torno a su responsabilidad frente a los posibles daños que

podrían causar en el ejercicio de su labor profesional, al ser el único caso existente en España de intento de regulación de la responsabilidad de expertos al mostrar su opinión sobre la autenticidad de las obras de arte<sup>24</sup>. Como es lógico, estas cláusulas solo son de aplicación para los expertos que trabajan en las distintas empresas de subasta españolas.

El contenido de la cláusula que regula la posible responsabilidad es el siguiente, con pequeñas variaciones entre unas empresas y otras, pero compartiendo el mismo objetivo: “*como es costumbre internacional, la empresa actuará sólo como intermediaria, no siendo responsable de la exactitud de las afirmaciones acerca del autor, origen, fecha, antigüedad, procedencia y estado del lote, aunque se da fe que su estudio es de lo más veraz y técnico*”. Este intento de evitar la responsabilidad viene recogido en una de las cláusulas de las condiciones generales que comparten todas –sin excepción– las empresas de subasta españolas. Es decir, que las empresas españolas de subasta de obras de arte pretenden exonerarse de la responsabilidad que pudiera existir en la catalogación o definición de los bienes a subastar y de la información que aportan a los posibles compradores de la pieza<sup>25</sup>.

Este intento de eximirse de la responsabilidad que pudiera nacer a causa de la información errónea que los expertos de las empresas de subasta plasman en el catálogo de venta ha sido censurado y criticado por la doctrina<sup>26</sup> y, cada

24. Hemos seleccionado para su estudio el caso de las casas de subasta porque en la actualidad realizan, entre otros servicios, una labor similar a la del experto de obras de arte, ya que parte fundamental de su trabajo es analizar la autenticidad de las obras de arte que van a subastar y aportar información precisa a los posibles compradores.

25. No vamos a entrar a estudiar con detalle las cláusulas de exoneración de responsabilidad de las empresas de subastas españolas, por no desviarnos del objetivo de nuestra investigación. Para un estudio completo de dichas cláusulas, *vid.* L. DELGADO TERCERO, “La cláusula de exoneración de responsabilidad de las empresas de subasta de obras de arte. Nuevas perspectivas”, *Anuario Jurídico Secciones del ICAM*, 2019, pp. 243-251.

26. En este sentido, Y. BERGEL SAINZ DE BARANDA, *La compraventa de obras de arte*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 247. La autora afirma que “*el subastador no puede pretender no estar vinculado por su descripción del objeto cuando haya utilizado un término usual en el sector pero que resulte confuso para el profano, o un término que el subastador utilice en sus transacciones pero que no resulte claro e inteligible en cuanto a las características del objeto vendido. En definitiva, no puede la sala subastadora eximirse de responsabilidad por afirmaciones que no identifiquen claramente el objeto*”.

También se posiciona en esta dirección, E. DOMÍNGUEZ PÉREZ, *La venta en pública subasta en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Thompson Reuters, Madrid, 2009, p. 197, cuando afirma: “*Un vistazo a las condiciones generales de contratación de gran parte de las casas de subasta permite realizar las siguientes consideraciones. En primer lugar, que las cláusulas de exoneración por responsabilidad por vicios ocultos –entendidos en el sentido de error en los datos sobre el bien subastado facilitado al público– no aparecen así denominadas, sin que puedan ser fácilmente detectables por un adquirente no experto en estos temas.*

*En segundo lugar, que las casas de subasta pretende eludir la responsabilidad por vicios ocultos incluso pese a la intervención de expertos en la materia, que certifican toda declaración contenida en el catálogo relativa al autor, autenticidad de la obra, origen, antigüedad, procedencia y estado*

vez con mayor frecuencia, está siendo anulado por los tribunales españoles y creando jurisprudencia en la materia.

Este fenómeno, sin embargo, no aparece en otros países donde el mercado del arte ha adquirido un desarrollo más importante que en España. Por ejemplo, la casa de subastas internacional Sotheby's, en sus condiciones generales, otorga al comprador de una pieza un periodo de garantía de cinco años desde la fecha de venta<sup>27</sup>, en el que la venta puede ser resuelta si el comprador demuestra que la obra objeto de compraventa no coincide con la descripción del catálogo<sup>28</sup>.

Esta solución al problema de la delimitación de la responsabilidad de los expertos trabajadores de una casa de subasta de obras de arte es similar a la solución planteada en EE.UU. para este mismo problema. En el caso de las cláusulas "*no sue agreement*" americanas, su finalidad es impedir la iniciación de acciones de responsabilidad contra los expertos, es decir, no permitir al consumidor iniciar este tipo de acciones. En este caso, el de las subastas españolas, se trata de cláusulas de exoneración de la responsabilidad, donde, aun existiendo errores en la autenticación de las obras estudiadas, estos expertos no serán responsables, en ningún caso, de sus opiniones sobre las obras subastadas y de la información contenida en el catálogo de la subasta.

Como es lógico, tampoco nos parece un camino adecuado para la protección de las opiniones de los expertos. De hecho, esta cláusula de exoneración de responsabilidad está siendo anulada por los juzgados y tribunales<sup>29</sup> de nues-

---

*del lote. Desde nuestro punto de vista, la pretendida exclusión de responsabilidad de la casa de subastas podría suponer un perjuicio para el adherente, y ser por ello declarada nula*".

27. En las condiciones generales de la casa de subastas Sotheby's aparecen tres casos en los que no será de aplicación dicha cláusula de garantía de cinco años: (i) cuando la descripción del catálogo esté en consonancia con las opiniones de los eruditos y expertos en la materia o se indique en el catálogo que hay conflictos entre estas opiniones; (ii) cuando el único método de establecer que la autoría no coincide con la establecida por Sotheby's en el encabezado fuese realizado mediante procesos generalmente no aceptados, excesivamente caros o impracticables, o cuando, en opinión de Sotheby's, puedan causar daño a la obra o a su estimación de mercado; y (iii) cuando no existe una pérdida en el valor del lote en comparación con el valor acordado en el encabezado del catálogo.
28. En este caso sí se contempla la responsabilidad de la casa de subastas por la información contenida en la descripción del catálogo. Esta práctica, que consideramos acertada, debería también existir en las empresas de subastas españolas. De esta manera, se protegen los intereses de los posibles compradores estableciendo una garantía de cinco años sobre la autenticidad de las obras subastadas, siempre que se demuestre fehacientemente el daño causado.
29. Existen multitud de sentencias que dejan sin efecto esta cláusula de exoneración de la responsabilidad de las empresas de subasta españolas, entre ellas la SAP Madrid, de 26 de noviembre de 2012 (TOL 2.723.309), las SSAP de Navarra, de 5 de febrero de 2008 (TOL 1.323.123) y de 24 de junio de 2011 (TOL 2.468.244), entre otras.

tro país, mostrando así el poco recorrido legal que tienen en nuestro ordenamiento jurídico actual.

En nuestra opinión, la cláusula de exoneración de responsabilidad de las empresas de subasta españolas vulnera las siguientes normas:

En primer lugar y más importante, el artículo 61 de la Ley de Ordenación de Comercio Minorista (LOCM), que dice en su punto 2, de una manera clara y concisa: *“La empresa subastadora responderá solidariamente con el titular del bien subastado por la falta de conformidad de éste con el anuncio de la subasta, así como por los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, cuando hubiese incumplido las obligaciones de información que le impone el artículo 58 de la presente Ley”*.

El presente artículo es de una claridad meridiana en relación con la falta de conformidad y con la existencia de vicios ocultos en la cosa vendida, por lo que si la empresa de subastas incumple el deber de información del artículo 58 de la LOCM<sup>30</sup>, responderá de los daños causados al comprador, quedando así sin efecto la cláusula que les exime de responsabilidad.

En este sentido, se va posicionando actualmente la jurisprudencia mayoritaria, destacando, por su claridad expositiva, la SAP de Barcelona, de 25 de junio de 2013, donde se establece lo siguiente: *“Así pues, como ya se ha expuesto, no puede escudarse la demandada en la condición 4 c) del folleto de propaganda, cláusula general de exención de responsabilidad que no fue aceptada por la actora. En definitiva, no contrastó la veracidad, ni advirtió de ella o de la falsedad, con lo que incumplió con la previsión legal de hacerlo constar. Se limitó a dar por bueno lo que le decía el vendedor y no ha probado haber llevado a cabo actuación alguna para cerciorarse de la autenticidad o para ponerla en duda. Ha incumplido el deber de información y es responsable solidariamente con el vendedor, conforme a las previsiones del art. 61 de la Ley de Comercio Minorista”*.

En segundo lugar, vulnera el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobada mediante RD 1/2007, de 16 de noviembre (LGDCU). En nuestra opinión, la cláusula eximente de responsabilidad que aparece en la regulación de la compraventa en subasta podría calificarse como una cláusula abusiva, en los términos del artículo 86 de la LGDCU, que hace referencia a las cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario. En concreto, el punto 1 del presente artículo establece que serán abusivas las cláusulas, que no han sido negociadas, que contengan *“la exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario”*.

30. Para un estudio completo del artículo 58 LOCM, *vid.* Y. BERGEL SAINZ DE BARANDA, *op. cit.*, pp. 240 y ss.; y F. GÓMEZ POMAR, “Comentario a los artículos 56 al 61”, *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica Complementaria* (dir. Piñar Mañas y Beltrán Sánchez), Civitas, Madrid, 1997.

## IV. LA FIGURA DEL EXPERTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

### 1. INTRODUCCIÓN

En el siglo XIX, cuando surgió el atribucionismo iniciado por Morelli y posteriormente, a lo largo del siglo XX, cuando muchos *connoisseurs* continuaron realizando la labor de determinar la autenticidad de las obras de arte, la única expectativa del mundo del arte y del propio mercado era la confianza en la opinión del experto, basada en su experiencia y especial conocimiento sobre determinados artistas. Estos expertos actuaban, normalmente, de buena fe y ponían sus conocimientos a merced de museos, instituciones y coleccionistas, realizando su labor de la forma más empírica posible dentro de cada época.

En la actualidad, las herramientas con las que cuentan los expertos para estudiar las obras de arte desde distintos puntos de vista, son infinitamente más numerosas y eficaces que las de siglos anteriores. Muchas de estas herramientas que han ido surgiendo aportan valiosa información, en ocasiones determinante, en relación con el estudio de la autenticidad de las obras. Por tanto, los expertos tienen a su alcance, cada día, un mayor número de recursos disponibles para llevar a cabo su labor.

En primer lugar, el desarrollo científico y técnico ha permitido que aparezcan un gran número de técnicas de análisis y de imagen que aportan numerosa información utilizable en los procesos de autenticación de obras de arte. Desde la década de los 70 estos estudios comenzaron realizándose exclusivamente en los grandes museos<sup>31</sup>, debido al coste de los instrumentos que eran necesarios y a la preparación requerida para su correcto funcionamiento. Pero hoy en día se han extendido también al coleccionismo privado, siendo accesible para cualquier experto independiente o particular con interés.

La introducción de las ciencias en el estudio de bienes culturales ha modificado los patrones de trabajo de los profesionales de este sector<sup>32</sup> y ha enrique-

31. Por ejemplo, el Museo del Prado creó en 1982 el Gabinete técnico, dedicado al estudio científico y técnico de las obras de su propiedad. Desde su creación es ingente el material y la información que se ha obtenido de las pinturas aplicando las técnicas que han ido surgiendo durante estos años. Por su parte, la National Gallery de Londres, desde 1977, aplica el estudio científico y técnico a las obras de su colección.

Estos resultados son publicados en el boletín que periódicamente editan para mostrar los resultados obtenidos. En ellos se realizan diferentes estudios científicos y se lleva a cabo una documentación de las obras. Vid. S. HERRING, "Six Paintings by Corot: Methods, materials and Sources", *National Gallery Technical Bulletin*, n.º 30, 2009, pp. 86-111, y L. ALBA CARCELÉN, "El Maestro de Flemalle en el Museo Nacional del Prado. Nuevas Consideraciones Técnicas", *Boletín del Museo del Prado*, tomo XXVII, 2009, pp. 6-25.

32. En este sentido, se posiciona M. DEL EGIDO RODRÍGUEZ, *La Ciencia y el Arte. Ciencias Experimentales y Conservación de Patrimonio Histórico*, Instituto del Patrimonio Histórico,



cido cuantiosamente los resultados que pueden alcanzarse, lo que ha permitido la obtención de una mayor y mejor información de los bienes culturales, ayudando así a resolver gran número de cuestiones antes inalcanzables.

Existen diferentes técnicas científicas que pueden realizarse a las obras de arte, en función de la finalidad perseguida. Vamos a mencionar<sup>33</sup> en la presente investigación aquellas que son de interés para el estudio de la autenticidad de las obras y que pueden aportar información de utilidad para el experto en arte, como muestra de los importantes avances en esta disciplina a disposición de los expertos.

Dentro de los estudios científicos encaminados al estudio de la autenticidad de obras de arte, pueden identificarse dos grandes bloques. Por un lado, se encuentran los estudios que requieren de una toma de muestras, mediante la extracción de micromuestras en la pintura que se toman de forma selectiva y, por otro lado, aparecen los estudios científicos sin toma de muestra, que se centran en la aplicación de diferentes radiaciones o iluminaciones sobre la obra de arte estudiada.

Los estudios con toma de muestras tienen por finalidad el conocimiento exhaustivo del soporte de la pintura, las capas pictóricas, aglutinantes, pigmentos, barnices, tintes, colorantes, fibras vegetales y animales, metales, etc., en función de la disciplina de la pieza a estudiar. Se puede conocer también la composición de los materiales utilizados, la distribución de los materiales originales y los añadidos en las diferentes intervenciones y, finalmente, se puede obtener una noción del espesor y del estado de conservación de las capas internas del área muestreada.

La identificación de los materiales utilizados en la creación de una obra de arte es de gran importancia para el estudio de su autenticidad. Permite el conocimiento exacto de los pigmentos y otros materiales utilizados en su creación. Cada pigmento tiene un espectro temporal y espacial de uso dentro

---

Madrid, 2008, p. 15, cuando afirma: “*Los proyectos museográficos, las condiciones de almacenamiento, los requerimientos técnicos para la cesión, transporte y embalaje, la investigación y la documentación históricas, las exigencias para la visita pública y una adecuada difusión, la protección frente a catástrofes, la gestión y la programación de exposiciones, los proyectos preventivos, todas estas facetas del quehacer profesional habitual de conservadores y restauradores, se han enriquecido al introducirse, paulatinamente pero con firmeza, los estudios científicos y técnicos como herramientas de análisis, diagnóstico y prescripción. Este proceso de renovación va adquiriendo cada vez mayor relieve, tanto en España, como en los países de nuestro entorno responsables de un rico patrimonio que conservar*”.

33. No vamos a entrar en profundidad en el estudio de las técnicas y análisis aplicables a las obras de arte para no desviarnos excesivamente del objetivo principal de la presente investigación. Para un estudio completo de los estudios aplicables al estudio de la autenticidad de obras de arte, *vid.* L. DELGADO TERCERO, *El peritaje de obras de arte*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.



de la historia del arte, con lo que, mediante su identificación, se puede localizar espacio-temporalmente la obra a estudiar. De esta forma se consigue una aproximación temporal de la obra, que será tan precisa como el espectro de utilización del pigmento dentro de la historia del arte permita. También es de gran utilidad para la detección de falsificaciones o copias posteriores a la fecha real de creación de la obra<sup>34</sup>.

Un ejemplo de su utilidad lo tenemos en la SAP de Navarra, de 24 de junio de 2011, donde se pone fin a una controversia entre un coleccionista privado y una empresa de subastas en torno a la autoría de una obra del pintor español Joaquín Sorolla. En opinión de la empresa subastadora, la obra era original de Sorolla, mientras que el propietario, de opinión contraria, presentó como prueba un dictamen pericial donde se había realizado un análisis de pigmentos que situaba azul de pftalocianina en la pintura. Como el azul de pftalocianina fue sintetizado como pigmento a partir de 1945 y Sorolla murió en 1923, el tribunal sentenció, con buen criterio, que se trataba de una falsificación posterior a la muerte de Sorolla y anuló la compraventa de dicho cuadro, obligando a la empresa de subasta a devolver el dinero pagado por el propietario, declarando su responsabilidad ante una información errónea en la autenticación de la pieza<sup>35</sup>.

Por otro lado, dentro de los estudios sin toma de muestras, se encuentran los exámenes de la obra utilizando iluminación con distinta amplitud de onda, que va aportando distintos niveles de información y suelen estar dirigidas al estudio de la técnica de ejecución de la pintura. Las más usuales en la actualidad son la fotografía con luz visible, que cubre una región de espectro de onda comprendido entre 380 nanómetros y los 760 nanómetros aproximadamente; la fotografía con luz ultravioleta, que se sitúa en el segmento de longitud de onda comprendido entre los 136 nanómetros hasta 400 nanómetros y es

34. Por ejemplo, en el mediático caso de las pinturas atribuidas al pintor renacentista Pere Mates que fueron adquiridas en 2010 por el Museo de Arte de Girona y que luego pudo demostrarse que eran falsas al salir a subasta en Madrid las tablas originales en 2016, el análisis de pigmentos fue la clave para poder demostrar su falsedad al encontrarse azul de Prusia en la pintura, pigmento que fue sintetizado a principios del siglo XVIII. En este caso, al igual que ha ocurrido en muchos otros, es importante recordar que las tablas llevaban expuestas en el museo seis años, habiendo sido avaladas por los expertos y conservadores del propio museo.
35. Alega el tribunal en la SAP de Navarra, de 24 de junio de 2011 (TOL 2.468.244): *“Sin embargo, con posterioridad a la venta, dudando el actor de dicha autenticidad, encargó el estudio analítico del cuadro comprado obrante como Documento num. 3 de la Demanda, el cual concluyó que el cuadro tuvo que ser pintado a partir del año 1.945, por la presencia de azul de ftalocianina y de rutilo, ya que con anterioridad no se utilizaban. Por otro lado la presencia abundante de dichos pigmentos por toda la obra no permiten considerar que su empleo se deba a retoques artísticos realizados con posterioridad, máxime cuando la firma que aparece en el cuadro también contiene azul de ftalocianina, lo que indica que muy probablemente se realizó durante la ejecución del óleo”*.

invisible al ojo humano y, finalmente, la reflectografía infrarroja o fotografía digital infrarroja, que suele situarse en el espectro comprendido entre los 1100 y 2200 nanómetros, también invisible al ojo humano.

Estas técnicas de estudio permiten obtener gran cantidad de información que, entre otros objetivos, puede ser utilizada para el estudio de la autenticidad de obras de arte. La fotografía con luz ultravioleta permite la distinción de los materiales añadidos o repintados, que han sido aplicados sobre una capa de barniz antiguo, mediante las diferencias que existen entre la fluorescencia de los materiales originales y los añadidos posteriormente, ya que esta varía con el paso del tiempo. También pueden detectarse los posibles repintes posteriores a la creación de la obra y detectar el uso de engaños típicos en las falsificaciones, mediante el añadido de distintos elementos de la obra, como puede ser la firma.

La fotografía digital infrarroja o reflectografía infrarroja, aplicada al estudio de pinturas, permite conocer ciertos procesos de elaboración de una obra y de la técnica de ejecución utilizada por el artista para crear la escena representada. También pueden observarse, en algunas ocasiones, los dibujos subyacentes preparatorios de la escena e inscripciones ocultas invisibles al ojo humano. Muestra los arrepentimientos en la composición surgidos durante el proceso de creación artística, detecta las restauraciones anteriores o intervenciones puntuales y otros datos que permiten incrementar el conocimiento de la obra de arte, en aras de ser atribuida a un artista concreto.

Otra técnica de análisis que está teniendo un gran desarrollo en los últimos años es el estudio multiespectral de las obras de arte. En los casos del estudio de obras de arte y conservación de patrimonio histórico, los sistemas multiespectrales tienen múltiples aplicaciones debido a su capacidad de permitir la discriminación en longitud de onda de las características de reflectancia de las mismas. Esta tecnología consiste en el registro de imágenes a través de diversas bandas con características espectrales específicas y la aplicación de algoritmos matemáticos especializados, que permiten, por ejemplo, obtener información espectral píxel a píxel de un objeto o escena analizada sobre todo el campo de visión del sistema multiespectral y, por lo tanto, representa un método analítico muy interesante, pues permite observar de manera precisa la evolución de una pintura a lo largo del espectro de onda<sup>36</sup> completo.

Finalmente, otra de las radiaciones utilizadas con frecuencia en el estudio técnico de las obras de arte es la radiografía mediante rayos X, que

36. Para un estudio completo del estudio multiespectral, *vid.* J. HERRERA RAMÍREZ, *Diseño e implementación de un sistema multiespectral en el rango ultravioleta, visible e infrarrojo. aplicación al estudio y conservación de obras de arte*, Tesis doctoral, Universidad Politécnica de Catalunya, Barcelona, 2013.

designa una radiación electromagnética, invisible al ojo humano y capaz de atravesar cuerpos opacos y de imprimir las películas fotográficas. Mediante esta técnica se expone la obra a este tipo de radiación X, a través de una exposición de baja intensidad durante un periodo de tiempo prolongado. Los rayos X tienen la cualidad de atravesar los cuerpos en función de la frecuencia de exposición y de la propia naturaleza del cuerpo, de forma que cuanto mayor sea el peso atómico del material mayor será también su resistencia al paso de los rayos X. De esta forma se obtiene una imagen interna de la obra.

Gracias a la radiografía se puede obtener gran cantidad de información sobre la obra. En primer lugar, nos permite conocer el estado material de la obra, si existen intervenciones o si hay pérdida de capa pictórica, posibles superposiciones de distintas obras que hayan tapado la obra original o si el soporte ha sufrido algún cambio (recortes o añadidos). En segundo lugar, proporciona el conocimiento de la técnica del pintor en la ejecución de la obra, la forma en que ha preparado el soporte, el modo en que la capa de preparación ha sido creada e, incluso, cómo es la pincelada del artista y si ha utilizado otros utensilios en la distribución de la pintura. También nos permite observar si se han pintado capas posteriores a la original e incluso si la firma ha sido añadida con posterioridad a la creación original. Finalmente, permite comprobar si han existido arrepentimientos o cambios en la composición que no se observan a simple vista.

En definitiva, la ciencia ha contribuido a un conocimiento más profundo y detallado de las obras de arte y ha permitido alcanzar un mayor rigor en su investigación. Por tanto, las herramientas que la ciencia ha otorgado a los expertos en las últimas décadas adquieren suma importancia en los modernos procesos de autenticación de obras de arte. Estas herramientas, sin duda, deben ser aprovechadas por los expertos para fundamentar su opinión sobre la autoría de una obra de arte<sup>37</sup>.

En segundo lugar, se ha incrementado exponencialmente la información bibliográfica sobre la historia del arte en general y sobre multitud de pintores y escuelas en particular. Por tanto, se pone también a disposición de los expertos una gran cantidad de información, tanto escrita como en la red, para ser utilizada en las investigaciones que lleven a cabo.

---

37. En opinión de L. DUBOFF, "Controlling the Artful Con: Authentication and regulation", *Hasting Law Journal*, vol. 27, 1975-1976, pp. 980-981, los métodos científicos son objetivos y los resultados pueden ser reproducidos por otros científicos para analizar su exactitud. Por otro lado, la autenticación estilística es subjetiva. El experto mira la pieza en cuestión y, basándose en sus conocimientos, intuición y experiencia, toma una decisión. Los resultados de la autenticación subjetiva pueden variar de un experto a otro.

Dentro de esta documentación, un instrumento empleado por muchos expertos especialistas en determinados artistas es la creación de un catálogo razonado. El catálogo razonado es un libro monográfico que recoge la totalidad de las obras creadas por un artista (o bien una parte concreta, como dibujos, pinturas o grabados) y su objetivo es ofrecer la información completa y exacta de cada una de las obras atribuidas a dicho artista, además de convertirse en el documento de referencia para los historiadores e investigadores de arte, facilitando de forma accesoria la labor de autenticación.

Así, el catálogo razonado muestra todas las obras realizadas por un artista que se conocen hasta el momento de su publicación. Las fichas de cada una de las obras reflejadas en el catálogo suelen recoger la siguiente información: título, medidas, técnica, propietarios actuales y pasados (procedencia), anotaciones o etiquetas en el reverso, bibliografía e información adicional, como menciones y fotografías de la obra en exposiciones, cuadernos y entrevistas en los que aparece y es mencionada. Es decir, se trata de un listado de obras cuya finalidad es, o debería ser, la exhaustividad, la objetividad y la precisión de todos los datos contenidos.

La elaboración de un catálogo razonado conlleva una minuciosa y compleja labor de investigación que suele durar años. El director del proyecto debe localizar y datar todas las obras, rastrear su pasado y su presente, contactando con coleccionistas, instituciones, familiares y amigos del artista hasta crear un mapa biográfico de cada una de las piezas. Generalmente, la creación de un catálogo razonado por un experto le legitima como especialista en el artista sobre el que ha centrado su investigación, al convertirse en la máxima autoridad en la materia, en virtud de los años de estudio dedicado y la experiencia adquirida durante la redacción del catálogo.

Aunque, debido a la complejidad de la autenticación de obras de arte, no siempre es así. Existen catálogos razonados realizados por determinados expertos que, con el paso del tiempo, han perdido su validez y sus autores han dejado de ser considerados como autoridades en la materia, debido a que las innovaciones técnicas y las nuevas investigaciones surgidas han demostrado fallos y anomalías en los catálogos que realizaron en su momento. Tal es el caso, por ejemplo, de la obra de Francisco de Goya, que siempre ha estado en constante debate, sobre la que en la segunda mitad del siglo XX surgieron distintos catálogos razonados realizados por varios expertos diferentes. Con el paso del tiempo, algunos de ellos han perdido la validez requerida y ya no son tomados como bibliografía de referencia por los expertos actuales.

Otra fuente de debate en relación con los catálogos razonados se observa cuando existen varios catálogos sobre un mismo artista y los distintos autores están en continuo debate sobre las obras que son originales y las que no. El

caso más llamativo de este fenómeno se refiere al artista Amedeo Modigliani. El primer catálogo razonado que se publicó fue en 1956, realizado por Arthur Pfannstiel. En 1958 y 1965, Ambrogio Ceroni publicó otro catálogo razonado de dos volúmenes de los cuadros y dibujos de Modigliani. Posteriormente, se publicaron tres catálogos razonados más: uno en 1970, realizado por Joseph Lantheman; otro publicado entre 1991 y 1994, que consta de tres volúmenes y realizado por Osvaldo Patani; y finalmente uno más publicado entre 1991 y 1996, realizado por Christian Parisot.

Por tanto, el tema de los catálogos razonados, aunque como norma general legitima al autor como la persona indicada para autenticar las obras de un determinado artista, no siempre aporta la seguridad requerida por el mercado con vistas a la autenticación de obras de arte. Hay catálogos razonados admitidos unánimemente por el sector y el mercado del arte<sup>38</sup>; sin embargo, hay otros que o bien presentan dudas o directamente no son admitidos ni reconocidos.

Por tanto, es importante que el experto autor de un catálogo razonado, al igual que el experto que expresa su opinión sobre la autoría de una obra de arte concreta, realice un trabajo diligente, fundamentado, riguroso y razonado<sup>39</sup>, para que tanto sus opiniones como sus investigaciones adquieran la validez y el reconocimiento necesarios que se reclama en el mundo del arte hoy en día<sup>40</sup>.

En resumen, tanto los avances científico-técnicos como los bibliográficos permiten al experto aportar información con un alto grado de objetividad

38. El magnífico catálogo publicado por Christian Zervos, entre 1932 y 1978 y editado por *Cahiers d'art*, sobre la obra de Pablo Picasso, sigue siendo hoy en día la referencia indiscutible para la autenticación de obras del artista español. Otro ejemplo de unanimidad en la aceptación de un catálogo razonado es el caso del realizado por Odile Delenda, publicado en 2009, sobre la obra de Francisco de Zurbarán.

39. L. PEÑUELAS Y REIXACH, *Autoría, autenticación y falsificación de obras de arte*, Polígrafa, Madrid, 2013, p. 315, citando a MICHAEL FINDLAY, exdirectivo de Christie's, argumenta: "Los catálogos razonados más respetados son aquellos que han sido creados por individuos o equipos con acceso a los archivos del artista y una larga experiencia en la inspección de la totalidad de sus obras, ya sea como conservadores, eruditos o tratantes. En condiciones óptimas, todas las obras citadas en un catálogo razonado deberían haber sido examinadas, del derecho y del revés, por el autor y los autores. A pesar de ser una labor muy onerosa y que demanda una ingente cantidad de tiempo, ayudará a publicar un catálogo razonado realmente superior".

40. Siguiendo con el ejemplo del catálogo razonado realizado por Odile Delenda sobre la obra de Francisco de Zurbarán, su autoridad proviene de su excelente fundamentación, ya que contiene una iconografía de cada lienzo especialmente cuidada, numerosas fichas del catálogo recogen fotografías de comparación, además de una exhaustiva bibliografía. La edición contiene una novedosa particularidad, que consiste en la publicación de, además de las diferentes intervenciones y restauraciones experimentadas por las obras, los estudios radiográficos llevados a cabo por el Instituto del Patrimonio Cultural Español.

a sus conclusiones, con la finalidad de fundamentar y dotar de rigor su opinión, para huir de la subjetividad que supondría la emisión únicamente de su opinión y, como tal, susceptible de ser cuestionada con mayor facilidad.

## 2. ENCAJE JURÍDICO DE LA PRESTACIÓN DEL EXPERTO

Con el objetivo de analizar la responsabilidad de los expertos al mostrar su opinión sobre la autenticidad de las obras de arte, consideramos imprescindible, como paso previo, delimitar y concretar la naturaleza jurídica de la prestación que realiza en relación con las personas que le consultan. De esta manera, teniendo claro en qué consiste su prestación, podremos ajustar y delimitar las bases y los límites de su posible responsabilidad.

En un principio, surgen dos principales dudas sobre la prestación del experto para su encaje en nuestro ordenamiento jurídico. En primer lugar, analizar si es acreedor de una obligación de medios o de una obligación de resultado en el desempeño de su labor y, en segundo lugar, si el tipo contractual que liga al experto con el solicitante es un contrato de servicios o un contrato de obra. Determinar estos extremos es fundamental para poder concretar su posible responsabilidad.

Para intentar dilucidar estos interrogantes, vamos a analizar el derecho español en la materia y, con vistas al futuro de esta disciplina, tomaremos como referencia los postulados del DCFR<sup>41</sup>, que, aunque nacieron como un instrumento académico para unificar el derecho civil europeo, han tenido una importante influencia en las reformas y propuestas de reforma acontecidas en los países miembros en los últimos años. Este es el caso de la propuesta de la última reforma de nuestro Código Civil en relación con el contrato de servicios, donde la regulación del DCFR fue tomada como modelo de referencia para la modernización de su anticuada regulación.

### 2.1. La prestación como una obligación de medios

El intento de delimitar las obligaciones de medios frente a las de resultado ha suscitado, durante mucho tiempo, un importante debate doctrinal en nuestro país. A principios de la década de los noventa, se publicaron importantes

41. El *Draft Common Frame of Reference* surge como una iniciativa a nivel europeo, con la intención de sentar las bases de una posible regulación armonizada en materia de obligaciones y contratos para todos los países miembros. Tiene su origen, y transcribe casi literalmente, en los *PELSC (Principles of a European Law Service Contracts)*, cuya intención fue establecer las reglas básicas que tenían en común los distintos países europeos en torno a la regulación de los contratos y las obligaciones. Estos PECL están basados en el concepto de una regulación a nivel europeo del sistema contractual, analizando previamente cada una de las distintas regulaciones existentes.

estudios que trataban de determinar la verdadera relevancia o alcance de esta dicotomía, lo que generó un gran interés entre la doctrina en la materia. Sin embargo, en los últimos años había caído en el olvido esta cuestión para nuestros autores, que únicamente acudían a la distinción al analizar la responsabilidad civil de los profesionales liberales, especialmente la responsabilidad civil del personal médico-sanitario. Por el contrario, nuestra jurisprudencia nunca abandonó el binomio obligaciones de medios versus obligaciones de resultado, ya que en la argumentación jurisprudencial se hace constante referencia a él<sup>42</sup>.

Nos encontramos ante una cuestión que nunca fue del todo resuelta en nuestro país, pues no se logró un acuerdo para diferenciarlas con claridad<sup>43</sup>. Un número importante de autores han expresado sus razonamientos al respecto, pero encontramos disparidad en sus argumentos. La corriente doctrinal más escéptica pone en duda la validez de tal distinción, argumentando que cualquier obligación puede ser de medios o de resultado dependiendo del punto de vista desde el que se contemple, ya que, al contraponer los medios al resultado, se crea la confusión de que en las denominadas obligaciones de medios no está presente el resultado y de que en las calificadas como de resultado es intrascendente el desarrollo de una actividad diligente.

Otro sector doctrinal se postula en afirmar que todas las obligaciones son de resultado<sup>44</sup>, argumentando varios motivos distintos al respecto. Unos señalan que todas las obligaciones están encaminadas a la obtención de un resultado y otros consideran que la conducta diligente del deudor en el cumplimiento de la obligación constituye por sí misma un resultado. Finalmente, un último sector doctrinal argumenta, de forma contraria al anterior, que todas las obligaciones existentes son de medios, basándose en que no es posible alcanzar el resultado esperado sin que el deudor de la obligación realice una determinada conducta.

Esta polémica doctrinal, que alcanzó su apogeo durante la década de los noventa, fue perdiendo actividad paulatinamente; pero ha vuelto a reabrirse

42. Véanse, entre otras muchas, las SSTs, 1.ª, de 23 de julio de 2004 (TOL483.384), de 30 de diciembre de 2004 (TOL562.472), de 28 de noviembre de 2007 (TOL1.223.046) y de 27 de septiembre de 2010 (TOL1.958.896).

43. En este sentido, A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Bosch, Barcelona, 1993, donde afirma que la disparidad en la terminología utilizada es un indicio de la falta de claridad existente y de la dificultad que implica la delimitación del régimen jurídico de ambos tipos de obligaciones.

Para un resumen de las distintas posiciones doctrinales al respecto, *vid.* C. CRESPO MORA, "Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR", *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, 2013.

44. Para conocer los defensores de una y otra corriente doctrinal, *vid.* J. M. LOBATO GÓMEZ, "Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado", *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLV, fascículo II, 1992, pp. 666 y ss.



tras la aparición de los DCFR, volviendo a dividir a la doctrina entre partidarios de calificar como medios o resultado las obligaciones contenidas en los diferentes contratos analizados por el propio DCFR europeo.

Así pues, esta distinción entre medios y resultado ha resucitado en la actualidad jurídica y creemos fundamental analizar dicha distinción para poder delimitar la prestación del experto en arte, pues, aunque en un futuro no sabemos si dejará de tener sentido en nuestro país debido a la armonización al derecho europeo, en la actualidad sí es un tema de importancia, ya que afecta en gran manera a su posible responsabilidad, que luego estudiaremos.

Una de las mayores novedades que incluye el DCFR en relación con la distinción entre ambas obligaciones es el artículo IV.C.-2:106<sup>45</sup>, en el que se establece que el principal contenido de una prestación es una obligación de hacer dirigida a la obtención de un resultado, aquel esperado o previsto por el cliente.

Y es en este punto concreto donde resurge de nuevo la clásica polémica. En opinión de una parte de la doctrina jurídica<sup>46</sup>, dicho precepto pone fin al debate en torno a ellas al considerar todas las obligaciones como de resultado, al mencionarlas directamente en su articulado. Sin embargo otro sector doctrinal<sup>47</sup> opina que el DCFR continúa manteniendo activa la tradicional distinción entre ambos tipos de obligaciones. En este sentido, Crespo Mora<sup>48</sup> afirma: “*Me atrevo a afirmar incluso que, lejos de acabar con la dicotomía, la propuesta*

45. IV. C. -2:106: Obligation to achieve result.

(1) The supplier of a service must achieve the specific result stated or envisaged by the client at the time of the conclusion of the contract, provided that in the case of a result envisaged but not stated:

(a) the result envisaged was one which the client could reasonably be expected to have envisaged; and

(b) the client had no reason to believe that there was a substantial risk that the result would not be achieved by the service.

46. Entre ellos, P. BARRÓN ARNICHES, “Arrendamiento de obra y servicios: una distinción evanescente a la vista de la regulación del contrato de servicios en el DCFR”, en *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas* (coord. Bosch Capdevilla), Bosch, Barcelona, pp. 475-490 y A. VAQUER ALOY, “El Marco Común de Referencia”, en *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas* (coord. Bosch Capdevilla), Bosch, Barcelona, pp. 239-265.

47. Entre ellos, C. CRESPO MORA, “Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, 2013; M. ALONSO PÉREZ, “La función de las obligaciones precontractuales de advertencia en la formación del contrato de servicios (Estudio de Derecho contractual europeo)”, *InDret*, 3/2012, y M. JIMÉNEZ HORWITZ, “La distinción entre los contratos de obras y servicios en el Derecho español (estudio comparativo con el Derecho alemán)”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, fascículo II, pp. 551-584.

48. C. CRESPO MORA, *op. cit.*, p. 125.



*armonizadora del DCFR vuelve a reavivar el debate en torno a la misma, pues trae a la palestra una polémica que ya parecía superada. Ello es debido a que, lo que hasta la fecha era una discusión meramente doctrinal, trasciende de este plano y pretende consagrarse legalmente en la propuesta de regulación del DCFR. [...]. A mi juicio, la afirmación de que el DCFR acaba con toda distinción entre medios y resultado no es sostenible”.*

En este sentido, los propios redactores del DCFR<sup>49</sup> determinan que no puede optarse por una u otra en todos los contratos de servicios, sino que debe optarse por una solución más flexible que permita tener en cuenta cada tipo de servicio. Concluyen los redactores de este texto que, aunque sería beneficioso que todas las prestaciones fueran de resultado, no es posible aplicar dicha categoría jurídica a la totalidad de las relaciones contractuales sin tener consecuencias perjudiciales para el prestador de servicios.

Dichas consecuencias han sido señaladas también por la doctrina y aparecen en las hipótesis en las que el prestador no tiene control sobre ciertos factores, ajenos a su conducta, de los que depende la obtención del resultado, es decir, aquellos que la doctrina ha calificado de aleatorios. Si en estos supuestos se le exigiera al prestador un resultado concreto, la única vía a la que podría acudir para prestar sus servicios con cierta protección sería la suscripción de un seguro que cubriera los riesgos en esos casos, encareciendo ostensiblemente dichos servicios, por lo que resultarían inaccesibles para gran parte de su potencial clientela.

Volviendo a nuestro ordenamiento, donde esta distinción sigue activa<sup>50</sup>, se puede afirmar como norma general que en las obligaciones de medios el

49. Puede consultarse el texto de los DCFR en [http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf).

50. L. Díez Pícazo y A. Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, volumen II, Tecnos, Madrid, 2011, p. 135, indican, en este sentido: “En la doctrina se ha distinguido también, en relación con la obligación de realizar una prestación de hacer, dos diversos tipos, según lo comprometido por el deudor sea una pura actividad o consista también en la obtención de un determinado resultado. En el primer caso se habla de obligación de medios y en el segundo de obligación de resultado. En aquella, el deudor cumple desplegando diligentemente la actividad, aunque no se consiga el resultado esperado. En cambio, en la segunda sólo hay cumplimiento si el resultado se obtiene. Los casos en que sea dudoso el encuadre de la obligación debe resolverse atendiendo a la circunstancia de que el resultado esté o no al alcance de quien despliega la actividad. En esta última hipótesis la obligación será de medios”.

Por su parte, en relación a la jurisprudencia, las STS de 22 de abril (TOL 215.138) y 12 de junio de 1997 (TOL 5.156.494) se ocupan de la diferencia entre obligación de medios y de resultado. La primera de ellas, afirma: “El deudor de obligación de actividad ejecuta la prestación consistente en tal actitud y cumple con su ejecución adecuada y correcta; el deudor de obligación de resultado, ejecuta la prestación bajo su propio riesgo, ya que tan sólo hay cumplimiento si se produce el resultado. A su vez, lo anterior se relaciona con el cumplimiento; en la obligación de actividad, la realización de la conducta diligente basta para que se considere cumplida, aunque no llegue a darse el resultado: lo que determina el cumplimiento no es la existencia del resultado, sino la ejecución adecuada y correcta, es decir, diligente, de la actividad

objeto de la prestación es la diligencia con la que actúa el prestador del servicio encaminado a obtener el resultado esperado por el acreedor; mientras que en las obligaciones de resultado es el propio resultado el objeto de la prestación, sin que sea suficiente la diligencia en lograrlo. De esta manera, el deudor garantiza y compromete la obtención de un resultado y de ahí que al acreedor le resulten irrelevantes los esfuerzos realizados por el prestador para conseguirlo. En este sentido Albaladejo<sup>51</sup> indica: “*Las obligaciones de hacer pueden ser de dos tipos: 1.- Consistente en desarrollar una actividad a favor del acreedor pero sin prometer la obtención con ella de resultado alguno. Como, por ejemplo, el asesor jurídico que cada día se ocupa durante equis horas de ir resolviendo los asuntos legales que le vayan surgiendo a la empresa a cuyo servicio está, o el médico que cuida al enfermo para tratar de curarlo. Se habla entonces de obligación de medios o de actividad. 2.- Consistente en prometer al acreedor un cierto resultado, u obra hecha, con independencia del trabajo o esfuerzo que ello cueste el obligado o del tiempo que le lleve la realización de lo prometido. Como por ejemplo, si un contratista se obliga a construirme determinado edificio. Se habla entonces de obligación de resultado*”.

Veremos posteriormente como dicha distinción resulta fundamental para delimitar la posible responsabilidad de los expertos, ya que, a simple vista, la constatación del incumplimiento por parte del experto (prestador de servicios) es clara: si hablamos de obligaciones de resultado existiría incumplimiento cuando un resultado concreto no se haya logrado, mientras que si hablamos de una obligación de medios, la no consecución del resultado no supondrá automáticamente el incumplimiento, sino que este deriva del no respeto a la *lex artis* y a la falta de diligencia y rigor en los deberes profesionales que le son exigibles como un buen profesional.

Tras este análisis de la doctrina existente sobre obligaciones de medios y de resultado<sup>52</sup>, entendemos la prestación del experto en arte, en general, como

---

*encaminada a aquel resultado. El cumplimiento de la obligación de resultado, por el contrario, requiere la satisfacción del interés del acreedor consistente en la obtención del resultado. En consecuencia, en la obligación de resultado, la no obtención de éste, que implica incumplimiento de obligación, hace presumir la culpa; en la obligación de actividad, es precisa la prueba de la falta de diligencia, para apreciar incumplimiento, tal como ha reiterado esta Sala en múltiples sentencias, como la de 29 de julio de 1994 que dice: una doctrina reiterada de esta Sala subordina a la previa acreditación de una clara negligencia por parte de quien presta tales servicios, calificados como originadores de una obligación de medios, independiente de los resultados que con ello se obtengan.. Sin perjuicio, claro está, de que la falta de diligencia en la actividad se deduzca de la producción del daño, en relación de causalidad con la actividad del profesional médico”.*

51. En este sentido M. ALBALADEJO, *Derecho Civil. Volumen II. Derecho de Obligaciones*, Edisofer, Madrid, p. 38.
52. Para un estudio detallado de dichas aportaciones doctrinales, *vid.* C. CRESPO MORA, “Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, 2013. La autora recopila dichas aportaciones de F. JORDANO FRAGA, “Obligaciones de medios y de resultado (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLIV,

una obligación de medios, siempre que mediante la voluntad de las partes no se determine contractualmente otro tipo de obligación concreta, distinta y vinculante para ambos. Esto es así debido a una serie de cualidades que han sido apuntadas por la doctrina. La de mayor interés es la cualidad de aleatoriedad del resultado<sup>53</sup>, que nos indica que estamos ante una obligación de medios, pues en las de resultado este debe ser cierto y concreto. Otra de las pautas para diferenciar ambas obligaciones será el papel activo del acreedor (como indicio de la existencia de una obligación de medios, en las que el deudor juega un papel decisivo). También se pone manifiesto por la doctrina el criterio de la imputación de riesgos, donde, en el marco de las obligaciones de resultado, el deudor será responsable de la no consecución del resultado pactado, no siendo así en las de medios.

Aunque a primera vista podríamos pensar que el encargo a un experto para que aporte su opinión sobre la autenticidad de una obra de arte es una obligación de resultado, en la que dicho resultado aparece identificado con la emisión de sus conclusiones sobre este aspecto, nuestra opinión es otra, y para argumentarlo debemos indagar en la propia esencia de la prestación del experto y en las razones esgrimidas por la doctrina sobre las obligaciones de medios, expuestas anteriormente.

---

1991, fascículo I, pp. 10 y ss.; J. M. LOBATO GÓMEZ, "Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado", *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLV, fascículo II, pp. 698 y ss., y A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Bosch, Barcelona, 1993, p. 38 y ss.

53. Este es el argumento más utilizado por el Tribunal Supremo en sus resoluciones sobre esta materia. Entre ellas, las SSTs, de 3 de marzo de 2010 (TOL1.798.263) y de 27 de septiembre de 2010 (TOL1.958.896), cuando afirman: "La distinción entre obligación de medios y de resultados no es posible mantener en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se pacte o se garantice, incluso en los supuestos más próximos a la llamada medicina voluntaria que a la necesaria o asistencial, cuyas diferencias tampoco aparecen muy claras en los hechos, sobre todo a partir de la asunción del derecho a la salud como una condición de bienestar en sus aspectos, psíquicos y social, y no sólo físico (SSTS 30 de junio y 20 de noviembre 2009). Obligación del médico es poner a disposición del paciente los medios adecuados, y en especial ofrecerle la información necesaria, en los términos que exige la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, vigente en el momento de los hechos, teniendo en cuenta que los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y que la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas, especialmente la estética, son los mismos que los que resultan de cualquier otro tipo de cirugía: hemorragias, infecciones, cicatrización patológica o problemas con la anestesia, etc. Lo contrario supone poner a cargo del médico una responsabilidad de naturaleza objetiva en cuanto se le responsabiliza exclusivamente por el resultado alcanzado en la realización del acto médico, equiparando el daño al resultado no querido ni esperado, ni menos aún garantizado, por esta intervención, al margen de cualquier valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad, que, en definitiva, le impediría demostrar la existencia de una actitud médica perfectamente ajustada a la *lex artis*".

Estamos de acuerdo con la doctrina mayoritaria en ponderar el argumento de la aleatoriedad del resultado como la principal diferencia entre ambos tipos de obligaciones.

La esencia de la labor del experto no es la consecución de un resultado concreto, sino la puesta a disposición del interesado de los especiales conocimientos de los que dispone, debido a su preparación para llevar a cabo el trabajo encomendado, de una forma correcta y diligente. Por tanto, debe primar, tal como afirma parte de la doctrina, el correcto desarrollo de su función sobre el resultado obtenido.

Si utilizamos los mismos argumentos aportados por la doctrina para diferenciarlas, el primero de ellos hace referencia a la aleatoriedad del resultado. Consideramos necesario, en este argumento, realizar una puntualización importante. No sería correcto hablar de aleatoriedad *stricto sensu*, pues las conclusiones de su estudio no dependen del azar o la suerte<sup>54</sup>, sino de aleatoriedad en el sentido de la impredecibilidad del resultado, ya que la obtención del resultado no depende del propio experto, sino de factores que escapan de su control y que son intrínsecos a la propia obra de arte. Por tanto, la impredecibilidad del posible resultado que pueda alcanzar el experto tras su investigación no debe confundirse con una aleatoriedad basada en la suerte o en el azar.

Este hecho alcanza una especial importancia en el caso de las obras de arte, ya que, debido a la especialidad y unicidad de este tipo de bienes, su estudio se antoja imposible de predecir y cualquier resultado puede llegar a ser posible. Por tanto, la opinión del experto mostrará siempre unas conclusiones impredecibles *a priori*, que no están bajo su control, enmarcando así su labor en una obligación de medios. El experto cumple con la diligencia exigida entregando una información evaluativa, a cuyas conclusiones haya llegado mediante un estudio riguroso y diligente de las obras que se le encomiendan.

A modo de ejemplo, imaginemos el caso sobre un supuesto óleo de Sorolla. Tras el estudio realizado por el experto, podrían darse varios resultados distintos: entre otros, que el óleo fuese de la mano del propio Sorolla, que se tratase de una copia, una falsificación o incluso una réplica, todo ello con la correspondiente variación de su valor de mercado. Por tanto, podemos afirmar que la actuación del experto es, *a priori*, impredecible, pero nunca aleatoria.

En conclusión, a nuestro entender, consideramos más adecuada la integración de la labor del experto en arte dentro del régimen de las obligaciones de medios, con todas las repercusiones jurídicas que de ello se derivan. De hecho, como hemos analizado anteriormente, en Estados Unidos y otros países, los expertos en arte han llegado a tener reticencias a inmiscuirse en procesos de

54. La aleatoriedad, entendida como suerte o azar, entra en relación con la consideración incorrecta de las obras de arte como *res dubia*, consideración que, como apunta Y. BERGEL SAINZ DE BARANDA. *op. cit.*, pp. 142 y ss., ya fue superada por la jurisprudencia italiana y así ha cristalizado en el resto de ordenamientos jurídicos europeos.

autenticación de obras de arte por miedo a la imputación de responsabilidad al mostrar su opinión en este sentido. Este fenómeno ha aparecido en este país y en otros debido a la primacía que se le ha otorgado al resultado obtenido sobre el desarrollo diligente de la labor del experto y, como se ha visto en otros ordenamientos jurídicos, esto es un error, pues la consecuencia que ha tenido es el abandono progresivo de los expertos de su actividad autenticadora.

## 2.2. La prestación como un contrato de servicios

Una vez establecido que la labor del experto se acomoda mejor a la obligación de medios, resulta complementario tratar de definir la relación contractual del experto con quien le solicita su dictamen. Al igual que anteriormente podrían surgir dudas sobre la calificación de la labor del experto como una obligación de medios o de resultado, ahora podrían surgir las mismas dudas sobre si su relación contractual se rige por la regulación del contrato de prestación de servicios (o arrendamiento de servicios) o como un arrendamiento de obra.

Albaladejo<sup>55</sup> es muy claro en la distinción de ambos tipos de arrendamientos: *“Cuando a cambio de una contraprestación cualquiera, una parte se obliga hacia la otra a ejecutar una obra, hay contrato de arrendamiento de obra; si a lo que se obliga es a prestarle ciertos servicios hay arrendamiento de servicios. [...] La diferencia se halla en que: en el primero se promete un resultado –la obra hecha– con independencia del trabajo necesario para realizarlo; y en el segundo se promete la prestación de servicios en sí mismos con independencia del resultado que con él se haya concluido. Que se trate de uno o de otro, es importante, pues hay preceptos distintos para ambos”*.

En este punto se plantean similares cuestiones a las que hemos visto en el apartado anterior, ya que en el contrato de obra el contratista se obliga a un resultado y en la prestación de servicios se obliga a realizar una actividad sin tener en cuenta el resultado obtenido.

Si bien, a primera vista, puede parecer también que la labor del experto debe integrarse en una relación de arrendamiento de obra, donde se compromete a la emisión de información evaluativa, entendemos que el vínculo contractual del experto con las personas que le consultan debe tenerse, como norma general, como un contrato de prestación de servicios.

En nuestro país, la regulación del arrendamiento de servicios en el CC es escasa y obsoleta y, en ocasiones, inadecuada para dar respuesta a las actuales formas de contratación. El artículo 1544 CC define el contrato de servicios junto con el arrendamiento de obras: *“En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto”*.

55. M. ALBALADEJO, *Derecho Civil*, tomo II, vol. II, Bosch, Barcelona, 2010, pp. 278 y ss.

Es cierto que, en la práctica, en ocasiones resulta dudoso si un determinado contrato ha de ser calificado como arrendamiento de servicios o de obra. En este sentido, Díez Picazo<sup>56</sup> afirma que *“La razón de esta duda deriva de que toda prestación tiende, por esencia, a la satisfacción de un interés, a un resultado que el acreedor juzga útil. Es evidente que al contratar un servicio se persigue un resultado, luego es preciso una adecuado criterio de calificación”*. Este criterio de calificación distingue al arrendamiento de servicios como un contrato que desenvuelve una actividad, mientras que el de obra persigue el resultado útil de esa actividad. La jurisprudencia en la materia<sup>57</sup> dictamina que los casos dudosos han de resolverse, si el resultado no está en la mano del que realiza el trabajo, a favor de pensar que se trata de un arrendamiento de servicios.

Así pues, si bien todas las prestaciones tienden al logro de un resultado, en este caso, la actividad del experto en arte se enmarca dentro del contrato de servicios, pues la esencia de su labor es la realización de la actividad basándose en conocimientos especiales en una materia, conocimientos que permitirán alcanzar conclusiones que serán mostradas al dar su opinión sobre la autenticidad de una obra.

En este punto resulta fundamental acudir a las disposiciones sobre contratos del DCFR, pues introduce una regulación innovadora y que dista de la contenida en de CC español, alterando la clásica dicotomía entre contratos de arrendamiento de obra y servicios. Crespo Mora<sup>58</sup>, en este sentido, indica

56. L. DÍEZ PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, volumen II, Tecnos, Madrid, 2005, p. 395.

57. En este sentido, *vid.* STS de 7 de febrero de 1995 (TOL1.668.328), donde se afirma: *“Ha de recordarse, en principio, que, según reiterada doctrina jurisprudencial (así, sentencia de 10 de Octubre de 1989), la calificación jurídica de todo contrato responde a una labor de interpretación y ésta es facultad privativa de los Tribunales de instancia cuyo criterio ha de prevalecer en casación, aun en caso de duda, a no ser que el resultado fuese notoriamente ilógico o diese lugar a una clara infracción de alguna específica norma de exégesis contractual, lo que no acontece en el supuesto examinado en que el contrato tuvo por objeto, según consta en el documento privado en que se formalizó, el suministro en concepto de alquiler, por la demandante, de dos grúas aportando también el personal necesario para su manejo y asistencia, con expresión de los ‘trabajos a realizar’ (ampliación de la antena de 64 metros, que INTANASA tiene instalada en la Estación Espacial de Robledo de Chavela) y fechas (Agosto, Septiembre y Octubre de 1986) en que había de llevarse a cabo, especificaciones éstas cuyo significado no es que se contrate, como es propio del arrendamiento de obra, un resultado cuyo logro dependa del contratista a cuya obtención se compromete (opus consumatum et perfectum), sino que suponen una concreción necesaria de los servicios a prestar mediante las grúas, no obstante la realidad de que también se persiga un resultado, lo que no excluye la calificación de arrendamiento de servicios cuando aquél no es determinante del contrato ni quien deba prestarlos asuma la obligación fundamental de obtenerlo. Por último, ha de señalarse que la fijación de una cantidad global a abonar por el demandado no constituye un dato favorable a las tesis de la recurrente, ya que la retribución de los servicios puede, sin inconveniente alguno, señalarse de esta manera sin que tal circunstancia excluya la calificación contractual como arrendamiento de servicios ni conduzca a entender que nos hallemos ante un contrato de obra. Ha de decaer, por tanto, el motivo estudiado”*.

58. C. CRESPO MORA, *op. cit.*, pp. 15 y ss.



que “la sistemática que sigue el DCFR en la regulación del contrato de servicios es muy diferente a la empleada en nuestro CC. Así, en primer lugar, regula el tipo genérico de la contratación de servicios, cuyo régimen jurídico resulta de aplicación general a todos los contratos de esta clase.

*En segundo lugar, como la finalidad económica de prestación de un servicio puede ser alcanzada por medio de cauces jurídicos muy diversos, el DCFR regula de forma específica las seis modalidades contractuales que considera más relevantes y frecuentes en la práctica: contrato de construcción, contrato de mantenimiento y reparación de bienes, de depósito y almacenamiento, de diseño y elaboración de proyectos, de información o consejo y de tratamiento médico. Como puede comprobarse, el DCFR se aleja por completo de nuestro Código en cuanto a la ubicación sistemática de la prestación contractual de los servicios, que en nuestro derecho tiene la consideración de forma especial de arrendamiento”.*

Queda claro del análisis del DCFR que el contrato de servicios tiene un concepto más amplio que en nuestro CC, pues en el artículo IV.C.-1:101<sup>59</sup> se incluyen algunos contratos que en nuestro ordenamiento serían calificados como arrendamiento de obra, como son el de construcción o el de diseño. De esta manera, el contrato de servicios en la regulación del DCFR se convierte en el tipo general manteniendo una relación de género y especie con el de servicios, a diferencia de nuestro ordenamiento.

Si continuamos con el desarrollo normativo del DCFR, este enumera seis diferentes tipos contractuales dentro del propio contrato de servicios, a saber: el contrato de construcción, el contrato de mantenimiento y reparación de bienes, el de depósito y almacenamiento, el de diseño y elaboración de proyectos, el de información o asesoramiento y el de tratamiento médico. Dentro de esta enumeración de contratos de servicios que realiza el DCFR, la actividad del experto estaría bajo el paraguas del contrato de información o asesoramiento que viene regulado en el capítulo 7 del DCFR y cuya definición viene contenida en el artículo IV.C.-7:101<sup>60</sup>, ya que su labor principal es aportar información donde no la hay mediante el estudio de una determinada obra de arte.

59. IV.C. -1:101: Scope.

(1) This Part of Book applies:

(a) to contracts under which one party, the service provider, undertakes to supply a service to the other party, the client, in Exchange for a price; and

(b) with appropriate adaptations, to contracts under which the service provider undertakes to supply a service to the client otherwise than in exchange for a price.

(2) It applies in particular to contracts for construction, processing, storage, design, information or advice, and treatment.

60. IV. C. -7:101: Scope.

(1) This Chapter applies to contracts under which one party, the provider, undertakes to provide information or advice to another party, the client.

(2) This Chapter does not apply in relation to treatment in so far as Chapter 8 (Treatment) contains more specific rules on the obligation to inform.

En este punto es fundamental la distinción entre información y asesoramiento, y así lo recogen los propios redactores del DCFR, pues lógicamente no se trata del mismo servicio, aunque aparecen regulados conjuntamente. En el contrato de asesoramiento debe incluirse, en virtud de los comentarios al artículo IV.C.-7:101, una recomendación o sugerencia de una determinada línea de acción que acompañe a la información. De esta manera, el DCFR establece que el contrato de información es el tipo genérico que puede ser complementado, mediante sugerencias o recomendaciones, por el contrato de asesoramiento.

Dentro de la actividad del experto, de forma general, no existe asesoramiento, pues su labor no pretende realizar recomendaciones ni marcar líneas de actuación, sino que se limita a aportar una información y una opinión a un caso concreto en virtud de sus especiales conocimientos.

Continuando con el argumento del DCFR, tal como diferencian sus redactores en los comentarios del propio DCFR<sup>61</sup>, dentro del contrato de información, esta puede ser objetiva o evaluativa. Será objetiva cuando la información es meramente descriptiva; y evaluativa cuando la información aportada implica un juicio subjetivo o una evaluación de los hechos. Esta distinción tiene, a nuestro juicio, gran importancia en la configuración de la obligación del experto en arte en la actualidad.

Cuando la información a suministrar sea objetiva, en principio, la obligación asumida por el prestador es de resultado, debiendo transmitir la información de una forma correcta y completa y respondiendo sobre su inexactitud. De forma contraria, cuando la información sea evaluativa, en la que se incluya un juicio subjetivo o evaluación de unos hechos, su obligación es de mantenimiento de la diligencia debida y cumplimiento de la *lex artis*, es decir, será una obligación de medios. Ello deriva de la dificultad que implica garantizar la exactitud de cualquier previsión o evaluación.

De esta manera, la regulación sobre los contratos incluida en el DCFR refuerza el argumento a favor de considerar la prestación del experto como una obligación de medios en el marco de un contrato de prestación de servicios, donde debería responder no del resultado logrado, sino del cumplimiento de la *lex artis* y de la diligencia exigida a su labor.

Para concluir este análisis, existen tres elementos fundamentales en la labor del experto en arte que, en nuestra opinión, introducen su actividad dentro de la regulación del contrato de prestación de servicios, consistiendo este en una obligación de medios. En primer lugar, la impredecibilidad del resultado

---

(3) In the remainder of this Chapter any reference to information includes a reference to advice.

61. Comentario A, artículo IV.C.-7:101 del DCFR.



esperado. Cuando se autentifica una obra de arte, el resultado de dicha investigación variará en función de múltiples circunstancias, lo que imposibilita al experto a predecir o asegurar un resultado concreto.

En segundo lugar, el cierto grado de subjetividad al mostrar su opinión. Aunque en la presente investigación abogamos por el logro de la mayor objetividad posible en el estudio de las obras de arte, alcanzar en este sector la objetividad absoluta es difícil, pues, en muchas ocasiones, no se trata de una ciencia exacta ni con reglas estandarizadas que logren resultados incuestionables. Así, la opinión de un experto generalmente incluirá en mayor o menor medida un juicio subjetivo sobre las conclusiones alcanzadas.

Finalmente, en tercer lugar, debido a lo indicado en los dos elementos anteriores, la labor del experto no podría estar encaminada a un resultado concreto o predecible, ya que situaría al propio experto en una situación desfavorable frente al acreedor, que, al no tener control sobre el resultado, tendría una protección mínima en su labor y se vería obligado a recurrir a seguros de responsabilidad civil, tal como apunta la doctrina en la materia, que encarecerían excesivamente los costes y disuadirían a muchos profesionales a actuar por miedo a su posible responsabilidad<sup>62</sup>.

### 2.3. El deber de información evaluativa

Dentro de este contrato de información evaluativa que regula el DCFR y donde se sitúa la prestación del experto en arte, su deber principal es el de informar al propietario de una obra que solicita sus servicios. Dicha información tiene la particularidad de que es evaluativa, es decir, el conjunto de la información aportada implica también un juicio subjetivo o una evaluación de los hechos, ya que la objetividad absoluta no existe en los procesos de autenticación de obras de arte.

Esta obligación de informar intenta paliar el desigual conocimiento que los expertos y sus clientes tienen acerca del asunto tratado<sup>63</sup>, en este caso la autenticidad de las obras de arte. Este desnivel de información entre las partes es el resultado de la especial competencia técnica del deudor (el experto) y de la falta de conocimiento del solicitante, motivo por el cual uno acude al otro en busca de información.

62. Hemos analizado las dificultades a las que se enfrentan los expertos americanos a la hora de expresar su opinión sobre la autenticidad de las obras de arte ante la administración de justicia, por miedo a que los propietarios perjudicados puedan solicitar, de diversas formas, su responsabilidad. Otros casos que reflejan esta materia, son *Christie's, Inc. v. SWCA, Inc* (2008); *Kramer v. The Pollock-Krasner Foundation* (1995); *Kitchen v. Sotheby's, Inc* (2007), o *Vitale v. Marlborough Gallery* (1998), entre otros.

63. A. SÁNCHEZ GÓMEZ, *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 50.

Esta concepción del deber de información como objeto principal de la prestación ya fue apuntada por Werner Lorenz<sup>64</sup>, que estableció cinco distintas situaciones en las que un profesional centra sus servicios en la aportación de información. La primera de ellas se refiere a este caso en el que la prestación es directa y exclusivamente la de informar. Este, en nuestra opinión, es generalmente el camino de la prestación del experto en arte, ya que los propietarios de obras de arte únicamente se dirigen a los expertos para solicitarles información evaluativa sobre la autenticidad de la obra de su propiedad, y el experto dictaminará a este respecto, mostrando así también su opinión al respecto.

Así, siguiendo la tesis de Crespo Mora<sup>65</sup>, cuando la información constituye la prestación principal y exclusiva del contrato, el fundamento de tal obligación ha de ubicarse en el artículo 1258 CC (los contratos, una vez perfeccionados, obligan al cumplimiento de lo expresamente pactado) o en el artículo 1101 CC, para delimitar su posible responsabilidad.

También, en relación con este deber principal de información evaluativa del experto en arte, conviene acudir a la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM), que regula, como hemos comentado anteriormente, la venta de objetos de arte en subasta. En concreto, el artículo 58<sup>66</sup> nos interesa especialmente porque, aunque se refiere a la venta a través de subasta, establece una obligación de que la información aportada por los expertos de la empresa de subasta debe ser veraz, pudiendo ser responsables, en virtud del artículo 61, de la falta de conformidad con la información suministrada en el anuncio de la subasta.

64. W. LORENZ, "Das Problem der Haftung für primaäre Vermögensschäden bei der Erteilung einer unrichtiger Auskunft", *Festschrift für Karl Lorenz zum 70. Geburtstag*, herausgegeben von Gotthard Paulus, Uwe Diederichsen, Claus Wilhelm Canaris, München, 1973, pp. 575-620. En España destaca el trabajo de C. ROMEO CASABONA, "Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales. Presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo. Perspectivas", *Revista Jurídica La Ley*, 1993-4, pp. 979-994.

65. C. CRESPO MORA, *La responsabilidad del abogado en el derecho civil*, Thomson Civitas, Madrid, 2005, p. 160.

66. El artículo 58 LOCM establece que 1. La oferta de venta en subasta deberá contener una descripción veraz de los objetos que salen a la misma, con identificación de si sus calidades son ciertas o, simplemente, supuestas o adveradas por determinado experto.

2. En especial, cuando, en salas especializadas en objetos de arte o de valor, se oferte la venta en subasta de una imitación o de un artículo que, aunque aparentemente precioso, no lo sea en realidad, deberá hacerse constar, expresamente, esta circunstancia tanto en los anuncios como en las invitaciones en las pujas. Cuando se oferte la venta en subasta de un objeto acompañado del nombre o de las iniciales de un determinado autor o precisando que aparece firmado por el mismo, se considerará que se vende como original de dicho autor, a menos que consten con claridad las oportunas advertencias.

Por tanto, por imperativo legal, la información evaluativa que aportan los expertos que trabajan en una empresa de subastas de arte debe ser correcta y coincidir con la realidad de la obra de arte vendida. De no ser así, teniendo el comprador que demostrar el error cometido, serán responsables del daño que dicho error cause.

Llegados a este punto, nos planteamos cuáles son los requisitos que debe reunir la información evaluativa que facilita el experto en arte. No es fácil responder a esta pregunta, pues la casuística puede ser amplia y las circunstancias de cada encargo pueden ser variadas.

De forma general, la información que aporta el experto en arte debe ser (1) evaluativa, ya que admite no solo información objetiva, sino también ciertos elementos subjetivos que configuran la opinión del experto sobre la autenticidad de una obra; (2) debe ser completa, es decir, debe incluir tantos los aspectos negativos como los positivos, incluido también aquello que el solicitante no quiere oír; y (3) deben estar razonadas y fundamentadas aquellas conclusiones a las que llegue el experto, como estudiaremos con detalle posteriormente.

### 3. UNA CORRECTA *LEX ARTIS* DEL EXPERTO

Una vez sentadas las bases de la prestación del experto en arte, basada en un contrato de servicios de información evaluativa, bajo la forma de una obligación de medios, donde la posible responsabilidad aparece ante la falta de diligencia debida y el menoscabo de su *lex artis*, surge la duda en torno a cuál debería ser el correcto proceder del experto para evitar su posible responsabilidad y, al mismo tiempo, cumplir con esta diligencia debida que se le exige en su labor.

En vista del estudio del derecho comparado realizado, donde se han analizado la distinta problemática a la que se han enfrentado los expertos en arte en otros países y las distintas formas acometidas para intentar protegerlos, conviene concretar –como hemos argumentado anteriormente– que ninguna de ellas se ajusta de una forma precisa a la labor de la figura del experto en arte y no nos parecen los cauces más adecuados para la regulación de su responsabilidad, aunque no negamos que pudieran ser efectivas en la práctica.

Por tanto, ni las cláusulas de exención de responsabilidad de las empresas de subasta españolas, que han sido anuladas por los juzgados y tribunales españoles en multitud de ocasiones, ni las cláusulas *no sue agreement* que impiden el inicio de acciones por responsabilidad contra expertos del derecho americano, debido al quebranto que suponen para los derechos del consumidor de arte y su dudosa cabida en el derecho español, ni, finalmente, la protección mediante la invocación del derecho a la libertad de expresión u opinión

del experto francés, debido a su excesiva falta de concreción y a la defensa de todas las opiniones por igual, nos parecen el camino adecuado para una moderna regulación de la responsabilidad del experto en el ejercicio de su labor en nuestro país.

En general, todas ellas, de alguna u otra forma, limitan los derechos de los consumidores, en este caso, coleccionistas o compradores de arte que ven mermados, en mayor o menor medida, sus derechos. Es importante, tal como señala Olsburgh<sup>67</sup>, que los consumidores del mercado del arte sean, de forma general, protegidos tanto en las compraventas como en otras actividades propias del mercado, ya que, ante la compra de una obra falsa o al recibir una opinión errónea por parte de un experto, quedan claramente en una posición desfavorable que debería ser preservada por la regulación en la materia.

De esta manera, no considerando idóneas estas tres opciones de regulación de la responsabilidad del experto, en la presente investigación abogamos por que el foco de la responsabilidad debe centrarse en el desarrollo de un trabajo diligente, donde el incumplimiento suponga un menoscabo de su *lex artis* o una falta de la diligencia debida en su labor, mediando dolo o negligencia. Por tanto, a un experto que cumple con rigor estos extremos no podrá imputársele responsabilidad alguna, sea cual sea el resultado alcanzado.

Dicha propuesta de solución a este problema tiene un doble objetivo: por un lado, permitir que los expertos se involucren, de una forma diligente y rigurosa, en procesos de estudio de obras de arte sin miedo a incurrir en responsabilidad por mostrar su opinión, siempre que sea razonada y fundamentada, y, por otro lado, respetar los derechos de los consumidores, que tendrán la posibilidad de ver resarcido el daño causado por una incorrecta, negligente o dolosa autenticación, en aquellos casos en que sea viable legalmente. Es decir, tratamos de buscar un equilibrio entre las partes y el derecho a una legítima defensa de cada una de ellas.

En un intento de determinar la *lex artis* del experto, es importante advertir previamente que el estudio de la autenticidad de las obras de arte es un tema de gran complejidad, como muestran los innumerables casos que existen sobre polémicas creadas a raíz de la autenticación de una obra<sup>68</sup>. Por

67. C. OLSBURGH, *Aunthenticity in the art market*, Institute of Art and Law, London, 2005, p. 66.

68. Por ejemplo, en 2016 el Bosch Research and Conservation Project, un comité científico creado en Holanda con motivo de la celebración del IV centenario de la muerte del Bosco, que lleva seis años analizando las obras del artista, elaboró un polémico informe en el que deja de un plumazo los seis Boscos del Prado en tres. Mantiene la atribución de *El Jardín de las Delicias*, *La Adoración de los Magos* y *El carro de heno*, mientras que descataloga *La extracción de la piedra de la locura*, *Las tentaciones de San Antonio Abad* y *La Mesa de los Pecados Capitales*. El museo se mostró en desacuerdo con el trabajo

ello, la relación entre el experto y la autenticidad de las obras de arte debería ser cautelosa y prudente. Cautelosa porque lo afirmado por el experto debería haber sido fruto de una investigación previa, evitando las conclusiones no fundadas y aventuradas, y, por otro lado, prudente, ya que el estudio sobre la autenticidad no es un método matemático que siempre aporte resultados incuestionables y previsibles. Cada obra requiere de un estudio adecuado a sus condiciones y llevará al investigador por un camino distinto, sin que siempre se puedan alcanzar todas las respuestas a las preguntas planteadas.

Esta prudencia ante la dificultad de su labor debe llevar al experto a evitar la emisión de opiniones no justificadas ni razonadas, ya que esto ha causado muchos problemas a otros expertos anteriormente, por haberse considerado negligente. Es lógico pensar que la confianza total en la mera opinión de un experto era razonable en el siglo XIX, a raíz del atribucionismo de Morelli, y durante la primera mitad del siglo XX, cuando proliferan expertos y *connoisseurs*, debido a la carencia de herramientas y métodos de estudio a su disposición. Pero, hoy en día, las herramientas a disposición de los expertos son numerosas, tanto a nivel científico-técnico como documental, y es razonable pensar que sus opiniones deban fundamentarse y razonarse utilizando estos avances aparecidos, como un proceso cuya finalidad es la búsqueda del rigor y la fundamentación técnico-artística de la información evaluativa que puedan aportar sobre la autenticidad de las obras de arte.

Por tanto, en nuestra opinión, requisito esencial para cumplir con una correcta *lex artis* exigida a su labor y para lograr autoridad en sus conclusiones, se erige como imprescindible la utilización de los medios de estudio a su alcance, mediante la aplicación de protocolos científicos, técnicos y/o documentales que permitan aportar rigor a las conclusiones respecto a la autoría de una obra de arte.

Así, la información evaluativa que aporten estará formada, por un lado, por información objetiva lograda mediante la aplicación de los distintos estudios e investigaciones realizadas y, por otro lado, será evaluativa porque incluirá una parte subjetiva, que muestra su opinión, fundamentada en la propia información suministrada. De esta forma, ambas partes actúan como un todo, que debería ser inseparable, para mantener la correcta *lex artis*, alejándole de la comisión de negligencias que podrían significar la imputación de responsabilidad.

De este modo se evita, como ha ocurrido anteriormente en otros países, que la simple opinión del experto sea cuestionada en muchos procedimientos judiciales e incluso rechazada por jueces y tribunales ante esta falta de

---

de este comité y respondió con un estudio científico para el catálogo que se hizo del Bosco en la exposición que organizó en 2017.

justificación. Es lógico pensar que la simple opinión de un experto puede ser fácilmente cuestionada. Sin embargo, una opinión reforzada y justificada con los avances científicos, técnicos o documentales que existen en la actualidad difícilmente va a poder ser cuestionada ni ante los tribunales de justicia ni ante cualquier otro organismo con potestad para ello<sup>69</sup>.

Hemos podido comprobar como la opinión de los expertos, aun siendo lo más cualificada y reconocida posible en el mercado del arte hoy en día, ha sido insuficiente para prevalecer ante varios juzgados y tribunales de distintos países<sup>70</sup>, lo que ha significado a la postre el abandono por parte de los expertos de su actividad autenticadora. Habiendo observado este fenómeno que ha ocurrido anteriormente, sería recomendable para el futuro apartar la opinión del centro de esta polémica y centrar el foco sobre la diligencia en su labor y la fundamentación y el rigor de sus opiniones<sup>71</sup>.

Este argumento no quiere decir que la opinión de un experto en arte carezca de validez, ni mucho menos. Como hemos comentado anteriormente, es fundamental para el buen discurrir del sector artístico y del mercado del arte que los expertos se involucren en procesos de autenticación de obras de arte, debido a su especialización y a la importancia de la información que aportan. Sin embargo, su labor, para evitar injerencias de expertos no cualificados y su propia responsabilidad, debe ser llevada a cabo con el rigor que exige una correcta *lex artis*.

#### 4. LA RESPONSABILIDAD DEL EXPERTO

De todo lo analizado anteriormente podemos concluir que el experto en arte será responsable de la aportación de información evaluativa, que incluye su opinión, cuando esta sea negligente o dolosa y cause un daño, cumpliendo así con los elementos clásicos de la responsabilidad civil en el derecho español: la acción, que consiste en la emisión de información evaluativa; la culpa,

69. En opinión de R. SPENCER, *op. cit.*, pp. 24-25: “*De ello dependerá que el tribunal acepte su dictamen como ‘objetivo’ y no como una simple opinion subjetiva, y le de una mayor fuerza probatoria que la de otros dictámenes. Para realizar esta explicación, se debe tener en cuenta que el experto debe adoptar un enfoque más sistemático, organizado y meticuloso del proceso de autenticación, de manera que las opiniones subjetivas se apoyen en análisis racionales y físicos del objeto de arte*”.

70. Sirven de ejemplo los casos mencionados del experto Joseph Duveen, en Estados Unidos, y en el caso de la *Wildstein Foundation*, en Francia, anteriormente comentados.

71. En este sentido L. PEÑUELAS I REIXACH, *op. cit.*, p. 138, argumenta: “*Ante los tribunales y la administración, este valor probatorio sólo tendrá probabilidades de ser aceptado por estos órganos públicos si dicho experto, por un lado, consigue aportar pruebas de datos y hechos empíricos que identifiquen la obra y demuestren la relación del artista con la obra, y por otro, explicar y justificar cómo ha valorado estos datos y hechos a partir de sus conocimientos para alcanzar su conclusión*”.

manifestada a través del dolo o la negligencia; la relación de causalidad existente entre la opinión y el daño causado, y, finalmente, el propio daño, ya que la autenticación errónea puede acarrear un daño al propietario de la obra estudiada.

Como es lógico, y así ha quedado patente en las múltiples demandas judiciales iniciadas contra expertos en arte en Estados Unidos, la diferencia entre calificar un cuadro de original o falso puede ser de decenas de millones de euros. Por tanto, el daño puede ser cuantificado y valorado en grandes sumas de dinero, a las que el experto podría hacer frente, como ya ha ocurrido, al ser demostrable su responsabilidad y tener que resarcir los daños causados.

#### 4.1. La acción u omisión

En el caso que nos ocupa, la acción que puede derivar en responsabilidad por parte del experto en arte es clara. Se trata así de la emisión de información evaluativa, que incluye su opinión o dictamen sobre la autoría o autenticidad de una obra de arte, información que se manifiesta sobre la base de los especiales conocimientos adquiridos sobre un determinado artista o escuela, la experiencia demostrable en la materia a opinar y en el reconocimiento de la autoridad que tiene su opinión sobre una determinada materia.

Surge una duda importante en torno a la acción que podría desembocar en la responsabilidad del experto que genera ciertos problemas en la práctica. Dicha duda gira en torno a si la opinión del experto que genera responsabilidad debe ser establecida por escrito, como es el caso de un certificado de autenticidad, o basta con que esta opinión sea manifestada verbalmente.

No cabe duda de que la emisión de un dictamen escrito o la emisión de un certificado de autenticidad por parte de un experto es una acción clara, manifiesta y fácilmente demostrable que, lógicamente, podría suponer la responsabilidad del experto.

Más dudas podrían surgir en torno a la manifestación de opiniones de forma verbal. Se tiende a pensar que la manifestación verbal de opiniones no puede llegar a generar una posible responsabilidad, pero esta creencia generalizada no es cierta y solo es debida a que la información verbal es más difícil de demostrar o probar<sup>72</sup>. Como ha quedado patente en algunos procedimientos estudiados, la información verbal también podría generar responsabilidad imputable al experto. Por ejemplo, en el caso comentado anteriormente, en el que la Wildenstein Association se negó a incluir un cuadro titulado *Hiver à Cannes* en el catálogo razonado de Kees van Dongen, su opinión inicial no

72. Para un estudio completo sobre los problemas de prueba que puede acarrear la información verbal *vid.* SAP de Cádiz, de 4 de junio de 2001 (TOL124.610).



estaba plasmado por escrito y aun así fue condenada por el tribunal por la manifestación de una opinión negligente y sin justificar.

Por tanto, más importante que si la opinión del experto está escrita o no, debemos fijarnos en las consecuencias derivadas de esta opinión, que sí suelen ser claras y demostrables. En el caso de la Wildenstein Association, su negativa a incluir la obra en el catálogo razonado tiene la lógica consecuencia de dictaminar que la obra no es auténtica al ser rechazada para ser incluida en el catálogo y, tal como apunta el tribunal en su sentencia, afecta a la comercialidad de la obra, con el siguiente daño patrimonial al propietario de dicha pintura, que deberá ser resarcido.

Tampoco debemos caer, como ha pasado anteriormente, en la creencia de que una simple opinión no puede generar responsabilidad, pues se trata simplemente de un juicio de valor personal sin ninguna implicación jurídica<sup>73</sup>. Normalmente, los expertos califican sus conclusiones como una simple opinión por miedo a su posible responsabilidad y creen que la declaración “*En mi opinión, esta pintura es, o no, de Sorolla*” les causará una consecuencias legales distintas que si dijese “*Esta pintura es, o no, de Sorolla*”, y esto no siempre es así.

Este error ha sido cometido, por ejemplo, por las empresas de subasta españolas que han utilizado la opinión de sus expertos como un subterfugio para eximirse de la responsabilidad, tal como apunta Domínguez Pérez<sup>74</sup>. Como ha quedado demostrado anteriormente, los juzgados españoles han dictaminado la responsabilidad de las empresas de subasta en múltiples ocasiones por la falta de información veraz en la oferta de venta de las obras que subastan, aunque esta información emane de la simple opinión de sus expertos. Por lo tanto, queda claro, en el ámbito del experto en arte, que una mera opinión, sin un proceso razonado detrás, también puede generar responsabilidad a su emisor.

73. En este sentido R. SPENCER, *op. cit.*, pp. 316-317; afirma: “*Existe el concepto amplia y compartido de que una idea no puede acarrear responsabilidades a quien las expresa, porque las ideas son personales y subjetivas y porque, además, la sociedad debería proteger las ideas intrínsecamente. En el campo de la atribución artística, este criterio universal sobre el valor de las ideas se corresponde con la opinión. Por supuesto, utilizan el término opinión porque se trata de un juicio, evaluación o deducción basado en la interpretación de unos hechos preexistentes que han recogido y analizado, y a los que han aplicado su sabiduría y experiencia*”.

74. En este sentido se sitúa E. DOMÍNGUEZ PÉREZ, *La venta en pública subasta en la Ley de Comercio Minorista*, Thomson Reuters, Madrid, 2009, p. 193, cuando afirma: “*Es práctica habitual entre las casa de subastas que consideren que, en materia de identificación de las obras u objetos, la mención de que las manifestaciones impresas en el catálogo y referidas a la autoría, atribución, origen, fecha, edad, procedencia y condición de los lotes ‘es siempre la expresión de una opinión’, que se registrarán por los mencionados términos interpretativos que se detallan. Parece que la consideración de que las manifestaciones que realiza la casa de subastas sobre los datos mencionados es sólo una opinión choca con el carácter profesional del que se presume caracteriza a los tasadores y expertos que trabajan para las casas de subasta*”.



#### 4.2. La culpa

Como es lógico, y es uno de los pilares básicos de la responsabilidad civil, la acción que causa un daño debe ser atribuible, mediando culpa, al sujeto al que se le imputa la responsabilidad, en este caso al experto en arte. La culpa del experto puede manifestarse mediante dolo o negligencia, en función de si el daño está causado con intención manifiesta o si ha sido causado por la no observancia de la diligencia debida y de la *lex artis* aplicable a su labor.

La imputación de responsabilidad al experto mediando dolo es clara de identificar. En el caso del dolo hay una intención de producir el daño, es una acción deliberada y voluntaria para causar un perjuicio a otro. En el caso del experto en arte, existiría dolo al manifestar una opinión a sabiendas de que esa opinión no es la correcta, generalmente con ánimo de lucro. De la misma manera que desde que se creó un mercado del arte han existido las falsificaciones, también han existido expertos o especialistas que han autenticado obras de arte erróneamente, de una manera deliberada, para hacerlas pasar por una obra original, generalmente con motivaciones económicas.

En estos casos la responsabilidad del experto es clara, ya que tanto la acción como la culpa, el nexo de causalidad y el daño son claramente identificables, responsabilidad que podría ser también penal en caso de la comisión de un delito, o de la cooperación necesaria, en el caso por ejemplo de una estafa.

La culpa también puede ser imputada al experto en arte mediante negligencia en la realización de su labor, negligencia que hay que entender –como hemos argumentado anteriormente– como el incumplimiento de la diligencia o previsión debida en su labor y el quebranto de su *lex artis*<sup>75</sup>.

Si entendemos la *lex artis* del experto en su estudio de la autenticidad de las obras de arte, en primer lugar, como una actividad que requiere de prudencia y cautela a causa de la dificultad de su trabajo y, en segundo lugar, como una obligación de mostrar información evaluativa fundamentada, rigurosa y razonada utilizando las herramientas técnicas, científicas y documentales que tiene a su alcance, el experto será negligente y, por tanto, responsable de la no observancia de estas premisas en la emisión de información y/u opinión.

En este sentido, la doctrina española en materia pericial contempla un aspecto interesante que puede ser aplicado también a la responsabilidad del experto en arte. Los autores contemplan una graduación de la responsabilidad civil teniendo en cuenta la complejidad de la materia sobre la que se emite

75. Fue pionero en la materia el artículo de S. M. LEVY, "Liability of the art expert for professional malpractice", *Wis. L. Rev.*, 595.1991, donde se habla por primera vez de la responsabilidad por negligencia del experto en arte.

un dictamen. En este sentido, Serra Domínguez<sup>76</sup> y Garciandía González<sup>77</sup> son partidarios de una graduación de las conductas que comportan responsabilidad civil del perito dependiendo de cuál haya sido el objeto de la actuación. Concretamente, diferencian entre los supuestos de gran complejidad que precisan de conocimientos que admiten un cierto porcentaje de error, en los cuales el perito únicamente responde por culpa grave, de los casos donde se requieren unos conocimientos normales del perito, en los que cualquier negligencia, por leve que esta sea, origina su responsabilidad. Siguiendo este argumento doctrinal, Illescas Rus<sup>78</sup> indica que “*Se ha sugerido por la doctrina que si la pericia reviste gran complejidad, el perito sólo debe responder por culpa grave, esto es, si el error merece el calificativo de inexcusable, en tanto que también ha de responder por culpa leve si la pericia no es dificultosa o intrincada*”.

Y esto debe ser así porque, como afirma Font Serra<sup>79</sup>, “*la concreción de la responsabilidad civil en estos supuestos, de acuerdo con la jurisprudencia que ha delimitado esta figura, encuentra en la práctica importantes trabas, motivadas por la dificultad de la prueba de alguno de los elementos que la integran. Así, especialmente delicada ha de resultar la concreción de la ilicitud o antijuricidad de la conducta, puesto que, pudiendo estar integrada por actos u omisiones bien distintos, nos movemos aquí siempre en los límites nada seguros de la diligencia profesional exigible a todo perito en su actuación*”.

En concreto, la determinación de la autoría de una obra puede ser una tarea muy compleja y, en ocasiones, de imposible resolución. Por tanto, el experto se enfrenta a situaciones de gran complejidad que deberán admitir un cierto porcentaje de error y que deberán ser tomadas en cuenta a la hora de analizar su posible responsabilidad, aunque esta complejidad no debe excusar la observancia a la diligencia debida en su labor.

#### 4.3. El nexo de causalidad

Para la imputación de responsabilidad al experto en arte al emitir su dictamen u opinión, debe establecerse con claridad la relación existente entre esta información evaluativa y el daño causado al propietario de la obra estudiada o, como afirma Yzquierdo Tolsada<sup>80</sup>, entre el hecho del agente y el daño producido debe existir una relación de causa a efecto. En todas las sentencias

76. M. SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios a la Reforma de la LEC* (coord. V. Cortés Domínguez), Tecnos, Madrid, 1985, pp. 521 y 522.

77. P. GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, *La peritación como medio de prueba en el proceso civil español*, Aranzadi, Madrid, 1995, p. 238.

78. A. ILLESCAS RUS, *La prueba pericial en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, Madrid, 2002, p. 158.

79. E. FONT SERRA, *La prueba de peritos en el proceso civil español*, Hispano Europea, Barcelona, 1994, pp. 85 y 86.

80. M. YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Reus, Barcelona, 1993, p. 232.

analizadas de otros ordenamientos jurídicos donde se imputa la responsabilidad a expertos en arte, los distintos tribunales apreciaron con claridad esta relación causal.

En todos los casos, (1) el propietario de una obra de arte acude a un experto para estudiar la autenticidad de dicha obra; (2) dicho experto manifiesta su opinión en la que niega la originalidad de la obra y no se la atribuye a la mano de un determinado artista; (3) el propietario se siente agraviado y decide emprender una demanda judicial contra el experto a causa de la pérdida de valor económico y atractivo comercial de la obra de su propiedad; y (4) el tribunal condena al experto por haber negado dicha autenticidad de la obra de una forma negligente, sin haber fundamentado lo suficiente su decisión.

Al ser la solicitud al experto generalmente en este sentido clara y concisa, a diferencia de otras profesiones y actividades en las que la casuística puede ser más extensa, el nexo causal suele ser identificable con mayor facilidad. La relación existente entre la información evaluativa ofrecida por el experto sobre la autenticidad de una obra de arte y el daño patrimonial causado al propietario de dicha obra es directa y de consecuencias claras. En términos del mercado del arte, en caso de apreciar la originalidad de la pieza, la obra podrá ser vendida y su estimación económica será la que marque la cotización del artista y, en caso contrario, si se aprecia la no autoría por un determinado artista, la obra automáticamente sufrirá una pérdida de valor económico que debe ser soportado por el particular.

#### 4.4. El daño

Para analizar el daño que la información evaluativa de un experto puede causar, entendiendo daño como detrimento, perjuicio o menoscabo que una persona sufre a consecuencia de la acción u omisión de otra y que afecta a sus derechos personales o reales, conviene analizar las consecuencias que emanan de dicho daño.

Por un lado, de una forma concreta e individual, el daño es causado al propietario directo de la obra de arte estudiada. ¿Cuál es el daño que sufre el propietario de una obra de arte ante una opinión sobre la autenticidad de una obra de su propiedad, emitida de forma negligente o dolosa? En este caso, el daño sufrido es patrimonial, no de forma directa, porque la obra de arte no ha sido dañada ni destruida, sino de forma indirecta, porque esta opinión afecta al *status* de la obra, a su valoración económica y a su posible comercialización, por tanto, a los derechos del propietario sobre ella.

Si tomamos como ejemplo la obra *Red Self-portrait*, por la que la Andy Warhol Foundation abandonó su actividad autenticadora, en 2016 Christie's New York subastó un retrato similar con un remate final de 5.200.000 € más la

comisión de la sala de subastas; una obra falsa de similar temática apenas tendría un valor de unos cientos de euros. Por tanto, el daño patrimonial causado al propietario por la opinión de un experto puede ser importante y el *quantum indemnizatorio* puede ser valorado en cuantiosas sumas de dinero, a las que difícilmente podrá hacer frente el experto.

Por otro lado, de una forma menos mercantilista y no punible, se puede también afirmar que el daño que un experto negligente o doloso causa puede afectar de manera conjunta al propio mercado del arte, donde la obra erróneamente atribuida circulará de colección en colección hasta que algún día sea revisada su inicial atribución, con los problemas que esto puede generar a los sucesivos propietarios. Sin duda, el daño causado en este sentido no contribuye a la transparencia y al correcto funcionamiento del mercado, fenómenos contra los que combatimos en la presente investigación. Por tanto, existe un daño que sufre el propietario de la obra estudiada y otro daño que sufre el mercado como realidad colectiva.

#### 4.5. Casos concretos de responsabilidad del experto

Aunque la casuística puede ser amplia, vamos a analizar en este punto los dos hechos principales que han supuesto en el pasado la responsabilidad del experto y que deben ser tenidos en cuenta en el futuro, para mantener una correcta diligencia en su labor. Existen otras circunstancias que también podrían activar la responsabilidad del experto que son comunes a otros profesionales del mercado del arte, como es la rotura o destrucción de la obra estudiada, la pérdida de la documentación aportada por el solicitante, el retraso en la emisión del dictamen, etc.; pero a efectos de la presente investigación no presentan suficiente interés para su estudio.

El primero de ellos hace referencia a la emisión de opiniones sobre la autenticidad de una obra de arte teniendo únicamente como base de estudio una fotografía. Ha sido frecuente que los expertos emitan su opinión con base en fotografías de la obra a autenticar, pero este fenómeno plantea serios problemas en el estudio de objetos tan singulares como las obras de arte.

Es difícil, y en ocasiones imposible, apreciar con claridad en una fotografía las distintas características que definen una obra de arte y la técnica pictórica del artista creador<sup>81</sup>, por tanto, resulta complicado poder reconocer la mano

81. T. STEBBINS, uno de los mayores expertos en el pintor americano Martin Johnson Heade y otros artistas de su entorno, cuenta en el libro de R. SPENCER, *op. cit.*, pp. 170 y 171: “A principios de 1980, Sotheby Parke-Bernet me envió una diapositiva y me preguntó mi opinión sobre un cuadro desconocido titulado *Orquídea y dos colibríes*. Examiné la diapositiva en color y la comparé con otros cuadros similares de Haede de mi libro. Entonces escribí a Sotheby’s diciéndoles que era obra de Haede y que la incluiría en la próxima edición del catálogo

de un determinado artista para que la obra pueda ser autenticada de esta manera. Sin el examen directo y presencial de la obra no se puede apreciar con unas mínimas garantías muchos de los datos y elementos en los que pretenderá basar su opinión el experto.

Aunque es cierto, por otro lado, que el experto está capacitado para identificar, incluso únicamente mediante fotografía, burdas copias o falsificaciones que saltan a la vista para cualquier ojo medianamente entrenado, en consonancia con el cumplimiento de una adecuada *lex artis* y para evitar el riesgo de cometer una negligencia punible, el experto nunca debe expresar su opinión pública con base únicamente en una fotografía de la obra a atribuir.

En este caso, la información evaluativa del experto nace de una base incompleta y artificial, al no haber inspeccionado visualmente la obra estudiada. Por lo tanto, las conclusiones a las que pueda llegarse podrían ser equivocadas o erróneas, suponiendo una clara negligencia del experto de cara a evaluar su posible responsabilidad.

Aunque no existe jurisprudencia concreta para el caso de los expertos en arte, sí existe respecto de la emisión de dictámenes periciales, dejando claro la importancia de la inspección visual de los bienes que van a ser objeto de peritaje, salvo en aquellos casos en que sea imposible dicha inspección. La STS, de 29 de marzo de 2012<sup>82</sup>, hace referencia a los dictámenes periciales de bienes

---

*razonado. [...] Sin embargo, me surgieron algunas dudas sobre el cuadro y fui a New York para verlo el día de la venta. [...] Examiné el cuadro mediante la técnica tradicional del análisis estilístico. Sus colores eran más cálidos y brillantes de lo que cabía esperar y la aplicación de los pigmentos no se correspondía con lo que yo no conocía de Haede. Pedí a Sotheby's que retiraran la obra de la venta. [...] Al final Sotheby's aceptó retirar la obra y me comprometí a examinarla minuciosamente. [...] Un meticuloso análisis físico y estilístico de la obra indicaron que se trataba de una falsificación moderna, probablemente de origen muy reciente. Esto fue confirmado por las pruebas científicas de los pigmentos, algunos de los cuales eran del siglo XX y se habían empezado a utilizar tras la muerte de Haede".*

82. La STS, de 29 de marzo de 2012 (TOL2.498.608), establece: "Ahora bien, es criterio de esta Sala exigir de manera general el examen personal por el perito de los bienes a valorar ya que sin él no cabe entender correctamente realizado el procedimiento de peritación.

*No casa muy bien con el dictamen de peritos, entender una pericia bien hecha, ab initio, sin examen personal, para finalmente descubrirse que ese objeto no tiene las condiciones fácticas que se le han supuesto, o que presenta otras que aumentan o reducen notablemente su valor. En consecuencia pues el principio general ha de ser la inspección personal del bien como garantía de acierto en la singularización de la valoración, y con ello de la suficiente motivación de la resolución. Solo en casos muy concretos, y que deberán ser razonados y fundamentados, con constancia en el expediente de esa fundamentación cabrá admitir la falta de inspección personal [...].*

*En atención a la jurisprudencia de esta Sala anteriormente expuesta, con estimación en este punto de la demanda presentada en la instancia, hay que concluir que, no habiéndose realizado visita al inmueble sobre el que se realiza la valoración y teniéndose en cuenta para la misma, como no puede ser de otro modo, circunstancias para cuya consideración y evaluación (estado de conservación o calidad de los materiales), resulta imprescindible tal visita, el dictamen aparece defectuosamente motivado, pues se evidencian insostenibles las consideraciones que al respecto*

inmuebles. Si tenemos en cuenta la especialidad de las obras de arte, aún se hace más necesaria esta inspección visual por el experto. De esta manera, la falta de inspección visual por parte del perito tiene la consecuencia de que *“el dictamen aparece defectuosamente motivado, pues se evidencian insostenibles las consideraciones que al respecto se han tenido en cuenta para la emisión del dictamen, sustrayendo así, del conocimiento del interesado las razones, justificación y datos que llevaron a las conclusiones alcanzadas”*.

Aunque esta causa de responsabilidad del experto ya fue apuntada por Levy<sup>83</sup>, cada día, ante el auge de los medios telemáticos e informáticos, adquiere una mayor relevancia y un mayor sentido en el sector del arte actual. De esta manera, coincidimos con la actual jurisprudencia española y con la doctrina de diferentes países al ponderar la inspección visual del experto, o el perito, de los bienes objeto de estudio, ya que de manera contraria podría considerarse negligente el comportamiento del experto y ser causa de imputación de su responsabilidad por la falta de la diligencia debida en su labor.

Por ello, para evitar una posible responsabilidad ante una opinión errónea sin una base razonablemente fundamentada, al no haber ni siquiera visto la obra autenticada o rechazada, el experto debe ser cauteloso y evitar involucrarse en procesos de autenticación cuya única fuente de información sea fotográfica.

La segunda situación principal que puede generar la responsabilidad del experto es la emisión de información evaluativa sin la justificación o fundamentación necesaria<sup>84</sup>. Ya hemos analizado extensamente como la emisión de opiniones por parte del experto sin la justificación científica, técnica o documental pueden suponer una negligencia en su prestación y un menoscabo de su correcta *lex artis* y, por tanto, puede ser causa de imputación de responsabilidad, como así ha ocurrido ya en los distintos procesos judiciales analizados.

En este caso, la información evaluativa que ofrece el experto queda incompleta, pues se aporta únicamente la parte subjetiva de la información evaluativa<sup>85</sup>, pudiendo, por tanto, declararse negligente, como ya ha ocurrido en los procesos judiciales analizados en la presente investigación, donde la opinión del experto ha sido puesta en duda o cuestionada y condenada por negligente.

---

*se han tenido en cuenta para la emisión del dictamen, sustrayendo así, del conocimiento del interesado las razones, justificación y datos que llevaron al valor administrativamente otorgado”*.

83. S. M. LEVY, “Liability of the art expert for professional malpractice”, *Wis. L. Rev.*, 595.1991.
84. Este ha sido el caso más usual de responsabilidad del experto y, posiblemente, de cara al futuro en nuestro país también lo será. De ahí la importancia de la fundamentación y el rigor de las opiniones mostradas por los expertos para evitar lo ya ocurrido.
85. Recordemos que la información evaluativa que ofrece el experto consta, o debería constar, de una parte de información, mostrada de manera lo más objetiva posible en virtud de los estudios científicos, técnicos y documentales, y otra parte evaluativa, que incluye la lógica subjetividad de una opinión, pero fundamentada en la información.

También ha ocurrido en otros casos que la opinión del experto, al no haberse fundamentado, puede fallar o estar equivocada y demostrarse fehacientemente este error. En el ámbito museístico esto ha pasado en gran número de ocasiones y se ha publicado muchas veces en la prensa; en el ámbito privado también ha ocurrido muchas veces, pero en la mayoría de casos no se ha hecho público y no ha llegado al conocimiento del mercado.

Un caso de manual de este fenómeno fue la compra por el Museo de Girona de varias tablas atribuidas al pintor renacentista Pere Mates<sup>86</sup>. Años después de su compra salieron a subasta en Madrid seis tablas del mismo pintor, idénticas a las compradas por el museo, y resultó que estas eran las originales y, por tanto, el museo poseía y exponía falsificaciones de dichas obras.

El tema que aquí nos interesa es que las obras fueron compradas por el museo con el aval de varios expertos y conservadores, es decir, mostraron su opinión favorable sobre la autenticidad de las tablas. Pero las tablas resultaron haber sido falsificadas y un simple análisis de pigmentos lo habría detectado, pues *a posteriori* se encontraron los pigmentos azul de Prusia y blanco de titanio en la pintura, sintetizados en el siglo XVIII y XX, respectivamente.

Esto mismo ha ocurrido en multitud de ocasiones en museos de todo el mundo y demuestra un comportamiento negligente por parte del experto, al mostrar una opinión errónea no fundamentada sobre la autenticidad de una obra de arte. Dicha negligencia podría ser causa de imputación de la responsabilidad de los expertos intervinientes, pero al tratarse de la esfera pública nada sucedió al respecto. Quizá si la opinión de estos expertos se hubiera dado en el marco del mercado o una compraventa privada, el resultado final hubiera sido distinto.

## V. CONCLUSIONES

Las conclusiones de la presente investigación pueden resumirse en las siguientes:

1. Se ha observado una tendencia general que afecta a la figura del experto en su labor de autenticar obras de arte y es la reticencia generalizada a la hora de mostrar su opinión sobre la autenticidad de las obras de arte, por miedo a verse inmerso en un procedimiento judicial donde se exija su posible responsabilidad ante los posibles daños patrimoniales generados al propietario.
2. Esta reticencia de los expertos deja un vacío en el sector del arte y en el propio mercado, que actúa en contra de la transparencia y el buen

86. [https://elpais.com/ccaa/2019/12/30/catalunya/1577735313\\_005693.html](https://elpais.com/ccaa/2019/12/30/catalunya/1577735313_005693.html).



funcionamiento del mercado del arte, ya que la opinión de los expertos cualificados y reconocidos es, o debería ser, de una importancia capital para evitar la mayor lacra que existe en el mercado: las falsificaciones y las obras erróneamente atribuidas.

3. Para una moderna y correcta regulación de la participación del experto en los procesos de autenticación de obras de arte en nuestro país, es capital aprender de las trabas y problemas que han sufrido los expertos en el pasado en otros países donde el mercado del arte ha alcanzado un gran desarrollo y establecer una correcta *lex artis* que, por un lado, permita que de una forma rigurosa se involucren en estos procesos de autenticación y, por otro lado, eviten su posible responsabilidad.
4. Para dicha *lex artis*, es importante delimitar el encaje jurídico en nuestro ordenamiento de la prestación del experto. De esta manera, en nuestra opinión, la prestación del experto, siguiendo la normativa española, es una obligación de medios bajo la modalidad del contrato de servicios y, por otro lado, completando con lo establecido en los DCFR, es un contrato de servicios de información evaluativa.
5. En este contrato de servicios de información evaluativa, el deber principal del experto es precisamente la aportación de información evaluativa. Esta modalidad de contrato se basa, por un lado, en la aportación de información, de una manera lo más objetiva posible, mediante la utilización de los estudios científicos, técnicos y documentales disponibles y, por otro lado, la opinión del experto sobre la autenticidad de la obra, que, al contener un cierto grado de subjetividad, debe ser fundamentada y razonada con la información obtenida previamente.
6. Ha quedado demostrado también que la simple opinión del experto, aunque cualificada, ha sido rechazada por múltiples tribunales con base en su condición de subjetiva y en su falta de fundamentación y razonamiento. De esta manera, la simple opinión del experto, en ocasiones, ha sido declarada negligente y una falta a la diligencia debida exigible en su labor. De ahí la importancia de que la información evaluativa que aporta el experto adquiera esta dicotomía entre lo objetivo y lo subjetivo para poder evitar su responsabilidad.
7. La *lex artis* del experto en arte debe estar cimentada en la prudencia y la cautela, debido a la dificultad de la labor de autenticar obras de arte. El pilar principal de dicha *lex artis* es la fundamentación, el razonamiento y el rigor de la opinión del experto, como único medio para evitar su posible responsabilidad.
8. La conclusión final de la presente investigación busca el equilibrio entre la participación del experto en procesos de autenticación y el derecho de los propietarios de obras de arte a ver resarcidos los daños



causados por una autenticación negligente, mediante la definición de una *lex artis* que contemple estas premisas y, de manera principal, aleje el miedo de los expertos por mostrar su opinión en los procesos de autenticación de obras de arte.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBA CARCELÉN, L.: “El Maestro de Flemalle en el Museo Nacional del Prado. Nuevas Consideraciones Técnicas”, *Boletín del Museo del Prado*, tomo XXVII, 2009.
- ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil. Volumen II. Derecho de Obligaciones*, Edisofer, Madrid, 2010.
- BERGEL SAINZ DE BARANDA, Y.: *La compraventa de obras de arte*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Bosch, Barcelona, 1993.
- CRESPO MORA, C.: “Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, 2013.
- CRESPO MORA, C.: *La responsabilidad del abogado en el derecho civil*, Thomson Civitas, Madrid, 2005.
- DEL EGIDO RODRÍGUEZ M.: *La ciencia y el arte. Ciencias experimentales y conservación de patrimonio histórico*, Instituto del Patrimonio Histórico, Madrid, 2008.
- DELGADO TERCERO, L.: “La cláusula de exoneración de responsabilidad de las empresas de subasta de obras de arte. Nuevas perspectivas”, *Anuario Jurídico Secciones del ICAM*, 2019.
- DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, volumen II, Tecnos, Madrid, 2010.
- DOMÍNGUEZ PÉREZ, E.: *La venta en pública subasta en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Thompson Reuters, Madrid, 2009.
- DUBOFF, L.: “Controlling the Artful Con: Authentication and Regulation”, *Hasting Law Journal*, vol. 27, 1975-1976.
- GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P.: *La peritación como medio de prueba en el proceso civil español*, Aranzadi, Madrid, 1995.
- GÓMEZ POMAR, F.: “Comentario a los artículos 56 al 61”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica Complementaria* (dir. Piñar Mañas y Beltrán Sánchez), Civitas, Madrid, 1997.

- GONZÁLEZ GARCÍA, L. y FUENTES LÁZARO, S.: *El atribucionismo: ¿arte y ciencia al servicio del mercado?*, UCM, Madrid, 2010.
- HERRERA RAMÍREZ, J.: *Diseño e implementación de un sistema multiespectral en el rango ultravioleta, visible e infrarrojo. aplicación al estudio y conservación de obras de arte*, Tesis doctoral, Universidad Politécnica de Catalunya, Barcelona, 2013.
- HERRING, S.: “Six Paintings by Corot: Methods, materials and Sources”, *National Gallery Technical Bulletin*, n.º 30, 2009.
- ILLESCAS RUS, A.: *La prueba pericial en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, Madrid, 2002.
- LEVY, S. M.: “Liability of the art expert for professional malpractice”, *Wis. L. Rev.*, 595.1991.
- LLUENT RIBALTA, J.: *Expolio y fraude en el arte*, Trea, Gijón, 2002.
- LOBATO GÓMEZ, J. M.: “Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLV, fascículo II, 1992.
- OLSBURGH, C.: *Aunthenticity in the art market*, Institute of Art and Law, London, 2005.
- PEÑUELAS Y REIXACH, L.: *Autoría, autentificación y falsificación de obras de arte*, Polígrafa, Barcelona, 2013.
- ROMEO CASABONA, C.: “Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales. Presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo. Perspectivas”, *Revista Jurídica La Ley*, 1993-4.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Tecnos, Madrid, 1998.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M.: *Comentarios a la Reforma de la LEC* (coord. V. Cortés Domínguez), Tecnos, Madrid, 1985.
- SPENCER, R.: *El experto frente al objeto. Dictaminar las falsificaciones y las atribuciones falsas en el arte visual*, Marcial Pons, Barcelona, 2011.
- VETTESE, A.: *Invertir en arte. Producción, promoción y mercado del arte contemporáneo*, Pirámide, Madrid, 2002.
- VICO BELMONTE, A., PALOMO MARTÍNEZ, J. y LAGUNA SÁNCHEZ, P.: *La rentabilidad de las obras de arte: Estudio de los entornos propicios para la venta de bienes artísticos de colección*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2016.
- YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Reus, Barcelona, 1993.

El *droit de suite* o derecho de participación.  
Estudio de un derecho controvertido que no  
favorece a la comunidad artística

Droit de suite or artist's resale right: analysis of  
a controversial right that does not benefit the  
artistic community

MARÍA PÍA ITURRALDE

*Profesora de Legislación Cultural en Historia y Gestión de las Artes, Universidad  
del Salvador de Buenos Aires (Argentina)*

**Resumen**

El *droit de suite* es un derecho que algunos países regulan como parte de las leyes de derechos de autor con el fin de dar a los artistas de obras plásticas una participación en las reventas de obras de su autoría. Este derecho es letra muerta en la ley de la mayoría de las legislaciones de habla hispana que lo contemplan. Su principal defecto es que fue la respuesta –no necesariamente acertada, pero ampliamente adoptada– a hechos aislados de la historia y no sirve el propósito que persigue, ya que está fundado en prejuicios y no en la evidencia, lo que muestra su inequidad, complejidad e ineficacia. Los datos recabados en los países de Europa que lo implementan –así como el estudio que he llevado a cabo en Argentina– indican que el *droit de suite* beneficia a muy pocos artistas (aquellos que menos lo necesitan) e introduce un sistema complejo y costoso que, en el caso de países como Argentina con mercado secundario de arte pequeño y débil, agregaría un obstáculo más al desarrollo de los artistas y del mercado. El derecho está en contra de los principios que rigen la propiedad autoral y el derecho de propiedad. Por todas esas razones, es desaconsejable su regulación.

Usando como pretexto el proyecto de ley de *droit de suite* presentado en Argentina en el año 2019, analizo el *ecosistema* del arte contemporáneo (ámbito en el que opera este derecho), la historia y evolución del *droit de suite*, la veracidad de los argumentos que lo sustentan, las distintas modalidades en los países que lo regulan (en particular, en las leyes de Latinoamérica y en el *proyecto argentino*) y la experiencia práctica en los países de Europa que lo implementan. Para evaluar el impacto de la aplicación del derecho en Argentina, si se legislase, tomé como campo de estudio todas las ventas ocurridas en remates públicos de arte en Argentina, en los años 2017 y 2018, que corresponden a artistas cuya obra se encuentra en el período de protección de los derechos de autor.

### Palabras clave

*Droit de suite*, Derecho de participación, Arte y derecho, Mercado de arte, Derechos de autor, Propiedad intelectual.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL ENTORNO DEL MUNDO DEL ARTE. 1. *Los actores del mundo del arte*. 1.1. Los artistas y la galería. 1.2. Las casas de remates. 1.3. Los museos. 1.4. Los curadores. 1.5. Los coleccionistas. 1.6. Las ferias de arte. 2. *Los mercados de obras de arte y el valor de una obra*. III. EVOLUCIÓN DEL *DROIT DE SUITE* EN LAS LEGISLACIONES Y SU IMPLEMENTACIÓN. 1. *Evolución*. 2. *Diversas formas de implementación*. 2.1. Obras comprendidas. 2.2. Inalienabilidad. 2.3. Duración y beneficiarios después de la muerte del autor. 2.4. Reventas alcanzadas y valor sobre el que se calcula el derecho: ¿sobre el total del precio o sobre la ganancia obtenida? 2.5. Valor mínimo para que opere el derecho y porcentual a pagar al artista. 2.6. Recaudación. 2.7. Experiencia en el cobro, administración y gestión del derecho. IV. DIFICULTADES JURÍDICAS DEL *DROIT DE SUITE*. 1. *Un derecho de autor netamente económico, pero inalienable e irrenunciable sobre un objeto físico propiedad de un tercero*. 1.1. Distinción entre propiedad intelectual y derecho de propiedad de una obra de arte. 1.2. Derecho de autor de contenido económico pero inalienable e irrenunciable. 1.3. El *droit de suite* sobre obras no protegidas por los derechos de autor. V. EL DOGMA DEL *DROIT DE SUITE*. 1. *Antecedentes históricos*. 1.1. *El Ángelus*, de Millet. 1.2. La subasta de la colección de Scull y la obra de Robert Rauschenberg. 2. *Antecedentes jurídicos*. 3. *Las suposiciones referidas al funcionamiento del mercado del arte y la forma en que se beneficiarían los artistas*. 3.1. El artista, cuando vende una obra de arte, lo hace a un valor bajo, luego la obra se valoriza y solo el adquirente e intermediarios se enriquecen. 3.2. Muchos artistas llegan al mercado secundario, donde venden muchas obras. De lo contrario, no se establecería un sistema con las complejidades de implementación y administración que tiene el *droit de suite* para beneficiar a unos pocos artistas. 3.3. ¿Es el artista es el único generador de valor de una obra de arte? ¿Repercute en su carrera y en el valor de las obras que haga a futuro si obras de su autoría se revenden a un mayor valor? ¿Cómo se establece el valor de una obra de arte? 4. *La suposición que el artista visual está en desventaja frente a otros creadores protegidos por los derechos de autor*. VI. REFLEXIONES FINALES. VII. ANEXO. VIII. BIBLIOGRAFÍA.

## Abstract

The droit de suite is a right that some countries have implemented as part of the copyright laws giving visual artists a share in the proceeds when their artwork is resold in the secondary market. The right, based mainly on assumptions that are not consistent with the reality of the art world, is dead letter in the law of most of the Spanish-speaking countries. Data collected in the European Community countries that have implemented it and enforce it –as well as in the specific exploratory analysis I did of the data of all art auctions in Argentina in 2017 and 2018– show that the proceeds benefit very few artists (those who need it the least and are mostly dead) thus evidencing that the effects of its application are not as intended. On the other hand, collecting and managing the droit de suite lays –or would lay in the case of Argentina– an undesirable burden on the market and results in a costly and complex process of collection and distributions. Moreover, the droit de suite is against the principles that govern copyright and property rights. For all of the above, its implementation should be discouraged. This paper discusses the scope in which this right operates, its history, the validity of its assumptions, the different techniques used in each jurisdiction –especially in the laws of Latin America and in the Argentine project– and how it operates in practice in different European countries. As a field of study for Argentina, I have used data of all the art sales occurred in Argentina, in public art auctions, in the years 2017 and 2018 that correspond to the artworks of Argentine artists that are within copyright protection.

## Keywords

Droit de suite, Resale right, Art law, Art market, Intellectual property, Copyright, Visual artist's rights.

SUMMARY: I. INTRODUCTION. II. THE ART WORLD. 1. *The art world participants* 1.1. Artists and gallerists. 1.2. Auction houses. 1.3. Museums. 1.4. Art curators. 1.5. Collectors. 1.6. Art fairs. 2. *Art markets and the value of the work of art*. III. OVERVIEW OF *DROIT DE SUITE* AND ITS IMPLEMENTATION IN DIFFERENT LEGAL SYSTEMS. 1. *Development*. 2. *Different ways of implementation*. 2.1. Artworks subject to the right. 2.2. Inalienable and unwaivable right. 2.3. Duration and beneficiaries after the artist's death. 2.4. Types of sales covered and value on which the right is based: is it payable only on the amount it has increased in value or on the work's gross resale price? 2.5. Minimum sale price to bring it into play. 2.6. Collection of the right. IV. LEGAL DIFFICULTIES. 1. *An inalienable and unwaivable economic right over a physical object belonging to a third party?* 1.1. Distinction between copyright on the work and property right over the copy. 1.2. An economic right of the author, yet inalienable and unwaivable. 1.3. Droit de suite on artworks not protected by copyright. V. THE DOGMA OF THE DROIT DE SUITE. 1. *Historical background*. 1.1. The Angelus, by Millet. 1.2. The sale of Scull's collection and

Robert Rauschenberg's work. 2. *Legal background*. 3. *Assumptions on how the art market works and the way in which artists would benefit*. 3.1. The artists always sell their work at bargain prices, and then collectors and art professionals turn extraordinary profits. 3.2. A great number of works of many artists are sold in the secondary market -otherwise, why implement a costly and complex system for the benefit of just a few artists. 3.3. Is the quality of the art the only relevant factor for the price of an artwork? How relevant, for the artist's future, is the fact that a work of his creation resells for a higher value on the secondary market? How is an artwork priced? 4. *The assumption that the visual artists operate at a disadvantage under the copyright law vis a vis authors of other types of protected works*. VI. CONCLUSION. VII. ANNEX. VIII. BIBLIOGRAPHY.

## I. INTRODUCCIÓN

Vendida una obra de arte, ciertos países reconocen al artista y a sus herederos un derecho inalienable –e inclusive irrenunciable– a participar en el producido de cada reventa de su obra. Para que el derecho se active, la reventa debe ser realizada con la intermediación de una casa de remates, de una galería o de una persona que se dedique profesionalmente a la venta de tales bienes. En el ámbito internacional, el Convenio sobre la Protección de las Obras Literarias y Artísticas<sup>1</sup> (en adelante, *Berna*) lo prevé en forma opcional y recíproca: los países miembros son libres de regular o no el derecho.

Este derecho, comúnmente referido como “droit de suite”, “derecho de participación”, “de secuencia” o “de reventa” (en adelante, *droit de suite*) es parte del régimen de derechos de autor, por lo que abarca las reventas de obras de arte protegidas por estos durante su periodo de vigencia, que, en la mayoría de los países, es equivalente a la vida del autor más un plazo de setenta años<sup>2</sup>.

Unos diecisiete países de habla hispana han legislado el *droit de suite*<sup>3</sup> desde hace al menos veinte años y solo uno, España, lo aplica; en el resto es letra

1. El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas es el instrumento legal más importante a nivel internacional en materia de derechos de autor. A la fecha, 197 países son miembros. El *droit de suite* está contemplado en el artículo 14 ter. Su texto completo puede ser consultado en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/60144/norma.htm>.
2. *Berna* establece estándares mínimos de protección que los países miembros deben reconocer y ordena que los países miembros no podrán establecer un plazo de vigencia de duración inferior a la duración de la vida de autor más un plazo de 50 años. En adelante, me referiré a este término como “vida más”. Si bien la mayoría de las legislaciones prevé “vida más 70 años”, hay países, tales como México, que prevén “vida más 100 años” y otros, como Canadá, de “vida más 50 años”.
3. Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay, República Dominicana, Salvador y Venezuela. En total en el mundo se legisla en 70 países. Cfr. información de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual disponible en [https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr\\_35/sccr\\_35\\_7.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_35/sccr_35_7.pdf).

muerta. Resulta sorprendente que, habiendo numerosos trabajos que tratan el tema, ninguno de ellos indague sobre por qué el *droit de suite* no se hace efectivo y, por el contrario, se insista con la cantidad de países que lo regulan como argumento válido para afirmar que el derecho está consolidado y que es necesaria su incorporación en todas las legislaciones<sup>4</sup>. En este contexto, en noviembre de 2019, se presentó en Argentina –por tercera vez– un proyecto de ley para incorporar el *droit de suite*<sup>5</sup> (en adelante, *proyecto argentino*).

Aunque atractivo a primera vista, el *droit de suite* no resuelve ningún problema –si es que este existiera– y, por el contrario, presenta serias complejidades conceptuales, jurídicas y de aplicación.

Conceptualmente, es un derecho fundado en prejuicios y suposiciones que parten de razones sentimentales que evidencian una falta de conocimiento o indiferencia sobre la información y datos publicados, sobre cómo funciona el mercado de obras de arte, así como sobre cuáles son los derechos de autor y su alcance en relación con las distintas obras protegidas por la propiedad intelectual. Sus defensores sostienen, por un lado, que **el artista se desprende de su creación a un valor bajo y que el adquirente –e intermediarios– se enriquecen años más tarde cuando el genio del artista es reconocido por la sociedad**. Por otra parte, alegan que **el artista no goza de los mismos derechos que los otros creadores de obras protegidas por la propiedad intelectual, tales como músicos y escritores, quienes continúan percibiendo regalías aún después de vendida su obra**.

En cuanto al primer argumento, resulta incomprensible que las mismas suposiciones que fueron invocadas hace cien años, en 1920, cuando se reguló

4. L. MARCHIONE, “Fundamentos para implementar el *droit de suite* para las artes visuales”, *La Ley* [en línea]. Dirección URL: <http://www.laley.thomsonreuters.com>. Cita online AR/DOC/3404/2013. En idéntico sentido, “El derecho de participación en las reventas: un trato justo para los artistas visuales”, *OMPI Revista*, 2017, disponible en [https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/es/2017/03/article\\_0001.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2017/03/article_0001.html).

Sam Ricketson, profesor en Melbourne Law School y árbitro de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), en el año 2015, a través de su informe presentado ante el Comité de la OMPI especializado en cuestiones relativas al derecho de autor y derechos conexos introduce el *droit de suite* en forma oficial en la agenda. Cfr: S. RICKETSON, “Proposed international treaty on droit de suite/resale royalty right for visual artists”, *Revue Internationale du Droit d’Auteur*, [en línea], disponible en <https://resale-right.org/wp-content/uploads/2016/03/rida-245-Ricketson-S-TAP.pdf>. Allí manifiesta que “*teniendo en cuenta la adopción progresiva de regímenes del derecho de participación por casi la mitad de los países miembros de la Unión de Berna, existe ahora un claro desequilibrio de la protección de los artistas plásticos en el mundo entre los países que reconocen el derecho de participación y los que no lo hacen. Hoy, esta situación afecta con particular dureza a los artistas americanos y chinos que no perciben remuneración alguna por la reventa de sus obras en los países que reconocen el derecho de participación*”.

5. ARGENTINA, *Proyecto de Ley (S-2974/19)*. Dirección URL: <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/parlamentaria/426679/downloadPdf>.



el derecho en Francia por primera vez y luego, en 1948, cuando se lo integró en *Berna* sean utilizadas hoy, a pesar de que la realidad del mercado del arte, de los artistas y sus obras no guarda relación alguna con aquellos momentos de la historia.

En ese sentido, la Directiva de la Unión Europea 2001/84/CE (en adelante, será mencionada como *Directiva*), expresa *El derecho de participación tiene como finalidad garantizar a los autores de obras de arte gráficas o plásticas una participación económica en el éxito de sus obras*<sup>6</sup>.

El *proyecto argentino*, entre sus fundamentos, señala que *es común que los artistas plásticos al comienzo de su carrera realicen la venta de sus obras a precios muy bajos, ante la necesidad de proveer a su subsistencia quedando al margen de la posterior explotación comercial que tales obras lleguen a alcanzar en las sucesivas ventas, a la par que el artista va ganando reconocimiento gracias a su talento y consagración*<sup>7</sup>.

En un estudio realizado para la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI o WIPO, por sus siglas en inglés) a favor de la adopción de un tratado sobre el *droit de suite*, Sam Ricketson expresa:

*“... una vez dicho esto, se puede decir que el coleccionista está aquí en la posición de un especulador que se embolsa beneficios excepcionales en el momento de la reventa y que una parte de esos beneficios debería por lo tanto ir al artista cuyos esfuerzos han contribuido a crear esta situación (por no hablar de los honorarios a menudo importantes que han ganado en el camino los intermediarios del mercado, tales como galerías, agentes y corredores...”*<sup>8</sup>.

Tanto en la esfera de la OMPI como en ámbitos académicos<sup>9</sup> o en proyectos legislativos –tal como el presentado en Argentina– se repiten los mismos argumentos: **es justo que el artista participe en el mayor valor de la obra de arte** y, sin embargo, el derecho se aplica sobre el valor de reventa de la obra, con total indiferencia de si ese valor es igual, menor o superior al pagado originariamente al artista<sup>10</sup>.

Estudios realizados en países en los que el derecho es efectivo, así como el que he llevado a cabo en Argentina para este trabajo (a fin de evaluar cuál

6. UNIÓN EUROPEA. PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO, *Directiva 2001/84*, del 27.09.2001, punto 3. Recuperado de dirección URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:32001L0084>.

7. Ver nota 4.

8. S. RICKETSON, *op. cit.*

9. L. MARCHIONE, *op. cit.*

10. Salvo en Brasil (Decreto N.º 9610/98, art. 38, *Cfr.* Brasil-Ley-derechos-de-autor-y-derechos-conexos-1998-9610.pdf) y Chile (Ley 17 336, del 02.10.1970, art. 36, dirección URL: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=28933>), donde el derecho se aplica solo sobre el plusvalor que obtenga la obra en la reventa.



sería el impacto que tendría el derecho para la comunidad artística en caso de incorporarse en Argentina), muestran que lo que se recauda por este derecho beneficia (o beneficiaría, en el caso de Argentina) solo a unos pocos artistas que ya han fallecido, por lo que, en la práctica, son (o serían) sus herederos o legatarios quienes se ven (o verían) beneficiados.

El otro argumento que se esgrime, como ya mencionara más arriba, sostiene que **es justo que los artistas tengan los mismos derechos de autor que otros creadores**. Este argumento pasa por alto que todos los autores de obras protegidas por la propiedad intelectual tienen los mismos derechos. Lo que sucede es que los derechos autorales pueden tener diferente valor de acuerdo con los distintos tipos de obras protegidas. Sin embargo, ningún derecho de autor es inherentemente *más* justo que otro. Para cualquier autor, artista o novelista, el aspecto crítico es si habrá demanda de sus obras, ya sea que estas existan en una sola o en múltiples copias. Asimismo, algo que ha cambiado en los últimos años a favor de los artistas plásticos es la facultad que tienen de explotar sus obras en múltiples copias o ejemplares, así como también ejercer el control de su reproducción en artículos u objetos de distribución masiva.

Jurídicamente, el *droit de suite* es un derecho incluido en el régimen de los derechos de autor, pero es ajeno a la propiedad intelectual. ¿Dar al artista visual un interés económico sobre el objeto físico, sujeto a una eventual venta posterior, es un beneficio semejante al que gozan otros creadores cuando cobran regalías por cada reproducción de su obra? ¿Es razonable dar un derecho económico pero inalienable –e inclusive irrenunciable en algunas jurisdicciones– cuando todos los autores a los que quiere igualárselos gozan de derechos económicos de absoluta libre disponibilidad?

Por último, en relación con su implementación, la experiencia en los países de Europa que lo aplican muestra que el derecho es de costosa y compleja administración, y presenta serias dificultades que no justifican el magro beneficio que llega a unos pocos artistas, ya exitosos. Por lo tanto, cabe preguntarse cuáles serían las consecuencias que traería aparejada su incorporación –y aplicación– en países con mercados secundarios pequeños y débiles, tal como el de Argentina.

Sorprendentemente, si bien hay suficientes razones que desaconsejan su regulación, hay una tendencia global y cierta presión internacional para que el derecho se integre en las legislaciones de todos los países<sup>11</sup>.

11. Desde 2014, la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC) ha emprendido una campaña activa con miras a promover, en la agenda internacional sobre el derecho de autor, las cuestiones relativas a los derechos de participación del artista en las reventas, y reclama una reforma legislativa que permitiría a los artistas visuales obtener beneficios cada vez que se revendan sus obras. Cfr: “El derecho de participación ocupa el primer plano en la conferencia del CIAGP en

Mi objetivo en este trabajo es desvelar el *droit de suite* y aportar un estudio que permita reflexionar sobre sus reales complejidades y presuntos beneficios ante la posibilidad que el *droit de suite* sea incorporado a la legislación argentina. A tal fin, voy a analizar la veracidad de los argumentos que se alegan para reconocerlo; las historias que lo alimentaron en su origen y evolución; las distintas modalidades en las leyes de los países que lo regulan, así como las complejidades de orden jurídico y práctico que presenta. Haré primero una breve introducción al lector sobre el funcionamiento del mercado de arte, espacio al que pocos juristas ingresan al tratar este tema y que resulta necesario conocer para ponderar las suposiciones descriptas sobre las que se apoya el *droit de suite*.

Debiéramos aspirar a la racionalidad como base de las políticas legislativas y que estas busquen resolver problemas constatados objetivamente de la manera más eficiente y que favorezcan a la mayor cantidad de interesados involucrados. Para ello, es necesario conocer los hechos y datos que arroja la realidad y, con base en ellos, ponderar cuáles son las vías aptas para dar una solución al problema o necesidad. Cuando las leyes son promulgadas sobre la base de prejuicios y posiciones subjetivas desconociendo la realidad, los propósitos y los costos/beneficios, pierden legitimidad y no son observadas. Tal vez sea esa una de las razones por las que la aplicación práctica del *droit de suite* no es exitosa.

## II. EL ENTORNO DEL MUNDO DEL ARTE

La constitución de los valores artísticos es el resultado de la articulación del campo artístico y el mercado. En el campo artístico se producen y se revisan las evaluaciones estéticas. En el mercado se realizan las transacciones y se elabora los precios. Si bien ambos tienen su propio sistema para el establecimiento del valor, estos dos circuitos mantienen una estrecha interdependencia en sus relaciones<sup>12</sup>.

---

Buenos Aires" [en línea], 18.05.2015. Recuperado de Dirección URL: <https://es.cisac.org/Sala-deprensa/Articulos/El-derecho-de-participacion-ocupa-el-primer-plano-de-la-conferencia-del-CIAGP-en-Buenos-Aires>. En ese sentido, el informe del profesor Ricketson antes citado, en su p. 6, dice lo siguiente: "*Teniendo en cuenta la adopción progresiva de regímenes del derecho de participación por casi la mitad de los países miembros de la Unión de Berna, existe ahora un claro desequilibrio de la protección de los artistas plásticos en el mundo entre los países que reconocen el derecho de participación y los que no lo hacen*". Por mi parte, soy de la opinión de que los principales interesados en que se universalice el derecho son los países que lideran el mercado de arte contemporáneo en Europa, en contraposición a los principales mercados que no lo legislan: Estados Unidos y China. Para insistir en la universalización del derecho se sostiene que 16 países en Latinoamérica y otros 16 en África lo contemplan, argumentado que tal dato es prueba de que es un derecho consolidado. Sin embargo, omiten precisar que, pese a que tales leyes lo regulan, esos países jamás lo han puesto en práctica.

12. R. MOULIN, *El mercado del arte: mundialización y nuevas tecnologías*, La marca editora, Buenos Aires, 2012, p. 13.

Además de los artistas, participan del llamado “mundo del arte” los gale-ristas, historiadores del arte, críticos de arte, la prensa, los museos, curadores, coleccionistas y fundaciones y asociaciones que realizan ferias. Los Gobier-nos, obviamente, también afectan su funcionamiento mediante la legislación –como la que aquí nos ocupa–, así como por medio de financiamiento de programas artísticos, becas e incentivos fiscales. Antes de referirme a cada uno de los participantes, considero necesario explicar que el mercado de obras de arte se distingue entre primario y secundario.

Se habla de “mercado primario” cuando la obra es vendida por primera vez por el artista. Así, se dice que las obras llegan a este mercado cuando es el artista quien transfiere su obra a un tercero, que puede ser una persona física o una institución, ya sea directamente o con la intervención de una galerista o de personas que se dedican a promover artistas o a asesorar a coleccionistas en la compraventa de obras de arte. En algunos países, desde hace más de diez años, las casas de remates participan también en este segmento, otrora privi-legio de las galerías. Un ejemplo en el cual el artista pasó por alto el camino tradicional de taller/galería fue el del británico Damien Hirst, quien subastó sus últimas 223 obras en la casa Sotheby’s, en Londres, en el año 2008<sup>13</sup>.

Una obra entra en el “mercado secundario” con las ventas subsiguientes a esa primera venta, es decir, ya no es el artista quien se desprende de la pro-piedad de la obra, sino un tercero quien lo hace. Si bien las casas de remates son las principales protagonistas de este segmento del mercado, las galerías y otros intermediarios también se ocupan de la reventa de obras de arte<sup>14</sup>.

Mientras que en el mercado primario participan todos los artistas plásticos, el secundario es mucho más selectivo y, por razones que tienen que ver con diversos factores, tales como la carrera del artista o la moda, llegan a él sola-mente las obras de unos pocos. Los hechos, tal como analizaré más adelante, muestran que solo un porcentaje muy pequeño participa de este mercado y, por lo general, con muy pocas obras.

En el caso de Argentina, si bien no hay censos oficiales, existe un registro de artistas en el Fondo Nacional de las Artes, en el que se hayan inscriptos más

13. Por primera vez, una casa de subastas puso a la venta obras directamente del estu-dio de un artista vivo, sin intermediarios como galerías o agentes, y sin que proven-gan de un coleccionista. Cf: F. JARQUE KREBS, “Mucho arte para... ¿el fraude?”, *El País*, 4.10.2008. Dirección URL: [https://elpais.com/diario/2008/10/05/sociedad/1223157602\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2008/10/05/sociedad/1223157602_850215.html).

14. Dado que el *droit de suite* es un derecho incorporado en el régimen de los derechos de autor, incumbe solo a una fracción de este mercado (mercado de postguerra y con-temporáneo), que son aquellas obras que se encuentran dentro del periodo de pro-tección de los derechos de autor, es decir, en la mayoría de los casos, obras de artistas vivos y/o muertos hace menos de 70 años.

de 100.000 artistas<sup>15</sup>. De entrevistas con participantes del ámbito académico y galeristas, y de artículos de prensa, podemos decir que sería conservador sostener que hay unos 20.000 artistas visuales activos. Como veremos más adelante, los datos realizados analizados para este estudio indican que, durante el año 2017, participaron del mercado de ventas de remates públicos solamente obras correspondientes a 558 artistas, de los cuales un 67% había muerto<sup>16</sup>.

## 1. LOS ACTORES DEL MUNDO DEL ARTE

Trataré de realizar una reseña de quiénes participan en el mundo del arte, tanto en el mercado primario como en el secundario.

### 1.1. Los artistas y la galería

Los artistas hacen o conciben sus obras, pero, por lo general, no son ellos quienes se ocupan de su venta, sino que recurren a galeristas para que los promocionen y las vendan. La forma más común en que artista y galerista se vinculan es a través de la consignación de obras<sup>17</sup>. Durante el siglo XX, era frecuente que el galerista adquiriera obras al artista o le adelantara fondos a cambio de un derecho de preferencia en la elección de estas, tal como fue el caso del famoso galerista Paul Rosenberg, amigo personal y representante de artistas como Picasso y Matisse<sup>18</sup>. Otra modalidad consistía en adquirir las obras por adelantado, como lo hizo el galerista Leo Castelli, en los años 60/70, quien revolucionó la forma en que aquellas se creaban y vendían, dado que pagaba a sus artistas valores en una escala nunca antes vista, sin importar si sus obras se vendían o no<sup>19</sup>.

Las galerías promueven a los artistas realizando *vernissages* participando en ferias, publicando catálogos en los que se describen al artista y su obra

15. FONDO NACIONAL DE LAS ARTES DE ARGENTINA, 27.01.2020 [video]. Dirección URL: [https://www.youtube.com/watch?v=S2rA9QORDgU&feature=emb\\_logo](https://www.youtube.com/watch?v=S2rA9QORDgU&feature=emb_logo).

16. Ver punto 3.2 del capítulo V siguiente.

17. En Argentina, de acuerdo con consultas realizadas con directoras de las galerías locales MCMC y Hache, ambas miembros de la Cámara Argentina de Obras de Arte. Respecto de España, conforme los datos de la obra. C. Mc ANDREW, "Cuadernos arte y mecenazgo: el mercado español de arte" [en línea], Barcelona, Fundación Bancaria La Caixa. Dirección URL: [https://coleccion.caixaforum.com/documents/10180/2956113/05\\_aym\\_elmercadoespanoldelarte2017\\_es.pdf/bd80fd1f-f5bb-6bb8-16d7-571b7ce34a20](https://coleccion.caixaforum.com/documents/10180/2956113/05_aym_elmercadoespanoldelarte2017_es.pdf/bd80fd1f-f5bb-6bb8-16d7-571b7ce34a20).

18. Al respecto, véase el artículo publicado por D. BÉTARD, "Paul Rosenberg ou l'itinéraire mouvementé d'un marchand d'art visionnaire", *Beaux Arts Magazine*, 19.05.2017. Dirección URL: <https://www.beauxarts.com/expos/paul-rosenberg-ou-litineraire-mouvemente-dun-marchand-dart-visionnaire/>.

19. P. SCHIELDAHL, "Leo the Lion, How the Castelli gallery changed the art world", *The New Yorker*, 3 de mayo de 2010 [en línea]. Dirección URL: <http://www.newyorker.com/magazine/2010/06/07/leo-the-lion>.

(muchas veces con un guion curatorial), así como también tendiendo redes con coleccionistas, prensa, críticos y personal de museos. En cierto sentido, la galería es la marca del artista, es la carta de presentación. Cuanto mayor es su jerarquía, más respaldo tiene el coleccionista en ella, ya que gran parte de los compradores no tiene elementos objetivos para determinar la calidad del artista o de la obra cuando se trata de artistas jóvenes o emergentes.

En algunos países del mundo, hay galerías que, muchas veces, seleccionan a los compradores, quienes hacen listas de espera para adquirir obras de sus artistas<sup>20</sup>. En ciertos casos, incluso controlan las obras del artista después de haberlas vendido e intentan encontrar compradores para obras en el mercado secundario. Algunas hasta pujan por obras consignadas a subasta para garantizar la estabilidad del mercado del artista y evitar que la obra no se venda o que se venda a bajo precio en un espacio público. A veces, aún van más allá y requieren que los compradores de obras de ciertos artistas en el mercado primario firmen un acuerdo en el que se aseguran que las obras se revenderán exclusivamente a través de ellos o que serán donadas a un museo, para no arriesgarlas a influencias perjudiciales mediante la venta en el sector de subastas<sup>21</sup>. El valor de las obras de un artista puede dañarse si una de ellas sale a subasta y tiene un mal desempeño o no se vende. El prestigio de la galería que representa al artista, así como las reacciones de la prensa, de la crítica especializada, de curadores y de quienes adquieren sus obras marcarán el puntapié inicial para que el artista siga creando y pueda crecer como tal.

Conforme distintos galeristas de Argentina, la galería es una “*intermediaria necesaria entre los distintos agentes de las artes visuales: artistas, instituciones, coleccionistas, proveedores. Su función es la de dar visibilidad al artista, comercializar la obra y seguimiento (ayudar a hacer su carrera). El galerista es también, de algún modo, un curador*”<sup>22</sup>. De igual manera, en España, “*Las ventas de galería dominan y representan el valor principal del mercado primario. La galería es también el lugar donde los artistas obtienen los precios más altos en el mercado primario y donde forjan sus carreras y su presencia en el mercado*”<sup>23</sup>.

20. Cfr. [https://imgpublic.artprice.com/pdf/art\\_stage\\_2013\\_fr.pdf](https://imgpublic.artprice.com/pdf/art_stage_2013_fr.pdf); H. BELLET, “A New York, le marché des jeunes artistes est gagné par la fièvre”, 11.05.2005, *Le Monde* [en línea]. Dirección URL: [https://www.lemonde.fr/culture/article/2005/04/11/a-new-york-le-marche-des-jeunes-artistes-est-gagne-par-la-fievre\\_637758\\_3246.html](https://www.lemonde.fr/culture/article/2005/04/11/a-new-york-le-marche-des-jeunes-artistes-est-gagne-par-la-fievre_637758_3246.html); A. COHEN, “7 art dealers reveal how gallery waiting lists really work”, *Art Market* [en línea], 23.01.2020. Dirección URL: <https://www.artsy.net/article/artsy-editorial-7-art-dealers-reveal-gallery-waiting-lists-work>.

21. C. Mc ANDREW, *op. cit.*, p. 45.

22. M. MAYER, “Galeristas jóvenes: cómo hacen del arte un negocio y una forma de vida”, *Clarín.com VIVA* [en línea], 13.10.2019. Dirección URL: [https://www.clarin.com/viva/galeristas-jovenes-hacen-arte-negocio-forma-vida\\_0\\_njKKqasw.html](https://www.clarin.com/viva/galeristas-jovenes-hacen-arte-negocio-forma-vida_0_njKKqasw.html).

23. C. Mc. ANDREW, *op. cit.*

Aunque poco común, hay artistas que se dedican a promocionar y vender su obra, como es el caso del artista argentino Eugenio Cuttica, que cuenta con su propio espacio de exhibición y venta de obras<sup>24</sup>.

### 1.2. Las casas de remates

Las casas de subastas, salvo algunas excepciones, tal como mencioné al referirme a Hirst, venden obras de mercado secundario. Estas ventas, a diferencia de las realizadas en galerías, son eventos públicos, presenciales o virtuales y, en general, cualquiera puede ver las obras y los valores por los que se ofrecen a la venta. En ocasiones, las casas de subastas intervienen como expertos y consejeros de coleccionistas; curan las obras que van a rematar como una exposición.

Hasta hace un par de años, en Argentina, era común que estas instituciones publicaran catálogos con las descripciones de los lotes ofrecidos a la venta y su precio de base, así como que luego se hicieran públicos los valores alcanzados. En la actualidad, este no es el caso: pocos resultados se dan a conocer.

### 1.3. Los museos

Los museos de arte contemporáneo constituyen, por el aura del lugar y también por el peritaje del curador, la instancia superior de validación del arte<sup>25</sup>. Los artistas se benefician enormemente cuando un museo organiza muestras con sus obras, ya sea en exhibiciones individuales, grupales o retrospectivas. En el caso de artistas emergentes, les da reconocimiento frente al público y visibilidad frente al coleccionismo. Cuando un museo adquiere su obra, le da validación y esto luego se traduce en mayor valor económico del *corpus* de su creación. Algunas veces, los museos encargan obras, lo que también mejora la reputación y carrera del artista.

### 1.4. Los curadores

A diferencia del concepto de derecho civil, el cual alude a la figura encargada de representar a una persona incapaz, en el arte se llama curador o comisario a aquella persona que está involucrada en muchas de las funciones de un museo. Los curadores influyen enormemente en la determinación de qué se considera arte, en qué vemos en galerías y museos y, como resultado, ayudan a determinar sobre qué escriben los críticos de arte.

24. Espacio Enso, Buenos Aires, Argentina. <https://es.foursquare.com/v/espacioenso/5434911c498es44f09db0bb1>.

25. R. MOULIN, *op. cit.*, p. 40.

Actores culturales por excelencia, en consonancia con críticos y galeristas, descubren talentos, invalidan o confirman reputaciones y elaboran una jerarquía de valores estéticos. Definiendo de esta manera la oferta artística, intervienen como mandatarios, informan y forman la demanda, de la cual constituyen ellos mismos un segmento determinante<sup>26</sup>. También juegan un papel clave en el proceso de adquisición y selección de instituciones, decidiendo cómo asignar los presupuestos y decidiendo qué obras se exhiben. Finalmente, los curadores deciden cómo se cuelgan las obras en las galerías y cómo el público asistente experimentará la exposición, mostrando las obras de arte de una manera coherente y entretenida.

### 1.5. Los coleccionistas

Una mezcla de motivaciones lleva a las personas a adquirir obras de arte: por placer, por conocer a los artistas, por pertenecer a ciertos grupos sociales, por lo que ellas representan, por inversión. Comprar arte, en ocasiones, ofrece un sentido de comunidad, engendra sentimientos de distinción social y, según algunos coleccionistas, incluso llena un vacío espiritual.

La pasión del coleccionista es “la porfiada y subversiva protesta contra lo típico, lo clasificable”. El coleccionar es así el reproche contra aquello que solo existe dentro de un tipo general, de una clasificación o taxonomía que no reconoce el valor particular del “objeto único” al que el coleccionista es fiel. Un objeto particular no absorbido por lo general y lo abstracto<sup>27</sup>.

Según los resultados de un estudio llevado a cabo por la fundación británica Artquest, un alto porcentaje de quienes compran arte lo hacen por la felicidad que les da vivir con obras de arte y no como inversión<sup>28</sup>. Muchos coleccionistas son fundamentales en el desarrollo de la carrera del artista, al mantener lazos importantes con ellos e, inclusive, con las galerías<sup>29</sup>. En este sentido, la coleccionista venezolana Patricia Phelps de Cisneros sostuvo, en una entrevista, que coleccionar para ella era “*sobre todo una responsabilidad con el artista, con la cultura, con la memoria histórica y con el patrimonio físico e intelectual de los artistas. Es fácil comprar; lo difícil es cuidar, conservar*”.

26. R. MOULIN, *loc. cit.*

27. W. BENJAMIN, “Alabanza de la muñeca. Un comentario sobre las muñecas y títeres de Max von Boehen”, citado por E. IERARDO, “La sensible lucidez de Walter Benjamin”, *La Nación* [en línea], 26.09.2020. Dirección URL: <https://www.lanacion.com.ar/opinion/la-sensible-lucidez-de-walterbenjamin-nid2460079>.

28. Artquest es una organización sin fines de lucro, fundada por el British Council, que investiga sobre las condiciones de los artistas visuales para desarrollar la información, el asesoramiento y los proyectos profesionales que necesitan. *ARTQUEST.ORG.UK*, “Own Art: How and why do collectors collect?” [en línea]. Dirección URL: <https://www.artquest.org.uk/how-to-articles/how-and-why-do-collectorscollect/>.

29. M. MAYER, *op. cit.*



*y entender, pero es allí donde para mí el coleccionismo se vuelve algo realmente interesante*<sup>30</sup>.

En países anglosajones y en Asia, en concordancia con el tamaño de sus economías, se puede distinguir a megacoleccionistas, que han colaborado con las galerías en el establecimiento de la jerarquía social y económica de los artistas y de sus obras. La participación de estos megacoleccionistas en los consejos de administración de los grandes museos asegura la presencia de aquellos artistas a los que ellos apoyan en las instituciones culturales.

En países como Argentina, el coleccionismo ha sido fundamental no solo para el desarrollo del artista, sino para el nacimiento de los museos. El coleccionismo antecedió a la institución museística, tal como sucedió con los distintos museos de bellas artes, de fotografía y con el primer museo de antropología y de paleontología.

### 1.6. Las ferias de arte

Las ferias de arte contemporáneo ocupan hoy un espacio fundamental para el artista y para las galerías. Se exhiben allí todo tipo de expresiones artísticas, abriendo paso a artistas jóvenes, pero también dando espacio a los ya más consagrados. En un mismo lugar, pueden verse artistas y galerías de distintos lugares o regiones. Las ferias son, por lo general, organizadas por instituciones sin fines de lucro, tal como es el caso de ArteBA, en Argentina. En ellas se trabaja promocionando la producción artística contemporánea y convocando público para el desarrollo y fortalecimiento del mercado del arte. Son también lugar de encuentro para la discusión del estado del arte; se convocan a curadores y teóricos que exponen o debaten acerca de temas de interés cultural. En el caso de ArteBA, constituye el evento cultural más importante de año y genera otras actividades paralelas enriquecedoras, tales como visitas a colecciones, a talleres de artistas y conferencias vinculadas a la actualidad del mundo del arte. Asimismo, muchas de las ferias desarrollan diversos programas en los que participan artistas consagrados y emergentes, y también otorgan premios más que esperados y deseados por la comunidad artística.

## 2. LOS MERCADOS DE OBRAS DE ARTE Y EL VALOR DE UNA OBRA

En el mundo, la fortaleza de los mercados de arte está muy vinculada con la escala y salud de la economía, y con el marco legal que, de forma directa

30. A. LUCAS, "Patricia Phelps de Cisneros incrementa la colección del Museo Reina Sofía", *El Mundo* [en línea], 11.03.19. Dirección URL: <https://www.elmundo.es/cultura/literatura/2019/03/11/5c8687e1fc6c8316058b4694.html>.



e indirecta, regula aspectos vinculados con la creación, la venta y la circulación de las obras.

En Latinoamérica, los mercados de arte no son importantes en término de valor ni de protagonismo<sup>31</sup>. Las economías son inestables, pequeñas y débiles, y el marco regulatorio no es favorable para el movimiento de obras de arte contemporáneo-moderno, que es el segmento del arte relevante para el *droit de suite*. Un ejemplo de un régimen legal desventajoso para el artista se ve, en la Argentina, en las normas de circulación internacional de las obras de arte contemporáneas. La ley establece que toda persona –incluido el propio artista– que, por cualquier razón, ya sea venta, exposición o mudanza, desee exportar o ingresar una obra de arte, tanto si es de su autoría como si lo es de un tercero, vivo o muerto hace menos de 50 años, debe comunicar tal situación al Ministerio de Cultura. Si el artista murió hace más de 50 años o si la obra fue hecha hace más de 50 años, sin importar su valor, se debe solicitar un permiso de dicho organismo; tanto el permiso como la licencia tienen una duración máxima de un año<sup>32</sup>. En una jurisdicción donde la casi totalidad del mercado de arte es de obras modernas-contemporáneas, leyes como la citada importan un perjuicio para el desarrollo de los artistas locales y su proyección internacional.

En cuanto al valor de la obra y el *droit de suite* existe la atractiva discusión sobre si la obra de arte tiene un valor intrínseco que es tardíamente reconocido o si el precio es el producto de una serie de variables ajenas al artista y a la obra, y que está más vinculado con la interacción de los distintos aspectos aquí descriptos.

Es interesante que, si bien las obras de arte son bienes que están en el comercio, tienen ciertas características que no encontramos en otros bienes: solo se venden en una galería, en el taller del artista, en una casa de remates o en sitios web especializados; sus cualidades no son necesariamente objetivas y los coleccionistas no siempre pueden evaluar la calidad y valor de una obra de arte sin la ayuda de alguno de los otros agentes que mencioné más arriba. Respecto de la mayor parte de los bienes que compramos, su valor no depende de lo que haga a futuro quien nos lo provee ni de quién más adquiera sus producciones. Si compramos una casa, su valor no dependerá de lo que el arquitecto construya a futuro ni de quién más le encargue una obra. Lo mismo puede decirse en relación con otros bienes, como una joya o un reloj. Con las obras del arte eso no es así; es muy común que, al informarse sobre la

31. Cfr. C. Mc ANDREW, *op. cit.*, p. 20. Allí se indica que los países de Latinoamérica entrarían en el grupo de “otros países” y que en total representan solo 3% del mercado global.

32. ARGENTINA, Ley 24.633, artículo 13, incisos 1 y 2, disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/36488/texact.htm>.

inauguración de una muestra o de una feria de arte, la prensa comente, como un hecho relevante, quiénes fueron los adquirentes. Y asimismo será relevante si el artista sigue haciendo arte, o si solo fue un *hobby* de un momento de su carrera, o si fallece joven y la escasez de su obra –como es el caso de Basquiat– es un factor fundamental en su apreciación en valor.

Entre muchos de los defensores del *droit de suite*, hay una clara aversión hacia el mercado de arte, una especie de resentimiento respecto de los coleccionistas o del hecho de que las obras de arte puedan comprarse y venderse. Así, coleccionistas y galeristas son siempre vistos como especuladores que explotan a la comunidad artística<sup>33</sup>.

### III. EVOLUCIÓN DEL *DRÖIT DE SUITE* EN LAS LEGISLACIONES Y SU IMPLEMENTACIÓN

#### 1. EVOLUCIÓN

El *droit de suite* fue regulado por primera vez en Francia por la ley del 22 de mayo de 1920 como parte del sistema de los derechos de autor. La ley estableció un derecho inalienable a favor de los autores *de pinturas, esculturas y dibujos originales que representaran la creación del autor en las reventas de tales obras en remates públicos por el lapso de duración de los derechos de autor*<sup>34</sup>. En el año 1957, se extendió la aplicación a ventas realizadas por galerías, aunque tal extensión no se hizo efectiva sino hasta el año 2006, cuando entró en vigor la *Directiva*.

Para mediados del siglo XX, ya varios países de Europa tenían en su legislación el *droit de suite* y todos, salvo Italia<sup>35</sup>, establecían el derecho sobre el valor de reventa, si bien con distintas modalidades. En Latinoamérica, Uruguay fue el primer país en introducirlo en su legislación en el año 1937, pero, a la fecha, el derecho nunca ha sido aplicado<sup>36</sup>. Progresivamente, el derecho se fue integrando a varias legislaciones de Latinoamérica, aunque con distintas modalidades. Según Liliane de Pierredon-Fawcett, en su obra sobre *droit de suite* del

33. M. DELNEGRO y N. LONGO, “Las condiciones laborales y de producción en las Artes Visuales. Algunas reflexiones sobre el Derecho de Participación”, *Revista Latinoamericana de Antropología del Trabajo* [en línea], vol. 4, n.º 8, 2020. Dirección URL: <http://www.ceilconicet.gov.ar/ojs/index.php/lat/article/view/730/588>.

34. Traducción libre de la autora del texto de la ley en idioma francés. El texto en francés puede consultarse en la dirección URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000869168/>.

35. ITALIA, *Ley italiana de derecho de autor*, 22 de abril de 1941, *Gazzetta Ufficiale* n. 166 del 16 de julio de 1941. Puede ser consultada en italiano en la dirección URL: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/1941/07/16/166/sg/pdf>.

36. Consultadas para este trabajo tres galerías y una casa de remates del Uruguay, todas dieron la misma respuesta.

año 1991, “entre las 29 legislaciones que lo contemplan, 24 lo aplican muy poco, o casi nada”<sup>37</sup>.

En el ámbito internacional, en el año 1928, Francia propuso sin éxito su integración en *Berna*, pero debió esperar hasta el año 1948 para su efectiva incorporación y, dado que había países opositores al reconocimiento de ese derecho, su regulación se dejó como facultativa para los Estados<sup>38</sup>. *Berna* subordina la aplicación del derecho a una condición de reciprocidad: el pago del *droit de suite* es posible solo cuando la legislación nacional del autor lo admita, y el alcance del derecho es el que establezca la legislación del país en el que se reclama el derecho<sup>39</sup>. En este sentido, en los cuadernos de la OMPI se expresa que “el reconocimiento del derecho de participación no es una obligación mínima, sino una mera opción en virtud del Convenio”<sup>40</sup>.

El derecho se incorporó en artículo 14 bis (actualmente 14 ter) con el siguiente texto:

“[‘Droit de suite’ sobre las obras de arte y los manuscritos: 1. Derecho a obtener una participación en las reventas; 2. Legislación aplicable; 3. Procedimiento]

1) *En lo que concierne a las obras de arte originales y a los manuscritos originales de escritores y compositores, el autor –o, después de su muerte, las personas o instituciones a las que la legislación nacional confiera derechos– gozarán del derecho inalienable a obtener una participación en las ventas de la obra posteriores a la primera cesión operada por el autor.*

2) *La protección prevista en el párrafo anterior no será exigible en los países de la Unión mientras la legislación nacional del autor no admita esta protección y en la medida en que la permita la legislación del país en que esta protección sea reclamada.*

3) *Las legislaciones nacionales determinarán las modalidades de la percepción y el monto a percibir”.*

Si bien durante los años 70 y 80 hubo intentos de parte de la OMPI para expandir el ámbito de aplicación territorial del derecho, estos no fueron efectivos<sup>41</sup>.

37. L. de PIERREDON-FAWCETT, *The droit de suite in literary and artistic property*, Center for Law and the Arts, Columbia University School of Law, 1991, p. 106.

38. S. RICKETSON y J. GINSBURG, *International Copyright and neighbouring rights: The Berne Convention and beyond*, Oxford University Press, 2.ª ed., 2006.

39. Artículo 14 ter de *Berna*. Su texto puede ser consultado en la dirección URL: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/60144/norma.htm>.

40. OMPI, *Guía Sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos Administrados por la OMPI* [en línea]. Dirección URL: <https://www.wipo.int/publications/es/details.jsp?id=361&plang=ES>.

41. OMPI, documento CE/MPC/1/2-II, 11 de agosto de 1989.

Llegamos al año 2000 con un derecho con poca o ninguna observancia en los países que lo regulaban. En la Unión Europea, estaba legislado en once países de los quince que la componían en ese entonces, pero solo se aplicaba en forma efectiva en ocho de ellos<sup>42</sup>. Francia, su principal defensora, es el segundo mercado de arte de Europa, después de Inglaterra<sup>43</sup>, país históricamente opositor al derecho, que no lo contemplaba hasta entonces, al igual que tampoco lo hacían Austria, Holanda e Irlanda.

A fin de armonizar el derecho y de obligar a los Estados que no lo reconocían a incorporarlo en su legislación, el Parlamento y Consejo Europeo dictaron la *Directiva*<sup>44</sup> con los contenidos mínimos que deben incluir en sus leyes los países de la Unión al respecto. Dicha *Directiva* otorgó un plazo para su implementación y dispuso la obligatoriedad de su aplicación para el 1 de enero de 2006. En el considerando 13, expresa lo siguiente:

*“La existencia de justas condiciones de competencia es un requisito indispensable para el correcto funcionamiento del mercado interior; las diferencias entre las disposiciones nacionales sobre el derecho de participación del autor distorsionan la competencia, deslocalizan las operaciones de venta dentro de la comunidad y originan diferencias de trato entre artistas en función del lugar en que se vendan”.*

Inglaterra aceptó incorporar el derecho a cambio de ciertas concesiones, entre ellas que se postergara allí, hasta el año 2012, su aplicación respecto de las obras de artistas muertos y que la Comisión Europea entrara en negociaciones para que el derecho sea obligatorio en *Berna*<sup>45</sup>, de forma tal que ciertos países, como los Estados Unidos y Suiza, introduzcan el derecho en sus legislaciones. En este sentido, en el considerando 7, se expresa que

*“... el proceso de internacionalización del mercado de arte moderno y contemporáneo de la comunidad en un contexto normativo en el que pocos estados fuera de la Unión Europea reconocen el derecho de participación, hace esencial que la Comunidad inicie negociaciones en el ámbito exterior para establecer la obligatoriedad del artículo 14 ter del Convenio de Berna”.*

42. C. Mc ANDREW y L. DALLAS-CONTE, *Implementing Droit de Suite (artists' resale right) in England*, The Arts Council of England, 2002 [en línea]. Dirección URL: [https://www.academia.edu/7553610/Implementing\\_Droit\\_de\\_Suite\\_artists\\_resale\\_right\\_in\\_England](https://www.academia.edu/7553610/Implementing_Droit_de_Suite_artists_resale_right_in_England).

43. ARTPRICE, *Artprice Report – 20 Years of Contemporary Art Auction History* [en línea], 2020. Dirección URL: <https://imgpublic.artprice.com/pdf/the-contemporary-art-market-report-2020.pdf>.

44. El texto de la Directiva puede consultarse en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32001L0084>.

45. Conforme informe presentado por G. DANBY y P. WARD, *Artist's resale right*, de fecha 1.07.2010, publicado por la House of Commons Library, UK Parliament, Standard note SN/HA/4781, p.8, disponible en <https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/sn04781/>.

Desde la armonización del derecho, tanto la Unión Europea como la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC) han puesto, en la agenda de la OMPI, la obligatoriedad del *droit de suite*, y esa presión se evidencia en variados seminarios y reuniones sobre el tema en oficinas regionales de derechos de autor<sup>46</sup>. El derecho no está regulado ni en los Estados Unidos de Norteamérica, ni en el Canadá, ni en la China. Varios proyectos, con distintas modalidades, se han presentado en el Congreso de los Estados Unidos; el último, en el año 2017, para el cual se encargó un estudio a la Oficina de Derechos de Autor, que realizó consultas a distintos participantes del mundo del arte y a académicos<sup>47</sup>.

En el año 2010, el derecho fue incluido en la legislación australiana, con una modalidad única, tal como comentaré más adelante, ya que solo se efectiviza en reventas de obras creadas con posterioridad a la promulgación de la ley. En Argentina, se ha presentado un mismo proyecto en tres oportunidades; la última presentación es contemporánea con la realizada en la legislatura de Chile para modificar allí la modalidad en la que opera el derecho y regularlo con características similares al presentado en el Congreso argentino<sup>48</sup>. El *proyecto argentino* no contiene ningún estudio empírico del mercado de arte local, ni tampoco tiene en cuenta que, en este país, a diferencia de todas las demás jurisdicciones que contemplan el *droit de suite*, existe el llamado “dominio público pagante”, cuyos fondos financian las artes y promueven la creación artística. Este sistema establece que, expirados los plazos de vigencia de los derechos de autor (de artistas nacionales o extranjeros), debe pagarse al Fondo Nacional de las Artes por el uso de obras que de otro modo estarían en el dominio público<sup>49</sup>.

46. Desde 2014, la CISAC y otros interesados han emprendido una campaña activa con miras a promover en la agenda, conforme lo señalado en [https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/es/2017/03/article\\_0001.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2017/03/article_0001.html). La CISAC aboga por la adopción universal del derecho de participación de los artistas visuales y por la firma de un nuevo tratado internacional que haría que este derecho fuera obligatorio. Desde 2013, la CISAC ha llevado a cabo una serie de eventos de gran éxito en el seno del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos (SCCR) de la OMPI para subrayar la necesidad de dicho tratado ante los delegados de los Estados miembros de la OMPI. Además, la CISAC encargó un estudio académico a Sam Ricketson que fue presentado durante la sesión plenaria del 33.º SCCR en diciembre de 2016. En abril de 2017, la CISAC organizó junto con la OMPI la Conferencia Internacional sobre el derecho de participación de los artistas. Esto puede ser consultado en la siguiente dirección: <https://es.cisac.org/>.

47. U.S. Copyright Office, recuperado de dirección URL: <https://www.copyright.gov/docs/resaleroyalty>.

48. CHILE, *Proyecto de ley Boletín 13098-24*, del 26.22.2019, disponible en <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=13644&prmBoletin=13098-24>.

49. ARGENTINA, *Decreto-ley N. 1224/58*, del 3.2.1958, ratificado por Ley 14 467, disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=37242>.

## 2. DIVERSAS FORMAS DE IMPLEMENTACIÓN

Como transcribí más arriba, el artículo 14 ter, apartado 3, de *Berna* expresa que las legislaciones nacionales determinarán las modalidades de aplicación del derecho y el monto a percibir, por lo que haré una descripción de los aspectos más relevantes del derecho de las jurisdicciones latinoamericanas que lo regulan y de algunos países de Europa<sup>50</sup>.

### 2.1. Obras comprendidas

*Berna* establece el *droit de suite* para obras de arte y manuscritos originales de escritores y compositores, excluidas las obras de artes aplicadas. Por su parte, la *Directiva* de la Unión Europea establece, en su artículo 2 lo siguiente:

*“Se entenderá por obras de arte originales las obras de arte gráficas o plásticas, tales como los cuadros, collages, pinturas, dibujos, grabados, estampas, litografías, esculturas, tapicería, cerámicas, objetos de cristal y fotografías siempre que estas constituyan creaciones ejecutadas por el propio artista o se trate de ejemplares considerados como obras de arte originales.*

*Los ejemplares de obras de arte objeto de la presente directiva que hayan sido hechos en ediciones limitadas por el propio artista o bajo su autoridad se considerarán obras de arte originales a los efectos de la presente directiva. Dichos ejemplares estarán normalmente numerados, firmados o debidamente autorizados por el artista”<sup>51</sup>.*

En la mayoría de las legislaciones de la Unión, se sigue el enunciado de la *Directiva*. Algunos países, como Francia, delimitan la cantidad de copias que se consideran “originales”. Así, la norma francesa habla de “obras plásticas y gráficas”. “Obras” para la ley son “las creaciones del espíritu”<sup>52</sup>, mientras en la reglamentación se precisa que las obras mencionadas en el artículo son “*las obras gráficas o plásticas originales creadas por el propio autor, tales como pinturas, collages, dibujos, grabados, estampas, litografías, esculturas, tapices, cerámica, cristalería,*

50. En relación con la implementación, la Guía Sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos Administrados por la OMPI, en la p. 94, dice lo siguiente: “Corresponde a la legislación nacional determinar no sólo el porcentaje o fijar el monto del interés, sino también aspectos como la cuestión de si el interés deberá calcularse sobre la base del precio de reventa o de la diferencia entre ese precio y el precio anterior; quién deberá pagar ese interés (el vendedor o el comprador); si fuera el caso, qué tipos de reventas se deberían pagar (en general se excluyen las reventas incontrolables entre personas privadas, en lugar de recurrir a intermediarios profesionales); o la cuestión de si el derecho puede ejercerse sobre una base individual o únicamente mediante un sistema de gestión colectiva”.

51. Cabe comentar aquí que la *Directiva*, a diferencia de *Berna*, no incluye los manuscritos, por lo que es opcional para los Estados establecer un derecho de reventa sobre estos.

52. FRANCIA, *Ley n° 57-298*, del 11 de marzo de 1957, artículos 1 y 42, recuperada de <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000315384>.

*fotografías y creaciones plásticas en soportes audiovisuales o digitales*". En cuanto a las ediciones hechas bajo la responsabilidad del autor, se consideran obras de arte originales cuando están numeradas, o firmadas, o debidamente autorizadas de otra manera por el autor. Y, en el caso de grabados, estampas y litografías originales impresas, en números limitados de una o más planchas; respecto de las esculturas, con un límite de doce copias numeradas y pruebas de artista combinadas; para los tapices hechos a mano y obras de arte textil, sobre la base de modelos originales proporcionados por el artista, hasta un límite de ocho copias; en caso de esmaltes ejecutados íntegramente a mano y con la firma del artista, dentro del límite de ocho copias numeradas y cuatro pruebas de artista; para obras fotográficas firmadas, dentro del límite de treinta copias, y en relación con creaciones plásticas en soporte audiovisual o digital, dentro del límite de doce copias. Cabe preguntarse si, a los efectos de la *Directiva*, los ejemplares hechos con posterioridad a la muerte del autor son considerados como "originales".

En Latinoamérica, en Brasil, la ley habla de *obra de arte original*; en Chile, de *una pintura, escultura, dibujo o boceto*; en México, de *obras de artes plásticas y fotográficas*. Las leyes de Venezuela, Panamá, Perú, Salvador y Paraguay se refieren a *obras plásticas*; las de Costa Rica, Bolivia, Ecuador y República Dominicana, al *original de una obra de arte plástico*. El *proyecto argentino* menciona *obras de arte originales visuales, plásticas o gráficas*<sup>53</sup>.

En Australia, comprende obras de arte visual original creadas por un artista o producidas bajo su autoridad<sup>54</sup>.

Hay que destacar que, en Italia, el *droit de suite* abarca también la reventa de manuscritos, mientras que España, Francia y Alemania no los incluyen. Por su parte, en Latinoamérica, las legislaciones de Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Honduras, México, Nicaragua y el *proyecto argentino* también los contemplan; mientras que Venezuela, Uruguay, República Dominicana, Salvador, Chile, Panamá y Paraguay no lo hacen.

## 2.2. Inalienabilidad

Si bien *Berna* regula el *droit de suite* como un derecho económico del autor, establece que el derecho es inalienable. El artículo 14 ter señala:

“(1) *En lo que concierne a las obras de arte originales y a los manuscritos originales de escritores y compositores, el autor –o, después de su muerte, las personas*

53. En los fundamentos del proyecto de ley se expresa “obras plásticas tales como cuadros, *collages*, pinturas, dibujos, grabados, estampas, litografías, fotografías, esculturas, tapices, cerámicas, objetos de cristal, arte aplicado o digital”.

54. AUSTRALIA, *Resale Royalty Right for Visual Artists Act 2009*, Part II.7. Recuperada de [https://www.aph.gov.au/Parliamentary\\_Business/Bills\\_Legislation/Bills\\_Search\\_Results/Result?bId=r4010](https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Bills_Legislation/Bills_Search_Results/Result?bId=r4010).



*o instituciones a las que la legislación nacional confiera derechos— gozarán del derecho inalienable a obtener una participación en las ventas de la obra posteriores a la primera cesión operada por el autor”<sup>55</sup>.*

En este sentido la *Directiva*, en el artículo 1.1, vas más allá al disponer que los Estados incorporarán el derecho que será inalienable, pero también irrenunciable. En Latinoamérica, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Venezuela, Uruguay, Paraguay, Perú, Panamá y México establecen que el derecho es inalienable e irrenunciable; Honduras, República Dominicana y Chile solo lo consideran inalienable, mientras Nicaragua, Salvador y Guatemala no establecen nada.

### 2.3. Duración y beneficiarios después de la muerte del autor

El plazo de duración del *droit de suite* en los países de la Unión es el mismo que el que corresponde a los derechos de autor, es decir, vida más 70 años. En los países de Latinoamérica, la situación no es tan uniforme (recordemos que el plazo mínimo que exige *Berna* es vida más 50 años). Mientras México lo reconoce por vida más 100 años; Chile solo lo hace a favor del autor durante su vida; Costa Rica, por la vida más 50 años; Honduras, vida más 75 años, y el resto de los países que lo contemplan, vida más 70 años.

Respecto de los países que lo contemplan después de la muerte del autor, algunas legislaciones establecen que solo los herederos legítimos del autor pueden reclamar el derecho, tal es el caso de Francia<sup>56</sup> y de Costa Rica<sup>57</sup>, mientras la mayoría permite la transmisión *mortis causa*, es decir, a herederos y legatarios. *Berna*, en este sentido, dispone que las legislaciones nacionales determinarán quiénes son los beneficiarios del derecho.

Un caso interesante, en relación con este aspecto, lo presentó el reclamo planteado, en el año 2008, por la Fundación Gala-Salvador Dalí y la Visual

55. Respecto de la inalienabilidad, la Guía sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos Administrados por la OMPI, en su p. 93, expresa que “... *Ahora bien, la índole inalienable de este derecho requiere algunas observaciones. Como se expresó en el párrafo BC-6bis.6, los derechos patrimoniales son derechos que, con arreglo al Convenio, pueden cederse. La exclusión de la posibilidad de cesión de este derecho de participación (o de reventa) es una excepción a ese principio general. La intrasferibilidad parece estar al servicio de los intereses de los autores y de sus derechohabientes. Al no existir esa posibilidad de cesión, el contravalor de la cesión de este derecho sería un simple elemento del precio original, y el objetivo —o sea, que los autores y sus herederos puedan beneficiarse del aumento del valor de las obras tras las sucesivas ventas ulteriores— no podría alcanzarse*”.

56. FRANCIA, *Código de la Propiedad Intelectual*, art. L122-8, recuperado de [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article\\_lc/LEGIARTI000033688066/](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000033688066/).

57. COSTA RICA, *Ley 8834/2010*, 14.10.2010, recuperado de [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor=1&nValor2=67949&nValor3=80723&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor=1&nValor2=67949&nValor3=80723&strTipM=TC).



Entidad de Gestión de Artistas Plásticos, sociedad colectora de derechos española (VEGAP) contra la Société des Auteurs dans les Arts Graphiques et Plastiques (ADAGP), sociedad colectora francesa. El caso versaba sobre el pago de las remuneraciones correspondientes a *droit de suite* generadas, en Francia, por ventas de obras de Dalí, frente al hecho que la ADAGP las pagaba a los herederos forzosos del artista, conforme a la ley francesa. El Tribunal de Grande Instance de París recurrió al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) para conocer si la directiva se oponía a la legislación nacional, que reserva el derecho únicamente a los herederos legales del artista, con exclusión de los legatarios testamentarios. El TJUE consideró que, a la luz de los objetivos perseguidos por la *Directiva*, los Estados miembros pueden realizar su propia elección legislativa para determinar las categorías de personas susceptibles de beneficiarse del derecho. Así sostuvo:

*“El artículo 6, apartado 1 de la Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición de Derecho interno, como la controvertida en el litigio principal, que reserva el beneficio de participación únicamente a los herederos forzosos del artista, con exclusión de los legatarios testamentarios”<sup>58</sup>.*

Luego del pronunciamiento, el tribunal francés, interesantemente, se apartó de lo dispuesto por la norma francesa, por la *Directiva* y los lineamientos de *Berna*. En efecto, sostuvo que quienes eran herederos conforme ley española –ley del país del autor– estaban legitimados a cobrar el derecho, aun cuando la ley de propiedad intelectual francesa no reconoce a los legatarios como titulares del derecho<sup>59</sup>; la *Directiva* de la Unión no regula intencionalmente la cuestión (considerando 27) y *Berna*, en relación con el *droit de suite*, en su art. 14 ter, establece que “la protección prevista en el párrafo anterior no será exigible en los países de la Unión mientras la legislación nacional del autor no admita esta protección y en la medida en que la permita la legislación del país en que esta protección sea reclamada”.

58. TJUE, 15 de abril 2010, Asunto C-518/08, Fondation Gala-Salvador Dalí et Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP) c/ Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques (ADAGP) et autres. Cft. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A62008CJ0518> TJUE, 15 de abril 2010, Asunto C-518/08, Fondation Gala-Salvador Dalí et Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP) c/ Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques (ADAGP) et autres. Cfr. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A62008CJ0518>.

59. Ver comentarios y análisis del fallo en I. ESPÍN ALBA, “El caso Fundación Gala-Salvador Dalí VEGAP: la transmisión *mortis causa* del derecho de participación en la reventa de obras de artes plásticas”, Universidad de Santiago de Compostela, enero 2014 [en línea]. Dirección URL: <http://pidcc.com.br/artigos/072014/14082014.pdf>.

## 2.4. Reventas alcanzadas y valor sobre el que se calcula el derecho: ¿sobre el total del precio o sobre la ganancia obtenida?

Berna dispone que el derecho de participación se aplique “*en las ventas de la obra posteriores a la primera cesión operada por el autor*”. Y en la Guía elaborada por la OMPI<sup>60</sup>, se expresa que los países regularan “*también aspectos como la cuestión de si el interés deberá calcularse sobre la base del precio de reventa o de la diferencia entre ese precio y el precio anterior; quién deberá pagar ese interés (el vendedor o el comprador)*...”

En la Unión Europea, el derecho se aplica sobre el precio de la venta obtenido en cualquier reventa tras la primera cesión realizada por el autor, con indiferencia de si esta se realiza a pérdida. Para que se genere el derecho, deben participar, como vendedores, compradores o intermediarios, profesionales del mercado del arte, tales como salas de ventas, galerías de arte y, en general, cualquier marchante<sup>61</sup>. Sin embargo, se contempla la posibilidad de que los Estados dispongan que el derecho no se aplique sujeto a que el vendedor haya comprado la obra directamente al autor, la reventa ocurra dentro de los tres años de tal adquisición y el precio de la reventa no exceda los 10.000 euros<sup>62</sup>. Los Estados han hecho uso de esta excepción; así la prevén, al menos, las legislaciones de Inglaterra, España, Francia e Italia.

En Australia, también rige sobre el valor total de la reventa, pero solo respecto de obras que fueron creadas con posterioridad a la promulgación de la ley, con lo cual solo se encuentran abarcadas por el derecho las reventas de obras creadas después de 2010. Además de las ventas ocurridas con intermediación de un profesional o casas de subastas, el derecho alcanza a las reventas realizadas por el propietario u operador de un museo<sup>63</sup>.

En Costa Rica y Brasil, las leyes determinan la aplicación del derecho para toda reventa posterior de la obra, sin distinción entre ventas públicas (o con intermediación) y privadas. En todos los demás países, el derecho es exigible solamente cuando interviene una casa de subastas o un profesional. Con la excepción de Chile y Brasil, en donde el derecho opera solo si se obtuvo una ganancia en la reventa y exclusivamente sobre esta, las demás jurisdicciones establecen que el derecho es exigible sobre el precio total de venta.

Como puede verse, en la mayoría de las jurisdicciones el derecho se aplica aun cuando la obra se venda a pérdida.

60. OMPI, *Guía Sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos Administrados por la OMPI* [en línea]. Dirección URL: <https://www.wipo.int/publications/es/details.jsp?id=361&plang=ES>.

61. *Directiva*, artículos 1.1 y 1.2.

62. *Directiva*, artículo 1.3.

63. AUSTRALIA, *Resale Royalty Right for Visual Artists Bill 2009*, N. 125, 2009, Parte II.8.

## 2.5. Valor mínimo para que opere el derecho y porcentual a pagar al artista

Para la Unión Europea, la *Directiva* establece que los Estados deben fijar un precio mínimo de reventa a partir del cual es exigible el derecho, el cual no puede superar los 3000 euros e incluye una tabla decreciente por tramos para calcularlo: a) el 4% de los primeros 50.000 euros del precio de venta; b) el 3% de la parte del precio de venta comprendida entre 50.000,01 euros y 200.000 euros; c) el 1% de la parte del precio de venta comprendida entre 200.000,01 y 350.000,01; d) el 0,5% de la parte del precio de venta que exceda 500.000 euros. No obstante, el importe total del derecho no podrá exceder de 12.500 euros<sup>64</sup>. La lógica del umbral mínimo se vincula con que los gastos de recaudación y de gestión serían desproporcionados en relación con el beneficio a pagar al artista.

En España, generan *droit de suite* las reventas de obras de arte superiores a 800 euros; en Francia, a partir de 750 euros; en Italia, desde 3000 euros; en Inglaterra, desde 1000 libras. En Australia, el derecho se aplica a las reventas superiores a 1000 dólares australianos, pero solo en relación con obras creadas con posterioridad a 2010, año en que entró en vigor la ley. El porcentaje que debe pagarse al artista es del 5% sobre el valor de venta. En Latinoamérica, se regula sobre todas las reventas, sin valor mínimo ni tope en su cobro. En cuanto al porcentaje de cálculo, varía según el país. Así, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, Honduras, Nicaragua, Panamá y Paraguay prevén el 5% sobre el valor de reventa; Perú y Uruguay, el 3%; República Dominicana, Venezuela y El Salvador, el 2%; Guatemala, el 10%, mientras en México lo determina la Oficina de Derechos de Autor. En Chile y en Brasil, el *droit de suite* es un porcentaje del 5%, calculado exclusivamente sobre la ganancia obtenida con la reventa.

El *proyecto argentino* prevé un 5% sobre el valor de reventa, sin piso ni tope. Como veremos más adelante, el mercado de arte argentino tiene poco volumen de obras y los valores de los artistas argentinos son muy bajos comparados a los de los mercados internacionales, pero hay coleccionistas argentinos que tienen obras de reconocidos artistas internacionales<sup>65</sup>, por lo que me pregunto entonces cuál sería la conducta de esos coleccionistas si desearan vender una de esas obras y se hiciera efectivo el derecho tal como está proyectado.

En este sentido, es importante considerar las implicancias que tendría el *droit de suite* para el funcionamiento del mercado. Tomo un ejemplo para

64. *Directiva*, artículo 4.1.

65. Por ejemplo, el caso de la obra de Van Gogh mencionada en F. GARCÍA, "El enigma detrás del Van Gogh que salió de la Argentina", *La Nación* [en línea], 18.01.2020. Dirección URL: <https://www.lanacion.com.ar/cultura/el-enigma-detras-del-van-gogh-salio-nid2325288/>.

imaginar la situación. En el año 2018, se vendió en la ciudad de Nueva York la obra *Retrato de un artista*, de autoría del artista inglés David Hockney, por el valor de 90,3 millones de dólares<sup>66</sup>. Como la obra se subastó en Estados Unidos, el artista no recibió ninguna participación del valor de reventa en concepto de *droit de suite*. Si la venta hubiera sucedido en su país, Inglaterra, el artista habría percibido del vendedor la suma de 12.500 euros, que es el tope máximo que establece la ley. Si, en cambio, la venta hubiera sucedido en Argentina, el artista habría recibido del vendedor la suma de cuatro millones de dólares.

## 2.6. Recaudación

La *Directiva* determina que los Estados miembros podrán prever que la gestión del cobro del derecho de manera colectiva sea opcional u obligatoria. La mayoría de los Estados de la Unión contemplan el cobro a través de organismos colectivos, de forma obligatoria; Francia es una excepción, ya que da al artista la facultad de elegir.

Respecto de los países de Latinoamérica, solo Venezuela, República Dominicana y Panamá prevén la recaudación obligatoria a través de una sociedad de gestión. Por su parte, El Salvador y Guatemala, por una sociedad autoral, a menos que las partes acuerden algo distinto; en México, Nicaragua, Paraguay y Uruguay, es el artista quien decide. En el *proyecto argentino* se establece la recaudación colectiva obligatoria por la sociedad que designa el legislador.

El responsable del pago es, en casi la totalidad de las legislaciones, el vendedor.

## 2.7. Experiencia en el cobro, administración y gestión del derecho

Del informe de la Comisión Europea del año 2011<sup>67</sup>, se perciben varias dificultades en relación con la recolección y pago del derecho. A saber:

- ☐ La pesada y costosa carga que representa la administración del derecho, en especial para las casas pequeñas, ya que las sumas que perciben son muchas y de bajo monto. A modo de referencia, solo durante

66. E. ADDLEY, "David Hockney painting earns record 90,3m for living artist", *The Guardian* [en línea], 16.11.2018. Dirección URL: <https://www.theguardian.com/artanddesign/2018/nov/15/david-hockney-painting-record-auction-living-artist>.

67. COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo. Informe sobre la aplicación y efectos de la Directiva relativa al derecho de participación* (2001/84/CE) [en línea], 14.11.2011, disponible en <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/fe4cefc3143417c99cd3b1e2763097a/language-es>.

2010, en los Estados de la Unión, se realizaron más de 65.000 ventas en subastas que cumplían los requisitos para la aplicación del derecho.

- Los costos de administración del derecho, que pueden llegar hasta la suma de 50 euros por operación. Son principalmente costes de personal, asociados a las siguientes funciones: i) la determinación de artistas que cumplen los requisitos para la aplicación del derecho; ii) la determinación y ubicación de los herederos y otros titulares de derechos, y iii) la tramitación de las omisiones y los reembolsos, además de los costes derivados de los sistemas informáticos. Los organismos de gestión colectiva señalan que los costes de administración suponen entre un 10% y un 20% de los derechos recaudados.
- La complejidad de localizar y contactar a los artistas que cumplen los requisitos para la aplicación del derecho. En los Estados miembros en los que los organismos de gestión colectiva solo pueden recaudar derechos de participación en virtud de mandatos individuales, p. ej., Francia, normalmente se pueden distribuir íntegramente todos los derechos recaudados, ya que se tienen los datos del artista. En los Estados miembros que utilizan otros sistemas en muchas ocasiones no es posible localizar a los beneficiarios y por ende un porcentaje de los derechos recaudados queda sin distribuir.
- El “efecto cascada”. Los marchantes también han criticado el denominado “efecto cascada” del derecho de participación, según el cual los derechos deben abonarse por cada transacción y no se pueden compensar entre transacciones de marchantes. El derecho de participación tiene un efecto acumulativo sobre las obras de arte que se venden varias veces. En los Estados miembros en los que tanto el vendedor como el comprador pueden estar obligados al pago del derecho, un marchante de arte que participe en dos operaciones consecutivas puede pagarlo dos veces por una misma obra de arte (primero como comprador y luego como vendedor).

#### IV. DIFICULTADES JURÍDICAS DEL *DROIT DE SUITE*

##### 1. UN DERECHO DE AUTOR NETAMENTE ECONÓMICO, PERO INALIENABLE E IRRENUNCIABLE SOBRE UN OBJETO FÍSICO PROPIEDAD DE UN TERCERO

La principal dificultad teórica que subyace al concepto del *droit de suite* reside en su clasificación dentro del marco jurídico. Si bien se lo incluye en el contexto de los derechos de autor, les es ajeno. El *droit de suite* es, en todo caso, un derecho *sui generis*, distinto, de una especie muy singular.

### 1.1. Distinción entre propiedad intelectual y derecho de propiedad de una obra de arte

Los derechos de autor constituyen un tipo de propiedad, pero de una naturaleza única. Son intangibles e incorpóreos; la cosa sobre la que recae la propiedad, la obra intelectual, está incorporada en un objeto tangible, que puede estar en posesión de personas distintas del autor o del titular de esos derechos.

La propiedad intelectual se conforma de un set de derechos de contenido económico y otros de aspecto personal o “moral” que los distintos sistemas legales reconocen, aunque con alcance diverso, sobre la creación, independientemente del objeto material en que se encuentre plasmada<sup>68</sup>.

Mientras el aspecto económico de los derechos de autor hace a la explotación económica de la obra mediante la reproducción, adaptación, distribución pública, exposición y ejecución de esa creación, el aspecto personal o moral (justificado por el vínculo que se presume existe entre el artista y su creación) permite al artista reivindicar su autoría, así como objetar que se lo vincule con obras que no son suyas o que han sido intencionalmente modificadas cambiando su significado o mensaje, principalmente como una forma de cuidar su reputación<sup>69</sup>.

La distinción entre la propiedad literaria o artística y la propiedad del soporte material en que se corporiza la obra es inherente a los derechos de autor y está presente tanto en el texto de las distintas leyes modernas de propiedad intelectual como en la jurisprudencia de los tribunales de países con leyes más antiguas, tal como es el caso de Argentina<sup>70</sup>. Así, la ley española

68. ARGENTINA, *Ley 11.723 de Propiedad Intelectual*, art. 52, recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/42755/texact.htm>; ESPAÑA, *Real Decreto Legislativo 1/1996*, art. 2, recuperado de [https://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/rdleg1-1996.html](https://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rdleg1-1996.html); CHILE, *Ley 17.336 de propiedad intelectual*, art. 1, recuperado de <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=28933>. En el ámbito internacional, *Berna* establece los derechos que sus miembros deben reconocer como parte de los derechos de autor. Ver [www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/summary\\_berne.html](http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/summary_berne.html).

69. El alcance de los derechos morales del autor varía de una jurisdicción a otra, pero los dos aspectos que la mayor parte de las legislaciones reconocen son el derecho a la paternidad e integridad, incorporados en el artículo 6 bis de *Berna*. La ley Argentina N.º 11.723, aunque no en forma expresa, contiene estos dos aspectos en el art. 52, mientras que la ley española contiene, además, el de divulgación, retractación y acceso a la obra: artículo 14, *Real Decreto Legislativo 1/1996*.

70. “*Para que toda obra intelectual sea protegida deber ser una creación humanamente perceptible. Así, si bien aquélla no puede existir sin elementos materiales es distinta de los medios utilizados para expresarla, fijarla y exteriorizarla, esto es, aun cuando una obra intelectual se percibe por medios materiales no es idéntica a éstos. El derecho de autor se refiere a la obra intelectual y no a los medios materiales utilizados para exteriorizarla, éstos pueden ser objeto de cesión, locación y embargo, sin lesionar o afectar tales derechos*”, en la sentencia de la sala H de la

expresa que “los derechos de autor son independientes, compatibles y acumulables con [...] La propiedad y otros derechos que tengan por objeto la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual”<sup>71</sup>. En igual sentido, se expresa la OMPI:

*“La obra intelectual si bien no puede existir sin elementos materiales es distinta de los medios utilizados para expresarla, fijarla y exteriorizarla. La identificación entre el aspecto espiritual y material ha provocado un sinnúmero de confusiones. Los libros, los cuadros, son medios materiales de reproducción, existen físicamente, son susceptibles de apropiación individual y pueden ser objeto de un derecho real de propiedad. La obra intelectual, en cambio, no puede ser objeto sino de derechos especiales. Son los derechos de autor, colaboración, etc., distinto de los otros”<sup>72</sup>.*

Quien adquiere, entonces, un bien que contiene una creación intelectual (tal como un libro o una obra de arte) obtiene la propiedad de la cosa. ¿Qué puede hacer con ella? Usarla, gozarla y disponer de ella material y jurídica-mente. Por su parte, el artista, cuando vende o cede una obra de arte, man-tiene sobre ella sus derechos de autor (si es que no los ha transferido), pero no tiene luego ningún derecho económico sobre el objeto físico en el que está fijada la obra.

El *droit de suite* importa reconocer al artista un derecho económico sobre el objeto físico en el que está plasmada la obra, por el solo hecho de cambiar de dueño. Es decir, sin que se dé el caso ni de una reproducción ni de ningún otro uso o explotación vinculado con alguno de los derechos que las leyes de propiedad intelectual reconocen a los autores; nada tiene en común con esos derechos. Quien adquiere una obra de arte, se presume, recibe el dominio perfecto de la cosa. Sin embargo, el *droit de suite* tiene el efecto de un gravamen sobre la propiedad<sup>73</sup> y funciona a modo de un derecho real, ya que sigue a la cosa, sin importar quién sea su dueño.

Se dice que el *droit de suite* es un derecho de crédito, pero estos son derechos patrimoniales, que solo existen entre personas y que están

---

Cámara Nacional en lo Civil, de la República Argentina, en la causa “WALT DISNEY COMPANY C/ VIDEO EDITORES” del 8/4/1998, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, T. 1998-D, p. 499-504. También disponible en <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/451.pdf>.

71. ESPAÑA, *Real Decreto Legislativo 1/1996*, art. 3 BOE 12.04.96, art. 2. Dirección URL: [https://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/rdleg1-1996.html](https://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rdleg1-1996.html). De modo similar, artículo 3 de la ley de derechos de autor peruana, Decreto Legislativo n. 822. Dirección URL: <https://www.gob.pe/institucion/pcm/normas-legales/1670023-822>; FRANCIA, *Código de Propiedad Intelectual*, art. L111-3. Dirección URL: [https://www.legi-france.gouv.fr/codes/article\\_lc/LEGIARTI000033688066/](https://www.legi-france.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000033688066/).

72. OMPI, “La obra como derecho de autor. Autoría y titularidad” [en línea], 8.12.1997. Dirección URL: [https://www.wipo.int/meetings/es/details.jsp?meeting\\_id=2975](https://www.wipo.int/meetings/es/details.jsp?meeting_id=2975).

73. En caso de regularse en Argentina, en relación con obras ya realizadas y vendidas, presentaría serias objeciones de orden constitucional.



fundamentados en la autonomía de la voluntad de las partes que contraen una obligación. El *droit de suite* está instituido por ley; se da entre una persona y una cosa y no es objeto de negociación: no puede ni renunciarse ni transferirse.

Y, si bien funciona como un derecho real, ajeno a la voluntad de las partes, esa situación es relativa, en el sentido que depende de donde se encuentre el bien para que tenga ese carácter, ya que, al ser el *droit de suite* parte del régimen de los derechos de autor, es un derecho territorial. Por lo tanto, la ubicación física del bien determinará si le pesa o no ese gravamen.

### 1.2. Derecho de autor de contenido económico pero inalienable e irrenunciable

Los derechos económicos de las leyes autorales son libremente transmisibles, sin excepción. En cambio, los derechos morales son siempre inalienables y, en muchas jurisdicciones (tales como España, México y Francia) son, incluso, irrenunciables<sup>74</sup>. El *droit de suite* es un derecho puramente económico, pero con una cualidad ajena a los de su tipo y propia de los llamados derechos morales, ya que se lo regula como inalienable e irrenunciable<sup>75</sup>.

### 1.3. El *droit de suite* sobre obras no protegidas por los derechos de autor

El *droit de suite* se incorpora a los derechos de autor, pero, si bien estos protegen el género de obras de arte, una obra no recibe tal protección por el mero hecho de ser “arte”, sino solo cuando reúne los requisitos que la ley indica para recibirla: esta debe contener un elemento expresivo, ser original del artista y, en la mayoría de las legislaciones, estar plasmada para ser comunicada y reproducida. La heterogeneidad de objetos y situaciones que constituyen hoy obras de arte no encuentran necesariamente cabida dentro del régimen de los derechos de autor.

74. ESPAÑA, *Ley de Propiedad Intelectual*, Real Decreto 1/96, BOE, artículo 14. Dirección URL: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-8930>; MÉXICO, *Ley Federal de Derecho de Autor*, 14.7.2020, art. 19. Dirección URL: <https://mexico.justia.com/federales/leyes/ley-federal-del-derecho-de-autor/>; PERÚ, *Ley de derechos de autor*, Decreto Legislativo n. 822, art. 21. Dirección URL: <https://www.gob.pe/institucion/pcm/normas-legales/1670023-822>.

75. Entre otras, BRASIL, *Ley de derechos de autor y derechos conexos*, Decreto N. 9610, 19.02.1998, art. 38, recuperado de dirección URL: [Brasil-Ley-derechos-de-autor-y-derechos-conexos-1998-9610.pdf](http://Brasil-Ley-derechos-de-autor-y-derechos-conexos-1998-9610.pdf); COSTA RICA, *Ley 8834/2010*, 14.10.2010, art. 151, [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=67949&nValor3=80723&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=67949&nValor3=80723&strTipM=TC); ECUADOR, *Ley Ecuatoriana de Propiedad Intelectual* (Codificación N. 2006-013), artículo 38, ESPAÑA, *Ley de Propiedad Intelectual*, Real Decreto 1/96, BOE, artículo 24.9. Dirección URL: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-8930>.



Un principio subyacente de los derechos de autor es la dicotomía idea-expresión<sup>76</sup>. Los derechos de autor recaen sobre la expresión particular de una idea, una obra que debe contener, aunque mínima, la impronta del artista que la permita identificar como propia. Un gran número de obras de arte contemporáneo son obras conceptuales, u objetos, o seres vivos –como el conejo fluorescente del artista brasileño Eduardo Kac<sup>77</sup> o la obra la caja *Brillo*<sup>78</sup> de Andy Warhol– que no reciben protección. ¿Qué pasa con la reventa de estas obras? ¿Dan lugar al derecho, aun no siendo obras protegidas por la propiedad intelectual?

## V. EL DOGMA DEL DROIT DE SUITE

### 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En el año 2000, cuando el Parlamento Europeo estaba evaluando la introducción obligatoria del derecho en todos los países de la Unión, setenta y cinco artistas consagrados, entre ellos David Hockney, Karel Appel, Georg Baselitz, Anthony Caro y Emma Sargeant, se manifestaron en contra de su incorporación y publicaron un panfleto, que, en su parte final, decía:

*“El borrador actual de la Directiva sobre el Droit de Suite es la desafortunada combinación de algunos elementos de la idea originalmente noble de sus primeros promotores y las ambiciones egoístas más recientes de las agencias de recaudación,*

76. ARGENTINA, *Ley de Propiedad Intelectual*, N. 11.723, art. 2. Dirección URL: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/42755/texact.htm>. PERÚ, artículo 9 del Decreto Legislativo n. 822, <https://www.gob.pe/institucion/pcm/normas-legales/1670023-822>. En el ámbito internacional, el párrafo 2 del artículo 9 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de la Organización Mundial de Comercio (OMC o WTO, por sus siglas en inglés) estipula que “la protección del derecho de autor abarcará las expresiones, pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí”. Su texto puede ser consultado en [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/trips\\_s/ta\\_docs\\_s/1\\_tripsandconventions\\_s.pdf](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/ta_docs_s/1_tripsandconventions_s.pdf).

En sentido similar, la Sala K de la Cámara Nacional en lo Civil de la Argentina, con fecha 29.11.2006, en autos “Esquin, Mariano c/ Televisión Federal S.A. Telefó y otros”, estableció que, para el derecho de autor, “obra es la expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente y es apta para hacer difundida y reproducida” (Lipszyc Delia “Derechos de autor y derechos conexos”, p. 61; Goldstein “Derecho de Autor” p. 51, s.s.) y, además, “para que la obra pueda ser objeto de tutela debe ser identificable, tener su propio rostro de ahí que motivos que no sean nuevos ni originales en sí puedan dar vida a una obra tutelada, siempre que esta releve una impronta personal e identificadora” (LA LEY, 1986-C, p. 317, con nota de Villalba Carlos A., “La ética en la tutela de las obras intelectuales”).

77. V. GRAELL, “Conejos fluorescentes, ‘plantimales’ y demás íconos del arte transgénico”, *El Mundo* [en línea], 17.1.2012. Dirección URL: <https://www.elmundo.es/elmundo/2012/01/17/barcelona/1326824404.html>.

78. <https://philamuseum.org/collection/object/89204>.

*y las iniciativas bien intencionadas de aquellos que no comprenden la delicada naturaleza del mundo del arte y sus mercados, ni aprecian el espíritu de los artistas que valoran su independencia y desean tomar sus propias decisiones con respecto a su propiedad y sus derechos*<sup>79</sup>.

La imagen del coleccionista que ha comprado por muy poco una obra de arte y que luego obtiene de su venta una ganancia extraordinaria, sin participar de ella al artista, se presenta claramente como injusta y es el primer argumento citado en apoyo del *droit de suite*. Analizar la veracidad de esta suposición es relevante, ya que –como dije– hay una fuerte tendencia a que el derecho se incorpore en todas las jurisdicciones. Como veremos en este capítulo, tal supuesto está lejos de la realidad ordinaria del mercado de arte, aun cuando es parte del imaginario colectivo. No es reflejo de la situación actual del mercado mundial del arte y, mucho menos aún, de mercados como los latinoamericanos o el argentino en particular.

Por el contrario, los datos muestran que las obras de arte, salvo casos excepcionales, pierden su valor. Como ya señalé anteriormente, gran parte de las personas que pueden adquirir obras de arte no lo hacen como un resguardo de valor, sino por otras razones, de índoles espirituales o sociales. Un dato relevante del mercado de arte actual es que la mayoría de los artistas contemporáneos están vivos, por lo que el valor de sus obras se crea con el tiempo, a medida que van produciendo, y su éxito económico estará estrechamente vinculado con su ubicación geopolítica.

A los fines de constatar la veracidad del argumento esgrimido debemos indagar lo siguiente: ¿cuán frecuentemente sucede que el adquirente de una obra de arte que luego desea venderla puede hacerlo y, además, con ganancias? ¿Con cuánta asiduidad el adquirente de una obra de arte se desprende de ella? Y, finalmente, la pregunta más relevante: ¿a cuántos artistas beneficia o beneficiaría este derecho?

Es sorprendente que, hoy, se siga recurriendo, tanto en el ámbito académico como para sustentar políticas legislativas (tal es el caso del *proyecto argentino*), a dos eventos para justificar el *droit de suite*<sup>80</sup>. La anécdota más citada nos remonta al origen del derecho, a Francia, a principios de siglo XX, un momento particular en la historia de ese país. Relata lo sucedido con la obra *Ángelus*, del artista Jean-François Millet. Millet murió en la pobreza y sus hijos

79. Texto traducido por la autora. ANTIQUES TRADE GAZETTE, “Artists against Droit de Suite”, 4.12.2000 [en línea]. Dirección URL: <https://www.antiquestradegazette.com/news/2000/artists-against-droit-de-suite/>.

80. Los estudios muestran que muy pocos artistas consiguen valores altos por sus obras y que el poder económico del mercado de arte es determinado por unos quinientos artistas, que representan el 89% del mercado global, ninguno de los cuales pertenece a un país de habla hispana.

pequeños debían vender flores en la calle para sobrevivir mientras el *Angelus* se subastaba en una suma extraordinariamente superior a la pagada al artista.

La otra anécdota, más reciente, nos lleva a 1973, a los Estados Unidos de Norteamérica, al altercado entre el artista Robert Rauschenberg y el coleccionista Scull, en ocasión del primer gran remate de arte contemporáneo.

Antes de entrar en el análisis de los argumentos, comentaré brevemente el contexto histórico excepcional en que acontecen estos dos eventos (utilizados como fundamento de políticas legislativas), que es omitido en el “relato” del *droit de suite*, aun cuando guarda una estrecha relación con esa “ganancia extraordinaria” que, se presume, hay detrás de cada reventa. Conocer la historia nos permite ver, con mayor claridad, la situación en la que estamos llamados a actuar.

### 1.1. *El Ángelus*, de Millet

Después del fin de la Guerra Civil norteamericana, Estados Unidos surgió como el primer gran centro de demanda de arte europeo fuera de Europa. Habiendo los primeros industriales estadounidenses comenzado a comprar arte europeo, antiguo y nuevo, por sumas por encima del mercado, se alcanzó un momento culmen en 1889, con la adquisición del *Ángelus*, de Millet, en la subasta de la colección de Eugène Secrétan, realizada durante la Exposición Universal de París de 1889. Si bien la obra fue adjudicada en el remate a Antonin Proust –comisario de la exposición–, quien ofertaba por el Estado francés, ante la insuficiencia de fondos de este, termina siendo adjudicada a un consorcio americano. Reinaba en aquel momento en Francia un clima nacionalista con motivo de la Exposición. La obra, que había sido encargada originalmente por un coleccionista americano, que nunca la retiró, había tenido una hostil acogida por el público de su época, que contrastó luego con los precios exorbitantes, el atractivo internacional y el fervor patriótico francés que generó a fin del siglo XIX.

El semanario belga *L'Art Moderne* publicó:

*“Ese día, la sala de subastas se llenó de una multitud sobre la que pasó el aliento de la Nación. Entre nosotros había algunos que habían insultado a Millet en épocas pasadas, cuando sus cuadros se vendieron por cien francos. Eran los entusiastas más ardientes. Los coleccionistas pateaban impacientes. Entre ellos, uno, hace veinte años, no había aceptado pagar diez francos por esta obra maestra patriótica. Y Millet les pertenecía, a toda la gente de allí. Estaban sumamente enojados al pensar que el pintor había sufrido miseria y desprecio. Uno, sobre todo, se hizo notar por su agitación. Acudió a M. Antonin Proust, muy emocionado... diciendo con voz temblorosa: ‘Tú eres Francia, Millet es Francia, todos somos Francia: un millón [de francos] si es necesario. Francia, tú, Millet y yo,*

*no podemos soportar la desgracia de la derrota'. Fue verdaderamente una alegría melancólica. La puja por el Ángelus comenzó en 300.000 francos y subió rápidamente a 500.000, dejando solo en competencia al consorcio de Proust y a la American Art Association. A partir de ahí, las ofertas aumentaron en incrementos de 1.000 francos. Los miembros del público gritaron espontáneamente promesas de sus propios fondos para extender el poder adquisitivo de Proust, y la subasta terminó con la pintura vendida a intereses franceses por 553.000 francos, el precio más alto pagado hasta la fecha por una pintura moderna”.*

El diario estadounidense *The New York Times*, por su parte, reportó:

*“Nada puede describir el frenesí, la pasión de este momento. Sí, tal vez, una imagen pudiera evocarlos: la vista de una mesa de juego en Montecarlo cuando un jugador afortunado rompe la banca. Al menos la mitad de la audiencia proviene de Yankeeland. El señor Knoelder está sentado en la primera fila con la Galería de Arte Corcoran, y pronto se rumoreaba que estos caballeros habían llegado en un tren especial para llevarse el Ángelus... todos en la sala se apresuran a la primera fila. Monsieur Proust entra en el campo de batalla, avanzando y subiendo las apuestas con su propia voz. Los postores tienen caras de ira y desafío. Las mujeres rompen sus abanicos y los hombres lanzan sus sombreros al aire, luego cae el martillo...”<sup>81</sup>.*

Como muestra la historia aquí resumida, de otro momento del mundo, puede verse que muchos factores, además del artista y de la calidad de la obra, confluyeron para permitir que el *Ángelus* se convirtiera en una estrella, en particular, la celebración de la temática de las virtudes campesinas como valor nacional, en contrapunto al honor de la industria y la técnica, que constituyeron la Exposición Universal de ese año.

## 1.2. La subasta de la colección de Scull y la obra de Robert Rauschenberg

La legislación federal de los Estados Unidos de Norteamérica no contempla el *droit de suite*. Sin embargo, el Estado de California lo incluyó en su legislación en el año 1973<sup>82</sup> y, aunque esporádicamente aplicado, estuvo vigente hasta el 2018, año en que la ley fue declarada inconstitucional<sup>83</sup>. La ley del

81. F. MAGUET, *L'Angélus et La Joconde. Émotions racontées, provoquées, oubliées*, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2013, p. 101-118; B. FRATELLO, “France Embraces Millet: The Intertwined Fates of The Gleaners and The Angelus”, *The Art Bulletin* [en línea], diciembre 2003. Dirección URL: <https://www.mutualart.com/Article/FranceEmbraces-Millet-The-Intertwined-/65DB908A334354D8>.

82. CALIFORNIA, *California Resale Royalty Act* § 986. Dirección URL: [https://leginfo.ca.gov/faces/codes\\_displaySection.xhtml?lawCode=CIV&sectionNum=986](https://leginfo.ca.gov/faces/codes_displaySection.xhtml?lawCode=CIV&sectionNum=986).

83. CALIFORNIA, *Close v. Sotheby's, Inc.*, Ninth Circuit, 6.07.2012, N. 16-56234. Dirección URL: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca9/16-56234/16-56234-2018-07-06.html>.

Estado de California fue, al igual que la ley francesa de 1920, la consecuencia de un resultado en una subasta, percibida injusta.

En Nueva York, en octubre de 1973, la casa Sotheby Parke Bernet subastó cincuenta obras de pintura y escultura contemporáneas de la reconocida colección de arte del señor Scull. Las obras se vendieron a precios récord. Entre ellas, había una de autoría del artista Robert Rauschenberg que este había vendido al coleccionista (por intermedio del galerista Leo Castelli) en el año 1959, a 2500 USD, y que, en dicha venta, se adjudicó por la suma de 90.000 USD<sup>84</sup>. Al final de la noche, el artista interpeló al coleccionista y le dijo: “*he estado rompiéndome el trasero para que tú obtengas esta ganancia*”. A lo que el coleccionista respondió: “*yo también he estado trabajando para ustedes. Nosotros trabajamos el uno para el otro*”<sup>85</sup>.

Entre 1959 y 1973, años en los que Scull armó su colección, ocurrió un hecho muy significativo para la historia del arte, en particular para el arte norteamericano. En el año 1964, Rauschenberg ganó el premio de la Bienal de Venecia. Este dato fue considerado clave para varios historiadores del arte, no solo como símbolo de la transferencia del centro del arte, de Europa a los Estados Unidos, sino como la consagración, por la Bienal y de sus autoridades, del arte pop, el movimiento más reciente de vanguardia estadounidense<sup>86</sup>.

## 2. ANTECEDENTES JURÍDICOS<sup>87</sup>

La guía de la Convención de *Berna* describe al *droit de suite* del siguiente modo:

*“Su reconocimiento se inspira en razones de equidad respecto de los autores de obras de artes figurativas. Es frecuente, en efecto, que el pintor o el escultor, acuciados por la necesidad, vendan a bajo precio su lienzo o su escultura para procurarse así recursos inmediatos. Más tarde, la obra de la que su autor se ha desprendido, es objeto a menudo de ventas sucesivas pudiendo aumentar su valor con arreglo a las leyes del mercado, con lo que se convierte en fuente de lucro para numerosos intermediarios (subastadores, negociantes en cuadros, expertos, críticos de arte, etc.), siendo considerada en ocasiones como una buena inversión financiera.*”

84. La subasta fue un hecho excepcional y tanto esta como los preparativos de la pre-venta y los enfrentamientos están documentadas en el film *America's Pop collector: Robert C Scull- Contemporary art at auction*, 1974 (dir. J. SCHOTT y E. J. Vaughn; prod. E. J. VAUGHN).

85. B. KIRSCHENBAUM, “The Scull Auction and the Scull Film”, *Art Journal*, vol. 39, n.º 1, CAA, Autumn 1979, pp. 50-54.

86. M. JIMÉNEZ, *La querelle de l'art contemporain*, Éditions Gallimard, 2005, p. 89; C. SOURGINS, *Les Mirages de l'art contemporain*, Éditions de la table ronde, Paris, 2018, p. 65.

87. Las negritas, en el texto que sigue, son mías.

*En vista de ello, puede juzgarse equitativo hacer partícipe al creador en el éxito de su creación asociándolo al enriquecimiento que este procura al correr del tiempo, permitiéndole percibir una parte del precio de venta cada vez que la obra cambia de propietario”<sup>88</sup>.*

La *Directiva*, en el considerando (3) dice:

*“El derecho de participación tiene como finalidad garantizar a los autores de obras de arte gráficas y plásticas una participación económica en el éxito de sus obras; este derecho tiende a restablecer un equilibrio entre la situación económica de los autores de obras de arte gráficas y plásticas y la de otros creadores que se benefician de la explotación sucesiva de sus obras”<sup>89</sup>.*

Berna fundamenta el derecho en la necesidad de asociar al artista con el mayor valor que, se presume, tendrá la obra cuando se venda. El derecho fue incorporado, como ya dije, en el año 1948, con países que se opusieron quizás por la anomalía de que es un derecho de autor sobre el soporte de propiedad de un tercero, quizás porque ese mayor valor percibido sea excepcional; no lo sabemos. Lo que sí sabemos es que las obras de arte, plástico y gráfico, eran, en ese entonces, obras únicas o verdaderamente limitadas a una edición determinada de copias.

La *Directiva* europea agrega otro fundamento para el derecho (además de participar en el presunto mayor valor) y es el de igualarlo con otros autores protegidos por las leyes de derechos de autor.

El informe legislativo que acompaña el *proyecto argentino* dice:

*“Entre sus fundamentos, se destaca que es común que los artistas plásticos al comienzo de su carrera realicen la venta de sus obras a precios muy bajos, ante la necesidad de proveer a su subsistencia, quedando al margen de la posterior explotación comercial que tales obras lleguen a alcanzar en las sucesivas reventas, a la par que el artista va ganando reconocimiento, gracias a su talento y consagración. Piénsese en un novel pintor que vende su primer cuadro a muy bajo precio y que, con el transcurrir del tiempo, su obra va cobrando admiración y respeto de parte de los especialistas, incrementando su valor en diversas subastas. Sin este derecho, el único lucro sería el pago del original...”<sup>90</sup>.*

Los textos citados parten de prejuicios, que son los mismos que esbozan distintos autores<sup>91</sup>, que pueden dividirse en dos grupos: aquellos referidos al

88. Cfr. [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/615/wipo\\_pub\\_615.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/615/wipo_pub_615.pdf).

89. Cfr. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32001L0084>.

90. ARGENTINA, *Proyecto de ley (S-2974/19)*, p. 6.

91. L. MARCHIONE, *op. cit.*; C. COLOMBET, *Grandes principios de derecho de autor y los derechos conexos en el mundo. Estudio de derecho comparado*, Tercera edición, Ediciones Unesco/CINDOC, Madrid, 1997, p. 91.

funcionamiento del mercado y a la forma en que se beneficiarían los artistas, y los relacionados con la equiparación de tratamiento que deben recibir los artistas y los otros autores.

### 3. LAS SUPOSICIONES REFERIDAS AL FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO DEL ARTE Y LA FORMA EN QUE SE BENEFICIARÍAN LOS ARTISTAS

Dentro de este primer grupo de preconceptos, se encuentran las siguientes afirmaciones:

- 1) Que el artista, cuando vende una obra de arte, lo hace a un valor bajo; que luego la obra se valoriza y solo el adquirente e intermediarios se enriquecen.
- 2) Que muchos artistas llegan al mercado secundario, y que allí se revenden muchas de sus obras. De lo contrario, no se establecería un sistema con las complejidades de implementación y administración que tiene el *droit de suite* para beneficiar a unos pocos artistas.
- 3) Que el artista es el único generador de valor de una obra de arte y que no tiene beneficios en el caso que obras de su autoría se revendan a un mayor valor.

A continuación, analizaré, en ese orden, estos apartados.

#### 3.1. El artista, cuando vende una obra de arte, lo hace a un valor bajo, luego la obra se valoriza y solo el adquirente e intermediarios se enriquecen

Cada tanto escuchamos de ventas realizadas en Estados Unidos o en Inglaterra, en las que un coleccionista ha vendido obras contemporáneas a valores siderales, logrando una ganancia importante, pero ¿cuán a menudo sabemos que esto suceda? ¿Cuánto sabemos acerca de los valores en los que el artista vende sus obras en el mercado primario? Para poder sostener que las obras de arte se valorizan con el transcurso del tiempo, tenemos que conocer cuál es ese mercado, y un obstáculo con el que nos encontramos es que, en él, el precio de la obra no es público, a diferencia de lo que sucede frecuentemente en las subastas. A fin de recabar data empírica, recurrí, en primer término, a la prensa. En uno de los reportes de la edición de la feria ArteBA 2019, podemos ver los precios a los que algunos artistas contemporáneos (de 40 o más años de edad) ofrecían sus obras en dicha edición: una escultura de Diego Bianchi, a 10.000 USD; obras de Dalila Puzzovio, desde 5000 a 180.000 USD; la obra de Mariana Telleria, a 12.000 dólares; una escultura de Leandro Erlich, a 110.000 dólares; una obra de Marcela Cabutti, a 40.000 dólares; un par de



autorretratos del colectivo Mondongo, integrado por Juliana Laffitte y Manuel Mendanha, cada uno, a 65.000 dólares<sup>92</sup>.

A fin de comparar estos valores con los obtenidos por estos artistas en el mercado secundario, consulté las bases de datos Artnet y Estimarte. Encontré datos referidos a ventas de obras de solo tres de ellos y sus precios, que incluyen la comisión del rematador, que ronda entre un 15% y un 25%. En el caso de Erlich, encontramos treinta obras ofrecidas en subastas entre los años 2004 y 2020. Dieciséis de ellas no se vendieron, catorce eran esculturas y una (que por tamaño y formato podría decirse que era similar a la ofrecida a la venta por el artista en ArteBA) se remató, en el año 2009, en la suma de 52.000 USD. El valor más alto al que se vendieron sus esculturas fue de 92.500 USD en el año 2011<sup>93</sup>. Respecto de Dalila Puzzovio, solo hay datos de cuatro obras rematadas entre 1000 USD y 1400 USD durante el año 2010<sup>94</sup>. En relación con el Colectivo Mondongo, siete obras fueron subastadas entre los años 2010 y 2016, siendo 34.375 USD el precio más alto obtenido por ellas<sup>95</sup>.

La comparación realizada muestra que la posibilidad de que la obra se valore luego de la primera venta es, cuando menos, incierta; en todo caso, en lo que se refiere al mercado argentino de obras de arte. Este resultado, veremos, es congruente con los valores que arrojan las subastas analizadas de los años 2017 y 2018 que comento más abajo. Ampliando el campo de estudio, realicé una encuesta a cinco coleccionistas de arte en Argentina, “coleccionistas” en el sentido literal del término. Dos de ellos coleccionan arte desde hace unos veinticinco años; los tres restantes, desde hace unos quince. Ante la pregunta referida a cuán frecuentemente vendían sus obras, todos ellos sostuvieron que muy rara vez. Uno de ellos expresó que, en un par de oportunidades, para “renovarse”, intentó vender, en Argentina, dos obras de artistas contemporáneos consagrados y con presencia internacional. Interesantemente, no pudo venderlas, ya que no había mercado, pero sí pudo canjearlas por obras de otros artistas.

Consultados sobre si adquirirían obras de arte como inversión, los cinco coincidieron en que las obras de arte no han sido reserva de valor, que su inversión está en el disfrute de estas. En relación con los artistas, uno de ellos expresó que, conforme sucede con frecuencia en el caso de aquellos exitosos,

92. M. OYBIN, “Quince obras imperdibles de la nueva edición de ArteBA”, *INFOBAE* [en línea], 11.4.2019. Dirección URL: <https://www.infobae.com/cultura/2019/04/11/15-obras-imperdibles-de-la-nueva-edicion-de-arteba/>.

93. *Cfr.* <http://www.artnet.com/pdb/faadsearch/FAADResults3.aspx?Page=1&ArtType=FineArt>.

94. *Cfr.* <http://www.artnet.com/pdb/faadsearch/FAADResults3.aspx?Page=1&ArtType=FineArt>.

95. <https://www.estimarte.com/?cmod=saleshome&artista=Grupo%20Mondongo&id=2416>.

cuando una temática encuentra recepción en el público, es común que realicen obras a demanda, lo que, en su opinión, provocó una baja en los precios de tales obras, citando como ejemplo a Berni y sus retratos, y a García Urriburu y los ombúes. Otro de los coleccionistas consultados, en relación con artistas emergentes, comentó haber adquirido obras durante los años 2004 y 2005 en la feria ArteBA a un promedio de 2000 USD y 2500 USD, en galerías de trayectoria. Indicó que esas obras no tienen mercado secundario, porque cree que sus creadores no siguieron produciendo. En el año 2018, presencié la venta en remate, por la suma de 250 USD, de una obra similar a otra de su propiedad de la misma artista por la que él había pagado la suma de 2500 USD en 2004<sup>96</sup>.

Por último, un estudio muy interesante, coincidente con lo hasta aquí expuesto, es el realizado por economistas de la Universidad de Cambridge (Inglaterra) y de la HEC (École des Hautes Études Commerciales, de París), en relación con la colección de arte del economista Keynes. Es uno de los pocos estudios que se conocen efectuados con todos los antecedentes financieros desde la compra inicial. De este surge que, en 2013, del total de 135 obras, solo dos obras de la colección representaban más de la mitad de su valor total y las diez más valiosas representaban el 91 %. El análisis arrojó que los cambios en el valor de la colección estaban dados por la incidencia de las obras de Braque, Cézanne, Matisse, Picasso y Seurat. Por el contrario, los demás artistas no eran dables de ser considerados una fuente de ingreso, muchos habían desaparecido completamente del mercado<sup>97</sup>.

### **3.2. Muchos artistas llegan al mercado secundario, donde venden muchas obras. De lo contrario, no se establecería un sistema con las complejidades de implementación y administración que tiene el *droit de suite* para beneficiar a unos pocos artistas**

A modo introductorio, incluyo algunos comentarios sobre los datos que arrojan estudios realizados sobre el impacto del *droit de suite* en los artistas, en los mercados de arte contemporáneo de Inglaterra. Conforme el censo de 2013, había en Inglaterra una comunidad de por lo menos 52.000 artistas activos<sup>98</sup>. Como dije en el punto 2.5 del título III precedente, el piso para que

96. Obra de la artista Karin Godnik, rematada en la casa Arroyo en el año 2018. Cfr. <https://www.estimarte.com/?cmod=saleshome&artista=Godnik%20Karin&id=5073>.

97. D. CHAMBERS, E. DIMSON y C. SPAENJERS, *Art as an Asset: Evidence from Keynes the Collector* [en línea], 5.10.2019. Dirección URL: <https://econpapers.repec.org/paper/cprceprdp/14357.htm>.

98. El censo de población activa del Reino Unido indica que había 52 000 artistas visuales activos en Reino Unido en 2013. Es probable que este resultado subestime sustancialmente el número total de artistas, ya que muchos censados se registran bajo otros trabajos (como la enseñanza o el diseño) como su primera profesión. BRITISH ART MARKET FEDERATION (BAMF), *The British Art Market report in 2014* [en línea], p. 13.

opere el derecho en Inglaterra es de 1000 euros. En el año 2014, solo 600 artistas británicos cobraron *droit de suite*, o sea el 1,1% de la comunidad artística. El 80% de todo lo recaudado en concepto de *droit de suite* fue repartido entre los 100 artistas más exitosos, de los cuales 20 artistas consagrados obtuvieron el 40%. El pago promedio a los artistas fue de 256 libras<sup>99</sup>.

Para poder determinar cuántos artistas recibirían el derecho en Argentina, he tomado como campo de estudio todas las subastas de arte ocurridas en Argentina en los años 2017 y 2018<sup>100</sup>. Conforme datos públicos, se estima que hay, en Argentina, al menos, unos 20.000 artistas vivos<sup>101</sup>. En Argentina hay solo tres casas de subastas especializadas en obras de arte y otras siete que venden, además, otros objetos decorativos o de mobiliario<sup>102</sup>. Las ventas de subastas de esas once casas conforman las bases de datos analizadas. Si consideramos que en Argentina hay una comunidad artística de 20.000 personas, llegaron al mercado de subastas, en el 2017, el 2,4% de la totalidad de los artistas y, en el 2018, el 2,79%. Sin embargo, si solo tomamos en cuenta las obras de artistas vivos que participaron de esas subastas en 2017, podemos decir que lo hicieron 159 artistas vivos, o sea, el 0,79% del total, mientras que en el año 2018 participaron obras de 192 artistas vivos, o sea, el 0,95% de esta comunidad. En 2017, en remates públicos, se vendieron en total 1947 obras de 486 artistas argentinos que accederían al *droit de suite*, por un valor total de 8.627.351,30 USD. De esos 486 artistas, 327 habían fallecido (67%). El 48% de las obras se vendió a menos de mil dólares, mientras el 78% se vendió a menos de 5000 USD; el 10%, entre 5000 y 10.000 USD y solo el 1% de las obras se subastó a más de 50.000 USD. Si nos preguntamos acerca de cuántas obras correspondientes a un mismo artista se vendieron, los resultados muestran que el 45% de los artistas lo hizo con una sola obra, el 80%, con menos de cinco obras y solo el 2% vendió más de veinte obras.

Cabe preguntarse cuánto dinero hubieran recibido cada uno de los artistas –o sus herederos– en el año 2017 conforme a los datos indicados. De haberse encontrado vigente el *droit de suite* tal como está previsto en el *proyecto argentino*, el artista o herederos habrían tenido derecho a cobrar el 5% sobre el total del precio (sin mínimo ni umbral ni escala decreciente), aunque, en realidad, habría sido el 4%, ya que el proyecto prevé la gestión colectiva obligatoria por

---

Dirección URL: <https://tbamf.org.uk/wp-content/uploads/2014/08/British-Art-Market-2014.pdf>.

99. Ídem.

100. La base de datos referida y analizada de Argentina ha sido provista por la consultora CONSULTART/dgb, Adrián Gualdoni Basualdo y Sonia Decker.

101. De la data disponible, artículos de prensa y consultas a participantes culturales.

102. Las tres casas especializadas en obras de arte son Arroyo Remates, Roldan y Azur; las restantes son Sarachaga, Martín Sarachaga, Galería Roca, Geist y Zarate, Banco Ciudad, Bullrich, Gaona y Wernicke e Hilario.

una sociedad a ser designada por el legislador, que no podrá cobrar más del 20% de lo recaudado (y, seguramente, eso sea lo que cobre, ya que, por ejemplo, en Inglaterra la competencia entre las sociedades colectoras ha hecho que el porcentaje se mantenga en el 15%)<sup>103</sup>. En consecuencia, la distribución del año 2017 hubiera sido la siguiente:

Ventas totales por 8.627.351 USD, recaudación *droit de suite* por 431.638 USD, de los cuales la agencia habría retenido el 20 %, es decir, 86.274 USD, quedando para repartir –entre los 486 artistas participantes– la suma de 345.094 USD. El 80% de la suma a repartir se habría concentrado en tan solo 75 artistas –o sea el 15% de los beneficiados–, de los cuales 64 estaban muertos (solo 11 artistas vivos). Dentro de ese 80%, solo 15 artistas, ya fallecidos, habrían consolidado el 45% de la suma total a repartir. ¿Cuánto dinero habrían cobrado? El 60% de los artistas (294 artistas: 190 muertos y solo 104 vivos) habría recibido menos de 200 dólares; solo el 2% (9 artistas, todos muertos) habría percibido más de 5000 USD.

Si, por el contrario, en el 2017 hubiera estado vigente una tabla como la incluida por la *Directiva*, que establece un piso de 1000 dólares para que opere el derecho y un tope a cobrar de 12.500 dólares, entonces, los resultados del *droit de suite* en Argentina habrían sido los siguientes. Habiendo sido las ventas totales equivalentes a 8.627.351 USD y habiéndose aplicado a dicha suma las tasas escalonadas referidas, se habría recaudado la suma de 277.894 USD, de los cuales 222.316 USD habrían debido ser repartidos entre los 488 artistas y 55.578,95, a favor de la sociedad colectora.

En 2017, el artista más vendido fue Benito Quinquela Martín, con un total de 38 obras por un importe de 798.017 USD. Siguiendo el modelo del *proyecto argentino*, los vendedores hubieran pagado al artista o a sus herederos la suma de 31.920 USD y a la sociedad colectora, 7980 USD en concepto de *droit de suite*. Mientras que, si se hubiera adoptado el modelo europeo, que tiene un piso de mil dólares para que opere el derecho, se hubieran pagado al artista 22.308 USD y a la sociedad recaudadora 5557 dólares.

En 2018, con pequeñas variaciones se repitió el volumen de ventas y los porcentuales del año anterior. Un dato interesante es que 302 artistas se repiten en ambos años. Se vendieron en total 1975 obras de 558 artistas argentinos que calificarían para el *droit de suite*, por un valor total de 8.122.647,83 USD. De esos 558 artistas, 366 habían fallecido (66%). El 46% de las obras se vendió a menos de mil dólares, mientras el 83%, a menos de 5000 USD, el 9% de las obras fue comprada entre 5000 y 10 000 USD y solo el 1% se subastó a más de 50.000 USD. ¿Cuántas obras correspondientes a un mismo artista se

103. S. STOKES, “Ten years of artists resale right in the United Kingdom: success or failure?”, *Art Antiquity & Law*, vol. 21, n.º 2, 2016, p. 133.

vendieron? El 44% de los artistas participó con una sola obra, el 84% con menos de cinco obras y el 2% vendió más de veinte obras. En consecuencia, en 2018, el 80% de lo recaudado hubiera ido a 79 artistas, de los cuales 62 estaban muertos, pero, de esos 79 artistas, solo 17 artistas (de los cuales 14 ya estaban fallecidos) se hubieran llevado el 45% del total. En concepto del derecho que nos ocupa, el 82% de los artistas hubiera cobrado menos de 500 USD, mientras el 60% de los artistas (294 artistas, de los cuales solo 104 hubieran estado vivos) hubiera cobrado menos de 200 USD; y el 2% (9 artistas, todos muertos) hubiera cobrado más de 5000 USD.

Antonio Berni fue el artista que más obras vendió en el mercado secundario, en 2018, con un total de 85 obras por un valor de 474.535 USD. En consecuencia, conforme el *proyecto argentino*, hubieran correspondido 18.981 USD para el artista y 4745 USD para la sociedad colectora, mientras que con el sistema de la Unión los montos hubieran sido 13.414 USD y 3354 USD, respectivamente<sup>104</sup>.

La evidencia muestra que un escaso número de artistas llegan al modesto mercado de subastas de arte contemporáneo en Argentina. No solo son unos pocos los beneficiarios, sino que el número de artistas vivos que se beneficiaría con el *droit de suite* es realmente bajo: 159 artistas, en el 2017, y 172, en el 2018. Además, la desigualdad con la que se distribuiría el derecho está a la vista: los herederos de los artistas serían los principales beneficiarios. Si el justificativo es la redistribución, esta claramente no se logra.

Un dato interesante, además, en el caso de Argentina, es que la ley de propiedad intelectual prevé que, en caso de no haber herederos ni legatarios, el Estado es el beneficiario de los derechos que otorga la ley de propiedad intelectual, con lo cual, llegado el caso, los beneficiarios serían la sociedad colectora y el Estado<sup>105</sup>.

### **3.3. ¿Es el artista es el único generador de valor de una obra de arte? ¿Repercute en su carrera y en el valor de las obras que haga a futuro si obras de su autoría se revenden a un mayor valor? ¿Cómo se establece el valor de una obra de arte?**

Autores y legisladores que apoyan el *droit de suite* suponen, en relación con este punto, que el valor de la obra de arte estuvo siempre allí, que el artista es un genio no reconocido, que tiene que esperar para tener reconocimiento y que, cuando le llega la hora, sin el reconocimiento de derecho, no puede aprovecharlo económicamente porque ya se desprendió de la obra. En el

104. Esta información puede verse más claramente en los anexos 1 y 2 de este trabajo.

105. ARGENTINA, *Ley de Propiedad Intelectual*, Nro. 11 723, art. 5.

punto 3.1. del capítulo IV vimos que, en la actualidad, esto no es necesariamente así porque los valores del mercado primario son, en los casos vistos, superiores a los del mercado secundario. Por otra parte, hay evidencias de que la obra de arte no tiene necesariamente un valor intrínseco, sino que es la consecuencia de múltiples factores, además del aporte del artista. En Argentina, hay, sin duda, muy buenos artistas contemporáneos, con buena recepción en la crítica, con obras en distintos museos y colecciones en el mundo. Sin embargo, como vimos en el punto 3.1 anterior, el volumen del mercado secundario es, cuando menos, modesto.

Al describir el funcionamiento del mundo del arte, en el capítulo II, vimos que muchos son los participantes de este ecosistema referido como “mundo del arte” y, por ello, son muchos los factores que inciden en los valores de las obras y en el mayor valor que algunas de ellas puedan tener con el tiempo. Sostener que el artista es el único generador de valor es desconocer el rol que juegan esos otros actores, así como también la legislación, la solidez y volumen de la economía en donde vive y trabaja el artista. Si miramos los reportes del estado del arte contemporáneo en el mundo, vemos que las ventas de las obras de Basquiat y Koons representan el 12 % de la facturación global del mercado de arte contemporáneo y que las obras que se venden a un mayor valor corresponden a 100 artistas, básicamente de los tres principales mercados de arte: Estados Unidos, Inglaterra y China<sup>106</sup>. La mayoría de esos artistas está vivo, trabaja y exhibe obra en los grandes museos del mundo. Suponer que esos artistas no se benefician con esas muestras y con el mayor valor de sus obras parece al menos equivocado.

Podemos sostener entonces que hay clara evidencia, en el mercado de arte, que el valor de la obra de arte es una construcción social.

#### 4. LA SUPOSICIÓN QUE EL ARTISTA VISUAL ESTÁ EN DESVENTAJA FRENTE A OTROS CREADORES PROTEGIDOS POR LOS DERECHOS DE AUTOR

Un autor, director de museo, escribió, en los años 70, que los artistas visuales aparecían sistemáticamente mejor remunerados por su esfuerzo creativo que autores pares en otras artes, y citaba, cotejándolos, varios ejemplos: Picasso y Stravinski; Marc Chagall y Vladimir Nabokov, y Henry Moore y Benjamin Britten<sup>107</sup>. Cuando leí la comparación, no pude evitar pensar acerca de cómo vivió

106. T. EHRMANN (ed.), *Artprice Report – 20 Years of Contemporary Art Auction History, 2000-2020* [en línea], ARTPRICE.COM, p. 55, disponible en <https://www.artmarketstudies.org/publ-artprice-report-20-years-of-contemporary-art-auction-history2000-2020/>.

107. S. E. WEIL, *Beauty And The Beast: On Museums, Art, The Law, And The Market*, Smithsonian Institution Press, Washington D.C., 1983, p. 213.

y cuánto dinero obtuvo durante su carrera Jorge Luis Borges, un escritor que transformó la literatura universal.

Vimos que otro aspecto de la defensa del *droit de suite* se vincula con los derechos de autor. Se sostiene que los artistas plásticos se encuentran en desventaja con otros creadores de obras protegidas, ya que los escritores o músicos, por caso, siguen participando en el éxito de sus obras al cobrar regalías con cada reproducción, mientras que los artistas visuales crean copias únicas o limitadas y sus ingresos se agotan con la venta de la obra de arte única o de esos ejemplares.

Antes de analizar la analogía entre los derechos del artista visual y los de otros autores, tenemos que saber que existen obras protegidas por los derechos de autor con modelos de explotación distintos de aquellos de una obra musical o literaria. Tal es el caso de obras arquitectónicas o, en su caso, de joyas que incorporan diseños protegidos. ¿Habría que establecer un derecho a favor del arquitecto cada vez que se revende una casa o del joyero cada vez que se revende una joya de su creación?

Los artistas visuales tienen sobre sus creaciones los mismos privilegios que los demás creadores protegidos por las leyes autorales. Cuando un artista visual vende la obra original, solo vende el soporte físico, por lo que, en principio, continúa teniendo los mismos derechos de reproducción, de adaptación, de representación que otros autores, salvo que expresamente los transfiera.

La dificultad de comparar un escritor o un músico con un artista visual radica en que la forma en la que se explotan económicamente sus creaciones es distinta, ni mejor ni peor. Un artista visual vende su obra normalmente a cambio de una suma de dinero, recibe el pago en una vez, en forma inmediata y necesita solamente de, al menos, un interesado. Un escritor, en cambio, recibirá normalmente un porcentaje de las ventas con el transcurso del tiempo y necesitará de un amplio público para recibir ingresos.

Por otra parte, no debemos perder de vista que, en la actualidad, se han impuesto las producciones que existen en copias múltiples, lo que presenta una contradicción con el supuesto considerado por el legislador para instaurar el *droit de suite*: que el artista básicamente trabaja con obras únicas. Si bien alguna legislación, como la francesa, limita la cantidad de copias a los efectos de que opere el derecho, la mayoría no lo hace. Históricamente, era impensable la posibilidad de hacer infinitas reproducciones con carácter e integridad de “originales”, pero hoy tenemos evidencia de que no necesariamente es así. En este sentido y a modo de ejemplo, en el año 2016, se remató, en Argentina, un ejemplar de una obra de Jeff Koons de una serie limitada (!) de 2300 en total<sup>108</sup>.

108. I. GUTIÉRREZ ZALDIVAR, “Otoño de subastas sin atractivo en Buenos Aires con obras que pueden costar menos que un almuerzo”, *El Cronista* [en línea], 22.04.2016. Dirección



Podríamos decir que muchas ediciones de obras literarias de escritores –supuestamente más aventajados en derechos de autor– tienen tiradas de 2000 o 3000 ejemplares y solo participan de una regalía, mientras que, en el caso señalado, Koons recibió el valor total de la obra por cada uno de esos ejemplares vendidos como obras limitadas. Si bien es cierto que no todas las obras de arte pueden reproducirse en copias estéticamente equivalentes, cada vez son más frecuentes las obras que existen en soportes de igual calidad y valor.

Asimismo, el artista plástico puede recibir ingresos con las reproducciones de la imagen de su obra. De hecho, a lo largo de la historia, ya desde los inicios del arte moderno, muchos artistas han recibido ingresos cuantiosos por la reproducción de sus obras en distintos soportes, desde pósteres hasta ropa, en ediciones ilimitadas o numeradas, y cada vez más artistas plásticos, reconocidos o no, hacen uso del derecho de reproducción previsto en las leyes de derechos de autor. La agencia francesa colectora de derechos de artistas visuales, para justificar su existencia, en su sitio web, publica:

*“... la proliferación de modos y medios de explotación dificulta enormemente la gestión individual de los derechos por parte de un autor aislado. Publicación de libros, reproducción en prensa, venta en galerías, marketing de productos derivados, emisión en televisión o adaptación para videos, publicación en sitios web o plataformas de intercambio: el autor no puede controlar ni percibir todos los derechos por cada uso de su obra”<sup>109</sup>.*

Corresponde señalar que, en algunas jurisdicciones, hay un aspecto de los derechos de autor en el cual el artista plástico se encontraría en desventaja con el resto de los autores de obras protegidas por los derechos de autor. Me refiero al derecho de exhibición pública de sus obras, un derecho análogo al de ejecución pública de música. En efecto, hay leyes que establecen que el propietario de la obra de arte es el titular del derecho de exhibición pública de esta, o sea, que, cuando el artista se desprende de su obra, lo transfiere al adquirente. Así la ley española dice que “*el propietario del original de una obra de arte plástica 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*”<sup>110</sup>. Pero no todas las leyes ponen el derecho de exhibición en cabeza del propietario de la obra. Ley uruguaya, por ejemplo, expresa: “*el derecho de propiedad intelectual comprende la facultad exclusiva del autor de [...] comunicar o poner a disposición del público las mismas; la*

URL: <https://www.cronista.com/negocios/Otono-desubastas-sin-atractivo-en-Buenos-Aires-con-obras-que-pueden-costar-menos-que-un-almuerzo20160422-0002.html>.

109. AGAGP. Recuperado de <https://www.adagp.fr/fr/adagp/missions/perception-repartition>.

110. ESPAÑA, *Real Decreto Legislativo 1/1996*, en su art. 56.2; también VENEZUELA, *Ley sobre derecho de autor*, promulgada el 14.08.1993, en su art. 54, Cfr: [https://sapi.gob.ve/wp-content/uploads/2020/09/ley\\_derecho\\_de\\_autor.pdf](https://sapi.gob.ve/wp-content/uploads/2020/09/ley_derecho_de_autor.pdf).

*facultad de comunicar al público comprende: ... la exposición pública de las obras de arte o sus reproducciones*<sup>111</sup>. Otras leyes no dicen nada al respecto, tal es el caso de la ley francesa y argentina. En consecuencia, podríamos decir que, en estas jurisdicciones, el artista continúa siendo el titular del derecho de exhibición pública de la obra, aun luego de transferida la propiedad de la copia única, por lo que es un derecho que, si quisiera, podría explotar<sup>112</sup>. La ley chilena expresamente establece que la venta del ejemplar no faculta al adquirente para reproducirlas, exhibirlas o publicarlas con fines de lucro<sup>113</sup>.

## VI. REFLEXIONES FINALES

He intentado mostrar en este trabajo la complejidad del *droit de suite* y de los beneficios –más bien ilusorios– que otorga, aun cuando sus motivos sean nobles y bien intencionados. No parece ser una ayuda eficaz para la comunidad artística, en general, ni para los artistas, en su conjunto, en particular, y sí, en cambio, puede perjudicar el funcionamiento del mercado y, por ende, a los artistas al crear, además, asimetrías entre los distintos mercados. Por todas las razones aquí expuestas y desarrolladas, su incorporación en los países que no lo regulan –por ejemplo, Argentina– debiera ser desincentivada. Si a pesar de ello se insistiera en su incorporación, las modalidades del derecho debieran ser profundamente analizadas teniendo en cuenta la realidad del mercado.

En la actualidad, en jurisdicciones con importantes mercados de arte, la mayor parte de los artistas que se benefician ya son ricos, no precisan esa ayuda. En países como Argentina –con un modesto mercado de arte–, el magro beneficio que recibirían unos pocos sería objetivamente desproporcionado con los costos y complejidades administrativas que conllevaría, lo que, muy probablemente, importaría una mayor cantidad de operaciones de mercado secundario en ámbitos privados y achicaría aún más las pocas ventas de las casas de remates. De darse esta situación, habría una pérdida para todos los actores del mercado del arte, ya que, al menos, las subastas dan visibilidad sobre cuáles obras están a la venta, quiénes son sus creadores y cuáles sus valores.

Fuera del ámbito académico y legislativo, el *droit de suite* es visto como injusto, ya que –como vimos– se aplica sobre el precio de venta de una

111. URUGUAY, *Ley 17616*, art. 2, disponible en <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/17616-2003>.

112. En un caso judicial, el tribunal de alzada, de manera cuestionable, sostuvo que se presumía la transferencia del derecho de exhibición de la obra de arte y que quien adquiría una obra de arte lo hacía para exhibirla públicamente. Fallo “Société des Auteurs dans les Arts Graphiques et Plastiques c. Asociación Amigos del Museo Nacional de Bellas Artes y otro”, del 14/08/2006, *Revista Jurídica La Ley*, cita online: AR/JUR/4930/2006.

113. CHILE, *Ley 17336*, art. 37, disponible en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=28933>.

obra dando por supuesto que esta se vende a un mayor valor, aun cuando la evidencia muestra que, en general, no es así. De los argumentos esgrimidos por quienes defienden el derecho, se advierte un prejuicio generalizado hacia el coleccionista, una visión de este como un simple adquirente de un bien cualquiera y un especulador, imagen que también vemos en la prensa actual o los hechos referidos en los puntos 1.1 y 1.2 del capítulo V, eventos que fueron noticia y quedaron en la historia por ser excepcionales.

Sin embargo, son muchos los coleccionistas que no solo están del lado de la demanda, sino también del artista –a quien acompañan, material y financieramente– y que compran obras de arte no como una operación financiera ni como resguardo de capital, sino por el mero placer que estas les brindan o para apoyar al artista frente a proyectos que lo requieren. De todos modos, no tenemos por qué asumir que quien adquiere una obra de arte sea indiferente al valor futuro de la obra en caso de tener que desprenderse de ella. Por lo tanto, cabe preguntarse en qué medida el *droit de suite* afectaría al mercado argentino, en donde todavía no está regulado.

Cada vez es más frecuente que el artista cuya obra llega al mercado secundario siga vendiendo obra en el mercado primario y, hoy más que nunca en la historia del arte, se está cada vez más lejos del original como pieza única. Un gran interrogante que pretendo dejar planteado con este trabajo es el referido al porqué de su difusión; ¿Quiénes son entonces los principales interesados en el *droit de suite*?

Tampoco es evidente cuál es el interés del legislador en que el derecho sea inalienable, menos aún irrenunciable, cuando bajo el justificativo de armonizar el derecho del artista visual con el de otros autores, se lo diferencia al impedirle desprenderse de sus derechos económicos. ¿Son acaso los artistas visuales incapaces?

Por otra parte, tal como sostuve más arriba, el *droit de suite* importa una invasión al derecho de propiedad de una persona en favor de otra. Por esta razón, su aplicación debiera ser en todo caso siempre a futuro, sobre obras creadas o al menos adquiridas después de promulgada la ley que lo contemple.

Y, por último, hago una reflexión vinculada con las buenas prácticas y los códigos de ética. Este trabajo me permitió observar que faltan, en el mercado de obras de arte, códigos de ética y de buenas prácticas. Las asociaciones de artistas y de galeristas debieran trabajar en esta área y esbozar lineamientos para que artistas y coleccionistas que lo deseen puedan suscribir acuerdos que contemplen un reconocimiento económico al artista, en caso de venderse la obra a un mayor valor.

A modo de síntesis final, espero que este trabajo sirva para evitar leyes que en teoría buscan favorecer a los artistas, pero que, por el contrario, no consiguieren ese efecto y solo logran perjudicar a la comunidad artística y a su entorno.

## VII. ANEXO

### Análisis del impacto del *droit de suite* en el mercado argentino

Campo de estudio: ventas de obras de arte en subastas públicas de Argentina ocurridas en los años 2017 y 2018, correspondientes a obras de artistas vivos o muertos después del año 1947.

Los cálculos simulan cuál hubiera sido el impacto del *droit de suite* conforme a los parámetros del *proyecto argentino*.

#### Anexo 1

| Resumen                                     | 2017      | 2018      |
|---------------------------------------------|-----------|-----------|
| Cantidad de artistas que habrían calificado | 486       | 558       |
| Porcentaje de artistas vivos                | 33%       | 34%       |
| Cantidad de obras                           | 1947      | 1975      |
| US\$ ventas (Sin comisión)                  | 8,627,351 | 8,122,648 |
| US\$ a repartir por Droit de Suite          | 345,094   | 324,906   |
| US\$ recaudación sociedad colectora         | 86,274    | 81,226    |

| Rango de valor de venta de las obras (en US\$) | 2017 | 2018 |
|------------------------------------------------|------|------|
| Inferior a 1000                                | 42%  | 44%  |
| Entre 1000 y 5000                              | 36%  | 37%  |
| Entre 5000 y 10.000                            | 10%  | 9%   |
| Entre 10.000 y 50.000                          | 10%  | 9%   |
| Superior a 50.000                              | 1%   | 1%   |
| Total                                          | 100% | 100% |

| Artistas según cantidad de obras vendidas | 2017 | 2018 |
|-------------------------------------------|------|------|
| Solo una obra                             | 44%  | 47%  |
| Entre 2 y 5 obras                         | 36%  | 38%  |
| Entre 6 y 10 obras                        | 12%  | 9%   |
| Entre 11 y 20 obras                       | 6%   | 5%   |
| Más de 20 obras                           | 2%   | 2%   |
| Total                                     | 100% | 100% |

## Anexo 2

| Porcentaje de distribución del <i>droit de suite</i> | Cantidad de artistas en 2017 | Cantidad de artistas en 2018 |
|------------------------------------------------------|------------------------------|------------------------------|
| El 100% de la suma se habría repartido entre         | 486                          | 558                          |
| El 80% de la suma se habría repartido entre          | 75                           | 79                           |
| El 45% de la suma se habría repartido entre          | 15                           | 17                           |

| Rangos de sumas (en US\$) que habrían recibido los artistas | 2017       |             |        | 2018       |             |        |
|-------------------------------------------------------------|------------|-------------|--------|------------|-------------|--------|
|                                                             | # Artistas | % del Total | % Vivo | # Artistas | % del Total | % Vivo |
| Menos de 200                                                | 29         | 60%         | 35%    | 373        | 67%         | 39%    |
| Entre 200 y 500                                             | 77         | 16%         | 36%    | 76         | 14%         | 33%    |
| Entre 501 y 1000                                            | 38         | 8%          | 39%    | 36         | 6%          | 19%    |
| Entre 1001 y 5000                                           | 68         | 14%         | 18%    | 57         | 10%         | 25%    |
| Más de 5000                                                 | 9          | 2%          | 0%     | 16         | 3%          | 13%    |
| Total                                                       | 486        | 100%        |        | 558        | 100%        | -      |

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ADDLEY, Esther: "David Hockney painting earns record 90,3m for living artist", 16.11.2018, *The Guardian* [en línea]. Dirección URL: <https://www.theguardian.com/artanddesign/2018/nov/15/david-hockney-painting-record-auction-living-artist>.
- ANTIQUES TRADE GAZETTE: "Artists against Droit de Suite", 4.12.2000 [en línea]. Dirección URL: <https://www.antiquestradegazette.com/news/2000/artists-against-droit-de-suite/>.
- ARGENTINA, *Proyecto de ley (S-2974/19)*. Dirección URL: <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/parlamentaria/426679/downloadPdf>.
- *Decreto-Ley N. 1224*, del 3.02.58, Boletín Oficial del 14.2.58, ratificado por Ley N. 14.467, Boletín Oficial del 29.09.58. Dirección URL: [https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto\\_ley-6066-1958-297692](https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto_ley-6066-1958-297692).
- *Ley 11723 de Propiedad Intelectual*, art. 52. Dirección URL: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/42755/texact.htm>.

- *Ley 24633*, disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/36488/texact.htm>.
- ARTQUEST.ORG.UK: “Own Art: How and why do collectors collect?” [en línea]. Dirección URL: <https://www.artquest.org.uk/how-to-articles/how-and-why-do-collectorscollect/>.
- AUSTRALIA, *Resale Royalty Right for Visual Artists*, Bill 2009. Dirección URL: [https://www.aph.gov.au/Parliamentary\\_Business/Bills\\_Legislation/Bills\\_Search\\_Results/Result?bId=r4010](https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Bills_Legislation/Bills_Search_Results/Result?bId=r4010).
- BELLET, Harry: “A New York, le marché des jeunes artistes est gagné par la fièvre”, 11.05.2005, *Le Monde* [en línea]. Dirección URL: [https://www.lemonde.fr/culture/article/2005/04/11/a-new-york-le-marche-des-jeunes-artistes-est-gagnepar-la-fievre\\_637758\\_3246.html](https://www.lemonde.fr/culture/article/2005/04/11/a-new-york-le-marche-des-jeunes-artistes-est-gagnepar-la-fievre_637758_3246.html).
- BÉTARD, Daphne: “Paul Rosenberg ou l’itinéraire mouvementé d’un marchand d’art visionnaire”, *Beaux Arts Magazine* [en línea], 19.05.2017. Dirección URL: <https://www.beauxarts.com/expos/paul-rosenberg-oulitineraire-mouvemente-dun-marchand-dart-visionnaire/>.
- BONUS, Holger y RONTÉ, Dieter: “Credibility and Economic Value in the Visual Arts”, *Journal of Cultural Economics*, vol. 21, n.º 2, Springer, 1997.
- BRASIL, *Ley de derechos de autor y derechos conexos*, 19.02.1998. Dirección URL: [Brasil-Ley-derechos-de-autor-y-derechos-conexos-1998-9610.pdf](#).
- BRITISH ART MARKET FEDERATION (BAMF): *The British Art Market report in 2014* [en línea], p. 13. Dirección URL: <https://tbamf.org.uk/wp-content/uploads/2014/08/British-Art-Market-2014.pdf>.
- CALIFORNIA: *California Resale Royalty Act* § 986. Dirección URL: [https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes\\_displaySection.xhtml?lawCode=CIV&sectionNum=986](https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displaySection.xhtml?lawCode=CIV&sectionNum=986).
- *Close v. Sotheby’s, Inc.*, Ninth Circuit, 6.07.2012, N. 16-56234. Dirección URL: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca9/16-56234/16-56234-2018-07-06.html>.
- CARLETON, William A. III: “Copyright Royalties for Visual Artists: A Display-Based Alternative to the Droit de Suite”, *Cornell L. Rev.*, vol. 76, 1991. Dirección URL: <https://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol76/iss2/5>.
- CHAMBERS, David, DIMSON, Elroy y SPAENJERS, Christophe: *Art as an Asset: Evidence from Keynes the Collector* [en línea], 5.10.2019. Dirección URL: <https://econpapers.repec.org/paper/cprceprdp/14357.htm>.
- CHILE, *Ley 17336*, del 02.10.1970, Dirección URL: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=28933>.

- *Proyecto de Ley Boletín 13098-24* del 26.11.2019. Dirección URL: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=13644&prmBoletin=1309%208-24>.
- COHEN, Alina: “7 art dealers reveal how gallery waiting lists really work”, *Art Market* [en línea], 23.01.2020. Dirección URL: <https://www.artsy.net/article/artsy-editorial-7-art-dealers-reveal-gallery-waiting-lists-work>.
- COLOMBET, Claude: *Grandes principios de derecho de autor y los derechos conexos en el mundo. Estudio de derecho comparado*, Tercera edición, Ediciones Unesco/CINDOC, Madrid, 1997.
- COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo. Informe sobre la aplicación y efectos de la Directiva relativa al derecho de participación* (2001/84/CE) [en línea], 14.11.2011. Dirección URL: <https://op.europa.eu/es/publication-detail/publication/fe4cecf-3143-417c-99cd-3b1e2763097a/language-es>.
- CONFEDERACIÓN INTERNACIONAL DE SOCIEDADES DE AUTORES Y COMPOSITORES (CISAC): “El derecho de participación ocupa el primer plano de la conferencia del CIAGP en Buenos Aires” [en línea], 18.05.2015. Dirección URL: <https://es.cisac.org/Sala-deprensa/Articulos/El-derecho-de-participacion-ocupa-el-primer-plano-de-la-conferencia-del-CIAGP-en-Buenos-Aires>.
- CONVENIO DE BERNA PARA PROTECCIÓN DE LAS OBRAS LITERARIAS Y ARTÍSTICAS, 9.9.1886. Dirección URL: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/60144/norma.htm>.
- COSTA RICA, *Ley 8834/2010*, 14.10.2010. Dirección URL: [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=67949&nValor3=80723&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=67949&nValor3=80723&strTipM=TC).
- DANBY, Grahame y WARD, Philip: *Artist’s resale right* [en línea], 1.07.2010, House of Commons Library, UK Parliament, Standard note SN/HA/4781. Dirección URL: <https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/sn04781/>.
- DELNEGRO, Mariela y LONGO, Norah: “Las condiciones laborales y de producción en las Artes Visuales. Algunas reflexiones sobre el ‘Derecho de Participación’”, *Revista Latinoamericana de Antropología del Trabajo* [en línea], vol. 4, n.º 8, 2020. Dirección URL: [www.ceilconicet.gov.ar/ojs/index.php/lat/article/view/730/588](http://www.ceilconicet.gov.ar/ojs/index.php/lat/article/view/730/588).
- ECUADOR, *Ley Ecuatoriana de Propiedad Intelectual* (Codificación N. 2006-013)
- EHRMANN, Thierry (Editor): ARTPRICE. *Artprice Report – 20 Years of Contemporary Art Auction History, 2000-2020* [en línea], ARTPRICE.COM, p. 55.



- Dirección URL: <https://www.artmarketstudies.org/publ-artprice-report-20-years-of-contemporary-art-auction-history2000-2020/>.
- *La guide du collectionneur. Collecting 101. Art Stage Singapore* [en línea], 2013. Dirección URL: [https://imgpublic.artprice.com/pdf/art\\_stage\\_2013\\_fr.pdf](https://imgpublic.artprice.com/pdf/art_stage_2013_fr.pdf).
- ESPAÑA, *Real Decreto Legislativo 1/1996*, BOE 12.04.96, art. 2. Dirección URL: [https://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/rdleg1-1996.html](https://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rdleg1-1996.html).
- ESPÍN ALBA, Isabel: “El caso Fundación Gala-Salvador Dalí VEGAP: la transmisión *mortis causa* del derecho de participación en la reventa de obras de artes plásticas”, Universidad de Santiago de Compostela, enero 2014 [en línea]. Dirección URL: <http://pidcc.com.br/artigos/072014/14082014.pdf>.
- FRANCIA, *Ley 57-298*, del 11.03.1957. Dirección URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000315384>.
- *Código De Propiedad Intelectual*. Dirección URL: [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article\\_lc/LEGIARTI000033688066/](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000033688066/).
- FRATELLO, Bradley: “France Embraces Millet: The Intertwined Fates of The Gleaners and The Angelus” [en línea], *The Art Bulletin*, diciembre 2003. Dirección URL: <https://www.mutualart.com/Article/FranceEmbraces-Millet-The-Intertwined-65DB908A334354D8>.
- FONDO NACIONAL DE LAS ARTES DE ARGENTINA, 27.01.2020 [video]. Dirección URL: [https://www.youtube.com/watch?v=S2rA9QORDgU&feature=emb\\_logo](https://www.youtube.com/watch?v=S2rA9QORDgU&feature=emb_logo).
- GARCÍA, Fernando: “El enigma detrás del Van Gogh que salió de la Argentina”, 18.01.2020, *La Nación* [en línea]. Dirección URL: <https://www.lanacion.com.ar/cultura/el-enigma-detras-del-van-gogh-salio-nid2325288/>.
- GINSBURGH, Victor: *Droit de Suite, An Economic Viewpoint*, European Center for Advanced Research in Economics and Statistics, Université Libre de Bruxelles, 2008.
- *Le droit de suite est néfaste aux artistes et au marché*, European Center for Advanced Research in Economics and Statistics, Université Libre de Bruxelles.
- GRAELL, Vanessa: “Conejos fluorescentes, ‘plantimales’ y demás íconos del arte transgénico”, 17.1.2012, *El Mundo* [en línea]. Dirección URL: <https://www.elmundo.es/elmundo/2012/01/17/barcelona/1326824404.html>.
- GUTIÉRREZ ZALDIVAR, Ignacio: “Otoño de subastas sin atractivo en Buenos Aires con obras que pueden costar menos que un almuerzo”, *El Cronista* [en línea], 22.04.2016. Dirección URL: <https://www.cronista>.

- com/negocios/Otono-desubastas-sin-atractivo-en-Buenos-Aires-con-obras-que-pueden-costar-menos-que-un-almuerzo20160422-0002.html.
- IERARDO, Esteban: “La sensible lucidez de Walter Benjamin”, *La Nación* [en línea], 26.09.2020. Dirección URL: <https://www.lanacion.com.ar/opinion/la-sensible-lucidez-de-walterbenjamin-nid2460079>.
- ITALIA, *Ley italiana de derecho de autor*, 22 de abril de 1941, *Gazzetta Ufficiale* n. 166 del 16 de julio de 1941. Dirección URL: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/1941/07/16/166/sg/pdf>.
- JARQUE KREBS, Fietta: “Mucho arte para... ¿el fraude?”, *El País* [en línea], 4.10.2008. Dirección URL: [https://elpais.com/diario/2008/10/05/sociedad/1223157602\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2008/10/05/sociedad/1223157602_850215.html).
- JIMÉNEZ, Marc: *La querelle de l'art contemporain*, Éditions Gallimard, Paris, 2005.
- KIRSCHENBAUM, Baruch: “The Scull Auction and the Scull Film”, *Art Journal*, vol. 39, n.º 1, CAA, Autumn 1979.
- LUCAS, Antonio: “Patricia Phelps de Cisneros incrementa la colección del Museo Reina Sofía”, *El Mundo* [en línea], 11.03.19. Dirección URL: <https://www.elmundo.es/cultura/literatura/2019/03/11/5c8687e1fc6c8316058b4694.html>.
- MAGUET, Frédéric: *L'Angélus et La Joconde Émotions racontées, provoquées, oubliées*, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2013.
- MARCHIONE, Luciano: “Fundamentos para implementar el *droit de suite* para las artes visuales”, *Revista Jurídica La Ley* [en línea]. Dirección URL: <http://www.laley.thomsonreuters.com>. AR/DOC/3404/2013.
- “El derecho de participación en las reventas: un trato justo para los artistas visuales”, *OMPI Revista* [en línea], junio 2017. Dirección URL: [https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/es/2017/03/article\\_0001.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2017/03/article_0001.html).
- MAYER, Mariano: “Galeristas jóvenes: cómo hacen del arte un negocio y una forma de vida”, *Clarín.com VIVA* [en línea], 13.10.2019. Dirección URL: [https://www.clarin.com/viva/galeristasjovenes-hacen-arte-negocio-forma-vida\\_0\\_njKKqasw.html](https://www.clarin.com/viva/galeristasjovenes-hacen-arte-negocio-forma-vida_0_njKKqasw.html).
- Mc ANDREW, Clare: *Cuadernos arte y mecenazgo* [en línea], Fundación Bancaria “La Caixa”, Barcelona. Dirección URL: [www.mercadoespañoldelarte.org](http://www.mercadoespañoldelarte.org).
- Mc ANDREW, Clare y DALLAS-CONTE, Lorna: *Implementing Droit de Suite (artists' resale right) in England* [en línea], The Arts Council of England, 2002. Dirección URL: [https://www.academia.edu/7553610/Implementing\\_Droit\\_de\\_Suite\\_artists\\_resale\\_right\\_in\\_England](https://www.academia.edu/7553610/Implementing_Droit_de_Suite_artists_resale_right_in_England).

- MERRYMAN, John Henry, ELSÉN, Alberte E y URICE, Stephen: *Law, ethics and the visual arts*, Quinta ed., Wolters Kluwer, Law & Business, 2007.
- MÉXICO, *Ley Federal de Derecho de Autor*, 14.7.2020. Dirección URL: <https://mexico.justia.com/federales/leyes/ley-federal-del-derecho-de-autor/>.
- MOULIN, Raymonde: *El mercado del arte: mundialización y nuevas tecnologías*, La marca editora, Buenos Aires, 2012.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO (OMC): *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)*. Dirección URL: [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/trips\\_s/ta\\_docs\\_s/1\\_tripsandconventions\\_s.pdf](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/ta_docs_s/1_tripsandconventions_s.pdf).
- OMPI: *Guía Sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos Administrados por la OMPI* [en línea], 2004. Dirección URL: <https://www.wipo.int/publications/es/details.jsp?id=361&plang=ES>.
- “La obra como derecho de autor. Autoría y titularidad” [en línea], 8.12.1997. Dirección URL: [https://www.wipo.int/meetings/es/details.jsp?meeting\\_id=2975](https://www.wipo.int/meetings/es/details.jsp?meeting_id=2975).
- Documento CE/MPC/1/2-II, 11 de agosto 1989. Dirección URL: [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo\\_pub\\_682.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_682.pdf).
- OYBIN, Marina: “Quince obras imperdibles de la nueva edición de ArteBA”, *INFOBAE* [en línea], 11.4.2019. Dirección URL: <https://www.infobae.com/cultura/2019/04/11/15-obras-imperdibles-de-la-nueva-edicion-de-arteba/>.
- PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO, *Directiva 2001/84*, del 27.09.2001. Dirección URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:32001L0084>.
- PERÚ, *Ley de derechos de autor*, Decreto Legislativo n. 822, art. 3. Dirección URL: <https://www.gob.pe/institucion/pcm/normas-legales/1670023-822>.
- PIERREDON-FAWCETT, Liliane: *The droit de suite in literary and artistic property*, Center for Law and the Arts, Columbia University School of Law, 1991.
- REVISTA JURÍDICA LA LEY: “Société des Auteurs dans les Arts Graphiques et Plastiques c. Asociación Amigos del Museo Nacional de Bellas Artes y otro”, del 14/08/2006, cita *online*: AR/JUR/4930/2006.
- RICKETSON, Sam: Proposed international treaty on droit de suite/resale royalty right for visual artists, *Revue Internationale du Droit d'Auteur - RIDA* [en línea], n.º 245, 2015. Dirección URL: <https://resale-right.org/wp-content/uploads/2016/03/rida-245-Ricketson-S-TAP.pdf>.

- RICKETSON, Sam y GINSBURG, Jane C.: *International Copyright and neighbouring rights: The Berne Convention and beyond*, Oxford University Press, Oxford, 2.<sup>a</sup> ed., 2006.
- SCHIELDAHL, Peter: “Leo the Lion, How the Castelli gallery changed the art world”, *The New Yorker* [en línea], 3.5.2010. Dirección URL: <http://www.newyorker.com/magazine/2010/06/07/leothe-lion>.
- SCHOTT, John y VAUGHN, E. J. (dirs.): *America’s Pop collector: Robert C Scull Contemporary art at auction* [película], Productor E. J. Vaughn, 1974.
- SOURGINS, Christine: *Les Mirages de l’art contemporain*, Éditions de la table ronde, Paris, 2018.
- STOKES, Simon: “Ten years of artist’s resale right in the United Kingdom: success or failure?”, *Art Antiquity & Law*, vol. 21, n.º 2, 2016.
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (TJUE), 15 de abril 2010, Asunto C-518/08, Fondation Gala-Salvador Dalí et Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP) c/ Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques (ADAGP) et autres. Cfr. Dirección URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A62008CJ0518>.
- URUGUAY, *Ley 17616*. Dirección URL: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/17616-2003>.
- U.S. COPYRIGHT OFFICE. Dirección URL: <https://www.copyright.gov/docs/resaleroyalty>.
- VENEZUELA, *Ley sobre derecho de autor*, promulgada el 14.08.1993. Dirección URL: [https://sapi.gob.ve/wp-content/uploads/2020/09/ley\\_derecho\\_de\\_autor.pdf](https://sapi.gob.ve/wp-content/uploads/2020/09/ley_derecho_de_autor.pdf).
- WEIL, Stephen E.: *Beauty and The Beast: On Museums, Art, The Law, And The Market*, Smithsonian Institution Press, Washington D.C., 1983.



# La comercialización en las plataformas de comercio electrónico de obras de arte falsificadas

## The trade on the electronic commerce platforms of counterfeit works of art

RICARDO FABIÁN RUBIO

*Abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires  
Magíster en Derecho Empresario por la Facultad de  
Derecho de la Universidad Austral*

“Guardaos ladrones e imitadores del trabajo y del talento de otros, de poner las manos sobre esta obra maestra”<sup>1</sup>.

### Resumen

El presente trabajo se propone abordar la responsabilidad de los proveedores de servicios, en la comercialización de obras de arte, en el ámbito del comercio electrónico –eBay, OLX, Mercado Libre, Alibaba, Amazon–. Asimismo, se analizará la expansión que tiene actualmente el comercio del arte, su vinculación directa con el auge de obras falsificadas en el mercado y cómo dichas circunstancias repercuten negativamente sobre el prestigio de los artistas y sobre el mundo del arte en general.

### Palabras claves

Mercado, Arte, Falsificación, Marchand, Globalización, Consumidor, Comercio, Plataforma, Internet, Proveedor, Servicio.

1. “Con esa amonestación cerraba en 1511 sus xilografías sobre la Vida de la Virgen el gran pintor y grabador alemán Alberto Dureró” (B. MARISCAL HAY, “El verdadero Don Quijote frente al falso caballero andante”, *Romance Notes*, 56.1, 2016, pp. 9-16).

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. BREVE HISTORIA DE LA COMERCIALIZACIÓN DE OBRAS DE ARTE. III. LA COMERCIALIZACIÓN DE OBRAS FALSIFICADAS EN LAS PLATAFORMAS DE COMERCIO ELECTRÓNICO. IV. LA POSTURA LEGAL DE LAS PLATAFORMAS DE COMERCIO ELECTRÓNICO. V. LOS RECLAMOS DESFAVORABLES DE LAS PLATAFORMAS DE COMERCIO ELECTRÓNICO EN LO TRIBUNALES. VI. LA APLICACIÓN DEL *LANDLORD LIABILITY* FUNDAMENTADA POR EL INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE AUTOR. VII. LA SITUACIÓN LEGAL EN ARGENTINA. VIII. LA UTILIZACIÓN DEL *BLOCKCHAIN* COMO ALTERNATIVA PARA EVITAR LAS FALSIFICACIONES DE OBRAS DE ARTE. IX. CONCLUSIÓN. X. BIBLIOGRAFÍA. XI. JURISPRUDENCIA.

## Abstract

This paper aims to address the responsibility of service providers in the trade of works of art, in the field of electronic commerce, such as eBay, OLX, Mercado Libre, Alibaba, Amazon. It will also analyze the current expansion of the art trade, its direct link to the rise of counterfeit works in the market and how these circumstances have a negative impact on the prestige of artists and the art world in general.

## Keywords

Market, Art, Trade, Counterfeit, Marchand, Globalization, Consumer, Commerce, Platform, Internet, Provider, Service.

SUMMARY: I. INTRODUCTION. II. BRIEF HISTORY OF THE TRADE OF WORKS OF ART. III. THE COMMERCIALIZATION OF COUNTERFEIT WORKS ON ELECTRONIC COMMERCE PLATFORMS. IV. THE LEGAL POSITION OF ELECTRONIC COMMERCE PLATFORMS. V. THE UNFAVORABLE CLAIMS OF ELECTRONIC COMMERCE PLATFORMS IN COURT. VI. THE APPLICATION OF THE LANDLORD LIABILITY BASED ON THE INFRINGEMENT OF COPYRIGHT. VII. THE LEGAL SITUATION IN ARGENTINA. VIII. THE USE OF BLOCKCHAIN AS AN ALTERNATIVE TO PREVENT COUNTERFEIT WORKS OF ART. IX. CONCLUSION. X. BIBLIOGRAPHY. XI. COURT DECISIONS.

## I. INTRODUCCIÓN

La comercialización de obras de arte atraviesa en la actualidad un momento sin precedentes. La llegada de la globalización<sup>2</sup> y la consecuente apertura de los canales de comunicación han permitido que diversas industrias se extiendan

2. En una visión más acentuadamente económica, Stiglitz dice: “*Fundamentalmente, es la integración más estrecha de los países y los pueblos del mundo, producida por la enorme reducción de los costes de transporte y comunicación, y el desmantelamiento de las barreras artificiales a los flujos de bienes, servicios, capitales, conocimientos y (en menor grado) personas a través de las fronteras. La globalización ha sido acompañada por la creación de nuevas instituciones; en el campo de la sociedad civil internacional...*” (J. E. STIGLITZ, *El malestar en la globalización*, Taurus, Buenos Aires, 2002, p. 37. Citado por H. ALEGRÍA, “Globalización y derecho”, publicado en la *Ley Online*. Cita Online: AR/DOC/6362/2011).



a lo largo del planeta. La industria del arte, caracterizada por ser cerrada, reservada y elitista, ha sufrido una transformación, a raíz de las circunstancias enunciadas, constituyéndose como una empresa abierta al público en general.

Si bien es cierto que existía una mundialización del comercio del arte antes de la llegada de la globalización, motivada por otros factores<sup>3</sup>, la misma residía sobre determinadas metrópolis<sup>4</sup>, por lo tanto, el término mundial o global no reflejaba la realidad<sup>5</sup> de los hechos.

La ilusoria mundialización del arte que existía se ve manifestada por la concentración que tienen, por el momento, determinadas casas de subastas<sup>6</sup> sobre el mercado del arte. Dicha concentración, que ya ha presentado ciertas controversias<sup>7</sup>, afronta sus últimos días<sup>8</sup> debido a que la comercialización por medios electrónicos contrarresta cada vez más la influencia de determinadas empresas sobre el mundo del arte.

*“El modelo de galería instaurado en el siglo XIX y que se desarrolló a lo largo de todo el siglo XX (donde cada marchand lo adaptó y puso en práctica en función de sus posibilidades), parece haber entrado en crisis ya desde comienzos del siglo XXI, debido a los cambios que tuvieron lugar en el mercado del arte durante las últimas décadas”*<sup>9</sup>.

Por supuesto que las galerías y muestras de arte consolidadas en diversas regiones del mundo van a seguir existiendo, pero la situación fáctica que se refleja actualmente es que no es necesario ir a una galería, muestra o feria para poder descubrir diversos artistas y eventualmente adquirir sus obras<sup>10</sup>.

3. *“La mundialización del mercado se vio estimulada por la desmaterialización de los flujos financieros capaces de invertir en bienes artísticos”* (R. MOULIN, *El mercado del arte. Mundialización y nuevas tecnologías*, Edit. La Marca, Buenos Aires, 2012, p. 63).
4. *“Las plazas dominantes mundialmente aparecen en este orden: Nueva York, Londres, París y Hong Kong”* (*Ibid.*).
5. Sobre todo sí lo comparamos con la situación actual, en donde cada persona puede tener acceso, independientemente del lugar geográfico donde se encuentre, a la compraventa de obras de arte por medios electrónicos.
6. *“En el sector de las subastas el mercado está dominado por dos empresas anglosajonas: Sotheby’s, de importantes capitales norteamericanos, y Christie’s, recientemente bajo control francés desde su adquisición por François Pinault en 1998”* (R. MOULIN, *El mercado del arte...*, op. cit., p. 65).
7. *“Un juez condena a Taubman por pactar elevadas comisiones con Christie’s [...] Reveló que, bajo las órdenes de Taubman, había personalmente pactado con el número dos de Christie’s, Christopher Dandridge, en el transcurso de varias entrevistas secretas –algunas en lujosos hoteles, otras en aparcamientos de aeropuertos–, subir sus precios casi simultáneamente, aprovechando su situación de monopolio, tras la fachada de una competencia ficticia”* (I. FERRER, “Prisión y multa al dueño de Sotheby’s”, *El País*, 23/04/02).
8. No porque las casas de subastas predominantes desaparezcan inmediatamente.
9. L. GABELLONI, *El rol de las galerías de arte como agentes de mercado y de difusión cultural*, Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2013, p. 13.
10. *“No son sólo las obras de artistas de renombre son las que más venden. Cada vez hay más ferias de arte y galerías online, lo que significa que los nuevos artistas son capaces de llegar a los compradores más allá de sus países de origen [...] Cuando el artista británico, Paul West, hizo*

Dicha circunstancia se potenció por la pandemia que afecta al mundo en la actualidad, en donde se intensificaron las ventas por medio de plataformas electrónicas, viéndose también las galerías obligadas a promover este tipo de forma de venta por las restricciones de público conocimiento<sup>11</sup>.

*“Es por ello que las casas de subastas tampoco han sido ajenas a este fenómeno: muchas han trasladado parte de sus ventas a las plataformas digitales o han dado los primeros pasos para ello”*<sup>12</sup>.

Es evidente que la comercialización de obras de arte en plataformas de comercio electrónico<sup>13</sup> dedicadas a la interacción entre la oferta y demanda de bienes y servicios permitió la apertura del mercado de arte. Sin embargo, también generó un canal global para la generación de distintos fraudes, entre ellos la compraventa de obras falsas<sup>14</sup>.

Es por ello que en virtud de dicha situación la protección del consumidor, en la compraventa de arte, deviene una cuestión relevante<sup>15</sup> debido a las

---

*su primera venta a través de la galería online Artfinder a un comprador australiano, saltó de alegría. Hasta que se dio cuenta que tenía que enviar la obra a su nuevo dueño de forma segura. En los tres años que lleva en este portal, West ha vendido 47 cuadros, un tercio de los cuales fueron a compradores estadounidenses y australianos. Para el artista de 52 años, poder vender fuera del Reino Unido ha ampliado sus oportunidades. ‘Acceder al mercado global es maravilloso. Estaba produciendo trabajos de los cuales me sentía orgulloso, pero aparte de ferias de arte, era difícil que fuesen vistos’ (REDACCIÓN BBC MUNDO, “El multimillonario negocio del arte y por qué ya no necesitas ser muy rico para comprar una pieza”, 21/05/2017).*

11. *“Las restricciones impuestas por el coronavirus hacen imposible las subastas físicas. Eso obligó a los corredores de arte a ir todo online” (S. POZZI, “Las subastas de arte exprimen la opción virtual para atraer a superricos en EEUU”, *La Información*, Nueva York, 24.08.2020).*
12. A. MUNOZ VITA, “La crisis fuerza la digitalización de las subastas”, *El País*, 02/05/20.
13. *“El comercio electrónico es uno de los vehículos novedosos presentados por Internet. Éste ha transformado muchos de los métodos que operan en el mundo de los negocios y el comercio. El comercio electrónico con respecto al comercio tradicional ofrece a las empresas notables ventajas relacionadas con el propio comercio y las mercancías. Posibilita nuevas y más estrechas relaciones entre cliente y proveedor, como también poder adquirir un canal de comunicación y publicidad de alcance masivo. Al mismo tiempo facilita el logro de una forma de acceso evitando a sus intermediarios actuales. Por último, también permite establecer empresas virtuales o virtualizar las existentes” (H. ALEGRÍA, “Globalización y derecho”, *op. cit.*).*
14. *“En Internet, con el anonimato, es más fácil seducir a una chica, insultar al editorialista estrella de un gran diario y también –queda probado– estafar a coleccionistas de arte por millones” (G. CARELLI LYNCH, “Secuestran 500 obras falsas que se vendían por Internet”, *Clarín*, Buenos Aires, 26/08/2010).*
15. *“El comercio electrónico está cambiando y sin duda modificará radicalmente el análisis que hoy tenemos de la protección de los consumidores. Podríamos decir que determinará una transformación con relación a la forma en que los consumidores decidirán sus consumos” (A. SERRA CAMBACERES, “Generando confianza en los consumidores. Comentario a la recomendación del consejo de la OCDE relativa a directrices para la protección del consumidor en el contexto del comercio electrónico”, *Thomson Reuters. Cita online*. 0003/010378).*

múltiples consecuencias negativas que se pueden generar<sup>16</sup> para el público consumidor y para la industria del arte.

*“Los profesionales del negocio destacan la ausencia de una selección seria de los objetos propuestos así como las insuficientes garantías acerca de su autenticidad y apreciación financiera”<sup>17</sup>.*

En función de lo expuesto se deberá analizar qué responsabilidad<sup>18</sup> le corresponde a las plataformas de comercio electrónico que interceden ofreciendo el servicio de intermediación en la compraventa de obras de arte a fin de poder otorgar confianza al público consumidor, que son en última instancia los artífices de promover cualquier mercado a partir de la adquisición de bienes y servicios, y, en el caso que nos compete, promover el mercado del arte a partir de la difusión y valorización de las obras de los artistas situados en diversas partes del mundo.

En ese mismo sentido se estudiarán también los nuevos mecanismos en materia de tecnología que permiten la inalterabilidad de la certificación otorgada a determinada creación, estimulando de esta manera un mercado del arte genuino en cuanto a comercialización de obras de arte.

## II. BREVE HISTORIA DE LA COMERCIALIZACIÓN DE OBRAS DE ARTE

La comercialización de obras de arte a lo largo de la historia ha presentado diversas modalidades. Los factores tiempo y lugar –así como en otras industrias– han sido determinantes para el desarrollo de dicha operatoria.

Es a partir de la contemporaneidad, como etapa en la que se produce la circunstancia más relevante que posibilitaría el comercio de diversos productos y servicios a escala mundial, cuando se desarrolla un proceso que cambiaría la historia de la humanidad denominado revolución industrial y que en la materia que se trata significó que el comercio del arte dejara de ser íntegramente local-regional y pasara a constituirse paulatinamente en un comercio transfronterizo.

La situación precedente implicó la transformación de las tendencias artísticas en distintos lugares del mundo, logrado a partir de la valoración de

16. Como ser: a) Daños al público consumidor; b) Desconfianza sobre el mercado del arte; c) Desprestigio sobre los artistas; d) Caída en la comercialización de obras de arte.

17. R. MOULIN, *El mercado del arte...*, op. cit., p. 72.

18. “Todo daño injusto debe ser resarcido y las empresas están en mejores condiciones tecnológicas para el control preventivo (ex ante) del material alojado, como –incluso– lo han publicitado algunas de ellas exhibiendo en esa modalidad una de las bondades de su servicio” (J. M. GALDOS, “Responsabilidad civil e internet: Algunas aproximaciones”, Thomson Reuters. Cita online: 0003/008331).

determinados artistas que en sus lugares de orígenes no eran tenidos en cuenta<sup>19</sup>.

La transformación enunciada permitió la incorporación de nuevas técnicas de comercialización y promoción del mercado del arte, las cuales serían implementadas en la práctica por figuras que serían determinantes para el desarrollo de dicho mercado.

Paul Durand-Ruel<sup>20</sup> fue uno de los artífices que introdujo determinadas técnicas de comercialización que incidirían sustancialmente sobre la industria del arte (las estrategias adoptadas por el *marchand* luego se profundizarían por Ambroise Vollard y Daniel H. Kahnweiler).

*“Los aportes introducidos por Durand-Ruel pueden resumirse de la siguiente manera: 1 - Interés por la valorización de una nueva pintura que todavía no tenía un lugar en el mercado. 2 - Monopolización de una determinada producción artística (a través de la acumulación de obras) para así poder controlar e imponer en cierta medida su cotización. 3 - Estipulación de contratos con sus artistas, ya sea por escrito o simplemente de palabra. 4 - Organización de una serie exposiciones individuales, lo que para la época era una novedad. 5 - Apertura de sucursales propias en el extranjero y organización de exposiciones incluso en otros espacios expositivos (Londres, Bruselas, Boston, Róterdam), para construir un mercado internacional”*<sup>21</sup>.

Es evidente que la revolución industrial se erigió como un punto de inflexión en esta materia, asimismo permitió la relocalización del comercio artístico en otras partes del mundo que luego se consolidarían como

19. “Si no fuera por él nos habríamos muerto de hambre. Todos nosotros, los impresionistas, le debemos todo”. “Uno de los grandes maestros del movimiento impresionista, Claude Monet, reconoció así el papel fundamental en su vida y la de otros artistas que tuvo Paul Durand-Ruel. Para entender la importancia de Durand-Ruel basta recordar que dos años antes de conocerlo, en 1868, Monet estaba en una situación económica tan desesperada que trató de suicidarse lanzándose al río Sena. Tanto Monet como sus amigos artistas - Renoir, Sisley, Pissarro and Manet - llevaban años trabajando arduamente en condiciones de pobreza. Sus creaciones habían sido rechazadas por los críticos y las galerías de arte de París [...] El reconocimiento vino finalmente desde Estados Unidos. En 1885 Durand-Ruel fue invitado a exhibir en Nueva York por James Sutton, director de la Asociación de Arte Estadounidense. Durand-Ruel cruzó el Atlántico con cerca de 300 obras. En sus memorias escribió luego: “La gente venía a ver las obras de mis nuevos amigos sin ningún prejuicio. La cobertura en la prensa fue tan positiva, y los comentarios del público tan favorables, que fue necesario extender la exhibición y trasladarla a un local más grande. En pocas semanas había vendido casi todas las pinturas” (REDACCIÓN BBC MUNDO, “El hombre que hizo del impresionismo un gran negocio”. 31/05/2015).

20. “Durand-Ruel (París 1831-1922) provenía de una familia que se dedicaba al comercio de obras de arte y a partir de 1862 se encargó de la galería perteneciente a su padre, donde realizó exposiciones de los artistas de la Escuela de Barbizón y luego del grupo Impresionista. Ya desde 1856 los negocios de Durand-Ruel tomaron un giro más internacional y comenzó a viajar a Bélgica, Holanda, Alemania e Inglaterra, con el fin de importar cuadros para la venta” (L. GABELLONI, *El rol de las galerías de arte...*, op. cit., 2013, p. 5).

21. *Ibid.*

capitales del mundo del arte, en especial luego de la primera guerra mundial<sup>22</sup>.

Luego de la segunda guerra mundial, con un contexto socio económico distinto, aparecen en escena nuevos *marchands*-empresarios<sup>23</sup> que, con una visión distinta del mercado, concentrarían sus fuerzas en las innovaciones de la época, es decir, en el mercado del arte contemporáneo<sup>24</sup>.

Con la llegada de los nuevos *marchands*-empresarios, instalados en las principales plazas comerciales del mundo, se establecen definitivamente determinadas galerías como las encargadas de definir hacia dónde van las nuevas tendencias en materia artística<sup>25</sup>.

La consolidación de la comercialización de obras de arte acaecida durante la década de los 70 a partir de lo mencionado precedentemente, y también, no menos importante, del interés diseminado en determinados sectores de la economía, que vieron en las obras de arte la posibilidad de adquirir un activo que servía como refugio de valor<sup>26</sup> ante las circunstancias que se presentaban en la época<sup>27</sup>, permitió explorar nuevas formas de negociación que contribuyeron a que se expandiera aún más el negocio del arte.

*“La especulación se vio asimismo alimentada por las prácticas en curso en las subastas y, en particular, por las políticas de crédito al comprador, tal como lo demuestra el*

22. “Francia había dominado el arte occidental durante décadas. Sin embargo, a partir de la Primera Guerra Mundial, Estados Unidos –gracias a su filantropía, al dinamismo de su sociedad civil, a sus inteligentes medidas fiscales y a sus audaces coleccionistas– había implantado un sistema de museos y adquisiciones privadas que le usurpaba la primacía artística al país situado al otro lado del Atlántico, abriendo así el camino para el expresionismo abstracto” (A. COHEN-SOLAL, *El galerista: Leo Castelli y su círculo*, Turner Publicaciones, Madrid, 2011, p. 382. Citado por L. GABELLONI, *El rol de las galerías de arte...*, op. cit., 2013, p. 7).
23. “Desde fines del siglo XIX el sistema se apoya indisolublemente en la figura del marchand - empresario, en el sentido schumpeteriano del término, es decir en tanto asume riesgos, se torna prestamista, organizador e innovador” (J. SCHUMPETER, *Capitalisme, socialisme et démocratie*, París, Payot, 1951. Citado por R. MOULIN, *El mercado del arte...*, op. cit., p. 35).
24. “Los empresarios actuales se distinguen de los padres fundadores (Paul Durand - Ruel, Ambroise Vollard o Daniel - Henry Kahnweiler) no sólo por un uso distinto del tiempo sino por un nuevo tipo de relación con los artistas, las instancias culturales y el público. Es la oposición entre dos concepciones del mercado, una basada en la eternidad del arte y la otra basada en el torbellino innovador constante, la oposición entre la estrategia del tiempo largo y los sucesos diferidos, por un lado, y aquella del tiempo corto y de la renovación continua por el otro” (*Ibid.*, p. 36).
25. “A partir de los años 60 y 70, en cada gran plaza comercial el sector del arte contemporáneo se estructura alrededor de un número limitado de galerías líderes que contribuyen a determinar el territorio artístico y a establecer las tendencias dominantes” (*ibid.*).
26. “A partir de los años 70, los economistas se interesaron especialmente en la rentabilidad de los activos artísticos. Hasta ese momento, la opinión más generalizada era que la rentabilidad tan elevada de las inversiones en obras de arte sobrepasaba el rendimiento de las inversiones de riesgo comparables efectuadas sobre los mercados financieros, siendo el destino financiero de Van Gogh la referencia obligada” (*Ibid.*, p. 49).
27. Crisis del Petróleo, Guerra de Vietnam y Guerra Fría.

*caso de Los Iris de Van Gogh*<sup>28</sup>. Asimismo, los Estados también se sumaron a la euforia vivida en ese momento, interviniendo a partir de financiación y promoción institucional sobre las artes plásticas<sup>29</sup>.

Es precisamente durante la década del 70 cuando se incrementan las acciones delictivas en materia de obras de arte<sup>30</sup>.

Hacia mediados de la década de los 80 el optimismo empresarial por las obras de arte se veía reflejado en la contabilidad de las grandes empresas de subastas. Sin embargo, las circunstancias que sobrevendrían en el mundo de las finanzas repercutirían negativamente en el mercado del arte.

La década de los 90<sup>31</sup> fue testigo de diversos acontecimientos<sup>32</sup> que impactaron directamente sobre la escala ascendente del comercio del arte y nuevamente eran las principales casas de subastas las encargadas de reflejar el momento que se vivía a partir de la exteriorización de sus balances<sup>33</sup>.

Sin embargo, a finales de dicha década el mercado resurgiría nuevamente<sup>34</sup> y aparecería en escena, en coincidencia con la llegada del nuevo milenio y el fenómeno de la globalización, la modalidad de venta *online*.

La llegada del nuevo milenio<sup>35</sup> trae consigo un cambio de paradigma en relación con los canales de comercialización. Internet se impone como el

28. R. MOULIN, *El mercado del arte...*, op. cit., p. 52.

29. "A lo largo de los años '80, en muchos países y en especial en Francia, los poderes públicos extendieron su protección a la creación artística [...] Esta política se caracterizó por la abundancia de créditos destinados a las artes plásticas (su monto se triplicó entre 1981 y 1983)" (*Ibid.*, p. 44).

30. "Aunque la presencia de actuaciones delictivas en el mercado de las artes plásticas tiene una larga tradición histórica, es a partir de los años 70 cuando se intensifica esta criminalidad al producirse el crecimiento explosivo del mercado, y la conversión del arte (junto con los bienes de colección de todo tipo) en activos especulativos" (M. Á. CASABÓ ORTÍ, *La estafa en la obra de arte*, Universidad de Murcia, 2014, p. 46).

31. "En el transcurso de los años 90, la mundialización de la economía, el empeño de las multinacionales del arte y las innovaciones tecnológicas ejercieron una influencia decisiva sobre el funcionamiento del mercado del arte. Las casas de subasta ocupan un lugar importante y algunas de sus actividades semejan la de los bancos" (R. MOULIN, *El mercado del arte...*, op. cit., p. 125).

32. Los efectos del crack bursátil de Wall Street en el '87, la guerra del Golfo, el efecto tequila, la reconstrucción de Europa pos caída de la URSS.

33. "En el transcurso de la temporada 1990-1991, el balance de Sotheby's se redujo un 59% con respecto al año anterior, el de Christie's 49% y el del Hotel Drouot 43%" (R. MOULIN, *El mercado del arte...*, op. cit., p. 53).

34. Dando lugar a nuevos miembros, en reemplazo de los denominados Golden Boys de los años 80, beneficiados en ese momento por el repunte de la actividad financiera.

35. "En el transcurso del año 2000, la globalización del mercado asociado a los vaivenes del capitalismo financiero, provocó en particular para las obras estelares del arte contemporáneo, una



lugar en donde todo debe ocurrir y, por supuesto, la compraventa de obras de arte no sería la excepción.

La apertura global que generó esta nueva forma de comercializar bienes y servicios permitió el surgimiento de nuevas empresas dedicadas a interactuar con la oferta y la demanda, así como también con las empresas líderes proveedoras de bienes y servicios.

En el campo del arte dicha circunstancia se vio, en principio, manifestada en las denominadas subastas *online*<sup>36</sup> y en la relación entre las nuevas empresas *online* y las principales casas de subastas<sup>37</sup>.

Asimismo, surgieron empresas dedicadas, en principio, al asesoramiento en el sector artístico<sup>38</sup>. Luego de un tiempo y del éxito de las ventas *online*, dichas empresas ampliarían sus servicios ofreciendo una base de datos con la información de diversos artistas, resultados de las ventas que se producían en las subastas e inclusive la realización de pericias sobre las obras que los sujetos quisieran comercializar por esta nueva modalidad.

A pesar de ciertos sucesos lamentables que se produjeron a principio de siglo<sup>39</sup>, el mercado *online* de venta de arte siguió su desarrollo ascendente evidenciado a partir de la renovación de la oferta artística, impulsada por la implementación de las nuevas modalidades de comercialización que permitieron construir un verdadero proceso de mundialización de la escena artística<sup>40</sup>.

Dicho desarrollo también se vio manifestado en el *aggiornamento* que tuvieron que realizar las principales casas de subastas, adoptando la modalidad de

---

*burbuja especulativa que estamos acostumbrados a ver en la historia del mercado del arte. La entrada en escena de coleccionistas internacionales con enormes fortunas hizo coexistir en el mercado comportamientos especulativos y comportamientos ostentosos que contribuyeron al alza de precios* (R. MOULIN, *El mercado del arte...*, op. cit., pp. 126-127).

36. "A fines de los años '90 el éxito de las subastas on-line era tal, tanto para el público como para los inversores, que junto a los sitios generalistas comenzaron a multiplicarse los sitios especializados, dentro de los cuales estaban aquellos dedicados a la venta de objetos de arte, antigüedades y de colección" (*Ibid.*, p. 71).
37. "Las empresas especializadas en el comercio electrónico vieron en la alianza con las casas de subastas de pasado prestigioso un medio de hacer creíbles sus propias ventas de objetos de arte o de collectibles. Es así que la firma Ebay.com, líder en el mercado emergente de ventas on-line de particular a particular adquirió, en 1999, Butterfiled & Butterfiled, tercera casa norteamericana de subastas" (*Ibid.*, p. 72).
38. "Las sociedades de servicios dedicadas al campo artístico - banco de datos, revistas de información, calendarios y resultados de ventas, etc.- agregaron a su oferta de servicios un departamento de subastas. Tal es el caso de la firma Artnet.com y Artprice.com" (*Ibid.*).
39. "El mercado del arte no se desmoronó luego del atentado del 2001 en Nueva York" (R. MOULIN, *El mercado del arte...*, op. cit., p. 57).
40. "La mundialización de la escena artística favoreció la extensión y la renovación de la oferta" (*Ibid.*, p. 75).



pujas *online*<sup>41</sup>, y en las modificaciones estructurales que tuvieron que considerar las galerías de arte para seguir subsistiendo en el mercado<sup>42</sup>.

En ese camino, y como consecuencia lógica del desarrollo enunciado, el consumo de arte por medios electrónicos<sup>43</sup> logró situarse en la actualidad en el primer lugar dentro de las diversas formas de consumir arte por el público consumidor norteamericano. “*Datos del National Endowment for the Arts indican como la mayor participación (71 %) es la del aumento del consumo a través de los diferentes medios electrónicos como puede ser Internet, televisión, o radio*”<sup>44</sup>.

En definitiva, el proceso de comercialización llevado a cabo por diversas plataformas *online*, administradas por grandes empresas, *marchands* e inclusive artistas que deseaban publicitar sus obras<sup>45</sup>, posibilitaron que la adquisición de obras de arte tenga en la actualidad una dimensión comercial<sup>46</sup>, permitiéndonos asistir a una democratización del consumo del arte, pero a su vez a ser testigos del incremento en el tráfico ilícito de bienes culturales a escala internacional en relación con años anteriores<sup>47</sup>.

41. “*Hoy en día, Incluso las Casas de subasta más prestigiosas tanto Sotheby’s como Christie’s ofrecen la posibilidad de pujar online*” (TABS CONSULTORES, *El mercado del sector de las galerías de arte en los EEUU - Sector industrias culturales*, Agencia Andaluza de Promoción Exterior, Sevilla, mayo 2014, p. 25).
42. “*Los cambios producidos en el mundo del arte a lo largo de las últimas décadas, tales como la expansión y desarrollo de las ferias y casas de subastas, y la aparición de internet y otros avances tecnológicos que generaron cambios en los mecanismos de comunicación y comercialización de las obras de arte, hicieron que las galerías tuvieran que ir adaptándose a diferentes contextos, hasta llegar al límite de que en la actualidad es necesario que replanteen y reformulen de manera estructural tanto sus espacios como las estrategias en ellos implementadas, así como también la manera de relacionarse con los artistas y gestionar sus obras*” (L. GABELLONI, *El rol de las galerías de arte...*, *op. cit.*, p. 4).
43. Medios electrónicos integrados por televisión, radio e internet.
44. TABS CONSULTORES, *El mercado del sector de las galerías de arte en los EEUU...*, *op. cit.*, p. 46.
45. “*Es muy lindo publicar frases tipo ‘el arte va a salvar al mundo’ pero si a la hora de ponerlo a merced del mundo elegís el camino más entramado, más cifrado, tu aporte es bastante cobarde y cómodo*”. *La que habla es Barb Matata, como se la conoce en las redes y en el mundo del arte a Bárbara Pistoia. Hace 10 años que vende sus obras por internet: collages psicodélicos que mezclan sexualidad, ciencia ficción, astrología y religión*” (L. SÁLICHE, “*Compra y venta de arte por internet: ¿hora final para un mercado VIP?*”, *Diario digital Infobae*, 26/06/17).
46. “*El consumo de arte online no se limita ya a su disfrute como tal o en el compartir el arte creado, sino que tiene ya la dimensión comercial que muestra el crecimiento del comercio online de venta de obras de arte a través de galerías y subastas y plataformas de distribución online*” (TABS CONSULTORES, *El mercado del sector de las galerías de arte en los EEUU...*, *op. cit.*, p. 46).
47. “*Se estima que los ingresos anuales por el tráfico ilícito de bienes culturales, a escala internacional, totalizan cerca de 7.8 billones de dólares. De este volumen, sólo el 5 % de los bienes culturales robados ha sido restituido a sus países de origen, según un informe de la ONU de 1999*”

### III. LA COMERCIALIZACIÓN DE OBRAS FALSIFICADAS EN LAS PLATAFORMAS DE COMERCIO ELECTRÓNICO

La falsificación<sup>48</sup> de obras de arte, entendida generalmente como aquella acción en la que se atribuye<sup>49</sup> la autoría de una determinada obra a una persona individualizada, de forma intencional, intentándose comercializar dicha obra con conocimiento de su falsedad en relación con la autoría atribuida, responde a diversas situaciones que se realimentan y que terminan constituyendo un círculo vicioso.

En principio, conforme a lo mencionado precedentemente, estamos ante un mercado del arte que se encuentra promovido<sup>50</sup> como siempre por casas de subastas, galerías de arte, *marchands* e inclusive determinados Estados, pero que también se encuentra difundido por plataformas *online* que, a medida que transcurre el tiempo, se consolidan como una modalidad distinta de comercialización.

---

(J. C. TALAVERA, “Débil defensa del Arte; preocupa internet y subastas”, *Excelsior*, 01/08/17).

48. “El concepto de falsificación según Edward Lucie-Smith: Falsificación: Obra de arte que tiene la finalidad de engañar. Puede ser una copia de una obra existente, un pastiche del estilo de un artista dado o de la obra decorativa de un período determinado, o de una obra auténtica tan modificada o mejorada (por un retallado en el caso de un mueble o una escultura de madera) como para haber perdido su carácter original” (E. LUCIE-SMITH, *Diccionario de términos artísticos*, Ediciones Destino, Barcelona, 1997, p. 86. Citado por M. Á. CASABÓ ORTÍ, *La estafa en la obra de arte*, *op. cit.*, p. 42).
49. En ocasiones la validación de una obra no versa sobre la autoría, sino –y en el marco del arte contemporáneo– sobre la autenticidad del arte en sí, la cual por supuesto no resulta independiente del reconocimiento social del autor en tanto artista. “El peritaje de las obras contemporáneas no se refiere a la autenticidad de la obra con respecto a su verdadero autor, sino a la autenticidad de su existencia en tanto arte. [...] La disquisición semántica entre el peritaje como atribución y el peritaje como validación, se observa claramente en el ejemplo siguiente: En el marco de la venta de arte contemporáneo organizada en 1977 por Maitre Binoche, una acción de Fred Forest consistió en poner a la venta un metro cuadrado artístico. El certificado de autenticidad, emitido por Pierre Restani decía lo siguiente: yo, Pierre Restani, crítico de arte y experto internacional de arte contemporáneo, certifico que el metro cuadrado artístico Fred Forest constituye, tanto en el plano del gesto como en el plano del objeto, una obra de arte auténtica concebida, presentada y vendida como tal” (N. HEINICH, “La Partie de main chaude de l’art contemporain”, *Art et Contemporanéité*, Bruselas, La Lettre volée, 1992, p. 81-110. Citado por R. MOULIN, *El mercado del arte...*, *op. cit.*, p. 42).
50. “La oferta de obras de arte se concentra en los marchantes, en las casas de subasta, en los mismos artistas (a través de galerías y exposiciones) y en propietarios que se desprenden de sus inversiones. Sin embargo, estos no son solo los que actúan en el mercado [...]” (M. Á. CASABÓ ORTÍ, *La estafa en la obra de arte*, *op. cit.*, p. 9).

Por otro lado, se encuentra el público consumidor<sup>51</sup> que adquiere una obra por placer o como refugio de valor<sup>52</sup> ante las eventuales crisis económicas que puedan aparecer a través del tiempo.

Si combinamos los criterios expuestos, inferiremos que el público consumidor va a adquirir una obra de arte<sup>53</sup>, a través de una plataforma de comercio electrónico, por placer o como refugio de valor.

Siendo este el panorama, es evidente que va existir un mercado para las obras de arte falsificadas, ya que, si bien las plataformas de comercio electrónico permitieron una democratización del consumo del arte, a la vez ampliaron el margen para que se realicen determinadas actividades en desmedro de dicho mercado de arte e inclusive del patrimonio cultural de determinada región o país<sup>54</sup>.

*“Internet permite que haya actualmente muchas más personas y empresas que se dedican a comercializar obras de arte falsas, ya que este medio es más difícil de controlar y el coste económico de operar en el mismo es mucho más barato que el del comercio tradicional y presencial”<sup>55</sup>.*

51. A pesar de que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no ha delimitado con precisión el concepto de consumidor, pero para el caso podemos decir que se entenderá por consumidor aquel sujeto que no compre una obra de arte para comercializarla. *“La mayoría de las Directivas, normas reglamentarias e iniciativas en materia de protección al consumidor coinciden con el siguiente concepto de consumidor: toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”* (H. SOSA OLÁN, “El concepto de consumidor en el ordenamiento jurídico europeo y español”, *Ars Boni et Aequi*, vol. 11, n.º 2, 2015, p. 180).
52. *“Cuadros, esculturas y joyas se convierten en un valor refugio en plena crisis. Los buenos resultados en 2010 de Christie’s y Sotheby’s, las dos principales casas de subastas, confirman esta tendencia”* (B. ZÚÑIGA, *Comprar por amor al arte*, Unidad Editorial Revistas, Madrid, 2012).
53. *“En el concepto tradicional de obra de arte no existe unanimidad a la hora de definirlo en las distintas normativas nacionales e internacionales, y, por tanto, su ámbito conceptual de aplicación resulta, cuando menos, fluctuante. En la Guía del Convenio de Berna se indica que la categoría de las obras artísticas aglutina tanto a las bidimensionales (entre las que se incluyen dibujos, cuadros, grabados, litografías, etc.) como a las tridimensionales, entre las que se hallan las esculturas, estatuas, y relieves, las obras arquitectónicas, así como los monumentos y edificios, ya pertenezcan al género figurativo, ya al abstracto, e independientemente de su finalidad. [...] El art. 1.2 de la Ley de Patrimonio artístico español 16/1985 en su art. 1.2 afirma que Integran el Patrimonio Histórico Español (...) los objetos muebles de interés artístico, histórico, (...). Por lo que el concepto de obra de arte son aquellos objetos a los que se les reconoce una cualidad artística y constituyen una categoría especial, sumamente relevante, de los bienes culturales que integran el patrimonio histórico”* (M. Á. CASABÓ ORTÍ, *La estafa en la obra de arte*, op. cit., p. 14).
54. *“Una situación muy novedosa que empieza a preocupar muchísimo son las ventas de arte precolombino a través de internet, donde incluso ya hemos detectado subastas desde distintos portales (que ofrecen este tipo de transacciones). Así que estas nuevas tecnologías nos obligan a ser más creativos en la defensa del patrimonio cultural para tratar de ganar esa batalla en un mercado totalmente novedoso que hemos descuidado”* (J. C. TALAVERA, “Débil defensa del Arte...”, op. cit.).
55. L. PEÑUELAS REIXACH, “Las obras de arte falsas”, en AA. VV., *Autoría, autenticación y falsificación de las obras de arte*, Polígrafa, Barcelona, 2013, pp. 108-109.

De lo expuesto se desprende que existen desventajas para el público consumidor que adquiere una obra de arte por medio de una plataforma de comercio electrónico, convirtiéndose en potenciales víctimas por el accionar de aquellos sujetos que comercializan obras falsificadas por este medio, teniendo aún más en cuenta la cantidad de obras falsificadas que existen en el mercado de obras de arte y la dificultad para poder realizar un balance al respecto<sup>56</sup>.

*“La falsificación de obras de arte supone un gran volumen. Thomas Hoving, antiguo director del Metropolitan Museum, estima que el 40 por ciento del arte que hay actualmente en el mercado, con la excepción de las obras contemporáneas, son falsas”*<sup>57</sup>.

Sin embargo, que existan desventajas no quiere decir que no se puedan tomar medidas de prevención al respecto<sup>58</sup>; también es importante tener en claro que no todas las obras que se comercializan por dichos medios son falsas.

Entre las desventajas que existen para el público consumidor, y que se relacionan con el aumento en la comercialización de obras de arte falsificadas en plataformas electrónicas, se puede mencionar: a) la falta de certeza sobre la autenticidad de la obra que se adquiere<sup>59</sup>; b) La eventual imposibilidad de individualizar al vendedor de la obra falsificada<sup>60</sup>; y c) consecuentemente, la imposibilidad de efectuar un reclamo concreto contra el falsificador de la obra adquirida.

56. “Así según una estadística de la UE en 2010, las aduanas de la UE decomisaron en las fronteras exteriores de la UE más de 103 millones productos de los que se sospechaba que violaban los derechos de propiedad intelectual (...) Por primera vez, el informe indica también el valor de las mercancías decomisadas, que se estima en más de 1000 millones de euros. [...] Sorprende que no se haga ninguna referencia al arte”. Comisión Europea - Comunicado de prensa de 14 de julio de 2011. “Lucha contra las falsificaciones: la intensificación de las intervenciones aduaneras impulsa la protección de los derechos de propiedad intelectual” en [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-11-882\\_es.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-882_es.htm?locale=en) (15/02/13). “Sorprende que no se haga ninguna referencia al arte. Ya en 2004, el Jefe de la Brigada de Investigación del Patrimonio Histórico de la Policía Nacional, afirmaba que nos movíamos en un territorio negro sobre el que era muy difícil hacer balance” (B. TORQUEMADA, “El arte en falso”, ABC, 04/01/04, pp. 51-55. Citado por M. Á. CASABÓ ORTÍ, *La estafa en la obra de arte*, op. cit., p. 47).

57. Citado por J. M. MERRYMAN, “Counterfeit Art”, *International Journal of Cultural Property*, v. 1, 1992, pp. 27-78, p. 43. Citado por M. Á. CASABÓ ORTÍ, *La estafa en la obra de arte*, op. cit., p. 46.

58. Por ejemplo, contratar por medio de una plataforma de comercio electrónico con una galería o casa de subasta que sea reconocida en el mercado del arte.

59. Debido a la imposibilidad de cotejar la obra antes de adquirirla o inclusive –en caso de existir la posibilidad de un cotejo antes de la adquisición– la imposibilidad de afrontar los costos que implica el peritaje profesional de una obra.

60. “A pesar de la variedad de infracciones y delitos, es muy difícil perseguir a los delincuentes en Internet, tanto por la dificultad de seguir su pista del mundo virtual al real como por las legislaciones de los diversos países que suelen resultar involucrados” (S. CALDANA y R. BOSCO, “Las estafas artísticas encuentran en Internet un mercado sin barreras legales”, *El País*, 08/03/07).

Las consecuencias de las desventajas afrontadas por el público consumidor son sufridas por los artistas creadores de las obras, que ven como su prestigio se menoscaba, y por el mercado del arte, en donde se manifiestan integralmente los perjuicios que genera la falsificación de obras de arte.

*“Una de las peores consecuencias de la proliferación de falsificaciones es que confunde al comprador: Al final ya no sabe cuál es el precio real de las obras y no se atreve a comprar. Es lo que ocurre con la arqueología china, por ejemplo, donde ha habido tantas falsificaciones que el precio de las piezas verdaderas ha caído en picada porque nadie se atreve a llevarse una”<sup>61</sup>.*

Es indudable que la adquisición de obras de arte por medio de plataformas electrónicas implica asumir ciertos riesgos por parte del público consumidor y que una mala experiencia por parte de ellos podría derivar en un deterioro del prestigio de los artistas y del mercado del arte en su concepción más amplia. Sin embargo, en la vereda de enfrente se encuentran aquellos que defienden la comercialización de obras de arte por medio de plataformas electrónicas especializadas<sup>62</sup>.

Permanecer asentado en las desventajas enunciadas precedentemente implicaría omitir las ventajas que proporciona esta etapa globalizadora que, a partir de la ampliación de los canales de comunicación, ha permitido que las obras de diversos artista lleguen a la órbita del público consumidor mundial, facilitando una renovación e innovación de la escena artística y una consecuente ampliación del mercado del arte<sup>63</sup>.

*“Analizando más de cerca cada uno de los medios utilizados para el consumo del arte es interesante observar como en la era digital no ha hecho que el consumo del arte visual*

61. Daniel Cardani, expresidente de la Asociación de Anticuarios de Madrid. Citado por M. GARCÍA TORRES, “Los caraduras del arte toman la red”, *Público*, 25/05/09.

62. “Marina Pelegrí, de la casa de subastas on-line Setdart, defiende la venta a través de Internet ‘siempre que se haga a través de portales especializados. Nosotros trabajamos con un equipo de expertos que valoran la pieza y ofrecemos mucha documentación, más que las subastas físicas” (M. GARCÍA TORRES, “Los caraduras del arte toman la red”, *op. cit.*).

63. “Santiago Azcuy tiene 27 años y usa Red Art, otro sitio donde el artista puede mostrar y vender su obra. No sólo hace cuadros abstractos y decorativos –‘más comercial’, dice–, también tiene su obra ‘personal’ que es lo figurativo. ‘Expuse en varios lugares pero en la tienda online la persona hace click desde la casa y listo. En cambio, cuando la gente va a la galería, no siempre está en plan de comprar. Siempre es mejor ver la obra de arte en vivo, porque tiene otro impacto, por el tamaño y el trazo. En las fotos de la web, por más que salen excelentes, no se ve bien la obra; requiere de una visión personal’, le dice a Infobae y agrega que la venta online ‘te da cierta independencia y la gente puede ver tu laburo de 50 obras en 10 minutos. Además te da la posibilidad de trabajar en tu casa, te la puede comprar alguien en China, se lo mandas y capaz hiciste un negocio desde la cama. En la galería la persona tiene que ir, le tiene que gustar, tiene que tener la plata; es distinto. Hay muchas galerías tradicionales que están cerrando porque no está habiendo tanta movida más allá de la Noche de los Museos o eventos convocantes. También los precios que se manejan son muy relativos” (L. SÁLICHE, “Compra y venta de arte por internet...”, *op. cit.*).

*in situ en galerías y museos disminuya, sino que al contrario, ha supuesto un revulsivo en la promoción de eventos y programaciones de museos y exposiciones. La era digital ha democratizado el consumo del arte en todas sus disciplinas*<sup>64</sup>.

Es evidente que la apertura comunicacional producto de la etapa globalizadora implicó la mundialización del mercado del arte, permitiendo la visualización de nuevos artistas y nuevas tendencias<sup>65</sup>, e implicó la posibilidad de crear nuevos consumidores de arte.

La falsificación de obras de arte y su eventual comercialización no son producto de la etapa globalizadora que atraviesa actualmente la humanidad, sino que responde a la coyuntura histórica por la que transita el mercado del arte<sup>66</sup>.

Sin embargo, es cierto que la etapa mencionada, además de significar un cambio de paradigma en los diversos aspectos culturales, potenció y amplió el campo de acción del mercado del arte, manifestado a partir de diversas circunstancias, como a) la aparición de las empresas de servicios comercializadoras de logística e intercambios de bienes y servicios a través de plataformas electrónicas<sup>67</sup>; b) la expansión de la caracterización del arte como instrumento de inversión<sup>68</sup>; y c) el consecuente aumento de consumidores de arte<sup>69</sup>.

64. C. MUÑOZ y M. REIG, *El mercado del sector de las galerías de arte en los EEUU. Sector Industrias Culturales*, Agencia Andaluza de Promoción Exterior, Sevilla, 2014.

65. “Sin embargo, otras corrientes sostienen que si bien ‘la mundialización es desde ya la base de cambios radicales en el arte (...) a través de los contactos, de los intercambios, de los conflictos, de las reinterpretaciones, se efectúan los mestizajes e hibridaciones que incitan a enriquecer las dinámicas de la diferenciación’” (R. MOULIN, *El mercado del arte...*, op. cit., p. 77. Citado por L. GABELLONI, *El rol de las galerías de arte...*, op. cit., p. 16).

66. “La falsificación de obras de arte es algo tan antiguo como el mercado del arte. Lógicamente cuando el arte se convierte en un bienpreciado y valioso, siempre surge la tentación de convertirlo en estafa. Por tanto, puede decirse que prácticamente a lo largo de la toda la Historia del arte han existido las falsificaciones” (F. J. JIMÉNEZ ZORZO, I. MARTÍNEZ BUENAGA, J. A. MARTÍNEZ PRADES, J. M. VERÓN, *Historia del Arte*, Ministerio de Educación del Gobierno de España, p. 14).

67. “Y no sólo Internet es un nuevo canal de distribución de obras falsas, también han pasado a serlo las ventas y subastas en cruceros, sitios en aguas internacionales, e incluso la venta por correo anunciada en televisión” (L. PENUELAS REIXACH, “Las obras de arte falsas”, op. cit., pp. 106-107).

68. “Se estima que entre un 1% y un 10% de todas las transacciones de arte implican falsificaciones o imitaciones. Aunque el porcentaje pueda parecer pequeño, la cantidad de dinero que mueve es impresionante. Se ha sugerido que todas las colecciones de arte nuevas tienen como mínimo una falsificación; algunas colecciones contienen poco más. Aunque hace siglos que se realizan falsificaciones, actualmente han alcanzado unas proporciones epidémicas. Quizás el aumento del fraude en el mundo del arte pueda achacarse a la emergencia del arte como un instrumento de inversión” (L. du BOFF, “Controlling the Artful Con: Authentication and Regulation”, *Hasting Law Journal*, vol. 27, n.º 5, 1976, pp. 973-974. Citado por L. PENUELAS REIXACH, “Las obras de arte falsas”, op. cit., p. 107).

69. “La entrada en el mercado del arte de una gran cantidad de coleccionistas que compran, no tanto porque tengan un conocimiento e interés en las obras y en el arte, sino por una cuestión especulativa o de estatus social, ha motivado un incremento considerable de personas que adquieren arte



También lo mencionado anteriormente se complementa e intensifica con el contexto actual, que se ve azotado por una pandemia sin precedentes durante la globalización, uno de cuyos efectos directos fue el aumento masivo de la compra de bienes y servicios por canales de comercialización electrónico e, inclusive, específicamente en el mundo del arte, se ha afirmado que la incertidumbre generada por la pandemia ha aumentado el deseo de consumir precisamente obras de arte<sup>70</sup>.

Asimismo, el efecto de un aumento en el consumo por canales no tradicionales no fue el único, dado que también se está produciendo una diversificación geográfica del mercado del arte, aumentando de esta manera la circulación de obras no genuinas a nivel mundial en todo el mercado.

En ese sentido, se especula que China sería el nuevo líder en el mercado tras la pandemia, no solo en materia de falsificaciones<sup>71</sup>, sino también en relación con los artistas más cotizados, una situación que se ha convertido en una realidad si tomamos el *ranking* del año 2019 elaborado por Artprice<sup>72</sup>, en donde aparecen cuatro artistas<sup>73</sup> del país asiático entre los diez más cotizados del mundo durante dicho año<sup>74</sup>.

*“Siguen siendo Picasso (más de 3000 ventas) y Monet los dos principales artistas de todos los índices de ventas, y curiosamente el tercero es un chino, Zao, quien vivió en Francia y hoy sus obras son lo más cotizado en Hong Kong. Sus promedios de venta son muy sólidos: sus óleos 4 millones de dólares, un dibujo 100 mil dólares y los grabados 5 mil dólares. Hay otros 3 chinos entre los que más venden”*<sup>75</sup>.

---

*sin una mínima formación sobre lo que están comprando ni sobre las garantías que deben exigir al hacerlo, factores que facilitan que se les vendan obras de arte falsas”* (Ibid., p. 111).

70. “No obstante, en épocas de incertidumbre, si hay algo que aumenta es el deseo. Para los coleccionistas, el motor esencial no es obtener una plusvalía, sino satisfacer un placer, y para ello las obras de arte son un objeto único” (C. MOYA, “El valor del arte en tiempos difíciles: así son los 10 cuadros más caros del mundo”, *elEconomista.es*, 16/03/20).
71. “Es de destacar, que en un mundo globalizado y un sistema de comunicaciones relativamente barato y sencillo, muchas falsificaciones vienen de fundiciones de Asia (principalmente en China y Tailandia)” (M. Á. CASABÓ ORTÍ, *La estafa en la obra de arte*, op. cit., p. 94).
72. Publicado en ARTPRICE, “Ranking de los 500 mejores artistas por facturación de subastas en 2019”, <https://es.artprice.com/artprice-reports/the-art-market-in-2019/ranking-of-the-top-500-artists-by-auction-turnover-in-2019/>.
73. Los cuatro artistas entre los diez primeros con mayor cotización del año 2019 son 1) Zao Wou-Ki; 2) Zhang Daqian; 3) Wu Guanzhong; 4) Qi Baishi.
74. “En 2019, la pintura al óleo china y el arte contemporáneo confirmaron el desempeño histórico de 2018 e incluso continuaron el crecimiento, a pesar del declive del mercado de arte chino en general. El sector de Pintura al Óleo y Arte Contemporáneo acumuló más de 7.000 lotes vendidos por \$ 1,290 millones, un + 3,3 %” (ARTPRICE, “Pintura al óleo china y arte contemporáneo, la mayor facturación en subastas hasta la fecha”, 2019).
75. I. GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, “Por el coronavirus, China asoma como nuevo líder del mercado del arte tras la pandemia”, *El Cronista* (sección Clase), 30/04/20.



La pandemia por coronavirus, además, ha obligado a recurrir no solo a las plataformas electrónicas de comercialización, sino también a los canales de comunicación *online* a fin de que las galerías pudieran realizar determinadas subastas.

En ese sentido, la proliferación de falsificaciones, con su consecuente comercialización, posiblemente también aumente, dado que no es posible ni siquiera observar la obra presencialmente con el fin de estudiarla, teniendo en cuenta, además, que las falsificaciones han invadido el mercado e inclusive determinadas obras confunden a los propios especialistas.

*“La reventa de falsificaciones es un problema persistente y cada vez mayor sin una buena solución, dicen los coleccionistas, los marchands de arte, las sucesiones de artistas y las agencias policiales. Se mueven en todo el mercado<sup>76</sup>, dijo James Wynne, agente especial del FBI que maneja casos de falsificación. [...] Los expertos en arte y las instituciones artísticas, la Fundación Andy Warhol<sup>77</sup> y la Fundación Lichtenstein entre las más destacadas, dejaron de autenticar obras o de manifestar sus sospechas de que sean falsas por temor a verse arrastrados a un juicio por el dueño de una obra que rechazan<sup>78</sup>”.*

Eventualmente, serán en definitiva los posibles compradores los responsables de evaluar si están realizando una compra de una obra con certeza en relación con el creador de la misma.

La comercialización de productos y servicios a escala mundial es una situación propia de la etapa globalizadora y el mercado del arte no es ajeno a dicho proceso a pesar de que su apertura global fuese paulatina.

Sin embargo, es claro que existe una situación rupturista que ha dejado de lado los miedos vinculados a los riesgos que enunciamos precedentemente

76. *“Las obras cuya autenticidad se discute ocupan un limbo especial, tal como lo demostró el acuerdo del mes pasado entre Knoedler & Company, una galería de Manhattan que cerró abruptamente el año pasado, y un cliente que acusó a la galería de venderle un Jackson Pollock falso por US\$ 17 millones. El FBI está investigando si esa pintura, conocida como ‘Silver Pollock’, forma parte de una reserva más amplia de falsificaciones. Sin embargo, no se han hecho acusaciones y la galería sostiene que la obra es auténtica. ¿Qué pasa entonces con una pintura de US\$ 17 millones que algunos consideran falsa? Si se trata de falsificaciones no discutidas, los agentes de la ley tratan de frenar las reventas mediante prácticas como estampar en las obras el sello de falsificación o, en algunos casos poco frecuentes, destruirlas, con la posibilidad de destruir por error una obra auténtica”* [P. COHEN, “Que una obra sea falsa no impide que se venda”, *Revista Ñ* (sección del diario *Clarín*), 21/11/12].

77. *“En 2012, la Fundación Andy Warhol para las Artes Visuales, la Fundación Roy Lichtenstein y el Museo Noguchi dejaron de autenticar obras para evitar caer en litigios. En 2011 la Fundación Andy Warhol gastó siete millones de dólares para ser defendida en un juicio. La institución había sido demandada por rechazar que un trabajo fuese integrado al catálogo razonado de un creador”* (M. LETELIER ELTIT, “Autenticaciones: demandas y dinero”, *Arte al límite*, 16/06/16).

78. P. COHEN, “Que una obra sea falsa no impide que se venda”, *op. cit.*

y ha empezado a tomar forma un proceso de desarrollo inevitable que, a través del tiempo, proporcionará más beneficios que pérdidas al mercado de arte a partir de la extensión<sup>79</sup> e innovación de la oferta artística y su consecuente llegada a un público consumidor global.

En este aspecto, la pandemia por coronavirus se convirtió en un acontecimiento rupturista en relación no solo con el aumento en la adquisición de obras de arte por plataformas electrónicas o canales *online*, sino también con el tipo de obra, es decir, ya no se trata de obras de baja y mediana gama las que se comercializan<sup>80</sup>.

*“Las ventas online de arte experimentaron un crecimiento moderado, del 4 por ciento, en 2019 hasta alcanzar los 4.338 millones de euros, pero el impacto de la pandemia ha acelerado este mercado en los últimos meses, ya que las subastas de la primera mitad del año suponen un incremento del 436 por ciento. Así lo indica el informe ‘El Mercado de Arte Online’, que realiza anualmente Hiscox, aseguradora especializada en obras de arte, exposiciones, museos, galerías y colecciones privadas, que pone de manifiesto el impacto de la pandemia: sólo las cifras generadas en las subastas online de Christie’s, Sotheby’s y Phillips en la primera mitad de 2020 suponen un crecimiento cuatro veces mayor (436 %) respecto a los datos del mismo periodo de 2019”<sup>81</sup>.*

La pandemia por coronavirus incidió en un aumento exponencial de las ventas, pero también en la falta de protocolos que permitan garantizar la visualización de las obras de forma presencial por parte de los eventuales compradores a fin de evitar estafas relacionadas con la comercialización de falsificaciones.

Definitivamente, contrariamente a lo que afirmaba Raymonde Moulin<sup>82</sup>, el mercado del arte sí se resistió a la seducción de las subastas en internet.

#### IV. LA POSTURA LEGAL DE LAS PLATAFORMAS DE COMERCIO ELECTRÓNICO

La postura legal de las plataformas de comercio electrónicas, para rechazar los reclamos de los particulares ante la adquisición de obras falsas en ellas,

79. “La mundialización de la escena artística y la globalización del mercado se interpelan mutuamente. En el transcurso de 1990 asistimos a una extensión multicultural de la oferta. [...] Observamos una extensión geográfica de la red institucional dedicada a creaciones artísticas actuales” (R. MOULIN, *El mercado del arte...*, op. cit., p. 73).

80. “En el estado en que se hallan actualmente las transacciones, parece ser que la multiplicación de las ventas en internet se refiere mayormente a los objetos de baja y mediana gama y a los objetos múltiples que se identifican más fácilmente”. (R. MOULIN, *El mercado del arte...*, op. cit., p. 73).

81. “Las subastas online de las grandes firmas crecen un 436% durante la pandemia”, ABC (sección cultura), 10/07/2020.

82. “Al menos provisoriamente el mercado de las obras de arte resistió a la seducción de las subastas en internet” (R. MOULIN, *El mercado del arte...*, op. cit., p. 73).

encuentra su fundamento en que no son responsables por el accionar de los particulares que venden las obras falsas por medio de sus plataformas, considerándose una especie de *shopping online*<sup>83</sup> en donde no podrían ser responsables por no ser propietarios del producto.

*“Sin embargo este tipo de argumentos resultan endeble dado que quienes operan un sitio web para conectar oferta y demanda, prestan indudablemente un servicio e intervienen en las comercializaciones que se concretan, siendo alcanzados por las previsiones del régimen tuitivo consumidor, sus principios de responsabilidad y el sistema sancionatorio”*<sup>84</sup>.

A pesar de ello existen antecedentes jurisprudenciales en los tribunales de Argentina, que se han adherido a la tesis mencionada precedentemente, eximiendo de responsabilidad a la plataforma electrónica.

Es el caso de la plataforma de comercio Mercado Libre, que –en el marco de un reclamo por la adquisición de entradas en la mencionada plataforma para un recital de música que habían sido denunciadas como robadas– fue condenada, a pesar de no ser propietaria ni poseedora de los productos que se comercializan en su espacio virtual, por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la República Argentina<sup>85</sup>.

*“Sin embargo en una primera instancia (decisión que eventualmente fue revocada por la Cámara mencionada) se sentenció que Mercado Libre no era responsable, indicando el sentenciante que no hay acto antijurídico por parte de ‘Mercado Libre SRL’, ya que el ofrecimiento de servicios se efectúa mediante el ingreso de las personas a una cuenta personal, mediante apodo. y clave de seguridad, que el responsable es el que se presenta como usuario - vendedor.*

*Los interesados hacen su ofrecimiento de compra. Que la citada demandada permite poner a disposición de los distintos usuarios un espacio virtual que les habilita a comunicarse mediante internet para encontrar una forma de vender o comprar servicios o bienes. [...] Consecuentemente, la relación de consumo ha existido entre los usuarios que actuaron como vendedores y compradores, pero no Mercado Libre SRL. Que esa es la*

83. *“El shopping online, por su modo de operar, en principio, no podría ser considerado culpable del daño por el vicio o riesgo de la cosa por no ser propietario del producto, ni brindar información sobre éste, ni venderlo, ni tener a su alcance la cosa de manera de poder tomar conocimiento del riesgo o defecto. Tampoco es el creador del anuncio. En definitiva, el shopping online sólo presta el espacio para que el vendedor publicite y venda”* (M. QUINTANA, “Compraventa por internet: responsabilidad de los shoppings online”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, n.º 12, 2016, p. 35. Cita online: AR/DOC/3624/2016).

84. C. E. TAMBUSI, “Libertad y responsabilidad en el comercio electrónico”, *LA LEY*, 29/05/2017, 29/05/2017, 5 - *LA LEY* 2017-C, 273. Cita online: AR/DOC/1437/2017.

85. Claps, Enrique Martín y otro c/ Mercado Libre SRL | daños y perjuicios. Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Argentina). Sala: K. Fecha: 5/10/12. Cita: MJ-JU-M-75599-AR | MJJ75599.

*metodología del comercio electrónico que se ofrece, ya que solo actúa como prestador de servicios, por lo que libera de responsabilidad a la empresa Mercado Libre SRL*<sup>86</sup>.

En otro fallo en el que nuevamente interviene Mercado Libre, una consumidora reclama que una publicación inexacta realizada por un tercero (Energroup S.A.) en la mencionada plataforma le ocasionó un perjuicio, dado que generó que la consumidora adquiriera una motocicleta modelo 2011 creyendo que era modelo 2013.

El caso es apelado, dado que el tribunal de primera instancia rechaza el reclamo de la demandante sobre la base de la falta de responsabilidad objetiva de la plataforma de comercio. El caso llega a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la República Argentina (Sala E).

*“Una vez sentado todo ello, la sala E se centra en el quid de la cuestión: no hay dudas sobre la relación de consumo que existió entre las partes, aun así, no se dio en el caso un supuesto que haga atribuible frente a la plataforma una responsabilidad solidaria por el incumplimiento incurrido, justamente por la concesionaria vendedora. Esto es, no por encontrarse en una relación de consumo, la responsabilidad que le será atribuible a todos los ‘proveedores’ será objetiva y solidaria, reivindicando de este modo que también existe la responsabilidad subjetiva en el régimen de Defensa del Consumidor [...] Así, se concluye que ‘no puede responsabilizarse a la empresa de comercio electrónico por la inexactitud del aviso que publicó la vendedora, salvo que en el caso hubiese mediado también una conducta antijurídica que le sea imputable de forma específica. En otras palabras, haya intervenido de manera desaprensiva, culposa o negligente’ y que ‘no se advierte en el sub lite elemento alguno que permita asignarle a ‘Mercado Libre’ un deber de control sobre cada uno de los avisos que se publican en su portal*<sup>87</sup>”.

Este último fallo citado sigue la posición adoptada por las plataformas de comercio electrónico de ser empresas que solo intervienen en la relación entre particulares por medio de su plataforma, pero adoptan las medidas suficientes para que no se comercialicen falsificaciones en ella.

En ese sentido, el portal eBay fue eximido<sup>88</sup> de responsabilidad en un proceso judicial por falsificaciones iniciado por la joyería Tiffany<sup>89</sup>, dado que un

86. Claps, Enrique Martín y otro c/ Mercado Libre SRL | daños y perjuicios. Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Argentina). Sala: K. Fecha: 5/10/12. Cita: MJ-JU-M-75599-AR | MJJ75599.

87. M. C. ABDELNABE VILA, “Reivindicación de la responsabilidad subjetiva en el régimen de defensa del consumidor”, *LA LEY* 02/07/2020, 7. Cita online: AR/DOC/1461/2020.

88. Sentencia de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos del Segundo Circuito del 1.4.2010 en la causa “Tiffany Inc. v. eBay Inc.”, 600 F. 3d 93.

89. “Tiffany había demandado a la mayor casa de subastas online del mundo en 2004 ya que, en su opinión, la mayoría de las joyas presuntamente de la marca Tiffany vendidas en eBay eran falsas; la joyería también adujo que, pese a sus demandas, la web no había retirado estos objetos de su sitio” (“eBay gana a Tiffany un proceso judicial por falsificación”. *El País*, 15/07/08).

tribunal de Nueva York sentenció que eBay había puesto en marcha medidas adecuadas contra la falsificación y que la protección de las marcas incumbía a sus propietarios.

La tendencia jurisprudencial y doctrinaria se inscriben en su mayoría en la postura que marca la responsabilidad de las plataformas, a pesar de los argumentos que exponen las plataformas ante los diversos reclamos que se les presentan. Sin embargo, eso no quiere decir que no puedan existir posturas manifestadas en fallos judiciales, como los señalados precedentemente, en los que se exima de responsabilidad a la plataforma de comercio electrónica de forma total.

Además de las posturas mencionadas por las cuales las compañías de comercio electrónico se ven inclinadas a adoptar, también se encuentra la doctrina del *landlord liability* o de la responsabilidad del propietario o responsable del espacio o predio donde se asientan locales, *stands* y/o puestos que comercializan artículos falsificados, la cual fuera desarrollada por la vía jurisprudencial de los tribunales norteamericanos.

En los autos caratulados “Arista Records, Sony Music y otros vs. Flea World Inc, Flea world LLC, Columbus Flea World, LLC, Columbus Farmers Market LLC y otros”, la Corte del Distrito de Nueva Jersey (The United States District Court of New Jersey) estableció los lineamientos de la responsabilidad del *landlord* o propietario y/o administrador del espacio<sup>90</sup>.

El precedente analiza la situación de los mercados informales en el marco del llamado Columbus Farmers Market, considerado uno de los mercados informales más importantes de la costa este de los Estados Unidos<sup>91</sup>.

El tribunal del distrito de Nueva Jersey les adjudicó responsabilidad a las empresas que operaban el mencionado mercado, fundamentalmente por tener conocimiento de que en sus instalaciones se comercializaban productos falsificados y por percibir un pago por el alquiler de los espacios de parte de los locatarios, evidenciándose una vinculación entre las actividades ilícitas desplegadas por los vendedores y los beneficios percibidos por estos operadores.

*“A partir de dicho precedente, la responsabilidad del landlord ha sido cada vez más aplicada por los Tribunales norteamericanos, llevando a que los operadores, administradores y responsables de estos shoppings, suscriban acuerdos con los titulares de las marcas*

90. D. FARRERAS VILLALÓN, “La responsabilidad del propietario y/o administrador de las ferias o mercados donde se comercializan artículos falsificados. Jurisprudencia norteamericana y brasileña. Aplicación de la doctrina del Landlord Liability en nuestro país”, *El Derecho*, 228-883.

91. *Ibid.*

*afectadas en el emprendimiento de terminar con la continua violación de sus derechos de propiedad industrial*<sup>92</sup>.

Es inevitable cuestionar si la doctrina del *landlord liability* no debería ser aplicada en materia de comercialización de obras de arte falsas en las plataformas de comercio electrónico cuando, en definitiva, las plataformas de comercio operan como un *shopping* e inclusive reciben una comisión por la venta de las obras de artes falsificadas en ellas.

## V. LOS RECLAMOS DESFAVORABLES DE LAS PLATAFORMAS DE COMERCIO ELECTRÓNICO EN LO TRIBUNALES

El caso Hermès en eBay podría representar un antecedente de relevancia para una recepción favorable de un reclamo contra las plataformas de comercio electrónico por la venta de obras falsas en sus portales.

La empresa Hermès, icono de la moda a nivel mundial en materia de accesorios, inició un reclamo contra la empresa eBay por la venta de artículos falsificados de la empresa mencionada. Para Hermès, eBay era culpable de falsificación al habilitar los mecanismos necesarios que permitieron la transacción fraudulenta.

El reclamo fue acogido favorablemente por el Tribunal de Gran Instancia de Troyes<sup>93</sup> (Francia), en donde se determinó el pago de veinte mil euros por la venta de artículos falsificados de Hermès.

Asimismo, fue pasible de una condena por cuarenta millones de euros por la venta de falsificaciones de productos de lujo en su plataforma. *“El Tribunal de Comercio de París dictó ayer esta sentencia, con la que pretende reparar el daño moral y la imagen del grupo Louis Vuitton Moët Hennessy (LVMH). La compañía, de la que forman parte marcas como Christian Dior, Givenchy o Guerlain, denunció a eBay por vender copias de sus productos y puentear sus redes de distribución selectiva”*<sup>94</sup>.

De todas formas, eBay sigue recurriendo a la estrategia legal de declararse como mero intermediario en la comercialización de bienes y servicios, a pesar de que en su portal se han perpetrado una gran cantidad de ventas de obras

92. *Ibid.*

93. *“Esta condena es una ‘primicia en Francia’, según Emmanuel Colomes, abogado del grupo Hermès, que en febrero de 2007, había iniciado una acción judicial contra eBay por la venta de carteras falsas. Una usuaria del portal de subastas había vendido tres carteras Hermes por 3.000 euros, dos de las cuales eran falsas. El alegato del abogado de Hermes a comienzos de abril de este año ante el Tribunal de gran instancia de Troyes fue para demostrar que el portal de subastas estadounidense participaba en el fenómenos de falsificación y había reclamado 30.000 euros por daños y perjuicios por complicidad de falsificación”* (“eBay, condenado en Francia por falsificación”. *El País*, 05/06/08).

94. M. RUIZ DEL ÁRBOL, “Condena de 40 millones a eBay por vender falsificaciones de marca”, *El País*, 01/07/08.



falsas y recién, luego del escándalo del año 2008, eBay reconoció que uno de cada diez mil objetos vendidos en el sitio eran falsificaciones, pero aclaró que el porcentaje se elevaba considerablemente cuando las operaciones involucraban ventas de obras gráficas, en particular de los grandes maestros del siglo XX (Pablo Picasso, Joan Miró, Marc Chagall, Henri Matisse, Georges Braque y Salvador Dalí)<sup>95</sup>.

Hacia el año 2011 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>96</sup> dictaminó que la plataforma eBay era la responsable por la comercialización de productos falsificados de la compañía de cosméticos L'Oréal, y dicho tribunal señaló el papel activo de la plataforma.

*“El dictamen señala que cuando un operador desempeña un papel activo, no puede acogerse a la exención de responsabilidad establecida por el derecho de la Unión, en determinadas condiciones, a favor de los prestadores de servicios en línea tales como los gestores de mercados en Internet”*<sup>97</sup>.

*“Por otra parte, incluso en el supuesto de que dicho gestor no haya desempeñado ese papel activo, el Tribunal resalta que no puede invocar tal exención de responsabilidad si tuvo conocimiento de hechos o circunstancias a partir de los cuales un operador económico diligente hubiera debido deducir el carácter ilícito de las ofertas de venta en línea y si, en tal supuesto, no actuó con prontitud para retirar los datos en cuestión de su sitio web o hacer que el acceso a ellos fuera imposible”*<sup>98</sup>.

*“La legislación comunitaria, aclara el Tribunal, exige a los Estados miembros garantizar que sus tribunales nacionales puedan requerir al gestor de un mercado electrónico la adopción de medidas que permitan no sólo poner término a las lesiones causadas a tales derechos por usuarios de dicho mercado electrónico sino también evitar que se produzcan nuevas lesiones de este tipo”*<sup>99</sup>.

La condena de eBay<sup>100</sup> tuvo resonancia en los tribunales argentinos, sirviendo de fundamento junto a la Directiva 2000/31/CE del Parlamento

95. V. MUSO, “Plataformas de ventas: Arte, estafas y millones”, *ARSOblog*, 28/04/13.

96. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, del 12.7.2011 en la causa “L'Oréal S.A., Lancôme parfums et beauté & Cie SNC, Laboratoire Garnier & Cie, L'Oréal (UK) Ltd c. eBay International AG, eBay Europe SARL, eBay (UK) Ltd y otros” (publicada en *El Derecho*, 244-27). Cit. Conf. J. I. LIZASOAIN, “Responsabilidad de los operadores de sitios de ventas online por infracciones al derecho de marcas”, *DJ*, 02/12/2015, p. 7. Cita *online*: AR/DOC/3661/2015.

97. RTVE.es / Europa Press, “La UE responsabiliza a eBay de la venta de falsificaciones en su web”, *RTVE.es*, 12/07/11. La referencia de la sentencia es ECLI: EU: C: 2011:474.

98. *Ibid.*

99. *Ibid.*

100. “A los fines de determinar si un operador de mercado ejerce un rol activo en las operaciones de compra-venta que se realizan en su sitio, creo conveniente recordar a la doctrina esbozada por el Tribunal de Justicia Europeo en el caso ‘L'Oréal vs. eBay’ del 12/07/11. Allí, se dijo que cuando el operador presta una asistencia consistente, entre otras cosas, en optimizar la presentación de las



Europeo para determinar la responsabilidad de otras plataformas de venta electrónica<sup>101</sup> al entender que estas tuvieron participación activa y conocimiento efectivo de la ilicitud de la transacción<sup>102</sup>.

En Argentina los reclamos contra las plataformas de comercio electrónico también cada vez toman más protagonismo.

Al respecto, en uno de los fallos<sup>103</sup>, siguiendo el precedente Claps (que revoca la decisión de primera instancia favorable a las plataformas de comercio electrónico), se resuelve en contra de la plataforma de comercio electrónico Mercado Libre, en donde se reclama la falta de identidad entre lo comprado y lo recibido<sup>104</sup>, resolviéndose el incumplimiento de su deber de información, la falta de indicación precisa y notoria de que la oferta realizada versaba sobre una cosa usada, el deber de garantía por afectación de la identidad entre lo ofrecido y lo entregado, la responsabilidad solidaria por el otorgamiento y cumplimiento de esta garantía, y la facultad de revocación de la aceptación del consumidor (derecho de arrepentimiento) por la oferta realizada

---

*ofertas de venta en cuestión o en promover tales ofertas, cabe considerar que no ha ocupado una posición neutra entre el cliente vendedor correspondiente y los potenciales compradores, sino que ha desempeñado un papel activo que le permite adquirir conocimiento o control de los datos relativos a esas ofertas". "Nike International Ltd c. Compañía de Medios Digitales CMD SA s/ cese de uso de marcas" (Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III. Fecha: 21/05/2015, publicado en LA LEY 04/08/2015, 6, con nota de G. MONTARON ESTRADA, LA LEY 2015-D, 259; RCyS 2015-X, 143. Cita online: AR/JUR/20653/2015).*

101. "Nike International Ltd. c. DeRemate.com de Argentina SA s/ cese de uso de marcas y daños y perjuicios" (4) y "Nike International Ltd. c. Compañía de Medios Digitales CMD SA s/ cese de uso de marcas" (5), en donde se ventilaba la compraventa de productos falsificados. En ambos las plataformas de venta electrónica fueron condenadas basadas en un factor subjetivo de atribución.
102. S. J. CANCIO, "Comercio electrónico: la posición neutral de la plataforma y la negligencia del consumidor como eximentes de responsabilidad", *LLPatagonia*, 2019, 23/12/2019, 3. Cita online: AR/DOC/3755/2019.
103. C 4ª Civ. y Com., Córdoba "Mercado Libre S.R.L. c. Dirección de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial s/rec. apel. c. decisiones autoridad adm. o pers. jurídica púb. no estatal (civil)", Expte. N.º 2715652/36, *LA LEY*, 2017-A, 588.
104. Una consumidora había comprado un par de zapatillas a través de una plataforma de comercio electrónico llamada Mercado Libre y recibió, en cambio, unas usadas y en caja de otra marca diferente a la adquirida. Por ello, efectuó una denuncia en la Dirección de Defensa del Consumidor de su jurisdicción, que dio lugar a que esta última le impusiera una sanción a Mercado Libre, que se impugna en el fallo de Cámara analizado. Mediante la resolución 185, dictada el 7 de agosto de 2014, se impuso la sanción de multa a Mercado Libre valuada en \$ 20.000 (veinte mil pesos), por haber infringido los arts. 4, 9, 11, 13 y 34 de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC). J. C. FALIERO, S. S. BAROCELLI, "La protección del consumidor en el comercio electrónico. Un caso de responsabilidad de los intermediarios comerciales en internet", *LA LEY* 04/04/2017, 5. Cita online: AR/DOC/872/2017.

al consumidor fuera del establecimiento del proveedor (oferta realizada por medios electrónicos)<sup>105</sup>.

*“Una situación común que afecta a todos los intermediarios de comercio electrónico es la sucedida en el caso que aquí se analiza, donde un consumidor adquiere un determinado bien o servicio, y en cambio se le termina entregando algo diverso a lo que adquirió o contrató”*<sup>106</sup>.

Lo mencionado es lo conflictivo en la materia que nos compete, ya que no existe certeza de autenticidad de la obra en materia de adquisición de obras de arte por medio de plataformas de comercio electrónico.

Es interesante también destacar que los reclamos se fundan en su generalidad, para justificar la responsabilidad de las compañías, en la intervención positiva que tienen en las transacciones entre particulares, al permitir que en sus plataformas se ofrezcan todo tipo de bienes y servicios, e inclusive, más importante, pensar que los artistas también constituyen una marca en sí misma y la comercialización de sus falsificaciones en las plataformas mencionadas daña la reputación de estos.

Es cierto que el fundamento legal de las compañías que sufren la venta de falsificaciones en las plataformas de comercio electrónico radica en un delito marcario. Sin embargo, las premisas del derecho marcario también se deberían aplicar al derecho del arte, dado que la función distintiva que le permite al consumidor comprar lo que quiere se desvanece cuando se trata de falsificaciones adquiridas. El eventual comprador no solo no podrá distinguir entre una obra original y otra falsa, sino que además tampoco querrá consumir arte, por lo que perjudicará no solo al artista, sino también al mercado del arte en general.

*“La función distintiva le permite al consumidor comprar lo que quiere. Al hacerlo está premiando el esfuerzo del dueño de la marca quien venderá más y así aumentará sus ganancias”*<sup>107</sup>.

Sí trazamos un paralelismo con lo afirmado previamente, vinculado al derecho marcario, podríamos cuestionarnos si cuando un consumidor compra una obra de arte acaso no lo premia y, por ende, no se valora más el artista y el mercado del arte en su totalidad.

En definitiva, el derecho marcario se rige por premisas distintas a las del derecho del arte, pero sí deberíamos tal vez interpelar por qué las demandas de las compañías contra las plataformas de comercio electrónico son

105. J. C. FALIERO, S. S. BAROCELLI, “La protección del consumidor en el comercio electrónico...”, *op. cit.*

106. *Ibid.*

107. J. OTAMENDI, *Derecho de Marcas*, Edit. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 1.

admitidas cuando se comercializan sus productos falsificados en dicha plataforma, en tanto en materia de comercialización de obras de arte, por medio de las mencionadas plataformas, no se toman los recaudos necesarios para evitar la comercialización de obras de arte falsas (por ejemplo, eBay en este sentido se afirma solo como mero intermediario cuando se trata de obras de arte<sup>108</sup>).

En última instancia lo que desean proteger las compañías (utilizando las herramientas que les brinda el derecho marcario) y los involucrados en mundo del arte<sup>109</sup> es el mercado de bienes y servicios y el mercado del arte, respectivamente.

Imaginemos que si una compra de un producto falso de una compañía reconocida por medio de una plataforma de comercio electrónico genera desconfianza en el consumidor, no podemos esperar que suceda lo contrario cuando ese mismo consumidor adquiera una obra de arte falsa<sup>110</sup> por medio de la misma plataforma e inclusive que no denuncie la adquisición de esa obra por temor a una humillación pública, con lo que se produce un círculo vicioso en la comercialización de obras falsas de arte.

*“El coleccionista que descubre que ha sido engañado, lo que a veces ocurre sólo después de muchos años, no siempre optará por denunciar la lesión de sus intereses. En ocasiones, para preservar su imagen en el mercado y ante la sociedad y no pasar por un ignorante estafado, o incluso para intentar revender o donar la obra, preferirá guardar silencio”*<sup>111</sup>, e inclusive si quisieran realizar la denuncia no podrían incautar la

108. “eBay es un intermediario y como tal no es perseguible penalmente ya que en sus páginas se especifica que no tiene relación con el vendedor”, explica Benjamín Blanco, inspector jefe de la brigada de a investigaciones tecnológicas de la policía” (S. CALDANA, R. BOSCO, “Las estafas artísticas...”, *op. cit.*).

109. “En nuestro ámbito de trabajo, hemos conocido a más de un marchante que no quiere ni oír hablar del tema de las obras falsas en el mercado, por temor al impacto que eso podría tener en los clientes potenciales. Los que tienen relación con algunos artistas específicos que se convierten en objetivo del fraude están especialmente preocupados por las repercusiones que tendrían estas obras falsas en la reputación (y las ventas) de dichos artistas” (D. CHAPPELL and K. POLK, “Fakers and Forgers, Deception and Dishonesty: An Exploration of the Murky World of Art Fraud”, *Current Issues in Criminal Justice*, 20 (3), 2009, p. 409. Citado por L. PENUELAS REIXACH, “Las obras de artes falsas”, *op. cit.*, p. 113).

110. “Desafortunadamente, recibo semanalmente llamados de víctimas que han hecho una mala compra online y no saben qué hacer. Mi cliente que fue víctima de la mayor estafa fue una persona que gastó más de u\$d 200.000 en un falso Jackson Pollock que él estaba seguro de que era original” (Declaraciones de C. LOLL, founder and director of Art Fraud Insights en “AFI lanza herramienta para eliminar obras de arte falsas en la venta online”, GIVOA).

111. “Aunque el coleccionista/comprador sea consciente [...], quizás le dé vergüenza presentar una demanda porque no quiere admitir su ignorancia. Asimismo, puede que no quiera hacer público que su compra no tenía valor si tiene previsto volver a vender la obra o desgravar impuestos. Estos factores pueden disuadir al comprador de denunciar el caso ante la justicia y, como resultado de ello, la falsificación queda impune”. Katherine Marik Thompson, “Regulation of Art multiples. A valiant but in effective attempt to quell the market of fraud”, 10, *Ent. & Sport Law*, 1992-1993, p. 12, citas omitidas. “La identificación de la obra como fraudulenta puede tener como

obra, volviendo esta a la clandestinidad y a una eventual reventa de la obra falsificada.

*“Fundaciones y sucesiones de artistas que encuentran falsificaciones en eBay o en pequeñas casas de remates pueden informar al marchand o al sitio de Internet, pero no tienen autoridad para incautar o sellar la obra. A menudo, dicen, las falsificaciones desaparecen en la clandestinidad y vuelven a surgir más tarde, presentadas como verdaderas”*<sup>112</sup>.

## VI. LA APLICACIÓN DEL *LANDLORD LIABILITY* FUNDAMENTADA POR EL INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE AUTOR

La aplicación del *landlord liability* es posiblemente la clave para responsabilizar a las plataformas de comercio electrónico por la comercialización de obras de arte falsas. En ese sentido, el precedente mencionado anteriormente, dictado por la Corte del Distrito de Nueva Jersey<sup>113</sup>, deviene esencial a los fines de extender la aplicación del *landlord liability* a la protección de las obras de arte.

Dicho antecedente también fue replicado en la región latinoamericana<sup>114</sup>, precisamente en Brasil, en la ciudad de San Pablo, en donde se encuentra ubicado el *shopping* 25 de marzo, que representa uno de los mayores exponentes en materia de concentración, distribución y venta de artículos falsificados.

*“Luego de llevarse a cabo innumerables operativos y procedimientos que arrojaron el secuestro y embargo de miles de artículos falsificados durante los últimos tres años, las empresas Nike, Oakley y Louis Vuitton Malletier, presentaron ante el Juez Civil del*

---

*resultado inmediato la desaparición de una elevada inversión monetaria. A ojos de la víctima, esta pérdida económica podría evitarse si no se identifica la obra como falsa, de modo que más adelante pueda volver a colocarla tranquilamente en el mercado con su identidad original intacta. Existen muchos procesos inherentes al mercado del arte que lo hacen posible, incluido el hecho de que los marchantes de arte suelen proteger el anonimato de los compradores, y que el mercado funciona de tal modo que las obras problemáticas enseguida se olvidan. [...] En resumen, el hecho de no denunciar un caso sospechoso de fraude supone un importante incentivo para las víctimas”* (D. CHAPPELL and K. POLK, “Fakers and Forgers, Deception and Dishonesty: An Exploration of the Murky World of Art Fraud”, *Current Issues in Criminal Justice*, 20 (3), 2009, p. 408. Citado por L. PEÑUELAS REIXACH, “Las obras de arte falsas”, *op. cit.*, p. 113).

112. P. COHEN, “Que una obra sea falsa no impide que se venda”, *op. cit.*

113. “Arista Records, Sony Music y otros vs. Flea World Inc, Flea world LLC, Columbus Flea World, LLC, Columbus Farmers Market LLC y otros”, Corte del Distrito de Nueva Jersey (The United States District Court of New Jersey).

114. “Este precedente constituye el primer éxito en Latinoamérica de la doctrina del *Landlord Liability* o responsabilidad del propietario del espacio por los hechos ilícitos cometidos por los locatarios, sublocatarios y otros cesionarios donde se comercialicen artículos falsificados” (D. FARRERAS VILLALÓN, “La responsabilidad del propietario y/o administrador...”, *op. cit.*).

*Estado de San Pablo una medida cautelar denominada ‘acción de tutela anticipada’ contra el propietario del shopping*<sup>115</sup>.

Ante la acción deducida por las empresas citadas, el magistrado ordenó la prohibición de venta de la mercadería falsificada y la desocupación de espacios utilizados para comercializar los productos de los demandantes.

*“El magistrado, al igual que en el precedente norteamericano, consideró que la administración del shopping no podía desconocer la comercialización de artículos falsos en sus instalaciones. Así también puntualizó que, dadas las características del centro comercial, el propietario tenía un efectivo control sobre la organización y estructura del mercado”*<sup>116</sup>.

La utilización, entre otros argumentos defensivos, por parte de las plataformas de comercio electrónico del *landlord liability* es una justificación de doble filo para estas compañías.

La doctrina del *landlord liability* utilizada por las compañías contra los organizadores de los mercados informales por la comercialización de sus marcas falsificadas podría ser de aplicación para la protección en la comercialización de obras falsas de arte en las plataformas electrónicas de comercio, que también constituyen un mercado en donde interactúa la oferta y demanda de bienes servicios.

Las plataformas de comercio electrónico presentan las características propias del *landlord liability* o del responsable de organizar el mercado, que en este caso puede ser formal e informal.

*“Algunos las definen como ‘clasificados online’ y otros como ‘tiendas virtuales’, pero resultaría conveniente no denominarlas así, puesto que, por su modo de operar, se diferencian bastante de aquellas. Generalmente, el clasificado online sólo publicita un producto o servicio y cobra por ello, y las ‘tiendas virtuales’ ofrecen y venden directamente sus productos o servicios por internet (por ejemplo, una marca de ropa que venda sus prendas a través de su página web). Por tal razón, se propone darles una denominación distintiva, la que podría ser ‘shoppings online’ por su semejanza con los centros comerciales (shoppings center), por cuanto los usuarios entran al sitio web gratuitamente, navegan con el propósito de adquirir un producto o servicio ofrecido por algún vendedor (local online) y eventualmente lo adquieren, pagando el vendedor al shopping un precio por la venta”*<sup>117</sup>.

Las mismas compañías tienen un rol activo en la administración de la plataforma, incluso cobran una comisión por los bienes y servicios que son comercializados. En consecuencia deberían tomar las medidas adecuadas para que

115. D. FARRERAS VILLALÓN, “La responsabilidad del propietario y/o administrador...”, *op. cit.*

116. *Ibid.*

117. M. QUINTANA, “Compraventa por internet...”, *op. cit.*

no se comercialicen obras falsas de arte o, en caso de no suceder, que se les aplique la doctrina del *landlord liability*.

De lo contrario estaría existiendo una discriminación en materia de propiedad intelectual porque se estaría aplicando una doctrina en protección de los productos de determinadas compañías, sustentada dicha aplicación por el delito marcario, pero no se estaría aplicando en la comercialización de falsificaciones de obras de arte, cuando en definitiva el artista también puede constituir una marca en sí mismo<sup>118</sup>.

En definitiva, el artista pierde su prestigio no solo por la comercialización de sus falsificaciones en las plataformas de comercio electrónico, sino también porque las transacciones se realizan en ese medio<sup>119</sup>, dado que el valor de un artista se mide por múltiples factores<sup>120</sup>, y uno de ellos es el intermediario.

*“Así, los canales de distribución con impacto directo en los precios, como las galerías de arte, las ferias, los marchantes, las casas de subastas o los asesores, son baluartes del valor del artista y su obra”*<sup>121</sup>.

La incidencia de las plataformas electrónicas como intermediarios<sup>122</sup> en la comercialización de obras falsificadas de los artistas deviene en una depreciación de estos.

118. “Warhol fue un innovador que desmitificó la concepción del artista como un difícil oficio que precisaba de duros años de formación y perfeccionamiento. La transformó en un mero negocio cuyo único mérito radicaba en ser una celebridad y... ganar dinero. Su objetivo no era crear algo nuevo y original, para Andy triunfo era sinónimo de ganancia y para ello bastaba con seguir las normas de la publicidad, no del arte [...] Andy fue ante todo un ‘trashumante’ del arte que cultivó todas las disciplinas: dibujante, pintor, cineasta, fotógrafo, productor musical y floreciente empresario a la postre” (T. AMIGUET, “Andy Warhol, el hombre que transformó el arte en negocio”, *La Vanguardia*, 21/02/17).
119. “Como se ha visto anteriormente el valor de marca viene dado por el prestigio que tiene el intermediario o experto que vende y promociona al artista, el entorno donde se exhiben las obras y el coleccionista que posee piezas que son percibidas, como valor de marca por el comprador” (E. HERNANDO CALERO, *El valor percibido del arte: desarrollo de una escala de medición*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2014, p. 98).
120. “En otros estudios, Corbella (1997), Guadalajara y Blasco (1999), Rival y Guijarro (1999), destacan que la fijación del precio depende de varios factores: el tamaño, la técnica y el año de venta. Estas conclusiones se han obtenido a partir de la utilización de precios de subastas, aplicando modelos estadísticos y financieros [...] Por otra parte, aspectos relacionados con el Megamarketing (Kotler, 1987) y el papel que juegan los intermediarios en el proceso de comercialización de las obras de arte han venido influyendo tanto en el valor final de la obra de arte, como en el establecimiento del valor de la firma del artista” (I. MONTERO MURADAS, A. M. RAMOS DOMÍNGUEZ, “Producto y mercado en la fijación del precio de la obra de arte”, *Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa*, vol. 10, n.º 3, 2004, pp. 145-156, p. 146).
121. E. HERNANDO CALERO, *El valor percibido del arte...*, op. cit., p. 98.
122. “Existen múltiples modelos de intermediación en Internet, entre los que se pueden mencionar los buscadores, los portales especializados y públicos, los portales corporativos, los portales colaborativos, los foros, las plataformas de subasta, los agentes inteligentes y los portales de mercado - tales



*“Es importante para los clientes la percepción de una buena relación calidad precio, de un alto valor percibido, pues la insatisfacción en la apreciación de la obra de arte, unida a una inadecuada valoración perjudica la posición competitiva del artista en el segmento del mercado del arte plástico en el que concurra”*<sup>123</sup>.

De todas formas, el fundamento de fondo para la aplicación del *landlord liability* deberá buscarse en la violación al derecho de autor. En ese sentido, el Convenio de Berna en su artículo dos dice: “[...] *Los términos ‘obras literarias y artísticas’ comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico [...] las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía [...]*”.

*“El derecho de autor ha probado su idoneidad para estimular la actividad creativa al asegurar al creador la posibilidad de obtener una retribución económica, el respeto por su obra y el reconocimiento de su condición de autor; a la vez, beneficia al empresario al garantizar su inversión, permitiendo el auge de las industrias culturales con el consiguiente provecho para la comunidad al fomentar la difusión de obras”*<sup>124</sup>.

Las obras artísticas se suponen protegidas por el derecho de autor, en donde la ejecución personal del artista resulta decisiva, a tal punto que “[...] *la enajenación de una obra pictórica, escultórica, fotográfica o de las artes plásticas en general, salvo estipulación expresa en contrario, no lleva implícito el derecho de reproducción, el que permanece en cabeza del autor o de sus derechohabientes; toda reproducción de una obra artística debe ser autorizada por su autor o por la persona que sea titular de este derecho, quienquiera que sea el propietario de la cosa material*”<sup>125</sup>.

Cuando se comercializan obras de arte falsificadas en las plataformas de comercio electrónico, los administradores u organizadores están vulnerando los derechos patrimoniales<sup>126</sup> y morales<sup>127</sup> de los artistas que se ven involucrados en la comercialización de sus obras falsas.

---

*como Mercado Libre y otros*” (J. C. FALIERO, S. S. BAROCELLI, “La protección del consumidor en el comercio electrónico...”, *op. cit.*).

123. I. MONTERO MURADAS, A. M. RAMOS DOMÍNGUEZ, “Producto y mercado...”, *op. cit.*, p. 146.

124. D. LIPSZYC, *Derecho de autor y derechos conexos*, Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (Cerlalc), 2017.

125. *Ibid.*

126. “*El derecho patrimonial es la faz del derecho intelectual que se refiere a la explotación económica de la obra, de la cual se benefician no sólo el autor y cesionarios, sino también los herederos y derechohabientes. El autor puede ejercitar libremente los derechos de explotación de la obra mediante la forma lícita que considere conveniente, y en especial, mediante la reproducción, distribución, comunicación pública y transformación*” (F. VILLALBA, “El contenido del derecho de autor. Los derechos morales y patrimoniales”, Material de la Diplomatura en Propiedad Intelectual de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, 2020).

127. Las facultades extrapatrimoniales exclusivas conferidas al autor son básicamente tres: el derecho moral de divulgación, el de integridad y el de paternidad, los cuales pueden extenderse aún más, dependiendo de cada legislación, como por ejemplo el de modificar la obra, antes o después de utilizada; el de retirar de circulación la obra o de



*“Las copias de pinturas preexistentes (y de obras artísticas en general) plantean problemas complejos y controvertidos. En términos generales se considera que están protegidas. Pero si la pintura preexistente fue divulgada (y mientras no haya entrado en el dominio público), ¿es lícito que un artista, un estudiante de bellas artes o un aficionado realicen una copia reservada estrictamente a su uso personal (por ejemplo para estudio o ejercitación)?*

*Planteado en estos términos, parece razonable contestar afirmativamente, a condición de que la copia no se utilice con idénticos fines a aquellos para los cuales ha sido creada la obra preexistente”*<sup>128</sup>.

Entonces, cuando se comercializan reproducciones de obras preexistentes haciéndolas pasar por genuinas<sup>129</sup>, se configura el delito, que es precisamente lo que sucede en las plataformas de comercio electrónico, en donde se torna una tarea imposible encontrar al responsable para incautar la obra, permitiéndose que circule nuevamente en el comercio.

En este sentido, la doctrina del *landlord liability* en materia de derecho de autor para responsabilizar a las plataformas de comercio electrónico resulta posible, por las características propias que tienen para ser encuadradas dentro de esta doctrina. Ejerciendo fundamentalmente un rol activo como organizadores del mercado en donde se comercializan las obras de arte falsificadas, creándose irónicamente un mercado destinado a la puesta en valor de lo falso<sup>130</sup>.

---

suspender cualquier forma de utilización ya autorizada, cuando la circulación o utilización impliquen una afrenta a su reputación e imagen; el de tener acceso al ejemplar único y raro de la obra, cuando se encuentre legítimamente en poder de otro u otros, para preservar su memoria, indemnizando al propietario del soporte de cualquier daño o perjuicio que pueda causársele. Los derechos morales son perpetuos, inalienables, inembargables, irrenunciables e imprescriptibles. F. VILLALBA, “El contenido del derecho de autor...”, *op. cit.*: “También en el caso de las obras artísticas, aunque existan en ejemplar único, ni la enajenación del soporte físico ni la cesión total del derecho de autor sobre la obra importan para su creador la transferencia o la pérdida de su derecho moral. En estos supuestos, el artista plástico conserva tanto el derecho de paternidad sobre la obra —pudiendo exigir que su nombre figure en ella y en todas sus reproducciones— como el derecho a la integridad de esta —pudiendo oponerse a toda deformación, mutilación o acto que considere perjudicial a su honor o reputación—. Después de la muerte del autor estos derechos pueden ser ejercidos del mismo modo que respecto de otras clases de obras” (D. LIPSZYC, *Derecho de autor y derechos conexos*, *op. cit.*, 2017).

128. D. LIPSZYC, *Derecho de autor y derechos conexos*, *op. cit.*, 2017.

129. “Con la estafa y mediante el engaño se pretende provocar un acto de disposición patrimonial al atribuir a las obras de arte unas cualidades de las que carecen, es decir, no son originales e inducen a confusión [...] Es la intención de engañar y el uso de la obra de arte con propósitos fraudulentos lo que la separa de otras copias y reproducción creadas con propósitos honestos. Es por tanto, el propósito de engañar del sujeto activo lo que convierte su puesta en el tráfico jurídico en una estafa” (M. Á. CASABÓ ORTÍ, *La estafa en la obra de arte*, *op. cit.*, pp. 16-17).

130. “La existencia de un gran comercio de copias denota que mediante ellas, los coleccionistas obtienen un sustitutivo de la obra o artista que aman. En torno a este mundo se ha creado un

## VII. LA SITUACIÓN LEGAL EN ARGENTINA

La responsabilidad de las plataformas de comercio electrónico en la Argentina encuentra su fundamento amplio en su Constitución Nacional, que, a partir de su reforma en el año 1994 y en un contexto de proceso de constitucionalización de los derechos de los consumidores en diversos países, le confirió raigambre constitucional a la protección de los consumidores en su artículo 42<sup>131</sup>.

*“Esta tendencia a la constitucionalización de los derechos de los consumidores también se ve plasmada en la Constitución de Portugal de 1976, de España de 1978 y de Brasil de 1988. Ambas disposiciones resultan de una importancia capital, pues tal como ha expresado Andorno<sup>132</sup>, por cuanto la protección de la salud y seguridad de las personas constituyen el piso mínimo de defensa de las mismas, que permite así gozar de los demás derechos”<sup>133</sup>.*

La protección que proporciona la Constitución Argentina tiene su correlato en su propia ley especial de orden público, denominada Ley de Defensa del Consumidor (N.º 24.240), la cual *“tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, considerando como consumidor a aquella persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. [...] Se considera asimismo*

---

*coleccionismo de obras falsas. Uno de los primeros en darse cuenta del negocio fue el italiano Giuseppe Salzano, cuando después de adquirir un auténtico Chirico conoció a su verdadero artífice, Antonio Razei, copista. Fue entonces cuando decidió encargar a éste y a otros sesenta artistas obras para la Fondazione dei falsi d'Autore. Existen galerías de falsos legales que trabajan a la carta o mediante un catálogo de copias de los más prestigiosos autores, entre ellas podemos hablar de la galería Troubetzkoy en París o True Fakes Ltd., en Nueva York. También en España se puede acceder a este mercado como la Galería Alción en Madrid” (M. Á. CASABÓ ORTÍ, La estafa en la obra de arte, op. cit., pp. 113-114).*

131. Artículo 42.- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.
132. L. O. ANDORNO, “Responsabilidad por daño a la salud o seguridad del consumidor”, en AA. VV., *La responsabilidad. En homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 481. Citado por E. H. S. FERRER de FERNÁNDEZ, “La responsabilidad por productos elaborados y el riesgo del desarrollo en el contexto del derecho del consumidor”. Cita *online*. AP/DOC/38/2016.
133. E. H. S. FERRER de FERNÁNDEZ, “La responsabilidad por productos elaborados...”, *op. cit.*

*consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”.*

*“Como obviamente una obra de arte es un bien, y también es susceptible de adquisición por un comprador en beneficio propio y como destinatario final, la definición, en nuestra opinión, no parece excluir a quien adquiere una obra de arte de la definición de consumidor. La legislación española, empero, parece eliminar esta posibilidad al referirse en algunos casos a ‘bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado’, lo que no parece incluir a las obras de arte. En otras circunstancias, sin embargo, parece referirse a todo tipo de bienes [como lo hace el art. 59 bis (a) referido a las garantías aplicables a los contratos con consumidores]”<sup>134</sup>.*

La legislación española, al igual que la italiana<sup>135</sup>, aporta una definición que se restringe, a diferencia de la ley argentina, en donde la persona física no necesariamente tiene que actuar con un propósito ajeno a su actividad, es decir, que conforme a la ley pueden ser consumidores las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

*“La normativa de los dos países mencionados aparece dirigida entonces a favor de las personas físicas que no hacen un oficio ni una profesión de la adquisición de obras de arte. La doctrina italiana excluye entonces a los museos, galerías de arte, entes y fundaciones públicas de la categoría de consumidores<sup>136</sup>, pero como la legislación argentina es diferente, en nuestra opinión un museo podría alegar ser un consumidor”<sup>137</sup>.*

Siendo entonces el comprador de una obra de arte protegido por las normas argentinas<sup>138</sup> en materia de defensa del consumidor debería ser de aplica-

134. “Art. 9 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Debe notarse, sin embargo, que a ciertos efectos, la definición de ‘bienes’ es más amplia (véase artículo 59bis (2): a los efectos del libro segundo, título I, capítulo I, artículos 66 bis y 66 ter y del título III de la ley, se consideran bienes a las cosas muebles corporales, excepto los vendidos por la autoridad correspondiente tras un embargo u otra medida similar” [J. J. NEGRI, “La Puerta de Banksy (Error y autenticidad en la compraventa de obras de arte)”, *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2016, p. 65].

135. “También bajo el derecho italiano la definición de consumidor aparece más reducida (‘la persona física que actúa por motivos extraños a la actividad empresarial o profesional que eventualmente desarrolla’), en línea con la legislación española” (*Ibid.*, p. 66).

136. F. FABRIS, “L’acquisto di opera d’arte on line: caratteri e forme di tutela per il collezionista”, *BusinessJus.com*, junio 2013. Citado por J. J. NEGRI, “La Puerta de Banksy...”, *op. cit.*, p. 66.

137. J. J. NEGRI, “La Puerta de Banksy...”, *op. cit.*, p. 66.

138. “Creemos, como dijimos, que no caben dudas acerca de que, bajo la ley argentina, el comprador de una obra de arte está alcanzado por esas normas tuitivas. Un argumento importante a favor de esta aserción es que ni los bienes mencionados por la ley argentina, ni la adquisición o utilización de dichos bienes aparecen vinculados con el concepto ‘bienes de consumo’ (que, por otra parte, no está definido

ción a las plataformas de comercio electrónico el artículo 40 de la ley argentina 24.240, que dispone que “*si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio [...] La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena*”.

En materia jurisprudencial y doctrinaria se discute sí el artículo citado es de aplicación objetiva o subjetiva.

El fallo Claps<sup>139</sup>, citado anteriormente, se inscribe en el régimen de responsabilidad objetiva y solidaria dispuesto por el artículo 40 de la ley 24.240, justificado en que la plataforma de comercio electrónico también integra la cadena de comercialización a partir de su rol activo, manifestado entre tantas acciones en el cobro de comisiones<sup>140</sup>, entrando en la categoría de proveedor, sumado a la generación de confianza que produce en el consumidor, llevando a este a que confíe en los productos que se comercializan en la plataforma.

*“El portal demandado interviene —y por ende es responsable— desde el mismo momento en que, creando una apariencia, logra atraer para sí la confianza de sus clientes; y precisamente esa confianza constituye la fuente primaria de sus obligación, y también lo es de sus ganancias”*<sup>141</sup>.

Sin embargo, con los fallos Energroup S.A., citado anteriormente, y Kosten<sup>142</sup>, en donde el actor, Esteban Kosten, intentó adquirir un automóvil, des-

---

*por la ley argentina, como sí ocurre en España). Para la doctrina italiana ‘después de alguna vacilación inicial, los intérpretes parecen todos orientados a considerar que las disposiciones del Código de Consumo son aplicables integralmente a las obras de arte y a las antigüedades’* (Ibid., p. 66).

139. “Se condena al sitio de Internet demandado, ya que los actores a través del portal habían adquirido entradas para un recital musical que habían sido denunciadas como robadas, lo que provocó la detención de los compradores al intentar ingresar; pues el hecho de no ser propietario ni poseedor de los productos que se comercializan en su espacio virtual, no exime a la demandada de responsabilidad” (Claps Enrique Martín y otro c/ Mercado Libre S.A. | daños y perjuicios. Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Argentina). Sala: K. Fecha: 5/10/12. Cita: MJ-JU-M-75599-AR | MJJ75599).
140. “Otra característica que resulta relevante sobre los sitios intermediarios es la participación que tienen sobre las ventas realizadas por su intermedio; ésta se efectiviza a través de una comisión que puede ser debitada automáticamente de la cuenta del vendedor; la misma resulta determinante para integrarlo en la cadena de distribución del producto, acarreado su eventual responsabilidad solidaria frente a los reclamos de los consumidores” [M. C. FORONDA, “Los sitios web en el consumo electrónico y el ejemplo brasileño”, DCCyE, 2012 (agosto), 13/08/2012, p. 107. Cita online: AR/DOC/4216/2012].
141. Claps Enrique Martín y otro c/ Mercado Libre S.A. | daños y perjuicios. Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Argentina). Sala: K. Fecha: 5/10/12. Cita: MJ-JU-M-75599-AR | MJJ75599.
142. Kosten, Esteban c. Mercado Libre SRL s/ ordinario. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 22/03/2018.

pués de ver una publicación en Mercado Libre, que nunca le fue entregado a pesar de haber realizado el pago correspondiente del vehículo por medio de la plataforma perteneciente a Mercado Libre denominada Mercado Pago. A partir de ello demandó a Mercado Libre como responsable en virtud del artículo 40 de la ley 24.240.

Mercado Libre rechazó el reclamo argumentando que el caso debía regirse por la responsabilidad subjetiva. La sentencia del tribunal de primera instancia admitió los argumentos de Mercado Libre y rechazó la demanda opuesta por el actor.

La sentencia fue apelada por el actor y confirmada por la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la República Argentina.

*“Al respecto cita la directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 08/06/2000, relativa a ‘Determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior’. Se refirió a los arts. 14 y 15 de la directiva 2000/31/CE [...] Sin embargo, un prestador de servicios podrá ser responsable en los términos del art. 14 de la directiva 2000/31/CE cuando deje de tomar una posición neutra en una operación entre un comprador y un vendedor. Asimismo, se considera que el tratamiento técnico y automático de los datos brindados por el cliente implica una posición neutra. Entiende la Cámara que estos principios pueden extrapolarse al Derecho argentino para eximir de responsabilidad al operador de un mercado electrónico de ventas siempre que no tome un papel activo con vistas a adquirir conocimiento o control de los datos almacenados, y se limite a proporcionar un foro para una transacción entre un comprador y un vendedor [...] La Cámara entiende que el art. 40 LDC debe dialogar con las normas citadas para determinar la efectiva responsabilidad de los operadores y evitar así aplicar la responsabilidad objetiva en abstracto”<sup>143</sup>.*

Recientemente, continuando la línea jurisprudencial establecida en Energroup S.A. y Kosten, la sala B de la Cámara de Apelaciones de la circunscripción judicial con asiento en Comodoro Rivadavia dictó sentencia en los autos “Besler, Darío Rubén c. Mercado Libre SRL s/ sumarísimo”<sup>144</sup>, con origen en

143. E. ESTEVARENA, S. S. BAROCELLI, “La protección de los consumidores en plataformas de comercio electrónico”, *LA LEY* 30/05/2018, 6 - *LA LEY* 2018-C, 180. Cita online: AR/DOC/870/2018.

144. “Según surge del expediente, el actor, haciendo uso de la sección clasificados de MercadoLibre SRL (en adelante, ML), contactó al vendedor de un vehículo Mini Cooper, acordando la compra de este. Como consecuencia del contacto iniciado con el vendedor del rodado, este le explicó que el vehículo se encontraba en un depósito de la firma ML y que un agente de esta se apersonaría a hacerle entrega del bien adquirido una vez efectuado el pago de una suma de dinero. La suma de dinero debía serle transferida al vendedor mediante un servicio de transferencia de dinero (ajeno a ML) dirigido a un tercero en el Reino Unido, debido a razones redundantes y que no vienen al caso. Acordada esta operatoria el Sr. Besler recibió un correo electrónico del sitio mercadolibretransacciones@mercado-libres.com, en donde le indicaban que debía abonar una parte de la suma acordada a través de la empresa Western Unión y con las condiciones ya mencionadas.

el Juzgado Letrado de Primera Instancia en los Civil y Comercial n.º 2, estableciendo que “*Mercado Libre ha actuado en el caso como un operador meramente técnico y automático de datos u ofertas y demandas. No ha tenido una ‘intermediación activa’ que pueda generarles responsabilidad de ningún tipo, en tanto que no sólo no cobró comisión alguna, sino que, además, advirtió de diversas maneras a los usuarios acerca de los diferentes peligros que rodean a ese tipo de transacciones. Todo ello sumado a la negligencia desplegada por el actor a la hora de encarar el acto jurídico*”<sup>145</sup>.

Es considerable la posición jurisprudencial argentina que admite la aplicación subjetiva del artículo 40 de la ley 24.240, invocando la responsabilidad subjetiva de las plataformas de comercio electrónico en el caso que estas incurran en negligencia por acción u omisión en la comercialización de bienes y servicios en consonancia con una conducta diligente del eventual consumidor en la adquisición de esos bienes y servicios.

La posición jurisprudencial mencionada, que admite el factor de atribución subjetivo de responsabilidad, también se manifiesta en el plano internacional<sup>146</sup>, a través de normativa y jurisprudencia en países como España<sup>147</sup>, Francia<sup>148</sup>,

---

*Realizado el pago, Besler no volvió a tener noticias del vendedor. En este contexto interpuso demanda contra ML, reclamando el cumplimiento de lo acordado y una indemnización por los daños y perjuicios sufridos*” (S. J. CANCIO, “Comercio electrónico...”, *op. cit.*).

145. S. J. CANCIO, “Comercio electrónico...”, *op. cit.*

146. “*En el derecho comparado se refleja una tendencia a analizar la responsabilidad de las plataformas como un tipo de responsabilidad subjetiva*”. (M. C. ABDELNABE VILA, “Reivindicación de la responsabilidad subjetiva...”, *op. cit.*).

147. “*Dispone de la ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (‘LSSICE’), la que tiene por objeto la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2000/31/CE. Asimismo, incorpora parcialmente la Directiva 98/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.*”

*Respecto de los Prestadores de Servicios de alojamiento de datos, el art. 16 de la mencionada ley establece que: ‘no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que: “a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o “b) Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos. Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo “a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse’ (el destacado es propio). Ello confirma la responsabilidad subjetiva con que se mide la responsabilidad. Así, conforme la normativa reseñada y su aplicación por la jurisprudencia, se ha dicho que a fin de imponer responsabilidad: (i) no interesa que haya una explotación lucrativa o comercial; así como que (ii) no existe obligación general de supervisar; mucho menos de realizar búsquedas activas; y (iii) solamente importa el conocimiento efectivo’.* (M. C. ABDELNABE VILA, “Reivindicación de la responsabilidad subjetiva...”, *op. cit.*).

148. “*Aquí encontramos la Ley para la Confianza en la Economía Digital N.º 2004-575 (15). Así, Francia incorporó a su derecho local los lineamientos emanados de la Directiva 2000/31/CE*



Alemania<sup>149</sup> o Australia<sup>150</sup>.

Sin embargo, a pesar de que los antecedentes jurisprudenciales mencionados que sostienen la responsabilidad de las plataformas de comercio electrónico a partir de un factor subjetivo de atribución tiene su fundamento en otros antecedentes jurisprudenciales internacionales mencionados anteriormente, existe la necesidad de consolidar la tesis de la protección de la confianza del consumidor.

*“La confianza es ‘una relación de seguridad frente a lo desconocido’<sup>151</sup>. Si bien esta definición no es jurídica ni la más precisa, sí será la más útil a la hora de explicar cómo es que se ha logrado generar nuevas formas de comercialización organizando sistemas que proveen confianza a terceros que son extraños entre sí, es decir, el tipo de servicios que ha convertido a empresas del estilo de Mercado Libre en compañías de renombre en la actualidad”<sup>152</sup>.*

Entonces, si la confianza es un factor esencial en las transacciones comerciales de bienes y servicios, que promueve la economía y consolida a las plataformas de comercio electrónico como los intermediarios principales en esa cadena de comercialización, la invocación de la falta de legitimación pasiva por parte de ellas, basadas en la ausencia de un factor de atribución de responsabilidad subjetivo, deviene en un ataque contra el propio sistema de comercialización y fundamentalmente contra la confianza de los consumidores.

---

*a partir de la sanción, con fecha 21 de junio de 2004, de aquella. Siguiendo a la Directiva 2000/31/CE, la ley mencionada estipula que el prestador de servicios no puede ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario, a condición de que no tenga conocimiento efectivo de que la actividad es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, de que no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito; o de que, en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible. Todo lo cual da cuenta de que se analiza la responsabilidad de la plataforma bajo el régimen de responsabilidad subjetiva” (Ibid.).*

149. *“Conforme surge de ciertos precedentes jurisprudenciales, se establece que las plataformas de e-commerce no tienen la obligación general de supervisión, pero sí un deber de diligencia. Nuevamente, nos encontramos ante una responsabilidad subjetiva y no objetiva. Fallo: GRUR 2016, 855 (Fallo completo en: <http://www.bundesgerichtshof.de/>); Fallo: “Urteil vs. 12.07.2007”, Az. I ZR 18/04 (Fallo completo en: <http://www.bundesgerichtshof.de/>); y Fallo: GRUR 2015, 1129 Fallo (completo en: <http://www.bundesgerichtshof.de/>)” (Ibid.).*
150. *“La responsabilidad que se les atribuye a las plataformas de e-commerce también es de tinte subjetivo. Así, dependiendo de cuál sea el rol que desempeñen, podrán verse obligadas a responder o no”. Fallo: “Evagora vs. eBay Australia & New Zealand Pty Ltd.” (Fallo completo en: <http://www.austlii.edu.au/>); Fallo: “Peter Smythe vs. Vincent Thomas” Fallo completo en: <http://www.austlii.edu.au/> (Ibid.).*
151. R. BOTSMAN, *Who can you trust? How Technology Brought Us Together and Why It Might Drive Us Apart*, Hachette Book Group, New York, 2017, p. 20. Originalmente el texto dice: “Trust is a confident relationship with the unknown”. Citado por E. ESTEVARENA, S. S. BAROCELLI, “La protección de los consumidores...”, *op. cit.*
152. E. ESTEVARENA, S. S. BAROCELLI, “La protección de los consumidores...”, *op. cit.*



Las Directrices de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor establecen en su artículo 63 que “*Los Estados Miembros deben esforzarse por fomentar la confianza de los consumidores en el comercio electrónico, mediante la formulación constante de políticas de protección del consumidor transparentes y eficaces, que garanticen un grado de protección que no sea inferior al otorgado en otras formas de comercio*”.

La protección de los consumidores –y en efecto la protección del comercio– no será efectiva si se exime a las plataformas de comercio electrónico de responsabilidad por la falta de demostración de un factor de atribución subjetivo, admitiendo la omisión de su rol activo en la cadena de comercialización, permitiéndoles en consecuencia no controlar los bienes y servicios ofrecidos por terceros en sus plataformas, como pueden ser obras de arte falsificadas.

“*El último desafío es entender la estrategia de comercialización de Mercado Libre y plataformas similares. Estas empresas buscan proveer un marco de confianza en el que los extraños puedan respaldarse y dar un salto de fe para contratar entre sí*”<sup>153</sup>.

Ese salto de fe –de confianza– depende de que las plataformas de comercio electrónico asuman sus responsabilidades, porque sin compradores no existen los mercados.

En conclusión, en el sistema argentino, y también en los países indicados anteriormente, la responsabilidad de las plataformas de comercio electrónico se materializará principalmente cuando demuestren negligencia en su accionar, teniendo preeminencia la acreditación de un factor subjetivo de atribución de responsabilidad.

El mismo concepto se aplica si se quisiera invocar la doctrina del *landlord liability* en materia de derecho de autor, porque se debería demostrar el rol activo como organizadores del mercado de las plataformas de comercio electrónico, es decir, se tendría que demostrar el factor subjetivo de atribución de responsabilidad.

Sin embargo, dado el contexto y la forma en la cual operan las plataformas de comercio electrónico, sería una posibilidad que eventualmente se les aplique la doctrina del *landlord liability* para justificar la responsabilidad objetiva de dichas plataformas.

## VIII. LA UTILIZACIÓN DEL *BLOCKCHAIN* COMO ALTERNATIVA PARA EVITAR LAS FALSIFICACIONES DE OBRAS DE ARTE

En septiembre del año 2008, el banco de inversiones y de servicios financieros Lehman Brothers se declaró en bancarrota<sup>154</sup>, luego de ello se desató una

153. E. ESTEVARENA, S. S. BAROCELLI, “La protección de los consumidores...”, *op. cit.*

154. “*En solo dos días, Lehman Brothers perdió cerca la mitad de su valor bursátil, tras presentar unas cargas trimestrales por la depreciación de las carteras de deuda que ponían en riesgo su viabilidad [...] Lehman Brothers, abandonada a su propia suerte, se declaró en bancarrota a las siete*

de las peores crisis financieras mundiales de la contemporaneidad. En ese contexto de desconfianza hacia las instituciones tradicionales aparece en escena un borrador dedicado a la criptografía de una persona o personas, denominada Satoshi Nakamoto.

Desde entonces, y en poco más de diez años, la tecnología *blockchain* ha tenido un crecimiento exponencial desde todo punto de vista. Su manifestación más elocuente, el bitcoin, se encuentra en la agenda diaria de las corporaciones, los medios de comunicación y las personas en general.

Brevemente, en relación con el bitcoin diremos que viene a cumplir la premisa del premio nobel de economía Milton Friedman: *“Una cosa que aún falta, pero que pronto será desarrollada, es dinero en efectivo electrónico. Un método donde, al comprar en Internet, se pueda transferir fondos de A a B, sin que A conozca a B ni B a A. De la misma forma en que ahora puedo tomar un billete de 20 dólares y dárselo, sin que quede registro de donde vino y que usted pueda obtenerlo sin saber quién soy”*<sup>155</sup>.

Es curioso que en ese entonces, en un clima de desconfianza generalizada, aparezca una tecnología que dé certeza y que no dependa de terceros. En ese sentido, Nakamoto concluía: *“Hemos propuesto un sistema de transacciones electrónicas que no dependa de la confianza de terceros”*<sup>156</sup>.

Sin embargo, la tecnología *blockchain* o cadena de bloques, que funciona como un gran libro de contabilidad, abierto al público, en donde cada transacción (por ej., de una criptomoneda) es asentada en dicho libro, sin que pueda ser modificado por nadie, evolucionó y se encuentra en una fase denominada *blockchain* 2.0, caracterizada por la implementación de los contratos inteligentes aplicables a distintas industrias del mercado.

*“Los contratos inteligentes facilitan distintos tipos de transacciones dado que su funcionamiento es similar a scripts o secuencia de comandos del tipo ‘en caso de ocurrir tal circunstancia se producirá determinada situación’, ejecutando la acción una vez que detectan que se ha cumplido la finalidad del contrato. Un contrato inteligente, explican, es capaz de verificarse a sí mismo, de ejecutarse a sí mismo y de protegerse a sí mismo”*<sup>157</sup>.

En ese sentido, los contratos inteligentes permiten, gracias al funcionamiento de la tecnología *blockchain*, la validación no solo de las transacciones comerciales, sino también de objetos, como pueden ser las obras de arte.

---

de la mañana del 15 de septiembre de 2008. Era un lunes. Tenía 639.000 millones en activos y 613.000 millones en deudas” (S. POZZI, “Lehman Brothers, el gatillo de la crisis”, *El País*, 10/09/18).

155. Citado por F. AST, “La Odisea del Cash Digital”, <https://medium.com/astec>, 21/05/19.

156. N. BOULLOSA, *Blockchain ¿Fuego prometeico o aceite de serpiente?*, Edit. Anaya Multimedia (Grupo Anaya, S. A.), Madrid, 2019, p. 22.

157. *Ibid.*, p. 306.

*“La tecnología blockchain ofrece una nueva plataforma para que los creadores de propiedad intelectual obtengan valor por ella. Pensemos en el registro digital de obras de arte, incluidos certificados de autenticidad, condición y propiedad. Una empresa emergente, Ascribe<sup>158</sup>, permite a los mismos artistas subir arte digital, marcarlo como definitivo y transferirlo, de manera que, como bitcoin, pasa de la colección de una persona a la de otra”<sup>159</sup>.*

La compañía Verisart<sup>160</sup> sigue el camino de compañías como Ascribe, inscribiéndose en la lista de aquellas compañías que utilizan la tecnología *blockchain*, en concordancia con información museística típica para crear bases de datos públicas de obras de arte y objetos de colección, para ofrecer un servicio, en este caso la verificación de la autenticidad de las ilustraciones.

*“La veracidad de las obras de arte es un problema tan antiguo como el arte en sí mismo, según Norton (fundador de Verisart) y los artistas han sido poco confiables a la hora de documentar su propio trabajo. Ya en el siglo XVII, el comerciante de Rembrandt se quejó de la falta de mantenimiento de los registros de su cliente”<sup>161</sup>.*

El artista contemporáneo Philip Colbert contactó precisamente con el creador de Verisart a fin de demostrar la autenticidad de su trabajo en expansión<sup>162</sup>. *“La confianza, o la falta de ella, es el centro del desafío, ya que los posibles compradores se niegan a gastar sumas considerables en obras cuya procedencia no se puede verificar por completo”<sup>163</sup>.*

En ese sentido, la compañía Verisart brinda el servicio de la certificación digital, estableciendo la procedencia de cualquier obra de arte física, en la cual los usuarios podrán comprobar mediante sus dispositivos móviles la autenticidad y la procedencia de una obra de arte antes de participar en una subasta en línea o de hacer una compra<sup>164</sup>.

158. “Artistas y museos pueden usar la tecnología de Ascribe para prestar obras a otros individuos o instituciones” (D. TAPSCOTT y A. TAPSCOTT, *Blockchain Revolution*, Centro Libros PAF, S. L. U., 2017, p. 134).

159. *Ibid.*

160. Verisart, una empresa emergente con sede en Los Ángeles y uno de cuyos asesores es el desarrollador de bitcoin Peter Todd, es aún más ambiciosa. Certificar la autenticidad y la condición de una obra de arte es una gran cosa, que en gran medida depende de documentos de papel y está controlada por una élite de expertos con acceso a bases de datos restringidas. Saber quién posee una obra de arte, dónde se halla y en qué condición está es un verdadero reto, incluso para aquellos que saben exactamente lo que buscan. Verisart combina tecnología *blockchain* e información museística típica para crear bases de datos públicas de obras de arte y objetos de colección. Este archivo mundial servirá a artistas, coleccionistas, conservadores de museos, historiadores, tasadores de arte y aseguradoras de todo el mundo (*Ibid.*).

161. A. CAMACHO, “Nuevo startup comprueba la veracidad de las obras de arte usando tecnología Blockchain”, *TekCrispy*, 26/03/18.

162. *Ibid.*

163. *Ibid.*

164. “Creemos que la tecnología puede contribuir a crear confianza y liquidez, sobre todo teniendo en cuenta que gran parte del mercado del arte, que mueve 67.000 millones de dólares anuales,

La compañía Monegraph también utiliza la tecnología *blockchain* para autenticar obras, en este caso obras digitales. Monegraph funciona de la siguiente manera:

*“Los artistas pueden visitar el sitio de Monegraph e iniciar sesión con Twitter. Luego envían la URL de una imagen digital que han creado. A cambio, reciben una clave de blockchain y un valor que pueden almacenar en una billetera NameCoin, similar a cómo almacenarían bitcoin. Esta es su escritura digital, un reclamo único de propiedad de la obra de arte. Si otra persona envía la misma imagen, Monegraph detecta que ya ha sido reclamada. Monegraph también tuitea un anuncio de la propiedad para comprometerlo al registro público [...] Cuando los pintores al óleo venden su obra, la propuesta de valor para el comprador es clara. Están comprando la expresión en sí. No hay otra copia. Alguien podría fotografiar la pintura, pero el comprador es dueño de la fuente. Idealmente, Monegraph podría equipar a los artistas digitales con una propuesta de valor similar. Claro, la gente está copiando y compartiendo mi imagen en toda la web, pero puedes ser el propietario del original”<sup>165</sup>.*

La certificación de las obras digitales se ha convertido en un valor en sí mismo, ya sea en lo referido a las obras físicas o creadas digitalmente. Al respecto, Philip Colbert expresaba en una entrevista con *Bloomberg* lo siguiente:

*“Tenía un comerciante en Japón que me decía que necesitaba mejores formas de certificación para mi obra de arte, porque la gente compra arte como una inversión [...] El arte es una moneda de alguna manera; al final del día cuando salen a subasta, la procedencia es un elemento muy importante de su valor”<sup>166</sup>.*

La tecnología *blockchain* ofrece un sistema que no solo permite certificar las obras en línea, en cualquier momento y ubicación, sino que también permite aún más la democratización del mercado del arte al posibilitar la compra en multipropiedad de un Picasso o un Rembrandt por un escaso<sup>167</sup> monto en comparación a lo que vale la obra si uno quisiera adquirirla individualmente.

---

*consiste en ventas privadas (entre iguales) y operaciones en línea —dice el fundador Robert Norton en TechCrunch—. El mundo del arte no está acabado. Es que depende demasiado de intermediarios que den confianza y garanticen liquidez. Creemos que la existencia de un archivo mundial descentralizado y debidamente encriptado para proteger la identidad de compradores y vendedores es algo muy bueno para el mundo del arte” (D. TAPSCOTT y A. TAPSCOTT, *Blockchain Revolution*, op. cit., p. 135.*

165. J. CONSTINE, “Monegraph Uses Bitcoin Tech So Internet Artists Can Establish ‘Original’ Copies of Their Work”, *Techcrunch*, 09/05/14. <https://techcrunch.com/2014/05/09/monegraph/>.

166. V. RODRIGUES, y R. URBAN, “This Startup Is Using Blockchain to Fight Art Forgers”, *Bloomberg*, 23/03/18.

167. “La compraventa de obras de arte está de moda: movió en 2018 más de 51.000 millones de euros y se espera que continúe creciendo en los próximos años. Coleccionistas con alto poder adquisitivo son los principales compradores en este mercado internacional; sin embargo, esta situación está cambiando gracias a la tecnología blockchain. Tanto es así que ya es posible, por ejemplo, comprar en multipropiedad un Picasso o un Rembrandt por solo 1.000 dólares (casi 900 euros), un

*“Una de las empresas pioneras en introducir esta combinación de blockchain y arte en las subastas es la plataforma Maecenas<sup>168</sup>. Jessie Chew, responsable de esta plataforma, explica que con esta nueva práctica las obras ‘se dividen en tokens de activos que representan una propiedad parcial que puede intercambiarse’. Un token es una unidad de valor que una organización crea para dar un derecho a sus usuarios. Es decir, cada token funciona como las acciones de bolsa, ‘de modo que el porcentaje de propiedad puede cambiar, al igual que los accionistas de una empresa que cotiza en bolsa’”<sup>169</sup>.*

La tecnología *blockchain*, en definitiva, es algo más que un instrumento que permite certificar la validez de una obra de arte, es un elemento democratizador<sup>170</sup> del mercado del arte y de protección<sup>171</sup> del mismo a partir de su cadena de bloques, que permite crear un registro y supervisar cada transacción, lo que produce la imposibilidad de falsificación de la obra.

## IX. CONCLUSIÓN

En el presente trabajo se ha intentado describir la situación fáctica que atraviesa el mercado del arte en un contexto específico.

El desenvolvimiento del mercado del arte en el mercado de las plataformas de comercio electrónico resulta, conforme los datos proporcionados, exitoso, y eso se debe no solo al contexto actual que estamos atravesando, sino, en definitiva, a una situación que tarde o temprano iba a suceder y que tiene íntima vinculación con la mundialización del mercado del arte a partir de la tecnología.

---

*precio significativamente menor a los millones que costaría una sola pintura”* (M. LEÓN, “Un Picasso en multipropiedad por 900 euros: el blockchain en el mundo del arte”, *La Información*, 02/06/19).

168. *“Maecenas hizo historia tras subastar la primera obra de arte a través de blockchain. En 2018 se unió a Dadiani Syndicate, la primera galería de arte en el Reino Unido en aceptar pagos con criptomonedas, para subastar la obra 14 Small Electric Chairs (1980) de Andy Warhol. En concreto, se subastó el 31,5 % de la pieza y recaudó 1,7 millones de dólares. Los inversores fueron finalmente 100, elegidos de entre más de 800 provenientes principalmente de Asia y Europa”* (*Ibid.*).

169. *Ibid.*

170. *“Artlery dice ser una comunidad de artistas que están dispuestos a compartir parte de sus ganancias con clientes e iguales que se comprometan socialmente con sus obras. El propósito de Artlery es acuñar en una blockchain una moneda que las obras de arte consideradas como activos respalden, haciendo que los amantes del arte participen a modo de propietarios parciales y accionistas de la obra con la que interactúan. La idea es ofrecer incentivos a todos los actores del mercado —artistas, clientes, conservadores, galerías, museos, talleres y ferias—, en lugar de ofrecer incentivos perversos a uno de ellos en detrimento de los demás”* (D. TAPSCOTT y A. TAPSCOTT, *Blockchain Revolution*, op. cit., p. 235).

171. *“Más allá de conseguir una obra de arte a través de criptomonedas, el blockchain también resulta útil por la transparencia y objetividad que proporciona. De hecho, uno de sus usos más extendidos es para evitar las falsificaciones, uno de los mayores problemas a los que se enfrenta esta industria”* (M. LEÓN, “Un Picasso en multipropiedad por 900 euros...”, op. cit.).

Sin embargo, se manifiesta la ausencia de normas que permitan regular determinadas situaciones en un mercado que actúa en un sector que se presenta extraño a determinadas situaciones que se producen en sus plataformas de comercio electrónico y que derivan en un perjuicio del artista, en un principio, y del mercado del arte, en última instancia.

La dominación ilegítima del derecho sobre el arte que menciona Ciuro Caldani puede ser la respuesta a esa laguna normativa existente que no logra incidir sobre las plataformas de comercio electrónico en materia de obras de arte.

*“A nuestro entender, en la actualidad el Derecho, a través de varias de sus ramas tradicionales, domina ilegítimamente al arte, calificando los problemas en términos administrativos, comerciales, penales, procesales, etc. que no reconocen de manera suficiente la especificidad del arte. Si bien es importante evitar que una consideración desbordada del arte domine sentidos que ha de tener el Derecho, provocando su desintegración, pensamos que ha de avanzar la atención al arte, buscando la integración del Derecho y el arte en una legítima integración jurídica y cultural. Dicha integración significa el reconocimiento de los sentidos especiales del arte”*<sup>172</sup>.

Zygmunt Bauman expresaba que *“Las comunicaciones baratas inundan y ahogan la memoria en lugar de alimentarla y estabilizarla”*<sup>173</sup>. Trazando un paralelismo literal con sus palabras, se podría decir que las falsificaciones que abundan en el mercado inundan y ahogan la memoria de los artistas y desestabilizan el mercado del arte.

Es por eso por lo que acudir a las fuentes del derecho del arte será esencial para resolver la controversia relativa a las plataformas de comercio electrónico<sup>174</sup>, teniendo en cuenta que, si bien la libertad de los mercados posibilita ingeniosos emprendimientos, estos deben ser practicados con responsabilidad, implementando las seguridades necesarias para que los productos y servicios –en nuestro caso, obras de arte– que se ofrecen en los portales de intercambio guarden correspondencia entre lo ofrecido y lo contratado y contemplen las garantías legales<sup>175</sup>.

172. M. Á. CIURO CALDANI, “Derecho del Arte”. Cita *online*: 0003/014446. Parte del texto básico de la disertación pronunciada por el autor en las Jornadas de Arte, Ciencia y Derecho, organizadas por la Escuela Superior de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires el 6/11/2008.

173. Z. BAUMAN, *La globalización*, Fondo de Cultura Económica de Argentina, Buenos Aires, 1999, p. 25. Citado por H. ALEGRÍA, “Globalización y derecho”, *op. cit.*

174. “Las fuentes jurídicas del Derecho del Arte son numerosas y vienen teniendo relevante incremento, en gran medida en el ámbito convencional internacional. Las fuentes de conocimiento del Derecho del Arte poseen también importante desarrollo” (M. Á. CIURO CALDANI, “Derecho del Arte”, *op. cit.* Parte del texto básico de la disertación pronunciada por el autor en las Jornadas de Arte, Ciencia y Derecho, organizadas por la Escuela Superior de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires el 6/11/2008).

175. C. E. TAMBUSI, “Libertad y responsabilidad en el comercio electrónico”, *op. cit.*



## X. BIBLIOGRAFÍA

- ABDELNABE VILA, María Carolina: “Reivindicación de la responsabilidad subjetiva en el régimen de defensa del consumidor”, *LA LEY* 02/07/2020, 7. Cita *online*: AR/DOC/1461/2020.
- ALEGRÍA, Héctor: “Globalización y derecho”, *La Ley Online*. Cita *online*: AR/DOC/6362/2011.
- AMIGUET, Teresa: “Andy Warhol, el hombre que transformó el arte en negocio”, *La Vanguardia*, 21/02/17.
- ANDORNO, Luis O.: “Responsabilidad por daño a la salud o seguridad del consumidor”, en AA.VV.: *La responsabilidad. En homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.
- AST, Federico: “La Odisea del Cash Digital”. Publicado en <https://medium.com/astec>. 21/05/19.
- BAUMAN, Zygmunt: *La globalización*, Fondo de Cultura Económica de Argentina, Buenos Aires, 1999.
- BBC REDACCIÓN MUNDO: “El multimillonario negocio del arte y por qué ya no necesitas ser muy rico para comprar una pieza”, 21/05/2017.
- BOULLOSA, Nicolás: *Blockchain ¿Fuego prometeico o aceite de serpiente?* Edit. Anaya Multimedia (Grupo Anaya, S. A.), 2019.
- CAMACHO, Adriana: “Nuevo startup comprueba la veracidad de las obras de arte usando tecnología Blockchain”, *TekCrispy*, 26/03/18.
- CASABÓ ORTÍ, María Ángeles: *La estafa en la obra de arte*, Universidad de Murcia (Departamento de Historia Jurídica y Ciencias Penales y Criminológicas), 2014.
- CIURO CALDANI, Miguel Á.: “Derecho del Arte”. Cita *online*: 0003/014446.
- COHEN, Patricia: “Que una obra sea falsa no impide que se venda”, *Revista Ñ* (sección del diario *Clarín*), 21/11/12.
- CALDANA, Stefano y BOSCO, Roberta: “Las estafas artísticas encuentran en Internet un mercado sin barreras legales”, *El País*, 08/03/07.
- CONSTINE, Josh: “Monegraph Uses Bitcoin Tech So Internet Artists Can Establish ‘Original’ Copies of Their Work”, *Techcrunch*, 09/05/14.
- CANCIO, S. J.: “Comercio electrónico: la posición neutral de la plataforma y la negligencia del consumidor como eximentes de responsabilidad”, *LLPatagonia*, 2019, 23/12/2019, 3. Cita *online*: AR/DOC/3755/2019
- CARELLI LYNCH, Guido: “Secuestran 500 obras falsas que se vendían por Internet”, *Clarín*, 26/08/2010.



- ESTEVARENA, Emiliano y BAROCELLI, Sergio Sebastián: “La protección de los consumidores en plataformas de comercio electrónico”, *LA LEY* 30/05/2018, 6 - *LA LEY* 2018-C, 180. Cita *online*: AR/DOC/870/2018.
- FALIERO, Johanna Caterina y BAROCELLI, Sergio Sebastián: “La protección del consumidor en el comercio electrónico. Un caso de responsabilidad de los intermediarios comerciales en internet”, *LA LEY* 04/04/2017, 5. Cita *online*: AR/DOC/872/2017.
- FARRERAS VILLALÓN, Diego: “La responsabilidad del propietario y/o administrador de las ferias o mercados donde se comercializan artículos falsificados. Jurisprudencia norteamericana y brasileña. Aplicación de la doctrina del Landlord Liability en nuestro país”, *El Derecho* 228-883.
- FERRER DE FERNÁNDEZ, Esther H. S.: “La responsabilidad por productos elaborados y el riesgo del desarrollo en el contexto del derecho del consumidor”. Cita *online*: AP/DOC/38/2016.
- FERRER, Isabel: “Prisión y multa al dueño de Sotheby’s”, *El País*, 23/04/02.
- FORONDA, María Carolina: “Los sitios web en el consumo electrónico y el ejemplo brasileño”, *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, 2012, 13/08/2012, 107. Cita: AR/DOC/4216/2012.
- GABELLONI, Lorena: *El rol de las galerías de arte como agentes de mercado y de difusión cultural*, Universidad de Palermo. Buenos Aires, 2013.
- GALDÓS, Jorge M.: “Responsabilidad civil e internet: Algunas aproximaciones”, *Thomson Reuters*. Cita *online*: 0003/008331.
- GARCÍA TORRES, María: “Los caraduras del arte toman la red”, *Público*, 25/05/09.
- GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, Ignacio: “Por el coronavirus, China asoma como nuevo líder del mercado del arte tras la pandemia”, *El Cronista* (sección Clase), 30/04/20.
- HERNANDO CALERO, Elisa: *El valor percibido del arte: desarrollo de una escala de medición*, Universidad Autónoma de Madrid. Departamento de Financiación e Investigación de Mercados, Madrid, 2014.
- JIMÉNEZ ZORZO, Francisco Javier; MARTÍNEZ BUENAGA, Ignacio; MARTÍNEZ PRADES, José Antonio; MARTÍNEZ VERÓN, Jesús: *Historia del Arte*, Ministerio de Educación del Gobierno de España.
- LEÓN, María: “Un Picasso en multipropiedad por 900 euros: el blockchain en el mundo del arte”, *La Información*, 02/06/19.
- LETELIER ELTIT, Matías: “Autenticaciones: demandas y dinero”, *Arte al límite*, 16/6/2016.

- LIPSZYC, Delia: *Derecho de autor y derechos conexos*, Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (Cerlalc), 2017.
- LIZASOAIN, José Ignacio: “Responsabilidad de los operadores de sitios de ventas online por infracciones al derecho de marcas”, *DJ* 02/12/2015, 7. Cita *online*: AR/DOC/3661/2015.
- MARISCAL HAY, Beatriz: “El verdadero Don Quijote frente al falso caballero andante”, *Romance Notes*, 56.1, 2016, pp. 9-16.
- MERRYMAN, J. M.: “Counterfeit Art”, *International Journal of Cultural Property*, vol. 1, 1992.
- MONTERO MURADAS, I. y RAMOS DOMÍNGUEZ, A. M.: “Producto y mercado en la fijación del precio de la obra de arte”, *Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa*, vol. 10, n.º 3, 2004, pp. 145-156.
- MOULIN, Raymonde: *El mercado del arte. Mundialización y nuevas tecnologías*, Edit. La Marca, Buenos Aires, 2012.
- MOYA, Cecilia: “El valor del arte en tiempos difíciles: así son los 10 cuadros más caros del mundo”, *elEconomista.es* (sección status), 16/03/2020.
- MUÑOZ, Carmen y REIG, María: *El mercado del sector de las galerías de arte en los EE.UU. Sector Industrias Culturales*, Agencia Andaluza de Promoción Exterior, Sevilla, mayo 2014.
- MUÑOZ VITA, Ana: “La crisis fuerza la digitalización de las subastas”, *El País*, 02/05/20.
- MUSO, Viviana: “Plataformas de ventas: Arte, estafas y millones”, *ARSOblog*, 28/04/13.
- NEGRI, Juan Javier: “La Puerta de Banksy (Error y autenticidad en la compraventa de obras de arte)”, *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2016, pp. 23-154.
- OTAMENDI, Jorge: *Derecho de Marcas*, Edit. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.
- PEÑUELAS REIXACH, Lluís: “Las obras de arte falsas”, en AA. VV.: *Autoría, autenticación y falsificación de las obras de arte*, Polígrafa, Barcelona, 2013.
- POZZI, Sandro: “Lehman Brothers, el gatillo de la crisis”, *El País*, 10/09/18.
- POZZI, Sandro: “Las subastas de arte exprimen la opción virtual para atraer a superricos en EEUU”, *La Información*, 24.08.2020.
- QUINTANA, Macarena: “Compraventa por internet: responsabilidad de los shoppings online”. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, n.º 12. Cita *online*: AR/DOC/3624/2016.

- REDACCIÓN EL PAÍS: “eBay gana a Tiffany un proceso judicial por falsificación” (15/07/08) y; “eBay, condenado en Francia por falsificación” (05/06/08).
- RODRIGUES, Vivianne y URBAN, Rob: “This Startup Is Using Blockchain to Fight Art Forgers”, *Bloomberg*.
- RTVE.ES/EUROPA PRESS: “La UE responsabiliza a eBay de la venta de falsificaciones en su web”, *RTVE.ES*, 12/07/11.
- RUIZ DEL ÁRBOL, Maruxa: “Condena de 40 millones a eBay por vender falsificaciones de marca”, *El País*, 01/07/08.
- SÁLICHE, Luciano: “Compra y venta de arte por internet: ¿hora final para un mercado VIP?”, *Infobae*, 26/06/17.
- SERRA CAMBACERES, A.: “Generando confianza en los consumidores. Comentario a la recomendación del consejo de la OCDE relativa a directrices para la protección del consumidor en el contexto del comercio electrónico”, *Thomson Reuters*. Cita *online*: 0003/010378.
- SOSA OLÁN, Henry: “El concepto de consumidor en el ordenamiento jurídico europeo y español”, *Ars Boni et Aequi*, vol. 11, n.º 2, 2015, pp. 167-201.
- STIGLITZ, Joseph E.: *El malestar en la globalización*, Taurus, Buenos Aires, 2002.
- TABS CONSULTORES: *El mercado del sector de las galerías de arte en los EEUU - Sector industrias culturales*, Agencia Andaluza de Promoción Exterior, Sevilla, Mayo 2014.
- TALAVERA, Juan Carlos: “Débil defensa del Arte; preocupa internet y subastas”, *Excelsior*, 01/08/17.
- TAMBUSSI, Carlos E.: “Libertad y responsabilidad en el comercio electrónico”, *LA LEY* 29/05/2017, 29/05/2017, 5 - *LA LEY* 2017-C, 273. Cita *online*: AR/DOC/1437/2017.
- TAPSCOTT, Don y TAPSCOTT, Alex: *Blockchain Revolution*, Centro Libros PAPE, S. L. U., 2017.
- VILLALBA, Federico: *El contenido del derecho de autor. Los derechos morales y patrimoniales*. Material de la Diplomatura en Propiedad Intelectual de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral.
- ZUÑIGA, Beatriz: *Comprar por amor al arte*, Unidad Editorial Revistas, S.L.U. Madrid 2012.

## **XI. JURISPRUDENCIA**

ARISTA RECORDS, SONY MUSIC Y OTROS c. FLEA WORLD INC, Flea world LLC, Columbus Flea World, LLC, Columbus Farmers Market LLC y otros, la Corte del Distrito de Nueva Jersey (The United States District Court of New Jersey).

CLAPS, ENRIQUE MARTIN Y OTRO c. MERCADO LIBRE S.A. s/ Daños y Perjuicios. Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Argentina). Sala: K. Fecha: 5/10/12. Cita: MJ-JU-M-75599-AR | MJJ75599. ECLI: EU: C: 2011:474.

KOSTEN, ESTEBAN c. MERCADO LIBRE S.R.L. s/ Ordinario. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 22/03/2018.

MERCADO LIBRE S.R.L. c. DIRECCIÓN DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y LEALTAD COMERCIAL s/rec. Apel. c. decisiones autoridad adm. pers. Jurídica púb., no estatal (civil), C 4.<sup>a</sup> Civ. y Com., Córdoba Expte. N.º 2715652/36, LA LEY, 2017-A, 588.

NIKE INTERNATIONAL LTD c. COMPAÑÍA DE MEDIOS DIGITALES CMD SA s/ cese de uso de marcas. Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III. Fecha: 21/05/2015. Publicado en: LA LEY 04/08/2015, 6.

TIFFANY INC. v. EBAY, INC. Sentencia de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos del Segundo Circuito del 1.4.2010, 600 F. 3d 93.

La libre circulación de mercancías en el  
mercado interior y los límites a la exportación  
de los bienes integrantes del Patrimonio  
Histórico Español

The free movement of goods in the internal  
market and the limits to the export of goods  
integrating the Spanish Historical Heritage

A reading of Article 5 of the LPHE from the  
perspective of European Union law

*Una lectura desde el derecho de la Unión Europea*

ENRIQUE ARNALDOS ORTS

*Abogado. Uría Menéndez. Profesor asociado de Derecho de la Unión Europea en la  
Universidad Carlos III y en el Instituto Superior de Derecho y Economía*

**Resumen**

El derecho de la Unión establece la regla general de libre circulación de mercancías dentro del mercado interior. A su vez, permite excepcionar dicha libertad de circulación con el objetivo de proteger el patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional, si bien con ciertos límites. El objetivo de la presente contribución es exponer, de un modo sucinto, dichos límites y hacer algunas consideraciones sobre el encaje del régimen para el control de la exportación de bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español en las reglas de derecho de la Unión Europea que establecen la libertad de circulación de mercancías.

**Palabras clave**

Patrimonio histórico español, libre circulación de mercancías, exportación, Derecho de la Unión, proporcionalidad, discrecionalidad, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS Y LAS EXCEPCIONES A LA PROHIBICIÓN DE MEDIDAS DE EFECTO EQUIVALENTE A LAS RESTRICCIONES CUANTITATIVAS. III. EL ARTÍCULO 5 DE LA LPHE, SU APLICACIÓN Y SU CONTROL JURISDICCIONAL. IV. LA CONVIVENCIA ENTRE EL RÉGIMEN ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 36 DEL TFUE Y EN LA LPHE. V. APUNTE FINAL. VI. BIBLIOGRAFÍA.

**Abstract**

EU law establishes the general rule of free movement of goods within the internal market. Likewise, it allows for derogations of the freedom of movement in order to protect, among others, national treasures possessing artistic, historic or archaeological value, albeit within certain limits. The aim of this contribution is to succinctly explain these limits and to make some considerations on how the regime for the control of the export of goods integrating the Spanish Historical Heritage is compatible with the rules of European Union law that establish the free movement of goods.

**Keywords**

Spanish historical heritage, free movement of goods, export, EU law, proportionality, discretionary power, Charter of Fundamental Rights of the European Union.

SUMMARY: I. INTRODUCTION. II. FREE MOVEMENT OF GOODS AND DEROGATIONS OF THE PROHIBITION OF MEASURES HAVING EQUIVALENT EFFECT TO QUANTITATIVE RESTRICTIONS. III. ARTICLE 5 OF THE LPHE, ITS APPLICATION AND ITS JUDICIAL REVIEW. IV. THE COEXISTENCE BETWEEN THE REGIME ESTABLISHED IN ARTICLE 36 OF THE TFUE AND THE LPHE. V. FINAL REMARKS. VI. BIBLIOGRAPHY.

**I. INTRODUCCIÓN**

En su brillante discurso de ingreso a la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando, titulado “*De las patrias del arte – Reflexiones sobre la pintura en la España del Renacimiento*”, D. Miguel Falomir reflexiona sobre qué ha de entenderse por el arte de un país. Su respuesta puede sintetizarse en que el arte de un país no debe entenderse acotado a la producción artística que tiene lugar dentro de unas fronteras. En una exposición razonada sobre la anatomía de nuestra pintura explica que el Patrimonio Histórico Español está conformado por aportaciones que no son

necesariamente de factura española. Aboga, esencialmente, por la universalidad del arte y, para defender su tesis, señala –entre otros muchos y documentados ejemplos–, cómo el arte del Renacimiento español no puede entenderse sin Tiziano, que nunca pisó España, pero cuya contribución resulta imprescindible para el desarrollo y el entendimiento de nuestra pintura durante los siglos XVI y XVII.

Por paradójico que resulte, desde una perspectiva puramente jurídica, la determinación de *la patria del arte*<sup>1</sup> es el elemento central en la reglamentación tuitiva. Si la Administración atribuye a un bien o a una manifestación determinada de patrimonio cultural tal carácter, su posición en el ordenamiento jurídico se ve modificada de un modo drástico, por su vinculación más intensa con el interés general, habitualmente acompañada de una correlativa merma de los derechos de los particulares sobre el objeto de protección.

Este ejercicio de delimitación resulta especialmente relevante en el contexto del control que efectúan las Administraciones de los Estados miembros de las exportaciones dentro de la Unión Europea, donde se produce la colisión entre dos regímenes normativos concebidos para gobernar intereses, en cierta medida, contrapuestos. Por un lado, los Tratados de la Unión Europea establecen la libre circulación de mercancías dentro del mercado interior, del que el Reino de España forma parte. Por otro, los Estados miembros pueden restringir la libre circulación de mercancías, entre otras razones, si ello es necesario para la protección del patrimonio *artístico, histórico o arqueológico nacional*. La complejidad de la aplicación de estas reglas reside en que es el propio Estado miembro quien tiene la competencia para definir lo que deba entenderse como patrimonio nacional. No obstante, no puede hacerlo de cualquier modo. Las normas que reglamentan el funcionamiento del mercado interior y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia le imponen ciertos límites.

El objetivo de la presente contribución es exponer, de un modo sucinto, dichos límites y hacer algunas consideraciones sobre el encaje del régimen para el control de la exportación de bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español en las reglas de derecho de la Unión Europea que establecen la libertad de circulación de mercancías dentro del mercado interior.

## II. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS Y LAS EXCEPCIONES A LA PROHIBICIÓN DE MEDIDAS DE EFECTO EQUIVALENTE A LAS RESTRICCIONES CUANTITATIVAS

El mercado interior es una de las modalidades posibles de integración económica entre Estados, que tiene como antecedentes necesarios la existencia de una zona de libre comercio y una unión aduanera. Acudiendo a la terminología empleada hoy en los artículos 28 y 30 del Tratado de Funcionamiento

1. Entendida como su pertenencia al patrimonio histórico nacional de un Estado concreto.



de la Unión Europea (“TFUE”), la unión aduanera implica, en esencia, la eliminación, entre los Estados miembros, de los derechos de aduana de importación y exportación o las exacciones de efecto equivalente, así como la adopción de un arancel aduanero común en sus relaciones con terceros países. A su vez, la existencia de un verdadero mercado interior supone añadir a la unión aduanera la libre circulación de los factores de producción<sup>2</sup>.

Una unión aduanera, que conlleva el establecimiento de la libre circulación de mercancías, forma parte de uno de los entendimientos primigenios y fundamentales dentro de la sucesiva negociación de tratados internacionales que ha desembocado en la creación de la Unión Europea como la conocemos hoy.

En lo que respecta a la libre circulación de mercancías, el TFUE establece en sus artículos 34 y 35 la prohibición de las restricciones cuantitativas entre los Estados miembros y de las medidas que tengan un efecto equivalente respecto de la importación y de la exportación. La regla general es, por tanto, la libre importación y exportación de mercancías entre Estados miembros. Esta es una de las cuatro llamadas “*libertades fundamentales*” –*fundamental freedoms*– y, utilizando las palabras del Tribunal de Justicia, “*una de las normas fundamentales de la Comunidad*”<sup>3</sup>.

La regla general de la libre circulación de mercancías encuentra una serie de excepciones, previstas en el artículo 36 TFUE, donde se establece que “*no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial*”. Y se añade que “*no obstante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros*”.

¿Cuál es, sin embargo, el alcance de la protección del “*patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional*” como excepción a la prohibición de restricciones a la exportación? Pueden extraerse varias conclusiones en una primera lectura del artículo 36 TFUE.

En primer lugar, los Estados miembros pueden restringir la exportación de mercancías si ello resulta necesario para la protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional.

En segundo lugar, esta facultad no se encuentra revestida de un carácter absoluto, sino limitada por un mandato de respeto a los principios de proporcionalidad y no discriminación. Ello en la medida en que se prohíben las *discriminaciones arbitrarias*, así como por la mención a la restricción *encubierta*

2. D. SWANN, *The Economics of the Common Market* (7th ed.), Penguin, 1992, pp. 11-12.

3. Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto 120/78 *Cassis de Dijon* (EU:C:1979:42).

del comercio entre los Estados miembros. Esta última puede dar lugar a equívocos en tanto que cualquier restricción a la libre circulación de mercancías resulta conforme al artículo 36 TFUE no porque sea revelada o manifiesta, sino porque resulta respetuosa con los bienes jurídicos protegidos que se enumeran en el precepto y entre los que se encuentran el patrimonio artístico, histórico o arqueológico. La mención a *encubierta* –que se refleja igualmente en otras versiones del Tratado, como la inglesa *disguised*, la francesa *deguisée*, la portuguesa *dissimulada* y la italiana *dissimulata*– quizá fuera más esclarecedora si aludiese sencillamente a *injustificada* o *fraudulenta*<sup>4</sup>.

Por otro lado, aunque las diferentes versiones lingüísticas no sean plenamente coincidentes en relación con el objeto de la excepción<sup>5</sup>, la norma no parece presentar problemas en relación con los bienes que hayan de ser considerados como comprendidos dentro del ámbito de protección de la norma, dado que no pueden extraerse conclusiones distintas de la utilización del término *patrimonio* en lugar de *tesoro* y viceversa. El Tratado parece sobreentender que los tesoros nacionales tienen valor artístico, histórico o arqueológico, como resulta del todo razonable.

Esta es cuestión cuya determinación corresponde, como se anticipaba, a los Estados miembros. Ello resulta, por un lado, de la aplicación del principio de atribución respecto de las competencias específicamente conferidas a la Unión en el sentido del artículo 5 del Tratado de la Unión Europea. Esta lectura es coherente con el texto de la Directiva 2014/60<sup>6</sup>, en cuyo artículo 2.1) se define *bien cultural* como un “*bien que esté clasificado o definido por un Estado miembro, antes o después de haber salido de forma ilegal del territorio de dicho Estado miembro, como ‘patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional’, con arreglo a la legislación o procedimientos administrativos nacionales en el sentido del artículo 36 del TFUE*”.

No existen otras normas de derecho de la Unión que puedan servir para concretar o limitar el alcance de la excepción<sup>7</sup>. La Directiva 2014/60, por su parte, se limita a gobernar la restitución de bienes exportados de manera

4. Con idéntico resultado, esta es la redacción empleada en el artículo 65 TFUE, relativo a la libre circulación de capitales y en el artículo 114.6 TFUE, referido a las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior.
5. En la inglesa se alude a *national treasures* en la francesa a *trésors nationaux*, en la portuguesa a *património nacional de valor artístico, histórico ou arqueológico* y en la italiana a *patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale*.
6. 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 miembro, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012 (la “**Directiva 2014/60**”).
7. Debe apuntarse aquí que la existencia de medidas de armonización respecto de una restricción a la libre circulación de mercancías puede impedir el recurso al artículo 36

ilícita. El Reglamento 116/2009<sup>8</sup>, por otro lado, no atañe a la libre circulación de bienes integrantes del patrimonio nacional dentro del mercado interior, sino que garantiza el control uniforme de las exportaciones de bienes culturales fuera de la Unión.

Hasta la fecha –salvo omisión involuntaria–, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no ha interpretado el alcance de la excepción relativa a la protección del patrimonio nacional. La excepción ha sobrevolado algunos casos, de los que no pueden alcanzarse grandes conclusiones. Son concretamente dos: el asunto 7/68 *Comisión c. Italia*<sup>9</sup>, en el que se invocaba el artículo 36 TFUE por el Gobierno italiano para justificar la legalidad de un impuesto para la exportación desde Italia de bienes con valor artístico, histórico o arqueológico y cuya aplicación fue desestimada por el Tribunal de Justicia por tratarse de un impuesto a analizar desde la perspectiva del artículo 30 TFUE<sup>10</sup>.

El segundo reflejo, también fugaz, de la excepción se encuentra en el asunto C-531/07 *Libro*<sup>11</sup>, donde se establece que la protección del libro en tanto que bien cultural no puede justificar una restricción a la importación, sin que quepa considerar que la protección de la diversidad cultural esté comprendida dentro de la protección del patrimonio nacional ni que la cooperación entre los Estados miembros en materia de “*conservación y protección del patrimonio cultural de importancia europea*” contenida en el artículo 167(2) TFUE permita justificar cualquier medida nacional que pueda obstaculizar la libre circulación de mercancías en el mercado interior.

Esta escasez de referencias jurisprudenciales quizá pueda explicarse por la tendencia general a realizar un escrutinio mayor de las restricciones a la importación que de las referidas a la exportación. Esto es lógico si consideramos que los elementos clave para el adecuado funcionamiento del mercado interior se dirigen fundamentalmente a corregir la política económica proteccionista de los Estados miembros<sup>12</sup>. En la lógica económica del mercado interior, no existen incentivos para limitar las propias exportaciones. La preocupación fundamental radica en establecer iguales condiciones de comercialización en un Estado miembro respecto de los productos elaborados en otro. Como consecuencia, los casos de limitaciones a la *exportación* de mercancías

---

TFUE, *cfr.* la sentencia en el asunto C-227/82 *Van Bennekom*, (EU:C:1983:354), par. 35 o en 132/80, *United Foods* (EU:C:1981:87).

8. Reglamento (CE) n.º 116/2009 del Consejo de 18 de diciembre de 2008 relativo a la exportación de bienes culturales (“**Reglamento 116/2009**”).

9. EU:C:1968:51.

10. Fue finalmente considerado como una exacción con efecto equivalente a un derecho aduanero de exportación (y, por lo tanto, prohibida en el mercado interior).

11. EU:C:2009:276.

12. *Cfr.* asunto 120/78 *Cassis de Dijon* (EU:C:1979:42) y 8/74 *Dassonville* (EU:C:1974:82).

son poco frecuentes, mientras que proliferan aquellos relativos a las restricciones a la *importación*.

Si atendemos, no obstante, a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al resto de restricciones a la libre circulación de mercancías, advertimos, por una parte, que la interpretación del alcance de las restricciones debe realizarse de manera estricta<sup>13</sup>. Por otro lado, como resulta del tenor literal del precepto, las medidas discriminatorias han de ser sometidas al correspondiente test de proporcionalidad; y la carga de la prueba respecto de la conformidad con el artículo 36 TFUE corresponde al Estado miembro en cuestión<sup>14</sup>.

En cuanto al cumplimiento con el principio de proporcionalidad, resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que debe realizarse un test de idoneidad –la conexión entre los medios empleados y su adecuación para con el fin perseguido– y un test de necesidad, que pondere los distintos intereses en conflicto<sup>15</sup>. El Tribunal concede un cierto margen de apreciación a los Estados miembros en este sentido, aunque son límites claros que la restricción ha de incidir en el motivo por el que se justifica y que debe representar la medida menos restrictiva posible<sup>16</sup>. De lo contrario, no será adecuada, como también ocurre con las medidas adoptadas sobre la base de un error manifiesto de apreciación<sup>17</sup>.

### III. EL ARTÍCULO 5 DE LA LPHE, SU APLICACIÓN Y SU CONTROL JURISDICCIONAL

El artículo 5 de la LPHE establece que la salida del territorio español de bienes con más de cien años de antigüedad que integren el Patrimonio Histórico Español y, en todo caso, los inscritos en el Inventario General de bienes muebles del Patrimonio Histórico Español<sup>18</sup>, precisará la autorización expresa y previa de la Administración del Estado. Concretamente, de la Dirección General de Bellas Artes, previo informe –preceptivo pero no vinculante– de la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio

- 
13. Sentencias del Tribunal de Justicia en el asunto *Deutsche Parkinson Vereinigung*, C-148/15 (EU:C:2016:776), apartado 29; *Leclerc*, 229/83, (EU:C:1985:1), apartado 30; *Comisión/Alemania*, C-141/07 (EU:C:2008:492), apartado 50, y *Humanplasma*, C-421/09 (EU:C:2010:760), apartado 38.
  14. C-110/05 *Comisión c. Italia* (EU:C:2009:66).
  15. C. BARNARD, *The substantive law of the EU*, Oxford University Press, 2016, p. 179. También T. TRIDIMAS, “Proportionality in Community law: searching for the appropriate standard of scrutiny”, en *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe* (ed. E. Ellis), Oxford Hart Publishing, 1999, p. 68.
  16. Sentencia en el asunto *Ker-Optika* C-108/09 (EU:C:2010:725), apartado 65.
  17. Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Houtwipper* (C-293/93, EU:C:1994:330), apartado 22.
  18. V. art. 26 LPHE.

Histórico Español<sup>19</sup> (la “**Junta de Calificación**”). Asimismo, en el apartado tercero del precepto se establece que está prohibida la exportación de los bienes declarados de interés cultural, así como aquellos otros que, “*por su pertenencia al Patrimonio Histórico Español*”, sean declarados expresamente inexportables hasta su inclusión en una de las categorías de protección especial previstas en la LPHE.

De conformidad con el artículo 1.2 LPHE, integran el Patrimonio Histórico Español “*los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico. Asimismo, forman parte del Patrimonio Histórico Español los bienes que integren el Patrimonio Cultural Inmaterial, de conformidad con lo que establezca su legislación especial*”.

Nos encontramos ante una definición considerablemente amplia de patrimonio nacional, que encierra una cierta tautología. Parece decir: es patrimonio nacional aquello que resulte de interés para el patrimonio nacional. Esta definición amplia e indeterminada no puede ser fácilmente integrada mediante una interpretación sistemática apoyada en el resto de las normas de rango legislativo o reglamentario que gobiernan la materia. Sabemos que los bienes de interés cultural (BIC) son aquellos de mayor relevancia para el Patrimonio Histórico Español<sup>20</sup> y que los bienes susceptibles de incluirse en el Inventario de Bienes del Patrimonio Histórico Español son bienes muebles de “*singular relevancia*” o “*notable valor histórico, artístico, arqueológico, científico, técnico o cultural*”<sup>21</sup>. Los elementos que delimitan el significado de Patrimonio Histórico Español son conceptos jurídicos indeterminados.

Cursada una solicitud de exportación de un bien que cumpla con las características establecidas en el artículo 5 LPHE, la Dirección General de Bellas Artes debe dictar al efecto una decisión motivada de conformidad con el artículo 35 de la Ley 39/2015<sup>22</sup>. En caso de concederse el permiso, se permite la

19. Art. 48 del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (“**Real Decreto 111/1986**”).

20. Empleando los términos de la exposición de motivos de la LPHE, “*en el seno del Patrimonio Histórico Español, y al objeto de otorgar una mayor protección y tutela, adquiere un valor singular la categoría de Bienes de Interés Cultural, que se extiende a los muebles e inmuebles de aquel Patrimonio que, de forma más palmaria, requieran tal protección*”.

21. V. art. 26 LPHE. A su vez, el artículo 26 del Real Decreto 111/1986 establece las características de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español cuya comunicación a la Administración resulta obligada. No proporciona, tampoco, los criterios que deban satisfacer tales bienes para ser considerados integrantes del Patrimonio Histórico Español.

22. Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (la “**Ley 39/2015**”).

salida del bien en cuestión del territorio español en los términos establecidos en la solicitud y en la resolución del director general.

Es la denegación de un permiso de exportación el caso más relevante a nuestros efectos en tanto que restrictivo de la libertad de circulación de mercancías. Sin necesidad de profundizar en las consecuencias de la denegación de un permiso de exportación definitiva o temporal, apúntese que genera un cierto gravamen para el solicitante, dado que implica la incoación de un expediente para proteger el bien en una categoría de las previstas en la LPHE, y la solicitud de exportación se convierte en una oferta de venta irrevocable a favor del Estado durante un periodo de seis meses, que, además, no puede ser retirada por el solicitante<sup>23</sup>.

De conformidad con nuestra jurisprudencia, la denegación de un permiso de exportación “*no es un acto discrecional, sino un acto que ejercita potestades regladas*”<sup>24</sup>. Resulta llamativo que así sea cuando, conforme a la mejor doctrina<sup>25</sup>, el ejercicio de potestades regladas reduce a la Administración a la constatación del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y a “*aplicar en presencia del mismo lo que la propia Ley ha determinado también agotadoramente*”. En este proceso aplicativo, no existe margen para efectuar juicio subjetivo alguno. Resulta dudoso si este es el caso de la resolución de expedientes de exportación cuando es la Dirección General de Bellas Artes la que debe atribuir, sobre la base del criterio técnico de la Junta de Calificación, la cualidad de integrante del Patrimonio Histórico Español a un bien determinado. Como hemos visto, lo hace en consideración de conceptos jurídicos indeterminados como el “*interés histórico*” o la “*notable relevancia de la obra en cuestión*”, lo que no determina, aun así, su caracterización como ejercicio de una potestad reglada y no discrecional.

En otras resoluciones se alude también a la “*discrecionalidad técnica*”<sup>26</sup> de la Administración. En este sentido, se ha argumentado que el hecho de que una decisión sobre la calificación de un bien como integrante del Patrimonio Histórico Español conlleve un ejercicio de discrecionalidad técnica supone que el control judicial al respecto se limita a examinar la suficiente motivación del acto administrativo en cuestión y su razonabilidad en función de los informes técnicos incorporados al expediente<sup>27</sup>. En otros pronunciamientos relativos al Patrimonio Histórico Español, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha manifestado que, al

23. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 18 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1601).

24. V. por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 4 diciembre 2015. (RJ 2016, 143).

25. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T.-R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo* Tomo I (18.<sup>a</sup> ed.), Thomsom Reuters Civitas, 2017, p. 499.

26. Sentencia del TSJ de Madrid de 11 de febrero de 2015 (RJCA 2015, 337). También la Sentencia del TSJ de Madrid de 21 de enero de 2019 (RJCA 2019, 75).

27. A. MARTÍNEZ RIVERO, “La discrecionalidad administrativa, y su control, en materia cultural”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 96-97, 2021.



enjuiciar el ejercicio de la discrecionalidad técnica de la Administración, “*no procede efectuar declaración alguna en relación con los valores históricos, artísticos o culturales*”, sino “*simplemente una valoración jurídica respecto del correcto ejercicio de la discrecionalidad técnica*” de la que goza la Administración para clasificar un bien como de interés cultural<sup>28</sup>. En este sentido, “*la decisión discrecional exige, como inseparable de ella, la motivación, que es la que garantiza que se ha actuado racionalmente, y no arbitrariamente, y la que permite un adecuado control de los actos discrecionales, exigiéndose así una motivación ‘suficiente’ que, al menos, exprese apoyo en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios esenciales fundamentales de la decisión*”<sup>29</sup>.

La obligación de motivar una denegación de un permiso de exportación consta de manera reiterada en la jurisprudencia, en la que se exige a la Dirección General de Bellas Artes “*justificar por qué esa obra debe tener algún tipo de protección, como bien de interés cultural*”<sup>30</sup>. Asimismo, se incorporan otras reglas hermenéuticas, entre las que destaca la necesidad de interpretar de manera restrictiva el alcance de la definición del Patrimonio Histórico Español “*teniendo en cuenta que estamos ante una actividad intervencionista y debe existir una interpretación restrictiva y no extensiva de las limitaciones que permiten a la Administración constreñir la actividad de los particulares*”<sup>31</sup>. Cabe apuntar que la efectiva materialización de una interpretación restrictiva en este contexto suscita ciertas dudas, ante la amplitud del propio concepto de Patrimonio Histórico Español y la inexistencia de criterios de carácter objetivo para su delimitación.

El juicio de proporcionalidad ha sido igualmente objeto de alguna mención en sentencias de nuestros tribunales en relación con expedientes de denegación de la exportación. En algunas, la proporcionalidad de la denegación se sostiene en la existencia del informe de la Junta de Calificación o de informes de experto considerados en aquel<sup>32</sup>. Asimismo, el Tribunal Supremo ha rechazado que el gravamen generado por la denegación de la exportación, consistente en la frustración de una operación de venta, resulte indicativo de la falta de proporcionalidad. En primer lugar, por no haberse referido en la sentencia de instancia, y, en segundo lugar, porque la negativa a la exportación “*no cierra las posibilidades de instar un acuerdo con la Administración, de impugnar su eventual negativa, o de plantear, en su caso, la posible reclamación de responsabilidad patrimonial*”<sup>33</sup>.

28. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera) 16 de octubre de 2000 (RJ 2000, 7777).

29. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera) 16 de octubre de 2000 (RJ 2000, 7777). En este sentido también la Sentencia del Tribunal Constitucional 14/1991 (RTC 1991, 14).

30. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 4 diciembre 2015 (RJ 2016, 143).

31. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 7 noviembre 2011 (RJ 2012, 1946).

32. Sentencias de la Audiencia Nacional de 26 de marzo de 2015 (RJCA 2015, 590) y de 20 de mayo de 2015 (RJCA 2015, 838).

33. Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2002 (RJ 2002, 6770).



Resulta de grandísima utilidad a nuestros efectos atender al trabajo de la profesora Bergel<sup>34</sup>, referencia en la materia, de donde pueden extraerse las notas más relevantes del régimen de control de exportaciones contenido en la LPHE y su aplicación por los tribunales. Como allí se subraya, el criterio técnico de la Junta de Calificación nunca se ha contradicho en relación con la motivación de un acto administrativo que cualifica un bien como integrante del Patrimonio Histórico Español.

En este sentido, los tribunales vienen convalidando las decisiones denegatorias del director general de Bellas Artes, todas alineadas hasta la fecha con el criterio técnico de la Junta de Calificación. No obstante, los informes de la Junta de Calificación no son públicos, ni tampoco existe una relación de criterios legales o desarrollados reglamentariamente en relación con la delimitación de un bien como integrante del Patrimonio Histórico Español. Los criterios que utiliza la Junta de Calificación en sus dictámenes los conocemos gracias a las menciones que de ellos se hacen en la jurisprudencia. Ello –se apunta– es susceptible de afectar a la seguridad jurídica, dado que el administrado desconoce antes de presentar una solicitud de exportación cuáles son los criterios que seguirá la Administración a la hora de resolver su expediente<sup>35</sup>.

De todo lo anterior puede deducirse que el control jurisdiccional que realizan nuestros tribunales en relación con las decisiones denegatorias de la Dirección General de Bellas Artes se refiere fundamentalmente, más allá de la verificación del cumplimiento de los presupuestos básicos para la aplicación del artículo 5 LPHE (*e. g.*, que el bien considerado integrante del Patrimonio Histórico Español tenga cien años de antigüedad) y alguna mención algo aislada y poco desarrollada al principio de proporcionalidad, a la falta manifiesta de razonabilidad y de motivación. Ello resulta coherente con la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa al alcance del control judicial sobre las denegaciones de exportación antes mencionada<sup>36</sup>.

#### IV. LA CONVIVENCIA ENTRE EL RÉGIMEN ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 36 DEL TFUE Y EN LA LPHE

Llegados a este punto, procede preguntarse sobre las consecuencias de la convivencia entre la libertad de circulación de mercancías y las excepciones

34. Y. BERGEL SAINZ DE BARANDA, “La exportación de obras de arte. Régimen jurídico y criterios para decidir sobre la concesión del permiso de exportación. Una propuesta de *lege ferenda*”, *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2019, *passim*.

35. Y. BERGEL SAINZ DE BARANDA, *op. cit.*, p. 45.

36. Sea considerado como ejercicio de una potestad reglada o como discrecionalidad técnica, no se encuentran diferencias sustanciales en el control judicial de denegación de un permiso de exportación.

establecidas en el artículo 36 TFUE con el régimen establecido en la LPHE en relación con el control de exportaciones de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español.

Desde la perspectiva del derecho de la Unión, la denegación de una solicitud de exportación es un acto en el que la Administración del Estado restringe la libre circulación de mercancías invocando la necesaria protección del patrimonio nacional. Como se ha adelantado, la restricción de las libertades fundamentales debe realizarse de conformidad con lo previsto en los Tratados y, en el caso de la libre circulación de mercancías, debe realizarse de modo que no constituya una discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio en el mercado interior. Ello deriva en la existencia de un primer parámetro de control, concretado en el juicio de proporcionalidad de las restricciones a la libre circulación de mercancías.

De este modo, si el régimen de control de exportaciones de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Nacional orbita alrededor de la clasificación que la Administración realiza, en ejercicio de su discrecionalidad técnica, de un bien mueble determinado como integrante del patrimonio nacional, el juicio de proporcionalidad que impone el artículo 36 TFUE debe dirigirse al proceso de definición del Patrimonio Histórico Nacional. Por lo tanto, ello bien puede traducirse en que la definición del Patrimonio Histórico Nacional debe realizarse de la manera menos restrictiva posible. Ello resulta coherente con la obligación de realizar una interpretación restrictiva del alcance de las excepciones a la libertad de circulación de mercancías. Asimismo, resulta oportuno recordar que el Estado miembro tiene la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento de las exigencias del artículo 36 TFUE.

En este primer plano, conviene también recordar que las libertades fundamentales son normas dotadas de efecto directo, conforme ha sido declarado por el Tribunal de Justicia<sup>37</sup>, lo que deriva en la obligación de aplicar el derecho nacional de manera conforme con el derecho de la Unión<sup>38</sup>. De este modo, al aplicarse el artículo 5 de la LPHE, los poderes públicos están obligados a incorporar el juicio de proporcionalidad exigido, así como los requisitos interpretativos establecidos por el Tribunal de Justicia en materia de restricción de libertades.

Cabe preguntarse aquí si cumple con dichas exigencias una normativa nacional en la que no se concede una definición acotada del Patrimonio Histórico Nacional, en la que no existen criterios legales objetivos para la

37. *V. gr.*, la Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto 118/75, *Watson y Belmann* (EU:C:1976:106).

38. Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-397/01 a C-403/01 *Pfeiffer* (EU C:2004:584).

determinación de un bien mueble como tal ni se hacen públicos los dictámenes del órgano consultivo encargado de emitir las opiniones técnicas al respecto –ni para el público en general ni para el solicitante del permiso de exportación en lo relativo a su propio caso–. Resulta dudoso que la Administración cumpla con la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento con las exigencias del artículo 36 TFUE cuando tales criterios no están determinados *a priori* y los efectivamente empleados no resultan conocidos para los administrados (salvo, claro está, mediante la observación de las resoluciones judiciales referidas a expedientes distintos al suyo).

Por otro lado, sí cabe despejar que, en principio, el hecho de que el control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica de la Administración en este ámbito se restrinja a la motivación y a la razonabilidad de la fundamentación del acto administrativo que excepciona la libre circulación de una mercancía no ha de resultar indicativo de la falta de proporcionalidad o de la disconformidad con los Tratados de los actos de aplicación del régimen nacional de denegación de exportaciones como medida para proteger el patrimonio nacional. Defender lo contrario supondría defender que el artículo 36 TFUE impide que la delimitación de lo que haya de entenderse como patrimonio nacional tenga lugar a través de un ejercicio de discrecionalidad técnica.

En lo que respecta al juicio de proporcionalidad sí efectuado en alguna ocasión por nuestros tribunales, debe apuntarse que este no aparece incorporado de manera sistemática en el enjuiciamiento que se viene efectuando en relación con las denegaciones de exportación de bienes integrantes del patrimonio nacional. Quizá se deba a una cuestión de congruencia, pero lo cierto es que, en todo caso, parece poder concluirse que en el ejercicio de control judicial de dichas denegaciones no se incorpora el estándar del artículo 36 TFUE. Podríamos preguntarnos aquí si acaso el juicio de proporcionalidad que efectúan nuestros tribunales nacionales se realiza desde un estándar equiparable al exigido desde Luxemburgo o si acaso, como resulta esperable al observar la jurisprudencia del Tribunal, no existe un estándar autónomo de proporcionalidad propio del derecho de la Unión.

Cabe, asimismo, añadir un parámetro de enjuiciamiento adicional que resulta aplicable a todos los actos nacionales que tengan por objeto una restricción de las libertades fundamentales establecidas en los Tratados. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando un Estado miembro se acoge a una estipulación de derecho de la Unión que le permite excepcionar la aplicación de los Tratados –los llamados *derogation cases*– está aplicando el derecho de la Unión en el sentido del artículo 51.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (la “**Carta**”) y debe, por lo tanto,

realizarlo en los límites establecidos por el respecto a los derechos fundamentales de la Carta<sup>39</sup>.

Se incorpora, por lo tanto, un nuevo estándar de evaluación de la denegación de la exportación en aplicación de lo previsto en el artículo 5 LPHE. Procede plantearse entonces si debe concederse algún tipo de relevancia en la aplicación del régimen establecido en la LPHE al denegarse una solicitud de exportación cuando interactúa con los derechos fundamentales establecidos en la Carta, entre los que se encuentran, además del derecho a la propiedad (art. 17), el derecho a la buena administración (art. 41) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 47).

No obstante, la referida aplicación del derecho de la Unión no convierte al concepto de patrimonio nacional, conforme a lo expresado en el artículo 36 TFUE, en un concepto autónomo de derecho de la Unión. A nuestro juicio, esta opción debe quedar descartada a la luz de la falta de atribución de competencias a la Unión a estos efectos, así como de la dicción de la Directiva 2014/60. El “estándar comunitario” del artículo 36 TFUE se restringe a lo que literalmente allí se expresa: la protección de las discriminaciones arbitrarias y de las restricciones encubiertas, con las consecuencias ya expuestas. Sin embargo, la falta de pronunciamiento del Tribunal de Justicia a este respecto quizá impida responder con total rotundidad a esta cuestión.

Asimismo, cabe plantearse si la interacción de estos derechos con la denegación de una solicitud de exportación tiene relevancia desde la óptica del artículo 52.1 de la Carta, que establece que “*cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás*”. ¿Resultaría compatible con este precepto el sistema establecido en la LPHE cuando no conocemos los criterios para la integración de un bien en el Patrimonio Histórico Español y, desde luego, no están establecidos en la ley? La previa afectación de un derecho fundamental de los contenidos en la Carta resultaría, claro, obligada.

## V. APUNTE FINAL

La respuesta a las cuestiones aquí planteadas no está resuelta. Quizá porque formularse estas preguntas se considere impertinente, inoportuno o,

39. Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-201/15 *AGET Iraklis* (EU:C:2016:972), párrs. 62 a 64. También las sentencias en los asuntos *ERT*, C-260/89 (EU:C:1991:254), apartado 43; y *Pfleger y otros*, C-390/12, (EU:C:2014:281) apartado 35.

simplemente, irrelevante. Las mentes preclaras encontrarán seguro una respuesta rápida y contundente a alguna o a todas ellas.

Sea como fuere, nuestra modesta observación de la práctica administrativa y judicial al respecto del artículo 5 LPHE nos lleva a valorar la posibilidad de que los límites establecidos por el artículo 36 TFUE estén siendo sistemáticamente desatendidos. Ante la falta de alusión en las resoluciones judiciales, podría pensarse que nuestra Administración y nuestros tribunales consideran que los estándares nacionales de control de la conformidad a derecho de una denegación de un permiso de exportación son equiparables a los europeos y que, por lo tanto, ante tal solapamiento, la consideración de ambos estándares resulta sencillamente ociosa. Podría decirse, por ejemplo, que nuestra jurisprudencia ya alude a la necesaria interpretación restrictiva de los actos administrativos que limitan derechos fundamentales y que, por lo tanto, la necesidad de interpretación restrictiva de las libertades fundamentales que exige el Tribunal de Justicia se vería ya colmada. Otro tanto puede decirse del juicio de proporcionalidad, que, como hemos insistido, impone una derogación de las exigencias previstas en el artículo 36 TFUE, en relación con las valoraciones que al respecto se ha realizado en algunas sentencias.

A nuestro juicio, ello supone negar la autonomía y la fuerza vinculante del derecho de la Unión y, potencialmente, cerrar la puerta de manera precipitada al estricto respeto a su primacía, con el consecuente riesgo de que la respuesta a alguna de las preguntas anteriores pueda derivar en la constatación de la incompatibilidad con el artículo 36 TFUE –conforme ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia– con la aplicación que se viene realizando del artículo 5 LPHE por nuestros poderes públicos. Se ha negado, sin embargo, la necesidad del planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia en relación con la compatibilidad del artículo 36 TFUE con el régimen de control de las exportaciones establecido en la LPHE y en su normativa de desarrollo<sup>40</sup>. Como es sabido, ello puede tener consecuencias en relación con el adecuado cumplimiento del derecho de la Unión<sup>41</sup>.

Sería de esperar, en todo caso, que se concediese a los Estados miembros un amplio margen de apreciación a estos efectos, máxime cuando nos encontramos ante expedientes de exportación y no de importaciones por las razones arriba apuntadas. No obstante, algunas de las cuestiones referidas pueden tener una cierta relevancia en relación con los derechos del justiciable que se enfrenta a una denegación de una solicitud de exportación de un bien mueble, considerado integrante del Patrimonio Histórico Español por la

40. Así resulta de la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2002 (RJ 2002, 6770).

41. Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Comisión c. Francia* C-416/17 (EU:C:2018:811).

Administración. Estas cuestiones inciden en la carga de la prueba del Estado miembro para acreditar su actuación dentro de los límites del artículo 36 TFUE, en el juicio de proporcionalidad en la definición del Patrimonio Histórico Español y en la consecuente denegación de un permiso de exportación, así como en las consecuencias que tiene la aplicación de la Carta en este contexto.

Puede que algunas de estas cuestiones abunden en las posibles deficiencias del sistema de la LPHE que vienen siendo apuntadas por la doctrina desde nuestro derecho<sup>42</sup>. No obstante, ello no se considera un motivo válido para soslayar la –obligatoria– aplicación de los estándares establecidos por el Tribunal de Justicia en relación con la restricción de libertades fundamentales dentro del mercado interior.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE ÁVILA, J. M.: “El patrimonio histórico español: régimen jurídico de la propiedad histórica”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 19, 2015.
- BARNARD, C.: *The substantive law of the EU*, Oxford University Press, 2016.
- BERGEL SAINZ DE BARANDA, Y.: “La exportación de obras de arte. Régimen jurídico y criterios para decidir sobre la concesión del permiso de exportación. Una propuesta de *lege ferenda*”, *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2019.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. FERNÁNDEZ, T-R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I (18.ª ed.), Thomsom Reuters Civitas, 2017.
- MALVÁREZ PASCUAL, L. A.: “La exportación de bienes del patrimonio histórico español: requisitos y consecuencias de su incumplimiento”, *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2019.
- MARTÍNEZ RIVERO, A.: “La discrecionalidad administrativa, y su control, en materia cultural”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 96-97, 2021.
- SWANN, D.: *The Economics of the Common Market* (7th ed.), Penguin, 1992.
- TRIDIMAS, T.: “Proportionality in Community law: searching for the appropriate standard of scrutiny”, en *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe* (ed. E. Ellis) Oxford Hart Publishing, 1999.

---

42. Por todos, Y. BERGEL SAINZ DE BARANDA, *op. cit.*

# Legislación

## *Recopilación y reseñas de legislación promulgada en 2021 y de iniciativas legislativas emprendidas en 2021*

*Recopilación elaborada por María Luisa Macías Romero*

*Abogada documentalista. Uría Menéndez*

*Reseñas redactadas por Antonio García Vázquez*

*Abogado*





## Argentina

SUMARIO: I. PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE UN RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL INMATERIAL EN TODO EL TERRITORIO NACIONAL. II. PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA SU SIMILAR 12.665 –COMISIÓN NACIONAL DE MUSEOS Y DE MONUMENTOS Y LUGARES HISTÓRICOS–, RESPECTO DE INCORPORAR LA CATEGORÍA “BIENES HISTÓRICOS DE INTERÉS NACIONAL EN EL EXTERIOR”. III. PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA SU SIMILAR 25.743 –PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO Y PALEONTOLÓGICO– RESPECTO DE AGRAVAR LAS PENAS DE LOS DELITOS QUE SE COMETIERAN POR TAREAS NO AUTORIZADAS.

### **I. PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE UN RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL INMATERIAL EN TODO EL TERRITORIO NACIONAL**

Buenos Aires, 19 de Julio de 2021.

SEÑORA PRESIDENTE DEL H. SENADO DE LA NACIÓN

Dra. CRISTINA FERNÁNDEZ DE KIRCHNER

PRESENTE

De mi consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a la señora Presidente, a fin de solicitarle la reproducción del Proyecto de ley que fuera presentado oportunamente por la Senadora (M.C.) Marta Varela, caratulado bajo expediente S-3292/19, y cuya copia a continuación le adjunto.

Agradeciendo su deferencia, saludo a la señora Presidente con distinguida consideración. Esteban J. Bullrich.

### **PROYECTO DE LEY**

El Senado y Cámara de Diputados...

## CAPÍTULO I

### Disposiciones Generales

#### **Artículo 1.º- Objeto**

La presente ley tiene por objeto dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 12 de la “Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial” aprobada por la Ley N.º 26.118 y de esta manera establecer los presupuestos mínimos para la identificación, conservación y salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial en todo el territorio de la Nación, en los términos de los artículos 41 de la Constitución Nacional.

**Art. 2.º**- A los efectos de la presente ley, entiéndase por “Patrimonio Cultural Inmaterial” las tradiciones, conocimientos y creencias; las músicas, técnicas artesanales, juegos y relatos narrados de generación en generación; rituales o maneras de hacer, nombrar, producir y celebrar que forman parte de la identidad cultural de una comunidad, que se continúan practicando y que son transmitidas a las siguientes generaciones para reforzar su sentido de pertenencia. Sus expresiones pueden desarrollarse en una o más de las siguientes categorías o ámbitos:

- a) conocimiento o uso relacionado con la naturaleza y el universo;
- b) música, canto, danza o representación;
- c) saber o práctica artesanal tradicional;
- d) tradición o expresión oral;
- e) uso social, ritual o acto festivo.

#### **Art. 3.º**- Son objetivos de la presente ley

a) Asegurar la salvaguardia de las expresiones del Patrimonio Cultural Inmaterial. Se entiende por “salvaguardia” las medidas encaminadas a garantizar la viabilidad del patrimonio cultural inmaterial, comprendidas la identificación, documentación, investigación, preservación, protección, promoción, valorización, transmisión –básicamente a través de la enseñanza formal y no formal– y revitalización de este patrimonio en sus distintos aspectos.

b) Promover el respeto del patrimonio cultural inmaterial de las comunidades, grupos e individuos, según sea el caso.

c) difundir y sensibilizar acerca de la importancia del patrimonio cultural inmaterial y de su reconocimiento.

## CAPÍTULO II

### **Inventario Nacional de Expresiones del Patrimonio Cultural Inmaterial**

**Art. 4.º**- Créase el Inventario Nacional del Patrimonio Cultural Inmaterial a través del cual se relevarán las expresiones del mismo en todo el territorio de la Nación, a los fines de integrar toda la información necesaria para su adecuada salvaguardia.

La Autoridad de Aplicación Nacional coordinará el desarrollo del Inventario Nacional de Patrimonio Cultural Inmaterial sobre una base metodológica consultada con todas las jurisdicciones y sin perjuicio de las competencias propias de cada una de ellas y con la participación de organismos académicos, organizaciones de la sociedad civil y comunidades indígenas.

El Inventario Nacional de Patrimonio Cultural Inmaterial deberá relevar una cantidad significativa y equilibrada de expresiones de Patrimonio Cultural de las 23 provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en un plazo no mayor de tres (3) años desde la entrada en vigencia de la presente ley. El Inventario Nacional de Patrimonio Cultural Inmaterial deberá contener como mínimo las siguientes informaciones:

- a) Nombre de la Expresión Cultural Inmaterial.
- b) Fecha o momento en que se desarrolla.
- c) Actividades que la componen.
- d) Elementos materiales que se utilizan en dichas actividades.
- e) Grupos o personas que participan.
- f) Razones que motivan la realización de la expresión cultural.
- g) Lugares donde se practica (Provincia/s, localidad/es).
- h) Ámbito al que corresponde (según Art. 2).

## CAPÍTULO III

### **Consentimiento de la Comunidad**

**Art. 5.º**- Para la inclusión de una expresión de Patrimonio Cultural Inmaterial en el Inventario Nacional creado según el Artículo 4 será necesario adjuntar el consentimiento de la comunidad portadora de dicha expresión, el que deberá ser libre, previo e informado. El proceso para llegar a una decisión de consentimiento comprenderá la consulta y participación efectiva de los miembros de la comunidad. Las autoridades jurisdiccionales (nación, provincias

o municipios según corresponda de acuerdo a la difusión territorial de la expresión en cuestión) deberán implementar y supervisar los mecanismos adecuados para su obtención, según los casos, como por ejemplo realización de audiencias públicas, consultas populares, recolección de firmas, obtención de cartas de apoyo de organizaciones relacionadas y todo otro procedimiento pertinente de acuerdo a las características de la expresión del patrimonio cultural inmaterial a inscribirse y las respectivas comunidades, con especial atención al respeto de los costumbres e instituciones de los pueblos indígenas, en caso de que los mismos estén implicados en el procedimiento. Capítulo IV Autoridades.

**Art. 6.º**- A los efectos de la presente ley, será autoridad competente aquella que determine cada jurisdicción

**Art. 7.º**- Será Autoridad de Aplicación Nacional de la presente ley el organismo nacional de mayor nivel jerárquico con competencia en materia cultural. La Autoridad de Aplicación Nacional deberá conformar un Consejo Consultivo Nacional del Patrimonio Cultural Inmaterial integrado por especialistas en la materia designados por las distintas autoridades jurisdiccionales.

**Art. 8.º**- Serán funciones de la Autoridad de Aplicación Nacional

- a) Formular acciones conducentes a la salvaguarda de las expresiones del Patrimonio Cultural Inmaterial inventariadas.
- b) Elaborar y coordinar la realización del Inventario Nacional de Expresiones del Patrimonio Cultural Inmaterial.
- c) Publicar, mantener y actualizar en su sitio oficial de Internet el Inventario Nacional de Expresiones del Patrimonio Cultural Inmaterial, así como toda la información que dé cuenta del estado de las mismas, y los proyectos o actividades que se realicen referidas a ellas.
- d) Asesorar a las jurisdicciones locales en los programas de salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial.
- e) Crear programas de promoción e incentivo a la investigación.
- f) Desarrollar campañas de capacitación, educación e información conforme los objetivos de la presente ley.

## CAPÍTULO V

### Fondo Nacional del Patrimonio Cultural Inmaterial

**Art. 9.º**- Créase el Fondo Nacional del Patrimonio Cultural Inmaterial, que será administrado por la Autoridad de Aplicación Nacional y estará integrado por:

- a) Las sumas que le asigne el Presupuesto General de la Nación.
- b) Las sumas provenientes de la recaudación de un impuesto a la actividad turística a crearse.

c) Las subvenciones, donaciones, legados, aportes y transferencias de otras reparticiones o de personas físicas o jurídicas, organizaciones nacionales e internacionales.

d) Los recursos que fijen leyes especiales.

**Art. 10.º**- Los recursos del Fondo creado en el artículo precedente sólo podrán ser destinados a los fines taxativamente enumerados en este artículo:

a) Las actividades y tareas tendientes a la aplicación de esta ley y para el cumplimiento del objeto de la misma.

b) La realización de cursos, estudios e investigaciones.

c) La implementación de programas de asistencia técnica y financiera de grupos o comunidades portadoras de expresiones del Patrimonio Cultural Inmaterial inventariadas para propender a su salvaguardia y sustentabilidad.

d) Financiar la realización del Inventario Nacional del Patrimonio Cultural Inmaterial.

## CAPÍTULO VI

### Disposiciones complementarias

**Art. 11.º**- Las disposiciones establecidas en la presente ley serán de plena aplicación desde su promulgación por las autoridades competentes de cada jurisdicción.

**Art. 12.º**- El Consejo Consultivo Nacional del Patrimonio Cultural Inmaterial facilitará la coordinación de estrategias de concertación regionales, interjurisdiccionales y nacionales a fin de lograr su identificación y salvaguardia.

**Art. 13.º**- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Esteban J. Bullrich.

## FUNDAMENTOS

Señora Presidente:

Pese a haber transcurrido ya más de una década desde de la ratificación por parte de la República Argentina mediante Ley N.º 26.118 de 2006 de la “Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial” adoptada por UNESCO en 2003, se advierten falencias frente a las obligaciones contraídas mediante ese acto, entre ellas la falta de sanción de una ley nacional que establezca un régimen de protección del Patrimonio Cultural Inmaterial. Esta carencia resulta tanto más sensible cuando nuestro sistema político federal

permite a las provincias adoptar sus propias normativas, y en caso de ser divergentes tornarlas incompatibles.

Por otro lado, presentaciones realizadas por nuestro país para inscribir en la Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad bienes como el “Chamamé” han tropezado con la exigencia del organismo internacional de que los mismos se encuentren debidamente relevados en el correspondiente Inventario y que la iniciativa cuente además con el consentimiento informado de la comunidad portadora, atendiendo al derecho de participación en la cultura tal como lo establece el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Se hace entonces imperativo y urgente establecer la normativa que impulsen las políticas públicas de protección del PCI argentino incluyendo la elaboración del inventario y acciones complementarias como fomentar la investigación y adoptar las medidas de orden jurídico, técnico, administrativo y financiero adecuadas incluyendo la sensibilización, educación y fortalecimiento de las capacidades en materia de salvaguarda con la más amplia participación de las comunidades, grupos o individuos portadores de los bienes culturales.

Con el entendimiento de que la investigación académica es una gran herramienta para aportar a la vasta tarea de la salvaguardia del PCI, el Defensor del Pueblo de la Nación ha firmado un convenio de colaboración con la Universidad Autónoma de Entre Ríos (UADER), la que a través de su División Museos y Patrimonio viene desarrollando desde hace algunos años proyectos de investigación y de extensión sobre la temática. Una de sus investigadoras, la Dra. Norma Levrand, especialista en tutela de Patrimonio Cultural, ha publicado el artículo Normas de presupuestos mínimos de protección del patrimonio cultural en Argentina ¿Posibles y vigentes? en la Revista electrónica de Patrimonio Histórico N.º 16 (2015) editada por la Universidad de Granada 2 donde fundamenta la pertinencia de la aplicación de este tipo de normas en el país. En diversas reuniones de trabajo mantenidas tanto en Paraná como en Buenos Aires con miembros de esta casa de altos estudios, se llegó al convencimiento de que una ley de presupuestos mínimos resultaría adecuada para los fines perseguidos.

Por ello, y visto el rol de colaborador activo que ha asumido el Defensor del Pueblo de la Nación en tanto Institución Nacional de Derechos Humanos y dentro del Programa de Seguimiento y Evaluación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Agenda 2030, en cuyo marco se ha abierto la actuación 8323/15 “DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACIÓN s/Objetivos de Desarrollo Sostenible (ONU). Patrimonio Cultural y Natural”, se ha formulado el presente anteproyecto de Ley de Presupuestos Mínimos de Protección del



Patrimonio Cultural Inmaterial a fin de contribuir a la implementación de las políticas públicas correspondientes.

Por ello, la sanción de una ley en el sentido que propongo, sería un gran avance en materia del cumplimiento del Estado en la protección del Patrimonio Cultural Inmaterial es que solicito a mis pares me acompañen en esta iniciativa.

Esteban J. Bullric.

## **II. PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA SU SIMILAR 12.665 –COMISIÓN NACIONAL DE MUSEOS Y DE MONUMENTOS Y LUGARES HISTÓRICOS–, RESPECTO DE INCORPORAR LA CATEGORÍA “BIENES HISTÓRICOS DE INTERÉS NACIONAL EN EL EXTERIOR”**

### **PROYECTO DE LEY**

El Senado y Cámara de Diputados...

**Artículo 1.º**- Modifícase el inciso f) del Artículo 1 TER de Ley N.º 12.665 (t.o. 1940 y sus modificatorias) que quedará redactada del siguiente modo: “f) Constituir un Consejo Federal de Monumentos, de Lugares y de Bienes Históricos integrado por los/as ministros/as o secretarios/as de Cultura de las provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires a los fines de llevar un correcto seguimiento de los Monumentos, Lugares y Bienes Históricos en cada jurisdicción. El Consejo Federal de Monumentos, de Lugares y de Bienes Históricos emite un informe anual que eleva al Ministerio de Cultura, y a la Comisión de Cultura de ambas cámaras del Congreso de la Nación sobre el estado de los Monumentos, Lugares y Bienes Históricos en cada provincia”.

**Artículo 2.º**- Modifícase el Artículo 3 BIS de la Ley N.º 12.665 (t.o. 1940 y sus modificatorias) que quedará redactada del siguiente modo: “ART. 3 BIS.- Ante iniciativa presentada en el Congreso de la Nación para declarar como protegido en los términos del artículo 4.º de la presente ley un bien ubicado en cualquier jurisdicción de la República Argentina o en el exterior, corresponde la consulta previa a la Comisión Nacional de Monumentos, de Lugares y de Bienes Históricos, la cual emitirá su dictamen de carácter no vinculante, señalando la clasificación que en su opinión corresponde otorgar y todo otro alcance de la declaratoria”.

**Artículo 3.º**- Incorpórese al artículo 4 de la Ley N.º 12.665 (t.o. 1940 y sus modificatorias) como inciso 14 el siguiente: 14- Bien de interés histórico nacional en el exterior.

**Artículo 4.º**- La Comisión Nacional de Monumentos, de Lugares y de Bienes Históricos coordina con la autoridad competente del país donde se encuentre emplazado el bien declarado bajo las previsiones del art. 4 inc. 14 de la Ley N.º 12.665 y sus modificatorias, las tareas de custodia y conservación del mismo.

**Artículo 5.º**- Los bienes históricos ubicados en el exterior que al momento de la sanción de la ley gocen de cualquier otra categoría con superintendencia de la Comisión Nacional de Monumentos, de “2021-Año de Homenaje al Premio Nobel de Medicina Dr. César Milstein” Lugares y de Bienes Históricos pasan automáticamente a la categoría creada por el Artículo 3.º de la presente ley sin ningún trámite mediante.

**Artículo 6.º**- Comuníquese al Poder Ejecutivo.-

Cristina López Valverde.-

## FUNDAMENTOS

Señora Presidenta:

La Ley Nacional N.º 12.665, sancionada el 30 de septiembre de 1940, creó la “Comisión Nacional de Museos y de Monumentos y Lugares Históricos”, encargada de proteger el patrimonio cultural existente en el territorio argentino.

Esa legislación fue modificada en dos oportunidades: en el año 1993 –mediante Ley N.º 24.252– a efectos de incorporar un procedimiento de consulta no vinculante a la Comisión ante iniciativas presentadas en el Congreso y en 2014 –mediante Ley 27.1030– para introducir reformas más profundas en un intento de adecuar la normativa a nuevas situaciones y garantizar el cumplimiento de las funciones de lo que, a partir de esa instancia, se denomina “Comisión Nacional de Monumentos, de Lugares y de Bienes Históricos”.

Si bien esos cambios fueron importantes y significaron una actualización según los estándares internacional del cuidado del patrimonio cultural, aún persisten algunos vacíos legislativos. A la hora de repasar la ley y su aplicación encontramos dos cuestiones que no han sido reglamentadas o planteadas en el articulado actual, la primera es el relacionamiento de la Comisión con las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la segunda versa respecto a la protección de los bienes que no se encuentren emplazados en nuestro país.

Comenzando por la cuestión de la federalización de la Comisión vale recordar que la modificación de la ley en 2015 incluyó tres incisos en el Artículo 1.º ter sobre el relacionamiento con las jurisdicciones: “e) Designar delegados en base a una terna vinculante remitida por los gobiernos provinciales y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con asiento en los respectivos distritos,

y por sí, subdelegados locales, asesores consultos, honorarios y eméritos; f) Organizar mecanismos de representación regional y federal y g) Establecer ‘áreas de amortiguación’ en el entorno de los monumentos, coordinando con la autoridad local las restricciones urbanísticas que correspondan”. Lamentablemente, en el Decreto Reglamentario 2525/2015 estos incisos no fueron reglamentados.

En muchas oportunidades hemos escuchado a distintos legisladores y legisladoras consultar sobre como es el mecanismo que se realiza luego de la declaración de un monumento o un bien, razón por la cual consideramos fundamental sustituir el inciso f) del Artículo 1.º TER e incluir la constitución de un Consejo Federal que lleve un seguimiento de los monumentos, lugares y bienes que van siendo declarados por este Congreso y también de los que ya se encuentran en superintendencia de la Comisión Nacional.

Participar a los actores provincias, que pueden ser Ministros/as o Secretarios/as dependiendo del organigrama de cada jurisdicción, es una forma de democratizar y federalizar nuestra cultura. El objeto principal es que la instancia creada ayude a la Comisión a tener información precisa y actualizada de todos sus bienes, monumentos o lugares, y contar con la ayuda de los equipos provinciales en caso de que sea necesario para realizar el efectivo control de dicho patrimonio. Pasando al segundo aspecto a modificar, al revisar la ley encontramos que todas las categorías refieren a bienes o lugares que se encuentran en territorio nacional, sin embargo, nuestro país cuenta con un importante acervo arquitectónico en otros lugares del mundo, como el Solar Sarmiento, Boulogne Sur Mer o la Casa Argentina en Madrid.

Razón por lo cual nos parece pertinente modificar nuevamente esta ley para incorporar la categoría de Bien de Interés Histórico Nacional en el Exterior para proteger todas esas propiedades que hoy se encuentran desprotegidas considerando nuestro plexo normativo en la materia.

Según lo expresado en el articulado de esta ley se entiende por Bien de Interés Histórico Nacional en el Exterior a todo bien vital para el acervo cultural y la identidad nacional no emplazado en territorio argentino.

Consideramos que esta nueva categoría puede significar una oportunidad interesante para revisar nuestro patrimonio en el exterior, y comenzar un proceso de revalorización y divulgación cultural, trabajo que puede realizarse en forma mancomunada con nuestras embajadas y representaciones en el exterior.

En la actualidad es fundamental empoderar a la cultura, esta se sitúa cada vez más en el escenario de las estrategias de cohesión social, del diálogo entre países y regiones y como recurso para la paz y el desarrollo equitativo a nivel internacional.

La diversidad cultural y la creatividad configuran, asimismo, el fundamento de la economía del siglo XXI, convirtiéndose en grandes activos presentes en todos los países del mundo cuya gestión depende de la capacidad de los Estados y la sociedad civil, las comunidades y los grupos culturales. A ello creemos que apunta esta modificación: a dotar al Estado de las herramientas necesarias para gestionar este tipo de bienes.

Por último, y considerando que al momento de la sanción de la presente ley alguno de estos bienes pueda gozar de una categoría ya existente lo que proponemos es que estos bienes pasen automáticamente, sin trámite mediante, a esta nueva categoría a los fines de desburocratizar y agilizar el trabajo de la Comisión.

Debido a los motivos expuestos, solicitamos a nuestros pares que acompañen el presente proyecto de ley con su voto favorable.

Cristina López Valverde.

### **III. PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA SU SIMILAR 25.743 –PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO Y PALEONTOLÓGICO– RESPECTO DE AGRAVAR LAS PENAS DE LOS DELITOS QUE SE COMETIERAN POR TAREAS NO AUTORIZADAS**

#### **PROYECTO DE LEY**

El Senado y Cámara de Diputados...

**Artículo 1:** Modifícase el artículo 39 de la Ley 25.743, Ley de Protección del Patrimonio Arqueológico y Paleontológico, el que quedará redactado de la siguiente manera y cuyo capítulo se titulará “Delitos contra el Patrimonio Arqueológico y Paleontológico: Tareas no Autorizadas”: “Artículo 39: Las personas que realicen por sí, u ordenaren realizar a terceros, tareas de prospección, remoción o excavación en yacimientos arqueológicos y paleontológicos sin solicitar la correspondiente autorización ante la autoridad competente, serán pasibles de las siguientes sanciones:

- a) Multa: que podrá variar en su monto a un equivalente de entre DIEZ (10) y CIEN (100) salarios mínimos, de acuerdo a la gravedad del hecho y será fijada por la autoridad de aplicación correspondiente jurisdiccional.
- b) Prisión: Se impondrá prisión de 6 meses a 1 año si por el grado de deterioro hubiere pérdida irreparable para el Patrimonio Cultural del Estado.

- c) Decomiso de todos los objetos de naturaleza arqueológica o paleontológica que hayan sido reunidos, aunque se encuentren en posesión de terceros que aleguen adquisición de buena fe”.

**Artículo 2:** Incorpórese al Artículo 40 de la Ley 25.743 el siguiente párrafo: Artículo 40: Las personas que por cualquier motivo descubran materiales arqueológicos o paleontológicos en forma casual en la superficie o seno de la tierra o en superficies acuosas, deberán denunciarlos y entregarlos de inmediato al organismo competente o en su defecto a la autoridad policial más cercana, la que deberá comunicarlo al referido organismo. La omisión del deber de denuncia y el ocultamiento de los objetos, hará pasible a sus autores de un apercibimiento y, si mediare reincidencia, de una multa. En todos los casos se procederá al decomiso de los materiales reunidos. “Si la apropiación de los objetos se cometiera con el uso de detectores de metales y otros instrumentos o técnicas que permitan localizar restos arqueológicos o paleontológicos, aun sin ser ésta su finalidad, serán sancionados con prisión de TRES (3) a SEIS (6) años y el decomiso inmediato del instrumental utilizado para la concreción del delito el que será entregado a la autoridad de aplicación”.

**Artículo 3:** Dejase sin efecto el Artículo 45 de la mencionada Ley.

**Artículo 4:** Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Ernesto F. Martínez.

## FUNDAMENTOS

Señora Presidente:

La salvaguarda del Patrimonio Arqueológico y Paleontológico argentino se encuentra plasmada en un entramado legal complicado de dilucidar y las sanciones previstas en este laberinto normativo son de difícil aplicación.

Bajo estas circunstancias, lejos de cumplir con el espíritu fundamental de todas estas normas que pretenden proteger y tutelar el objeto arqueológico o paleontológico, se favorece el robo y el expolio de estos bienes culturales que son declarados de dominio público nacional.

La creciente actividad de buscadores de objetos metálicos con detectores de metales, pone en riesgo el patrimonio arqueológico, patrimonio que pertenece a todos los argentinos. El problema no está en buscar per se, sino en qué se hace cuando se encuentra algo.

La Ley de 25.743 de Protección del Patrimonio Arqueológico y Paleontológico, manda en su artículo 39, que ante un hallazgo ya sea paleontológico o arqueológico, se debe notificar de inmediato al organismo competente

o a las autoridades policiales locales, sin embargo, esto sucede muy pocas veces.

El saqueo de estos valiosos objetos, –no solo valiosos en cuanto su valor pecuniario, sino valiosos para generar conocimiento científico– se vio fuertemente acrecentado de manera sistemática en las últimas décadas. La descontextualización a la que se los somete al ser extraídos del lugar en donde se hallan, impide llevar adelante el análisis y estudio con metodologías propias de las ciencias arqueológicas.

La mayoría de las veces este expolio queda sin sanción o con sanciones sumamente leves y no plantean inconvenientes para los infractores que obtienen un jugoso beneficio con la venta ilegal de las piezas sustraídas. Ante la necesidad de hacer frente a este flagelo con sanciones concretas es que se propone en este proyecto, imponer distintas penas y disponer de la devolución inmediata de los objetos sustraídos y el decomiso de las herramientas utilizadas para cometer el ilícito al Instituto Nacional de Antropología y Pensamiento Latinoamericano –autoridad de aplicación de la ley 25.743– para que dichas herramientas sean distribuidas entre los grupos de investigadores de la zona saqueada.

Frente a la gravedad de la situación, que implica el despojo a todos los argentinos de su identidad, su historia y su cultura, es que solicito a mis pares la aprobación del presente proyecto.

Ernesto F. Martínez.

# Colombia

## I. PROYECTO DE LEY DE PATRIMONIO ESPELEOLÓGICO

El Congreso de la República de Colombia.

### DECRETA

#### **Artículo 1.** *Objeto*

Por medio de la presente ley se ordena la adopción de medidas orientadas a la efectiva conservación, estudio científico, identificación, restauración y uso sostenible del patrimonio espeleológico dentro del territorio nacional.

#### **Artículo 2.** *Definiciones*

Para efectos de interpretar y aplicar la presente ley, se entiende por:

**Cueva:** Cavidad natural del terreno causada por algún tipo de erosión de corrientes de agua, hielo o lava, o por una combinación de varios de estos factores. En el más común de los casos, las cuevas se forman por la disolución de la piedra caliza por parte de agua ligeramente ácida. A veces es apta para servir de cobijo a animales y seres humanos, pudiendo ser acondicionada para vivienda en forma de casas cueva y otros usos antrópicos.

**Gruta:** Abertura expuesta de una cueva.

**Sumidero:** Tipo de dolina circular que actúa como desagüe natural para el agua de lluvia o para corrientes superficiales como ríos o arroyos. Generalmente se forma en suelos de piedra caliza, donde se filtra agua ligeramente ácida que poco a poco carcome el subsuelo hasta que se forma una cueva subterránea y el agua que se sigue filtrando provoca el derrumbe del techo de dichas cuevas hasta que se forma un sumidero. Los sumideros alimentan el caudal de ríos subterráneos que a su vez suelen alimentar acuíferos que son importantes fuentes de agua, tanto para los humanos como para ciertos hábitats.



**Cenote:** Dolina inundada de origen kárstico. Existen varios tipos de cenotes: a cielo abierto, semiabiertos y subterráneos o en gruta. Esta clasificación está directamente relacionada con la edad del cenote, siendo los cenotes maduros aquellos que se encuentran completamente abiertos y los más jóvenes los que todavía conservan su cúpula intacta.

**Sima:** Cavidad, generalmente en roca calcárea abierta al exterior mediante pozo o conducto vertical o en pronunciada pendiente, originada por un proceso erosivo kárstico o derrumbe del techo de una cavidad.

**Dolina.** Depresión cerrada de moderadas dimensiones y forma aproximadamente circular frecuente en terrenos kársticos.

**Karst.** Relieve formado por disolución de rocas calizas o evaporíticas. Terreno calizo o evaporítico (es decir, originado por evaporación del agua) en el que la disolución por las aguas origina formas llamadas exokársticas y endokársticas, según estén expuestas al aire o sean subterráneas.

**Patrimonio Espeleológico:** Conjunto de cuevas, grutas, sumideros, cenotes, simas, dolinas y demás denominaciones en las cuales sea susceptible de ser clasificado el relieve kárstico, ya sea exokárstico o endokárstico; incluyendo su flora, fauna, aguas y servicios ecosistémicos, así como el patrimonio geológico, paleontológico, arqueológico, antropológico y cultural que puedan contener.

### **Artículo 3. Principio**

Se consagra el patrimonio espeleológico colombiano como objeto de conservación, estudio científico, identificación, restauración, y uso sostenible en una dimensión biológica, ambiental y ecosistémica; en una dimensión geológica y paleontológica; y en una dimensión arqueológica, antropológica y cultural.

### **Artículo 4. Medidas**

A partir de las disposiciones antes establecidas, el Gobierno nacional estructurará e implementará una política pública integral para la conservación, estudio científico, restauración, identificación y posibles usos sostenibles del patrimonio espeleológico colombiano.

A través del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, adelantará las acciones necesarias para establecer una gobernanza ambiental que vincule funcionalmente a las entidades territoriales, a las Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo sostenible y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas –SINAP–. A través de los institutos de investigación del Sistema Nacional Ambiental SINA, adelantará y documentará actividades de Investigación y Desarrollo I+D orientadas a la conservación, conocimiento, valoración, y uso sostenible del patrimonio espeleológico colombiano.

El Ministerio de Minas y Energía, a través del Servicio Geológico Colombiano SGC, se articulará a esta política por medio de sus capacidades de identificación, protección, conservación, rehabilitación, exploración y estudio científico del patrimonio espeleológico colombiano. Por medio de estas entidades, el Gobierno nacional creará un Observatorio del Patrimonio Espeleológico, con el objeto de adelantar acciones de inventario y registro.

El Ministerio de Cultura, a través del Instituto Colombiano de Antropología e Historia ICANH, se articulará a esta política por medio de acciones específicas de protección de valores históricos, antropológicos, arqueológicos y culturales que puedan hallarse en áreas que comprendan patrimonio espeleológico.

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, también se articulará a esta política por medio de estrategias y acciones que regulen la actividad turística y recreativa en áreas que comprendan patrimonio espeleológico, entre otras actividades generadoras de estrés antrópico.

Parágrafo 1.º. De acuerdo con esta política pública, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible declarará como Áreas Protegidas aquellas áreas que comprendan patrimonio espeleológico colombiano, de conformidad con la normativa vigente para tales efectos. Esta disposición en ningún caso permitirá tratamientos distintos a los consagrados en la legislación vigente para las áreas protegidas del Sistema de Parques Nacionales Naturales.

Parágrafo 2.º. En el marco de esta política, y de conformidad con los tipos de áreas protegidas contempladas dentro del Sistema nacional de Áreas protegidas SINAP, el Gobierno nacional establecerá disposiciones específicas para el patrimonio espeleológico colombiano en materia de usos permitidos, así como de prohibiciones y de sanciones por infringirlas.

Parágrafo 3.º. Se articulará a esta política a la Academia, y a las comunidades científicas y espeleológicas. Del mismo modo, el Gobierno nacional articulará otras entidades públicas según encuentre técnicamente necesario, de acuerdo con las necesidades de la política. Parágrafo 4.º. Esta política será objeto de evaluación y actualización cada cinco (5) años por parte de la comunidad científica, la comunidad espeleológica, y las entidades públicas con responsabilidades en su formulación e implementación.

#### **Artículo 5.** *Vigencias y derogatorias*

La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y publicación en el Diario Oficial, y deroga las disposiciones que le sean contrarias.



SUMARIO: I. REAL DECRETO-LEY 15/2021, DE 13 DE JULIO, POR EL QUE SE REGULA EL ARRENDAMIENTO DE COLECCIONES DE BIENES MUEBLES INTEGRANTES DEL PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL POR DETERMINADAS ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO Y SE ADOPTAN OTRAS MEDIDAS URGENTES EN EL ÁMBITO CULTURAL Y DEPORTIVO. II. RESEÑA DEL REAL DECRETO-LEY 15/2021, DE 13 DE JULIO, POR EL QUE SE REGULA EL ARRENDAMIENTO DE COLECCIONES DE BIENES MUEBLES INTEGRANTES DEL PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL POR DETERMINADAS ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO Y SE ADOPTAN OTRAS MEDIDAS URGENTES EN EL ÁMBITO CULTURAL Y DEPORTIVO.

**I. REAL DECRETO-LEY 15/2021, DE 13 DE JULIO, POR EL QUE SE REGULA EL ARRENDAMIENTO DE COLECCIONES DE BIENES MUEBLES INTEGRANTES DEL PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL POR DETERMINADAS ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO Y SE ADOPTAN OTRAS MEDIDAS URGENTES EN EL ÁMBITO CULTURAL Y DEPORTIVO**

**I**

El artículo 46 de la Constitución Española establece la obligación de los poderes públicos de garantizar la conservación y promover 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.

En cumplimiento a esta previsión, el sector público ha desarrollado una política de adquisición de bienes culturales con dos objetivos fundamentales: la conservación y protección del patrimonio cultural, por un lado, y su incremento, por otro. Del mismo modo, en la ejecución de las adquisiciones se tiene en cuenta la labor de recuperación y la salvaguarda del patrimonio, así como las líneas específicas de actuación de cada institución cultural, que a su vez persiguen, principalmente, cubrir el vacío de las colecciones, o mantener el prestigio de las ya existentes.

La Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, regula los diferentes instrumentos a través de los cuales se llevan a cabo estas adquisiciones, entre los que destacan los derechos de adquisición preferente, como el tanteo, el retracto y la oferta de venta irrevocable. También se contemplan las adquisiciones a título gratuito, ya sea donación, herencia o legado, o el pago en especie de deudas tributarias, mediante la entrega de bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español, siempre que estén inscritos en el Registro General de Bienes de Interés Cultural o incluidos en el Inventario General.

Del mismo modo, otro de los mecanismos más importantes para incorporar bienes culturales, y, en concreto, bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español, como es la adquisición directa por la Administración, se ha contemplado tradicionalmente en la legislación de contratos públicos como un contrato de suministro. No obstante, en la actualidad, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, únicamente prevé la adquisición a través del procedimiento negociado sin publicidad de aquellos bienes que no formen parte del Patrimonio Histórico Español; remitiéndose a la normativa específica para los que sí se integran en el mismo.

Es necesario abordar ahora la regulación de otra modalidad de incorporación de este tipo de bienes, como es el arrendamiento, para el que no se preveía régimen específico alguno. Dicha regulación se circunscribe al arrendamiento de colecciones de bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español por poderes adjudicadores que no pertenezcan a la categoría de Administraciones Públicas, en un adecuado equilibrio entre las especialidades y simplificación del procedimiento que se establecen y su ámbito de aplicación. Así, su alcance no se extiende a una mera obra u obras, sino que debe tratarse de una auténtica colección, de excepcional interés, apreciado por un órgano cualificado, como es la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español. Igualmente, y a la vista de la configuración que se efectúa de estos contratos, solo podrán acudir a este régimen los poderes adjudicadores no Administraciones Públicas; cuyos contratos de suministro, entre los que se incluyen los arrendamientos, tienen la consideración de contratos privados.

Por otro lado, procede también adoptar una serie de medidas complementarias de apoyo al sector cultural y al deporte. En primer lugar, debe reconocerse a la Colección Carmen Thyssen-Bornemisza la garantía del Estado a que se refiere la disposición adicional novena de la Ley 16/1985, de 25 de junio. Con ello, una vez se formalice, en su caso, el arrendamiento de la misma, las obras que la integran gozarán de este singular régimen de aseguramiento,

permitiendo la cobertura de los riesgos por destrucción, pérdida, sustracción o daño de las mismas en tanto permanezcan en las instalaciones del Museo Nacional Thyssen-Bornemisza. De esta manera, se asegura aquella debidamente, de acuerdo con la entidad de la propia Colección, y sin perjuicio de la actualización anual de los términos de la garantía.

Asimismo, en el ámbito del deporte, se aclara el alcance y régimen de las nuevas facultades de comercialización conjunta de derechos audiovisuales atribuidas a la Real Federación Española de Fútbol (RFEF), como entidad organizadora de competiciones de ámbito estatal y no profesional; las cuales fueron introducidas en el Real Decreto Ley 5/2015, de 30 de abril, de medidas urgentes en relación con la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional, en virtud de la disposición adicional quinta del Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo. De este modo, resulta imprescindible ajustar la regulación vigente para que la RFEF, como entidad organizadora, pueda ejercer con plena efectividad esas facultades de comercialización que tiene encomendadas.

## II

El real decreto-ley consta de 3 artículos y 3 disposiciones finales.

El artículo 1 introduce una nueva disposición adicional en la Ley 16/1985, de 25 de junio, para regular el arrendamiento, por parte de poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administración Pública, de colecciones de bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español de interés excepcional, así apreciado por la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español.

Estos contratos podrán celebrarse, con algunas especialidades, a través del procedimiento negociado sin publicidad previsto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, correspondiente a aquellos supuestos en los que la ejecución solo puede encomendarse a un empresario determinado. Entre esas especialidades destaca la posibilidad de sustituir el pliego de cláusulas administrativas particulares por el propio clausulado del contrato, o la acreditación de la solvencia. Asimismo, se habilita la posibilidad de que, en caso de que los bienes pertenezcan a varios titulares, todos ellos concurren conjuntamente a la licitación, sin necesidad de constituir una unión de empresarios.

Además, para garantizar la continuidad y estabilidad del contrato se excluye la aplicación del plazo máximo de 5 años de duración establecido para los suministros con carácter general. Por otro lado, consecuencia de lo anterior, y en coherencia con lo expuesto, a la vista del objeto del contrato, y de sus

características, es necesario exceptuar también el régimen ordinario de revisión de precios, así como las condiciones de pago y de ejecución. Igualmente, se introduce una Comisión mixta, encargada de la resolución de controversias sobre los efectos y extinción del contrato, procurando que las eventuales discrepancias se ventilen sin necesidad de acudir a la vía judicial.

Por su parte, el artículo 2 reconoce a la Colección Carmen Thyssen-Bornemisza la garantía del Estado a que se refiere la disposición adicional novena de la Ley 16/1985, de 25 de junio. Este cualificado régimen de aseguramiento comenzará en la fecha de formalización del contrato de arrendamiento, y se extenderá, con carácter general, durante toda la vigencia del mismo. En su configuración, se toma como referencia la Orden CUD/664/2021, de 22 de junio, por la que se otorga la garantía del Estado a 425 obras para su exhibición en la colección permanente del Museo Nacional Thyssen Bornemisza; la cual comprende la práctica totalidad de las obras integrantes de la Colección Carmen Thyssen-Bornemisza. Además, se establecen reglas específicas para aquéllas no incluidas en dicha orden, pero sí en otras anteriores, o que no hubieran contado con anterioridad con la cobertura del Estado. El valor económico de las obras cubiertas por la garantía, así como las obras concretas, y el alcance, efectos, condiciones y límites de aquélla se actualizarán anualmente por Orden del Ministro de Cultura y Deporte.

Finalmente, el artículo 3 modifica el Real Decreto-ley 5/2015, de 30 de abril, clarificando las reglas y procedimientos a aplicar para la comercialización conjunta de derechos audiovisuales por parte de la RFEF, como entidad organizadora de competiciones de ámbito estatal y no profesional. A tal efecto, se establece la cesión obligatoria por parte de los participantes en las competiciones oficiales de fútbol de ámbito estatal de las facultades de comercialización conjunta de los derechos audiovisuales incluidos en el ámbito de aplicación de este real decreto-ley. Asimismo, respecto a las obligaciones de las entidades participantes en el Campeonato Nacional de Liga, se precisan destinatarios y fines de los fondos aportados como contribución solidaria al desarrollo del fútbol aficionado y de las infraestructuras federativas, así como a la mejora de la competitividad de las categorías no profesionales. También se aborda la forma de reparto de los ingresos a obtener de la comercialización de los derechos audiovisuales de competiciones de ámbito estatal organizadas por la RFEF, clarificando que los ingresos procedentes de la Supercopa se destinarán al fomento del fútbol aficionado e introduciendo los criterios para la distribución de los recursos de otras competiciones, que se asignarán entre los clubes o entidades participantes en cada una de ellas según los criterios que aprueben los mismos, por mayoría y para todo el período objeto de comercialización, en el marco de los órganos específicos creados por la RFEF al efecto.



En cuanto a las disposiciones finales, la primera se refiere al título competencial para dictar el texto. La segunda, por su parte, recoge la correspondiente la habilitación para el desarrollo reglamentario, y, finalmente, la disposición final tercera determina la entrada en vigor del real decreto-ley.

### III

El artículo 86 de la Constitución permite al Gobierno dictar decretos-leyes “en caso de extraordinaria y urgente necesidad”, siempre que no afecten al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I de la Constitución, al régimen de las comunidades autónomas ni al Derecho electoral general.

El real decreto-ley constituye un instrumento constitucionalmente lícito, siempre que el fin que justifica la legislación de urgencia sea, tal como reiteradamente ha exigido nuestro Tribunal Constitucional (sentencias 6/1983, de 4 de febrero, F. 5; 11/2002, de 17 de enero, F. 4, 137/2003, de 3 de julio, F. 3 y 189/2005, de 7 julio, F. 3), subvenir a una situación concreta, dentro de los objetivos gubernamentales, que por razones difíciles de prever requiere una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes, máxime cuando la determinación de dicho procedimiento no depende del Gobierno.

En el presente caso, por un lado, la situación de las obras de arte integrantes de la Colección Carmen Thyssen-Bornemisza, y la futura contratación de su arrendamiento, suponen la concurrencia de motivos que justifican la extraordinaria y urgente necesidad de implementar el régimen jurídico necesario para poder llevarla a cabo.

En efecto, en primer lugar hay que recordar la importancia de la Colección Carmen Thyssen-Bornemisza, a partir de la propia Colección Thyssen-Bornemisza. En abril de 1988, el Barón Thyssen-Bornemisza y el Estado firmaron el acuerdo de cesión, por nueve años y medio, de 775 obras de la colección del primero, con vistas a una futura adquisición. Se creó, además, una fundación para gestionar la colección, remodelándose el Palacio de Villahermosa para alojarla.

Dicha adquisición se llevó a cabo finalmente en 1993, previa aprobación del Real Decreto-ley 11/1993, de 18 de junio, sobre medidas reguladoras del contrato de adquisición de la Colección Thyssen-Bornemisza.

Las obras adquiridas correspondían a la práctica totalidad de la colección de Maestros Antiguos, y a más de la mitad de la colección de Maestros Modernos. Todas ellas pasaron a integrar la Colección Permanente del Museo Nacional

ThyssenBornemisza. Las pinturas restantes fueron distribuidas por el Barón entre sus herederos tras la firma de la compra definitiva por parte del Estado.

Entre las obras repartidas, pasaron entonces a la Colección Carmen Thyssen-Bornemisza cuatro de los siete grupos en mármol que August Thyssen había comprado a Auguste Rodin a comienzos de siglo. Por lo que respecta a las pinturas, de un total de 125, un quinto correspondía a Maestros Antiguos de pintura flamenca y holandesa del XVII y a pintores vedutistas italianos. Cerraba el conjunto un delicado lienzo de Fragonard, obra predilecta del Barón Thyssen-Bornemisza durante sus últimos años de vida. Las restantes pinturas correspondían al siglo XIX y al primer tercio del XX. Al primero, cabe adscribir obras del paisajismo americano del siglo XIX, del paisajismo realista francés y británico, así como del impresionismo y el posimpresionismo, con una selección más nutrida incluso que la del propio Museo Nacional Colección Thyssen-Bornemisza. Entre los cuadros del siglo XX, un capítulo destacado lo componía el expresionismo alemán, cerrando el conjunto obras de Picasso y Juan Gris.

Si bien desde entonces la Colección Carmen Thyssen-Bornemisza se ha orientado principalmente a adquirir y promocionar la pintura española del siglo XIX y comienzos del XX, también amplió significativamente su colección de pintura internacional. En los años noventa adquirió un espléndido cuadro de Simone Martini, al tiempo que se hizo con nuevas obras de pintura holandesa del siglo XVII, de pintura francesa del XVIII y de vedutistas. Pero ante todo amplió muy significativamente la presencia en su colección de obras situadas en el arco que se extiende entre el paisajismo naturalista de mediados del siglo XIX y las diversas corrientes expresionistas de principios de siglo.

Todo ello hace de la Colección Carmen Thyssen-Bornemisza el complemento imprescindible de la Colección Permanente del Museo Nacional Thyssen-Bornemisza; encontrándose en la actualidad la Colección en el propio Museo, en virtud de un contrato de préstamo gratuito suscrito el 15 de febrero de 2002 y sucesivamente prorrogado. Ello ha permitido que las obras que la integran permanezcan en la Fundación Colección Thyssen-Bornemisza, F.S.P., garantizando su difusión nacional e internacional.

No obstante, la vigente prórroga vencerá el próximo 15 de julio de 2021, corriéndose el riesgo de que los titulares de la Colección retiren las obras, en caso de no alcanzarse un acuerdo para su exhibición estable, mediante el correspondiente contrato de arrendamiento.

Lo anterior pone de manifiesto la urgente necesidad de articular los medios necesarios para asegurar, antes de que se produzca el vencimiento de la actual prórroga, que el Patrimonio Histórico español pueda seguir disfrutando, con

las necesarias garantías, de un conjunto de obras de arte de la calidad y prestigio de la Colección Carmen Thyssen-Bornemisza.

Así, la exigencia de garantizar su permanencia en España impone la adopción del régimen preciso para hacer factible la ocasión de incorporar al patrimonio cultural este conjunto de obras, de forma estable y con la adecuada seguridad jurídica. El arrendamiento a largo plazo supone dar continuidad y complementar la adquisición inicial de la Colección Thyssen-Bornemisza, llevada a cabo en 1993, consolidando el valor de la Fundación Colección Thyssen-Bornemisza, F.S.P., como institución cultural de extraordinaria relevancia en el ámbito museístico internacional.

En segundo lugar, y en esta misma línea, la operación refuerza el patrimonio cultural español. La mejora de la protección, conservación y conocimiento de este patrimonio va a redundar de forma muy favorable en el turismo cultural, y, por tanto, en la actividad económica.

Y es que la cultura es un incuestionable motor del sector turístico. Hay que tener en cuenta los datos anteriores a la pandemia de la COVID-19, en los que se observa que el turismo cultural es el tipo de turismo que más creció en los últimos cinco años. La Cuenta Satélite del Turismo en España (INE) estima en más del 12% la aportación de este sector al PIB en el último trienio disponible. Los datos procedentes de la explotación específica de las estadísticas turísticas oficiales, Encuesta de Turismo de Residentes (INE) y Encuesta de Gasto Turístico (INE), permiten mostrar que la cultura es el principal motivo de uno de cada cinco viajes realizados por ocio, recreo o vacaciones, tanto si se trata de viajes de residentes en España, motivando el 17% de este tipo de viajes en 2019, como de entradas de turistas internacionales, siendo el detonante principal del 19,8% de estas entradas de ese año. En conjunto más de 30 millones de viajes en 2019 fueron movilizadas por la cultura con un gasto total asociado de 24.433,4 millones de euros, 9.085,4 millones de euros para los residentes en España y 15.348 millones de euros para las entradas de turistas internacionales. Incluso si no se trata de viajes motivados por la cultura o por el ocio, las fuentes turísticas citadas constatan altos porcentajes de viajes en los que se realizan actividades culturales. Concretamente en el 24,6% del conjunto total de viajes de residentes y en el 36,9% de las entradas de extranjeros se registran actividades culturales, que comprenden tanto visitas culturales como asistencia a espectáculos y otro tipo de actividades vinculadas a la cultura. Dentro de las actividades culturales se observan mayores tasas de visitas culturales, el 74,5% si se trata de viajes de residentes, alcanzando el 91,5% en 2019 en las entradas de extranjeros.

En el caso del Museo Nacional Thyssen-Bornemisza, durante 2019 recibió 1.034.872 visitantes, un 11,5% más que en 2018. Para garantizar la continuidad

de este crecimiento y contribuir a la recuperación del turismo cultural y de la propia economía, una vez superados los momentos más duros de la pandemia, es imprescindible dar estabilidad a la presencia de la Colección Carmen Thyssen-Bornemisza, como elemento fundamental y garantía de cohesión, unidad y calidad en la institución.

La celebración del contrato, incluyendo el consiguiente reconocimiento de la garantía del Estado a las obras de la Colección, trasciende, pues, de la mera política cultural de protección, promoción y enriquecimiento del Patrimonio Histórico, que ya de por sí justificaría la implementación de medidas extraordinarias y urgentes. En efecto, la situación provocada por la COVID-19 ha dado lugar a la aprobación de medidas económicas y sociales que, además de facilitar la adecuada respuesta sanitaria a la emergencia, han permitido garantizar la protección de familias, trabajadores y colectivos vulnerables, y sostener el tejido productivo y social, minimizando el impacto y facilitando que la actividad económica se recupere cuanto antes.

Así, la consolidación del Museo Nacional Thyssen-Bornemisza, a través de la presencia de la Colección Carmen Thyssen-Bornemisza, pretende reforzar su posición y capacidad de arrastre de visitantes y, en definitiva, la figura del turismo cultural en sí, posibilitando que la aportación del sector al PIB, y el propio PIB, se sitúen a la mayor brevedad en niveles anteriores a la pandemia.

Por otro lado, y además de lo expuesto, la introducción de una regulación general que permita incrementar el patrimonio cultural mediante el arrendamiento de este tipo de bienes por el sector público supone habilitar un mecanismo fundamental para contribuir a dinamizar la actividad de creación y comercialización de obras de arte en un momento especialmente complicado como consecuencia de la pandemia. Se continúa así el camino ya apuntado por el Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019, que introdujo, por primera vez, una dotación extraordinaria para la adquisición de arte contemporáneo español. Con ello se pretendía favorecer el mercado interno de arte contemporáneo, al que se le dedicaba una cantidad específica e independiente del resto de presupuesto que anualmente ejecuta la Dirección General de Bellas Artes en la adquisición de piezas para las Colecciones Públicas del Estado.

En ese sentido, la adopción de medidas de carácter económico acudiendo al instrumento del real decreto-ley ha sido avalada por el Tribunal Constitucional, siempre que concurra una motivación explícita y razonada de la necesidad, entendiendo por tal que la coyuntura económica exige una rápida respuesta, y la urgencia, asumiendo como tal que la dilación en el tiempo de la adopción

de la medida de que se trate mediante una tramitación por el cauce normativo ordinario podría generar algún perjuicio.

De acuerdo con lo anterior, la oportunidad de contar con una colección de obras de arte de la entidad de la que nos ocupa, evitando su salida del Museo, y asegurando así la posición de éste, y su contribución a la Cultura y a la recuperación económica, habilita la utilización del mecanismo del real decreto-ley. No hay que olvidar, en este sentido, que para la adquisición de la Colección Thyssen-Bornemisza también se acudió a este instrumento, mediante el Real decreto-ley 11/1993, de 18 de junio. Igualmente, la continuación y refuerzo de los apoyos públicos y privados movilizados por el Gobierno desde el inicio de la crisis sanitaria, centrados ahora en el apoyo al sector cultural, y, en concreto, a la producción y dinamización del mercado interno de obras de arte, y por ende a los propios artistas, implementando medidas específicas para dar respuesta a las necesidades que surgen de la situación excepcional creada por la crisis sanitaria; respaldando a los agentes económicos y sociales para que su incidencia sea la menor posible y facilitando la recuperación económica para afrontar las consecuencias de la COVID-19, justifica plenamente acudir a la legislación de urgencia.

En el caso del otorgamiento de la garantía del Estado a la Colección Carmen Thyssen-Bornemisza, además, la urgencia viene dada por la necesidad de proporcionar, con carácter inmediato y sin las dilaciones propias del procedimiento correspondiente, la debida certidumbre y seguridad jurídica al régimen de aseguramiento de las obras; evitando de igual modo que, una vez firmado el contrato, hubiera un periodo de tiempo, desde la firma del mismo hasta el otorgamiento formal de la garantía, en el que las obras carecieran de cobertura alguna.

Por su parte, en cuanto a la modificación del Real Decreto-ley 5/2015, de 30 de abril, hay que recordar la paralización de toda actividad deportiva profesional y no profesional consecuencia de la crisis sanitaria; lo que supuso, como en otras áreas de actividad, una reducción de las vías de financiación de los organizadores de las competiciones. La normalización de la situación sanitaria ha permitido retomar la actividad deportiva, si bien con limitaciones de aforo o prohibición total de acceso al público en el caso de los deportes profesionales; manteniéndose con estas restricciones la limitación de los recursos de financiación de competiciones y actividades deportivas.

En este contexto, se entendió que el fútbol, uno de los grandes motores del deporte en España, con capacidad de tracción respecto al resto del deporte español, sería clave para la reconstrucción del tejido económico deportivo. Con este objetivo de contribuir a financiar y dotar de estabilidad al deporte federado, olímpico y paralímpico en la antesala de la celebración de los Juegos

Olímpicos de Tokio, se modificó el Real Decreto ley 5/2015, de 30 de abril, en virtud del Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, introduciendo una contribución solidaria del fútbol al resto de los deportes, y facilitando así, en un momento crítico, la transferencia de recursos privados generados por el fútbol hacia políticas deportivas públicas.

Este Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, también recogió los acuerdos de abril de 2020, adoptados en el denominado Pacto de Viana, entre la Liga Nacional de Fútbol Profesional, la RFEF y el Consejo Superior de Deportes, con objeto de dotar de mayores posibilidades de sostenibilidad a las competiciones futbolísticas cuya organización corresponde a la propia RFEF. Para ello, se acordó la modificación del Real Decretoley 5/2015, de 30 de abril, ampliando su ámbito de aplicación, además de al Campeonato Nacional de Liga de Primera y Segunda División, a la Copa de S.M. el Rey y a la Supercopa de España, ya previstos, al resto de competiciones de ámbito estatal organizadas por la RFEF, tanto masculinas como femeninas. De este modo, se atribuyen a la Federación nuevas facultades de comercialización conjunta de derechos audiovisuales.

Sin embargo, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) apreció que esta reforma había sido incompleta, ya que el ejercicio de las facultades de comercialización conjunta de derechos audiovisuales incluidos dentro del ámbito de aplicación del real decreto-ley correspondientes al resto de las competiciones organizadas por la RFEF exige, con carácter previo, la cesión de tales derechos a favor de la RFEF por parte de los clubes; y no contemplar la normativa la cesión obligatoria de dichas facultades, como sí ocurre para las demás competiciones anteriormente citadas. Por ello, no se ha podido llevar a efecto hasta ahora la gestión centralizada de los derechos de retransmisión por parte de la RFEF, afectando gravemente tanto a la gestión de recursos de la propia Federación, como al valor de la competición; siendo necesario efectuar el correspondiente ajuste de forma extraordinaria y urgente para evitar las distorsiones que la imposibilidad de aplicación del Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, ha generado en la gestión de los derechos de retransmisión de las competiciones organizadas por la RFEF.

La extraordinaria y urgente necesidad en la aprobación de esta modificación deriva, pues, de la necesidad de dotar de un marco normativo estable que dé seguridad jurídica a los operadores intervinientes en esta venta centralizada de estos derechos, y que permita a la RFEF ofrecer un producto completo que incrementará el valor de mercado de dichos derechos. No hay que olvidar que los importes que se obtengan en la comercialización conjunta irían destinados a invertir en la mejora de las condiciones de la competición.

Además, hay que tener en cuenta la inminencia del comienzo de las competiciones organizadas por la RFEF, previsto para el próximo mes de septiembre; de modo que el proceso de comercialización de esos derechos debe llevarse a cabo con un margen temporal suficiente para que los operadores y la propia federación puedan gestionarlo en los mejores términos para el desarrollo y explotación de la competición. De no producirse esta modificación, las consecuencias tanto para la Federación como para los clubes participantes en las competiciones organizadas por éstas serían nefastas desde el punto de vista de la reconstrucción del tejido económico deportivo, que fue el objetivo perseguido por el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril.

No obsta a lo anterior el hecho de que el propio Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, tras su convalidación por el Congreso de los Diputados, se esté tramitando actualmente como proyecto de ley en las Cortes Generales; pues el estado actual de tramitación del mismo impediría que las modificaciones ahora pretendidas estuvieran en vigor antes del inicio de la nueva temporada.

En todo caso, la extraordinaria y urgente necesidad de aprobar este real decreto-ley se inscribe en el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno (SSTC 61/2018, de 7 de junio, FJ 4; 142/2014, de 11 de septiembre, FJ 3) y esta decisión, sin duda, supone una ordenación de prioridades políticas de actuación (STC 14/2020, de 28 de enero), centradas en este caso en medidas en el ámbito cultural y deportivo, encaminadas también a la recuperación económica. Los motivos de oportunidad que acaban de exponerse demuestran que, en ningún caso, el presente real decreto-ley constituye un supuesto de uso abusivo o arbitrario de este instrumento constitucional (SSTC 61/2018, de 7 de junio, FJ 4; 100/2012, de 8 de mayo, FJ 8; 237/2012, de 13 de diciembre, FJ 4; 39/2013, de 14 de febrero, FJ 5). Al contrario, todas las razones expuestas justifican amplia y razonadamente la adopción de la presente norma.

Debe señalarse, por otro lado, que el real decreto-ley no afecta al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I de la Constitución, al régimen de las comunidades autónomas ni al Derecho electoral general. En particular, respecto a la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional, se encuentra regulada, y ha sido modificada en el pasado, atendiendo a razones de urgente necesidad, a través de este instrumento normativo. En todo caso, los ajustes que ahora se introducen en esa regulación no afectan al “contenido o elementos esenciales” de esta modalidad de derecho de propiedad privada (SSTC 111/1983, de 2 de junio, FJ 4; 139/2016, de 21 de julio, FJ 6), ni se utiliza el real decreto-ley para “precisar el haz de facultades” que lo integran o para “definir la función social del mismo” (SSTC 93/2015, de 14 de mayo, FJ 13; 16/2021, de



28 de enero, FJ 5). Antes al contrario, se modifica de forma puntual el régimen general de comercialización de derechos audiovisuales de las competiciones de fútbol, ya establecido por el Real Decreto-Ley 5/2015, de 30 de abril, que, como recuerda su parte expositiva, opta por el modelo de comercialización conjunta, por las propias dificultades del sector para autorregularse; imponiendo a los equipos la obligación de ceder las facultades de comercialización de sus derechos, y estableciendo el sistema de distribución de ingresos, de los que se destina una parte a fines de interés general. La actual modificación se limita a aplicar este régimen a competiciones no incluidas inicialmente, incluyendo determinadas especialidades en los criterios de reparto de los ingresos, y concretando el destino de la contribución solidaria al desarrollo del fútbol aficionado. Se respetan, pues, los límites que para el real decreto-ley se establecen en el artículo 86 de la Constitución Española.

#### IV

El presente real decreto-ley responde a los principios de buena regulación recogidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y, en particular, a los de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia.

A estos efectos, se pone de manifiesto el cumplimiento de los principios de necesidad y eficacia dado el interés general en el que se fundamentan las medidas que se establecen, y habiéndose identificado los fines perseguidos; siendo el real decreto-ley el instrumento más adecuado para garantizar su consecución.

La norma es acorde con el principio de proporcionalidad, al contener la regulación imprescindible para la consecución de los objetivos previamente mencionados. Igualmente, se ajusta al principio de seguridad jurídica, siendo coherente con el resto del ordenamiento jurídico, generando un marco normativo de certidumbre, que facilita su conocimiento y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de Administraciones, personas y empresas afectadas. En cuanto al principio de transparencia, la norma está exenta de los trámites de consulta pública, audiencia e información pública, que no son aplicables a la tramitación y aprobación de reales decretos-leyes.

Por último, en relación con el principio de eficiencia, este real decreto-ley impone las cargas administrativas necesarias para la consecución de sus fines.

Este real decreto-ley se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.2 de la Constitución Española, que dispone 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 además por los títulos

competenciales previstos en el artículo 149.1.13.<sup>a</sup>, 18.<sup>a</sup> y 28.<sup>a</sup> de la Constitución Española.

En su virtud, haciendo uso de la autorización contenida en el artículo 86 de la Constitución Española, a propuesta de la Ministra de Hacienda y Función Pública y del Ministro de Cultura y Deporte, y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 13 de julio de 2021,

## DISPONGO

**Artículo 1.** *Modificación de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español*

Se añade una nueva disposición adicional décima a la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, con la siguiente redacción:

“Disposición adicional décima. Arrendamiento de colecciones de bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español por determinadas entidades del sector público.

1. El arrendamiento, con o sin opción de compra, por parte de las entidades del sector público que, con arreglo al artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, tengan la consideración de poder adjudicador no Administración Pública, de colecciones de bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español cuyo interés excepcional haya sido declarado por la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español, u órgano equivalente de las comunidades autónomas, tendrá naturaleza de contrato privado; y su preparación y adjudicación se regirán por lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

En cuanto a sus efectos y extinción, con carácter general les serán aplicables las normas de derecho privado. No obstante, cuando el contrato tenga la consideración de contrato sujeto a regulación armonizada con arreglo a lo previsto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, le será aplicable lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 26.3 de dicha ley, salvo las normas relativas a la racionalización técnica de la contratación. Asimismo, no será obligatorio el establecimiento de condiciones especiales de ejecución, pero, de incorporarse, en todo caso deberán estar vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 145.6 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, no serán directa o indirectamente discriminatorias, serán compatibles con el Derecho de la Unión Europea y se indicarán en el expediente de la contratación.

No obstante, no resultarán de aplicación los siguientes preceptos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre:

- a) El artículo 29, relativo al plazo de duración de los contratos y de ejecución de la prestación. En estos contratos, el plazo de duración será como máximo de 15 años.
- b) El capítulo II del título III del libro I, relativo a la revisión de precios de los contratos de las entidades del sector público, así como lo dispuesto en la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española.

En los contratos a los que se refiere esta disposición, excepcionalmente, cuando la duración sea superior a 5 años, podrá preverse la revisión anual periódica y predeterminada del precio. Esta revisión en ningún caso podrá conllevar incrementos de la renta superiores al índice de precios al consumo del correspondiente año.

- c) Los artículos 198.4 y 210.4, relativos a las condiciones especiales de pago.

Asimismo, el pago de cada anualidad de renta podrá efectuarse de forma anticipada, sin que resulte exigible ningún otro requisito adicional.

La resolución de controversias sobre los efectos y extinción del contrato podrá encomendarse a una Comisión mixta, compuesta por representantes de los arrendadores y de la entidad del sector público arrendataria. Si transcurrido un mes dicha Comisión no lograra un acuerdo, podrá acudir a la jurisdicción civil.

2. Al arrendamiento de estos bienes se le podrá aplicar el procedimiento negociado sin publicidad correspondiente a aquellos supuestos en los que la ejecución solo puede encomendarse a un empresario determinado, previsto en el artículo 168.a) 2.º de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, previa acreditación de que no existen alternativas equivalentes y de los demás requisitos exigidos al efecto, con las siguientes especialidades respecto de lo establecido en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre:

- a) En estos contratos, el pliego de cláusulas administrativas particulares será sustituido por el propio clausulado del contrato, sin perjuicio de la obligación del órgano de contratación de elaborar el correspondiente expediente; así como el informe previsto en el artículo 336 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, en el caso de contratos sujetos a regulación armonizada.
- b) La acreditación de la titularidad de los bienes, o de otro derecho real que permita ceder su uso, así como de los requisitos de capacidad

del arrendador, se realizará conforme a las normas de derecho privado aplicables. La solvencia se entenderá justificada con la acreditación de la titularidad de las obras o del derecho real que permita ceder su uso.

c) En el caso de que la colección de bienes muebles esté integrada por un conjunto de obras que pertenezcan a más de un titular, podrán concurrir todos ellos conjuntamente a la licitación, previa acreditación de dicha titularidad, sin necesidad de constituir una unión de empresarios. Esta misma previsión será aplicable a los supuestos en que sean varios los titulares de cualesquiera otros derechos que permitan ceder el uso de las obras que integran la colección.

Cada uno de los titulares deberá tener plena capacidad de obrar y no estar incurso en ninguna prohibición de contratar. Los titulares quedarán obligados solidariamente y deberán nombrar un representante para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que del contrato se deriven hasta la extinción del mismo.”

**Artículo 2.** *Otorgamiento de la garantía del Estado a las obras de la Colección Carmen Thyssen-Bornemisza arrendadas a la Fundación Colección Thyssen-Bornemisza, F.S.P.*

1. Se otorga a las obras de arte integrantes de la Colección Carmen Thyssen-Bornemisza arrendadas a la Fundación Colección Thyssen-Bornemisza, F.S.P. la garantía del Estado a que se refiere la disposición adicional novena de la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español, y el Real Decreto 1680/1991, de 15 de noviembre, por el que se desarrolla la disposición adicional novena de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, sobre garantía del Estado para obras de interés cultural, en los términos previstos en dicha normativa y en el presente artículo.

Los efectos de la garantía del Estado comenzarán en la fecha de formalización del contrato de arrendamiento, siempre que las obras se encontraran en la Fundación Colección Thyssen-Bornemisza, F.S.P. a dicha fecha, y se extenderán durante toda la vigencia del mismo. Si las obras integrantes de la Colección no estuvieran a disposición de la Fundación en el momento de formalización del contrato, los efectos de la garantía del Estado comenzarán en el momento en que se entreguen a la Fundación.

2. El alcance, efectos, condiciones y límites iniciales de esta garantía serán los establecidos en la Orden CUD/664/2021, de 22 de junio, por la que se otorga la garantía del Estado a 425 obras para su exhibición en la colección permanente del Museo Nacional Thyssen Bornemisza, o en la que se dicte al efecto.

El valor individual inicial de las obras incluidas en el contrato será el que figura en la solicitud de garantía del Estado presentada por la Fundación Colección Thyssen-Bornemisza, F.S.P., con ocasión de la garantía otorgada por Orden CUD/664/2021, de 22 de junio, o la que se haya dictado al efecto.

3. En el caso de que el contrato comprenda alguna obra no contemplada en dicha Orden, que hubiera sido con anterioridad objeto de la garantía del Estado, el valor individual inicial de dicha obra será el que figuraba en la solicitud presentada con ocasión de la garantía concedida en su momento por la correspondiente Orden Ministerial, o, en el caso de ser varias, por la última de ellas. El alcance, efectos, condiciones y límites iniciales de la garantía, respecto a estas obras, será también el establecido en la Orden que la otorgaba, o en el caso de ser varias, en la última de ellas.

Si el contrato comprende alguna obra que nunca hubiera sido objeto de la garantía del Estado, su aseguramiento se llevará a cabo, en su caso, mediante la suscripción del correspondiente contrato de seguro por parte de la Fundación Colección Thyssen-Bornemisza, F.S.P., sin que se entienda incluida en aquella garantía. En estos casos, la Fundación podrá solicitar la cobertura del Estado con ocasión de la actualización prevista en el apartado 5.

4. El valor económico inicial total de la garantía se determinará sumando el valor individual inicial de las obras a las que se refiere el apartado 2, al valor individual inicial de las obras a las que se refiere el primer párrafo del apartado 3.

5. La relación de las obras cubiertas por esta garantía, así como el valor económico correspondiente, individual y total, deberán actualizarse anualmente por Orden del Ministro de Cultura y Deporte, previa solicitud de la Fundación Colección Thyssen-Bornemisza, F.S.P. a formular en el último trimestre de cada ejercicio. Igualmente, deberán actualizarse el alcance, efectos, condiciones y límites de la garantía.

Dicha actualización deberá respetar, en todo caso, el límite máximo de los compromisos específicos que se otorguen a la Fundación Colección Thyssen-Bornemisza al respecto, según se establezca en las leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado.

6. Si la cesión de las obras de arte integrantes de la Colección Carmen Thyssen-Bornemisza a la Fundación Colección Thyssen-Bornemisza, F.S.P., se lleva a cabo con carácter gratuito, no resultará de aplicación lo dispuesto en este artículo 2 y se estará al régimen general previsto en la disposición adicional novena de la Ley 16/1985, de 25 de junio, y en el Real Decreto 1680/1991, de 15 de noviembre.

**Artículo 3.** *Modificación del Real Decreto-ley 5/2015, de 30 de abril, de medidas urgentes en relación con la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional*

El Real Decreto-ley 5/2015, de 30 de abril, de medidas urgentes en relación con la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional, queda modificado como sigue:

Uno. Se modifica el apartado 2 del artículo 2, que queda redactado en los siguientes términos:

“2. La participación en una competición oficial de fútbol de ámbito estatal conllevará necesariamente la cesión por sus titulares a la entidad organizadora de las facultades de comercialización conjunta de los derechos audiovisuales incluidos en el ámbito de aplicación de este real decreto-ley.

A efectos de este real decreto-ley, y sin perjuicio de las competencias reconocidas en la legislación deportiva general, tendrán la consideración de entidad organizadora:

a) La Liga Nacional de Fútbol Profesional, respecto del Campeonato Nacional de Liga de Primera y Segunda División.

b) La Real Federación Española de Fútbol, respecto de la Copa de S.M. el Rey, de la Supercopa de España y del resto de competiciones de ámbito estatal que organice, tanto masculinas como femeninas, en todas las especialidades de la modalidad del fútbol en tanto dichas competiciones no sean declaradas competiciones profesionales. A partir de dicha declaración, adquirirá la condición de entidad organizadora la Liga Profesional que se cree a tal efecto”.

Dos. Se modifica la letra c) del artículo 6.1, que queda redactada del siguiente modo:

“c) Un 2 por 100 se entregará a la Real Federación Española de Fútbol, como contribución solidaria al desarrollo del fútbol aficionado y de las infraestructuras federativas así como a la mejora de la competitividad de las categorías no profesionales. Esa cantidad podrá incrementarse en el marco del convenio al que se refiere el artículo 28 del Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones Deportivas Españolas y Registro de Asociaciones Deportivas. De este 2 por 100, un 50 por 100 se destinará a las federaciones de ámbito territorial, en función del número de licencias, para las finalidades y con arreglo a los criterios de reparto que el Gobierno determine reglamentariamente. El 50 por 100 restante se aplicará a las actividades propias de la Real Federación Española de Fútbol para el fomento y desarrollo de las selecciones españolas de fútbol en todas las especialidades, el fomento del fútbol aficionado y la dotación de las infraestructuras propias necesarias, en los términos que se establezcan reglamentariamente”.

Tres. Se modifica el apartado 1 del artículo 8, que pasa a tener la siguiente redacción:

“1. La Real Federación Española de Fútbol podrá comercializar directamente los derechos audiovisuales de la Copa de S.M. el Rey y de la Supercopa de España de conformidad con el artículo 4. Asimismo, podrá comercializar directamente, en los términos previstos en el artículo 2.2, las demás competiciones de ámbito estatal que organice, tanto masculinas como femeninas, en régimen de concurrencia y publicidad, y con sujeción a lo previsto en el artículo 4.5.

La Real Federación Española de Fútbol repartirá los ingresos que obtenga de la comercialización de los derechos de la Copa de S.M. el Rey conforme a los siguientes criterios:

- a) El 60 por 100 de los ingresos se destinará a los equipos de la Liga Nacional de Fútbol Profesional y se asignarán de conformidad con las reglas previstas en el artículo 5. A efectos de la aplicación del criterio 1.º de la letra b) del artículo 5.3, se tomarán en consideración únicamente a las entidades que disputen la ronda de octavos de final de la competición durante las cinco últimas temporadas, con la siguiente ponderación: Campeón 22 por 100; Subcampeón, 16 por 100; Semifinalistas, 9 por 100, Cuartos de Final, 6 por 100, Octavos de Final, 2,5 por 100.
- b) El 40 por 100 restante se destinará a la promoción del fútbol aficionado y a los equipos de otras categorías que participen en la competición.

En el seno de la Real Federación Española de Fútbol, se constituirá un órgano de gestión de la misma composición que el establecido en el artículo 7, con dos especialidades:

- a) El presidente de la Liga Nacional de Fútbol Profesional será sustituido por el presidente de la Real Federación Española de Fútbol.
- b) Será miembro del órgano un club de la Segunda División B, elegido por los clubes o sociedades anónimas deportivas de esa categoría.

Este órgano tendrá las funciones previstas en las letras a), d), e) y g) del artículo 7.1 referido a la Copa de S.M. el Rey y a la Supercopa de España.

La Real Federación Española de Fútbol repartirá los ingresos que obtenga de la comercialización de cada una de las otras competiciones entre los clubes o entidades participantes en cada una de ellas según los criterios que aprueben los mismos, por mayoría y para todo el período objeto de comercialización, en el marco de los órganos específicos que la Real Federación Española de Fútbol creará al efecto.

En todo caso, entre los criterios de reparto se incluirán los resultados deportivos, el impacto social de cada uno de los clubes, el fomento de la cantera y del fútbol base.



De los ingresos que correspondan a cada uno de los clubes, estos deberán destinar, por medio de la Real Federación Española de Fútbol, un 2,5 por 100 de los mismos a financiar un Fondo de Compensación del que podrán beneficiarse las entidades deportivas que desciendan de la categoría que fue objeto de comercialización conjunta; y un 3 por 100 que se destinará como contribución solidaria al conjunto del fútbol aficionado y a las infraestructuras necesarias para su adecuado desarrollo.

La Real Federación Española de Fútbol repartirá este 3 por 100 de la siguiente forma: un 1 por 100 a las Federaciones Autonómicas, en función del número de licencias expedidas; un 1 por 100 a la promoción de la categoría objeto de comercialización en los mercados nacionales e internacionales; y un 1 por 100 al conjunto de las selecciones españolas de categorías no absolutas y a las infraestructuras propias de la Federación”.

**Disposición final primera.** *Título competencial*

Este real decreto-ley se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.2, que dispone 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 además por los títulos competenciales contemplados en los artículos 149.1.13.<sup>a</sup>, 18.<sup>a</sup> y 28.<sup>a</sup> de la Constitución Española, que atribuyen al Estado la competencia exclusiva sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica; legislación básica sobre contratos; y defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación.

**Disposición final segunda.** *Habilitación normativa*

Se autoriza al Gobierno para que adopte las disposiciones que sean necesarias para el desarrollo y ejecución de este real decreto-ley.

**Disposición final tercera.** *Entrada en vigor*

1. El presente real decreto-ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”.

2. Las modificaciones introducidas por el artículo 3 en el Real Decreto-ley 5/2015, de 30 de abril, de medidas urgentes en relación con la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional, serán de aplicación a los contratos de comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales a que se refiere el artículo 1 del mismo que se celebren a partir de la entrada en vigor del presente real decreto-ley.

Dado en Madrid, el 13 de julio de 2021.

## II. RESEÑA DEL REAL DECRETO-LEY 15/2021, DE 13 DE JULIO, POR EL QUE SE REGULA EL ARRENDAMIENTO DE COLECCIONES DE BIENES MUEBLES INTEGRANTES DEL PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL POR DETERMINADAS ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO Y SE ADOPTAN OTRAS MEDIDAS URGENTES EN EL ÁMBITO CULTURAL Y DEPORTIVO

El Real Decreto-ley 15/2021, de 13 de julio, establece el régimen especial del arrendamiento de colecciones de bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español por parte de entidades del sector público mediante una nueva disposición adicional que se incorpora a la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, por virtud del artículo 1 de este Real Decreto. Resumidamente, esas especialidades son las siguientes:

- El contrato de arrendamiento tendrá naturaleza de contrato privado y su preparación y adjudicación se regirán por el artículo 26 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.
- Su duración máxima será de quince años.
- La revisión del precio del contrato podrá ser de carácter anual cuando la duración del acuerdo sea superior a cinco años, y nunca podrá conllevar incrementos superiores al índice de precios del consumo.
- El pago de las anualidades podrá efectuarse de forma anticipada.
- Podrán arrendarse estos bienes mediante el procedimiento negociado sin publicidad:
  - o (i) acreditando que no existen alternativas a un determinado empresario,
  - o (ii) sustituyendo el pliego de cláusulas administrativas particulares por el propio clausulado del contrato,
  - o (iii) demostrando conforme a las reglas del derecho privado la titularidad del derecho que permita ceder el uso de los bienes, y
  - o (iv) pudiendo concurrir varios titulares de forma conjunta a la licitación de una colección sin necesidad de constituir una unión de empresarios.

Por último, el Real Decreto también recoge el otorgamiento de la garantía del Estado a las obras de la Colección Carmen Thyssen-Bornemisza, así como una modificación de la regulación sobre la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional.

SUMARIO: I. LEY QUE MODIFICA LA LEY 28296, LEY GENERAL DEL PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACIÓN. II. PROYECTO DE LEY 762/2021 GENERAL DE MUSEOS. III. PROYECTO DE LEY 763/2021 GENERAL DE MUSEOS.

**I. LEY QUE MODIFICA LA LEY 28296, LEY GENERAL DEL PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACIÓN**

*Artículo 1. Modificación de los artículos II y III del Título Preliminar, el párrafo 1.1 del artículo 1; el artículo 5; los párrafos 6.1 y 6.3 del artículo 6; los párrafos 9.2 y 9.4 del artículo 9; el artículo 13; el artículo 15; los numerales 5, 8 y 9 del artículo 16; los párrafos 30.1, 30.2, 30.3 y 30.4 del artículo 30; los párrafos 32.1 y 32.2 del artículo 32; los párrafos 35.1 y 35.3 del artículo 35; el párrafo 40.1 del artículo 40; y el párrafo 49.2 del artículo 49 de la Ley 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación.*

Modifícanse los artículos II y III del Título Preliminar, el párrafo 1.1 del artículo 1; el artículo 5; los párrafos 6.1 y 6.3 del artículo 6; los párrafos 9.2 y 9.4 del artículo 9; el artículo 13; el artículo 15; los numerales 5, 8 y 9 del artículo 16; los párrafos 30.1, 30.2, 30.3 y 30.4 del artículo 30; los párrafos 32.1 y 32.2 del artículo 32; los párrafos 35.1 y 35.3 del artículo 35; el párrafo 40.1 del artículo 40; y el párrafo 49.2 del artículo 49 de la Ley 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación; con los siguientes textos.

**Artículo II. Definición**

Se entiende por bien integrante del Patrimonio Cultural de la Nación todo lugar o sitio o paisaje, edificación, espacio y manifestación material o inmaterial, relacionada o con incidencia al quehacer humano, que por su importancia, significado y valor arqueológico, arquitectónico, histórico, urbanístico, artístico, militar, social, simbólico, antropológico, vernáculo o tradicional, religioso, etnológico, científico, tecnológico, industrial o intelectual, sea expresamente declarado como tal o sobre el que exista la presunción legal de serlo.

Dichos bienes tienen la condición de propiedad pública o privada con las limitaciones que establece la presente Ley.

### **Artículo III.** *Presunción legal*

Se presume que tienen la condición de bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación, los bienes materiales o inmateriales, de la época prehispánica, virreinal, republicana y contemporánea, independientemente de su condición de propiedad pública o privada, que tengan la importancia, el valor y significado referidos en el artículo precedente y/o que se encuentren comprendidos en los tratados y convenciones sobre la materia de los que el Perú sea parte.

La presunción legal queda sin efecto por declaración expresa de la autoridad competente, de oficio o de parte, hecho amparado en el sustento respectivo. Dichos bienes se encuentran sujetos a las disposiciones, acciones y medidas de protección, sean definitivas o provisionales, establecidas en la presente Ley y su Reglamento, y demás acciones legales y administrativas contempladas en la legislación vigente.

### **Artículo I.** *Clasificación*

Los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación se clasifican en:

#### **1. BIENES MATERIALES**

##### **1.1 INMUEBLES**

Comprende de manera no limitativa, los edificios, obras de infraestructura, paisajes e itinerarios culturales, lugares, sitios, espacios, ambientes, zonas y conjuntos monumentales, centros históricos, centros industriales y demás construcciones, o evidencias materiales resultantes de la vida y actividad humana urbanos y/o rurales, aunque estén constituidos por bienes de diversa antigüedad o destino y tengan valor arqueológico, arquitectónico, histórico, religioso, etnológico, artístico, militar social, antropológico, vernáculo o tradicional, contemporáneo, científico, intelectual, tecnológico, industrial, simbólico, conmemorativo, su entorno paisajístico y los sumergidos en espacios acuáticos del territorio nacional.

El ámbito de protección de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación o los que se presumen como tales, comprende el suelo y subsuelo en el que se encuentran o asientan, los aires, el marco circundante, así como la zona de amortiguamiento técnicamente definidas como un área de extensión mínima de resguardo, para la no afectación del bien y sus contextos asociados.

Para bienes inmuebles del período prehispánico, el marco circundante es parte integrante del Patrimonio Cultural de la Nación y la zona de amortiguamiento es un área situada alrededor del bien inmueble. Para los bienes inmuebles de un período posterior al prehispánico, el marco circundante y zona de

amortiguamiento son áreas situadas alrededor del bien inmueble integrante del Patrimonio Cultural de la Nación.

Para los bienes inmuebles de un período posterior al prehispánico, sus parámetros de uso y edificación serán regulados por el gobierno local o regional según corresponda a su competencia y jurisdicción integrando los lineamientos establecidos por el Ministerio de Cultura y su vigencia estará condicionada a la opinión favorable de dicha entidad, a fin de reforzar la protección del bien integrante del Patrimonio Cultural de la Nación involucrado.

[...]

**Artículo 5.** *Bienes culturales no descubiertos o registrados*

Los bienes culturales integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación, muebles o inmuebles no descubiertos o no registrados son de exclusiva propiedad del Estado. Aquellos que se encuentren en propiedad privada, conservan tal condición, sujetándose a las limitaciones y medidas señaladas en la presente Ley.

Los bienes arqueológicos descubiertos o conocidos que a la promulgación de la presente Ley no son de propiedad privada, mantienen la condición de intangibles, imprescriptibles y públicos, correspondiendo su registro y/o inscripción a favor del Estado.

Toda acción u omisión que contravenga las disposiciones establecidas por la presente Ley y que conlleven a la extracción, remoción, traslado, modificación, daño o destrucción, transferencia u ocultamiento de estos bienes, constituyen ilícitos penales.

**Artículo 6.** *Propiedad del bien cultural inmueble integrante del Patrimonio Cultural de la Nación*

6.1 Todo bien inmueble integrante del Patrimonio Cultural de la Nación de carácter prehispánico es de propiedad del Estado, así como sus partes integrantes y/o accesorias y sus componentes descubiertos o por descubrir, independientemente de que se encuentre ubicado en predio de propiedad pública o privada. Dicho bien inmueble integrante del Patrimonio Cultural de la Nación tiene la condición de intangible, inalienable e imprescriptible, siendo administrado únicamente por el Estado. La condición de intangible está regulada por el Ministerio de Cultura a través de los reglamentos y demás normas correspondientes.

[...]

6.3 El propietario del predio donde exista un bien inmueble integrante del Patrimonio Cultural de la Nación de carácter prehispánico está

obligado a registrar dicho bien, protegerlo y conservarlo, evitando su abandono, depredación y/o destrucción, conforme a las disposiciones que dicte el Ministerio de Cultura, en las que precisa las responsabilidades comunes del Estado y del propietario del bien. Cualquier acto que afecte o altere la intangibilidad de tales bienes deberá ser inmediatamente puesto en conocimiento del Ministerio de Cultura. El incumplimiento de estos deberes por negligencia o dolo acarrea responsabilidad administrativa, civil y penal, según corresponda.

[...]

**Artículo 9.** *Transferencia de bienes*

[...]

9.2 La transferencia de dominio entre particulares de un bien integrante del Patrimonio Cultural de la Nación obligatoriamente debe ser puesta en conocimiento previo del Ministerio de Cultura.

[...]

9.4 El Estado tiene preferencia en la transferencia onerosa de bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación. La transferencia efectuada sin el conocimiento previo del Ministerio de Cultura es anulable, siendo facultad del Ministerio de Cultura promover la acción de nulidad de aquellas transferencias que se hayan realizado sin su conocimiento, cuando ejerza su derecho de preferencia para su adquisición.

[...]

**Artículo 13.** *Inscripción de inmueble*

El Ministerio de Cultura es el titular para solicitar la inscripción de la condición cultural del bien inmueble integrante del Patrimonio Cultural de la Nación ante la Oficina Registral en cuya jurisdicción se encuentra el bien, así como la inmatriculación de este bien inmueble a favor del Estado. Todas las acciones o trámites registrales vinculados al saneamiento físico-legal de un bien integrante del Patrimonio Cultural de la Nación, que realice el Ministerio de Cultura, se encuentran exentos de pago por dichos trámites, al igual que las acciones o trámites registrales que realice esta entidad para la inscripción de la condición cultural del inmueble integrante del Patrimonio Cultural de la Nación, sea de propiedad pública o privada.

**Artículo 15.** *Registro Nacional de Bienes*

15.1. Créase el Registro Nacional de Bienes Integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación a cargo del Ministerio de Cultura que tiene por objeto la centralización del ordenamiento de los datos de los bienes culturales de la

nación, en el marco de un sistema de protección colectiva de su patrimonio a partir de la identificación y registro del bien.

[...]

**Artículo 16.** *Conformación del Registro Nacional*

El Registro Nacional de Bienes Integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación está conformado por:

5. El Registro Nacional de Museos e Instituciones Museales Públicas y Privadas, donde se inscriben, como requisito indispensable para su funcionamiento, los museos e instituciones museales ubicadas dentro del territorio nacional.

[...]

8. El Registro Nacional de Personas Naturales o Jurídicas que realicen intervenciones de mantenimiento, conservación y restauración de Bienes Integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación, ya sean muebles e inmuebles.

9. Otros que los organismos competentes consideran necesarios.

[...]

**Artículo 30.** *Concesiones*

30.1. Para la ejecución de las obras correspondientes a las concesiones de obras públicas de infraestructura y/o de servicios públicos a otorgarse por el Gobierno Nacional, Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales que afecten de forma total o parcial los terrenos o áreas acuáticas en las que existan bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación, deberán contar con autorización previa del Ministerio de Cultura, sin perjuicio de las competencias propias de cada uno de los sectores involucrados.

30.2. Con anterioridad al inicio de la ejecución de la obra, la entidad concedente será responsable de gestionar la autorización del Ministerio de Cultura para la ejecución de la intervención arqueológica que corresponda de acuerdo al proyecto de obra, respecto al área o terreno sobre el cual se ejecutará. El contrato de concesión podrá trasladar dicha responsabilidad hacia el concesionario, en cuyo caso la entidad concedente será solidariamente responsable sin posibilidad de pacto en contrario, bajo sanción de nulidad del acto.

30.3. En caso de que durante la ejecución de la obra ocurra el hallazgo fortuito de bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación, el ejecutor de la obra se encuentra obligado a suspender sus actividades en dicho lugar y de comunicar inmediatamente dicho hallazgo al Ministerio de Cultura, a fin de que ejecuten las medidas de protección aplicables, como requisito previo y obligatorio para el reinicio de la obra.



30.4. La autorización del Ministerio de Cultura a que se hace referencia en el numeral 30.1, así como en el artículo 22 de la presente Ley, no será exigible en caso de concesiones u obras públicas destinadas al mejoramiento, rehabilitación, operación o mantenimiento de infraestructura preexistente, excepto cuando se trate de ampliación, extensión del trazo y/o implique la remodelación del espacio urbano. Sin perjuicio de lo previamente señalado, el Ministerio de Cultura podrá formular requerimientos específicos de obligatoria observancia para los responsables de aquellos actos exentos de la obligación de autorización, a fin de que implementen las medidas técnicas pertinentes para mitigar los impactos negativos sobre los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación, salvaguardando su integridad.

**Artículo 32.** *Traslado dentro del territorio nacional*

32.1. Está permitido el traslado dentro del territorio nacional de bienes muebles integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación, previa comunicación al Ministerio de Cultura.

32.2. El propietario o poseedor está obligado a adoptar las medidas de seguridad necesarias para salvaguardar la integridad del bien mueble integrante del Patrimonio Cultural de la Nación, y comunicar previamente el traslado y el lugar de destino al Titular del Sector Cultura, bajo responsabilidad.

**Artículo 35.** *Restitución del bien*

35.1. El Ministerio de Relaciones Exteriores es el encargado de gestionar la restitución del bien integrante del Patrimonio Cultural de la Nación en los casos en que ilegalmente se haya exportado o permanezca fuera del país, para lo cual el Ministerio de Cultura proporcionará el sustento técnico que fuera necesario.

[...]

35.3. El órgano competente del sector Cultura comunicará al Ministerio Público los casos de exportación ilegal de bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación, bajo responsabilidad.

**Artículo 40.** *Conformación de las colecciones privadas*

40.1. El propietario particular de bienes muebles integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación podrá conformar colecciones privadas, siempre que los bienes guarden vinculación entre sí, con el fin de que permanezcan como una unidad indivisible. El carácter de colección privada lo determina el organismo competente de oficio o a solicitud de parte.

[...]

**Artículo 49.** *Multas, incautaciones y decomisos*

[...]

49.2. La sanción pecuniaria que prevé este régimen sancionador es la multa. No obstante, quedan facultados para disponer las medidas complementarias que correspondan, considerándose estas como sanciones no pecuniarias que tienen por finalidad impedir que la conducta infractora se siga desarrollando en perjuicio del Patrimonio Cultural de la Nación, y con la finalidad de lograr la reposición de las cosas al estado anterior al de su comisión. En ese sentido, la resolución de sanción estará compuesta por la multa y por la medida complementaria cuando corresponda”.

**Artículo 2.** *Incorporación del párrafo 6.5 del artículo 6; párrafo 22.6 del artículo 22; artículo 46-A; los párrafos 49.3 y 49.4 del artículo 49; y una disposición complementaria final en la Ley 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación*

Incorpórase el párrafo 6.5 del artículo 6; el párrafo 22.6 del artículo 22; el artículo 46-A; los párrafos 49.3, 49.4 del artículo 49; y una disposición complementaria final en la Ley 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, con los siguientes textos:

“6. Propiedad del bien cultural inmueble integrante del Patrimonio Cultural de la Nación.

[...]

6.5 La declaración de un paisaje cultural como integrante del Patrimonio Cultural de la Nación habilitará la posterior elaboración de su plan de manejo y gestión para determinar las medidas y limitaciones indicadas en el artículo 3 de la presente Ley. Los bienes culturales y expresiones inmateriales, que conforman el paisaje cultural mantienen el régimen de propiedad, medidas y limitaciones dispuestas en la presente Ley y en su reglamentación específica”.

[...]

**Artículo 22.** *Protección de bienes inmuebles.*

[...]

22.6 El desarrollo de las actividades económicas en predios vinculados al Patrimonio Cultural de la Nación debe asegurar la conservación y la compatibilidad del uso propuesto con el bien, garantizando la seguridad de ocupantes y usuarios de dichas actividades que se realizan en su interior; de tal manera que la licencia de funcionamiento que se expida para tal finalidad, sea compatible con la condición cultural que presenta el predio en su integridad”.

Está prohibido la expedición de autorizaciones sectoriales o licencias de funcionamiento en dichos predios cuando hayan sido declarados inhabitables por el órgano competente de los gobiernos locales.

**Artículo 46.A.** *Fomento para la puesta del uso social del Patrimonio Cultural de la Nación*

El Ministerio de Cultura propone anualmente incentivos económicos, estímulos y apoyos económicos en forma concursable o no concursable, para fomentar la puesta en uso social del Patrimonio Cultural de la Nación para su salvaguardia e integración en la vida colectiva de nuestra época. La puesta en uso social del Patrimonio Cultural de la Nación es de interés social y de necesidad pública; sin demandar mayores recursos que los asignados a su presupuesto. Los procedimientos para acceder a estos incentivos, estímulos y apoyos económicos son reglamentados por el Ministerio de Cultura.

**Artículo 49.** *Multas, incautaciones y decomisos*

[...]

49.3 Las medidas complementarias deben ser razonables y ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los bienes tutelados y que se pretenden garantizar en cada supuesto concreto, las mismas que consistirán en decomiso, demolición, paralización, desmontaje y ejecución de obra.

49.4 El íntegro de lo recaudado en cada procedimiento administrativo sancionador es destinado, bajo responsabilidad, para las acciones de reversión de la afectación, protección, defensa, conservación, puesta en valor y mantenimiento, y medidas dispuestas en el marco de la protección del bien como Patrimonio Cultural de la Nación, de acuerdo con los criterios de priorización que establezca el Ministerio de Cultura.

## DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

**ÚNICA.** *Convenios de Gestión Cultural*

El Ministerio de Cultura se encuentra facultado para suscribir Convenios de Gestión Cultural con entidades públicas y/o privadas, con el fin de concederles autorización para la administración de bienes inmuebles integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación, siempre que garanticen su protección, investigación, conservación, restauración y/o puesta en valor, respetando las formalidades y procedimientos administrativos establecidos en los reglamentos vigentes.

Estos convenios deben garantizar el significado cultural del bien inmueble, favoreciendo su acceso y uso social. Se suscriben de manera voluntaria, a solicitud de la entidad que lo requiera, siempre y cuando acompañe opinión favorable del gobierno regional de la jurisdicción en la que se ubica el bien inmueble y dentro de los plazos que establece el reglamento de la presente Ley.

Los Convenios de Gestión Cultural son otorgados bajo la modalidad de concurso de proyectos, cuya vigencia no puede exceder el plazo de cinco (5) años, renovables por un período similar; siempre y cuando no varíe o altere el propósito de este. No se incluirá dentro de ellos a los sitios inscritos en la Lista Indicativa y la Lista del Patrimonio Mundial de UNESCO, bajo la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial (UNESCO, 1972), ni eximirán del cumplimiento de los procedimientos estipulados en el Reglamento de Intervenciones Arqueológicas y demás lineamientos aprobados. La suscripción de estos convenios no significa bajo ningún contexto privatización, concesión, asociación público-privada, ni tampoco modificación alguna a la propiedad del Estado sobre el Patrimonio Cultural, en su condición de intangible, inalienable e imprescriptible.

Los Convenios de Gestión Cultural no conllevarán el uso de garantías del Estado o transferencia de recursos públicos a entidades privadas, con la sola excepción de los recursos que se estipulen en el Convenios de Gestión Cultural suscrito.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

## **II. PROYECTO DE LEY 762/2021 GENERAL DE MUSEOS**

### **TITULO PRELIMINAR**

#### **Disposiciones Generales**

##### **Artículo 1:** *Objeto de la ley*

La presente ley tiene por objeto establecer las normas básicas y los lineamientos generales para la creación, mejoramiento, promoción, organización, integridad, preservación y gestión de los museos, públicos y privados, que podrán comprender colecciones de bienes patrimoniales muebles, tanto arqueológicos (prehispánicos e históricos), así como los testimonios documentales, científicos y artísticos contemporáneos, conformantes de la diversidad cultural y natural del país.

##### **Artículo 2:** *Ámbito de aplicación de la norma*

La presente ley es de aplicación a los museos y colecciones museográficas ubicadas en el territorio nacional. Se excluye del ámbito de aplicación de la presente Ley a bibliotecas, archivos, filmotecas, hemerotecas, centros de documentación y centros destinados a la conservación e investigación de especies de flora y fauna.

##### **Artículo 3:** *Autoridad encargada de aplicar la norma*

El Ministerio de Cultura, a través de la Dirección Nacional de Museos, en el marco del Sistema Nacional de Museos, y en concordancia con las funciones

del Consejo Nacional de Museos, es el organismo estatal encargado de la aplicación de la presente ley, pudiendo actuar también en coordinación con los gobiernos regionales y locales.

## CAPÍTULO I

### Definiciones, funciones de los museos y del plan de los museos

#### **Artículo 4:** *Definiciones*

A efectos de la presente ley, los términos que se consignan a continuación y sus respectivas formas derivadas tendrán el significado siguiente:

1. Colección museográfica: Conjunto ordenado de bienes culturales y/o naturales, clasificados en contextos, tipos, categorías o naturaleza, reunidos para su conservación, protección, estudio y exhibición, por su especial interés, valor histórico y educativo.

2. Museo: Institución de carácter público o privado, sin fines de lucro, permanente, abierto al público, al servicio de la sociedad y su desarrollo que, con criterios de carácter científico, reúnen, adquieren, ordenan, documentan, conservan, estudian y exhiben, de forma didáctica, un conjunto de bienes, culturales y/o naturales, con fines de protección, investigación, educación, disfrute y promoción, de carácter científico y cultural.

3. Exhibición: Referido a la muestra de objetos museables orientada al público.

4. Exposición: Significa tanto el resultado de la acción de exponer, así como el conjunto de bienes exhibidos, en correlación al lugar donde se exhibe, constituyendo uno de los fines del museo para la puesta en escena de los objetos interpretados, a través de los cuales se explica o da a conocer un contenido de alcance educativo, científico y cultural.

#### **Artículo 5:** *Función de los museos*

Son funciones de los museos:

a. Proteger y conservar los bienes culturales o naturales que integran su acervo.

b. Brindar las facilidades pertinentes para la investigación de sus colecciones de acuerdo a su especialidad temática o disciplina.

c. Podrán contratar a personas naturales o jurídicas, de acuerdo a cómo se establezca en su reglamentación de organización y funciones o su similar y en concordancia con la legislación sobre contrataciones del Estado, de ser el caso.

- d. Documentar su acervo de acuerdo a criterios museológicos.
- e. Organizar y promover actividades con la finalidad de dar a conocer su acervo de acuerdo a su especialidad temática o disciplina.
- f. Podrán elaborar publicaciones de carácter divulgativo y científico, con el fin de transmitir el conocimiento obtenido como resultado de las investigaciones efectuadas por la propia institución.
- g. Exhibir de manera ordenada secuencialmente, bajo criterios tipológicos, temporales, etc., sus colecciones de acuerdo a su temática.
- h. Fomentar el acceso de la ciudadanía, impulsando el disfrute de sus servicios culturales.
- i. Podrán realizar actividades en donde el público intervenga de manera presencial o virtual, utilizando toda aquella herramienta que permita democratizar el acceso.
- j. Apoyar el proceso educativo, en lo que respecta a la búsqueda del conocimiento.
- k. Facilitar el acceso a las personas con discapacidad.
- l. Fomentar el respeto a la diversidad cultural y natural de la Nación.

**Artículo 6:** *Plan Museológico*

Los museos deberán contar con un instrumento de planificación el cual se le denominará “Plan Museológico” y cuyo fin será el recoger las líneas programáticas de la institución, sus objetivos, guion museológico y necesidades. Se determinará, en concordancia con sus objetivos y necesidades las acciones a ser tomadas para lograr las metas de la institución, en función a indicadores concretos.

## CAPÍTULO II

### **Del patrimonio cultural y natural que albergan los museos**

**Artículo 7:** *Del patrimonio cultural*

Los museos, ya sean de ámbito público o privado, podrán albergar bienes considerados Patrimonio Cultural de la Nación, estando regulados por la Ley 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación.

**Artículo 8:** *Del patrimonio natural que albergan los museos*

Los museos, ya sean de ámbito público o privado, podrán albergar muestras geológicas, paleontológicas y/o biológicas, con fines educativos y científicos.

Los museos de historia natural podrán exponer evidencias que formen parte del conjunto de bienes y riquezas naturales o ambientales.

### CAPÍTULO III

#### Clasificación de los museos

**Artículo 9:** *Los museos pueden ser, de acuerdo a su naturaleza:*

a. Públicos: Son aquellos museos cuyos fondos dependen de la administración pública o del Estado.

b. Privados: Museos cuyos fondos dependen de entidades de carácter privado o de su propia recaudación.

**Artículo 10:** *Los museos públicos se sub-clasifican de la siguiente manera:*

a. Museo nacional: Aquel que comprende en su acervo bienes museológicos representativos de las distintas regiones de la nación y/o expresiones culturales.

b. Museo regional: Aquel que comprende, principalmente, bienes museológicos representativos de una determinada región de la nación.

c. Museo municipal: Aquel que comprende, principalmente, bienes museológicos representativos de una localidad perteneciente a una jurisdicción municipal. Pueden ser provinciales o distritales.

d. Museo de sitio: Aquel que comprende, principalmente, bienes museológicos de un sitio o zona específica (pudiendo ser zonas naturales o monumentos o sitios arqueológicos, entre otros).

e. Museo pedagógico: Son aquellos que pueden ser parte de una infraestructura educativa.

f. Otros que reúnan los requisitos establecidos en la ley y clasifique como tal.

**Artículo 11:** *Clasificación temática de los museos*

La clasificación temática que pueden abordar los museos pueden ser, sin ser limitativo, el siguiente listado:

a. Paleontológico;

b. Prehispánico;

c. Histórico;

d. Antropológico;



- e. Historia natural;
- f. Ecológico;
- g. Ciencia y tecnología;
- h. Industrial;
- i. Artesanal;
- j. Arte contemporáneo, y
- k. Otros dentro de cualquier materia del conocimiento.

## CAPÍTULO IV

### De la dirección de los museos

#### **Artículo 12:** *De la Dirección u órgano encargado*

Todo museo deberá contar con un director, un curador u órgano que haga las veces de tal, para el caso de los privados. El director, curador u órgano responsable serán los encargados de aplicar las medidas de gestión, que incluya las medidas de seguridad específicas y las acciones a tomar con el fin de resguardar las colecciones.

## CAPÍTULO V

### De las colecciones que albergan los museos

#### **Artículo 13:** *Las colecciones*

Los museos, sean públicos y privados, albergarán en sus instalaciones las colecciones museográficas de manera ordenada, de acuerdo a su temática y que se encuentren reunidas de acuerdo a su interés o valor.

Cuando se trate de piezas de singular valor o únicas, se podrán presentar copias exactas de las mismas, en consideración a lo que determine el Consejo Nacional de Museos, siendo la pieza original, almacenada bajo la aprobación y supervisión del Ministerio de Cultura.

#### **Artículo 14:** *Del acceso a las colecciones*

Para el acceso al público a la exhibición de las colecciones, se deberá garantizar un horario estable de visitas. El horario de atención deberá figurar en un lugar del inmueble visible al público.

### **Artículo 15:** Seguridad

El acceso del público a las exhibiciones de las colecciones del museo deberá garantizar la seguridad de las mismas.

### **Artículo 16:** *Acceso a museos de carácter privado*

Para el caso de los museos de carácter privado, los cuales cuentan con una gestión autónoma, dentro de los parámetros establecidos el reglamento de la presente ley, el tarifario de acceso a los mismos deberá ser aprobado por la Dirección General de Museos del Ministerio de Cultura.

## **CAPÍTULO VI**

### **De la preservación, conservación y seguridad de las colecciones**

### **Artículo 17:** *Preservación, conservación y seguridad*

Los museos deberán garantizar la preservación, conservación y la seguridad de sus colecciones.

Los programas, normas y procedimientos de preservación, conservación y restauración serán elaborados por cada museo. Para tal efecto, estos programas, normas y procedimientos deberán contar con la aprobación de la Dirección General de Museos del Ministerio de Cultura, en concordancia con los protocolos generales establecidos por la referida dirección, de acuerdo a la clasificación de cada museo.

### **Artículo 18:** *Cuidado de los bienes considerados Patrimonio Cultural de la Nación*

El Ministerio de Cultura es la entidad competente y obligada de velar por la preservación, conservación y la seguridad de los bienes patrimoniales que formen parte del Patrimonio Cultural de la Nación que se encuentren en los museos del territorio nacional.

### **Artículo 19:** *Inmuebles considerados Patrimonio Cultural de la Nación*

Aquellos museos que funcionen en inmuebles que hayan sido considerados como Patrimonio Cultural de la Nación, deberán adoptar las medidas de seguridad y protección para la preservación del inmueble, en concordancia con lo establecido por el Ministerio de Cultura y su dirección competente.

### **Artículo 20:** *Situaciones de riesgo de los bienes*

Ante una situación que ponga en riesgo inminente las colecciones museológicas que formen parte del Sistema Nacional de Museos del Patrimonio Cultural de la Nación o en general del acervo del museo, el Ministerio de Cultura

está en la obligación de actuar de manera inmediata para asegurar su preservación y conservación, ejerciendo las acciones permitidas por la ley.

## TÍTULO II

### RECURSOS ECONÓMICOS DE LOS MUSEOS

#### CAPÍTULO I

##### De los recursos económicos de los museos

**Artículo 21:** *Recursos Económicos de los Museos*

Los museos se pueden financiar de la siguiente manera:

a. Aquellos fondos destinados al momento de su creación, sean estos museos públicos o privados.

b. Fondos provenientes de donaciones de particulares, sean estas personas jurídicas o privados.

c. Legados.

d. Ingresos que se generen de sus propias exhibiciones.

e. Fondos provenientes de actividades propias del museo.

f. Aportes provenientes de financiamiento a nivel nacional como internacional.

g. Recursos provenientes de otras fuentes y que se encuentren reguladas por ley.

**Artículo 22:** *Uso de los fondos*

Los fondos mencionados en el artículo anterior podrán utilizarse para el mantenimiento general del inmueble en donde se encuentra ubicado el museo, así como para conservación y restauración de los bienes muebles del museo que sean materia de exhibición. También podrían ser utilizados para actos de administración referentes al equipamiento, investigación y actividades culturales propias del museo.

Podrán utilizarse los fondos para la capacitación del personal y asesorías correspondientes a investigación.

**Artículo 23:** *Proyectos de inversión pública*

Los museos de carácter público podrán beneficiarse de los proyectos de inversión pública que se gestionen en su beneficio y de conformidad con lo

estipulado en el Decreto Legislativo N.º 1252, que crea el Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones.

### TÍTULO III

## DEL REGISTRO NACIONAL DE MUSEOS PÚBLICOS Y PRIVADOS

### CAPÍTULO I

#### Registro nacional de museos públicos y privados

##### **Artículo 24:** *Determinación de la condición de museo*

La condición y categorización del museo la determina Consejo Nacional de Museos, en coordinación con el Ministerio de Cultura. Su inscripción en el Registro Nacional de Museos Públicos y Privados, será a través de la Dirección General de Museos, siendo requisito indispensable para su funcionamiento como tal.

##### **Artículo 25:** *Inscripción*

Serán inscritos en el Registro Nacional de Museos Públicos y Privados aquellos museos constituidos como instituciones públicas o privadas, de carácter permanente, sin fines de lucro y abiertas al público, que reúnan, incorporen y documenten bienes culturales muebles, naturales o de ciencia y tecnología con fines de protección, conservación, investigación, exposición y difusión.

##### **Artículo 26:** *Reconocimiento*

Los museos que tengan bajo su custodia bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación que no se encuentren inscritos en el Registro Nacional de Museos Públicos y Privados no obtendrán el reconocimiento oficial de museo.

##### **Artículo 27:** *Encargado de otorgar la resolución de inscripción*

La Dirección General de Museos del Ministerio de Cultura es el órgano en línea encargado de otorgar la resolución de inscripción en el Registro Nacional de Museos Públicos y Privados.

##### **Artículo 28:** *Beneficios que otorga la inscripción*

La inscripción en el Registro Nacional de Museos Públicos y Privados será requisito necesario para la obtención de cualquier tipo de subvención o ayuda con cargo a fondos de cualquier naturaleza que provengan del Estado. Los fondos provenientes de entidades de ayuda o cooperación internacional requerirán del aval del Registro Nacional de Museos Públicos y Privados.

## TÍTULO IV

### CONSEJO NACIONAL DE MUSEOS

#### **Artículo 29:** *Consejo Nacional de Museos*

Su función es actuar como una entidad de carácter consultivo del Ministerio de Cultura, el cual determina las políticas públicas, así como los lineamientos para un eficiente funcionamiento de los museos, en coordinación con la Dirección General de Museos del Ministerio de Cultura.

#### **Artículo 30:** *Conformación del Consejo Nacional de Museos*

El Consejo Nacional de Museos está conformado de la siguiente manera:

- Un representante del Sector Cultura, quien lo preside.
- Un representante del Ministerio de Educación.
- Un representante del Ministerio del Ambiente.
- Un representante de los museos privados.
- Tres representantes de los Gobiernos Regionales.

### DISPOSICIONES TRANSITORIAS

**Primera.-** El Poder Ejecutivo deberá reglamentar la presente ley dentro del plazo de sesenta días de haberse publicado en el diario oficial El Peruano.

## III. PROYECTO DE LEY 763/2021 GENERAL DE MUSEOS

### LEY GENERAL DE MUSEOS

#### TÍTULO PRELIMINAR

#### **Artículo 1.-** *Objeto*

La presente Ley tiene por objeto establecer el marco legal para las actividades museísticas a nivel nacional, a fin de propiciar el acceso a la cultura, fomentar su desarrollo y difusión.

#### **Artículo 2.-** *Ámbito de Aplicación*

La presente Ley es de aplicación a todas las entidades públicas y privadas, así como a las personas naturales y jurídicas, que alberguen, custodien, gestionen, exhiban y difundan colecciones de bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación, Patrimonio Paleontológico del Perú, y/o bienes de interés cultural o natural, y/o ejerzan algún derecho sobre las colecciones que

de acuerdo a sus características se ajusten a lo establecido en los artículos 3 y 4 u 8 y 9 de la presente ley, así como en el numeral 1.2 del Artículo 1.º de la Ley 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación.

## TÍTULO I

### MUSEOS Y COLECCIONES

#### CAPÍTULO I

##### Museos

##### **Artículo 3.- Definición**

3.1. Para efectos de la presente Ley, son museos e instituciones museales los espacios museales sin fines de lucro, inclusivos y abiertos al público, que se encuentran al servicio de la ciudadanía y su desarrollo integral, promoviendo y resguardando el patrimonio cultural, el patrimonio paleontológico del Perú, los bienes de interés cultural y natural, así como las memorias colectivas, estableciendo vínculos entre el pasado y el futuro, reconociendo y abordando los conflictos y desafíos del presente. Tiene entre sus funciones la conservación, documentación (inventario, registro y catalogación), investigación, exposición, educación, comunicación (promoción y difusión) del conocimiento histórico, artístico, científico, tecnológico, entre otros enmarcados en el diálogo crítico, el respeto y ejercicio de los derechos fundamentales y principios constitucionales.

3.2. Son instituciones permanentes, lugares de aprendizaje, reflexión y recreación que se constituyen como agentes de cambio para la sociedad, sostenibles, accesibles, dinámicos, pedagógicos y democratizadores, que garantizan el acceso igualitario y sin discriminación de los ciudadanos, constructores de identidades culturales, fomentando la promoción de la cultura y el uso social pleno de las colecciones de bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación, Patrimonio Paleontológico del Perú y/o bienes de interés cultural y natural que custodian, gestionan y difunden.

3.3. De acuerdo a la pluralidad cultural y étnica de la Nación, esta definición es amplia e incluye iniciativas de naturaleza museística como las de las instituciones educativas de todo nivel, asociaciones civiles, pueblos indígenas, pueblo afroperuano y otros grupos sociales minoritarios.

3.4. Para efectos de la presente Ley, son considerados como instituciones museales los centros de interpretación y las salas de exposición. Asimismo, se consideran bienes de interés cultural a aquéllos que, por sus valores simbólicos, etnológicos, antropológicos, artísticos, estéticos, históricos, científicos,

entre otros, son de relevancia para la identidad de una comunidad en particular, o un grupo de especial protección, y que pueden o no declararse como bienes integrantes del patrimonio cultural de la nación. De igual forma, son bienes de interés natural, los relacionados a la naturaleza sin intervención del hombre para su constitución o modificación.

**Artículo 4.-** *Funciones de los museos*

Son funciones de los museos los siguientes:

- a) La protección y conservación del bien o bienes que albergan y exhiben a través de su inventario, registro y catalogación de acuerdo a criterios museológicos y técnicos.
- b) La conservación de los bienes culturales que albergan y exhiben a través de las diferentes acciones establecidas en la disciplina de la conservación: preventiva, curativa, restauración.
- c) La investigación de los bienes que albergan y exhiben de acuerdo a su misión, objetivos y categoría.
- d) La elaboración y actualización del guión científico y guión museográfico en función de los avances en el campo académico que le asistan.
- e) La elaboración y promoción de proyectos curatoriales innovadores y rigurosos que sean acordes a la misión y objetivos del museo.
- f) El mantenimiento y actualización de los recursos museográficos haciendo uso de los avances de la tecnología para asegurar la accesibilidad en función de la diversidad de públicos.
- g) La realización de actividades educativas y de mediación cultural mediante herramientas pedagógicas que permitan el conocimiento y el disfrute de los bienes exhibidos de manera presencial y virtual.
- h) La generación de estudios de públicos y otras acciones que promuevan su desarrollo a través de un diálogo fluido e intercambio permanente con la comunidad local del museo y con grupos de especial protección a fin de generar una cultura museística inclusiva y diversa.
- i) Generar vinculación a otros agentes culturales (instituciones, organización, colectivos, miembros del sector cultural) y de la sociedad civil, concibiéndolo como un actor dentro del desarrollo social del territorio.

Las Instituciones Museales cumplen las funciones que correspondan de acuerdo a su naturaleza.



**Artículo 5.- Estructura de los museos**

5.1. Los museos se organizan, progresivamente, de acuerdo a las siguientes áreas:

- a. Dirección.
- b. Investigación.
- c. Conservación de bienes.
- d. Gestión de colecciones.
- e. Curaduría.
- f. Museografía.
- g. Educación.
- h. Comunicación.
- i. Administración.
- j. Servicios.

5.2. En función de su complejidad, los museos públicos y privados pueden determinar el número de personal en cada una de las áreas competentes y pueden adicionar competencias como, por ejemplo, áreas de publicaciones, gestión cultural, operaciones y logística; entre otras que se considere pertinentes.

**Artículo 6.- Clasificación de museos**

6.1. Para efectos de la presente Ley y su reglamento, los museos e instituciones museales pueden clasificarse según se indica a continuación:

Clasificación temática: Cuando trata uno o varios de los siguientes temas:

- a) Antropología y Etnología.
- b) Arqueología.
- c) Arte (manifestaciones artísticas plásticas únicas, tradicionales, populares, contemporáneas u otras).
- d) Ciencias Naturales (paleontología, jardines botánicos, acuarios, zoológicos, entre otros).
- e) Ciencia y Tecnología.
- f) Historia.
- g) Industrial.
- h) Lugares de la Memoria.
- i) Ecomuseos.

6.2. Los temas mencionados son solo enunciativos y no taxativos. Los museos e instituciones museales pueden incluir una o varias temáticas, de acuerdo a las cuales serán registrados.

6.3. Clasificación administrativa: Por la calidad del administrador o por la dependencia a la que se encuentren adscritos pueden ser:

- a) Público.
- b) Privado.
- c) Mixto.
- d) Nacional.
- e) Regional.
- f) Municipal.
- g) Comunitario.
- h) De Sitio.
- i) Escolar.
- j) De instituto.
- k) Universitario.
- l) Militar.
- m) Policial.
- n) Religioso.
- o) Otro.

6.4. Todas estas clasificaciones son desarrolladas en el reglamento de la presente Ley.

**Artículo 7.-** *Categorización de museos*

7.1. Para efectos de la presente Ley y su reglamento, los museos e instituciones museales se categorizan de acuerdo a su nivel de complejidad institucional, lo que requiere de una evaluación previa y es otorgada por el Ministerio de Cultura.

7.2. Por el nivel de complejidad institucional, los museos e instituciones museales pueden ser de categoría Alta, Media o Baja, en base a los siguientes criterios:

- a) Número de visitas.
- b) Número de personal.
- c) Número de bienes que conforman la colección.
- d) Número de funciones que realizan los museos.
- e) Extensión del área expositiva en metros cuadrados.

f) Diversidad temática.

g) Otros.

7.3. Esta categoría será desarrollada en el reglamento de la presente Ley.

## CAPÍTULO II

### Colecciones

#### **Artículo 8.-** *Definición*

8.1. Se entiende como colección a todo conjunto o agrupación de bienes culturales, los mismos que guardan vinculación entre sí ya sea por pertenecer a un contexto determinado, o por contar con características comunes en razón de su naturaleza, cronología, procedencia, tipología y/o temática.

8.2. Asimismo, para efectos de la presente Ley, también son colecciones los conjuntos o agrupaciones de bienes de interés cultural o natural, que guardan relación entre sí, funcionan como una unidad indivisible y son también investigadas y conservadas, y pueden ser exhibidas al público de manera permanente o temporal, en condiciones en las que se garantice su seguridad y conservación.

8.3. Las colecciones pueden ser públicas o privadas, de acuerdo a su administración.

#### **Artículo 9.-** *Obligaciones de los propietarios y poseedores de colecciones*

9.1. Son obligaciones de los propietarios y poseedores de colecciones, las siguientes:

1. Solicitar el inicio de trámite para el registro de los bienes muebles integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación.

2. Brindar facilidades a los investigadores para acceder a las colecciones.

3. Conservar, salvaguardar y proteger de los bienes que exhiben y albergan.

4. Exhibir sus bienes de acuerdo a criterios pedagógicos.

5. Facilitar el acceso a la colección por parte de todo tipo de público de conformidad con la normativa vigente.

6. Promocionar el diálogo intercultural en todas sus manifestaciones, la igualdad y no discriminación en todas sus modalidades, el respeto a la diversidad cultural, el respeto y cuidado al medio ambiente, y los derechos humanos.

### CAPÍTULO III

#### De la conservación de las colecciones de los museos

##### **Artículo 10.-** *De la conservación de los bienes en museos*

10.1. Se denomina conservación al conjunto de acciones de diversa índole que tienen como objetivo evitar o minimizar el deterioro del bien mueble; desarrollando prácticas que garanticen su protección y salvaguarda, con el fin de mantener la estabilidad de los bienes para su posterior investigación y difusión.

10.2. Son competencias de la conservación: la conservación preventiva, la conservación curativa y la restauración; cada una con sus diferentes mecanismos de acción, intervención y sostenibilidad.

##### **Artículo 11.-** *Criterios éticos de intervención en Conservación*

11.1. Los criterios de intervención son los fundamentos generales que se contemplan al momento de realizar las acciones sobre un bien de acuerdo a las competencias de la conservación, los cuales son:

- a) El respeto por sus características estructurales, materiales, formales, funcionales que los definen.
- b) El cumplimiento del criterio de la mínima intervención, el cual significa aplicar acciones científicas rigurosas en cada etapa de la conservación que garanticen su estabilidad, unicidad e integridad.
- c) El respeto por la historicidad de los bienes, siempre y cuando no se vulneren los aspectos fundamentales de su concepción. Las intervenciones que requieran ser retiradas deben pasar por una evaluación interdisciplinaria, por cuanto no perjudiquen la interpretación histórica y cultural del bien, dejando una exhaustiva documentación al respecto.
- d) El uso de materiales y técnicas que correspondan a las utilizadas en la creación del bien, con preferencia en la simulación, análisis y compatibilidad respectivos; considerando que la intervención respete la integridad de los valores culturales e históricos.
- e) El respeto por la autenticidad del bien cultural evitando las añadiduras miméticas que falseen su integridad.
- f) El realizar, en la medida de lo posible, acciones que contemplen la reversibilidad de las intervenciones realizadas de forma que se evite las acciones innecesarias que impliquen la pérdida de la unicidad del bien.
- g) La promoción de la sostenibilidad del bien a partir de iniciativas de salvaguarda, que comprometan a diversos sectores de la sociedad en la protección del bien.

## CAPÍTULO IV

### De la condición de museo y registro nacional de museos

#### **Artículo 12.-** *Determinación de la condición de Museo*

El Ministerio de Cultura determina la condición de museos y otras instituciones museales a través de su inscripción en el Registro Nacional de Museos, el mismo que tendrá una vigencia de cinco (05) años, renovable.

#### **Artículo 13.-** *Registro Nacional de Museos*

13.1. El Registro Nacional de Museos dispone de información proveniente de cada una de las instituciones que lo integran, referida a la administración, domicilio, categorización, denominación, nombre comercial, inventario de bienes, estructura organizativa, normas de funcionamiento y demás que determine el Reglamento. El Registro Nacional de Museos incluye también información sobre otros tipos de instituciones museales, como salas de exposición y centros de interpretación.

13.2. A través del Registro Nacional de Museos se establecen los criterios para el funcionamiento, desarrollo, sostenibilidad y una atención de calidad dirigida a los diversos públicos de los museos e instituciones museales a nivel nacional.

13.3. El director y/o representante legal de cada espacio museal es el responsable de la actualización de la información en el Registro Nacional de Museos.

#### **Artículo 14.-** *Inscripción en el Registro*

14.1. La determinación de la condición de una institución museal, así como su inscripción en el Registro Nacional de Museos esta detallado en el reglamento de la presente ley. 14.2. La determinación de la condición y la inscripción en el Registro Nacional de Museos será dada por la Dirección General de Museos del Ministerio de Cultura.

#### **Artículo 15.-** *Sobre la obligatoriedad del registro*

Las instituciones públicas y privadas que alberguen y exhiban bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación y/o bienes de interés cultural, deben solicitar su reconocimiento institucional al Ministerio de Cultura para la determinación de su condición y su inscripción en el Registro Nacional de Museos.

#### **Artículo 16.-** *Evaluación periódica de la condición museal*

El Ministerio de Cultura evalúa anualmente el cumplimiento de los requisitos que dieron lugar a la Resolución Directoral que otorga la condición

de museo o institución museal y la inscripción en el Registro Nacional de Museos, de acuerdo a lo que establezca el Reglamento de la presente Ley. En el caso de los museos e instituciones museales ya registrados antes de la promulgación de la presente Ley, el Ministerio de Cultura, a través de la Dirección General de Museos, otorga un plazo de cinco (05) años para su adecuación.

**Artículo 17.-** *Beneficios para las instituciones registradas*

Los museos o instituciones museales que sean integrantes del Registro Nacional de Museos poseen los siguientes beneficios:

- a) Ser promocionados y compartir información a través de la página web y otros medios de comunicación del Ministerio de Cultura de acuerdo a lo establecido en el Reglamento.
- b) Una constancia gráfica y virtual que acredite su pertenencia al Registro Nacional de Museos de acuerdo a lo establecido en el Reglamento.
- c) Se les habilita el uso de un logotipo del Ministerio de Cultura y un distintivo especial, de acuerdo a lo establecido en el Reglamento.
- d) Acceso ilimitado a la Plataforma Virtual del Sistema Nacional de Museos.
- e) Recibir cualquier tipo de subvención o ayuda con cargo a fondos provenientes del Estado, a programas de ayuda o incentivos económicos bajo su administración y fondos de cooperación internacional que requieran su reconocimiento.

**Artículo 18.-** *Deberes de las instituciones registradas*

Son deberes de las instituciones inscritas en el Registro Nacional de Museos los siguientes:

- i. Investigar sus colecciones.
- ii. Mantener las condiciones de conservación, salvaguarda y protección a través de la implementación de medidas de seguridad específicas para su almacenaje, investigación y exhibición.
- iii. Garantizar la seguridad y accesibilidad para el público y personal del museo.
- iv. Actualizar la información técnica según las disposiciones del reglamento de la presente Ley, y comunicarla al Ministerio de Cultura.
- v. Difundir sus exposiciones permanentes y avances de investigación por todos los medios de divulgación inclusivos y accesibles.

## CAPÍTULO V

### Cierre del museo

#### **Artículo 19.-** *Cierre temporal del museo*

Cuando por motivos de fuerza mayor, ajenos a la institución (desastre natural, emergencia sanitaria u otros), el museo o institución museal deba proceder a un cierre temporal, deberá contar con un Plan de Conservación y de Riesgos a través del cual brinde atención permanente a las colecciones, garantizando su conservación, protección y preservación.

#### **Artículo 20.-** *Cierre definitivo del museo*

Para el cierre definitivo, la institución deberá contar con un plan aprobado por el Ministerio de Cultura para tal fin, en el que se establezca el destino de la colección y las condiciones de su gestión y conservación. El Reglamento establecerá las disposiciones correspondientes para la aplicación de este artículo.

#### **Artículo 21.-** *De la comunicación del cierre*

Cuando la institución proceda al cierre temporal o definitivo del espacio museal, deberá comunicarlo oportunamente al Ministerio de Cultura, detallando los motivos de la decisión.

Asimismo, la institución debe emitir un comunicado, a través de sus canales oficiales, donde se detalle al público la duración del cierre cuando éste sea temporal, y los motivos en caso sean definitivo. Dicha información se replicará en la web del Ministerio de Cultura y otros medios de comunicación.

## TÍTULO II

### FOMENTO DE LA ACTIVIDAD MUSEÍSTICA

## CAPÍTULO I

### Sistema nacional de museos

#### **Artículo 22.-** *Finalidad*

22.1. El Sistema Nacional de Museos tiene por finalidad integrar técnica y normativamente a los museos e instituciones museales existentes en el territorio nacional, independientemente de su condición privada o pública, inscritos en el Registro Nacional de Museos, mediante la aplicación de principios, estándares técnicos y prácticas de gestión, promoción, documentación, conservación, investigación, educación, exhibición y difusión de los bienes culturales que albergan y de los servicios que presentan, a efectos de garantizar los derechos culturales de la ciudadanía.



22.2. El Ministerio de Cultura fomentará el establecimiento de redes de museos regionales y locales de museos, así como su vinculación según categorización temática.

**Artículo 23.-** *Integrantes y procedimiento de integración*

El Sistema Nacional de Museos está integrado por:

- a) Museos administrados por el Ministerio de Cultura del Perú.
- b) Museos dependientes del Ministerio de Cultura cuya administración haya sido delegada a otra institución pública o privada.
- c) Museos regionales, locales u otros dependientes del Estado.
- d) Museos privados.

**Artículo 24.-** *Funciones del Sistema Nacional de Museos*

24.1. Son funciones del Sistema Nacional de Museos las siguientes:

- a) Promover y garantizar la investigación, conservación, documentación y protección de los bienes de interés cultural y de los bienes muebles integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación que exhiben y albergan los museos, e instituciones museales, o que formen parte de una colección; a través del establecimiento del diálogo, alianzas y convenios entre los museos integrantes del Sistema Nacional de Museos.
- b) Establecer lineamientos de protección de los bienes de interés cultural, natural, de los bienes muebles integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación y de los bienes integrantes del patrimonio paleontológico del Perú, e impulsar su gestión en términos de conservación y preservación, a través de los criterios éticos de intervención en Conservación que generen vínculos sólidos entre la comunidad, sociedad e instituciones públicas y privadas.
- c) Instar, promover y contribuir con la descentralización, diversificación, implementación y cumplimiento de la Política Nacional de Cultura en materia museística y los mecanismos de acción en conservación vigentes, poniendo a disposición estrategias, planes y métodos en coordinación y a través de los Gobiernos Regionales y Locales, de acuerdo a sus competencias.
- d) Fomentar la investigación académica y la coordinación entre museos a fin de compartir y proponer criterios técnicos de gestión museística y conservación de colecciones, así como identificar, compartir y replicar buenas prácticas museísticas.
- e) Promover acciones de cooperación entre museos públicos y privados, nacionales e internacionales, con otras entidades afines, públicas

o privadas, a distintos niveles: técnico, intercambio de profesionales, de gestión, de investigación, de préstamo de bienes culturales, o de cualquier otro tipo que ayuden a mejorar sus prácticas, a efectos de cumplir con la misión y objetivos que tienen encomendados.

f) Impulsar, estimular y fomentar mejoras para los recursos humanos y promover la profesionalización y la formación continua del personal que labora en museos, e instituciones museales; promoviendo acciones de cooperación como el intercambio de profesionales entre museos públicos y privados a través del establecimiento de alianzas con instituciones académicas, científicas y culturales, nacionales e internacionales y servicios culturales en museos e instituciones museales, a través de las diferentes acciones de divulgación, de acuerdo a la misión y objetivos que estos posean.

g) Las demás funciones que resulten necesarias para la realización de sus objetivos.

#### **Artículo 25.- Órgano Rector**

La Dirección General de Museos del Ministerio de Cultura, como órgano rector, está encargado de normar, conducir, implementar, supervisar y gestionar el Sistema Nacional de Museos. Como órgano rector, convoca a representantes de los museos privados e instituciones públicas vinculadas al quehacer museal a fin de conformar un órgano consultivo ad honorem, que permita desarrollar las funciones antes indicadas.

## **CAPÍTULO II**

### **De los estímulos para el fomento de la actividad museística**

#### **Artículo 26.- Estímulos económicos**

26.1. El Ministerio de Cultura se encuentra autorizado a otorgar estímulos económicos concursables y no concursables a museos e instituciones museales, de naturaleza pública o privada, que cumplan con la definición señalada en el numeral 3.1. del artículo 3 de la presente ley, debidamente constituidos en el país, y que realicen actividades museísticas de: documentación, conservación, educación, formación e investigación.

26.2. Los estímulos se conceden con cargo a los recursos de su presupuesto anual institucional adicional, asignando para ello, un mínimo de (3000) unidades impositivas tributarias (3000 UIT), sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público, pudiéndose disponer de hasta el tres por ciento (3%) de esta asignación para la administración del otorgamiento de estímulos.

26.3. Los criterios objetivos para el otorgamiento de los estímulos, así como el régimen de los mismos y demás aspectos complementarios necesarios para su implementación, son desarrollados en el reglamento de la presente norma.

26.4. Los estímulos económicos son otorgados a través de subvenciones aprobadas mediante resolución del titular del Ministerio de Cultura, la cual debe publicarse en su portal institucional. El titular del Ministerio de Cultura puede delegar la aprobación de los estímulos económicos en la Dirección General de Museos o área que haga sus veces.

**Artículo 27.-** *Estímulos concursables*

27.1. Los estímulos concursables son destinados a financiar proyectos museológicos peruanos de museos que sean exclusivamente miembros del Sistema Nacional de Museos y abarcan todas las áreas de la actividad museística: documentación de las colecciones, conservación de las colecciones, desarrollo de programas educativos, formación de personal en temas especializados e investigación museística.

27.2. El Ministerio de Cultura establece además estímulos para la promoción de la actividad museística en forma diferenciada de acuerdo a la complejidad de los espacios museales y a lo establecido en el Reglamento de la presente Ley.

**Artículo 28.-** *Estímulos no concursables*

28.1. Los estímulos no concursables son destinados exclusivamente a museos públicos para:

- a) su promoción nacional e internacional;
- b) el fortalecimiento de capacidades;
- c) fomento de la investigación;
- d) a la formación de públicos.

Abarca también todas las áreas de la actividad museística: documentación de las colecciones, conservación de las colecciones, desarrollo de programas educativos, formación de personal en temas especializados e investigación museística.

28.2. Los fondos no concursables no pueden superar de un treinta por ciento (30%) del fondo señalado en el numeral 26.2 del artículo 26.

28.3. De igual forma, y en concordancia con el artículo 31, se entrega una vez al año estímulos no concursables de reconocimiento a destacadas personas naturales o jurídicas de la actividad museística, los cuales no pueden superar el

monto de cuatro (4) unidades impositivas tributarias. El Ministerio de Cultura, de acuerdo a su presupuesto, puede llevar a cabo o no dicha premiación.

28.4. No se pueden otorgar estímulos no concursables para financiar proyectos museísticos.

### **CAPÍTULO III**

#### **Concursos para la actividad museística**

##### **Artículo 29.- Concursos para la actividad museística**

29.1. El Ministerio de Cultura convoca a concursos relacionados con la actividad museística, con el propósito de promocionar y difundir los proyectos como manifestaciones culturales, que coadyuven al desarrollo cultural y a la revaloración de nuestra diversidad cultural. Los concursos pueden ser anuales y se premian mediante estímulos económicos obtenidos del presupuesto establecido en el numeral 26.2 del artículo 26 de la presente ley. Dicho premio no puede superar el monto de cinco (5) unidades impositivas tributarias, en concordancia al numeral 28.3 del artículo 28.

29.2. El Ministerio de Cultura también organiza concursos de proyectos que abarcan todas las áreas de la actividad museística: documentación de las colecciones, conservación de las colecciones, desarrollo de programas educativos, formación de personal en temas especializados e investigación museística.

##### **Artículo 30.- Supervisión de estímulos y apoyos otorgados**

30.1. El Ministerio de Cultura supervisa el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los beneficiarios de los estímulos económicos otorgados conforme a la presente norma.

30.2. En caso de advertirse el incumplimiento de obligaciones por parte de los beneficiarios, el Ministerio de Cultura tiene la facultad de suspender la entrega de los estímulos económicos o apoyos económicos, y/o requerir su devolución; sin perjuicio de aplicar las sanciones correspondientes.

30.3. Asimismo, el Ministerio de Cultura establece mecanismos para la rendición de cuentas de los estímulos económicos y apoyos económicos otorgados a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado en el marco de la presente norma, así como para la evaluación por parte del Ministerio de Cultura de los resultados alcanzados y los beneficios generados por el otorgamiento de dichas subvenciones.

30.4. El Ministerio de Cultura publica periódicamente, en su portal institucional, la relación de los beneficiarios de los estímulos económicos y apoyos económicos otorgados conforme a la presente norma.

## CAPÍTULO IV

### Premios a las buenas prácticas museísticas

#### **Artículo 31.-** *Premio a las buenas prácticas museísticas*

31.1. Oficialícese anualmente el “Concurso: Premios a las Buenas Prácticas Museísticas” a fin de incentivar el desarrollo de prácticas museísticas en los museos a nivel nacional, convocado por el Ministerio de Cultura.

31.2. Las bases y los criterios de calificación del concurso son aprobadas anualmente por la Dirección General de Museos del Ministerio de Cultura y contemplan la complejidad de los museos a nivel nacional.

31.3. La evaluación y determinación de los ganadores es dado por un jurado calificador que está conformado por especialistas en museos y representantes de los museos públicos y privados.

## CAPÍTULO V

### Incentivos fiscales para la actividad museística

#### **Artículo 32.-** *Donaciones a los proyectos museísticos*

32.1. Para los fines establecidos en el presente capítulo, se puede otorgar apoyo económico proveniente de donaciones de personas naturales y jurídicas de derecho privado, de conformidad a la norma correspondiente.

32.2. Las instituciones museales debidamente registradas, cuyo instrumento de constitución indique que son asociaciones sin fines de lucro y con fines culturales, podrán ser beneficiarias de donaciones de dinero para ejecutar proyectos museísticos.

32.3. Los titulares de proyectos museísticos a que se refiere el párrafo anterior deben cumplir con lo dispuesto en el inciso b) del artículo 19 de la Ley del Impuesto a la Renta.

32.4. Las personas naturales o jurídicas que efectúen donaciones de dinero, tanto a museos públicos como privados, deberán haber generado Impuesto a la Renta en el ejercicio anterior para poder deducir como gasto hasta por un porcentaje máximo de un cuarenta por ciento (40%) del Impuesto a la Renta calculado en la Declaración Jurada Anual del Impuesto a la Renta correspondiente al ejercicio anterior, presentada a la SUNAT.

32.5. El gasto a que se refiere el párrafo anterior se deduce de la renta neta del trabajo, de la renta bruta de tercera categoría o del Régimen MYPE tributario, según corresponda.

32.6. La parte del gasto de las donaciones de dinero que exceda el límite previsto en este artículo no puede ser deducido al amparo del inciso b) del artículo 49 o del inciso x) del artículo 37 de la Ley del Impuesto a la Renta, según corresponda.

32.7. Para efecto de lo dispuesto en este artículo se deben cumplir los siguientes requisitos:

- a) Los titulares de los proyectos museísticos deben estar inscritos en el Registro Nacional de Museos y en el Sistema Nacional de Museos.
- b) Los proyectos museísticos deben contar con el reconocimiento previo del Ministerio de Cultura, de conformidad con los criterios y requisitos establecidos por la presente norma y sus normas reglamentarias.

32.8. El Ministerio de Cultura proporciona a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT) en la forma, plazo y condiciones que se establezca mediante el reglamento lo siguiente:

- a) La relación de los titulares de los proyectos museísticos que se encuentren inscritos en el Registro Nacional de Museos y el Sistema Nacional de Museos,
- b) La relación de proyectos museísticos que hayan sido reconocidos por dicho Ministerio.

32.9. No aplica lo dispuesto en este artículo cuando:

- a) Exista vinculación entre las personas naturales o jurídicas que efectúen donaciones de dinero y los titulares de los proyectos museísticos de acuerdo a lo dispuesto en el inciso b) del artículo 32-A de la Ley del Impuesto a la Renta y el artículo 24 de su reglamento en lo que resulte aplicable.
- b) Las personas naturales que efectúen donaciones que tengan parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o hasta el cuarto grado de afinidad con los asociados de los titulares de los proyectos museísticos.

32.10. Mediante decreto supremo se dictan las normas reglamentarias necesarias para la aplicación de lo dispuesto en este artículo, así como el monto mínimo de ejecución de los proyectos museísticos.

32.11. En el caso de donaciones de bienes, equipos, insumos, servicios y otros, se procederá de acuerdo al marco legal vigente.

### **TÍTULO III**

#### **DE LA POTESTAD FISCALIZADORA Y SANCIONADORA**

##### **CAPÍTULO I**

###### **Potestad fiscalizadora y sancionadora**

###### **Artículo 33.-** *Potestad de supervisión y fiscalización*

El cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente norma, o su reglamento, que asumen las personas naturales y jurídicas que administran los espacios museales, está sujeto a la supervisión y fiscalización del Ministerio de Cultura, a través de sus instancias correspondientes, sin perjuicio de las competencias y funciones que tiene el órgano de control institucional del Sistema Nacional de Control.

###### **Artículo 34.-** *Potestad sancionadora del Ministerio de Cultura*

El Ministerio de Cultura, de acuerdo a su Ley de creación, ejerce potestad sancionadora en concordancia con lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS.

##### **CAPÍTULO II**

###### **Régimen general de infracciones y sanciones**

###### **Artículo 35.-** *Infracciones administrativas*

35.1. El Ministerio de Cultura, en ejercicio de su potestad sancionadora en el ámbito museal, se encuentra facultado para exigir coactivamente el pago de las multas que aplica, intereses, gastos y costas que liquida, así como el cumplimiento de otras sanciones y obligaciones que impone.

35.2. Adicionalmente a las infracciones previstas en la Ley N.º 28296. Ley General de Patrimonio Cultural, constituyen infracciones administrativas en espacios museales, todas aquellas transgresiones a las disposiciones contenidas en la presente Ley y su Reglamento, por parte de personas naturales o jurídicas, sea por acción u omisión. Las infracciones, según el grado de afectación ocasionado al bien y al nivel de incumplimiento de la normatividad y obligaciones, pueden ser:

###### **a) Infracción leve:**

1. La omisión de la actualización de información que dio lugar a la determinación e inscripción en el Registro Nacional de Museos.



2. La omisión de la comunicación previa del cierre temporal o definitivo de un espacio museal.

3. La omisión de la documentación del inventario y registro y catalogación de las colecciones.

4. El incumplimiento, por parte de los investigadores, de señalar los créditos correspondientes a los espacios museales, y de entregar copias de las publicaciones producto de investigaciones realizadas.

5. La obtención de imágenes, la realización de copias y/o reproducciones de las colecciones por parte de terceros sin la debida autorización del espacio museal.

b) Infracción grave:

1. La reincidencia en las infracciones señaladas en el literal anterior, pese al requerimiento de cese de las mismas por parte del Ministerio de Cultura.

2. El incumplimiento de las labores de conservación de las colecciones.

3. La realización de actividades que interfieran en la seguridad y conservación de las colecciones.

4. La realización de intervenciones de conservación o restauración sin el conocimiento previo del Ministerio de Cultura.

5. La omisión en la presentación de la documentación de las intervenciones de conservación o restauración.

6. la omisión en el uso de medidas de protección, con seguridad física o con sistemas de seguridad electrónica, que garanticen la salvaguarda de las colecciones.

7. Impedir o no brindar facilidades a los investigadores para la realización de proyectos que involucren la investigación de las colecciones.

8. Impedir o no brindar facilidades para las evaluaciones por parte del Ministerio de Cultura.

c) Infracción muy grave:

1. La reincidencia de las infracciones del literal anterior pese al requerimiento de cese las mismas por parte del Ministerio de Cultura.

2. la prohibición o impedimento de acceso al público. sin mediar justificación objetiva y razonable aprobada por el Ministerio de Cultura.

3. Causar daños irreversibles, o pérdida total, de uno o varios de los bienes de las colecciones por falta de medidas de seguridad.

4. Causar daños irreversibles, o pérdida total, de uno o varios de los bienes de las colecciones por incumplimiento de labores de conservación.
5. Causar daños irreversibles, o pérdida total, de uno o varios de los bienes de las colecciones, por la realización de intervenciones negligentes de conservación o restauración.
6. La implementación de exposiciones y/o la ejecución de actividades que busquen tergiversar la verdad de hechos o situaciones pasadas, con el fin de modificar maliciosamente la memoria colectiva de la ciudadanía.
7. La implementación de exposiciones y/o la ejecución de actividades relacionadas a una apología al terrorismo (alabanza, defensa o justificación).
8. la implementación de exposiciones y/o la ejecución de actividades que sean contrarias a los principios, valores constitucionales y de estándares de derechos humanos, así como por contravenir las buenas costumbres.

35.3. las infracciones señaladas en el presente artículo no eximen al responsable del museo o colección de otro tipo de sanciones establecidas por Ley.

35.4. Las acciones que ejerza el Ministerio de Cultura, conforme a lo señalado en el presente artículo, se realizan sin perjuicio de las competencias que correspondan a las entidades de la Administración Pública.

#### **Artículo 36.- Sanciones**

36.1. El Ministerio de Cultura aplica sanciones en base a criterios de proporcionalidad, teniendo en consideración la gravedad de los hechos y el perjuicio ocasionado a los bienes.

Las sanciones pueden ser las siguientes:

1. Multa de hasta diez (10) UIT, cuando se trata de infracciones leves.
2. Multa mayor a diez (10) UIT y hasta cincuenta (50) UIT, cuando se trata de infracciones graves.
3. Multa mayor a cincuenta (50) UIT y hasta doscientas (200) UIT, e inhabilitación temporal de la persona jurídica o natural para acceder a los beneficios de la presente norma, desde un (1) año hasta por un plazo máximo de diez (10) años, cuando se trate de infracciones muy graves; sin perjuicio de las acciones judiciales que se deriven de los hechos.

36.2. La aplicación de las sanciones previstas en el presente artículo, los criterios de graduación de las sanciones, así como las medidas de carácter

provisional que resulten aplicables, son desarrollados en el reglamento de la presente norma.

### DISPOSICIÓN TRANSITORIA

**Única Disposición Transitoria:** Los museos e instituciones museales inscritos en el Registro Nacional de Museos Públicos y Privados a la entrada en vigencia de la presente norma, mantienen dicha inscripción y pasarán por un proceso de adecuación a los nuevos requisitos que se establecen, hasta su inscripción en el Registro Nacional de Museos. El Ministerio de Cultura acompaña en dicho proceso, el cual no puede ser superior a 2 años.

### DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

**Primera:** Incorpórese el ANEXO 1 que contiene el listado de los museos e instituciones museales que administra el Ministerio de Cultura, como parte integrante de la presente norma.

De igual forma, incorpórese el ANEXO 2 que contiene el GLOSARIO, como parte integrante de la presente norma.

**Segunda:** Prohíbase la implementación de exposiciones y/o la ejecución de actividades relacionadas a una apología al terrorismo (alabanza, defensa o justificación).

Las exposiciones y/o la ejecución de actividades relacionada a relatar, interpretar o recrear situaciones debidamente comprobadas en relación al terrorismo, son legales siempre y cuando tengan como fin el explicar e informar a la población sobre lo lesivo que fue la actividad terrorista en nuestro país, tanto en la vulneración de los derechos humanos, así como poner en riesgo el modelo democrático de la República del Perú.

### DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS MODIFICATORIAS

**Primera:** Modifíquese el numeral 11 del artículo 82 de la Ley N.º 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, en los siguientes términos:

“11. Organizar y sostener espacios museales, centros culturales, bibliotecas, teatros y talleres de arte en provincias, distritos y centros poblados”.

**Segunda:** Modifíquese el literal k del artículo 47 de la Ley N.º 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, en los siguientes términos:

“k) Promover y difundir las manifestaciones culturales y potenciar los espacios museales, artísticas y culturales de la región, en coordinación con los Gobiernos Locales”.

### **DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA**

**Única Disposición Complementaria Derogatoria:** Deróguese el Decreto Ley 25790, que crea el Sistema de Museos del Estado; así como todas las disposiciones que se opongan a la presente Ley.

Lima, 5 de febrero de 2021

**ALCIDES RAYME MARÍN**

Congresista de la República

### **ANEXO I**

#### **Museos e instituciones museales que administra el ministerio de cultura**

1. Sala de Exhibición “Gilberto Tenorio Ruiz”.
2. Museo Arqueológico de Ancash “Augusto Soriano Infante”.
3. Museo Arqueológico Zonal de Cabana.
4. Museo de Antropología, Arqueología e Historia Natural de Ranrahirca.
5. Museo Nacional Chavín.
6. Museo Regional de Casma “Max Uhle”.
7. Sala de Exhibición del Monumento Arqueológico Willkawaín.
8. Museo Arqueológico, Antropológico de Apurímac.
9. Museo de Sitio de Quinua.
10. Museo de Sitio Wari.
11. Museo Histórico Regional “Hipólito Unanue”.
12. Museo Arqueológico y Etnográfico del Conjunto Monumental Belén.
13. Museo Amazónico Andino Qhapaq Ñan Quillabamba.
14. Museo de los Pueblos de Paucartambo.
15. Museo de Sitio “Manuel Chávez Bailón”.
16. Museo de Sitio Chinchero.

17. Museo Histórico Regional de Cusco.
18. Sala de Exposición de Pikillaqta.
19. Museo Arqueológico “Samuel Humberto Espinoza Lozano”.
20. Museo Regional “Daniel Hernández Morillo”.
21. Sala de Exhibición de la Zona Arqueológica Monumental de Kotosh.
22. Museo de Sitio “Julio C. Tello” de Paracas.
23. Museo Regional de Ica “Adolfo Bermúdez Jenkins”.
24. Sala de Exhibición del Sitio Arqueológico “Tambo Colorado”.
25. Museo de Sitio Wari Willka.
26. Museo Regional de Arqueología de Junín.
27. Museo de Sitio Chan Chan.
28. Museo Arqueológico Nacional Brüning.
29. Museo de Sitio Huaca Chotuna-Chornancap.
30. Museo de Sitio Huaca Rajada – Sipán.
31. Museo de Sitio Túcume.
32. Museo Nacional Sicán.
33. Museo Tumbas Reales de Sipán.
34. Casa de la Gastronomía Peruana.
35. Museo “José Carlos Mariátegui”.
36. Lugar de la memoria, la tolerancia y la inclusión social.
37. Museo de Arte Italiano.
38. Museo de la Nación.
39. Museo de Sitio Arturo Jiménez Borja – Puruchuco.
40. Museo de Sitio “El Mirador del Cerro San Cristóbal”.
41. Museo de Sitio Pucllana.
42. Museo de Sitio Huallamarca.
43. Museo de Sitio Pachacamac.
44. Museo Nacional de Arqueología, Antropología e Historia del Perú.
45. Museo Nacional de la Cultura Peruana.
46. Museo Postal y Filatélico del Perú.

47. Museo Amazónico.
48. Museo de Sitio de Narihualá.
49. Sala de Oro del Museo Municipal Vicús.
50. Museo Lítico de Pukara.
51. Templo Museo Nuestra Señora de La Asunción.
52. Templo Museo San Juan de Letrán.
53. Museo Departamental San Martín.
54. Museo de Sitio Las Peñas.
55. Museo Histórico Regional de Tacna.
56. Museo de Sitio Cabeza de Vaca “Gran Chilimasa”.

## ANEXO 2

### Glosario

#### 1. *Comunicación en museos:*

La comunicación en los museos abarca tanto la promoción como la difusión de los resultados de las investigaciones realizadas sobre las colecciones, comprende el manejo de los diferentes medios de comunicación (página web, redes sociales, publicaciones, eventos, entre otros) y su interactividad con el público.

Se vincula estrechamente con el área educativa para el desarrollo de estudios de públicos, los programas de desarrollo de públicos y la difusión de los programas educativos en general.

#### 2. *Conservación en museos:*

La conservación es el conjunto de acciones que buscan evitar alteraciones en el estado de un bien a fin de preservarlo para futuras generaciones; aplicando técnicas y metodología necesaria, acorde con principios, normas y estándares internacionales; para mitigar los efectos del deterioro natural de los bienes.

Pueden ser:

##### 2.1. *Conservación Preventiva:*

Las acciones que se ejecutan para impedir el daño, pérdida y/o deterioro de los bienes culturales. Son intervenciones que se ejercen para los bienes, en torno a de ellos, sin afectar su materialidad.

## 2.2. *Conservación Curativa:*

Son acciones que se realizan cuando se identifica cierto tipo de daños internos y externos en los bienes culturales. Estas acciones contribuyen a interrumpir o ralentizar los procesos de degradación de los bienes, con el fin de estabilizar su materialidad, reduciendo los daños. Estas intervenciones son fundamentales para mantener la cohesión de los objetos.

## 3. *Restauración:*

Conjunto de operaciones concretas, programadas, de carácter y rigurosidad científica, destinadas a recuperar el estado de unicidad del bien cultural. Cuando el patrimonio no ha podido ser recuperado de acuerdo a la conservación preventiva o a la conservación curativa se concretan un conjunto de acciones que actúan para devolver el significado, función y características de unicidad al objeto. Estas acciones partes del criterio de mínima intervención para su realización.

## 4. *Documentación en museos:*

La documentación es el conjunto de actividades de recolección de la información contenida o relacionada con los bienes de las colecciones, a fin de preservarla más allá de la materialidad de los propios bienes, y abarca desde el ingreso del bien al museo hasta el estado y lugar último donde se encuentra, incluyendo los tratamientos de conservación que haya recibido el bien.

Como parte de la documentación, los museos deben realizar el inventario, registro y catalogación de sus colecciones, lo que le permitirá contar con información mínima para el desarrollo de otras actividades como la investigación, la educación y la comunicación.

La documentación requiere de conocimientos específicos vinculados a la naturaleza, tipo y características de los bienes.

## 5. *Educación en museos:*

Los museos son espacios de educación no formal, donde se llevan a cabo un conjunto de intervenciones y estrategias de carácter pedagógico que buscan acercar lo expuesto en el museo a través de la participación activa de los visitantes fomentando el desarrollo del pensamiento crítico, la creatividad y curiosidad por el aprendizaje, integrando las emociones, el cuerpo y los sentidos con el objetivo de generar experiencias significativas en el visitante.

Los estudios de público y el desarrollo de los mismos constituyen una labor de gran importancia para el conocimiento y participación crítica de sus visitantes. El primero permite el conocimiento de los usuarios finales de los museos y la segunda permite desarrollar estrategias para generar conexiones significativas a largo plazo, contribuyendo al ejercicio de los derechos culturales.

Los museos capacitarán al personal que preste servicios educativos a fin que cuenten con herramientas de mediación cultural y conozcan las características de la propia colección.

**6. Exhibición en museos:**

Referido a la muestra de objetos museales al público.

**7. Exposición en museos:**

El resultado de la acción de exponer, es el conjunto de lo expuesto y el lugar donde se expone, siendo uno de los fines del museo para la puesta en escena de objetos interpretados con los que se quiere contar y comunicar un relato. Es el producto del proceso de investigación curatorial.

Las exposiciones itinerantes son exposiciones que han sido diseñadas para presentarse en varios lugares. Estas exposiciones son proyectadas de modo tal que facilitan su transporte y montaje en cada lugar al que van dirigidas.

Las exposiciones permanentes son aquellas que permanece en su lugar y abiertas al público por tiempo indefinido. Los museos exponen su colección en forma permanente, aunque también realizan algunas veces exposiciones temporales. El recinto que alberga la exposición permanente por lo general se adapta en forma exclusiva para cumplir sus funciones a muy largo plazo.

Las exposiciones temporales o transitorias se realizan para ser exhibidas durante un periodo de tiempo corto, que generalmente varía entre dos semanas y cuatro meses, y su duración tiene que ver tanto con la afluencia o el nivel de asistencia estimado de público, como con la importancia o trascendencia de las exposiciones. Por ser transitorias, estas exposiciones se realizan en recintos que deben adaptarse fácilmente, o en poco tiempo, a las necesidades particulares del montaje de cada muestra.

**8. Guion científico:**

Texto primigenio que contiene toda la información sobre una investigación curatorial (teórica, documental y técnica del tema o bienes investigados).

**9. Guion museológico:**

Contenido elaborado a partir del guion científico que identifica y desarrolla los temas y subtemas que forman parte del discurso de una exposición.

**10. Guion museográfico:**

Documento que acompaña al guion museológico y que contiene el listado de los bienes a exhibirse, su distribución planimétrica, los elementos de montaje, los recursos audiovisuales, la adecuación de la narración al espacio físico, entre otros.



### 11. *Institución museal:*

Espacio cultural que desempeña una función de interés público relacionado a la conservación, investigación, exhibición y/o difusión de bienes de interés cultural o bienes pertenecientes al Patrimonio Cultural.

Pueden ser:

#### 11.1. *Centros de interpretación:*

Espacios museales que, sin reunir todas las funciones y condiciones propias de un museo, se encuentran ubicados en zonas de valor histórico, arqueológico, antropológico o paleontológico.

#### 11.2. *Sala de exposición:*

Espacios museales que, sin reunir todas las funciones y condiciones propias de un museo, exponen a los visitantes, producto del proceso de investigación curatorial, las colecciones de manera permanente o temporal, garantizando las condiciones de conservación y seguridad.

### 12. *Investigación en museos:*

En los museos se realizan investigaciones científicas, con un enfoque crítico y reflexivo para la creación de nuevos conocimientos sobre los bienes que estos albergan, como testimonio de las sociedades del pasado y su impacto en el presente. Así mismo busca encontrar el significado y relevancia de los bienes e incrementar su conocimiento para determinar el tipo de acciones de conservación y exhibición a las que los bienes pueden ser sometidos.

La investigación curatorial, se orienta a la producción y gestión del conocimiento con fines expositivos, ya sea como parte de la exposición permanente, como para el desarrollo de exposiciones temporales y/o itinerantes.

### 13. *Mediación Cultural:*

La mediación cultural se refiere a todas las intervenciones y estrategias interdisciplinarias que el museo diseña, implementa y evalúa, y que forman parte de su programa educativo. Responde a un objetivo mayor que es el ejercicio de los derechos culturales para todos los ciudadanos.

En la mediación, los públicos son considerados un agente activo y único, por lo tanto, las intervenciones y estrategias deben propiciar: la discusión, aprendizaje y creación colectiva, el diálogo a través de sus saberes previos, la observación y la experimentación y el desarrollo de experiencias interactivas a través de una aproximación sensorial y reflexiva.

Los museos utilizarán todos los medios posibles para la mediación cultural, tanto aquellos que están en la exposición (colección del museo, dispositivos

museográficos, tecnológicos, etc.) como otros que puedan desarrollarse en función de las temáticas y los públicos.

**14. *Público en museos:***

También conocido como visitantes. Son los beneficiarios y usuarios finales de los museos, que se conforman a través de una gran diversidad. Para conocer adecuadamente a los visitantes de un museo y sus expectativas, es necesario desarrollar estudios de públicos.

**15. *Seguridad en museos:***

Referido a la organización y ejecución de un plan que contemple el uso de medios y procedimientos de vigilancia en todas las áreas y dependencias del museo o institución museal, con la finalidad de prevenir y alertar eventuales accidentes y afectaciones tanto de grupos humanos como de los bienes que forman parte de las colecciones.



## Unión Europea

SUMARIO: I. REGLAMENTO DE EJECUCIÓN (UE) 2021/1079 DE LA COMISIÓN, DE 24 DE JUNIO DE 2021 POR EL QUE SE ESTABLECEN LAS MODALIDADES DE APLICACIÓN DE DETERMINADAS DISPOSICIONES DEL REGLAMENTO (UE) 2019/880 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO RELATIVO A LA INTRODUCCIÓN Y LA IMPORTACIÓN DE BIENES CULTURALES. II. RESEÑA DEL REGLAMENTO DE EJECUCIÓN (UE) 2021/1079 DE LA COMISIÓN, DE 24 DE JUNIO DE 2021 POR EL QUE SE ESTABLECEN LAS MODALIDADES DE APLICACIÓN DE DETERMINADAS DISPOSICIONES DEL REGLAMENTO (UE) 2019/880 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO RELATIVO A LA INTRODUCCIÓN Y LA IMPORTACIÓN DE BIENES CULTURALES.

### **I. REGLAMENTO DE EJECUCIÓN (UE) 2021/1079 DE LA COMISIÓN, DE 24 DE JUNIO DE 2021 POR EL QUE SE ESTABLECEN LAS MODALIDADES DE APLICACIÓN DE DETERMINADAS DISPOSICIONES DEL REGLAMENTO (UE) 2019/880 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO RELATIVO A LA INTRODUCCIÓN Y LA IMPORTACIÓN DE BIENES CULTURALES**

LA COMISIÓN EUROPEA,

Visto el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea,

Visto el Reglamento (UE) 2019/880 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativo a la introducción y la importación de bienes culturales, y en particular su artículo 3, apartado 6, su artículo 4, apartado 12, su artículo 5, apartado 3, y su artículo 8, apartado 2,

Considerando lo siguiente:

(1) Para garantizar la aplicación del Reglamento (UE) 2019/880 se requiere el establecimiento de normas específicas que configuren un sistema de licencias de importación para determinadas categorías de bienes culturales enumeradas en la parte B del anexo de dicho Reglamento.

(2) Es necesario asimismo establecer las normas relativas al sistema de declaración del importador para las categorías de bienes enumeradas en la parte C del anexo del Reglamento (UE) 2019/880.

(3) Por último, es preciso fijar las normas que regulen las excepciones a los requisitos de obtención de una licencia de importación o de presentación de una declaración del importador en determinadas condiciones.

(4) Los bienes culturales que corran un riesgo inminente de destrucción o pérdida en un tercer país deben custodiarse en refugios de la Unión con el fin de garantizar su seguridad, su mantenimiento en buen estado y su retorno seguro cuando la situación lo permita. Para asegurar que los bienes culturales custodiados no sean desviados en la Unión e introducidos en el mercado, los refugios deben ser supervisados o gestionados por entidades públicas bajo cuya supervisión directa deben permanecer dichos bienes en todo momento.

(5) Los bienes culturales entregados para su custodia en un refugio de un Estado miembro deben incluirse en regímenes aduaneros adecuados que garanticen su almacenamiento durante un período de tiempo indefinido; es preciso, además, adoptar dispositivos para el supuesto de que se sospeche que la situación de riesgo en el tercer país puede persistir más allá del horizonte previsible. Para permitir al conjunto de la ciudadanía disfrutar de la presencia temporal de estos bienes culturales en el territorio de la Unión, debe permitirse su exposición en instalaciones administradas por el mismo organismo que gestione el refugio, con el consentimiento previo del tercer país y, cuando los bienes hayan sido colocados en régimen de depósito aduanero, con la autorización previa de las aduanas de conformidad con el Reglamento (UE) n.º 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo. El traslado de los bienes a las instalaciones de exposición solo debe autorizarse si se puede garantizar su seguridad y su mantenimiento en buen estado.

(6) La exención de los requisitos de obtener una licencia de importación o de presentar una declaración del importador a la aduana en caso de importación temporal de bienes culturales con fines educativos, científicos, de conservación, restauración, exposición, digitalización, artes escénicas, investigación realizada por instituciones académicas o cooperación entre museos o instituciones similares debe organizarse de una forma que garantice que los bienes culturales se utilicen únicamente para esos fines. Los establecimientos e instituciones públicos se consideran fiables en lo que se refiere al uso de bienes culturales importados con carácter temporal; por lo tanto, solo debe exigírseles que se registren en el sistema electrónico. Las instituciones o establecimientos de Derecho privado o de Derecho mixto (público-privado) también deben poder acogerse a esta exención, siempre que su registro en el sistema electrónico sea posteriormente confirmado por la autoridad competente. Esta

exención debe aplicarse también de una forma que garantice que los objetos importados de forma temporal sean los mismos que se reexporten al final del procedimiento, y que las aduanas puedan identificar fácilmente a los establecimientos beneficiarios a través del sistema electrónico centralizado.

(7) A fin de garantizar la trazabilidad de los bienes culturales importados de forma temporal y exentos del requisito de presentar una licencia de importación o una declaración del importador con arreglo al artículo 3, apartado 4, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2019/880, procede establecer normas relativas a la descripción de los bienes que debe cargarse en el sistema electrónico a que se refiere el artículo 8 de dicho Reglamento.

(8) Para la correcta aplicación del artículo 3, apartado 5, del Reglamento (UE) 2019/880 y con objeto de garantizar una aplicación uniforme de la exención y de evitar su uso indebido por parte de puntos de venta permanentes como casas de subastas, tiendas y galerías de antigüedades, las ferias de arte comerciales deben cumplir determinadas condiciones en lo que respecta a su duración, finalidad y accesibilidad al público, así como a la publicidad que reciben.

(9) A fin de garantizar la aplicación uniforme de las disposiciones del Reglamento (UE) 2019/880 en materia de licencias de importación, se necesitan normas que regulen la elaboración, presentación y examen de las solicitudes y la expedición y validez de las licencias correspondientes mediante el sistema electrónico centralizado.

(10) Para evitar el uso irregular de una licencia de importación que haya sido revocada por una autoridad competente, debe activarse en el sistema electrónico para la importación de bienes culturales a que se refiere el artículo 8 del Reglamento (UE) 2019/880 una alerta que atraiga la atención de las autoridades aduaneras y las autoridades competentes de otros Estados miembros.

(11) La procedencia lícita de un bien cultural importado en la Unión en el pasado al amparo de una licencia de importación es un aspecto que ya ha sido examinado por una autoridad competente de un Estado miembro. Para garantizar la coherencia con dicha evaluación y agilizar el comercio, toda nueva solicitud de reimportación de un mismo bien cultural debe estar sujeta a requisitos simplificados.

(12) De conformidad con el Reglamento (UE) 2019/880, el plazo de 90 días para que una autoridad competente decida sobre una solicitud de licencia de importación empieza a contar desde el momento en que dicha autoridad recibe una solicitud completa. Con ánimo de garantizar la igualdad de trato y la tramitación expedita de las solicitudes de licencia, cuando se considere necesaria información adicional a la presentada por el solicitante junto

con su solicitud electrónica para demostrar el carácter legal de la exportación, el plazo de 90 días no deberá empezar a contar hasta el momento en que el solicitante haya presentado la información adicional solicitada, cargándola en el sistema electrónico. Habida cuenta de que la carga de la prueba de la exportación legal recae en el solicitante, cuando la información adicional requerida no se haya presentado a la autoridad competente en el plazo fijado, la solicitud deberá rechazarse por estar incompleta.

(13) Con el fin de impedir la introducción en la Unión de bienes culturales exportados ilegalmente desde un tercer país, deben presentarse siempre junto con las solicitudes de licencia de importación o estar en posesión del declarante que presente una declaración del importador –en caso de que las autoridades aduaneras soliciten su presentación–, determinados documentos o información que certifiquen la exportación legal por parte de las autoridades del tercer país, identifiquen adecuadamente el bien cultural y expresen la responsabilidad del importador.

(14) Para que los solicitantes puedan demostrar la procedencia legal de los bienes en caso de que el país en el que estos se hayan creado o descubierto no dispusiera de un sistema de certificación de las exportaciones en el momento de la exportación, debe permitirse a los operadores presentar en apoyo de su solicitud de licencia de importación o tener en su poder –en caso de que las aduanas soliciten estos documentos– una combinación de otros medios de prueba. En tal caso, los Estados miembros deben exigir al operador que aporte tantos tipos distintos de pruebas como sea posible, pruebas entre las que pueden incluirse el historial de la propiedad del objeto que permita determinar su autenticidad y su propietario.

(15) Para garantizar la uniformidad de las declaraciones del importador contempladas en el Reglamento (UE) 2019/880, es preciso establecer normas que regulen la elaboración de la declaración firmada en el sistema electrónico centralizado y el contenido de la descripción normalizada del bien cultural.

(16) Las aduanas deben llevar a cabo controles –además de los controles aleatorios– basados principalmente en el análisis de riesgos. Con el fin de garantizar que el objeto presentado en aduana es aquel para el que se ha obtenido la licencia de importación o se ha elaborado la declaración del importador, las aduanas deben llevar a cabo controles aplicando los criterios de gestión de riesgos que se describen en los artículos 46 a 49 del Reglamento (UE) n.º 952/2013. L 234/68 ES Diario Oficial de la Unión Europea 2.7.2021

(17) El Reglamento (UE) 2019/880 prevé el establecimiento, por parte de la Comisión, de un sistema electrónico centralizado para gestionar la

importación de bienes culturales procedentes de terceros países en el territorio aduanero de la Unión. Deben establecerse las modalidades concretas de funcionamiento, utilización, acceso, contingencia y seguridad de dicho sistema y de la información almacenada o intercambiada a través de él.

(18) Con el fin de garantizar el suficiente nivel de seguridad de los medios electrónicos de identificación y certificación electrónica, y de digitalizar y armonizar los procesos, las licencias de importación y las declaraciones del importador deben cumplir las normas relativas a las firmas electrónicas, los sellos electrónicos y los sellos de tiempo electrónicos en los distintos niveles de seguridad de la identidad que se establecen en el Reglamento (UE) n.º 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo (3) y en la Decisión de Ejecución (UE) 2015/1506 de la Comisión.

(19) El acceso al contenido de las licencias de importación, las solicitudes correspondientes, las declaraciones del importador y cualquier información o documento presentado como justificante debe reservarse exclusivamente a las autoridades de los Estados miembros responsables de la aplicación del Reglamento (UE) 2019/880 y a los propios solicitantes y declarantes. No obstante, para agilizar el comercio –como en los casos de transmisión de la propiedad de un bien cultural importado–, debe permitirse a los titulares de las licencias de importación o a los autores de las declaraciones del importador que otorguen acceso a sus propias licencias o declaraciones a terceros.

(20) Los Estados miembros podrán limitar el número de aduanas que pueden efectuar los trámites de importación de bienes culturales. Para que los importadores sepan cuáles son las aduanas competentes para llevar a cabo los trámites de importación, esta información debe ponerse a su disposición y actualizarse periódicamente en el sistema electrónico centralizado.

(21) El Reglamento (UE) 2019/880 establece que su artículo 3, apartados 2 a 5, apartado 7 y apartado 8, su artículo 4, apartados 1 a 10, su artículo 5, apartados 1 y 2, y su artículo 8, apartado 1, se aplicarán a partir de la fecha en que el sistema electrónico a que se refiere su artículo 8 sea operativo o, a más tardar, a partir del 28 de junio de 2025. Por lo tanto, la fecha a partir de la cual ha de aplicarse el presente Reglamento debe aplazarse consiguientemente.

(22) El Supervisor Europeo de Protección de Datos, al que se consultó de conformidad con el artículo 42, apartado 1, del Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo, emitió su dictamen el 23 de abril de 2021.

(23) Las medidas previstas en el presente Reglamento se ajustan al dictamen del Comité del código aduanero.

**HA ADOPTADO EL PRESENTE REGLAMENTO:**



## CAPÍTULO I

### Disposiciones Generales

#### **Artículo 1** *Definiciones*

A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por:

1) “refugio”: instalación de almacenamiento segura situada dentro del territorio aduanero de la Unión, designada por un Estado miembro para la custodia de bienes culturales de importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia que correrían una amenaza grave e inminente de destrucción o pérdida si permaneciesen en su ubicación presente;

2) “tercer país”: país o territorio situado fuera del territorio aduanero de la Unión, tal como se define en el artículo 1, apartado 11, del Reglamento Delegado (UE) 2015/2446 de la Comisión.

3) “país de interés”: tercer país en el que se haya creado o descubierto el bien cultural que vaya a importarse o último país en el que se encontrase el bien cultural durante un período superior a cinco años con fines distintos de su uso temporal, tránsito, reexportación o transbordo, de conformidad con el artículo 4, apartado 4, y el artículo 5, apartado 2, del Reglamento (UE) 2019/880;

4) “sistema ICG”: sistema electrónico para la importación de bienes culturales a que se refiere el artículo 8 del Reglamento (UE) 2019/880;

5) “TRACES”: sistema a que se refiere el artículo 133, apartado 4, del Reglamento (UE) 2017/625 del Parlamento Europeo y del Consejo;

6) “firma electrónica”: firma electrónica conforme a la definición del artículo 3, punto 10, del Reglamento (UE) 910/2014;

7) “sello electrónico avanzado”: sello electrónico que se ajusta a las especificaciones técnicas establecidas en el anexo de la Decisión de Ejecución (UE) 2015/1506;

8) “sello electrónico cualificado”: sello electrónico conforme a la definición del artículo 3, punto 27, del Reglamento (UE) n.º 910/2014;

9) “sello cualificado de tiempo electrónico”: sello de tiempo electrónico conforme a la definición del artículo 3, punto 34, del Reglamento (UE) n.º 910/2014;

10) “número EORI”: número de registro e identificación de los operadores económicos, tal como se define en el artículo 1, apartado 18, del Reglamento Delegado (UE) 2015/2446 de la Comisión.

## CAPÍTULO II

### Modalidades de aplicación de la exención de los requisitos documentales

#### Artículo 2 *Custodia*

1. Los Estados miembros que importen bienes culturales para su custodia habilitarán refugios para su almacenamiento. Dichas instalaciones de almacenamiento estarán específicamente equipadas para albergar bienes culturales y garantizar su seguridad y mantenimiento en buen estado. No podrán designarse como refugio las zonas francas a que se refiere el artículo 243 del Reglamento (UE) n.º 952/2013.

2. Cuando un Estado miembro habilite un refugio, designará una autoridad pública para gestionarlo o supervisar su gestión y cargará los datos de contacto de dicha autoridad en el sistema ICG. La Comisión publicará esta información a través de internet.

3. Los Estados miembros solo podrán designar como autoridades públicas responsables de gestionar o supervisar la gestión de un refugio a las autoridades estatales, regionales o locales o los organismos de Derecho público definidos en el artículo 2, apartado 1, punto 4, de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo.

4. Los bienes culturales pertenecientes a las categorías indicadas en las partes B y C del anexo del Reglamento (UE) 2019/880 que sean importantes para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia podrán ser colocados temporalmente en un refugio en el territorio aduanero de la Unión para evitar su destrucción o pérdida debido a conflictos armados, catástrofes naturales u otras situaciones de emergencia que afecten al tercer país en cuestión.

5. La importación de bienes culturales con los fines señalados en el artículo 3, apartado 4, letra b), del Reglamento (UE) 2019/880 requerirá la admisión previa de una solicitud oficial de custodia presentada por una autoridad pública del tercer país que sea el poseedor o titular de los bienes culturales a la autoridad pública de la Unión designada para la gestión o la supervisión del refugio en el que vayan a depositarse los bienes culturales.

6. A falta de un acuerdo específico entre las partes, los costes de almacenamiento y mantenimiento de los bienes culturales depositados en un refugio correrán a cargo del Estado miembro donde radique dicho refugio.

7. Por lo que respecta al régimen aduanero en el que podrán ser incluidos los bienes culturales mientras estén almacenados en un refugio, se aplicarán las disposiciones siguientes:

- a) la entidad que gestione el refugio declarará los bienes culturales que vayan a ser incluidos en el régimen de depósito aduanero privado de

conformidad con el artículo 240 del Reglamento (UE) n.º 952/2013, siempre que dicha entidad sea titular de una autorización para mantener un depósito aduanero privado en las instalaciones de dicho refugio;

b) como posibilidad alternativa, la entidad que gestione el refugio podrá declarar los bienes culturales para su despacho a libre práctica con exención de derechos de importación, de conformidad con los artículos 42 a 44 del Reglamento (CE) n.º 1186/2009 del Consejo;

c) la entidad que gestione el refugio podrá incluir inicialmente los bienes culturales en el régimen de importación temporal. Cuando se escoja este régimen aduanero, se tomarán las disposiciones necesarias para que los bienes sean posteriormente incluidos en uno de los regímenes contemplados en las letras a) o b) en caso de que expire el período máximo de importación temporal asignado en virtud del artículo 251 del Reglamento (UE) n.º 952/2013 y no se haya concedido su prórroga, mientras aún no sea posible la devolución segura de los bienes al tercer país.

8. Los bienes culturales podrán ser trasladados temporalmente desde las instalaciones del refugio para su exposición al público, siempre que se cumplan las condiciones siguientes:

a) que el tercer país desde el que se hayan importado los bienes culturales haya otorgado su consentimiento;

b) que las autoridades aduaneras hayan autorizado el traslado de conformidad con el artículo 240, apartado 3, del Reglamento (UE) n.º 952/2013;

c) que las instalaciones designadas para la exposición ofrezcan las condiciones adecuadas para garantizar la protección, la conservación y el mantenimiento de los bienes.

### **Artículo 3** *Importación temporal con fines educativos, científicos o de investigación*

1. Se permitirá la importación temporal de bienes culturales con arreglo al artículo 3, apartado 4, letra c), del Reglamento (UE) 2019/880, sin licencia de importación ni declaración del importador, con los siguientes fines:

a) el uso exclusivo de los bienes culturales por parte de centros públicos científicos, docentes o de formación profesional para la enseñanza, la formación profesional o la investigación científica y bajo su responsabilidad;

b) el préstamo temporal, por museos e instituciones similares de terceros países, de bienes culturales pertenecientes a sus colecciones permanentes a un museo público o una institución similar situada en el

territorio aduanero de la Unión con el fin de mostrar dichos bienes culturales al público o utilizarlos en representaciones artísticas;

c) la digitalización, a saber, la conservación de sus imágenes o sonidos en una forma adecuada para su transmisión y tratamiento informático, por parte de un establecimiento adecuadamente equipado a tal fin y bajo la responsabilidad y supervisión de un museo público o una institución similar;

d) la restauración o conservación por expertos profesionales bajo la responsabilidad de un museo público o una institución similar, siempre que dicho tratamiento o manipulación no vaya más allá de lo necesario para reparar los bienes culturales, restaurarlos o conservarlos en buen estado.

2. A los efectos del apartado 1, el establecimiento o institución de que se trate ofrecerá cuantas garantías se consideren necesarias para que el bien cultural sea devuelto al tercer país en el mismo estado y que pueda describirse o marcarse de modo que no quepa duda, en el momento de la importación temporal, de que al final del procedimiento se reexportará el mismo bien que se importó.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1 y 2, los Estados miembros podrán conceder a los establecimientos o instituciones privados o semiprivados sitos en su territorio una exención con arreglo al artículo 3, apartado 4, letra c), del Reglamento (UE) 2019/880 para los fines especificados en el apartado 1 del presente artículo, siempre que ofrezcan las garantías necesarias de que el bien cultural será devuelto en buen estado al tercer país al término del régimen de importación temporal.

4. Para acogerse a la exención contemplada en el apartado 1, los establecimientos e instituciones públicos y los establecimientos o instituciones privados o semiprivados autorizados se registrarán en el sistema ICG. Esta información se pondrá a disposición de las aduanas de la Unión a través del sistema ICG.

#### **Artículo 4** *Trazabilidad*

Los titulares de bienes culturales exentos de los requisitos documentales establecidos en el artículo 3, apartado 4, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2019/880 facilitarán una descripción general normalizada de los bienes en el sistema ICG antes de presentar la declaración en aduana correspondiente.

Esa descripción general se redactará con arreglo al repertorio de datos que figura en el anexo I en una de las lenguas oficiales del Estado miembro en el que vayan a importarse las mercancías.

**Artículo 5** *Importación temporal de bienes culturales ofrecidos para su venta en ferias de arte comerciales*

1. Para que pueda aplicarse la exención establecida en el artículo 3, apartado 5, del Reglamento (UE) 2019/880, la feria de arte comercial en la que deban presentarse los bienes deberá cumplir todas las condiciones siguientes:

- a) que se trate de un acontecimiento comercial de duración limitada, distinto de una subasta pública, en el que se exhiban bienes culturales con vistas a su posible venta;
- b) que sea accesible al público en general, con independencia de la intención de comprar o no de este;
- c) que se anuncie previamente a través de medios electrónicos o convencionales de amplia difusión, como periódicos, revistas o catálogos de exposiciones.

2. Para poder acogerse a la exención establecida en el artículo 3, apartado 5, del Reglamento (UE) 2019/880, todo bien cultural deberá describirse o marcarse de forma que, en el momento de la importación temporal, no quepa duda de que el bien importado es el mismo que será reexportado o incluido en otro de los regímenes aduaneros contemplados en el artículo 2, apartado 3, del Reglamento (UE) 2019/880 al final del procedimiento de importación temporal.

3. A los efectos de la segunda frase del artículo 251, apartado 1, del Reglamento (UE) n.º 952/2013, el período durante el cual los bienes culturales podrán permanecer en régimen de importación temporal será determinado por las autoridades aduaneras teniendo en cuenta el tiempo necesario para la exposición y la expedición de una licencia de importación, en caso de que los bienes vayan a permanecer en el territorio aduanero de la Unión una vez concluida la feria comercial de arte.

4. De conformidad con el artículo 4, apartado 1, del Reglamento (UE) 2019/880, la solicitud de licencia de importación se presentará a la autoridad competente del Estado miembro en el que el bien cultural haya sido importado por primera vez e incluido en el régimen de importación temporal.

### **CAPÍTULO III**

#### **Modalidades de aplicación de la licencia de importación**

**Artículo 6** *Principios generales*

1. La validez de una licencia de importación expirará en cualquiera de los casos siguientes:

- a) que el bien cultural se despache a libre práctica;
- b) que la licencia de importación se haya utilizado únicamente para incluir el bien cultural en uno o varios de los regímenes aduaneros mencionados en el artículo 2, apartado 3, letra b), del Reglamento (UE) 2019/880, y que el bien cultural se reexporte posteriormente desde el territorio aduanero de la Unión.

2. Se expedirá una licencia de importación por cada bien cultural.

No obstante, cuando un envío conste de varios bienes culturales, la autoridad competente podrá determinar si una licencia de importación única puede corresponder a uno o varios bienes culturales de ese envío.

3. Antes de expedir una licencia de importación, la autoridad competente podrá exigir que los bienes culturales que vayan a importarse se pongan a su disposición para inspección física en la aduana o en otros locales situados en su territorio donde se guarden los bienes en depósito temporal. A discreción de la autoridad competente y si esta lo considera necesario, la inspección física podrá llevarse a cabo mediante una conexión de vídeo a distancia.

4. Todos los costes derivados de la solicitud de licencia de importación correrán a cargo del solicitante.

5. La autoridad competente podrá revocar toda licencia de importación que haya expedido si dejan de cumplirse las condiciones en las que se concedió. La decisión administrativa de revocación de la licencia de importación, junto con una exposición de motivos y la información pertinente sobre el procedimiento de recurso, se comunicará al titular de la licencia a través del sistema ICG. La revocación de una licencia de importación activará en el sistema ICG una alerta que informará de ese extremo a las autoridades aduaneras y a las autoridades competentes de los demás Estados miembros.

6. El uso de licencias de importación no afectará a las obligaciones relacionadas con los trámites de importación aduaneros o los documentos correspondientes.

**Artículo 7** *Coherencia de las licencias de importación expedidas*

1. El titular de un bien cultural para el que se haya expedido una licencia de importación antes de su exportación o su reexportación desde la Unión podrá hacer referencia a dicha licencia en cualquier nueva solicitud de importación.

2. El solicitante deberá demostrar que el bien cultural ha sido exportado o reexportado desde el territorio aduanero de la Unión, y que el bien cultural para el que se solicita una licencia de importación es el mismo que aquel para el que se expidió anteriormente una licencia. La autoridad competente comprobará si se cumplen estas condiciones y expedirá una nueva licencia

de importación a partir de los datos de la anterior, a menos que disponga de nueva información que le lleve a albergar dudas racionales sobre el carácter legal de la exportación de ese bien cultural desde el país de interés.

**Artículo 8** *Lista de documentos justificativos de la procedencia lícita en una solicitud de licencia de importación*

1. El solicitante presentará a la autoridad competente pruebas de que el bien cultural en cuestión ha sido exportado desde el país de interés de conformidad con sus disposiciones legales y reglamentarias, o de la ausencia de tales disposiciones legales y reglamentarias en el momento de la salida del bien cultural de su territorio. En particular:

a) la solicitud de licencia de importación deberá incluir una declaración firmada en la que el solicitante asumirá explícitamente la responsabilidad de la veracidad de todas las afirmaciones efectuadas en la solicitud e indicará que ha actuado en todo momento con la diligencia debida para garantizar que el bien cultural que tiene intención de importar ha sido exportado legalmente desde el país de interés;

b) cuando las disposiciones legales y reglamentarias del país de interés supediten la exportación de bienes culturales desde su territorio a la obligación de obtener una autorización previa, el solicitante deberá cargar en el sistema ICG copias de los certificados de exportación o las licencias de exportación pertinentes expedidos por la autoridad pública competente del país de interés en los que se certifique que la exportación del bien cultural en cuestión ha sido debidamente autorizada por ellas;

c) la solicitud irá acompañada de fotografías en color del objeto sobre fondo neutro, de conformidad con las especificaciones establecidas en el anexo II;

d) otros tipos de documentos que pueden presentarse en apoyo de una solicitud de licencia de importación son, entre otros, los siguientes:

i) documentos de aduanas que acrediten los movimientos del bien cultural en el pasado,

ii) facturas de venta,

iii) documentos de seguros,

iv) documentos de transporte,

v) documentos que acrediten su estado,

vi) títulos de propiedad, incluidos los testamentos notariales o los testamentos ológrafos declarados válidos con arreglo a la legislación del país en el que se hayan dictado,

vii) declaraciones juradas del exportador, el vendedor u otro tercero, efectuadas en un tercer país de conformidad con su legislación, que testifiquen la fecha en que el bien cultural ha salido del tercer país en el que fue creado o descubierto, u otros acontecimientos que confirmen el carácter lícito de su procedencia,

viii) tasaciones periciales,

ix) publicaciones de museos, catálogos de exposiciones; artículos de publicaciones periódicas,

x) catálogos de subastas, anuncios y otro material promocional de ventas,

xi) pruebas fotográficas o cinematográficas que respalden la legalidad de la exportación del bien cultural desde el país de interés o permitan determinar cuándo estaba allí o cuándo abandonó su territorio.

2. La autoridad competente evaluará libremente los documentos y demás elementos de información que se enumeran en el apartado 1, letra d), teniendo en cuenta las circunstancias y el riesgo percibido de comercio ilícito en cada caso.

3. La autoridad competente podrá exigir al solicitante que cargue traducciones oficiales de los documentos a que se refiere el apartado 1, letras b) y d), a una de las lenguas oficiales del Estado miembro de que se trate.

**Artículo 9** *Normas de procedimiento para la tramitación de las solicitudes de licencias de importación*

1. La autoridad competente podrá presentar cuantas solicitudes de información adicional sean necesarias, de conformidad con el artículo 4, apartado 6, del Reglamento (UE) 2019/880, en el plazo de 21 días fijado en dicha disposición.

2. El solicitante deberá facilitar la información adicional solicitada en un plazo de 40 días; de no presentarse en ese plazo, se denegará la solicitud. Una vez que el solicitante haya presentado la información solicitada, la autoridad competente la examinará y adoptará una decisión en un plazo de 90 días. Si la autoridad competente ha presentado varias solicitudes de información, el plazo de 90 días empezará a contar a partir de la presentación del último documento por parte del solicitante.

3. Cuando se presente una solicitud de licencia de importación a un Estado miembro distinto de aquel en el que esté establecido el solicitante, el sistema ICG lo notificará a la autoridad competente del Estado miembro en el que esté establecido el solicitante.

4. Cuando la autoridad competente que reciba la notificación disponga de cualquier información que considere pertinente para la tramitación de la



solicitud, la transmitirá a través del sistema ICG a la autoridad competente a la que se haya presentado la solicitud de licencia de importación.

5. En caso de que la solicitud se presente a una autoridad que no sea la competente para expedir la licencia de importación de conformidad con el artículo 4, apartado 1, del Reglamento (UE) 2019/880, la autoridad que haya recibido la solicitud la transmitirá de inmediato a la autoridad competente.

#### **Artículo 10** *Controles de las licencias de importación*

1. Al llevar a cabo los controles aduaneros de conformidad con los artículos 46 a 49 del Reglamento (UE) n.º 952/2013, la aduana en la que se presente la declaración en aduana para la importación de bienes culturales velará por que los bienes presentados correspondan a los descritos en la licencia de importación y por qué se incluya una referencia a dicha licencia en la declaración en aduana.

2. Cuando los bienes culturales queden incluidos en el régimen de depósito aduanero contemplado en el artículo 240 del Reglamento (UE) n.º 952/2013, se indicará en la declaración en aduana el número de clasificación arancelaria de los bienes en el TARIC.

3. Cuando los bienes culturales queden incluidos en el régimen de zona franca, los controles a que se refiere el apartado 1 serán efectuados por la aduana competente en la que se presente la licencia de importación de conformidad con el artículo 245, apartado 1, del Reglamento (UE) n.º 952/2013. El titular de los bienes indicará el número de clasificación arancelaria de estos en el TARIC en el momento de su presentación en aduana.

### **CAPÍTULO IV**

#### **Modalidades de aplicación de la declaración del importador**

##### **Artículo 11** *Principios generales*

1. Las declaraciones del importador se cumplimentarán en el formulario facilitado a tal efecto en el sistema ICG, en una de las lenguas oficiales del Estado miembro en el que el bien cultural vaya a importarse y presentarse en aduana.

2. Con excepción de las monedas pertenecientes a la categoría e) de la parte C del anexo del Reglamento (UE) 2019/880, se elaborará una declaración del importador por cada bien cultural que vaya a importarse. De conformidad con las especificaciones que figuran en el anexo I del presente Reglamento, podrán incluirse en la misma declaración del importador varias monedas que tengan la misma denominación, la misma composición material y el mismo origen.

3. Se elaborará y presentará una declaración del importador para cada reimportación posterior del mismo bien cultural, salvo que sea de aplicación alguna de las excepciones establecidas en el artículo 3, apartado 4, letras a), b) o c), del Reglamento (UE) 2019/880.

**Artículo 12** *Lista de documentos justificativos para demostrar la procedencia lícita que deben estar en posesión del declarante*

1. La declaración del importador deberá incluir una declaración firmada en la que el importador asumirá la responsabilidad e indicará explícitamente que ha actuado en todo momento con la diligencia debida para garantizar que el bien cultural que tiene intención de importar ha sido exportado legalmente desde el país de interés.

2. La declaración del importador irá acompañada de información normalizada que describa el bien cultural con el suficiente detalle para que pueda ser identificado por las aduanas, e incluirá fotografías en color de los bienes culturales sobre fondo neutro, de conformidad con las especificaciones establecidas en el anexo II.

3. Cuando las disposiciones legales y reglamentarias del país de interés supediten la exportación de bienes culturales desde su territorio a la obtención de una autorización previa, el importador deberá estar en posesión de los permisos pertinentes expedidos por la autoridad pública competente del país de interés que certifiquen que la exportación del bien cultural en cuestión ha sido debidamente autorizada por ellas. Dicha documentación se presentará a la aduana a petición de esta.

4. Otros tipos de documentos que el titular de los bienes podría tener en su poder para justificar, si así se le solicita, su declaración de importación, podrían ser, entre otros, los siguientes:

- a) documentos de aduanas que acrediten los movimientos del bien cultural en el pasado;
- b) facturas de venta;
- c) documentos de seguros;
- d) documentos de transporte;
- e) documentos que acrediten su estado;
- f) títulos de propiedad, incluidos los testamentos notariales o los testamentos ológrafos declarados válidos con arreglo a la legislación del país en el que se hayan dictado;
- g) declaraciones juradas del exportador, el vendedor u otro tercero, efectuadas en un tercer país de conformidad con su legislación, que testifiquen la fecha en que el bien cultural ha salido del tercer país en el

que fue creado o descubierto, u otros acontecimientos que confirmen el carácter lícito de su procedencia;

h) tasaciones periciales;

i) publicaciones de museos, catálogos de exposiciones; artículos de publicaciones periódicas;

j) catálogos de subastas, anuncios y otro material promocional de ventas;

k) pruebas fotográficas o cinematográficas que respalden la legalidad de la exportación del bien cultural desde el país de interés o permitan determinar cuándo estaba allí o cuándo abandonó su territorio.

5. Los documentos y demás elementos de información que se enumeran en el apartado 4 se evaluarán libremente en función de las circunstancias y teniendo en cuenta el riesgo percibido de comercio ilícito en cada caso.

6. La autoridad aduanera podrá exigir al titular de los bienes que adjunte traducciones oficiales de los documentos indicados en los apartados 3 y 4 a una de las lenguas oficiales del Estado miembro de que se trate.

#### **Artículo 13** *Controles de las declaraciones del importador*

1. Al llevar a cabo los controles aduaneros de conformidad con los artículos 46 a 49 del Reglamento (UE) n.º 952/2013, la aduana en la que se presente la declaración en aduana para la importación de bienes culturales velará por que los bienes declarados correspondan a los descritos en la declaración del importador y por qué se incluya una referencia a dicha declaración en la declaración en aduana.

2. Cuando los bienes culturales sean incluidos en el régimen de depósito aduanero, se indicará en la declaración en aduana el número de clasificación arancelaria de los bienes en el TARIC.

3. Cuando los bienes culturales sean incluidos en el régimen de zona franca, los controles a que se refiere el apartado 1 serán efectuados por la aduana en la que se presente la declaración del importador de conformidad con el artículo 245, apartado 1, del Reglamento (UE) n.º 952/2013. El titular de los bienes indicará el número de clasificación arancelaria de estos en el TARIC en el momento de su presentación en aduana.

## **CAPÍTULO V**

### **Disposiciones y modalidades de aplicación del sistema electrónico de importación de bienes culturales**

#### **Artículo 14** *Despliegue del IGC*

La Comisión:

a) desarrollará el sistema ICG como módulo independiente de TRACES;

- b) se encargará del funcionamiento, el mantenimiento, el apoyo y cualquier actualización o desarrollo necesarios del sistema IGC;
- c) tendrá acceso a todos los datos, información y documentos del sistema IGC para la elaboración de informes anuales y para el desarrollo, el funcionamiento y el mantenimiento del sistema;
- d) garantizará la interconexión entre el sistema IGC y los sistemas aduaneros nacionales, a través del entorno de ventanilla única de la Unión Europea para las aduanas.

**Artículo 15** *Puntos de contacto*

1. Los Estados miembros y la Comisión designarán puntos de contacto para gestionar, dirigir el desarrollo, determinar las prioridades y supervisar el correcto funcionamiento del sistema IGC.

2. El punto de contacto de la Comisión conservará y mantendrá actualizada una lista de todos los puntos de contacto y la pondrá a disposición de estos.

**Artículo 16** *Utilización del número EORI*

Los titulares de bienes culturales que soliciten una licencia de importación o presenten una declaración del importador deberán utilizar un número EORI para identificarse.

**Artículo 17** *Licencias de importación electrónicas*

1. Las solicitudes de licencias de importación electrónicas se cumplimentarán con arreglo al repertorio de datos que figura en el anexo I e irán firmadas por el titular de los bienes con su firma electrónica.

2. Las licencias de importación electrónicas serán firmadas por la persona responsable de la autoridad competente con su firma electrónica, selladas con un sello electrónico avanzado o cualificado de la autoridad competente emisora, y, a continuación, selladas por el sistema IGC con un sello electrónico avanzado o cualificado.

3. En el proceso de expedición de una licencia de importación electrónica se marcarán las siguientes etapas con un sello cualificado de tiempo electrónico:

- a) presentación de la solicitud por el titular de los bienes;
- b) cualquier petición, por parte de la autoridad competente, de información faltante o adicional que deba presentar el solicitante de conformidad con el artículo 4, apartado 6, del Reglamento (UE) 2019/880;

- c) cualquier presentación de información o documento adicional por el solicitante, a petición de la autoridad competente;
- d) cualquier decisión adoptada acerca de la solicitud por la autoridad competente;
- e) expiración de un plazo de 90 días tras la recepción de la solicitud completa sin que se haya producido ninguna decisión de la autoridad competente.

**Artículo 18** *Declaraciones del importador electrónicas*

1. Las declaraciones del importador electrónicas se elaborarán utilizando el sistema ICG en al menos una de las lenguas oficiales del Estado miembro en el que los bienes sean incluidos por primera vez en uno de los regímenes aduaneros a que se refiere el artículo 2, apartado 3, del Reglamento (UE) 2019/880. Se cumplimentarán con arreglo al depósito de datos del anexo I.

2. Las declaraciones del importador electrónicas serán firmadas por el titular de los bienes con su firma electrónica y selladas por Traces mediante un sello electrónico avanzado o cualificado.

**Artículo 19** *Acceso a licencias de importación, declaraciones del importador y descripciones generales en el sistema ICG*

1. Todo titular de bienes tendrá acceso dentro del sistema ICG a sus propias licencias de importación, declaraciones del importador y descripciones generales a que se refiere el artículo 4.

2. Las autoridades aduaneras y las autoridades competentes tendrán acceso a las licencias de importación sobre las que se haya tomado una decisión, a las declaraciones del importador y a las descripciones generales a que se refiere el artículo 4.

3. Sin perjuicio del derecho de acceso de la Comisión conforme al artículo 14, letra c), no tendrán acceso a dichos datos, información o documentos las autoridades que no hayan participado en el tratamiento, la producción o la transmisión de datos, información o documentos en el sistema ICG, ni las personas que no hayan participado en las operaciones de importación pertinentes.

4. No obstante lo dispuesto en el apartado 3, los titulares de los bienes podrán facilitar el acceso a sus licencias de importación, declaraciones del importador o descripciones generales a que se refiere el artículo 4 a un titular ulterior de los bienes a través del sistema ICG.

**Artículo 20** *Corresponsabilidad del tratamiento*

1. La Comisión y los Estados miembros serán considerados corresponsables del tratamiento de datos necesario para el establecimiento, el funcionamiento y el mantenimiento del sistema ICG.

2. La Comisión será responsable de:

- a) determinar e implementar en el sistema ICG los medios técnicos para informar a los interesados y permitirles ejercer sus derechos;
- b) garantizar la seguridad del tratamiento;
- c) determinar las categorías de su personal y de los proveedores externos a las que podrá concederse acceso al sistema;
- d) notificar y comunicar cualquier violación de datos personales en los sistemas ICG al Supervisor Europeo de Protección de Datos, de conformidad con el artículo 34 del Reglamento (UE) 2018/1725, y a los interesados, de conformidad con el artículo 35 de ese mismo Reglamento, respectivamente;
- e) asegurarse de que su personal y sus proveedores externos hayan recibido la formación adecuada para desempeñar sus funciones dentro del sistema ICG con arreglo al Reglamento (UE) 2018/1725.

3. Las aduanas y las autoridades competentes de los Estados miembros serán responsables de:

- a) asegurarse de que los derechos de los interesados se ejercen de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo y con el presente Reglamento;
- b) velar por la seguridad y la confidencialidad de los datos personales en cumplimiento de la sección 2 del capítulo IV del Reglamento (UE) 2016/679;
- c) designar al personal y a los expertos a los que vaya a concederse acceso al sistema ICG;
- d) asegurarse de que el personal y los expertos con acceso al sistema ICG hayan recibido la formación adecuada para desempeñar sus funciones con arreglo al Reglamento (UE) 2016/679 y, cuando proceda, con arreglo a la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo.

4. La Comisión y los Estados miembros firmarán un convenio de corresponsabilidad en forma de acuerdo en un plazo máximo de tres años desde la entrada en vigor del presente Reglamento.

**Artículo 21** *Actualización de las listas de aduanas designadas*

Los Estados miembros mantendrán actualizado el sistema ICG con las listas de las aduanas competentes para gestionar la importación de bienes culturales, de conformidad con el artículo 6 del Reglamento (UE) 2019/880.

**Artículo 22** *Disponibilidad de sistemas electrónicos*

1. La Comisión y los Estados miembros celebrarán acuerdos operativos que establezcan los requisitos prácticos de disponibilidad y funcionamiento del sistema ICG, así como de continuidad de la actividad.

2. El sistema ICG se mantendrá disponible de forma permanente, salvo en los siguientes casos:

- a) en los casos específicos relacionados con la utilización de los sistemas electrónicos establecidos en los acuerdos a que se refiere el apartado 1, o, a nivel nacional, en ausencia de esos acuerdos;
- b) en caso de fuerza mayor.

**Artículo 23** *Disposiciones de contingencia*

1. Los puntos de contacto del sistema ICG mantendrán un repositorio público en línea que contendrá una plantilla electrónica rellenable para cada uno de los documentos que puedan expedirse en el sistema ICG.

2. Cuando el sistema ICG o alguna de sus funciones no esté disponible durante más de ocho horas, los usuarios podrán utilizar la plantilla electrónica rellenable a que se refiere el apartado 1.

3. Los Estados miembros determinarán sus modalidades operativas nacionales para la presentación de las declaraciones del importador y la tramitación de las solicitudes de licencias de importación en caso de indisponibilidad del sistema ICG.

4. Una vez que el sistema ICG o la función no disponible vuelvan a estar disponibles, los operadores utilizarán los documentos creados de conformidad con el apartado 2 para registrar esa misma información en el sistema.

**Artículo 24** *Seguridad del sistema ICG*

1. Al desarrollar, mantener y utilizar el sistema ICG, los Estados miembros y la Comisión establecerán y mantendrán las disposiciones de seguridad adecuadas para su funcionamiento eficaz, fiable y seguro. También se asegurarán de que se apliquen medidas para verificar la fuente de los datos y garantizar la seguridad de estos frente a los riesgos de acceso no autorizado, pérdida, alteración o destrucción.

2. Toda introducción, modificación y supresión de datos deberá registrarse junto con la finalidad de esta operación, el momento exacto en que se realice y la persona que la lleve a cabo.

3. Los Estados miembros se informarán mutuamente e informarán a la Comisión y, cuando proceda, al operador de que se trate de todas las violaciones, reales o supuestas, de la seguridad del sistema ICG.

## CAPÍTULO VI

### Disposiciones Finales

#### **Artículo 25** *Entrada en vigor*

El presente Reglamento entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Será aplicable a partir de la fecha mencionada en el artículo 16, apartado 2, letra b), del Reglamento (UE) 2019/880.

El presente Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

Hecho en Bruselas, el 24 de junio de 2021

## **II. RESEÑA DEL REGLAMENTO DE EJECUCIÓN (UE) 2021/1079 DE LA COMISIÓN, DE 24 DE JUNIO DE 2021 POR EL QUE SE ESTABLECEN LAS MODALIDADES DE APLICACIÓN DE DETERMINADAS DISPOSICIONES DEL REGLAMENTO (UE) 2019/880 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO RELATIVO A LA INTRODUCCIÓN Y LA IMPORTACIÓN DE BIENES CULTURALES**

El Reglamento de Ejecución 2021/1079 recoge una serie de disposiciones de necesaria armonización en el territorio de la Unión Europea para hacer posible una aplicación eficiente y homogénea del Reglamento (UE) 2019/880 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la introducción y la importación de bienes culturales. A lo largo de aquel texto se encomendaba a la Comisión la creación de normativa especializada para ciertos bienes o ciertos actos de tráfico, así como la creación de modelos normalizados de los documentos esenciales para la realización de los actos relacionados con la importación. El presente Reglamento viene a cumplir ese encargo.

En sus veinticinco artículos, el Reglamento 2021/1079 aborda distintas cuestiones relativas a la importación de bienes culturales, que a los efectos de esta reseña se agruparán del modo que sigue:



**Custodia:**

En el artículo 2 se regula la importación temporal para evitar la destrucción o pérdida de bienes culturales. A tal efecto, se impone a los Estados miembros la obligación de habilitar refugios donde albergar estas obras. El precepto regula el régimen aduanero que se aplicará a los bienes almacenados en los refugios, así como el sistema para trasladarlos desde allí al lugar de exposición.

**Importación temporal por fines educativos:**

El artículo 3 regula la importación temporal sin licencia de importación ni declaración del importador cuando tenga como fin:

- El uso exclusivo de los bienes por parte de centros públicos científicos o docentes.
- El préstamo temporal por museos o instituciones similares de terceros países a un museo público o institución similar para la exposición del bien o su uso en representaciones artísticas.
- La digitalización del bien realizada bajo la supervisión y responsabilidad de un museo público o institución similar.
- La restauración del bien realizada bajo la supervisión y responsabilidad de un museo público o institución similar.

**Trazabilidad:**

El artículo 4 obliga a los titulares de los bienes culturales que estén exentos de presentar licencias de importación y declaraciones del importador a presentar una descripción de los bienes en el sistema electrónico de importación de bienes (IGC). El anexo I del Reglamento 2021/1079 recoge un modelo de esa descripción.

**Importación temporal para su venta en ferias:**

El artículo 5 regula los requisitos para que un bien pueda ser importado sin licencia de importación para su presentación en ferias de arte comercial:

- La feria deberá ser (i) un acontecimiento comercial de duración limitada, distinto de una subasta pública, en el que se exhiban bienes culturales para su venta, (ii) accesible al público general, y (iii) anunciado previamente en medios con amplia difusión.
- El bien importado deberá describirse o marcarse de forma que no quepa duda de que es el mismo que habría de ser reexportado al concluir la feria.
- Las autoridades aduaneras establecerán el período durante el cual podrán permanecer en este régimen los bienes importados.

### **Modelo de la licencia de importación:**

Los artículos 6 a 10 recogen la regulación pormenorizada de las licencias de importación. Se disponen algunos aspectos generales, como los motivos de expiración de la validez, la necesidad de coherencia a la hora de solicitar ulteriores licencias, la lista de documentos justificativos que habrán de acompañar a la solicitud de licencia, el procedimiento de tramitación de la licencia y el régimen de control de las licencias una vez expedidas.

Adicionalmente, el anexo 2 del Reglamento incluye un modelo de licencia de importación.

### **Modelo de la declaración del importador:**

Los artículos 11 a 13, de forma similar a los anteriores, recogen la regulación detallada de la declaración del importador. Se establecen los principios generales que rigen la declaración, la lista de documentos que deben estar en posesión del declarante y el objeto del control de las autoridades aduaneras cuando revisen las declaraciones.

El anexo 2 también contiene un modelo de declaración del importador de bienes culturales.

### **Sistema electrónico de importación de bienes:**

Los artículos 14 a 24 regulan el sistema IGC, que será el método electrónico de almacenamiento e intercambio de información entre las autoridades de los Estados miembros respecto de las licencias y declaraciones necesarias para la importación de bienes culturales.

En estos preceptos se estipulan distintas prescripciones técnicas, el contenido de las licencias de importación y de las declaraciones electrónicas del importador, el régimen de acceso a esos documentos electrónicos, la responsabilidad del tratamiento de los datos, que recaerá sobre la Comisión y los Estados miembros, y las obligaciones de actualización, disponibilidad y seguridad del sistema.



## Reseñas judiciales



## Reseñas judiciales<sup>1</sup>

En esta sección se reseñan las ocho resoluciones judiciales dictadas en 2021 que nos han parecido de mayor interés para el lector interesado en asuntos de derecho del arte, ordenadas, como en ediciones anteriores, por orden de jerarquía del tribunal que dictó la resolución y, en el mismo grado, por orden cronológico. En esta oportunidad las resoluciones del Tribunal Supremo que se reseñan son la bien conocida Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 4 de marzo de 2021, que confirma la conformidad a derecho de la prohibición de exportación definitiva de la obra *Head of a Woman*; la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 28 de octubre de 2021 en el caso de la apropiación indebida del cuadro de Van Dyck *Anna Sofía, condesa de Carnarvon*. Asimismo, se reseñan las siguientes resoluciones de tribunales de apelación: la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 2.<sup>a</sup>) de 26 de enero de 2021 sobre la consideración de que el grabado de motivos en piezas arqueológicas para promover su declaración como bienes inscribibles en el Inventario General o el Registro de Bienes de Interés Cultural supone la comisión de un delito de falsedad en documento público por la finalidad de esos grabados; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 3.<sup>a</sup>), de 13 de febrero de 2021, sobre un delito de daños resultante de la realización de grafitis en un BIC; y tres sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, a saber, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19.<sup>a</sup>) de 11 de febrero de 2021, que establece la titularidad pública de los retratos de Carlos IV y María Luisa de Parma en su día prestados a Altadis; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.<sup>a</sup>), de 21 de mayo de 2021, sobre autoría de obra ejecutada siguiendo indicaciones e incluso el boceto preparado por otro; y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14.<sup>a</sup>), de 19 de julio de 2021, sobre la responsabilidad de una casa de subastas que subastó libros pertenecen al Patrimonio Histórico Español.

1. Las reseñas de los pronunciamientos judiciales han sido elaboradas por Rafael FERNÁNDEZ, Antonio MAS, Ana ORTEGA y Carmen PASTOR, abogadas y abogados en Uría Menéndez.

**Anna Sofía, condesa de Carnarvon: El Tribunal Supremo condena por la comisión de un delito de apropiación indebida a la cedente de un cuadro de Van Dyck que le fue entregado para que lo analizara a fin de tomar una decisión sobre su eventual adquisición, por no haber mediado precio ni consentimiento de su titular para articular esa cesión.**

*Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 28 de octubre de 2021.*

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto en relación con la apropiación indebida del cuadro *Anna Sofía, condesa de Carnarvon*, de Anthony Van Dyck.

En particular, los hechos acreditados en este procedimiento se refieren a la entrega en depósito del cuadro por los propietarios a la acusada, para que esta, como potencial adquirente, examinara la obra para decidir adquirirla o no. La acusada, lejos de pagar el precio que –de forma posterior a su entrega– acordara con los titulares del cuadro, optó por cederlo a un tercero –su empleado doméstico– sin el consentimiento de los dueños del cuadro ni sin haberlo adquirido previamente mediante el correspondiente contrato de compraventa.

La Sección 7.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, entendiendo que nos encontrábamos ante una relación de depósito y que los actos de la acusada determinaban su voluntad de incorporar el cuadro a su patrimonio para cederlo posteriormente, condena a la acusada como autora de un delito de apropiación indebida, al amparo del art. 252 (actual art. 253.1) en relación con el art. 250.1.3.º y 5.º de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Frente a esta resolución, la condenada interpone recurso de casación por tres motivos, que son íntegramente desestimados.

En primer lugar, la recurrente considera que la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid vulnera el derecho a la presunción de inocencia, puesto que no se habría practicado prueba suficiente que pudiera confirmar la autoría de la condenada de un delito de apropiación indebida ni que el precio, en efecto, se hubiera acordado de forma posterior a la entrega del cuadro.

El Tribunal Supremo recuerda que su función para comprobar la suficiencia de la prueba practicada se limita a confirmar que la sentencia recurrida sigue un razonamiento lógico que permite vincular la prueba practicada (de suficiente signo acusatorio y que ha sido obtenida sin vulnerar derechos o libertades fundamentales) y la comisión del delito por el acusado. En este sentido, el Tribunal Supremo concluye, principalmente de los hechos acreditados por la vía de las testificales, que ha quedado acreditado que la entrega del cuadro fue en depósito y que no hubo acuerdo en el precio hasta después de haber sido entregado. De este modo, considera que el criterio de la

Audiencia resulta de un análisis racional de la prueba practicada y no vulnera la presunción de inocencia.

En segundo lugar, la recurrente alega una infracción de ley al amparo del art. 849.1 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (“**LECrim**”) por la indebida aplicación del art. 252 (actual art. 253.1) en relación con el art. 250.1 y 3 del Código Penal. En particular, considera que habría mediado entre las partes un contrato de compraventa, y no de depósito.

El Tribunal Supremo recuerda que, en efecto, las figuras idóneas para apreciar la comisión de un eventual delito de apropiación indebida son las traslativas de la posesión y no del dominio. No obstante, también recuerda que “*la naturaleza de un contrato o negocio jurídico viene determinada por sus características externas y no por el nombre que (...) le asignen sus intervinientes*”. A juicio del Alto Tribunal, dos notas fundamentales vinculan en el presente caso la naturaleza de esta relación a la figura del depósito: (i) cuando se entregó la posesión del cuadro litigioso no existía precio; y (ii) la acusada, al cederlo a un tercero, realizó un acto de disposición del bien sin el consentimiento de los dueños. Por lo tanto, desestima el segundo motivo.

Por último, la recurrente alega una infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim por vulneración del principio de proporcionalidad (art. 250.3 en relación con el art. 66.1.1.º del Código Penal), por cuanto, a su juicio, no debería apreciarse la agravante del delito de apropiación indebida de recaer sobre un bien que integrase el patrimonio cultural del art. 254.1 del Código Penal, dada la escasa relevancia artística del cuadro en cuestión.

El Tribunal Supremo, sin embargo, entiende que, aun cuando el cuadro litigioso no se puede calificar como una de las obras más relevantes del pintor Van Dyck, teniendo en cuenta que es notorio que se trata de un pintor renombrado, “*deviene mera obviedad*” que el cuadro conforma parte del patrimonio artístico cultural.

Para finalizar, la sentencia recoge un voto particular que, a diferencia de la conclusión alcanzada por la mayoría de los miembros de la Excma. Sala, considera que la finalidad de la entrega de la posesión no era otra que la adquisición del cuadro. Razona que no se trata de un contrato de depósito porque no se habría acreditado que el precio se hubiera acordado con posterioridad a su entrega y porque se consumó la adquisición al ceder el cuadro a un tercero y al reclamar los titulares tan solo el pago del precio. De este modo, el voto particular considera que el recurso debería ser estimado y que, por tanto, la acusada debería ser absuelta del delito de apropiación indebida. (I. ORTEGA).



**El Tribunal Supremo confirma parcialmente la condena por apropiación indebida a un párroco que se apoderó y dispuso de bienes religiosos pertenecientes a sus parroquias.**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 29 de octubre de 2021.*

La sentencia estima parcialmente el recurso presentado por el acusado, un párroco de diversas demarcaciones en la diócesis de Mondoñedo-Ferrol que se apoderó y dispuso de decenas de objetos religiosos y de culto, imágenes religiosas, así como de muebles y otros objetos pertenecientes a las parroquias (unos recogidos en el Inventario Artístico de Lugo y otros relacionados en la lista de bienes de la Iglesia católica y el Ministerio de Cultura, y todos ellos protegidos por la Ley 8/1995 de 30 de octubre, del Patrimonio Cultural de Galicia). El recurrente entregó parte de estos bienes al otro acusado, que conocía el origen de las piezas, y las permutó por otras.

La Audiencia Provincial de Lugo condenó al recurrente como autor de un delito continuado de apropiación indebida, con la agravante específica de recaer el delito sobre bienes que integran el patrimonio artístico, histórico o cultural, y al otro acusado por un delito de receptación del artículo 298.1 y 2 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (“CP”). Al recurrente se le imponía también la obligación de indemnizar al Obispado por los bienes no recuperados.

Frente a dicha resolución, el condenado interpuso recurso de casación. Los motivos primero y tercero del recurso se basaron, respectivamente, en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y del art. 851.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, porque el relato fáctico de la sentencia recurrida no sería completo y habría omitido hechos relevantes.

El Tribunal Supremo desestima estos dos motivos del recurso, por considerar que el recurrente únicamente expresa su disenso valorativo de los hechos recogidos por la sentencia recurrida, pero no justifica irracionalidad o falta de lógica en esa resolución. Y ello por cuanto la sentencia parte de que el acusado entregó diversos bienes de las iglesias de las que era párroco a terceros, que también tenía otros bienes procedentes de esas iglesias en su poder, y que no había acreditado que los bienes fueran entregados a terceros para su restauración o se hubiera desprendido de ellos por carecer de valor, algo que, además, no tenía capacidad para decidir.

Por su parte, el motivo segundo del recurso de casación señala, entre otras supuestas infracciones de la sentencia recurrida, que no concurría la agravante del art. 250.1.3.º CP, por cuanto ello requeriría que los bienes en concreto estuviesen inventariados o catalogados como bienes de naturaleza histórica, artística o cultural.

La Sala, después de señalar que determinados bienes no recuperados se encontraban recogidos en el inventario artístico de Lugo, recuerda que, en todo caso, tal declaración administrativa, catalogación o inventariado no resulta necesaria para entender que nos encontremos ante bienes integrantes del patrimonio cultural, como establece la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 181/1998, de 17 de septiembre. Solo así se permite la efectiva protección del patrimonio cultural, que constituye un elemento típico que debe ser valorado judicialmente.

En el motivo segundo, en relación con el art. 74.2 CP, el recurrente también denuncia una supuesta falta de proporcionalidad de la pena, dado el supuesto valor “escaso” de los bienes que no se han recuperado y que no se habría tenido debidamente en cuenta. Este submotivo también es desestimado por la Sala, que descarta que exista desproporción alguna en la pena impuesta si se atiende a la naturaleza de los bienes respecto de los cuales se ha cometido el delito de apropiación indebida y a la reiteración de los hechos que convierten al delito en continuado.

Por el contrario, la Sala sí estima el motivo cuarto del recurso, por el que se denuncia que la sentencia de instancia no ha tenido en cuenta la atenuante consistente en la reparación parcial del daño, mediante el reintegro de parte de los objetos. Con base en ello, el Tribunal Supremo dicta segunda sentencia, en la que reduce la pena de prisión impuesta al recurrente. (A. MAS).

***Head of a Young Woman: El Tribunal Supremo desestima los recursos de casación presentados por Euroshipping Charter Company Limited (“ECD”) y Jaime Botín-Sanz de Sautuola contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 26 de marzo de 2015, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la prohibición de exportación definitiva de la obra.***

*Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 4 de marzo de 2021.*

El Tribunal Supremo confirma la prohibición de la exportación del cuadro de Picasso *Head of a Young Woman*.

En diciembre de 2012, D. Jaime Botín presentó, ante la Secretaría de Estado de Cultura, solicitud de permiso de exportación definitiva del cuadro (valorado en la solicitud en 26.200.000 euros), con aduana de salida en Madrid y destino a Londres. El mismo mes, la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español acordó, por unanimidad, que se propusiera denegar el permiso de exportación definitiva y se declarase la pieza expresamente inexportable, por no existir otra semejante en territorio español, al ser la obra una de las pocas que su autor realizó dentro del denominado período de Gósol y al tener una influencia decisiva en la

evolución no solo del cubismo, sino de la pintura en el siglo XX en general. Esta propuesta se completó con un informe sobre la pieza en el que se exponen los motivos históricos, artísticos y técnicos de la denegación del permiso, elaborado por la conservadora jefe de Pintura y Dibujo 1881-1939 del Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía. Esta motivación no ha sido nunca discutida por los recurrentes (D. Jaime Botín y la sociedad ECD), ni en el procedimiento administrativo ni en el contencioso.

El 19 de diciembre de 2012, el director general de Bellas Artes y Bienes Culturales y de Archivos y Bibliotecas dictó resolución por la que se denegaba el permiso de exportación definitiva del cuadro, y se requería a la Comunidad Autónoma competente para que instruyese expediente con el fin de declarar la obra Bien de Interés Cultural. Esta resolución se notificó al recurrente el 20 de diciembre de 2012, quien la recibió el 27 del mismo mes.

El 21 de diciembre, con anterioridad a la recepción de la notificación, D. Jaime Botín solicitó que se tuviese por no presentada la solicitud de permiso de exportación, por contener varios errores, consistentes en que el cuadro no se encontraba en territorio español y que este no era de su propiedad directa, sino de la sociedad ECD. Por su parte, el 28 de diciembre de 2012, el secretario de Estado de Cultura, dictó orden ministerial por la que el cuadro se declaraba inexportable.

D. Jaime Botín y ECD presentaron recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones del director general y el secretario de Cultura, que fue desestimado por la sentencia recurrida de la Audiencia Nacional.

Los recursos de casación consideran que la sentencia de la Audiencia Nacional ha vulnerado determinadas normas de derecho internacional privado, así como el art. 5 de la Ley de Patrimonio Histórico Español, que ampara la posibilidad de prohibir la exportación del cuadro, por afirmar que la legislación española era aplicable a un cuadro que no se encontraba en territorio nacional, sino en una embarcación con bandera del Reino Unido atracada en el puerto de Valencia. En este punto, el Tribunal Supremo argumenta que no se ha impugnado adecuadamente la valoración de la prueba por la que la sentencia recurrida concluye que el cuadro se encontraba en Madrid en el momento de la presentación de la solicitud de exportación.

Por otro lado, la Sala también afirma que, incluso si fuera cierto que el cuadro se encontraba en un buque de bandera británica en el puerto de Valencia, la obra seguiría estando en territorio nacional, puesto que los puertos y el mar territorial son espacios sometidos a la soberanía del Estado. A estos efectos, se argumenta que la conclusión podría ser distinta si el buque de bandera extranjera hubiera estado simplemente de paso en un puerto español (lo que debe hacerse “rápido y sin interrupción”, según la Ley de Navegación Marítima)

y la obra de arte estuviera ya en el buque en el momento en el que entró en el puerto español, sin que fuera introducida en él una vez atracado en España. Sin embargo, los recurrentes no acreditaron ninguna de esas circunstancias.

El Tribunal Supremo también descarta que exista infracción del art. 5 de la Ley de Patrimonio Histórico porque la prohibición de exportación, legalmente configurada como temporal, no fuese acompañada de la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo tendente a declarar el interés cultural del cuadro. En este sentido, la Sala señala que la necesidad de seguir otro procedimiento después de prohibir la exportación de la obra no determina la invalidez de raíz de ese acto administrativo, con independencia de que este pueda dejar de surtir efectos si *a posteriori* no se siguen los trámites pertinentes.

En otro orden de ideas, los recurrentes alegan que la Administración debería haber aceptado el desistimiento de la solicitud de exportación al haberse producido antes de la notificación de la resolución que prohibía la exportación. No obstante, la Sala recuerda que los actos administrativos son válidos desde la fecha en que se dictan, no desde su notificación, y que aceptar un desistimiento sobre una solicitud sobre la que ya ha recaído un acto administrativo podría implicar su revisión por una vía no prevista en la ley. Asimismo, la Sala esgrime que el desistimiento de la solicitud de autorización de exportación del cuadro de manera unilateral no era posible, dado que afectaba no solo a los intereses particulares de su propietario, sino al interés general de preservar del patrimonio histórico español manteniendo en España una obra de arte especialmente valiosa.

Así, la Sala rechaza los recursos formulados por los recurrentes y confirma la sentencia de la Audiencia Nacional. (A. MAS).

**El grabado de motivos en piezas arqueológicas para promover su declaración como bienes a inscribir en el Inventario General o el Registro de Bienes de Interés Cultural supone la comisión de un delito de falsedad en documento público por la finalidad de esos grabados. Para la valoración de los daños cometidos mediante dichos grabados puede estarse al valor asegurado de piezas equivalentes.**

*Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 2.ª) de 26 de enero de 2021.*

Los hechos juzgados se refieren a la realización por un arqueólogo de unas inscripciones en diversas lenguas y el grabado de motivos alegóricos en distintas piezas extraídas por este del yacimiento de Iruña-Veleia, donde prestaba servicios de investigación y exploración en el marco de un proyecto público adjudicado a una sociedad de la que era administrador, con el fin de hacerlas pasar por inscripciones genuinas que incrementaran el valor de esas piezas y permitieran su calificación como Bienes de Interés Cultural.

Para garantizar la obtención de dicho resultado, el arqueólogo contactó con el otro condenado en tales autos, un científico asentado en Francia, que emitió hasta tres informes en los que indicaba la realización de diversos análisis de la superficie de las piezas que acreditaban que las inscripciones eran de la misma antigüedad que el resto de los hallazgos. Esos análisis jamás se realizaron, aunque fueron facturados con cargo a los fondos del mismo proyecto público.

El Juzgado de lo Penal núm. 1 de Vitoria calificó la realización de los mencionados grabados como un delito de falsedad en documento privado del art. 395 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en concurso ideal-medial con una falta de daños al del pretérito art. 624 del Código Penal. Para fijar la naturaleza de falta, y no de delito, para tales daños, se estuvo al escaso valor atribuido a las piezas objeto de las inscripciones, sobre la base del valor ofrecido en un contrato de seguro para piezas similares.

En cuanto a la emisión de los informes y el cobro de cantidades por unos análisis que no fueron realizados, el Juzgado calificó esa conducta como delito de estafa del art. 238 del Código Penal en concurso ideal-medial con un delito de falsedad en documento privado del art. 395 del Código Penal, al haber inducido a la Administración a realizar un acto de disposición de fondos por unos servicios jamás prestados, mediando un engaño suficiente a fin de lograr ese acto de disposición.

Los recursos de apelación presentados por los condenados, vinculados a cuestiones formales, son desestimados por parte de la Audiencia Provincial.

Por el contrario, el recurso del Ministerio Fiscal solicitaba la revisión de la calificación de la conducta vinculada con la realización de los grabados a fin de que (i) se calificara como falsedad en documento público –y no en documento privado– conforme al art. 392.1 del Código Penal y que (ii) se declarase que dicho delito concurriría con un delito –y no una falta– de daños al patrimonio histórico del art. 323 del Código Penal, dado que para la valoración del daño causado mediante esos grabados no se habían tenido en consideración ni los daños producidos al yacimiento por las actuaciones del condenado ni la especial relevancia de esas piezas, como elementos obtenidos de un yacimiento declarado bien del Patrimonio Cultural Vasco.

En relación con la calificación de la realización de las mencionadas inscripciones como falsedad en documento público, la Audiencia recuerda que los documentos pueden ser calificados de públicos u oficiales no solo por tener origen (real o presunto) en la Administración pública, sino también porque esa Administración sea su destino, siempre que se creen con el fin de producir efectos en el seno de la Administración y que sean susceptibles de provocar una actuación administrativa como consecuencia de dicha falsedad.

En atención a ello, y al hecho de que la Audiencia concluye (i) que la finalidad única de la realización por el primer condenado de las inscripciones sobre las piezas arqueológicas era conseguir que estas fueran objeto de inclusión en el Inventario General o en el Registro de Bienes de Interés Cultural, a fin de que sus hallazgos obtuvieran la excepcional naturaleza con la que los pretendía dotar; y (ii) que la realización de los grabados tenía potencialidad suficiente para producir esa declaración, la Audiencia Provincial estima el recurso del fiscal en este punto.

La Audiencia desestima el recurso del Ministerio Fiscal respecto de la irrazonabilidad del vector empleado para valorar los daños porque entiende que este extremo no fue objeto de prueba que permitiera su cuantificación, aunque no rechaza su toma en consideración de haber resultado acreditado.

Junto con ello, acerca de la toma en consideración para valorar esos daños únicamente del valor asegurado de otras piezas equivalentes, la Audiencia ratifica que –si bien la naturaleza de bienes integrantes del Patrimonio Cultural Vasco convierte a las piezas objeto de los autos en *res extra commercium*, y es posible que gocen de un valor intangible o cultural adicional al meramente económico– la falta de referencias y justificación de las bases para asignar un importe superior, así como la razonabilidad de la utilización de ese valor asegurado, como referencia de mercado para piezas equivalentes, lleva a desestimar el recurso en este punto. (R. FERNÁNDEZ).

**La Audiencia Provincial de Alicante condena a los autores de unos grafitis en un edificio declarado Bien de Interés Cultural por la comisión de un delito de daños.**

*Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 3.ª), de 13 de febrero de 2021.*

La Audiencia Provincial de Alicante desestima el recurso de apelación interpuesto en relación con unos grafitis que se habían realizado en la Torre Conde, que data del siglo XVI y está declarada Bien de Interés Cultural valenciano.

El Juzgado de lo Penal núm. 1 bis de Alicante dictó sentencia por la que condenó a los cuatro acusados, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 323 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, como autores de un delito de daños en un bien de valor cultural. Esto es, el Juzgado considera –y lo confirma con su resolución la Audiencia– que la realización de grafitis en un edificio que ha sido declarado como Bien de Interés Cultural integra los elementos del tipo del artículo 323.1 del Código Penal, a saber: la producción de un daño en un bien de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, o en yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos.

Frente a dicha resolución, uno de los condenados interpone recurso de apelación por considerar que la sentencia de primera instancia ha incurrido en un error en la valoración de la prueba. En particular, alega que la prueba practicada carece de virtualidad para poder apreciar la autoría de los grafitis litigiosos. A este recurso se adhieren dos de los otros tres condenados.

La Audiencia Provincial de Alicante recuerda que las conclusiones a las que habría llegado el juez de instancia a la luz de la prueba practicada solo podrían ser sustituidas si se apreciara un criterio valorativo ilógico o absurdo. Así, en el supuesto de autos, la Sala considera que la autoría de los grafitis litigiosos se desprende con suficiencia de los detallados informes periciales incorporados al procedimiento, así como de las correspondientes ratificaciones de sus autores.

Por lo expuesto, la Sección 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Alicante desestima íntegramente el recurso de apelación interpuesto y confirma la condena a los autores de los grafitis por el delito de daños. (I. ORTEGA).

**Retratos de Carlos IV y de María Luisa de Parma: La Sala concluye que estos retratos pintados por Goya son de titularidad pública y no de la empresa Altadis S.A. (ni de las entidades antecesoras), que custodiaba ambas obras desde el siglo XIX.**

*Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19.<sup>a</sup>) de 11 de febrero de 2021.*

Altadis interpuso una demanda contra el entonces Ministerio de Educación, Cultura y Deporte por la que reivindicaba la titularidad de los retratos de Carlos IV y de María Luisa de Parma pintados por Francisco de Goya. Altadis pretendía que se reconociera su titularidad sobre los retratos con base en que desde el siglo XIX habían estado bajo su posesión o la de sus entidades antecesoras con aquiescencia del Estado y que le correspondían por ocupación o, alternativamente, por usucapión. Así, Altadis destacaba que la Administración pública reconoció hasta 2015 la posesión ininterrumpida, pacífica, pública y en concepto de dueño de Altadis y de sus antecesoras. La demandante y apelante también destacaba que su titularidad había sido reconocida por el Estado en el contrato de comodato suscrito en 1999 entre las partes (antes Tabacalera, S.A.) y el Ministerio de Educación y Cultura.

La Audiencia Provincial confirma la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid n.º 82 y desestima la demanda al entender que los lienzos corresponden al Estado, que no ha dejado de manifestarse como su legítimo dueño, tal y como demuestran los inventarios y actuaciones que la Administración pública ha venido realizando. Así, la sentencia repasa estos hitos y va descartando los argumentos aducidos por la demandante.



La Sala considera que los retratos nunca fueron abandonados por la Administración pública y destaca que, en 1896, el Estado requirió con carácter fehaciente a la poseedora para que los entregase o devolviese. El hecho de que la entrega no se llevase a cabo no equivale al abandono de los retratos, su enajenación al poseedor y el reconocimiento de que el poseedor sea su titular, ni tampoco determina que la posesión se articule a título de dueño. Prueba de ello es el inventario realizado en 1921 por la Administración, que calificaba los cuadros como de titularidad pública.

La Audiencia Provincial tampoco considera relevante el reproche que hace la demandante sobre el hecho de que el Estado no reivindicara los cuadros cuando la demandante adquirió el edificio de la calle Barquillo en Madrid y los elementos en él contenidos (incluidos los cuadros). El Estado no tendría motivos para reivindicar expresamente los cuadros, ya que siempre consideró que los lienzos eran de titularidad pública. Lo único que existió fue su tolerancia a que se mantuvieran en depósito en el edificio enajenado.

A mayor abundamiento, la titularidad estatal de estos bienes se confirma de nuevo en la década de los 80 por un informe de los servicios jurídicos de la Administración. La Sala no admite el argumento de que el contrainforme jurídico presentado por Altadis a la Administración hubiese convencido a la entidad pública de que la demandante era la titular. Asimismo, señala que la posesión de la demandante no pudo hacerse en concepto de dueño susceptible de generar la usucapión, en particular teniendo en cuenta que desde 1931 el ordenamiento proscribía que la usucapión pueda obrar sobre bienes públicos y porque, a la luz de lo expuesto, la posesión no se hizo a título de dueño, sino en virtud de simple licencia o por la mera tolerancia del dueño.

Por último, la sentencia rechaza que se produzcan los efectos que Altadis pretende respecto del reconocimiento expreso de la titularidad de la demandante de los retratos por parte del Ministerio de Educación y Cultura en el contrato de comodato de bienes culturales suscrito entre las partes en 1999.

Aquí la sentencia se separa de lo entendido en primera instancia, que consideraba nulo el contrato por ser el reconocimiento que establece contrario a las normas imperativas que declaran imprescriptibles los bienes públicos.

La Sala descarta los argumentos de la demandada de que dicho reconocimiento fue propiciado por un error (pues solo a ella sería imputable) y por ello considera el contrato válido. No obstante, entiende que el reconocimiento contractual de la titularidad de Altadis no puede entenderse como un acto propio del Estado contrario a derecho, puesto que no se dan los presupuestos de dicha institución: el contrato de comodato tiene por objeto la regulación del desplazamiento de la posesión, pero no traslada el dominio y, por tanto, no es idóneo para determinar la propiedad.



A mayor abundamiento, la Sala señala que el reconocimiento hecho en este contrato carece de la virtualidad necesaria para que el reconocimiento de la titularidad pudiera asumirse, precisamente porque el contrato no tiene por objeto la propiedad, y existía una oposición previa del Estado a esa presunción, dado que este venía históricamente reivindicando la titularidad de los cuadros. (C. PASTOR).

**La plasmación en un cuadro de un boceto previamente ejecutado por otro artista, asumiendo su estilo e instrucciones en cuanto a la ejecución de la obra, no es óbice para calificar al ejecutor de ese cuadro como, al menos, coautor.**

*Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.ª) de 21 de mayo de 2021.*

En este litigio, la actora, doña Fumiko Negishi, artista y empleada del taller de don Antonio de Felipe desde 2006 hasta 2016, año en que fue despedida, reclamaba el reconocimiento de su autoría o, subsidiariamente, coautoría respecto de 221 cuadros vendidos bajo la firma única del Sr. De Felipe.

El Sr. De Felipe entregaba a la Sra. Negishi materiales previos para ejecutar esos cuadros junto con indicaciones acerca de, entre otros extremos, el estilo a emplear e incluso bocetos. Por su parte, la Sra. Negishi ejecutaba esos cuadros en su práctica integridad, si bien el Sr. De Felipe añadía en ocasiones algún trazo o elemento de color adicional.

En primera instancia, el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Madrid desestimó íntegramente la demanda, al entender que debía considerarse al Sr. De Felipe como único autor de esas obras. Contra dicha sentencia, la Sra. Negishi interpuso recurso de apelación, donde nuevamente solicitaba que se la reconociera como autora o coautora de esos cuadros.

Para resolver el mencionado recurso, el Tribunal efectúa un análisis propio para determinar si las aportaciones de la Sra. Negishi resultaban merecedoras de su reconocimiento como autora desde una triple perspectiva: objetiva, conductual y subjetiva.

A partir de la conceptualización de la obra protegible mediante derecho de autor como creación original plasmada en un soporte que permita su identificación como objeto determinado con suficiente precisión y objetividad, de conformidad con el artículo 10.1 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea plasmada, entre otras, en su Sentencia de 11 de junio de 2020 (asunto C-8333/18, Brompton), la Audiencia recuerda que la creación de una obra es susceptible de división en dos actos o hitos diferenciales: la concepción de la obra y su ejecución.

Al respecto, la Audiencia entiende que la concepción de la obra resultaba atribuible al Sr. De Felipe, que ideaba la obra y proporcionaba a la Sra. Negishi instrucciones y bocetos para su ejecución. Pero de esto segundo deduce que el hecho de que la Sra. Negishi ejecutara en su práctica totalidad las obras le confería una posición en la fase de ejecución susceptible de tener incidencia en la atribución del carácter de autora de dichas obras.

En ese sentido, la Audiencia entiende que la actuación de la Sra. Negishi en la fase de ejecución resultaba relevante porque, sin perjuicio de que esta se acomodase a las premisas y bocetos que el Sr. De Felipe producía durante la fase de concepción, ello no suponía renunciar a toda altura creativa en su actividad, para lo que el Tribunal, empleando esa segunda perspectiva conductual, recuerda que la Sra. Negishi trabajaba con un alto grado de independencia y de manera individual en el estudio del Sr. De Felipe. De ello la Audiencia infiere que, necesariamente, la Sra. Negishi tenía que adoptar decisiones creativas por sí misma para poder plasmar esos bocetos o instrucciones en un lienzo.

Para acreditar esa realidad, el Tribunal se apoya asimismo en ciertas notas derivadas del análisis subjetivo de la propia Sra. Negishi, a saber, que se trataba de (i) una profesional muy cualificada; (ii) con una remuneración muy elevada frente a otros colaboradores del estudio; y (iii) con una dedicación diaria al desarrollo de esa clase de obras, lo que coadyuvaría a esa posición de sujeto cuya actuación va más allá de la mera reproducción en un soporte de lo ideado por otro.

Sobre esas bases, el Tribunal –recordando que el hecho de que los cuadros fueran comercializados bajo la firma única del Sr. De Felipe solo implica una presunción de autoría susceptible de ser desvirtuada mediante prueba en contrario– declara que la actuación de la Sra. Negishi durante la fase de ejecución de las obras gozaba de las notas de originalidad suficientes para considerarla como coautora de ellas junto con el Sr. De Felipe. (R. FERNÁNDEZ).

**La responsabilidad de una casa de subastas que subastó libros que están fuera del comercio por ser Patrimonio Histórico Español es subjetiva o cuasi objetiva. No es exigible una diligencia exorbitante, fuera de lo común y próxima a la imposibilidad de ponerse en práctica para detectar el origen ilícito de estos libros.**

*Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14.ª) de 19 de julio de 2021.*

Este caso trae causa de un procedimiento anterior en el que la biblioteca de la Diócesis de Cuenca, víctima de un expolio llevado a cabo a lo largo de quince años, ejercitó una acción reivindicatoria para recuperar libros antiguos

que se encontraban en manos de terceros de buena fe que los habían adquirido a través de una reputada casa de subastas, donde el autor de dicho expolio llevaba los libros para que fueran subastados.

En aquel caso (reseñado en la edición de 2019 de este *Anuario*), se acordó la entrega de los libros a la Diócesis de Cuenca sin reembolsar a los adquirentes el precio satisfecho, al formar parte estos bienes del Patrimonio Histórico Español en posesión de institución eclesiástica y, por tanto, estar fuera del comercio de los hombres (art. 28 y disposición transitoria quinta, con sus sucesivas prórrogas, de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español –“LPHE”–).

En este litigio, uno de estos adquirentes de los bienes reivindicados ejercita una acción de responsabilidad al amparo de los arts. 55 y ss. de la Ley 7/1996, Reguladora del Comercio Minorista (“LOCM”), los arts. 1101, 1104 y 1106 del Código Civil (“CC”), y el art. 28 LPHE contra la casa de subastas, por entender que había incumplido sus obligaciones de información y contractuales.

Así, el demandante reclama a la casa de subastas el importe satisfecho por los libros, en primer lugar, con base en la responsabilidad objetiva de la demandada que se derivaría de la condición de consumidor del demandante y, subsidiariamente, en la responsabilidad por culpa.

La sentencia de la Audiencia Provincial confirma la sentencia desestimatoria del Juzgado de Primera Instancia n.º 41 de Madrid. En primer lugar, tras reconocer que también es aplicable por razones temporales la derogada Ley 26/1984 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, descarta que estemos ante un supuesto de responsabilidad objetiva, dado que el caso analizado no encaja en ninguno de los supuestos recogidos del art. 28 de la citada norma. Se trata, más bien, de un supuesto de responsabilidad subjetiva o cuasi objetiva en el que entra en juego la culpa, que se presume, pero sobre la que cabe prueba en contrario.

En segundo lugar, la Audiencia Provincial analiza si la casa de subastas cumplió con su deber de comprobar si el bien subastado cumplía con “*los requisitos establecidos en la legislación para la protección del tesoro artístico, histórico y bibliográfico de España*” (art. 57 LOCM) y con sus deberes de información (arts. 56 y ss. LOCM). La Sala considera cumplida la primera obligación, puesto que la demandada remitía los catálogos de los libros a subastar a diversas instituciones, como son el Ministerio de Cultura, la Biblioteca Nacional y las divisiones de patrimonio de la Policía Nacional y la Guardia Civil, y quedó probada la presencia de un representante del Estado en las subastas –que en muchas ocasiones ejerció el derecho de tanteo sobre los ejemplares subastados–.

En cuanto a las obligaciones de información, aunque el supuesto enjuiciado no tiene un encaje exacto en el artículo 58 LOCM, centrado en posibles

problemas de autenticidad o vicios de los bienes, la Sala indica que debe analizarse si la demandada fue negligente al no haber realizado las pruebas oportunas y pertinentes para averiguar que los libros no pertenecían a quien se presentaba como su titular. La Audiencia valora que en el momento en el que las subastas se celebraron (desde 1989) no había indicios de su posible sustracción, hasta el punto de que solo tras el inicio de la investigación de la Guardia Civil en 2004, toma consciencia la Diócesis de Cuenca del expolio sufrido. También valora que los libros no solo no estaban catalogados administrativamente, sino que no aparecían en ningún repertorio o catálogo.

A continuación, entiende que la demandada tampoco podría haber detectado, empleando la diligencia debida, el origen ilícito de los libros a pesar de contar con profesionales expertos que examinan los bienes que van a ser subastados. Así, tras considerar la dificultad de proporcionar pruebas de la titularidad de estos libros, determina que la única forma por la que la empresa subastadora habría detectado el problema del origen sería si hubiera realizado pruebas exhaustivas (en todas las páginas de los libros), lo que no era razonable por dos razones. La primera, el aceptable desconocimiento de los expertos de la demandada acerca de dónde localizar posibles marcas identificativas de su origen —*e. g.*, determinados exlibris que identificaban esos libros como donaciones realizadas a la biblioteca, o el lugar en el que aplicaban los sellos, que respondía a una pauta desconocida —se sellaba la portada del ejemplar y las páginas acabadas en 21 (21, 121, etc.)—. La segunda, el hecho de que, en unos casos, esas marcas se habían eliminado; en otros, apenas eran apreciables con luz ultravioleta y, en todos los casos, que esas marcas habían variado a lo largo del tiempo, lo que dificultaba su control.

En el mismo sentido, el Tribunal descarta el argumento de que la casa de subastas debiera haber sospechado del depositante de los libros por la frecuencia y volumen de los depósitos y haber exigido la documentación oportuna para acreditar el origen de los libros. La Sala entiende que, dadas las circunstancias antes expuestas y las presunciones legales aplicables —el poseedor posee con justo título (art. 448 CC) y el depositante no puede exigir al depositario acreditar la propiedad de la cosa (art. 1771 CC)—, no puede apreciarse culpa en la demandada por no exigir al depositante acreditar su título sobre los libros. Ello, con independencia de que la frecuencia y volumen de los depósitos no tuviera por qué ser indicativo en absoluto de su origen ilícito, dado que el depositante podía entenderse como un bibliófilo que se desprendía de su colección. (C. PASTOR).



## Recopilación de bibliografía publicada en 2021



## Bibliografía 2020-2021

MARÍA LUISA MACÍAS ROMERO

*Abogada documentalista. Uría Menéndez*

Esta sección contiene una selección de las más destacadas publicaciones sobre cuestiones relativas a derecho del arte que han aparecido en el año 2021, algunas de las cuales son artículos de publicaciones periódicas cuyo número corresponde al año 2020. Por su importancia en este ámbito del ordenamiento y práctica del derecho, se recoge una selección de estudios que han visto la luz en *The Columbia Journal of Law & Arts*, y en el *International Journal of Cultural Property*.

AA. VV.: *Nuevos retos del patrimonio cultural. Comunicación, educación y turismo* (coords. M. C Fernández-Laso; A. Barceló Hernando), Dykinson, Madrid, 2021.

AA. VV.: *Tutela de los bienes culturales. Una visión cosmopolita desde el Derecho penal, el Derecho internacional y la criminología* (dir. C. Guisasola Lerma; coord. J. J Periago Morat), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

AA. VV.: *Patrimonio histórico, artístico y geográfico. Lecturas críticas, docencia, actualidad y avances* (edit. E. Ortega Berenguer), Marcial Pons, Madrid, 2021.

ALDANONDO SALAVERRÍA, Isabel: “El caso Sijena (A propósito de la STS 1/2021, de 13 de enero)”, *Almacén de Derecho*, febrero de 2021.

ALMOHAMAD, Adnan: “The destruction and looting of cultural heritage sites by ISIS in Syria: The case of Manbij and its countryside”, *International Journal of Cultural Property*, vol. 28, n.º 2, May 2021, pp. 221-260.

ALONSO IBÁÑEZ, María Rosario: “La vinculación social del patrimonio: singularidad del hórreo y su gestión patrimonial”, *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 24/2020, pp. 299-306.



- AMOEDO-SOUTO, Carlos Alberto: “El Derecho del Patrimonio Histórico en Galicia. La Ley 5/2016, de protección de patrimonio cultural de Galicia, cuatro años después: balance de situación”, *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 24/2020, pp. 81-124.
- ANDREU MARTÍNEZ, María Ascensión: *Sijena y Barbastro-Monzón. Controversias en la protección del patrimonio cultural confesional*, Edisofer, Madrid, 2021.
- ARNET CALLEALTA, Virginia: “El valor del paisaje patrimonial bodeguero. El caso de Sanlúcar de Barrameda”, *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 19, enero-junio de 2021, pp. 20-30.
- ARTURO RUIZ, Carlos: “Los Consorcios en las Ciudades Patrimonio de la Humanidad: éxito o fracaso de un modelo”, *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 24/2020, pp. 257-268.
- BARCELONA LLOP, Javier: “El justiprecio en la expropiación forzosa de bienes culturales”. *Revista española de Derecho Administrativo*, n.º 212, abril-junio 2021.
- BRUFAO CURIEL, Pedro: *La intervención pública en el tráfico de bienes culturales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- BURGOS ÁVILA, Teresa: “La restitución de obras de arte expoliadas durante la Segunda Guerra Mundial: caso David Cassirer vs. Fundación Colección Thyssen-Bornemisza F.S.P.”, en *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte* (coord. R. Sánchez Aristi), Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2020, pp. 261-308.
- CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, Celia María: “El mercado internacional del arte con y sin Brexit”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2019-2020.
- CABAÑAS MORENO, Pilar: “Una mirada local al arte digital inmersivo de Teamlab”, *Revista Imafrente*, n.º 27/2020, pp. 1-27.
- CABEZAS GARCÍA, Álvaro; MORENO AMADOR, Carlos: “Una baraja americanista al servicio del programa neoimperial del franquismo”, *Quiroga. Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 19, enero-junio de 2021, pp. 38-50.
- CARBALLEIRA RIVERA, María Teresa; TAÍN GUZMÁN, Miguel; FUENTES I GASÓ, Josep Ramón: *Patrimonio cultural inmaterial. De los Castells al Camino de Santiago*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- CASAS VALLÉS, Ramón; SORIA PUIG, Eva: “Grafiti, arte urbano y derecho de autor”, *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte* (coord. R. Sánchez Aristi), Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2020, pp. 39-134.
- CASTRO GIL, Raquel: “El régimen jurídico de la exportación de obras de arte como parte del patrimonio histórico español. Últimas referencias

- jurisprudenciales”, en *Actualidad. Nuevas tecnologías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 151-174.
- COELLO CARRO, Paz: “Gestión del conocimiento en un Museo. El retrato de Moctezuma, el escudo de Atahualpa, el espejo del Inca y el Códice Maya”, *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 24/2020, pp. 269-298.
- CORTÉS FERNÁNDEZ, Blanca; AGUIRRE TOLEDO, Marina: “Estudio jurídico sobre la protección de las obras generadas por sistemas de inteligencia artificial: situación legislativa y doctrinal”, en *Actualidad. Nuevas tecnologías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 239-258.
- CRESPO FAJARDO, José Luis; PILLACELA-CHIN, Luisa: “Las láminas del álbum arqueológico. Los aborígenes de Imbabura y del Carchi”, *Quiroga. Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 19, enero-junio de 2021, pp. 32-36.
- CROMMELIN, Feyoena; TANS, Olaf: “How to manage cultural space: An agonistic analysis of artistic moral rights”, *International Journal of Cultural Property*, vol. 28, n.º 2, May 2021, pp. 311-324.
- DEDEU PASTOR, Roger: “En defensa de la libertad de creación artística”, *Revista Actualidad Civil*, n.º 4, abril de 2021.
- DE NICOLO, Francesco: “Escultura italiana en el Cementerio General de La Apacheta en Arequipa”, *Quiroga. Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 19, enero-junio de 2021, pp. 52-59.
- DIÉGUEZ MELO, María: “Modernidad en clave novohispana: las capillas abiertas de Candela y Barragán”, *Quiroga. Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 19, enero-junio de 2021, pp. 60-73.
- DOMÍNGUEZ PÉREZ, Eva M.: *Transmisión de bienes culturales y resolución extra-judicial de conflictos*, Dykinson, Madrid, 2021.
- ESPÍN ALBA, Isabel: *Arte efímero y derecho de autor*, Reus, Madrid, 2021.
- FATO OSORIO, Ana Elisa: “Arquitectura, aislamiento, tradición y modernización en Venezuela, 1936-1956”, *Quiroga. Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 19, enero-junio de 2021, pp. 74-87.
- FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R.: “Algunas ideas para reformar la Ley de Patrimonio Histórico Español”, *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 24/2020, pp. 241-256.
- FERNÁNDEZ-RUBIO HORNILLOS, Gonzalo: “Problemática en torno a los conjuntos o grupos de bienes inmuebles declarados de interés cultural por ministerio de la ley”, *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 24/2020, pp. 125-146.

- FRAILE MARTÍN, María Isabel: “Retos de los museos de Puebla tras los temblores de 1999 y 2017”, *Quiroga. Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 19, enero-junio de 2021, pp. 116-129.
- GAMERO RUIZ, Eva: “Principio de no regresión del Patrimonio Cultural: el Derecho urbanístico, herramienta para su defensa”, *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 24/2020, pp. 147-174.
- GARCÍA-BARRERO GIURGIU, Teresa: “El mercado del arte en el año del COVID-19, el Brexit y los movimientos sociales”, *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte* (coord. R. Sánchez Aristi), Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2020, pp. 665-676.
- GARCÍA-BARRERO GIURGIU, Teresa; MACÍAS ROMERO, María Luisa: “Nuevos hitos judiciales en el conflicto sobre el tesoro artístico del Real Monasterio de Santa María de Sijena”, *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte* (coord. R. Sánchez Aristi), Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2020, pp. 557-567.
- GARCÍA-BARRERO GIURGIU, Teresa; MACÍAS ROMERO, María Luisa: “Hitos judiciales en el conflicto sobre las piezas de arte sacro de las parroquias de la diócesis de Barbastro-Monzón”, *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte* (coord. R. Sánchez Aristi), Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2020, pp. 569-577.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier: “El Derecho del Patrimonio Histórico en 2020”, *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 24/2020, pp. 11-20.
- GARCÍA LOZANO, Luis Miguel: “La administración periférica de la cultura en Italia. Aproximación al entramado descentralizado”, *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 24/2020, pp. 21-44.
- GARCÍA VAZQUEZ, Antonio: “‘The art market is going digital: what are the legal changes?’, un webinar de la International Bar Association”, *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte* (coord. R. Sánchez Aristi), Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2020, pp. 677-681.
- GENER, Martín: “Her majesty, the queen of sounds: Cultural sustainability and heritage in organ craftsmanship and music”, *International Journal of Cultural Property*, vol. 28, n.º 2, May 2021, pp. 285-310.
- GIDDENS, Wendy; MARTÍNEZ, Desiree; LIPPERT, Dorothy: “Creating a new future: Redeveloping the tribal-museum relationship in the time of NAGPRA”, *International Journal of Cultural Property*, vol. 28, n.º 2, May 2021, pp. 201-209.
- GIL NOGUERAS, Luis Alberto: “El deber del Estado español de protección del patrimonio cultural”, *La Ley* n.º 9860, 28 de mayo de 2021.

- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago: *El Estado de la cultura*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- GUZMÁN DELGADO, Diego Fernando: “Protección de los aspectos funcionales de las obras de arte por la propiedad industrial”, en *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte* (coord. R. Sánchez Aristi), Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2020, pp. 193-260.
- HALCROW, Siân; ARANUI, Amber; HALMHOFER, Stephanie; HEPPNER, Annalisa; JOHNSON, Norma; KILLGROVE, Kristina; ROBBINS, Gwen: “Moving beyond Weiss and Springer’s Repatriation and Erasing the Past: Indigenous values, relationships, and research”, *International Journal of Cultural Property*, vol. 28, n.º 2, May 2021, pp. 211-220.
- HARDY, Samuel Andrew: “Conflict antiquities’ rescue or ransom: The cost of buying back stolen cultural property in contexts of political violence”, *International Journal of Cultural Property*, vol. 28, n.º 1, February 2021, pp. 5-26.
- HERNÁNDEZ VILLALÓN, Yolanda. “Arte e identidad social, valor de las obras de arte. Herramientas jurídicas para la protección del comprador y del vendedor en el mercado del arte”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 8/2021.
- KALIBANI, Mèhèza: “The less considered part: Contextualizing immaterial heritage from German colonial contexts in the restitution debate”. *International Journal of Cultural Property*, vol. 28, n.º 1, February 2021, pp. 43-53.
- LINGARD, Kylie, STOIANOFF, Natalie P; WRIGHT, Evana; WRIGHT, Sarah: “Are we there yet? A review of proposed Aboriginal cultural heritage laws in New South Wales, Australia”, *International Journal of Cultural Property*, vol. 28, n.º 1, February 2021, pp. 107-135.
- LIUZZA, Claudia: “The making and UN-making of consensus: Institutional inertia in the UNESCO World Heritage Committee”, *International Journal of Cultural Property*, vol. 28, n.º 2, May 2021, pp. 261-284.
- LÓPEZ HERNÁNDEZ, Ignacio J.: “Crame, Cermeño y la reforma del Morro de Santiago de Cuba (1766-1767)”, *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 19, enero-junio de 2021, pp. 88-101.
- LÓPEZ RICHART, Julián: “Reproducciones de obras de arte visual en dominio público: el artículo 14 de la Directiva sobre derechos de autor en el mercado único digital”, en *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte* (coord. R. Sánchez Aristi), Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2020, pp. 135-191.
- MARTINEZ NESPRAL, Fernando Luis: “De la literatura a la arquitectura. Fantasía española de Larreta en Buenos Aires”, *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 19, enero-junio de 2021, pp. 102-115.

- MATEU DE ROS CERESO, Rafael: “Derecho excepcional derivado del Covid-19, normas sobre Patrimonio Cultural y Derecho del Arte”, *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 24/2020, pp. 231-240.
- MATINERO TOR, Joaquim: “Innovación tecnológica en el mercado del arte: aplicaciones de blockchain e inteligencia artificial”, en *Actualidad. Nuevas tecnologías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 503-518.
- McGILL, Dru; ST. GERMAIN, Jennifer: “Nazi Science, wartime collections, and an American museum: An object itinerary of the Anthropologie Symbol”, *International Journal of Cultural Property*, vol. 28, n.º 1, February 2021, pp. 87-106.
- MERINO CALLE, Irene: “La evolución legislativa de la Unión Europea en materia de patrimonio cultural. ¿Cambios a la luz del Horizonte Europa y Agenda 2030?”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 55, septiembre de 2021.
- MESKELL, Lynn: “A tale of two cities: The fate of Delhi as UNESCO World Heritage”, *International Journal of Cultural Property*, vol. 28, n.º 1, February 2021, pp. 27-42.
- MUÑOZ LLINÁS, Jaime Ignacio: “El deber de conservación de los bienes culturales y la indemnización derivada de su vinculación singular. Incidencia del Registro de la Propiedad”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 782, 2020, pp. 3467 a 3518.
- NAVAS NAVARRO, Susana: *Obras de dominio público, digitalización y preservación digital*, Reus, Madrid 2021.
- NEGRI, Juan Javier: “‘Reloj, no marques las horas...’: otra vez Arte y Derecho”, en *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte* (coord. R. Sánchez Aristi), Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2020, pp. 601-604.
- NEGRI, Juan Javier: “Peripecias judiciales de un cuadro de Modigliani”, en *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte* (coord. R. Sánchez Aristi), Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2020, pp. 605-608.
- NEGRI, Juan Javier: “5Pointz: una revolución jurídica en el mundo del arte”, en *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte* (coord. R. Sánchez Aristi), Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2020, pp. 609-612.
- NEGRI, Juan Javier: “Arte y Derecho: ¿era un Caravaggio y nadie se dio cuenta?”, en *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte* (coord. R. Sánchez Aristi), Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2020, pp. 613-617.
- NEGRI, Juan Javier: “Banksy y el constante desafío del arte callejero”, en *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte* (coord. R. Sánchez Aristi), Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2020, pp. 619-622.

- NEGRI, Juan Javier: “Arte y Derecho: el difícil caso de los catálogos razonados”, en *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte* (coord. R. Sánchez Arísti), Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2020, pp. 623-628.
- NEGRI, Juan Javier: “Banksy y el perpetuo combate”, en *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte* (coord. R. Sánchez Arísti), Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2020, pp. 629-633.
- NEGRI, Juan Javier: “Arte y Derecho: final del conflicto entre ‘los dueños del aerosol’ y ‘el dueño de la pared’ en Nueva York. ¿Y en la Argentina?”, en *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte* (coord. R. Sánchez Arísti), Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2020, pp. 635-639.
- NEGRI, Juan Javier: “Arte y Derecho: el destino de una gran colección”, en *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte* (coord. R. Sánchez Arísti), Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2020, pp. 641-646.
- OOST, Tabitha I.: “From ‘Leader to Pariah’? On the Dutch Restitutions Committee and the inclusion of the public interest in assessing Nazi-spoliated art claims”, *International Journal of Cultural Property*, vol. 28, n.º 1, February 2021, pp. 55-85.
- OYARZABAL OYONARTE, Nora: “Los tatuajes como obra artística: un nuevo giro en los litigios de propiedad intelectual en Estados Unidos (‘Solid Oak Sketches, LLC v. 2K Games, Inc.’)”, en *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte* (coord. R. Sánchez Arísti), Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2020, pp. 647-664.
- PENA GONZÁLEZ, Wendy: “Arte y crimen”, en *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte* (coord. R. Sánchez Arísti), Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2020, pp. 309-385.
- PÉREZ DE GUZMÁN, Juan: “Joyas robadas y destituidas 1813-1814”, *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 24/2020, pp. 307-328.
- RUIZ PALAZUELOS, Nuria: “La libertad de creación artística, ¿un derecho autónomo? L’oiseau rebelle en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional”, *Revista de Administración Pública*, n.º 215, mayo-agosto de 2021, pp. 111-142.
- SANTAMARINA, Beatriz; VIZCAÍNO, Tono: “Consuming the past into the present: The case of the Iberians (Valencia, Spain)”, *International Journal of Cultural Property*, vol. 28, n.º 1, February 2021, pp. 159-174.
- SEIJO BAR, Álvaro: “El uso de marcas en el arte y otras obras intelectuales: ¿un uso potencialmente infractor?”, *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, n.º 92/2021.

- SERRANO DEL HARO MARTÍNEZ, María del Carmen: “Perspectiva de género en el análisis y gestión del Patrimonio Cultural Inmaterial”, *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 24/2020, pp. 205-230.
- SIERRA LEÓN, Yolanda: “Arte, justicia transicional y derechos humanos en Colombia. ‘Bocas de ceniza’ y ‘La guerra que no hemos visto’ de Juan Manuel Echavarría”, en *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte* (coord. R. Sánchez Aristi), Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2020, pp. 387-434.
- SOIKKELI, Anu: “Some trends incorporating Sáminess into modern Nordic architecture”, *International Journal of Cultural Property*, vol. 28, n.º 1, February 2021, pp. 137-158.
- TOPOROFF, Andrew: “Accrediting Private Collections To Serve the Public Interest in Art”, *The Columbia Journal of Law & Arts*, vol. 44, n.º 4/2021.
- TORRES DE LA FUENTE, José Antonio: “Patrimonio Cultural Europeo: Antequera-Matera, su Acontecer Administrativo-Turístico”, *La Ley*, n.º 9771, 15 de enero de 2021.
- VANPOUCKE, Wietse: “Copyright challenged by art created by Artificial Intelligence”. *European Intellectual Property Review*, n.º 8/2021, pp. 495-503.
- ZAMBRANA-TÉVAR, Nicolás: “Head of a Young Woman: The thrilling recovery of a flying Picasso”. *International Journal of Cultural Property*, Vol. 28, n.º 1, February 2021, pp. 175-190.
- ZÁRATE MARTÍN, Antonio M.: “La legislación como garantía para el patrimonio y oportunidad para el desarrollo sostenible. El caso de la Vera baja y la Peraleda de Toledo”, *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 24/2020, pp. 175-204.
- ZENDRI, Liliana: “El status jurídico del Patrimonio Cultural en Argentina”, *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 24/2020, pp. 45-80.

## Varia





## De María Félix al tráfico de obras de arte

### *Argumentar desconocimiento sobre la procedencia ilícita de una obra de arte es cada vez más difícil*<sup>1</sup>

JUAN JAVIER NEGRI<sup>2</sup>

Abogado. Negri & Pueyrredón Abogados

Las obras de arte, en su inmensa mayoría, califican como bienes muebles. (Sí, hay excepciones, como es el caso del *land art* o del *street art*, donde las obras de arte se convierten en inmuebles por accesión, pero no son la mayoría).

Al ser bienes muebles, se les aplica la vieja regla jurídica francesa *possession vaut titre*<sup>3</sup> (“la posesión equivale al título de propiedad”: en otras palabras, salvo prueba en contrario, quien tiene la posesión de ese bien es su propietario).

La regla es aún más relevante, dado que, a su vez, las obras de arte que son bienes muebles por lo general no son bienes muebles *registrables*. Un

1. La presente nota apareció originariamente en el boletín *Dos Minutos de Doctrina* correspondiente al día 14 de mayo de 2021. El boletín *Dos Minutos de Doctrina* es publicado en línea por el Estudio Negri & Pueyrredón Abogados (<https://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 compra-venta de obras de arte)” (*Derecho del Arte. Anuario Iberoamericano*, Fundación Profesor Uría-Civitas, 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*, Fundación Profesor Uría-Civitas, 2015, pp. 111-182) (N. del E.).
3. Aunque es muy antigua, esa regla fue recogida por primera vez en el artículo 2279 del Código Civil francés de 1804. Véase M. COSTA y W. FABER, “Past, present and future of the French ‘possession vaut titre’ rule”, *European Property Law Journal*, 3(2): 147:210 (2014). En el Código Civil Argentino de Vélez Sarsfield (1869) era el artículo 2412.

automóvil, por ejemplo, o un arma de fuego también son cosas muebles, *pero registrables*. Un cuadro, en cambio, no lo es. *Nadie extiende títulos de propiedad sobre las obras de arte*.

En muchos países, y a pesar de que la mayoría de las obras de arte comparten la característica habitual y generalizada de ser bienes muebles no registrables, con el ánimo de proteger su patrimonio cultural y artístico, se han dictado reglas para evitar su desaparición, transferencias a manos privadas o su venta al exterior (y otras para lograr la restitución, cuando las anteriores resultaron infructuosas)<sup>4</sup>.

No es una tarea fácil: es prácticamente imposible hacer y llevar un inventario detallado de todo aquello que es susceptible de formar parte del patrimonio cultural de un país determinado.

Las naciones deseosas de proteger su patrimonio artístico y cultural han dictado normas, más o menos específicas, al respecto. Incluso existen varias convenciones internacionales sobre el tema, como las de París de 1970, sobre tráfico de obras de arte, y de 1972, sobre protección del patrimonio cultural. La Argentina adhirió a ambas.

Pero la principal dificultad reside en definir con precisión qué tipo de obras de arte en particular (o qué manifestaciones culturales en general) soportan restricciones para impedir tanto su destrucción como su desaparición (sea como consecuencia del tráfico ilegítimo o de la avidez de algunos “coleccionistas”).

México, por ejemplo, ha declarado “monumento artístico” (y a pesar de que la palabra *monumento* parece más adecuada a un inmueble) toda la obra pictórica de José María Velasco, Diego Rivera, José Clemente Orozco, Gerardo Murillo (“Dr. Atl”), David Alfaro Siqueiros, Frida Kahlo, Saturnino Herrán, Remedios Varo y María Izquierdo. Eso, obviamente, permite una rápida identificación, pero no necesariamente impide su desaparición: *La Nación* de Buenos Aires informó ayer acerca del misterioso destino de un retrato de María Félix hecho por Diego Rivera, cuyo paradero se desconoce<sup>5</sup>.

El Perú, uno de los países más celosos en la protección de su maravilloso patrimonio artístico, ha hecho lo mismo con todas las piezas originadas en la cultura incaica.

La Argentina tiene normas claras con respecto a su patrimonio arqueológico y paleontológico, pero no así con respecto a obras de arte algo más recientes.

4. G. CARDUCCI, “The growing complexity of international art law: conflict of laws, uniform law, mandatory rules, UNSC resolutions and EU regulations”, *Art and Cultural Heritage*, B. Hoffman, ed., Cambridge University Press, 2009, pp. 68 y ss.

5. G. ANTONUCCIO, “Resurge en una foto el retrato de María Félix que pintó Diego Rivera”, *La Nación*, Buenos Aires, 13 de mayo de 2021, p. 25.

Pero aun cuando fueran claras, esas mismas reglas plantean enormes dificultades legales. En efecto, ¿qué hacer con esas obras que estaban en manos privadas antes de que se dictaran las restricciones a sus transferencias?, ¿se deben impedir nuevas transacciones?, ¿las restricciones implican una expropiación?, ¿hay recursos públicos para adquirir todo aquello que resulta de interés artístico?

La imposición de restricciones a la circulación ¿impide los delitos vinculados con el tráfico ilegal de obras de arte o sólo encarece “el costo transaccional” para los pillos y convierte al mercado negro en algo aún más apetitoso?

En la Argentina hay varias normas al respecto. La Ley 25197 contiene una amplísima definición de *bienes culturales* que incluye “a todos aquellos objetos, seres o sitios que constituyen la expresión o el testimonio de la creación humana y la evolución de la naturaleza y que tienen un valor arqueológico, histórico, artístico, científico o técnico excepcional”. Ese conjunto es llamado “*patrimonio cultural argentino*” y obliga a la Secretaría de Cultura a hacer su inventario (que, por supuesto, no ha sido efectuado).

Pero, además, esa ley también define a los llamados *bienes culturales histórico-artísticos*, una denominación genérica que incluye a “todas las obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza, de carácter irremplazable, cuya peculiaridad, unidad, rareza y/o antigüedad les confiere un valor universal o nacional excepcional desde el punto de vista histórico, etnológico o antropológico, así como las obras arquitectónicas, de la escultura o de pintura y las de carácter arqueológico”.

Según la propia ley, esa amplísima definición colectiva incluye a los bienes que pertenezcan a alguna de las siguientes categorías: el producto de las exploraciones y excavaciones arqueológicas y paleontológicas, terrestres y subacuáticas; los objetos tales como los instrumentos de todo tipo, alfarería, inscripciones, monedas, sellos, joyas, armas y objetos funerarios; los elementos procedentes del desmembramiento de monumentos históricos; los materiales de interés antropológico y etnológico; los bienes que se refieren a la historia, incluida la historia de las ciencias y las técnicas, la historia social, política, cultural y militar, así como la vida de los pueblos y de los dirigentes, pensadores, científicos y artistas nacionales; los bienes inmuebles del patrimonio arquitectónico de la Nación; los bienes de interés artístico tales como pinturas y dibujos hechos sobre cualquier soporte y en toda clase de materias; grabados, estampas, litografías, serigrafías originales, carteles y fotografías; conjuntos y montajes artísticos originales cualquiera sea la materia utilizada; obras de arte y artesanías; producciones de arte estatuario; los manuscritos raros e incunables, códices, libros, documentos y publicaciones de interés especial, sueltos o en colecciones; los objetos de interés numismático, filatélico; los documentos de archivos, incluidos colecciones de textos, mapas y otros

materiales, cartográficos, fotografías, películas cinematográficas, videos, grabaciones sonoras y análogos; los objetos de mobiliario, instrumentos musicales, tapices, alfombras y trajes.

Como se ve, la enumeración es digna de figurar entre las varias definiciones del universo, a las que era tan proclive Jorge Luis Borges, nuestro escritor nacional.

Para controlar las operaciones con los bienes recién descriptos, la Argentina cuenta con una ley que exige a los anticuarios, galeristas, *marchands* y comerciantes en obras de arte cumplir con ciertos estándares de cuidado, para evitar que se conviertan en inadvertidos cómplices de los traficantes de obras de arte.

Se trata de la ley sobre importación, exportación y transferencia de bienes culturales, sancionada en 2019, que vuelve a definir qué debe entenderse por obras de arte y antigüedades, con un criterio algo más refinado que las normas ya citadas. Básicamente establece 100 años como la edad para considerar algo como una antigüedad y 30 años para discos, videos, filmes, documentos, etc. (Efectivamente, los discos de pasta son antigüedades, así como la película en Súper 8 de la fiesta de quince de la nena).

La ley, como casi toda norma que merezca ese nombre en la Argentina, crea un “Registro de Comerciantes de Antigüedades, Obras de Arte y Otros Bienes Culturales” y exige que cada operación de compra, venta o consignación realizada por los inscriptos sea declarada allí.

Además, requiere a los inscriptos que “al momento de adquirir o recibir en consignación bienes culturales, comprobar con la debida diligencia el origen lícito de los mismos, incluyendo la consulta de cualquier registro de objetos culturales robados u otra documentación pertinente”.

Es interesante notar que la consulta de registros *no es el único recaudo a tomar*, sino uno más.

Hace no mucho tiempo, Interpol, la organización mundial de policía criminal (que tiene un miembro más que las Naciones Unidas), lanzó ID-Art, una aplicación digital que permite consultar la enorme lista de obras de arte robadas y denunciadas a la policía en los 194 países adheridos.

ID-Art vino a competir con The Art Loss Register, una base de datos privada, que, según dice, acumula información sobre 700.000 obras de arte y recibe 400.000 consultas al año. (Interpol dice tener 52.000 obras registradas). No sólo eso: The Art Loss Register permite además incorporar obras de arte a la base *aun antes de que sean robadas*, como mecanismo de prevención. El costo de inscripción, por obra, es de veinte dólares. Interpol, en cambio, es gratuita, y actúa a pedido de las autoridades policiales de cada país miembro.

The Art Loss Register (a diferencia de Interpol, que lo hace como parte de su lucha contra el delito) ofrece también servicios de búsqueda y recuperación de obras de arte robadas. Cobra el 20% del valor de las piezas recuperadas.

ID-Art permite, entre varios servicios (como la denuncia del estado de monumentos históricos), la consulta de los bienes robados país por país. En la penosa lista argentina aparecen desde un poncho araucano y una momia diaguita hasta estatuas de mármol robadas de parques públicos; placas de monumentos a grabados antiguos; de la primera edición de *Expedición al Río Negro* a más de veinte (!) óleos de Martín Burman; del anillo de Carlos Gardel y medallas que pertenecieron a Arturo Frondizi a páginas de cómics...

La lista es casi infinita, como lo es la descripción de bienes culturales.

A los registros mencionados se acaba de sumar el “Registro de Libros Desaparecidos”, creado en Londres por la ILAB, la asociación internacional de libreros anticuarios. Más allá de las reminiscencias ruiz-zafonianas que ese nombre nos pueda traer, viene a cumplir una misión importante: el comercio *on-line* de libros y manuscritos no deja de crecer y, con él, la posibilidad de que algunos de los objetos en venta tenga origen *non sancto*.

Un ejemplo: en 2017, en un solo golpe, en el aeropuerto de Londres fueron robados 160 libros de colección, muchos de los cuales databan de los siglos XV y XVI. Fueron encontrados en una finca rural en Rumania.

Según algunos especialistas, la circunstancia de que el COVID-19 haya hecho que mucha gente permanezca en sus casas, provocó también que muchos interesados dedicaran más tiempo a incrementar sus colecciones de libros raros...

Desde el punto de vista legal, la *debida diligencia* exigida a los profesionales cada vez tendrá un contenido más amplio.

“Y desde el punto de vista de política cultural”, agrega el Filosofito, que nos lee en borrador, “¡hay tanto por hacer!”.



## El “street art” y la filatelia

### *Una posible violación a los derechos intelectuales de una artista por parte de un impensable infractor podría establecer un novedoso precedente<sup>1</sup>*

JUAN JAVIER NEGRI

*Abogado. Negri & Pueyrredón Abogados*

Uno de los más importantes repositorios mundiales de obras de arte se halla en uno de los más pequeños Estados soberanos del planeta: el Estado de la Ciudad del Vaticano.

Como todo ente soberano, el Estado Vaticano tiene sus propias autoridades, leyes, tribunales, bandera, moneda, policía, cárceles, etc. (Y hasta territorio, cosa que algún otro ente soberano no tiene).

Entre sus atributos de soberanía también tiene su propio servicio postal. Y, por consiguiente, emite estampillas (o “sellos postales”, para usar la nomenclatura técnica adecuada).

Entre los usuarios de esos sellos postales se encuentran no sólo quienes –cada vez menos– los usan para franquear su correspondencia, sino también quienes los coleccionan. Y quienes lo hacen son, generalmente, atraídos por la belleza y atracción de sus viñetas (entre otros varios factores). De allí que la selección y diseño de los motivos que ilustran los sellos postales son motivo de una cuidadosa selección.

- 
1. La presente nota apareció originariamente en el boletín *Dos Minutos de Doctrina* correspondiente al día 1 de junio de 2021. El boletín *Dos Minutos de Doctrina* es publicado en línea por el Estudio Negri & Pueyrredón Abogados (<https://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.).



A veces ocurren errores imperdonables. En 1961 Italia emitió un sello postal para conmemorar la visita del presidente Gronchi al Perú..., pero el mapa incluido tenía las fronteras peruanas equivocadas. El diseñador había usado un atlas desactualizado. Ante un reclamo diplomático, el sello fue retirado de la circulación, pero algunos (casi 80.000) fueron vendidos antes de la medida. Su precio hoy día es muy elevado.

Otro error ha ocurrido hace poco: el año pasado, para celebrar la Pascua, el servicio postal del Vaticano emitió 80.000 ejemplares de un sello postal (de un valor facial de un euro con quince céntimos cada uno) que reproducía una imagen religiosa fijada por un artista callejero en las paredes de mármol travertino de un puente en Roma<sup>2</sup>.

La viñeta reproduce la imagen de cuerpo entero del Cristo resucitado con un gran corazón en medio del pecho, cruzado con una leyenda en la que se lee “Just Use It”. Algo así como “Úselo”. A nadie se le escapa la similitud del eslogan con el de la ropa y calzado deportivo Nike. Para más detalles, la imagen reproducida en el sello también incluye el fondo, con la inequívoca textura del mármol travertino, que suele mostrar huecos longitudinales.



Pero el problema no se suscitó con Nike, sino con Alessia Babrow, la artista que, en 2019, fijó esa imagen en un lugar público. Desde hace varios años Alessia reproduce imágenes religiosas (no necesariamente cristianas) con esa

2. N. WINFIELD, “Vatican issues a street art stamp, ends up getting sued”, *Associated Press News*, 25 mayo 2021.

leyenda sobre los corazones de los personajes representados, que van desde la Virgen María a Buda, pasando por Ganesh, un dios hindú. La autoría de Alessia es indiscutible: tanto en la imagen fijada en el puente como en el sello postal se pueden leer sus iniciales: “A.B.”

Alesia ha protestado ante la justicia italiana porque la reproducción de la imagen se hizo sin su consentimiento.

Más de una vez nos hemos referido a las innumerables cuestiones legales que suscita el llamado *street art*, el arte callejero, mediante el cual cientos de artistas se manifiestan alrededor del mundo, adornando o vandalizando –según se mire– toda superficie considerada adecuada<sup>3</sup>, y, por lo general, *sin consentimiento del propietario del muro o soporte*.

La doctrina legal estadounidense (donde el fenómeno del arte callejero es muy común) lo caracteriza por presentar tres características: (a) se lo realiza en un contexto urbano; (b) generalmente sin permiso del titular del soporte físico sobre el cual se fija la obra y (c) ésta debe ser visible por el público en general. Podríamos agregar una cuarta característica, para impedir que las pinturas publicitarias caigan dentro de esta categorización: es gratuito.

La enorme mayoría de los conflictos entre los artistas y los dueños donde aquellos “estampan” sus obras (en muchos casos, literalmente, por las técnicas usadas) se han producido en el mundo anglosajón.

Pero esta vez el conflicto se ha planteado entre un artista y un Estado soberano y en el mundo del derecho continental, no en el del *common law*.

Obviamente, no se puede pronosticar el resultado de un pleito (los abogados tenemos prohibido hacerlo) y, sobre todo, dada la participación de un Estado extranjero como demandado.

Pero, como ya lo hemos dicho antes, las leyes que protegen la propiedad intelectual de artistas, escritores, escultores, guionistas, etc., son prácticamente idénticas en los países civilizados. (Y si no lo son, hay tratados internacionales que intentan que lo sean).

Basándonos en lo que la ley argentina diría en un caso semejante, es extremadamente posible que la justicia condene al Estado de la Ciudad del Vaticano a indemnizar a la artista.

Se podría argumentar que fijar una imagen sobre una pared sin permiso del propietario (porque casi con certeza Alessia no es la propietaria del puente

3. El artículo más reciente sobre el tema es “El estornudo de Banksy trae problemas de cabeza”, *Dos Minutos de Doctrina*, XVIII:918, 15 diciembre 2020. Véase también “Arte y derecho: final del conflicto entre ‘los dueños del aerosol’ y ‘el dueño de la pared’ en Nueva York. ¿Y en la Argentina?”, *Dos Minutos de Doctrina*, XVIII:909, 6 noviembre 2020.

ni pidió permiso a nadie) constituye un delito, por lo que no permite el nacimiento de un derecho en cabeza del artista: se estaría permitiendo que un hecho ilícito genere un beneficio a favor del infractor.

Porque... el artista ¿tiene o no un derecho intelectual sobre la obra, cuando ésta, en realidad, ha surgido como consecuencia de la comisión de un delito penal, como el de daño?

Los latinos decían *ex turpi causa non oritur actio*: “de un origen ilegal no surge acción alguna”. Hay varios casos en los Estados Unidos donde se aplicó esta teoría.

Otros, en cambio, sostienen que el derecho de autor nace siempre, no obstante las posibles sanciones que otras normas puedan aplicar. Esta teoría sería la aplicable en la Argentina, puesto que la ley de propiedad intelectual no exige presupuesto de legalidad alguno para proteger las creaciones del intelecto.

La jurisprudencia italiana (que interesa en este caso) desde 1957 sostiene que la licitud de la obra no es un requisito para la tutela de los derechos del autor.

En los países anglosajones, la cuestión siempre ha sido resuelta en beneficio del artista.

En nuestra opinión, aun si una obra de arte fuera considerada “inmoral”, ello no impediría que el artista mantenga sus derechos intelectuales sobre ella. La ley argentina no exige la “legalidad o licitud” del acto generador de la obra de arte. En consecuencia, la propiedad intelectual del artista sobre su obra de arte subsistirá durante toda su vida y por setenta años desde el 1 de enero del año siguiente al de su muerte.

Durante ese lapso, el artista y sus derechohabientes conservarán sus derechos sobre la obra. Esto significa que su *uso comercial* exigirá el consentimiento del artista. Y el Vaticano, claramente, ha hecho uso comercial de una obra cuya propiedad intelectual no le pertenecía.

Si a Alessia se le reconocen derechos intelectuales sobre su obra (y en principio creemos que no hay razón para que eso no ocurra), se le deberían reconocer también los derechos morales que son parte de aquellos, como su derecho a reivindicar su paternidad (¿o maternidad, en este caso?) sobre la obra.

Hay otros factores a tomar en cuenta: en Italia ha surgido recientemente la doctrina de que lo ocurrido (esto es, la fijación de una obra de arte sobre un bien ajeno –y sobre todo si es público– constituye una *dedicatio ad patriam*; es decir, la constitución de una servidumbre administrativa por parte del artista

a favor del público. Habría habido así un acto de abandono o renuncia de un derecho propio por parte del artista.

En ese país, también, los conflictos entre el artista y el propietario del soporte acerca del *derecho* de uso de la imagen por lo general han sido resueltos a favor del propietario del inmueble. ¿Quién será el dueño del puente? ¿La ciudad de Roma? ¿El Vaticano?

Bajo otro punto de vista, ¿la obra de arte callejero es una cosa *perdida*? Obviamente ésta no lo era, porque Alessia sabía dónde la colocó y dónde estaba.

Pero... ¿es una cosa *abandonada*? Claramente sí, porque el artista callejero no deja la cosa con la intención de recuperarla posteriormente. La abandona en, sobre o dentro del inmueble de un tercero.

Seguramente hay abandono porque en muchos casos la obra es la demostración evidente de un posible acto de daño o vandalismo: *res ipsa loquitur* (“las cosas hablan por sí mismas”) y no es cuestión de andar confesando la comisión de un delito.

Pero si la cosa es abandonada entonces es susceptible de apropiación. Y en ese caso, ¿es un *tesoro* en el sentido legal del término?

Después de todo, es una cosa mueble *de valor*, sin dueño conocido, oculta en otra cosa mueble o inmueble. En ese caso, cuando un tesoro es descubierto casualmente en una cosa ajena, pertenece por mitades al descubridor y al dueño de la cosa donde se halló.

¿Se trata de un caso de “apropiacionismo”; esto es, de uso de una obra de arte como sustrato o antecedente para otra? ¿Se puede considerar al diseño del sello postal como una nueva obra de arte, autónoma con respecto a la anterior? ¿Constituye un caso de “deriva semántica” como diría Jacques Derrida? Nos parece que no: aquí hay una reproducción lisa y llana ¡y hasta del mismísimo soporte!

En definitiva, aun cuando Alessia hubiera fijado su obra de arte callejero al puente sin permiso, mantiene las prerrogativas del autor una obra intelectual. Por lo tanto conservará el derecho a oponerse a las reproducciones no autorizadas, como la efectuada por el Vaticano.

Este punto de vista puede enfrentar dificultades, sin embargo: un juez italiano estableció que cualquier intervención humana que modifique la estética de un bien contra la voluntad de su propietario, público o privado, configura un delito pasible de sanción, aun cuando el autor goce de fama o prestigio, merecida o no.

En un caso ocurrido en Bolonia en 2016 un juez resolvió condenar penalmente a un artista con el argumento de que el daño se configura aun cuando el soporte tuviera evidencias de degradación o de leyendas o pinturas anteriores.

Pero en otra vuelta de tuerca se ha resuelto que, aun cuando el hecho, considerado en abstracto, era efectivamente un delito, no era punible cuando el artista había embellecido el lugar y su prestigio era indudable. Incluso se ha argumentado que la represión penal, en esos casos, viola la libertad de expresión.

Otra cuestión adicional e importante, pero de naturaleza procesal, es la de determinar si el Estado de la Ciudad del Vaticano, como ente soberano, puede ser demandado ante los tribunales de otro país (Italia, en este caso). Habrá que investigar, bajo el derecho italiano, si alguna de las actividades del emisor del sello postal tuvo lugar en Italia e implicó la renuncia a ese beneficio.

Es curioso que esto le haya ocurrido a las autoridades vaticanas. Durante el proceso de restauración de la Capilla Sixtina hubo guardias que, en todo momento, verificaban que las fotos que tomaban los turistas no violaran los derechos intelectuales de Nippon Television Corporation, patrocinador de los trabajos... ¿Y ahora se pesaron por alto los derechos de un artista?

El Filosofito, que nos lee en borrador, nos dice con sorna: “Quizás hasta en el Vaticano se prescinde de la fe en los abogados”.

## La “devolución” del tapiz del *Guernica*

### *La Organización de las Naciones Unidas debió devolver una obra de arte exhibida durante 35 años en su sede de Nueva York<sup>1</sup>*

JUAN JAVIER NEGRI

*Abogado. Negri & Pueyrredón Abogados*

Las malas lenguas dicen que Nelson Rockefeller quiso comprar el *Guernica* a Pablo Picasso y que éste se negó.

No es difícil imaginarse por qué: el temperamental pintor español y comunista militante –es una manera de decir: siempre vendió sus obras a precios de mercado, en moneda dura y nunca se estableció en la Unión Soviética– seguramente no quiso cerrar trato con alguien que, en su opinión, era la encarnación misma del odiado capitalismo. Y mucho menos venderle una obra de arte en la que todos los demonios del mundo (y algunas de las ideologías que los alimentan) parecen estar retratados: la violencia, la crueldad, el dolor, la mutilación y el desgarrro.

Ya había habido encontronazos semejantes entre los Rockefeller y algunos artistas por razones ideológicas, como ocurrió con Diego Rivera, a quien esa familia, en 1933, le encargó pintar un mural gigante para decorar el vestíbulo del Rockefeller Center en Nueva York apenas inaugurado (y después que el propio Picasso se negara a hacerlo).

- 
1. La presente nota apareció originariamente en el boletín *Dos Minutos de Doctrina* correspondiente al día 5 de marzo de 2021. El boletín *Dos Minutos de Doctrina* es publicado en línea por el Estudio Negri & Pueyrredón Abogados (<https://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.).

Rivera concibió un mural llamado *El hombre en el cruce de caminos*, lleno de simbolismo, inspirado en una idealización del comunismo soviético y en el que aparecían Trotsky, Lenin y el gran Karl Marx. Todo esto para ser exhibido a la entrada del cuartel general de uno de los mayores iconos del capitalismo mundial.

En abril de 1933 el *New York World-Telegram* publicó un artículo donde criticaba abiertamente la obra, tildándola de “propaganda anticapitalista”. Eso bastó para que la familia comitente pidiera a Rivera reemplazar la cara de Lenin con la de un trabajador anónimo. La cuestión se fue complicando hasta el extremo de que en febrero de 1934 los Rockefeller ordenaron la destrucción total del mural. El tema da para una larga disquisición acerca de los aspectos contractuales del asunto, que ya hemos tratado en otro lugar<sup>2</sup>.

Volvamos al *Guernica*: ante la imposibilidad de obtener el óleo original, terminado en 1935 y que desde 1956 estaba depositado en el Museo de Arte Moderno de Nueva York<sup>3</sup>, Nelson Rockefeller (que fuera vicepresidente de los Estados Unidos y gobernador del estado de Nueva York) en 1955 encargó al Atelier Jacqueline de la Baume-Durrbach la confección de un tapiz que lo reprodujera fielmente, con las mismas medidas del original (¡3.10 m de alto por 7.60 m de largo!). Sólo se aparta del óleo en cuanto que usa algunos tonos de marrón, mientras que aquél es básicamente monocromático (gris, negro y blanco).

¿Se puede hacer algo semejante, desde el punto de vista legal? Sí, pero sólo si se cuenta con el consentimiento del artista (mientras la imagen reproducida se encuentre en el dominio privado).

¿Por qué es esto así? Porque aun cuando el artista venda “la obra”, lo que en realidad transfiere es el soporte físico. La idea, la imagen, el concepto creativo detrás de la obra de arte siempre será suyo, por el plazo que establezca la ley (setenta años en el caso de la Argentina).

En el caso del uso de la imagen del *Guernica* para ser trasladada al tapiz, el propio Picasso supervisó la tarea en la fábrica de tapices ubicada en Var, en el sur de Francia.

En 1984, Nelson Rockefeller “prestó” el tapiz a la Organización de las Naciones Unidas (“ONU”) para que fuera exhibido en su sede de Nueva York (construida sobre quince hectáreas donadas por su propia familia).

2. J. J. NEGRI, “El dilema de Landet”, *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, Fundación Profesor Uría, Madrid, 2018.
3. Una detallada explicación de esa obra puede encontrarse en van HENSBERGEN, *Guernica, la historia de un ícono del siglo XX*, Editorial Debate, Barcelona, 2005, 432 pp., entre muchos otros.



La “inauguración” del tapiz en las paredes del edificio, cerca del ingreso a la sala donde se reúne el Consejo de Seguridad de la ONU, ocurrió el 13 de septiembre de 1985 en una ceremonia en la que el entonces secretario general Javier Pérez de Cuéllar, “aceptó el préstamo”. *La ONU, sin embargo, catalogó la obra bajo el rubro “Donaciones” con el número 066L*<sup>4</sup>.



Durante el período en el que la tapicería estuvo en la sede de la ONU fue sin duda un testigo privilegiado de gran parte de la historia diplomática del mundo contemporáneo. Entre otros episodios, el 5 de febrero de 2003, cuando el ex secretario de Estado de los Estados Unidos Colin Powell y el embajador de ese país ante la ONU anunciaron frente a la prensa internacional la declaración de guerra a Irak en ese mismo lugar, el tapiz (con su enérgico alegato antibélico y pacifista) debió ser cubierto con una larga cortina azul.

Los funcionarios de la ONU dijeron que la cortina fue colocada allí a pedido de los camarógrafos, quienes se quejaron de que las figuras humanas que parecen gritar de dolor no conformaban un buen segundo plano y que los cascos de uno de los caballos representados en la obra aparecían justo arriba de la cabeza de los dos oradores.

Pero algunos diplomáticos explicaron que, en realidad, el Gobierno estadounidense había pedido que se cubriera el tapiz para evitar que Powell apareciera con él detrás mientras declaraba el comienzo de una guerra. “Los cuerpos mutilados y las caras distorsionadas de esta inconveniente obra de arte eran demasiado chocantes como para permitir explicar el porqué de una guerra”<sup>5</sup>.

4. <https://www.un.org/ungifts/content/guernica-tapestry-after-guernica-pablo-picasso>.

5. A. ESCALONA, “75 years of Picasso’s Guernica”, *The Huffington Post*, 23 de mayo de 2012.



Hace unos días, y luego de 36 años de préstamo, Nelson (hijo) pidió la “devolución” del tapiz. No obstante los esfuerzos de las autoridades de las Naciones Unidas, la obra volvió a manos de su propietario. Una carta de María Luiza Ribeiro Viotti, jefa de gabinete del secretario general de la ONU, Antonio Gutierrez, explicó que “el señor Nelson A. Rockefeller, propietario del tapiz ‘Guernica’ notificó recientemente a las Naciones Unidas su intención de ‘recuperar’ la obra. Como consecuencia de la notificación, el tapiz fue devuelto al señor Rockefeller a principios de este mes [de febrero de 2021]”.

La ONU indicó que se está buscando otra obra para reemplazar la “devuelta”. Los Rockefeller no han indicado qué harán con su tapiz. No tiene el tamaño adecuado para ser ubicado en una vivienda, así que, por más grande que sea la casa de alguno de los miembros de la familia, seguramente será destinado a un museo o un gran edificio.

¿Qué explicación tiene esto desde el punto de vista jurídico?

Es habitual que coleccionistas o propietarios de obras de arte las “presten” a museos y galerías para su exhibición. En los Estados Unidos se lo hace bajo la figura del *permanent loan* (“préstamo permanente”, en una traducción literal).

La expresión aparece en los epígrafes (los “cartelitos” de las obras de arte), donde constan el título, el nombre del artista, la fecha de creación, la técnica utilizada y otros datos de ese tenor y se explica el origen del ingreso de la obra en la colección del museo: donación, compra, en pago de impuestos –muy frecuente en el Reino Unido–, etc. Allí es donde aparece con frecuencia la referencia al *permanent loan*.

Esa expresión puede ser equívoca, porque depende del contexto en el que se la utiliza. En el mercado del arte, el *permanent loan* es, *casi*, una donación. Y decimos “casi” porque por lo general significa que la pieza en cuestión permanece muchos años en el museo (por lo general, entre cinco y treinta), pero siempre sujeta a que el propietario exija su devolución.

Aunque el término “préstamo” usualmente implica una operación financiera que contempla el pago de intereses o comisiones, eso no ocurre en estos casos. Pero de todas maneras, el “prestamista” se beneficia: su nombre, si así lo desea, es mencionado públicamente; la obra incrementa su valor al ser reconocida como pieza de alta calidad (pues ser admitida en un museo le da lustre) y, en menor medida, el propietario se ahorra los gastos de vigilancia y seguros.

En otros contextos, un *permanent loan* equivale a un préstamo hipotecario a largo plazo.

¿Y entre nosotros? En los países de derecho continental (entre los que se cuentan la Argentina, Francia, España, Italia, etc.) para obtener el mismo

propósito se usa el contrato de comodato (o “préstamo de uso”). Al propietario de la obra se lo llama comodante y al museo o galería, comodatario.

Según las normas civiles, el comodante conserva la propiedad de la cosa (en el caso, la obra de arte). En consecuencia, el comodatario adquiere única y exclusivamente *el derecho al uso de la obra prestada* durante un período de tiempo predeterminado. En este caso, se entiende por “uso” la exhibición permanente o temporaria.

Dice la ley que “el comodatario está obligado a poner toda diligencia en la conservación de la cosa, y es responsable de todo deterioro que ella sufra por su culpa”. Se trata de un estándar rígido y exigente.

El comodatario debe devolver la obra al concluir el uso para el que se la prestó o una vez transcurrido el plazo pactado. La ley prevé que, en caso de necesidad urgente, el comodante puede reclamarla antes y el comodatario estará obligado a restituirla. Aunque es difícil imaginar un caso semejante tratándose de una obra de arte, podríamos imaginar una venta imprevista por el propietario.

El comodatario está también obligado a hacer frente a los gastos ordinarios que sean necesarios para usar y conservar la cosa prestada, como los seguros y la vigilancia en el caso de obras de arte.

El comodatario está obligado a usar la cosa de conformidad con la naturaleza de ésta y para el uso específico para el que se la prestó (como una exhibición permanente o temporaria, análisis técnicos, etc.).

El comodatario no tiene derecho de retención alguno sobre la obra con el pretexto de que el comodante tiene deudas con el comodatario (lo cual impediría que las autoridades fiscales retengan una obra de arte prestada a un museo público con el argumento de que el propietario adeuda impuestos).

El museo o galería que actúe como comodatario será responsable ante el comodante en caso de pérdida o deterioro de la obra. Pero también será responsable por caso fortuito si destina la cosa a un uso distinto de aquel para el que se la prestó o la usa más allá del plazo contemplado.

¿Por qué comodato y no otro contrato más “conocido”? Porque entre el comodato y otros tipos contractuales más “populares” existen notables diferencias.

Así, por ejemplo, entre el comodato y el préstamo hay sustanciales diferencias: el comodato es esencialmente gratuito, mientras que el préstamo también admite el pago de intereses. El préstamo generalmente recae sobre dinero o cosas fungibles (esto es, intercambiables entre sí, como un kilo de harina), mientras que el comodato sólo se aplica a cosas no fungibles.

El objeto del mutuo o préstamo es el de transferir la propiedad, mientras que el comodato *solo transfiere el uso de la cosa*. Si alguien presta dinero, éste pasa a ser propiedad del deudor, que puede usarlo para lo que quiera. No así en el comodato.

También los efectos son distintos: el mutuo o préstamo produce la obligación de restituir otro tanto de la misma especie y calidad; el comodato, la de restituir *exclusivamente* la cosa misma que fue entregada.

Finalmente, en el préstamo no puede reclamarse la devolución de la cosa antes del tiempo convenido, mientras que en el comodato se la puede reclamar antes.

Con la donación, la principal diferencia es que en ésta la propiedad de la cosa se transfiere del donante al donatario; mientras que en el comodato no existe tal transferencia. El comodante solo permite *el uso gratuito* de la cosa entregada.

Y, finalmente, con el depósito, existe una diferencia sustancial: el depositario no está autorizado a usar la cosa depositada. Una excepción, claro está, es el contrato de depósito bancario.

## La transición del arte convencional al digital: ¿eclosión o burbuja de mercado?

*I will be you(r) NFT girlfriend, you can't ever touch  
me or interact with me in real life but if you pay  
me enough money you can go around telling people  
I'm yours<sup>1</sup>*

PAZ SOLER MASOTA

*Profesora Titular de Derecho Mercantil en la Universidad Pompeu Fabra  
Doctora en Bellas Artes por la Universidad de Barcelona*

Dedicado a mis queridos amigos y admirados artistas Isabel Martínez *aka* Isabelita  
Virtual, Óscar García-Pañella y Juan Vilató

*Hace muchos años había un Emperador tan aficionado a los trajes nuevos, que gastaba todas sus rentas en vestir con la máxima elegancia...* Con estas líneas se iniciaba el moralizante relato de Hans Christian ANDERSEN que nos contaban de pequeños para inocularnos de virtud contra la vanidad o el exceso. Relean por favor *El traje nuevo del emperador* y sabrán más tarde por qué lo traigo “a cuento”.

El recurso a los *non fungible tokens* (o bienes no fungibles, en adelante, NFT) para convertir un objeto digital en algo único no nos viene de nuevas: en 1993, el matemático y diseñador de juegos para ordenador Richard GARFIELD se consagró con el lanzamiento de su célebre *Magic: el Encuentro* (*Magic: the*

---

1. Maura QUINT @behindyourback. Escritora satírica estadounidense, considerada una *twitter star*, con frecuentes contribuciones en publicaciones como *New Yorker*, *The Onion*, *Paste* o *McSweeney's*. Activista en el ámbito de organizaciones no gubernamentales, implicada, entre otros, con colectivos artísticos internacionales.

*Gathering*), un juego de cartas de estrategia y habilidad entre contrincantes convertidos en magos que, por lo demás, son coleccionables. Existe un mercado secundario en el que algunos naipes cotizan al alza en función de su escasez, rareza, aparición ocasional, su valor en el juego, por su antigüedad, estética o por tratarse de cartas de culto, llegando a alcanzar un precio de venta de miles de dólares; siendo el más elevado el que logró la carta *Black Lotus* (fig. 1) firmada por el artista Christopher RUSH en una subasta celebrada en la plataforma eBay en 2019 por la que se pagó la cifra de 511.000\$<sup>2</sup>. También son muy apreciadas las cartas firmadas por el matemático, como aquellas con las que le pidió matrimonio a su novia (sólo hay dos ejemplares) o que se editaron para conmemorar el nacimiento de sus hijos.



(fig. 1) *Black Lotus*

Con distinto perfil, pero con análogo efecto –generar un mercado de confianza en torno al *criptoarte*–, surge la digitalización de archivos (por lo que aquí interesa, fundamentalmente de imágenes, vídeos o composiciones musicales) mediante los NFT, esto es, recurriendo a la tecnología de la cadena de bloques (o *blockchain*) para consolidar un ámbito seguro en el que se inscriben activos que en principio no pueden sufrir alteraciones, y que son susceptibles de cambiar de manos con extraordinaria facilidad. El NFT procede de un archivo digitalizado –JPG, GIF, MP4– que se “acuña” (“*mint*”) mediante un proceso informático que lo registra en el *blockchain*, de tal modo que una obra de *criptoarte* posee una naturaleza híbrida, en tanto que el referido registro

2. Por si sienten curiosidad, los precios pueden consultarse, entre otros, en sitios web como [www.cardmarket.com](http://www.cardmarket.com) o [www.mtgstocks.com](http://www.mtgstocks.com).

codifica su proveniencia al tiempo que crea un *smart contract* que define las condiciones para su transferencia. La obra pre-tokenizada subsiste –o no, como veremos– en un estado que le permite circular como cualquier otro archivo, de modo promiscuo o no autorizado, por lo que muchas imágenes pueden ser objeto de grabación o de captura sin coste alguno.

En términos económicos, el NFT es un *token* criptográfico que vendría a provocar “escasez digital” en torno a un bien intangible, de natural reproducible, pero que deviene único e irrepetible. En rigor, un NFT no constituye un título de propiedad, sino que es un instrumento financiero que en el contexto que nos ocupa se reviste de arte, ¡y cómo!<sup>3</sup>. Los primeros mercados de coleccionables digitales surgieron hacia 2018, pero fue con la *criptomoneda* que los valores se dispararon hacia finales de 2020, emergiendo un mercado primario y otro secundario de contornos desorbitados. 2021 ha sido el año de su máximo auge en un escenario liderado por prestigiosas casas de subastas y galerías de arte cuyo guión viene marcado por los principales magnates de este nuevo tipo de moneda –los *cryptominers*–<sup>4</sup>.

La efervescencia de los NFT en el mercado del *criptoarte* enciende mechas de distinto calibre, desde su utilidad solidaria en la generación de comunidades para recaudar fondos por parte de ONG como *Save the Children* dirigidos a paliar los execrables efectos del conflicto bélico ucraniano, hasta iniciativas que arrojan una luz extraña sobre la figura del NFT en contextos como la *tokenización* de objetos, como algunos pertenecientes a John LENNON que su hijo subastó el pasado 7 de febrero de 2022 –reteniendo los reales–, o de obras maestras preexistentes (una pintura, una escultura). En este sentido, el mundo artístico ha asistido conturbado ante la fragmentación de *El Beso* de Gustav KLIMT en 10.000 cuadrículas únicas que se vendieron a razón de 1850 € por ejemplar entre el 10 y 14 de febrero de 2022 (*fig. 2*); empresa auspiciada por la Galería Belvedere de Viena en colaboración con artèQ que inaugura un nuevo segmento en el mercado del arte cuyos protagonistas presentaron como un *win-win*: el museo buscaba obtener un retorno de 18,5 millones de euros, que vendría a ser el equivalente de cobrar entradas (a precio de adulto) a 1,16 millones de visitantes, mientras que el fundador de artèQ, Farbod SADEGHIAN, manifestaba su intención de promover una galería en el metaverso, donde los usuarios puedan ver y comprar un amplio catálogo de NFT sobre obras artísticas<sup>5</sup>.

3. De hecho, “*el arte digital ha sido una de las primeras áreas que han abrazado los NFT*”, escribe con certeza Adrián ESPARLLAGAS, en *ABC Economía*, 21 de marzo de 2022.

4. Shanti ESCALANTE-DE MATTEI, *Top 10 Percent on NFT Traders Perform 85 Percent on All Transactions, New Research Reveals*, AA, 2 de diciembre de 2021.

5. “Subastarán por NFT miles de “trozos” de “El Beso” de Gustav Klimt”, *DWAkademie*, 27 de enero de 2022. Debe reconocerse la muy hábil estrategia de *marketing* con la que se lanzó el proyecto al público: *This NFT drop goes beyond taking a chance to own a fraction*



(fig. 2)

En términos jurídicos, la tecnología NFT viene a certificar el carácter primigenio de un elemento que se califica como original<sup>6</sup>. A ello se añade que el almacenaje digital de la obra *tokenizada* conlleva ocasionalmente un coste prohibitivo y, con ello, existe un cierto riesgo de que la obra se malogre en su integridad o incluso se pierda. No parece, pues, que los *smart contracts* tengan la capacidad, al menos de momento, de desplazar la eficacia del sistema del *copyright*.

Se puede concebir un NFT como producto único y exclusivo *ab initio* (a partir de una imagen u objeto que se destruye o que se decide no comercializar) o bien para diferenciar a un concreto ejemplar dentro de una serie de archivos digitales absolutamente idénticos, que podrían multiplicarse hasta el infinito.

En el primer caso el NFT se utiliza como un medio creativo más –como pueda serlo la pintura al óleo o la fotografía–, para generar un ejemplar singular; así pues, una obra original por derecho propio. Como ocurre con la reciente intervención digital por la artista Gala MIRISSA de la imagen de la portada de la revista *ELLE* correspondiente al mes de febrero de 2022 (fig. 3),

---

*of the digitalized image of The Kiss. It is about creating a personal connection to the masterpiece. Becoming part of a community that will be written in the pages of the history of art and viewed as a pioneer in the metaverse (vid. [www.thekiss.art](http://www.thekiss.art)).*

6. Atiéndase a la no menos rigurosa (pero coincidente) comprensión extrajurídica: *cfr.* F. PALAZUELOS, “Si la fotografía resucitó la pintura, ¿podrán los NFT resucitar el arte digital?”, *Hipertextual*, 21 de abril de 2021: “Ni tan siquiera la obra pasa a pertenecerte. Estás comprando un certificado que autentica la obra y la hace única”.



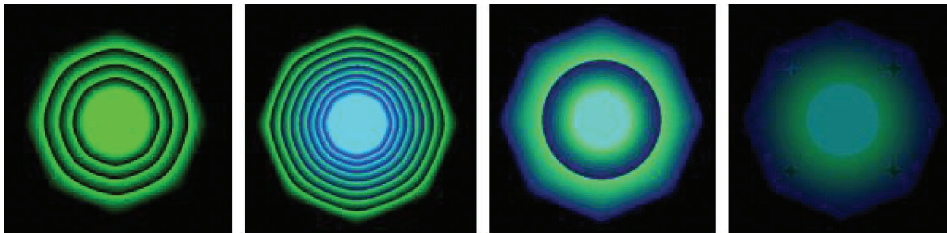
la cual se subastó con fines benéficos el 23 del mismo mes, en paralelo a la celebración de la Feria ARCO, alcanzando un precio de 4 ethereums (o su equivalente en euros 10.267 €).



(fig. 3) Portada de la revista *ELLE* del mes de febrero de 2022

Otros ejemplos de obras ejemplares únicas son:

*Quantum*, por Kevin McKoy, primer *token* no fungible de la historia, consistente en una figura geométrica octogonal y animada que cambia de color y forma (figs. 4). 1.472.000 \$. Sotheby's.

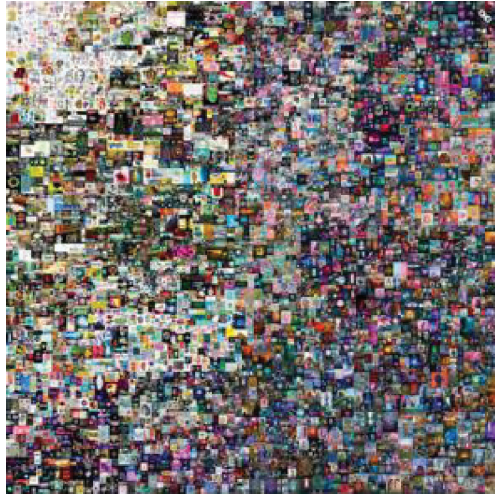


(figs. 4) Kevin McKoy, *Quantum*, 2014 (extracto)

*Everydays: The first 5000 Days*, por BEEPLE, alias del artista Mike WINKELMAN (fig. 5). 69.346.250 \$. Christie's<sup>7</sup>; *macrocollage* digital producido a partir de cinco mil fotografías que el artista tomó durante trece años.

7. El precio inicial de puja por esta obra era de 88 \$. Seis horas antes de cerrarse la subasta en febrero de 2021, su precio había alcanzado 13.2 millones de dólares. La auténtica fiebre se desató quince minutos previos al remate, hasta la cifra mencionada, momento que fue seguido por cerca de 22 millones de usuarios.





(fig. 5) WINKLEMAN, M., *Everydays: the first 5000 Days*

*Bored Ape Yatch Club*. Lote de 101 imágenes de simios supuestamente aburridos, generadas por ordenador (fig. 6). 21.000.000 €. Sotheby's<sup>8</sup>.



(fig. 6) *Bored Ape Yatch Club* (extracto)

A los ojos convencionales y menos avezados de quienes sienten una cierta aversión hacia el proceder de los operadores activos en este mercado digital,

8. Ya no sólo es que cada imagen de la serie es distinta, sino que su posesión habilita como membresía del referido club fundado por Gargamel, Gordon Goner, Emperor Tomato Ketchup y No Sass, para entre otras acceder a ventajas exclusivas como la entrada en el espacio *bathroom*, donde cada quince minutos se puede pintar un píxel. La gracia de esta *stravaganza* millonaria es que uno puede codearse con estrellas del pop, deportistas de élite o estrellas de Hollywood. Pura bagatela.

todavía sorprende más el éxito que alcanzan obras que se distinguen de las innumerables gemelas que circulan libremente en el mercado por la simple inserción de un NFT, que las convierte así en un *primus inter pares*, codiciable cual *huevo Fabergé*.

A diferencia de lo que ocurre con el arte tradicional, el coleccionista digital despliega una pauta de conducta menos ávida en tratar de acaparar para sí el ejemplar irrepetible y disfrutarlo en solitario. No parece importarle tanto no ser el único en gozar del bien..., aunque sí debería preocuparle que, por el momento, el mercado del *criptoarte* no resulta precisamente sostenible. Sin ir más lejos, en marzo de 2021, la cantante y artista conocida como GRIMES (Claire BOUCHER) subastó una colección de piezas de vídeos encriptados que creó junto a su hermano y por la que obtuvo 6 millones de dólares. Se ha calculado que toda la transacción costó el equivalente al consumo medio de electricidad que un usuario americano haría durante 33 años, y provocó una emisión de 70 toneladas de CO<sup>2</sup> a la atmósfera<sup>9</sup>. Habrá que esperar al desarrollo de un *green blockchain*...

El adquirente de una obra así encriptada accede, como se adelantó, a un bien presumiblemente inalterable del que puede conocer su procedencia y su historial de mercado. No ha de preocuparse de la obtención de certificados de autenticidad, ni contratar transportes especiales para su traslado, concertar seguros<sup>10</sup>, como tampoco necesita dedicar un espacio acondicionado para preservar la integridad y salud de la obra. Puede, por lo demás, disfrutarla con flexibilidad en distintos soportes<sup>11</sup>.

Contemplado ahora desde la perspectiva propia de los artistas, y en palabras de la precitada Gala MIRISSA: “*lo más disruptivo de los NFT es la descentralización: tú gestionas la venta de tu obra, sin intermediarios*”<sup>12</sup>. O por lo menos, vale decir, que de recurrir a intermediarios digitales, las comisiones que estos obtienen son notablemente inferiores a las que suelen percibir los marchantes o galerías convencionales. Sobre lo anterior, y debido a la trazabilidad de la

9. A. HERN, “Grimes sells digital art collection for \$6M”, *The Guardian*, 2 de marzo de 2021.
10. Otra de las ventajas del NFT es que no es *hackeable*. El único caso de robo lo fue a través de la estrategia de estafa conocida como *phishing*, sufrido por el galerista Todd KRAMER (ROSS+KRAMER), a quien le birlaron quince piezas de la serie *Bored Ape Yatch Club* y 7 de la *Mutant Ape Yatch Club*. Finalmente y con la ayuda de varios compradores y de los operadores de la plataforma digital OpenSea, logró recuperar varios ejemplares. Vid. S.C., “Roban una colección de NFT del propietario de una galería de arte por valor de 2,2 millones de dólares”, *ABC Cultura*, 17 de enero de 2022.
11. Vid. J. DÍAZ-GUARDIOLA, “Retrato ‘virtual’ del coleccionista de NFTs”, *ABC Cultura*, 22 de enero de 2022, donde distingue entre los grandes inversores (o ballenas, del inglés *whales*), los propios artistas, o los más pequeños y jóvenes adquirentes.
12. Reportaje publicado en la revista *ELLE* número 425 de febrero de 2022, pp. 62-63.

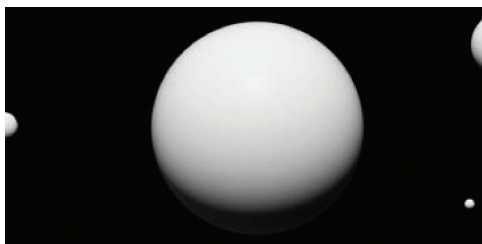
obra *tokenizada*, los artistas cobran –salvo notorias excepciones– un porcentaje en las ventas que se producen en el mercado secundario, algo que ocasionalmente puede no acontecer en el mercado tradicional.

En la actualidad, numerosos artistas están ensayando esta nueva técnica de distribución: nombres como Takashi MURAKAMI, Urs FISCHER, o entre nosotros el madrileño Edgar PLANS y el granadino JAVIER ARRÉS. Su consolidación a futuro como nicho de mercado constituye a día de hoy una incógnita envuelta en una bruma de escepticismo y especulación. Serán los artistas quienes contribuirán en buena medida a desvelar la incertidumbre. El siempre brillante –y tan hábil en lo crematístico– Damien HIRST acudió en julio de 2021 al NFT proponiendo a los compradores un juego bajo el título *La Moneda* (*The Currency*): el artista británico convirtió diez mil de sus *puntos de colores* (*spot paintings*) en archivos de formato *jpg* pagaderos a razón de mil quinientos euros la unidad (*vid. fig. 7*). Buen conocedor de los movimientos en el mercado secundario, les ofrecía, a cambio de que no revendieran la obra digital en un año, cambiarles para entonces los NFT por la obra física original. A los que resistieron hasta el mes de septiembre, pese a la fiebre del oro desatada –en agosto se alcanzaban los cien mil euros por uno de los archivos–, les regaló un segundo NFT. Habrá que esperar a julio del iniciado 2022, pero cabe predecir que quien se mantenga custodiando el NFT hasta entonces tendrá, desde luego, un plan de pensiones asegurado.

Otra interesante iniciativa es la del reconocido artista digital PAK, con su proyecto *Merge* (o *Funde, imp. del verbo fundir*): entre el 2 y 4 de diciembre de 2021, vendió un total de 250.000 esferas de masa bautizadas como *mass units* por un total de 91,8 millones de dólares. Pero lo interesante no es tanto en sí la cifra lograda, sino el uso peculiar de la tecnología *blockchain* para crear una pieza de arte conceptual masiva. Tras venderse las unidades a través de la plataforma Nifty Gateway, se “*mintearon*” como NFT que fusionaron cada uno de los conjuntos adquiridos, de modo que el comprador de 100 unidades tendría una pieza de menor tamaño que aquél que consiguió, por poner un ejemplo, 10.000 (*fig. 8*).



(fig. 7) Damien HIRST ante uno de sus “*spot paintings*”

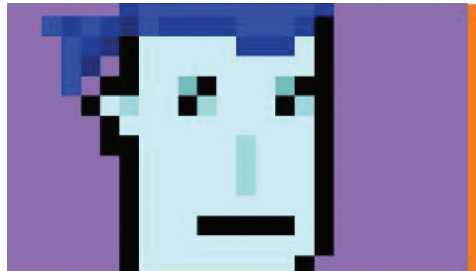


(fig. 8) PAK, *Merge*

En todo caso, provoca vértigo el volumen de ventas que ciertas obras acumulan en el mercado secundario. Así ocurre con los *CryptoPunk*, creados en 2017 por LARVALABS –estudio de artistas dirigido por Matt HALL y John WATKINSON– como serie de diez mil NFT (en realidad, PFP o *profile pictures*), compuestos por retratos de humanos, *zombies* y alienígenas de color azul ataviados de forma extravagante (véase un extracto en fig. 9). Todavía en circulación, la obra lleva generados 2570 millones de dólares; el precio más alto hasta la fecha lo ha obtenido el ejemplar que subastó Christie’s –el *CryptoPunk#5822* (fig. 10)– por 80.000 ethereums (al cambio, 23 millones de dólares), el cual fue adquirido por Deepak THAPLIYAL, presidente de la compañía de *blockchain* llamada Chain. Llamativa también la venta en junio de 2021 del #7523 *Covid Alien* por 11,8 millones de euros.



(fig. 9) 104 *CryptoPunks* (extracto)



(fig. 10) *CryptoPunk#5822*

Ligado a este fenómeno transcurre a su vez el imparable desarrollo del *metaverso*: mundo virtual inmersivo donde nuestros *alter ego* en forma de avatar sienten y padecen, compran propiedades y las decoran, viajan, se visten de colecciones *tokenizadas* de lujo con *zaras*, *nikes*<sup>13</sup>, *guccis*, *h&ms*, *ralph laurens* o *cape de coeurs* para pasear bajo una lluvia que literalmente no moja<sup>14</sup>. Viven, en definitiva, y en muchos casos a lo grande: algunos son los felices poseedores de cinco imágenes NFT del *Lamborghini Ultimae* lanzado a las estrellas (fig. 11)<sup>15</sup>, o de yates como el *Metaflower* para surcar aguas virtuales con todo lujo de comodidades (fig. 12)<sup>16</sup>.

13. En febrero del año en curso, Nike ha presentado una demanda por violación de marca contra la empresa StockX, un empresario que supuestamente revende *online* zapatillas de aquella certificadas con NFT pero sin gozar de licencia. Vid. B. BRITAIN, “Nike cries foul over virtual shoes, suing retailers that sell(s) sneaker NFTs”, noticia accesible a través del sitio web [www.reuters.com](http://www.reuters.com), 4 de febrero de 2022.
14. Véase la creación de la artista ISABELITA VIRTUAL en su web [www.isabelitavirtual.com](http://www.isabelitavirtual.com).
15. Serie de fotografías creadas por el artista Fabian OEFNER: vid. *ABC Motor*, 28 de enero de 2022.
16. Vendido por la empresa Republic Realm por 650.000 \$: vid. *ABC Cultura*, 1 de enero de 2022.



(fig. 11)



(fig. 12)

Todo parece indicar que, en un futuro cercano, parte de nuestro tiempo transcurrirá en la atmósfera virtual, ya sea para vivir en un mundo paralelo donde accederemos a experiencias insólitas y de imposible disfrute en la realidad (física) por su elevado coste o excentricidad, o bien para relacionarnos con terceros en el ámbito profesional o personal: ya celebramos reuniones o impartimos docencia en aulas virtuales, visitamos inmuebles o galerías y exposiciones de arte u ofertamos bienes o servicios. Como botón de muestra de su utilidad como estrategia de *marketing*, valga señalar que el artista argentino Andrés REISINGER –muy reconocido en el ámbito del arte digital– creó su célebre sillón *Hortensia* (fig. 13) en el *metaverso*, antes de venderlo físicamente.

(fig. 13) Andrés REISINGER, Silla *Hortensia*

El *metaverso* es un entorno en el que la bautizada como generación Z o *pos-milénials* –los nacidos aproximadamente entre mediados de los años 90 y la primera década del siglo XXI– se mueven cómodamente, mientras que los más viejos del lugar nos sentimos cual disléxico *pez en el árbol*. La pasión de los Z por lo digital ha desatado en el último año la euforia hacia la producción y compraventa de *criptoarte*. Ahora bien, el hecho de que una obra se *pixele* o *tokenice* no le otorga valor, pues... no la viste de seda. Falta aún tiempo y recorrido en

la fijación de pautas para definir lo que merece ser calificado como arte digital. Nos irán guiando museos como el Hermitage con fuertes inversiones en *criptoarte*, Ferias como Art Basel con habilitación de espacios virtuales, el recién inaugurado museo –en enero de 2022– dedicado al NFT en Seattle o bellísimas iniciativas como la del multidisciplinar y luminoso colectivo de artistas TEAM LAB nacido en Japón<sup>17</sup>.

La prudencia nos mueve a mantener un ojo vigilante hacia la compleja estructura financiera piramidal tras el *boom* de las inversiones en *criptoarte* y otro más espiritual, cándido, optimista o hasta romántico que atiende a la creación de una comunidad de usuarios (de *networking*) fomentada por artistas consolidados o emergentes que son apoyados por plataformas específicas como MintFunds.

No parece previsible, con todo, que la obra digital destrone a la convencional. El arte debe verse, sentirse y experimentarse, nos señala Beatriz ORDOVÁS, directora de arte de posguerra y contemporáneo de la casa Christie's en España<sup>18</sup>, diagnosticando que el frenesí por los NFT se terminará estabilizando<sup>19</sup>. Y aunque acabe por ser una burbuja, no es menos cierto que se ha generado un espacio para la experimentación, fenómeno que ya de por sí habrá merecido la pena<sup>20</sup>.

*¡Pero si no lleva nada! –exclamó de pronto un niño (...) ¡Pero si no lleva nada! –gritó al fin, el pueblo entero. Aquello inquietó al Emperador, pues barruntaba que el pueblo tenía razón; mas pensó: “Hay que aguantar hasta el fin”. Y siguió más altivo que antes; y los ayudas de cámara continuaron sosteniendo la inexistente cola. FIN.*

El equilibrio está por llegar.

17. [www.teamlab.art](http://www.teamlab.art).

18. Entrevista publicada en *Expansión*, 23 de enero de 2021.

19. Entrevista publicada en *ABC Cultura*, 20 de marzo de 2021.

20. Vid. C. VILLALONGA, “El ‘sorpaso’ de los NFT”, que recoge la opinión de Diane DRUBAY, reportaje aparecido en *La Vanguardia* el 23 de enero de 2022.





# Nike y las zapatillas del diablo

## *¿Hay límites legales a la creación artística?*<sup>1</sup>

JUAN JAVIER NEGRI

*Abogado. Negri & Pueyrredón Abogados*

Hace ya muchos años tuvimos ocasión de escribir acerca de la agresiva política que, justificadamente, llevó adelante Nike, Inc. en la Argentina en defensa de sus marcas registradas<sup>2</sup>.

Ahora terció Satanás (o, mejor dicho, “el diablo metió la cola”).

MSCHF (que se pronuncia “mischief”, que en inglés quiere decir “travesura”), es un grupo de artistas con sede en Brooklyn, Nueva York, que producen “obras de arte” tales como fotografías, pinturas y otros objetos. Todas desafían lo convencional: en 2020 produjeron unos collares para perros que, cada vez que el usuario ladraba, propalaban obscenidades. El año anterior, un pollo de goma que, en su interior, ocultaba una pipa para fumar drogas ilícitas.

La primera “obra de arte” (¿o travesura?) del grupo consistió en una única computadora cargada con una serie de seis programas (*malware*) que, en años anteriores, habían causado miles de millones de dólares en pérdidas a la industria. Y la última, hace muy poco, consistió en modificar 666 zapatillas Nike Air Max 97, de color rojo furioso y en cuyas cámaras de aire se había inyectado pintura roja con gotas de sangre humana. Las simpáticas “obras de arte” (a las que

1. La presente nota apareció originariamente en el boletín *Dos Minutos de Doctrina* correspondiente al día 16 de abril de 2021. El boletín *Dos Minutos de Doctrina* es publicado en línea por el Estudio Negri & Pueyrredón Abogados (<https://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. Véase “La batalla entre Nike y DeRemate.com”, *Dos Minutos de Doctrina*, XII:575, 4 septiembre 2015.



además se añadieron algunos bordados adicionales de color rojo y una hebilla con un dibujo algo diabólico) fueron llamadas “Satan shoes” (“Zapatillas de Satanás”) y vendidas con ese nombre. A nadie escapa que el número 666 es, en términos bíblicos, “el número de la Bestia”<sup>3</sup>.

El 29 de marzo último Nike, Inc. (fabricante de las Air Max 97 y principal productor de calzado deportivo en el mundo) demandó a los traviesos miembros de MSCHF<sup>4</sup>. La demanda (de 24 páginas) se basó en varias infracciones a la Ley de Marcas de los Estados Unidos, la falsa declaración de origen de las zapatillas en cuestión y competencia desleal. Además de la cuestión de fondo, Nike pidió que se dictara una medida cautelar que prohibiera a MSCHF aceptar órdenes de compra de las satánicas zapatillas y usar la palabra “Nike” y el logo asociado con ésta.

En su demanda, Nike dijo que los 666 pares de Zapatillas de Satanás producidos por MSCHF violaban la Ley de Marcas y ello afectaba la relación de la compañía con sus consumidores y la confianza de éstos en sus productos: “Nike no ha aprobado ni aprueba ni autoriza la adaptación de sus productos llevada a cabo por MSCHF al producir las Zapatillas de Satanás”.

“Si bien MSCHF pudo haber adquirido zapatillas Nike auténticas, su adaptación ha resultado en un calzado que no es un producto genuino”. Aunque lleven el logo de Nike, las zapatillas “constituyen un producto diferente y no autorizado, lo que viola la Ley de Marcas al ser publicitadas y vendidas sin permiso de Nike. Las zapatillas Air Max 97 genuinas no contienen ninguno de los rasgos añadidos por MSCHF” y, sin embargo, “continúan exhibiendo el logo de Nike”.

Nike explicó que planteaba la demanda “para mantener el control sobre su marca, proteger su propiedad intelectual y aclarar la confusión en los mercados”, pues “la decisión acerca de qué productos llevan el logo de Nike es una decisión de la empresa y no de terceros como MSCHF”.

En otro de los puntos de su demanda, Nike dijo que “tener marcas distintivas fácilmente identificables es un factor importante en la creación de un mercado, para identificar a Nike y distinguir sus productos de los de terceros. [...] Nike mantiene un estricto control de calidad sobre los productos que llevan sus marcas. Antes de que salgan a la venta, son inspeccionados y aprobados por Nike. [...] La empresa controla cuántos de sus productos salen al mercado y cuándo. [...] Como consecuencia, la palabra ‘Nike’ y su logo se han convertido, en los últimos cincuenta años, en una de las más famosas, reconocibles y valiosas marcas en el mundo entero”.

3. Ap. 13:17.

4. In re “Nike, Inc., v. MSCHF Product Studio, Inc.” Tribunal Distrital Federal, Distrito Oriental de Nueva York, Caso No. 21-cv-1679.

Según Nike, “el 26 de marzo de 2021”, una cuenta de Twitter enfocada en zapatillas y cultura popular publicó un “tweet” anunciando las Zapatillas de Satanás de MSCHF. Con posterioridad, numerosos medios de prensa se refirieron al “contenido diabólico” de las zapatillas y al hecho de que MSCHF produciría sólo 666 pares numerados de ese modelo y que los pondría en venta el 29 de marzo. En su sitio web [www.satan.shoes-/product](http://www.satan.shoes-/product) se publicitó que “el cuerpo de las zapatillas era una Nike Air Max 97” y que la suela de cada una “con-tenía 60cc de tinta y una gota de sangre humana”.

Nike indicó que, de acuerdo con un sitio de noticias, “un representante de MSCHF informó que compró las zapatillas a Nike y luego sus artistas agregaron sus ‘modificaciones creativas’ antes de sacarlas a la venta”. Esas modificaciones incluyen “un bordado rojo que dice ‘Lucas10:18’. La Versión Internacional de la Biblia dice, en ese versículo, que ‘vi a Satanás caer como un rayo del cielo’. [...] Las lengüetas de las zapatillas incluyen una cruz invertida”, un símbolo asociado al satanismo. “A pesar de esas alteraciones, las zapatillas continúan ostentando el logo de Nike. [...] La empresa ha sufrido un enorme daño a su buen nombre, al ser asociada con el satanismo”.

“MSCHF intenta capitalizar el prestigio y reputación de Nike al usar sus marcas de manera susceptible de hacer que los clientes actuales y futuros de Nike crean que las Zapatillas de Satanás estén asociadas con Nike”.

Además de reclamar daños por un monto indeterminado, Nike pidió, como dijimos, que se dictara una medida de no innovar para que “MSCHF y sus afiliadas, funcionarios, agentes, empleados, apoderados y cualquier otra persona que actúe concertadamente con MSCHF, mientras la demanda se encuentre pendiente y luego permanentemente, se abstengan de fabricar, transportar, promocionar, publicitar, distribuir, ofrecer a la venta o vender las Zapatillas de Satanás o cualquier otro producto con la marca Nike o cualquier otra marca sustancialmente indistinguible de aquella, o cualquier otra marca, nombre, símbolo o logo susceptible de causar confusión o error o que lleve al público a la creencia errónea de que los productos que MSCHF ha introducido al mercado o sus actividades comerciales están patrocinados, licenciados o autorizados por Nike o están conectados o asociados de alguna manera con Nike o sus marcas registradas”.

También pidió Nike “que se prohíba a MSCHF llevar a cabo actos que impliquen hacer pasar las actividades o negocios de MSCHF por los de Nike o que desarrolle cualquier acto que, solo o en combinación con otros, constituya competencia desleal con Nike o que de alguna manera interfiera o perjudique las marcas de aquélla o el prestigio asociado con ellas”. Finalmente, pidió la destrucción de todo material publicitario vinculado con las Zapatillas de Satanás.

La reacción de MSCHF a la demanda de Nike fue rescatar todos los pares vendidos (menos uno) y presentar un escrito judicial en el que sostuvo que sus productos merecían protección bajo el derecho constitucional a la libertad de expresión, “pues constituían una sátira”.

El 1 de abril, el juez sostuvo que “si bien el derecho a la libertad de expresión artística reina supremo y MSCHF tendrá ocasión de plantear esa defensa oportunamente, si lo desea, MSCHF no aportó aun pruebas suficientes para asegurarse dicha protección”. El juez también entendió que Nike había de mostrado “la verosimilitud de su derecho” pues probó que “los actos de MSCHF eran susceptibles de confundir y están confundiendo a los consumidores acerca del origen, patrocinio o aprobación de los bienes de MSCHF y son pasibles de diluir y afectar las marcas de Nike”. En consecuencia, dictó la medida cautelar pedida por Nike y prohibió a MSCHF cumplir con los pedidos de venta de las Zapatillas de Satanás y usar el nombre y las marcas de Nike.

El 9 de abril se anunció que las partes habían llegado a un acuerdo<sup>5</sup>. Los respectivos comunicados de prensa de las partes reflejaron de alguna manera sus sentimientos: Nike dijo que “MSCHF había alterado sus productos sin permiso de Nike y que ésta nada tenía que ver con las controvertidas Zapatillas de Satanás”. La demandada explicó que el acuerdo era la mejor manera de dar vuelta la página y permitir a MSCHF “dedicar su tiempo a nuevos proyectos de expresión artística” y que el grupo “ya había logrado su objetivo de comentar lo absurdo de *la cultura de la colaboración* (¿?) desarrollada por algunas marcas”.

¿Qué pudo haber llevado a Nike a un arreglo? Que hubo casos anteriores en los que perdió cuando el demandado sostuvo que el uso de marcas ajenas constituía una parodia<sup>6</sup>.

Se desconocen los términos del acuerdo, pero de algún modo se filtró que MSCHF se obligó a retirar de circulación todos los productos vendidos y a devolver lo pagado por los compradores. (¿Nuestra opinión? Va a ser una tarea ardua, pues con toda la publicidad que recibió el caso, el valor de las Zapatillas de Satanás –ahora como objetos de colección– debe haber aumentado considerablemente).

El caso plantea numerosos interrogantes jurídicos. ¿Es legal vender productos auténticos, con sus marcas originales, que han sido modificados? Hay muchos consumidores en los Estados Unidos a los que les gustan estos productos “adaptados” (sobre todo si el “adaptador” es conocido o si se presenta ante el público como un débil David ante un poderoso Goliat), a pesar de la

5. <https://www.thefashionlaw.com/nike-msCHF-settle-2-week-old-lawsuit-over-allegedly-infringing-satan-shoes>.

6. In re “Nike, Inc. v. Just Did It Enterprises”, 6 F3d. 1225, (7° Circuito, 1993) en Lerner y Bresler, *Art Law*, II:951, Practising Law Institute, Nueva York, 2005.

molestia que eso causa a los titulares de las marcas respectivas. En muchos casos, ha resultado más efectivo no plantear demanda alguna antes que dar al infractor la publicidad adicional que significa un pleito tan sonoro como éstos.

Las cosas, además, pueden salir mal: cuando hace unos años H&M, en sus fotografías publicitarias, incluyó murales pintados por artistas callejeros a los que la ciudad de Nueva York consideraba vándalos y se negó a pagar los derechos de autor correspondientes, la opinión pública se puso en su contra y H&M terminó pidiendo disculpas a los autores de aquellos murales.

Louis Vuitton, Adidas y Levi's han pasado por trances semejantes a los de Nike y sufrieron daños en su reputación por oponerse al uso de sus marcas.

Muchas empresas se ven así forzadas a determinar si sus posibilidades de éxito justifican un pleito (con el costo que éste implica) y aun si un posible resultado exitoso no afectará la imagen pública de la marca.

El Filosofito (que nos lee en borrador y es, sin duda, un hombre culto) nos pregunta entonces cómo fue posible que Andy Warhol pintara tantas latas de sopa de tomates con la marca Campbell sin sufrir demanda judicial alguna.

La regla general es que, si se usa la marca para fines literarios o artísticos, el riesgo del afectado de que ese uso pueda producir confusión en el consumidor debe confrontarse con la libertad de expresión de quien la usa. Las pinturas de las latas Campbell fueron hechas a mano y, claramente, como obra de arte. No fueron usadas para promover un producto, por lo que no podía existir confusión alguna.

Obviamente, el límite es tenue y lábil y su determinación dependerá de cada caso. Claro que si el diablo mete la cola...



## PornHub y los museos del erotismo

### *Un sitio de Internet descubrió que los mayores museos del mundo albergan las mejores imágenes pornográficas de la historia<sup>1</sup>*

JUAN JAVIER NEGRI

*Abogado. Negri & Pueyrredón Abogados*

El aviso publicado hace poco más de un mes por PornHub (un sitio gratuito de contenidos para adultos accesible en Internet que recibe 130 millones de visitas diarias) resultaba muy atractivo: proponía algo así como una expedición erótica por las colecciones de pintura de los principales museos del mundo. Las redes sociales enseguida se hicieron eco del asunto. Más aún: inicialmente anunciaron la iniciativa como un esfuerzo conjunto de los museos para atraer visitantes intimidados por la pandemia<sup>2</sup>. Eso fue rápidamente desmentido.

El aviso de PornHub decía algo así como “Hay quienes piensan que los museos son aburridos, solemnes o tediosos. Pero ¿qué pasaría si te dijéramos que albergan una fabulosa colección de pornografía? ¡Bienvenido a *Clásicos Desnudos!* Una guía interactiva de Pornhub te mostrará algunas de las escenas más sexys de la historia, pertenecientes a los museos más famosos del mundo.

1. La presente nota apareció originariamente en el boletín *Dos Minutos de Doctrina* correspondiente al día 20 de agosto de 2021. El boletín *Dos Minutos de Doctrina* es publicado en línea por el Estudio Negri & Pueyrredón Abogados (<https://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. R. HEWITSON, “PornHub has just launched a museum guide for classical nudes”, *Timeout*, 19 de julio de 2021 (<https://www.timeout.com/news/pornhub-classical-nudes-museum-guide-071921>); “NSFW: PornHub creates ‘Classic Nudes’ tours of museum collections”, *The Art Newspaper*, 14 de julio de 2021, etc.

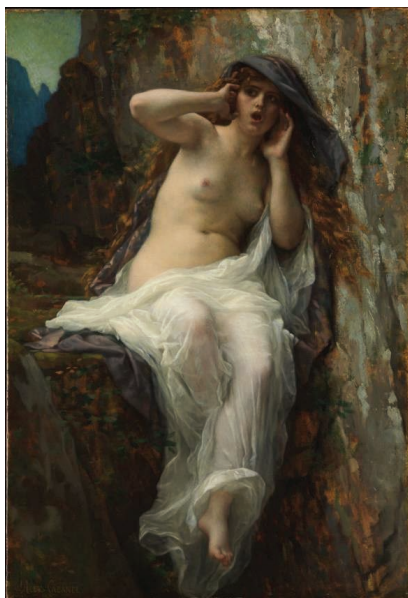
Únete a nosotros mientras recorremos las instituciones más respetables del arte occidental, pasando de largo ante las pinturas más puritanas para ir directamente a lo que vale la pena: la representación del cuerpo desnudo en toda su gloria artística. Porque quizás la pornografía no sea considerada arte, pero muchas obras de arte son, definitivamente, pornográficas”.

Las repetidas referencias al arte y a los grandes museos occidentales hacían referencia a otra colección de imágenes que exhibe Pornhub, pero dedicada a obras menos conocidas y conservadas en museos más pequeños. Las obras de *Clásicos Desnudos*, en cambio, provenían de las mayores colecciones públicas del mundo.

El programa permitía seleccionar un museo, seguir un mapa, localizar una obra de arte que interesara al visitante, escuchar una guía y leer sobre la obra en cuestión mientras se la contemplaba. También había videos a disposición de los visitantes donde actores profesionales “daban vida” a las escenas reproducidas en las pinturas.

Una de las “guías turísticas” que acompañaba a los visitantes era Iona Staller, más conocida como Cicciolina, famosa por ser la primera actriz de cine para adultos en el mundo en asumir un cargo electivo (fue diputada de la Cámara baja italiana en 1995). No sabemos cuánto sabe de arte (aunque entre 1991 y 1994 estuvo casada con el conocido escultor Jeff Koons, protagonista de varios sonados procesos judiciales por plagio) ni tampoco si era necesario saber algo de arte para desempeñar aquel papel.

Las obras que podían ser “visitadas” por los adictos a la pornografía y con inclinaciones culturales eran treinta e incluían *El origen del mundo*, de Gustave Courbet; *Odalisca*, de François Boucher; *Desnudo masculino*, de Edgar Degas y, entre varias más, la obra de Cabanel que ilustra este boletín. Además de imágenes fijas, había videos inspirados en pinturas famosas, como *La alegoría de la primavera*, de Botticelli.



*Echo* (Alexandre Cabanel, 1874) Metropolitan Museum of Art, Nueva York

Varios de los museos involucrados reaccionaron negativamente. Otros no le dieron demasiada importancia al asunto.

¿Por qué esa diferencia?

Las razones son principalmente jurídicas. Pero para explicarlas es necesaria una pequeña introducción.

Las imágenes contenidas en las obras de arte pertenecen al artista, *aun cuando éste se desprenda de la obra*. Esa propiedad (“intelectual”) es exclusiva, *pero, a diferencia de otros derechos de propiedad (como los que recaen sobre inmuebles) es limitada en el tiempo*.

La longitud de ese plazo está dada por la ley de cada país. Como regla general, los derechos de propiedad intelectual sobre pinturas y textos rigen durante la vida del artista o escritor y por setenta años a partir de su muerte. (En la Argentina, sobre fotografías o sobre la correspondencia, por ejemplo, los plazos son menores).

Luego de vencido ese plazo, las obras caen dentro de lo que se llama el dominio público, que permite su libre utilización y reproducción.

La Argentina, curiosamente (y es uno de los poquísimos países con un régimen semejante), tiene una disposición por la cual las obras caen, sí, en el dominio público, por lo que no se requiere permiso para su uso o reproducción,



*pero se debe pagar un canon por ese uso o reproducción*, que se destina al Fondo Nacional de las Artes, una entidad pública que funciona como un banco para artistas.

Volviendo a la cuestión planteada por el uso de imágenes por parte de Pornhub, cabe preguntarse por qué muchos museos reaccionaron negativamente. La Galleria degli Uffizi de Florencia, el Museo del Prado de Madrid y el Musée du Louvre, de París, por ejemplo, hicieron conocer sus protestas.

La Galleria degli Uffizi sostuvo que “el uso hecho por Pornhub de las pinturas de su colección era absolutamente ilegal y efectuado sin permiso” y exigió que las imágenes fueran inmediatamente eliminadas del sitio. La intimación del museo italiano estuvo acompañada por una orden judicial, ordenando a Pornhub a “cesar y desistir” de la exhibición de las obras.

Pornhub pertenece a MindGeek S.A.R.L., una sociedad de responsabilidad limitada con sede en Luxemburgo. El hecho de que la sede de la sociedad estuviera en Europa hizo las cosas más sencillas para quienes amenazaron con acciones legales.

Pornhub cumplió y retiró las obras de esos tres museos<sup>3</sup>.

Las del Metropolitan Museum of Art de Nueva York y las de la National Gallery de Londres, sin embargo, continuaron en exhibición. Pero, claro, las reacciones de estas dos instituciones habían sido diferentes: la primera dijo que “permite acceso público a cientos de miles de imágenes de obras de su colección y, por lo general, no intenta regular el uso ilimitado de las mismas”. El museo inglés (con flema británica) dijo que “no tomaría acción alguna que directa o indirectamente atrajera la atención pública” sobre el proyecto de Pornhub<sup>4</sup>.

Pero si la mayoría de las obras reproducidas en los “tours” virtuales conducidos por la Ciciolina fueron pintadas por artistas muertos muchos años atrás, ¿acaso no estaban en el dominio público? ¿Qué argumentos legales podían esgrimir los museos para oponerse a su exhibición?

Las respuestas son diferentes según el país donde se encuentren las obras. En Italia, por ejemplo, el Código de Bienes Culturales<sup>5</sup> considera que, si bien el uso de las imágenes de las obras de arte *pertenecientes al Estado* es libre,

3. H. STOILAS, “Pornhub removes videos and online tours based on works in Louvre, Uffizi and Prado collections”, *The Art Newspaper*, 13 agosto 2021; “Un sitio porno retira obras de arte”, *La Nación*, 18 agosto 2021, p. 25.

4. El debate acerca del uso libre de las imágenes de obras conservadas en museos públicos ingleses lleva años. Ver KORN y WIENAND, “Public Access to Art”, en *Dear Images: Art, Copyright and Culture* (comp. McClean y Schubert), Riding Hosue/ICA, 2002.

5. Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio, decreto legislativo, texto ordenado 2/01/2004 n.º 42, *Gazzetta Ufficiale*, 24 febrero 2004.

sólo puede hacerse con fines científicos, educativos e informativos. Su uso comercial está sujeto al pago de derechos. (Francia tiene una norma similar, aunque no idéntica<sup>6</sup>). La Argentina no tiene una disposición semejante. En realidad tampoco tiene codificada (y mucho menos actualizada) su legislación sobre bienes culturales.

Las autoridades del Museo del Prado tuvieron una reacción diferente<sup>7</sup>: para ellas, “Porn Hub no hizo un uso comercial de las obras del Prado. No es como si hubieran tomado la imagen de *La Maja Desnuda* de Goya, la hubieran convertido en camisetas y las hubieran vendido. Eso sería denunciable, pero lo que ha hecho este sitio va más allá. Su beneficio es un plus de notoriedad o blanqueamiento que es muy difícil trasladar a la normativa legal de algún país”.

En otros casos, la oposición de los museos pudo haber tenido fundamentos distintos. En efecto, para asegurar la calidad de las reproducciones utilizadas en su sitio web es casi seguro que Pornhub debió utilizar fotografías de muy alta resolución.

Y esas fotografías (que están lejos de ser las que toman los turistas cuando recorren un museo) no son de acceso público: si han sido obtenidas por fotógrafos profesionales, su uso requeriría pagar a éstos los derechos intelectuales correspondientes, porque ellos, a su vez, tienen derechos intelectuales sobre sus obras.

Aunque la cuestión no deja de ser discutible: ¿cuánta “creatividad” u “originalidad” hay en esa tarea técnica como para que merezca protección? La cuestión ha suscitado muchos debates, pero por lo general los jueces han optado por proteger esa labor profesional.

En otros casos son los propios museos quienes contratan a fotógrafos profesionales a los que no sólo pagan por su trabajo, sino también les adquieren los derechos necesarios para poder reproducir las fotografías ilimitadamente en el futuro. Esas imágenes (y los derechos intelectuales sobre ellas), sin duda alguna, son propiedad del museo.

Pero lo reseñado hasta aquí no es más que la punta del iceberg.

Efectivamente, salvo que exista una solución “a la italiana” (esto es, una ley que otorgue al Estado la propiedad sobre las imágenes de las obras conservadas en los museos públicos), la cuestión es compleja y las dudas que señalan los funcionarios del Prado son fundadas.

6. Ley 2016-925, 7 julio 2016, que modificó el Código del Patrimonio para someter el uso comercial de la imagen de inmuebles del patrimonio nacional a autorización administrativa previa.

7. “Polémica cultural”, *LaSexta.com*, 19 de julio de 2021.

En Alemania, por ejemplo, el Tribunal Federal de Justicia aún no ha zanjado la disputa entre dos cámaras inferiores acerca de si las imágenes de obras en el dominio público exhibidas en los museos estatales pueden ser reproducidas libremente y para uso comercial por los visitantes que las toman<sup>8</sup>.

Como en Alemania, los museos estatales y su contenido son, en la Argentina, bienes del dominio público. Es dudoso, entonces, que un museo argentino pueda exigir a un particular (PornHub, en la hipótesis) que pague un canon *para tomar sus propias fotografías de las obras en el dominio público y posteriormente poder exhibirlas*. Sobre todo en un país donde el acceso a los museos públicos es (inexplicablemente) gratuito.

Los convenios internacionales en materia de propiedad intelectual permiten la creación de excepciones y privilegios a favor de bibliotecas y museos públicos y delegan en los Estados particulares la sanción de las normas respectivas. *La Argentina no lo ha hecho*.

El Filosofito, que nos lee en borrador, nos pregunta, con cierta desazón: “Pero entonces, ¿nuestra legislación cultural atrasa?”.

En cambio, sobre lo que no tiene duda alguna es acerca del valor de su suscripción a PornHub. “Ese sitio me ha resultado profundamente educativo”, acota.

Sólo cabe esperar que lo haya sido por razones puramente artísticas.

---

8. El fallo alemán (I ZR 104-17) puede encontrarse en <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&anz=527&pos=15 &nr=86179&linked=pm&Blank=1>.

## Se venden canciones al mejor postor

*What do you do? Leave it to your kids? They don't value music. Or do you take the £200 million and buy the superyacht and the Learjet and go, F\*\*\*ing have it, come on! I think the latter. I'm getting a superyatch, I'm gonna call it 'Mega Mega White Thing'. I'm gonna spend a year at sea. People can come and visit. I'll be flying out my hairdresser, Neil, and paying £40.000 for a haircut. I'll have a chef<sup>1</sup>.*

PAZ SOLER MASOTA

*Profesora Titular de Derecho Mercantil en la Universidad Pompeu Fabra  
Doctora en Bellas Artes por la Universidad de Barcelona*

Dedicado a mis excelentes amigas María Serrat, directora del Conservatorio del Liceu y Montserrat Aragonés, paciente maestra de piano. Y a mis ahijados músicos Jaime Esteban Pascual y María Sánchez Coma, él flautista mágico y ella, sí, pianista en potencia.

Entre los episodios contados por Lewis Carroll sobre las aventuras de *Alicia en el País de las Maravillas* y *A través del Espejo*, tal vez mi frase favorita sea la pronunciada por la implacable pero intuitiva Reina de Corazones como consejo a aquella pobre inocente y alucinada niña ante un surrealista y variante tablero de juego: “*el paisaje siempre está en movimiento*” (*landscape is always moving*). Este mantra aparentemente inocuo es referencia sagrada para muchos asesores financieros.

A través de la prensa ordinaria o más especializada, en los últimos dos años hemos ido conociendo transacciones millonarias acerca de la venta de los derechos musicales de artistas consagrados. Antes de entrar en cifras y apreciaciones jurídicas o de otra índole, parece conveniente dibujar un par de trazos preliminares para situarnos en contexto:

---

1. Noel GALLAGHER en una de sus sesudas reflexiones ante el *oasis* por la venta de sus derechos de autor.

Para comenzar, la estructura del mercado musical diverge de la propia de cualquier otra creación artística. Volveremos sobre este punto, pero es claro que las facultades de seguimiento de la obra musical poco (o nada) tienen que ver con las que asisten a otro tipo de producciones, como ocurre en el caso de las obras plásticas.

En segundo lugar, si un gran elenco de autores es noticia actual por la venta millonaria de su repertorio se debe, probablemente, a un crisol de razones que conjugan lo estrictamente personal con una peculiar situación de política económica que está determinando esta tromba de operaciones.

Y sobre lo anterior, estamos hablando de movimientos que se producen en el entorno estadounidense, circunstancia que debe advertirse como sustrato de las consideraciones que siguen.

Ahora sí, los datos. Pero cójanlos con pinzas por cuanto su adveración es compleja, al proceder de noticias aparecidas en prensa: hace nada Bruce Springsteen –*the ultimate Boss*– (fig. 1) ha vendido su catálogo (pretérito) por al menos 500 millones de dólares, la cifra más alta hasta la fecha<sup>2</sup>, precedida de otros *hit parade* –la lista de éxitos es larga– entre los que destacamos ahora los casi 400 –hablamos siempre en millones de dólares, claro– percibidos por Bob Dylan, los 250 por Paul Simon, los 140 de Red Hot Chili Peppers o los 100 de David Guetta. Y ahí están otros grandes como Neil Young, Steve Nicks, Imagine Dragons, Lindsey Buckingham, Calvin Harris, Shakira, Madonna, Aerosmith, Fleetwood Mac, Dire Straits, Blondie, The Pretenders...



(fig. 1)

2. B. SISARIO, "Bruce Springsteen Sells Music Catalog in Massive Deal", *NYTimes*, 15 de diciembre de 2021; B. BEAUMONT-THOMAS, "Bruce Springsteen sells song catalogue to Sony for \$500 million dollars", *The Guardian*, 16 de diciembre de 2021; o C. MARCO, "Bruce Springsteen vende los derechos de todas sus canciones a Sony Music", *El País Cultura*, 16 de diciembre de 2021.

No es infrecuente que los artistas vendan (después ya precisaremos el empleo del término correcto) el total o una parte de su repertorio. Recordemos la compra millonaria que Michael Jackson realizó en 1985 de ciertos derechos sobre canciones compuestas por John Lennon y Paul McCartney, cartera que fue engrosando con los propios procedentes de otros autores como Sting, Dylan, Alicia Keys, Eminem o Taylor Swift y que sus hijos vendieron en 2016 por 750.000.000 \$.

El drástico cambio de escenario al que asistimos y que motiva esta reseña depende de una combinación de factores que trataremos de apuntar en las líneas que siguen. Los artistas de los que hablamos, comprometidos con su alma musical pero generalmente seducidos por una vida opulenta y al tiempo preocupados –menos Gallaguer, es un suponer– por el futuro de sus vástagos, son ahora el público *vip* que accede, en primerísima fila y cabe conjeturar que deleitado aunque algo confuso, a un concierto en el que turgentes fuentes de capital bailan al son de melodiosas sintonías mientras esgrimen billetes seductoramente pero con alarma incluida: *it's now or never, come hold me tight, kiss me my darling, be mine tonight, tomorrow will be too late, it's now or never, my love won't wait*. Algo inaudito en la industria, al menos, hasta que en 2018 algunos inversores comenzaron a observar en las canciones de ciertos artistas un valor estable, en alza o al menos no volátil, y desde luego recuperable. Grupos de capital privado como Primary Wave, Vine Alternative Investments o, sobre todo, el muy protagonista fondo especializado Hipgnosis Songs Fund –que cotiza en la Bolsa de Londres– comenzaron picoteando con cautela en el mercado y fueron incrementando progresivamente su expansión, lo que ha provocado que sellos discográficos de toda la vida como Warner, BMG, Concorde Music, Sony o Universal se hayan visto abocados a una puja en gran medida desbocada, atravesando un inesperado *punto sobre aguas turbulentas*.

La alteración constante de las reglas de juego o su inexistencia se asemeja notablemente a la escena en la que la pobre *Alicia* asiste atónita y desbordada por las circunstancias, hasta que comprende que éstas le obligan a una adaptación incesante e imprescindible (*fig. 2*). Incluido el hecho de que, según se ha filtrado, podría ser que el presidente Biden estuviera decidiendo una reforma fiscal que en nada beneficiaría la venta en globo de la obra de estos artistas.



(fig. 1) Dibujo atribuible al ilustrador John Tenniel

El cambio de parámetros se ha acentuado, además, por el impacto que la pandemia ha tenido en la economía de muchos de estos cantantes, cuyo nivel de ingresos no sólo depende de las regalías –si es que conservan los derechos de explotación sobre sus canciones– sino en gran parte de lo que obtienen por sus actuaciones en directo. El COVID ha impuesto en sus bolsillos el *sonido del silencio*. Y ello, unido a la edad dorada que ya han alcanzado algunos de ellos, les ha llevado a estimar positivamente una transacción en la que cobran un tanto alzado sobre un paquete variable de activos<sup>3</sup>, suma que pueden rentabilizar invirtiéndola a su vez. Eluden así la incertidumbre del valor decreciente o nulo por desfasado que sus canciones puedan tener en el futuro, sobre todo en un entorno en el que un volumen ascendente de usuarios acuden a la audición sin descarga (*streaming*), evitando a sus herederos el trance del deterioro de su repertorio o las dificultades de tener que gestionarlo. En definitiva, y como decía una tía mía que fue mi venerado oráculo, cuando se permitía un lujo –todo hay que decir, modesto, como estarse horas al teléfono cuando no existían las tarifas planas–, lo disfrutaba “a cuenta de los herederos”. Y ello, porque a diferencia de lo que acontece con otras obras artísticas, las composiciones musicales no se benefician del conocido como *droit de suite*, seguimiento o participación del autor o tenedor de los derechos de explotación en las

3. Que, según los datos disponibles, suele calcularse como un múltiplo por  $-n$  de los ingresos predecibles en los siguientes 5 años (y que varía en función de la fama del artista o el alcance de los derechos ostentados).



transacciones futuras que se desarrollen en un mercado secundario. Ello explica la antipatía de los artistas hacia el fenómeno del *streaming*, que las empresas que invierten en catálogos observan como una fuente más de ingresos, mayormente a través de la publicidad obtenible de terceros, por encima de lo que reportarían listas de suscripción *premium*.

Llama la atención, por lo menos desde la perspectiva de un jurista europeo, que algunos de estos acuerdos se hayan anunciado como la cesión no sólo del catálogo pretérito sino de la producción que, a futuro, pueda realizar el artista, ya sea en forma de canciones nuevas, o de su participación en documentales biográficos (los denominados *biopics*), *merchandising* o de otro tipo de colaboraciones audiovisuales. Se atisba que declaraciones como las de Joe Perry, guitarrista de Aerosmith, fueron realizadas bajo un *crazy* momento de *love in an elevator*: “esto nos permitirá llevar nuestra música a nuestros fans de una forma que nunca antes habíamos podido”<sup>4</sup>. Parece ser que otros artistas, como David Guetta, han seguido esta misma estrategia<sup>5</sup>.

En nuestro sistema, como es sabido, la cesión de derechos de explotación sobre obra futura no es concebible. En efecto, o bien esa obra todavía inexistente se ha parametrizado lo suficiente como para ser calificada como obra por encargo –y aún así, las dudas subsistirían acerca de la validez del negocio–, o bien, y con análoga incerteza, cabría pensar que los artistas y sus gentiles valedores enmarcan su relación bajo un contrato de colaboración de tintes asociativos en el que aquellos asumirían una suerte de prestación accesoria consistente en un hacer, o bien en un pacto entre caballeros que se proyectaría sobre aumentos de capital con aportación dineraria (del inversor) o en especie (del artista). Ingeniería contractual basada en una confianza mutua que no estaría exenta de resquicios.

En todo caso, la rentabilidad previsible de los inversores al adquirir estos fondos reside en la expectativa de poder explotar lo adquirido en los medios habituales –entre los que se halla, como se ha destacado, nutrir el auge en ascenso de los servicios de *streaming*–, pero también la utilización de las canciones en campañas publicitarias, series o bandas sonoras de películas, entre otros. Para asegurar su más amplia libertad de movimiento en este sentido, y aunque no sea carne de noticia tan candente, los inversores cierran el círculo adquiriendo no sólo los derechos de explotación que el cantante haya retenido sobre sus canciones y no haya cedido a su productora, sino también aquellos derechos vecinos que terceros aún puedan ostentar sobre las mismas (*v. gr.*, letristas, maquetistas). Y lo hacen como en el caso de los cantantes,

4. Vid. N. SERRANO, “Aerosmith vende todo su repertorio a Universal Music Group”, *ABC Cultura*, 25 de agosto de 2021.

5. Vid. N. SERRANO, “David Guetta vende todas sus canciones por 100 millones de euros”, *ABC Cultura*, 21 de junio de 2021.



siempre en la medida de lo posible, para todos los territorios, sin reservas de participación, y para la total vigencia de los derechos.

En definitiva: el intérprete seguirá cantando su repertorio ahora en clave millonaria, y el público disfrutándolo como siempre, sólo que sabiéndole definitiva y felizmente enfrascado en su arte.

# Sobre las obras de arte no ejecutadas: a propósito del repudio por Donald Judd al conde Giuseppe Panza di Biumo, coleccionista ávido y abogado (por más señas)

PAZ SOLER MASOTA

*Profesora titular de Derecho Mercantil en la Universidad Pompeu Fabra  
Doctora en Bellas Artes por la Universidad de Barcelona*

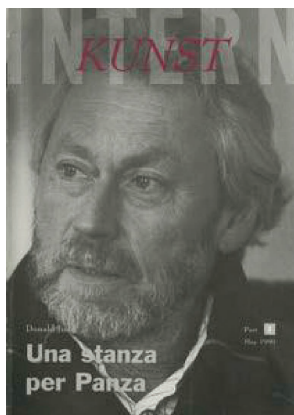
Para el Prof. Dr. Miquel Planas Rosselló, amigo de  
concepción y ejecución bien certificadas

La particular contienda emprendida en 1990 por el artista americano Donald Judd (su cáustica *Panzata*) contra el conde Giuseppe PANZA DI BIUMO no fue un arrebato caprichoso: a lo largo de casi dos décadas en la relación que mantuvieron, el coleccionista fue adquiriendo obras ultimadas y también planos para su fabricación –siempre exigiendo cual martillo percutor un certificado de autenticidad–, hasta que el conde decidió producir *judds* por su cuenta a partir de tales croquis y descripciones y... venderlos<sup>1</sup>. Tras varias y muy severas recriminaciones contra el noble italiano –desoídas o replicadas por éste con arrogancia o amenaza de adoptar medidas legales–, un resuelto JUDD se decidió por esgrimir una enérgica diatriba –en cuatro entregas– cargando duramente contra el conde, pero no sólo, sino también contra aquellos

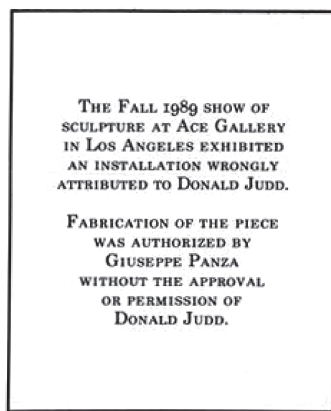
---

1. “*He intended to invest in paper*”, dictaminaba JUDD sobre PANZA en su misiva. Ya solo entre 1974 y 1975, el conde adquirió catorce obras de JUDD sin título y sin previa ejecución (en plano). Pero no solo de él, sino también de otros muchos artistas, como DAN FLAVIN, CARL ANDRE, o JAMES TURRELL. Con los años, la estrategia del conde quedó al descubierto. Su insistencia casi enfermiza en adquirir los planos acompañados de un certificado en el que el autor reconociera prospectivamente la autoría de la obra a fabricar conforme a aquellos reveló que su intención primigenia era crematística, y no tanto la de formar una colección privada.

que, de modo más o menos directo, se lucraron como resultado de su malévola ruindad: su misiva “Una Stanza per Panza” apareció primero en la revista alemana *Kunst Intern* (fig. 1), tras lo que siguió un libelo que circuló por la Bienale de Venecia, y más tarde bajo el formato de anuncio –más bien esquila– en magazines como *Art in America* (fig. 2) denunciando que el conde, sin permiso alguno y desde luego sin mediar su supervisión, había ordenado la fabricación de ciertas esculturas sobre la base de unos planos rudimentarios adquiridos años antes, y que lo había hecho, además, utilizando materiales y soportes incorrectos, todo ello sin compensar financieramente al autor. Para colmo de sus males, JUDD afirmó que el coleccionista se creía convencido de que podía hacerlo incluso mejor que él<sup>2</sup>.



(fig. 1) Portada *Kunst Intern*, 1990

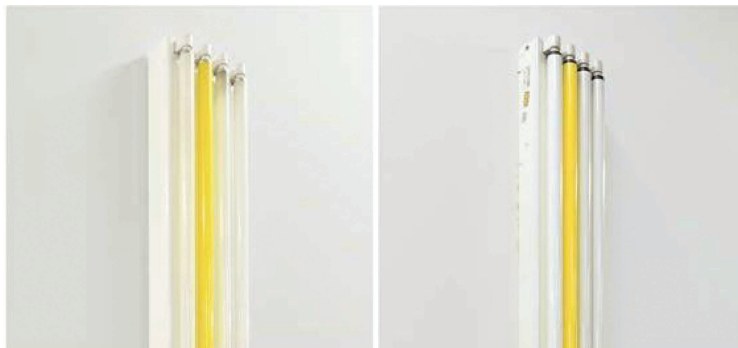


(fig. 2) Anuncio de Donald JUDD, *Art in America*, 1990

De ambas imágenes ©Judd Foundation/Artists Right Society (ARS)

Otros artistas del movimiento minimalista –como Dan FLAVIN o Carl ANDRE– sintieron igualmente ultrajados por el conde y así lo manifestaron de inmediato. Sirva la siguiente imagen (fig. 3) como ejemplo de las diferencias de fidelidad entre la ejecución autorizada y/o supervisada por los artistas (o quienes ostentan sus derechos) y la realizada bajo el “comisariado” del conde: a la izquierda la reconstrucción consentida en 1995 de la escultura de FLAVIN *Untitled (to Henri Matisse)*, fechada en 1964, acometida por el Museo Solomon R. Guggenheim; compárese con el (menos sutil) ejemplar producido bajo el encargo (unilateral) de PANZA en 1970.

2. El texto íntegro de la larga y razonada carta titulada “Una Stanza per Panza” (“Una habitación para Panza”) puede consultarse en [www.juddfoundation.org](http://www.juddfoundation.org).



(fig. 3) ©Stephen Flavin/Artists Rights Society (ARS)

“*Panza alone is not worth writing about (...) merely an instance of many*”, expresaba por entonces el artista. En efecto, el acerado reproche de JUDD no solo se proyectaba sobre el conde, sino también y –más que probablemente– contra las instituciones que, desde mediados de los ochenta, habían ido adquiriendo cientos de piezas ejecutadas bajo las instrucciones de PANZA atribuidas como originales de artistas minimalistas o conceptuales<sup>3</sup>, pero también, y muy significadamente, contra reputados galeristas como Leo CASTELLI o Heiner FRIEDRICH, a quienes acusaba de reducir el arte a una mera inversión, anteponiendo su particular beneficio al propio de los intereses de los artistas y del respeto a la integridad de sus obras; y, todo ello, auspiciado en último término por un paisaje legal supuestamente insensible o impermeable respecto de esta situación.

Desmintiendo a Horacio en sus Epístolas –*ira furor brevis est*–, pareciera que la vesania de JUDD se mantiene viviente pese a su fallecimiento en 1994, y sigue lanzando sus rayos incendiarios contra aquellos que aún osan pervertir la memoria auténtica de sus obras: en el 2020, el Museo Guggenheim de Nueva York, que siguió intensivamente los pasos mercantilistas de sus instituciones colegas entre los años 2000 y 2010, se vio constreñido a declarar no viable la continuidad en su colección permanente, entre otras, de varias obras atribuidas a JUDD procedentes de la propia del conde, en particular de una cuya compra se cifró en treinta millones de dólares en su momento, y para la cual fue preciso que el citado museo se desprendiera previamente de obras maestras de KANDINSKY, CHAGALL o MODIGLIANI<sup>4</sup>.

3. La primera de las cuales fue el Museo del Condado de Los Ángeles en 1983, cuya estela fueron siguiendo el Museo de Arte Moderno de San Francisco, el Hirshhorn Museum y Jardín Escultórico de Washington D.C., la Galería de Arte Albright Knox en Búfalo y, más tarde, el Solomon Guggenheim de Nueva York.
4. P. KAROL, “Why Did the Guggenheim Decommission a Donald Judd?”, *Hyperallergic’s independent arts journalism*, 31 de mayo de 2020.

Esta decisión se adoptó a resultas de la gestación por el Guggenheim de la obra *Object Lessons: Case Studies in Minimal Art-The Guggenheim Panza Collection Initiative*, publicada en 2020. Bajo el impulso de la Panza Collection Initiative (en adelante, “PCI”)<sup>5</sup>, se catalogaron y estudiaron diversas categorías de obra: (i) aquellas realizadas sin una supervisión del artista –por no mencionar sin su autorización explícita–; (ii) piezas singulares representadas por una variedad de objetos fabricados de algún modo bajo autorización; (iii) objetos comprensivos de algún elemento de contingencia o variabilidad en lo atinente a su instalación; (iv) obras artísticas susceptibles de ser reconstruidas para cada exposición, pero que han sido ejecutadas conforme a parámetros cambiantes; (v) obras que solo existen meramente en tanto que dibujos o propuestas; y (vi) obras no ejecutadas o destruidas al tiempo de la muerte del artista.

La furia de JUDD, disgregada ahora en el no menos ciclópeo esfuerzo investigador de la PCI sobre obras de artistas como los precitados FLAVIN, JUDD, o Robert MORRIS y Lawrence WEINER. La conmisericorde PCI enfrentándose a volúmenes ingentes de archivos, correspondencia entre, de un lado, los artistas o sus representantes y, de otro, el conde y sus propios, revisión de certificados y contratos, así como de imágenes relativas a las ejecuciones apóstatas. Y como resultado:

*No Longer Art...* con esta lapidaria expresión Jeffrey WEISS –comisario senior del Guggenheim NY desde 2012 y comisario en el mismo museo desde 2010 a cargo de la PCI– etiquetó varias obras como “*pérdidas totales*”, acuñando dos nuevas categorías: obras desmanteladas provisionalmente por contrario a las obras canceladas o defenestradas sin remisión (o *decommissioned vs. deaccessioned*)<sup>6</sup>. Reacios a desprenderse de inversiones tan ingentes en obra, el Guggy de NY mantuvo desde entonces (e incluso antes en previsión) las obras *panzeísticas* de JUDD o FLAVIN –entre otras– *onhold*, esto es, *decommissioned* (desmanteladas provisionalmente y en suspenso, a la espera de su destino final).

Enfrentado a nuestro refranero español, el conde debió quedarse en *panza llena no se preocupa de la ajena*, sin reparar en que *quien corre mucho, se cae de panza...*

El singular conflicto entre el artista y el conde nos invita a pensar sobre algunas de las cuestiones que se suscitan a partir de este tipo de obras

5. La PCI se constituyó tras el fallecimiento del coleccionista PANZA en 2010.

6. La diferencia terminológica es delicada: bajo *decommissioning* se alude a obras que, por dudosas, se aparcen en el almacén de la institución a la espera de una aclaración (en el caso que nos ocupa por el Guggenheim de Nueva York, de quince JUDDs y tres FLAVINS), pero siempre bajo la custodia de la misma, mientras que *deaccessioning* supone la exclusión de una obra que ya no goza de su amparo. Vid. A. BETTAGLIA, “The Work of Art Begins to Wobble: Guggenheim Museum Stores Down Headly Questions about Minimal and Conceptual Art in Panza Collection”, *ARTNEWS*, 9 de abril de 2019.

comercializadas sobre plano, como serían el alcance y suerte de los derechos morales del artista sobre la obra ejecutada, la eventual coautoría de quienes participen en el proceso de producción de la misma, o la eficacia del proyecto o plano para vehiculizar la transmisión plena de la obra final.

En todo caso, si alguna lección hemos aprendido es que *más vale flaco en la mata que gordo en la panza de la gata*, pues la Historia del Arte con mayúsculas no perdona. Y el Derecho tampoco.



# Una demanda incoherente en el opaco mercado argentino del arte

## *Las prácticas habituales de un mercado oscuro y desprolijo chocaron con la lógica judicial<sup>1</sup>*

JUAN JAVIER NEGRI

*Abogado. Negri & Pueyrredón Abogados*

Francisco era un experimentado participante del mundillo del arte argentino; no sólo reconocido coleccionista, sino también galerista.

En julio de 2002 decidió entregar varias obras de su colección a un experto (a quien llamaremos Manuel) para que certificara su autenticidad. Pero las obras nunca le fueron devueltas. En consecuencia, Francisco lo demandó en sede civil para exigir su devolución o la correspondiente indemnización. También inició una querella penal contra Manuel.

Para iniciar un pleito ante los tribunales argentinos es menester pagar la llamada “tasa de justicia” (técnicamente una tasa *retributiva del servicio de justicia*): un importe equivalente a un porcentaje del monto que se reclama, como si éste tuviera relación alguna con la dificultad del asunto a resolver o con el tiempo que llevará hacerlo. En la ciudad de Buenos Aires, ese porcentaje es del 3 %. En este caso, Francisco optó por pagar la tasa fija correspondiente a los pleitos por monto indeterminado (equivalente a unos diez dólares), con lo que se ahorró una montaña de dinero.

---

1. La presente nota apareció originariamente en el boletín *Dos Minutos de Doctrina* correspondiente al día 3 de agosto de 2021. El boletín *Dos Minutos de Doctrina* es publicado en línea por el Estudio Negri & Pueyrredón Abogados (<https://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.).



En el pleito civil, el experto a quien se le habían entregado las obras sostuvo, en su defensa, que lo que Francisco le había sido consignado eran simples reproducciones; prácticamente, láminas sin valor. *Pero originales o copias, el experto fue incapaz de devolverlas.*

Poner en claro qué fue lo entregado por el coleccionista al experto acarrea consecuencias jurídicas importantes: mientras una reproducción puede ser reemplazada por otra, una obra de arte original *es irremplazable*. Los valores involucrados, por supuesto, también serán distintos.

Como el juez de primera instancia entendió que Francisco no había podido probar qué había entregado a Manuel, estableció una muy pequeña indemnización a favor de aquél por el daño moral sufrido por la pérdida de simples reproducciones.

Francisco apeló.

La Cámara de Apelaciones<sup>2</sup> resumió así los antecedentes: “El 19 de julio de 2002, [Francisco] procedió a entregar al Sr. M. M. C. mediante nota de consignación las siguientes obras: (a) óleo sobre tela de 88 x 130 cm. firmado abajo y al dorso, de 1 In re ‘FS v. JLC’, CNCiv (J), 7 abril 2021; exp. 3445/2011; ElDial.com XXIII:5751, 30 julio 2021; AAC51E - 2 - Jackson Pollock; *Pintura n.º 18*; (b) pintura (acrílico) sobre papel/cartulina de 70 x 50 cm. aproximadamente de Andy Warhol (sin firmar) con marco y vidrio, *Lata de Campbell’s*; (c) óleo sobre tela de 46 x 64 cm. de Giuseppe Santomaso, firmado, *Composición Abstracta*; (d) óleo sobre tela de 110 x 70 cm. de Giuseppe Santomaso, firmado, *Abstracto*, cartón con marco y (e) escultura de hierro pintado de 38 x 77 x 35 cm., aproximadamente, firmada ‘H.L.’ atribuida a Henri Laurens. La entrega a C. de las piezas reseñadas se llevó a cabo en la sede del Museo de Arte Contemporáneo. Las obras le fueron entregadas originalmente para su expertización firmando al pie el Sr. C. la ‘Nota de Consignación N.º 3452’ obligándose a su devolución antes del 31 de agosto de 2002 o ante el primer requerimiento. El Sr. C. incumplió lo acordado, no restituyendo las representaciones artísticas ni la escultura, no obstante encontrarse vencido el plazo y pese a los reclamos del actor”.

Algunos pocos detalles para los no demasiado entendidos: el estadounidense Jackson Pollock (1912–1956) es una de las figuras más importantes del llamado “expresionismo abstracto”. Andy Warhol (1928-1987), también estadounidense, fue la figura más relevante del llamado “pop art” que analizó y revolucionó la relación entre las artes visuales, la publicidad y las celebridades públicas. Giuseppe Santomaso (1907-1990), era veneciano. Gran

2. In re “FS v. JLC”, CNCiv (J), 7 abril 2021; exp. 3445/2011; ElDial.com XXIII:5751, 30 julio 2021; AAC51E.

colorista, fue un integrante destacado de las vanguardias Italianas y receptor de los mayores premios de pintura que se otorgan en Italia. El francés Henri Laurens (1885-1954) fue escultor y pintor; como tal, influyó fuertemente sobre Picasso, Juan Gris, Georges Braque y Alberto Giacometti. Todas las obras mencionadas (sobre todo las de Pollock y Warhol) pueden alcanzar precios muy altos en el mercado internacional.

En su apelación, Francisco dijo (algo exaltadamente, quizás) que el perito que intervino en primera instancia “confirmó la autenticidad de las obras de arte involucradas”; que el juez anterior “no observó debidamente lo que se había acreditado” y que la sentencia dictada en su favor “representaba un triunfo pírrico”, porque “se observe o no se observe [sic] con lo que se ha resuelto se estaba premiando el robo, el ataque a bienes preciados materiales e inmateriales” de Francisco.

Sostuvo también “que el monto por el que prosperó la demanda constituía *una invitación al delito*”. Y cuestionó que el juez anterior hubiera reconocido “su falta de versación en la materia”, por lo que le otorgó a la pericia “un alto grado de certeza”, pero, cuando debió resolver, “lo hizo con una supuesta profundidad, y, sin pretender ser irrespetuoso, con un grado de audacia sorprendente”.

Las quejas de Francisco no terminaron allí: dijo que el juez “podría haber solicitado más explicaciones al perito, [...] pero concluyó exhibiendo un supuesto conocimiento personal de la materia que antes había negado poseer”.

Como ejemplo de la supuesta incoherencia del juez, Francisco dijo que éste señaló en su sentencia que “no se tenía noticia alguna respecto a que las obras fuesen originales” cuando en realidad el perito “había dicho todo lo contrario” y que, según este último, “existía un alto grado de posibilidad de que las obras fuesen originales”. Ante la Cámara, [Francisco] “machacó acerca de que [el juez de primera instancia] se apartó de la pericia sin conocimiento alguno en la materia y sin la fundamentación necesaria”.

Francisco también atacó a Manuel por incoherente: “en la causa penal, por un lado negó la autenticidad de su firma en el documento de consignación, mas luego dijo que las obras entregadas eran falsas”.

Para evitar que a él también se lo tildara de incoherente (al hacer certificar obras que él mismo consideraba originales) dijo que “someter las obras de arte a una expertización es necesario, más allá de que su dueño o poseedor pueda estar convencido de la autenticidad de esos cuadros”.

Al analizar el asunto, la Cámara dijo que, si bien los agravios expuestos por Francisco al apelar distaban de ser “un estudio minucioso y preciso de la sentencia que se apela [y de] condensar los argumentos y los motivos que demuestren los errores cometidos por el juez inferior para que el tribunal de

alzada pueda apreciar en qué puntos y por qué razones el apelante se considera perjudicado en sus derechos”, había decidido aplicar “un criterio de amplia tolerancia” y tratar la cuestión, “a fin de no menoscabar el derecho de defensa de [Francisco]”.

El tribunal consideró que “la naturaleza de las cosas” entregadas por Francisco a Manuel era “un aspecto central de la controversia”.

Con una frase incomprensible [“En tal sentido y desde el plano técnico, el alcance de la pretensión del demandante, que se apoya en la referida facticidad, puesto que se orienta y al mismo tiempo se limita en torno a la misma ‘determinación’ (identificación) de su carácter de ‘cosa cierta’ como arguye [Francisco] (obras de arte originales) o bien de ‘género’ como se defiende [Manuel] (apócrifas)]” el tribunal intentó explicar que, sujeto a que las obras de arte fueran auténticas o meras reproducciones, el marco legal (y la solución de la cuestión) serían absolutamente diferentes.

Pero para poder determinar las normas aplicables (las referidas a la devolución de cosas genéricas –como toneladas de trigo o docenas de huevos– o a cosas específicas –como *La Gioconda* o el original del *Martín Fierro*–) fue necesario que Francisco probara qué había entregado.

Al respecto, la Cámara dijo que “resultaba de aplicación la regla cardinal emergente del Código Procesal sobre carga de la prueba –‘incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido’– sin que [ésta] haya sido satisfecha por [Francisco] según el alcance de la pretensión que defiende”.

Por lo tanto, la Cámara dijo que coincidía “con el análisis efectuado por el juez de primera instancia, lo que autoriza a considerar insatisfecha la carga probatoria”.

La sentencia hizo pie en dos aspectos que consideró relevantes. El primero fue que “los contratantes aquí en litigio se dedicaban a la comercialización profesional de obras de arte y así al tratarse de un ámbito o reducto específico del mundo negocial, se impone la aplicación de un elevado estándar respecto a la conducta que resultaba exigible a las partes, quienes debían observarla en el desarrollo de las actividades del ramo”. Dicho de otro modo: el contrato en discusión no se refería a la compraventa de objetos genéricos (como aceitunas o petróleo), sino a la de bienes de naturaleza muy específica y, además, *insustituibles*.

El tribunal creyó pertinente “recordar los sabios términos legales que prevén que ‘cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias’”.

La Cámara también hizo referencia a los usos y costumbres “como fuente de derecho” y llamó la atención sobre “la sintética explicación que expuso [Francisco] en torno a los antecedentes sobre la operatoria que precedió su propia adquisición de las obras en cuestión, pobreza argumental que deja huérfano de apoyatura el camino recorrido por las valiosas piezas hasta llegar a sus manos”.

Quizás sin saberlo, la Cámara hizo referencia a uno de los elementos esenciales para la identificación de las obras de arte: *su proveniencia*.

El tribunal resaltó la circunstancia de que, según la ley, para que los jueces puedan dar por válida una presunción (como la de la autenticidad de las obras de arte que Francisco entregó a Manuel), ésta se debe fundar “en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia produzcan convicción”.

Frente a esa exigencia, la Cámara mostró lo escuálido de los argumentos de Francisco: éste “señaló a mero título ilustrativo que [las obras de arte] se encontraban en su poder desde el año 1991 aproximadamente, a través de operaciones de trueque y dinero en efectivo con un hoy fallecido comerciante en obras de arte. *Impresiona un acto sumamente informal y despreocupado como para involucrar obras de semejante envergadura*, más allá de las subas y bajas de la cotización de dichas composiciones a lo largo de los años”.

El segundo aspecto relevante destacado por el tribunal fue “el plano o dimensión subjetiva”. La Cámara citó al propio Francisco “en cuanto a su expertise en la materia, un elemento que también corresponde ponderar especialmente”.

En efecto, “[Francisco] no era un ignoto en la materia, que pudo no saber cuáles eran los recaudos propios de estas actividad. En el expediente se detalló que es coleccionista de obras de arte, titular de galerías de arte, promotor de exposiciones y premios” y con actividad vinculada con espacios de arte.

El tribunal resaltó “la inconsistencia en la que incurrió, pues [...] se desprende que la contratación de [Manuel] obedeció a la expertización, sin que exista elemento alguno que autorice a considerar que las obras de arte fueran efectivamente originales”.

En cuanto a la pericia a la que Francisco hizo referencia en apoyo de su posición (y que, nos parece, se dirigió a dar un posible valor de las obras no devueltas antes que a establecer si eran o no auténticas), los jueces dijeron que “lo cierto y determinante es que el perito explicó que nunca hizo mención de que las obras consignadas fuesen originales, [sino que] simplemente se refirió a obras homólogas, como así también a obras denominadas testigo y que nunca habló de la originalidad de las obras sino de su valuación objetiva”.

Pero (y éste es un punto sustancial), la Cámara aclaró que “el experto no pudo ver las obras, obviamente, ya que las mismas se encuentran desaparecidas y que tampoco pudo ver fotos de las mismas, sino que, como lo ha dicho, se ha basado para dictaminar en obras testigo”.

El tribunal explicó que, en su informe, “el experto efectuó una valuación de las obras: por la obra de Pollock, 22.807.160 dólares; por la de Andy Warhol sin firmar, 4.460.000 dólares; por *Composición abstracta* de Giuseppe Santomaso, 28.000 dólares; por *Abstracto* del mismo artista 45.864 dólares y por último por la obra de Henri Laurens 1.530.000 dólares”.

El perito explicó que “todos los valores a los que arribó fueron obtenidos por medio de la base de datos de Artprice (un buscador que registra las ventas de las principales casas de remate internacionales) mediante el método del centímetro lineal, el cual consiste en la sumatoria de todos los precios de venta, para luego dividir el resultado de la sumatoria de todos los perímetros, obteniendo así un índice. Finalmente ese valor es multiplicado por el perímetro total de la obra. Utilizó a los fines de esa valuación obras testigos”.

“Es decir”, recalcó la Cámara, “el perito no ha visto las obras entregadas en consignación, ya que las mismas se hallan desaparecidas, ni tampoco sus fotografías”.

Además, señaló el tribunal, “más allá de la confianza que supuestamente unía a [Francisco] con [Manuel] lo cierto es que llama la atención que la nota de consignación no acompañara alguna fotografía de las obras entregadas a los únicos fines aparentemente de su expertización; ello sumado a que en el ámbito nacional la costumbre es que se confeccione un remito con los datos y características de la obra, adjuntando foto respaldatoria que dé fe de la existencia de la misma”.

La Cámara dijo que “más allá de que no se tratara de una venta de las obras sino una consignación para expertizar, *lo cierto es que la falta de recaudos o al menos un respaldo fotográfico para demostrar las obras entregadas en consignación deviene un método demasiado informal* que en este caso no permitió que el perito pudiera basarse aunque sea en dichas fotografías para efectuar la pericia”.

Para los jueces, de la causa penal “surgía claramente la existencia de la nota de consignación y de la no restitución de las obras a [Francisco], *mas no emergía el carácter de auténticas de las obras de arte*. Ello no ha quedado demostrado en ninguna de las actuaciones en estudio”.

Fatalmente, el tribunal tuvo en cuenta la cuestión de la tasa de justicia: “al iniciar el reclamo [Francisco] consignó que el monto era indeterminado, y al ser intimado a cuantificarlo, detalló el valor de las obras”. Dijo entonces: “El

total del reclamo por los daños y perjuicios por las obras de arte no restituidas asciende a \$75.000”.

La Cámara reconoció que se utilizó la fórmula de rigor que se emplea al reclamar una suma de dinero (“lo que en más o en menos resulte de la prueba producida”), pero agregó que “lo cierto es no existen elementos probatorios que permitan advertir palmariamente, como pretende sostener [Francisco] que las obras son originales y por tanto, su valor ascendería a 28.000.000 de dólares”.

“Es decir”, agregó, “[Francisco], como conocedor de arte estimó en dos oportunidades el valor de las obras en la suma de \$75.000, *lo que implicó un reconocimiento de no autenticidad de las composiciones en cuestión, grotescamente distante de los 28.000.000 de dólares ahora pretendidos*”.

“Justamente, como un hombre versado en arte, [Francisco] debía conocer el valor de los cuadros y la escultura al momento de la estimación”.

Por consiguiente, el tribunal dijo que correspondía “aplicar la teoría de los actos propios, [que] sostiene que nadie puede oponerse en contradicción con su anterior conducta deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz, siendo inadmisibles amparar semejante dualidad”.

La Cámara dijo que “la doctrina de los propios actos importa una barrera al obrar incoherente que lesiona la confianza e impone a los sujetos un comportamiento en las relaciones jurídicas”. Agregó que “no es posible permitir que [alguien] asuma pautas que suscitan expectativas y luego se autocontradiga al efectuar un reclamo judicial”.

Por eso, “las partes no pueden contradecir en juicio sus propios actos anteriores, deliberados, jurídicamente relevantes y plenamente eficaces, como asimismo devienen inadmisibles las pretensiones que ponen las partes en contradicción con sus propios comportamientos anteriores jurídicamente relevantes”.

La Cámara puso énfasis en que “lo ahora pretendido hasta afectaría el objeto de la litis, ya que al inicio se reclamó el valor de obras apócrifas –ello en virtud del monto reclamado– y luego se procuró obtener el valor de obras auténticas”.

La Cámara rechazó que Francisco hubiera sufrido una “pérdida de chance”, “de una ocasión favorable” o “de una expectativa legítima”, porque “no se advierte la originalidad de las obras y la potencialidad de ser vendidas a los valores determinados por el experto en base a otras obras similares de los autores en cuestión”.

Como “la pérdida de la chance supone la desaparición injusta de la probabilidad seria y fundada de un suceso favorable”, en el caso “no se vislumbra esa posibilidad seria y fundada” que pretendía el actor.

El tribunal destacó que, según Francisco, “esas cinco obras de arte tendrían las firmas de notables autores por lo que al momento de iniciar su reclamo tampoco sabía de la originalidad de las obras que ahora, en base a la pericia, arguye”.

Por esos argumentos “y el análisis efectuado de los medios probatorios en su conjunto” el tribunal concluyó “que la solución que se imponía era el rechazo de los agravios” de Francisco y confirmar el rechazo de la demanda.

Sólo quedó en pie el daño moral otorgado por la desaparición de las obras, pues estuvo “demostrado cabalmente el perjuicio espiritual sufrido por [Francisco]”.

Ésta es una de las pocas sentencias argentinas recaídas en conflictos referidos a obras de arte. Llama la atención varias cosas. La primera, también notada por el tribunal, es la extrema informalidad de la transacción analizada. Eso lleva a pensar que, más allá de una entrega para expertizar las obras de arte en cuestión, aquí existió un negocio diferente. Sobre todo si se piensa en las dificultades técnicas para someter obras de Pollock o Warhol a pericias de autenticidad en la Argentina. Y si eso es cierto con artistas de esa magnitud, mucho más arduo es obtener una certificación sobre obras de artistas mucho menos conocidos y escasos en nuestro mercado.

Llama también la atención cómo un residente argentino fue incapaz de demostrar la propiedad de obras de arte de enorme valor sin un recibo de haber pagado por ellas el impuesto a los bienes personales.

Hizo bien la Cámara en “unir los puntos” y llegar a la conclusión que semejante grado de informalidad no podía servir de respaldo a una demanda que, iniciada sólo por 75.000 pesos, fue convertida en un reclamo por casi veinticinco millones de dólares.

Y finalmente, vemos confirmado el principio según el cual los jueces admiten las críticas a los fallos de sus colegas, *pero no a la persona de los jueces. Calificar a un juez de soberbio o incoherente no podía llevar a buen puerto ninguna apelación. Una cosa es criticar una sentencia. Otra, bien distinta, a un magistrado.*

Y el Filosofito, que nos lee en borrador, nos pregunta (y nosotros nos abstenemos de contestar): “¿No hubo en el caso un intento de defraudación fiscal?”.

# Crónica





# Crónica de asuntos señeros de derecho del arte en 2021

MARÍA LUISA MACÍAS ROMERO

*Abogada documentalista. Uría Menéndez*

SUMARIO: I. LA RESTITUCIÓN DE BIENES DEL HOLOCAUSTO DE LA COLECCIÓN DEL MUSEO DE PONTEVEDRA. II. INTENTO DE SUBASTA DE UNA OBRA ATRIBUIDA A CARAVAGGIO.

En esta crónica se repasarán algunos sucesos acaecidos durante 2021 en el mundo del arte en España. En particular, se dará cuenta de la doble pugna por la devolución de dos obras expoliadas por los nazis en 1941 que se encontraban entre las de la colección del Museo de Pontevedra y del llamado “Caso Caravaggio”, un intento de subastar una obra atribuida al maestro del barroco italiano.

## **I. LA RESTITUCIÓN DE BIENES DEL HOLOCAUSTO DE LA COLECCIÓN DEL MUSEO DE PONTEVEDRA**

A principios de año, los principales diarios generalistas del país daban la noticia de la solicitud por parte del Gobierno de Polonia, por un lado, y de los herederos de la propietaria original de la colección del Castillo de Goluchów, por otro, de la restitución de dos obras antiguas de gran valor incautadas por los nazis durante la II Guerra Mundial. En particular, son objeto de la reclamación de devolución hecha al Reino de España las obras *Ecce Homo* y *Mater Dolorosa*, atribuidas a Dirk Bouts. Estas dos obras del siglo XV, que originariamente formaban parte de un mismo díptico, fueron incautadas por los nazis en 1941 y adquiridas de buena fe por el Museo de Pontevedra, de cuya exposición permanente formaban parte hasta que, tras recibir la reclamación de la Administración polaca, pasaron a una sala de reserva.

La doble reclamación de estas obras se produce en el marco del compromiso de permitir la restitución del arte saqueado por los nazis a sus legítimos

propietarios, asumido en 1998 por España, junto con otros 43 países, en la Conferencia de Washington sobre Bienes del Holocausto, y de nuevo en 2009 en la Conferencia de Praga sobre Bienes del Holocausto.

Las obras habían sido localizadas e identificadas, tras un exhaustivo proceso de verificación, en Polonia por distintos expertos. Aquí en España la experta en arte flamenco Ana Diéguez Rodríguez elaboró un informe de cómo habían llegado las obras al museo. Lo que se sabe es que las obras salieron de Varsovia en 1944 y reaparecieron en 1973 en el mercado de arte de Madrid. El museo adquirió en 1994 las obras como parte de la colección de José Fernández López, uno de los benefactores del Museo de Pontevedra, que al parecer los habría adquirido en galerías especializadas de Barcelona o Madrid a mediados de los años 70, pero no se sabe cómo entraron en España. En lo que se insiste claramente es en que no se sabía que estas piezas formaran parte de un expolio.

Lo que sucedió en Polonia está mucho más definido. A principios del siglo XIX, la princesa Czartowska-Dzialynska, convirtió el Castillo de Goluchów en un museo donde exhibía piezas antiguas de gran valor histórico que obtenía gracias a su red de contactos. La actual encargada de la residencia declara que el díptico no se encontraba en las dependencias destinadas al público, sino en un espacio privado de la primera planta. Los alemanes eran conscientes del enorme valor de la colección, por lo que no resulta descabellado que fueran robadas y acabaran en el mercado de arte de Berlín y en manos privadas.

Por su parte, el Museo de Pontevedra se manifestó completamente dispuesto a devolver, ochenta años después, los cuadros a Polonia tras comprobar que pertenecían a la colección de la familia Czartoryski. No cabía ninguna duda de que, en efecto, las obras de su colección eran las mismas reclamadas: *“la semejanza con las fotos es evidente, el marco de los cuadros es muy característico y también coinciden las referencias bibliográficas que existen sobre las obras”*. Aún más, los responsables del Museo de Pontevedra declararon estar *“sumamente contentos”* de contribuir a la *“reparación histórica”* de un expolio, y declaran que *“es un orgullo poder devolver obras que proceden de un origen muy oscuro”*<sup>1</sup>.

Aunque los Gobiernos no han confirmado la fecha de devolución de las piezas ni su próximo paradero, se señala que lo sensato sería que volvieran al castillo, ya que la documentación existente corrobora que pertenecieron a ese lugar. Cabe señalar que la restitución de una obra expoliada es siempre difícil tanto por la cuestión del origen –es complicado a veces determinar el verdadero propietario del objeto– como por el carácter transfronterizo del

1. Las fuentes utilizadas para la realización de estas crónicas han sido la información contenida en los artículos periodísticos publicados por los diarios *ABC*, *El País* y *El Mundo* entre el 11 de diciembre de 2020 y el 22 de diciembre de 2021.

robo, ya que la jurisdicción en este ámbito y el tipo de pruebas a presentar varían según el país, lo que dificulta el proceso de devolución. La Abogacía del Estado tiene que decidir sobre la entrega de las obras a Varsovia a los descendientes de la propietaria original, después de que hace un año el centro gallego recibiera una carta del Gobierno polaco con una reclamación de dos cuadros que habían sido parte de la exposición permanente del museo y que ahora se encontraban en una sala de reserva. A la fecha de redacción de estas líneas, el asunto todavía está pendiente de resolución.

## II. INTENTO DE SUBASTA DE UNA OBRA ATRIBUIDA A CARAVAGGIO

Salta la noticia: “Atribuyen a Caravaggio un óleo que se iba a subastar en Madrid por solo 1.500 €”.

La noticia de la identificación de un posible cuadro perdido de Caravaggio sacudió Madrid nada más hacerse público el catálogo de la subasta de Ansoarena. Diversos especialistas y anticuarios comenzaron a manejar la posibilidad de que podría tratarse –al contrario de lo que decía el catálogo de la casa de Ansoarena, que atribuía el cuadro de manera poco precisa al círculo de Ribera– de un *Ecce Homo* que aparece en dos inventarios del siglo XVII, uno de ellos del funcionario Juan de Lezcano y el otro una relación de bienes del conde de Castrillo, virrey de Nápoles, tal como apunta María Cristina Terzaghi –reconocida como una de las pocas especialistas en el mundo en Caravaggio– al contrastar el tamaño y otras características técnicas de la obra. Ante la evidencia de que pudiera tratarse de un cuadro importante, los responsables de la subasta decidieron retirarlo.

La Casa Ansoarena anunció la subasta del cuadro del siglo XVII sin previa consulta al Ministerio de Cultura o al Museo del Prado, algo *a priori* un tanto inusual, ya que, como señala María García Yelo –delegada en España y directora de Arte Impresionista y Moderno de Christie’s– al describir el procedimiento que deben seguir las casas de subastas en España de acuerdo con la Ley de Patrimonio, “*dentro de la Unión Europea hay libre circulación para todas aquellas obras que tengan menos de 100 años y no estén inventariadas por Patrimonio histórico español. Cuando se trata de una pieza de más de 100 años se solicita el permiso de exportación al Ministerio de Cultura. Si una obra se va a vender fuera de la Unión Europea y tiene entre 50 y 100 años y alcanza determinado valor también requiere de ese permiso*”. No parece que se hiciera así cuando se anunció en el catálogo de la casa de subastas un *Ecce Homo* inicialmente atribuido al círculo de Ribera.

Las palabras de María Cristina Terzaghi de que el cuadro era un Caravaggio basándose en su “ojo clínico” fueron puestas en duda por historiadores del

arte sobre la base de que no se habría aplicado el procedimiento de atribución de autoría de una obra de estas características. En esencia, ese procedimiento consta de dos pasos: primero se efectúa una inspección ocular del original, que, a continuación, se somete a estudios técnicos –como radiografías, reflectografías infrarrojas, análisis químicos de pigmentos, macrofotografías– y se compara con otras obras ciertas del artista; y después se investiga la cadena de propietarios de la obra y su constancia en catálogos de subastas, testamentos o inventarios de bienes.

El 7 de abril tuvo lugar una reunión de urgencia de la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes Culturales del Ministerio de Cultura, que declaró la obra inexportable. Dos días después, la Dirección General de Patrimonio Cultural de la Comunidad de Madrid inició el procedimiento para la declaración de Bien de Interés Cultural y para su protección cautelar y provisional como BIC. Identificados los propietarios de la obra, se designó a Jorge Coll –uno de los anticuarios más importantes del mundo– para la gestión del estudio, restauración y cualquier otra actuación relativa al cuadro.

El 14 de mayo de 2021, el Consejo Regional de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid dio luz verde a la tramitación del expediente de declaración como Bien de Interés Cultural del *Ecce Homo* atribuido a Caravaggio. Entre lo más destacable del expediente se encuentra el estado de conservación, y en este sentido revela lo siguiente: “*En las imágenes fotográficas de que se dispone se observa suciedad y un relativo deterioro. Las intervenciones futuras deberán ser tendentes a subsanar estos aspectos y a la recuperación de los valores originales de la obra. Los criterios a aplicar en futuras intervenciones habrá de ser los de mínima intervención, diferenciación y reversibilidad*”. En cuanto a los valores que justifican la declaración del cuadro como BIC, explica: “*La obra objeto de declaración presenta valores histórico-artísticos de singular importancia. Conforme a los informes técnicos de que se dispone a día de hoy, constituye una muestra de excelencia y maestría pictórica del primer naturalismo italiano, que ejerció una gran influencia en la escuela pictórica madrileña del siglo XVII. Aspectos como el retrato psicológico de los personajes, el realismo de los rostros, la fuerza lumínica que se concentra en el cuerpo de Jesucristo, el juego de primeros planos de los tres personajes y la comunicación que se establece con el espectador hacen del cuadro una obra de gran interés artístico. Asimismo, la obra constituye una pintura de un valor excepcional dentro del patrimonio histórico de la Comunidad de Madrid, al representar un testimonio de una corriente, el naturalismo italiano, escasamente representado en las colecciones ubicadas en la región. Los rasgos caravaggistas de la obra en su iconografía y lenguaje ejecutivo y su altísima calidad acreditan, de acuerdo con los especialistas que han analizado la obra, la especial relevancia de esta pintura dentro del patrimonio artístico de la Comunidad de Madrid. Atendiendo a los valores expuestos, se puede concluir que*

*la pintura [...] atribuible a Michelangelo Merisi da Caravaggio con el título 'Ecce-Homo', reúne valores de interés histórico y artístico relevantes para su declaración como Bien de Interés Cultural'.*

El 22 de diciembre de 2021, el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid aprobaba la calificación como Bien de Interés Cultural del *Ecce Homo* atribuido a Caravaggio. De este modo, la obra alcanza la máxima protección después de atravesar un “rocambolesco” proceso que le salvó *in extremis* de una subasta en la que partía con un precio de salida de 1.500 euros.



# Bases de la convocatoria del Premio Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho 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 séptima 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 2020, 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 2020 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](mailto: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 séptima edición el Jurado será presidido por D. Daniel Proença de Carvalho y estará compuesto, además, por D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías, D. Miguel Satrústegui 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 2021 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 veintiséis de noviembre de dos mil diecinueve.

## 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.<sup>a</sup> [●●], 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 [●●].

# Bases da convocatória do Prémio Rodrigo Uría Meruéndano de Direito da Arte

## Convocatória do Prémio Rodrigo Uría Meruéndano de Direito da Arte

### BASES

#### Primeira.- Objeto da convocatória

1. A Fundação Professor Uría (a “**Fundação**”) convoca a sétima 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 perspetiva 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 2020, 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 2020 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](mailto: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 sétima edição, o Júri será presidido por Daniel Proença de Carvalho e será composto por Encarnación Roca Trías, Miguel Satrustegui 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 perspectiva integral (legal, doutrinária e jurisprudencial). Do mesmo modo, será valorizado o seu caráter 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 2021 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 vinte e seis de novembro de dois mil e dezanove.

## 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 [•••].