

ANUARIO IBEROAMERICANO DE DERECHO
DEL ARTE 2022

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
2022

CIVITAS  FUNDACIÓN
PROFESOR URÍA

Primera edición, 2023



Incluye soporte electrónico

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. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

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.

Civitas es una marca de Editorial Aranzadi S.A.U.

© 2023 Editorial Aranzadi S.A.U. / Fundación Profesor Uría

© Portada: Fundación Profesor Uría

Editorial Aranzadi, S.A.U.

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISBN: 978-84-1125-886-9

ISSN: 2530-7541

DL NA 621-2023

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 2022

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).

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 en torno a la autenticación de obras de arte y los delitos de falsificación, estafa y robo de obras de arte y bienes culturales protegidos.

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

Los destinatarios del *Anuario* serán, pues, fundamentalmente, los juristas, teóricos y prácticos, involucrados en algunas de las materias a que nos hemos referido u otras que quepa asimilar a ellas, pero también los que cultivan otras disciplinas u oficios 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 Uría¹ lleva a cabo la selección del trabajo premiado sobre la base de

1. El Jurado del Premio Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte está compuesto por D. Daniel Proença de Carvalho, quien lo preside, D.^a Encarnación Roca Trías, D. Miguel Satrustegui Gil-Delgado, D. José Massaguer Fuentes y D. Luis Fernando Macías Gómez. Actúa como secretario —con voz, pero sin voto— D. Agustín González García.

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*.

B) ARTÍCULOS ENVIADOS ESPONTÁNEAMENTE POR SUS AUTORES

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

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

Los autores de los originales podrán disponer libremente de ellos si la Fundación no los publicara en el plazo de un año contado, bien desde su envío, bien desde la aceptación formal del trabajo, si 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.^a El texto de los trabajos que sean enviados espontáneamente podrá estar en cualquier formato de texto, no necesariamente editable. Sin embargo, en fase de composición editorial, sea cual sea el origen del trabajo, el autor deberá proporcionar el texto definitivo del trabajo en un archivo formato Word u otro procesador de textos plenamente compatible con él.
- 2.^a Los artículos deberán atenerse a estas pautas básicas de formato:
 - 1.º La letra será de tipo Times New Roman, tamaño 12 para el texto y 10 para las notas a pie.
 - 2.º Los márgenes superior e inferior serán de 2,5 cm, y los márgenes derecho e izquierdo de 3 cm.
 - 3.º El espaciado interlineal será sencillo, tanto para el texto como para las notas a pie.
 - 4.º El número de página deberá ir en la parte inferior derecha, con el mismo tipo de letra y tamaño que para el texto.
 - 5.º El título del trabajo deberá ir en caja 14 con justificación izquierda. Debajo, con justificación derecha, se hará constar en caja 12 el nombre y apellidos del autor, y en una línea inferior su cargo o filiación académica y/o profesional.
- 3.^a Los artículos deberán incluir los siguientes elementos, que deberán aparecer al comienzo del trabajo, debajo del título y del nombre y filiación del autor, en este mismo orden:
 - 1.º Un resumen del artículo de un máximo de 30 líneas de extensión.
 - 2.º Un breve listado de palabras clave.
 - 3.º Un sumario o índice con los distintos apartados y subapartados en que se subdivida el trabajo.
 - 4.º Una traducción al inglés del título del trabajo («Title»), del resumen («Abstract»), de las palabras clave («Keywords») y del sumario («Table of Contents»).
- 4.^a En cuanto al formato de las citas y de los títulos de los diferentes epígrafes y subepígrafes en que se divida el trabajo, se emplearán las siguientes pautas de estilo:

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. *confer*, consultar, confrontar, compárese
 col. colección
 coord. coordinador/a
 dir. director/a
 ed. edición o editorial
 fasc. fascículo
 ibid. *ibidem*, allí mismo, en el mismo lugar
 loc. cit. *loco citato*, en el lugar citado
 N. B. *nota bene*, 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. | <i>versus</i> , contra |

Índice General

Página

PRÓLOGO

| | |
|---|----|
| SOBRE COLECCIONAR CON POCOS MEDIOS | 25 |
| JOSÉ MARÍA CASTAÑÉ Y ORTEGA | |

ESTUDIOS

LA JUNTA DE CALIFICACIÓN, VALORACIÓN Y EXPORTACIÓN DE BIENES DEL PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL

| | |
|---|----|
| THE BOARD OF QUALIFICATION, VALUATION AND EXPORT OF SPANISH HISTORICAL HERITAGE ASSETS | 35 |
| ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS | |

| | |
|--|----|
| I. A modo de introducción: la función social de la propiedad de las obras de arte | 37 |
| 1. <i>Algunos antecedentes</i> | 37 |
| 2. <i>¿En qué consiste la función social?</i> | 39 |
| II. La junta de calificación, valoración y exportación de bienes del Patrimonio Histórico Español | 42 |
| 1. <i>Algunos antecedentes</i> | 42 |
| 2. <i>La junta de calificación, valoración y exportación de bienes del Patrimonio Histórico Español</i> | 45 |
| 2.1. <i>La estructura de la Junta en la actual regulación</i> | 45 |
| 2.2. <i>Las competencias de la Junta en la LPHE</i> | 46 |
| 2.3. <i>El desarrollo de las competencias en el Reglamento de 1986 (RPHE)</i> | 46 |
| 3. <i>La Junta, órgano colegiado</i> | 47 |
| 4. <i>La Junta, organismo perteneciente a la administración consultiva</i> ... | 48 |

| | |
|--|-----------|
| 4.1. Los informes preceptivos y no vinculantes de la Junta | 49 |
| 4.2. Los informes sobre valoración de bienes | 57 |
| III. Conclusiones | 61 |
| IV. Una pequeña estadística | 62 |
| V. Bibliografía | 64 |

OBRAS NFT Y EL MUNDO DE LAS IDEAS DE PLATÓN: RETOS JURÍDICOS PARA EL ARTE DEL SIGLO XXI

| | |
|---|-----------|
| NFT ARTWORKS AND THE THEORY OF IDEAS BY PLATO: LEGAL CHALLENGES FOR 21ST-CENTURY ART | 67 |
|---|-----------|

MARTA SUÁREZ-MANSILLA

| | |
|---|------------|
| I. Los NFT: una obra de arte platónica | 69 |
| 1. <i>El «mito de la caverna» y el desdoblamiento de derechos</i> | <i>69</i> |
| 2. <i>El boom de los NFT</i> | <i>72</i> |
| 3. <i>Naturaleza jurídica de los NFT</i> | <i>76</i> |
| 4. <i>La respuesta a una necesidad</i> | <i>82</i> |
| II. Entendiendo la <i>blockchain</i> | 85 |
| III. La experiencia de compra de un NFT: el coleccionismo milenial | 93 |
| IV. NFT y los derechos de propiedad intelectual | 99 |
| 1. <i>Ideas generales</i> | <i>100</i> |
| 2. <i>Nuevas situaciones que los NFT plantean</i> | <i>103</i> |
| V. Los <i>smart contracts</i> | 108 |
| 1. <i>Naturaleza jurídica de los smart contracts</i> | <i>110</i> |
| 2. <i>Régimen jurídico aplicable y principales problemas de los smart contracts</i> | <i>111</i> |
| VI. Implicaciones fiscales de la compraventa de NFT | 116 |
| VII. Conclusiones | 118 |
| VIII. Bibliografía | 119 |
| IX. Webgrafía | 120 |
| X. Normas citadas | 123 |

¿QUÉ ES EL ARTE «DE VALOR»? LA TENSIÓN ENTRE LA PROTECCIÓN PENAL DEL PATRIMONIO HISTÓRICO Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL (EN ESPECIAL, LAS FRICCIONES CON LA GARANTÍA DE TAXATIVIDAD)

WHAT CONSTITUTES «VALUABLE ART»? THE CONFLICT BETWEEN THE CRIMINAL LAW PROTECTION OF HISTORICAL HERITAGE AND THE PRINCIPLE OF LEGALITY (IN PARTICULAR, THE PRINCIPLE OF LEGAL CERTAINTY)

125

ISMAEL CLEMENTE CASAS

| | | |
|-------------|---|-----|
| I. | Introducción | 128 |
| II. | El principio de legalidad (y algunas de sus manifestaciones o subprincipios derivados) | 130 |
| | 1. <i>El principio de taxatividad</i> | 130 |
| | 2. <i>Otras dos vertientes del principio de legalidad: reserva de ley y proporcionalidad</i> | 132 |
| III. | La protección penal del patrimonio histórico y su tensión con el principio de legalidad | 134 |
| | 1. <i>Los delitos contra el patrimonio histórico (protección penal «directa e indirecta»)</i> | 135 |
| | 2. <i>Los delitos que protegen los «bienes de valor» (en especial el artículo 323 CP) y la garantía de taxatividad</i> | 138 |
| | 2.1. «Bienes de valor»: elemento normativo del tipo, además de sospechoso de falta de taxatividad | 138 |
| | 2.2. ¿Ley penal en blanco? | 141 |
| | 2.3. La regulación extrapenal a la que se dirige el reenvío (LPHE, leyes autonómicas y otras «selvas normativas») también fracasa en el test de taxatividad | 144 |
| | 2.4. Otros dos subprincipios del principio de legalidad que se ven igualmente dañados: reserva de ley y proporcionalidad | 146 |
| | 3. <i>El delito de derribo de edificios «singularmente protegidos» (artículos 321-322 CP) y el principio de legalidad</i> | 147 |
| | 4. <i>¿Inconstitucionalidad o interpretación conforme?</i> | 148 |
| | 5. <i>El error en los delitos contra el patrimonio histórico</i> | 151 |
| IV. | Conclusiones | 152 |
| V. | Bibliografía | 154 |

**SEMINARIO RODRIGO URÍA MERUÉNDANO
DE DERECHO DEL ARTE 2022 (5.ª EDICIÓN)**

| | |
|---|---------|
| PASADO Y FUTURO DE LA LPHE: LAS RAZONES DE UNA LEY, LAS RAZONES DEL CAMBIO | 159 |
| MIGUEL SATRÚSTEGUI | |
| I. Aspectos reveladores del significado general de la Ley del Patrimonio Histórico | 160 |
| II. ¿Por qué hacía falta una nueva ley, cuando teníamos la de 1933? | 163 |
| 1. <i>La falta de sistematicidad de esa normativa</i> | 165 |
| 2. <i>Incongruencia con el nuevo estado de las autonomías</i> | 167 |
| 3. <i>Falta de conexión de la protección de patrimonio con la legislación urbanística</i> | 170 |
| 4. <i>Insatisfactoria regulación de los bienes muebles de carácter patri- monial</i> | 172 |
| III. Sugerencia de algunos cambios en la legislación | 174 |
| RESUMEN DE LAS ACTAS DEL PRIMER BLOQUE DEL SEMINARIO | 179 |
| SANTIAGO FERNÁNDEZ TOURNÉ | |

LEGISLACIÓN Y BIBLIOGRAFÍA

| | |
|--|-----|
| RECOPIACIÓN DE LEGISLACIÓN PROMULGADA EN 2022 | 201 |
| MARÍA LUISA MACÍAS ROMERO | |
| RECOPIACIÓN DE BIBLIOGRAFÍA PUBLICADA EN 2022 | 203 |
| MARÍA LUISA MACÍAS ROMERO | |

RESEÑAS JUDICIALES

Sentencia de la sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de febrero de 2022. *En la determinación de la cuantía de la licencia o regalía hipotética como método para cuantificar la indemnización del daño patrimonial causado, las tarifas aplicadas por la entidad de gestión colectiva relevante pueden ser un criterio más a tener en cuenta. No obstante, será innecesario cuando la regalía se acredita de forma más precisa, por ejemplo, acudiendo al valor de los servicios prestados por la artista en el pasado* 213
 CARMEN PASTOR

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 17 de febrero de 2022. *Fin de jornada (Sorolla): Jurisprudencia sobre los informes periciales aportados por la Administración. Deben ser valorados de acuerdo con las reglas de la sana crítica, tomando en consideración si la propia Administración es parte del litigio, así como la eventual situación de dependencia del perito que firma el informe y la posibilidad o no de solicitar aclaraciones* 216
 SANTIAGO FERNÁNDEZ TOURNÉ

Consulta vinculante v0486-22, de 10 de marzo de 2022 de la subdirección general de impuestos sobre consumo. *A diferencia de lo que ocurre con las criptomonedas, la compraventa de NFT en una subasta online constituye una operación sujeta y no exenta de IVA, ya que los NFT no tienen la naturaleza financiera de divisas ni son bienes fungibles. La venta de NFT a través de las correspondientes plataformas no constituye una entrega de bienes, pues no existe entrega física y, asumiendo que su elaboración no responde a un encargo previo, podría calificarse como servicios prestados por vía electrónica que, en caso de entenderse realizados en el territorio de aplicación del impuesto, deben tributar al tipo general del 21 %* 219
 ANA ORTEGA REDONDO

Sentencia del Tribunal Supremo (Salas de lo Penal) de 23 de marzo de 2022. *Lugar de Encuentros II (Chillida). Los grafitis realizados sobre una obra del patrimonio histórico español pueden circunscribirse en el delito de daños contra el patrimonio histórico-tipificado en el artículo 323 del Código*

Penal si producen un menoscabo que altera la apariencia del bien que requiere labores específicas y cuantificables económicamente para la restitución a su estado original 222

MARINA RAMÓN

Sentencia n.º 640/2022 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de julio de 2022, secc. 6.ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo, recurso n.º 1213/2017. *Fin de jornada (Sorolla): Retroacción de las actuaciones ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid para una nueva valoración de los informes periciales en el procedimiento relativo a la denegación de la solicitud de exportación* 224

SANTIAGO FERNÁNDEZ TOURNÉ

Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Barcelona de 21 de octubre de 2022. *El Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Barcelona ordena retirar cautelarmente los NFT de cinco obras de Joan Miró, Antoni Tàpies y Miquel Barceló, propiedad de una empresa de moda* 226

SARA TATO

VARIA

GALLERIE DEGLI UFFIZI CONTRA JEAN PAUL GAULTIER 231

SANTIAGO FERNÁNDEZ TOURNÉ

ANTE LA DESTRUCCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL DE UCRANIA ¿EL DERECHO TIENE RESPUESTAS? 235

JUAN JAVIER NEGRI

¿ES LÍCITO QUEMAR UNA OBRA DE FRIDA KAHLO? 241

JUAN JAVIER NEGRI

¿GANA BANKSY? 247

JUAN JAVIER NEGRI

«NON! CECI N'EST-CE PAS UN CHAGALL!» 253

JUAN JAVIER NEGRI

| | <u>Página</u> |
|---|---------------|
| UN PLEITO SOBRE EL NFT MÁS ANTIGUO DEL MERCADO | 259 |
| JUAN JAVIER NEGRI | |
| ARTE EN LLAMAS PARA VALORIZAR LOS NFT | 265 |
| PAZ SOLER MASOTA | |
| IT'S ALL BANANAS... Y LA (GRAN) COMEDIA DE CATTELAN CONTINÚA... | 275 |
| PAZ SOLER MASOTA | |
| SOBRE LA AUTORÍA EN OBRAS DE ARTE CONCEPTUAL: A PROPÓSITO DE DRUET C. CATTELAN | 283 |
| PAZ SOLER MASOTA | |

CRÓNICA

| | |
|--|-----|
| CRÓNICA DE ASUNTOS SEÑEROS DE DERECHO DEL ARTE EN 2022 | 295 |
| MARÍA LUISA MACÍAS ROMERO | |
| I. El Museo del Prado investiga 62 obras de su colección incautadas durante la Guerra Civil | 295 |
| II. Adquisición del Archivo Lafuente por parte del Estado | 300 |
| BASES DE LA CONVOCATORIA DEL PREMIO RODRIGO URÍA MERUÉNDANO DE DERECHO DEL ARTE | 303 |
| BASES DA CONVOCATÓRIA DO PRÉMIO RODRIGO URÍA MERUÉNDANO DE DIREITO DA ARTE | 315 |

Libro electrónico. Guía de uso

Prólogo

Sobre coleccionar con pocos medios

La Fundación sabe que no soy persona adecuada para escribir sobre derecho del arte. Quizá por esta razón me ha indicado deliberadamente que elija algún tema sobre mis experiencias personales relacionadas con el arte o el coleccionismo.

Si tuviera que resumir en una sola frase las experiencias que tienen que ver con estos asuntos a lo largo de mi vida, podría expresarlo así: «Con pasión y pocos medios». Pero, antes de comentar situaciones concretas, prefiero presentar las conclusiones a las que he llegado y mencionar las claves que, en mi opinión, permiten construir colecciones que no sean solo meras acumulaciones de objetos, dedicando para ello medios económicos limitados.

Estos criterios no inspiraron mi comportamiento *a priori* y explícitamente. El relato de conclusiones proviene del intento de poner algunas ideas en orden. Estas serían las sugerencias derivadas:

- 1.^a Coleccionar algo que coleccionan pocos.
- 2.^a En consonancia, no coleccionar algo que esté de moda.
- 3.^a Buscar algo que no se origine con facilidad acudiendo a fuentes predeterminadas.
- 4.^a Centrarse en algo que invite —casi requiera— estudiar y aprender.
- 5.^a Que se trate de algo que ofrezca, de vez en cuando, oportunidades de descubrimiento, de encuentro, que otorgue espacio a lo imprevisible.
- 6.^a A poder ser, que sea algo que los avatares de las vidas o de la historia hayan desplazado y deslocalizado.
- 7.^a Interesarse por algo que, en general, no lo haya comprado quien lo vende, sino que lo haya recibido.
- 8.^a Que se trate de algo que, también en general, sea menos respetado por quien lo ofrece que por parte del propio coleccionista interesado.

Estas recomendaciones excluyen, en primer lugar, cualquier figura de imitación de lo que coleccionan los demás o de búsqueda de los tipos de objetos preferidos por otros coleccionistas. Una pretensión de calidad con limitado gasto es incompatible con inspirarse en movimientos de terceros.

La imitación o emulación sobre el tipo de objeto solamente resultarían constructivas de la calidad de las colecciones en el caso de que los valores económicos de los objetos buscados o deseados sean importantes y de que los coleccionistas competidores estén muy bien asesorados (como fue el caso de los grandes magnates estadounidenses en la segunda mitad del siglo XIX y principios del XX, que pelearon por la adquisición de pintura clásica europea). A estos la competencia los estimuló y los atrajo, en vez de ahuyentarlos. El caso que nos ocupa, sin embargo, consiste en lo contrario.

En el coleccionismo de economía estrecha hay algo de aventura, no tanto en cuanto al riesgo que se asume como en lo referente a la disposición del sujeto a afrontar procesos abiertos, muy poco reglados e imposibles de prefigurar.

El tipo de coleccionista dedicado a estas situaciones se lanza por un impulso no solamente de interés, sino también de curiosidad. Su primer cometido es explorar por qué vías puede acceder a los objetos disponibles e incluso entender los mecanismos por los que estos han acabado llegando a donde en ese momento se encuentran, muchos de ellos después de un largo, variado y, a veces, inusitado periplo.

Por ejemplo, ¿por qué motivos piezas que deberían encontrarse en museos o instituciones estatales se hallan lícitamente todavía en manos privadas? Entender algo de los senderos de circulación de estos objetos—incluyendo revoluciones, pillajes, descuidos y migraciones— ayuda al coleccionista, más a menudo de lo que en principio se podría creer, a encontrarse con ellos.

Huir de la competencia implica transitar por los vericuetos de las imperfecciones de los mercados y penetrar en un mundo oscuro: el de la insuficiente transparencia comercial. En estos casos especiales suele ocurrir que el poseedor del bien, que desea convertirlo en dinero, o no actúa racionalmente o se equivoca respecto a la forma de introducirlo en el mercado, al momento en que lo hace o al lugar elegido.

Esto puede obedecer a impaciencia, a desorientación o a falta de consideración hacia el objeto o hacia su origen, situación esta última muy frecuente en las transmisiones *mortis causa*, en las cadenas de transferencia de abuelos a padres y de estos a hijos.

Ese coleccionista debe ser cuidadoso con los medios a emplear y tiende a desarrollar un perfil que corresponde al del buscador-cazador, que va

descubriendo espacios poco probables en los que puede tener sentido rastrear sistemáticamente por si «entra algo».

Por otra parte, no duda en utilizar a otras personas para acercarse al propietario de un objeto sin hacerse presente y, en algunos casos, prefiere incluso llamar a la puerta de al lado, como si se equivocase, para irse acercando cautelosamente a su objetivo. Además, tiene que ser resolutivo, porque en ciertas ocasiones el bien en cuestión es escurridizo, o se abre y se cierra misteriosamente a su propia merced como si fuera la concha de una ostra.

Desde luego, el pretendiente tiene que informarse del entorno histórico, biográfico o forense de los objetos que le interesan, teniendo en cuenta que él se mueve en contextos en los que apreciar calidades o autenticidades, a veces con rapidez, debe basarse en conocimiento, experiencia e intuición propias, más a menudo que en la delegación en expertos, peritos o analistas.

Después de estos comentarios preliminares, y con el fin de conferirles concreción, mencionaré algunos casos de la realidad vivida. Las dos colecciones a las que voy a referirme las inicié hacia 1988 y a ellas me dediqué hasta hace unos diez años.

Una de ellas consiste en documentos históricos originales sobre los grandes avatares (conflictos, revoluciones, grandes transformaciones sociopolíticas) de la primera mitad del siglo XX (de 1900 a 1960) en el mundo, pero principalmente en Europa y en EE. UU. Actualmente, el núcleo principal de la colección se encuentra incorporado a la biblioteca de la Universidad de Harvard, donde es considerado, para mi satisfacción, como un tesoro documental. El resto (incluyendo elementos singulares, como correspondencia hológrafa de los últimos zares de Rusia) se encuentra en el Centro de Documentación de la Residencia de Estudiantes en Madrid, dependiente del Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

La otra colección es artística y está dedicada a la pintura rusa moderna del periodo 1900-1945. Comprende, en general, todas las escuelas y tendencias, desde las de inspiración clásica a las rupturistas. Esta colección la inicié aproximadamente en las mismas fechas que la de documentos, muy a finales de los 80, y en ella perseveraré —como decía— prácticamente también hasta hace unos diez años. Actualmente, sus piezas siguen en mi poder. Y será la conclusión final de la desgraciada guerra de Ucrania el elemento que decidirá, por mí, todo lo relacionado con el destino final de esta colección.

Recuerdo con gran lujo de detalles el día que cayó Berlín en mayo de 1945, porque era niño alumno de la Deutsche Schule de Barcelona y viví la convulsión que allí se produjo en aquella ocasión tan señalada. Y recuerdo también (porque seguí mis estudios en el Lycée Français, en el mismo edificio, como

si no hubiera pasado nada) que en ningún país aliado se evitó ni la música de Bach ni la edición y lectura de obras de Goethe o de Hegel. Pero hoy, de momento, parece como si hubiera estado dedicándome a coleccionar algo impresentable, prohibido, lo cual casi me debería haber satisfecho. No obstante, este no ha sido el caso, habida cuenta del drama humano que la invasión de Ucrania ha causado.

No querría dar impresión de albergar amargura personal por haber decidido coleccionar objetos que hoy resultan ser no solamente políticamente incorrectos, sino además reprobados. Puedo reconocer que, efectivamente, en parte para financiar la continuación de mi coleccionismo, vendí en su día alguna obra rusa, con gran provecho económico, por cierto. Son obras que, más que por este motivo material (la mayoría de las obras siguen conmigo), me atrajeron mucho a primera vista, siguen acompañándome y me dan mucho placer cada día del año.

Para indicar algún rasgo del actual momento de alteración e incertidumbre, menciono un caso concreto de travestismo historicista relacionado con esta guerra. Así, importantes pintores considerados históricamente como rusos (por parte de ellos mismos, de sus padres, de sus descendientes, de sus seguidores y de sus estudiosos de cualquier origen), como David Burliuk, Nathan Altman o Alexander Bogomazov, de repente ya no son rusos, sino ucranianos (es más, según la posverdad imperante, nunca fueron rusos y, además, resulta que después de la desgraciada agresión bélica rusa ya no se pueden ser las dos cosas a la vez, rusos y ucranianos o viceversa).

Concretamente, a Bogomazov le ha sucedido lo mismo que a muchas personas de Cataluña, que siempre se habían llamado de una forma, pero que desde hace poco ya solamente se llaman de otra. De esa forma, Bogomazov ahora ya se llama solamente Olexandr, y con su nuevo nombre figuran algunas de sus magníficas obras, que ya no son rusas (motivo por el cual sí que se pueden mostrar y se han salvado por los pelos debido a la localidad de su nacimiento) y que se encuentran expuestas hoy temporalmente en el museo Thyssen de Madrid.

Se comprende que la agresión rusa a Ucrania haya provocado, además de la gran tragedia humana y de destrucción que trae consigo una guerra de invasión, otros efectos en comparación muy menores, como el resentimiento antirruso (de la mayoría, justificadamente solidaria con el país arrasado) y el oportunismo (de los comerciantes de arte, que pretenden sobrevivir a pesar de las prohibiciones pendulares) que se comentan aquí.

En el ámbito de la pintura moderna, muy a principios de los 90, no existía en los países occidentales ni afición por la pintura rusa ni conocimiento de ella, salvo sobre las obras suprematistas y constructivistas. Estas habían irrumpido, con gran resonancia, en los mercados y en la museística, con

ocasión de la llegada desde Rusia de parte de la colección Costakis, la cual había sido parcialmente exportada por este genial coleccionista de origen griego (de economía más estrecha que la mía) con el beneplácito del Gobierno soviético.

Trabajaba entonces en Sotheby's en Londres un gran experto en iconos, y a sus subastas bianuales de estas piezas sacras decidieron añadir una pequeña «cola de catálogo» dedicada a óleos y obras sobre papel rusas. Estos objetos los ponían a la venta los sucesores de familias de la emigración rusa de 1917 y años siguientes por si les pudieran interesar a alguien. El responsable de pintura rusa de esta casa de subastas, a quien conocí cuando llevaba ya tiempo adquiriendo en ella, me consideraba el único cliente repetitivo (es decir, coleccionista), ya que el resto de compradores de estas pinturas eran, según él, ocasionales y principalmente por motivos ornamentales o de decoración. O sea, que, si acaso, el interés del mercado no era tanto artístico como artesanal.

Esa pintura rusa desconocida y entonces ofrecida sin publicidad alguna era un arte que, visto por mí, tenía un valor intrínseco indudablemente firme, que no quedaba reflejado en sus precios. Su aparición configuraba un terreno de caza ideal para un buscador apegado a sus independientes percepciones y criterios, que se sentía seguro ante la calidad y la belleza, pero que a la vez no estaba dispuesto a «tirar la casa por la ventana».

Si se hubiera tratado de arte belga, holandés o checo, sin necesidad de llegar a la situación del italiano, alemán o francés de la misma época, habría tenido precios entre 10 y 50 veces más altos en determinados niveles de calidad creativa.

Cuando ya me encontraba embarcado en plena expedición, el panorama acabaría cambiando de la noche a la mañana, porque los jóvenes jefes rusos que se nutrieron a espaldas aprovechándose de la escandalosa privatización neoliberal de las grandes empresas extractivas de recursos naturales a partir de 1992 decidieron emular a los coleccionistas históricos (de finales del siglo XIX y principios del XX): Morozov, Tretiakov, Shchukin y Riabushkin. Así, empezaron a comprar obra rusa principalmente en Londres, pero también en París y Nueva York, y a repatriarla y colgarla en las paredes de sus mansiones en Moscú y San Petersburgo.

En otros casos, las imperfecciones de los mercados se produjeron a otra escala, en microsituaciones de especial oportunidad, como sucedió en los siguientes casos de mi colección de documentos, fruto de adquisiciones fortuitas:

- Discurso de la Victoria en Europa del Presidente Truman (1945).
- Discurso del Presidente Truman en la fundación de Naciones Unidas (1945).

- Discurso de la Victoria del General De Gaulle ante la Asamblea (1945).
- Discurso del General Marshall en el *Commencement Day* en la Universidad de Harvard (1947).
- Acta estenográfica de la reunión del Consejo de Ministros del Gobierno Provisional de Kerensky (25 de octubre juliano, o sea, 7 de noviembre gregoriano de 1917), durante la que se inició la revolución bolchevique.
- Galerada del editorial de *PRAVDA* sobre el «pacto germano-soviético» corregida a mano por Stalin y Molotov (1939).

En el caso del último documento señalado, la oportunidad surgió como consecuencia de una macrosituación, de una amplia coyuntura general. La venta precipitada de este impresionante documento fue uno de los muchos casos absurdos que se produjeron como consecuencia del caos general que tuvo lugar en Rusia cuando se produjo el hundimiento del régimen soviético. La histórica revista *Literaturnaya Gazeta* de Moscú —que había sobrevivido a una larga sucesión de avatares históricos— se encontró en una situación financiera insostenible y decidió ir vendiendo su archivo documental en un momento en que nadie estaba allí con capacidad para concentrar atención ni interés en temas archivísticos históricos, por señalados que estos fueran. Pero allí sí estaba un gran amigo, Boris Nikiforov, mi delegado para estos menesteres y empedernido buscador moscovita, que actuó —como era su costumbre— pronta y eficazmente, con los consabidos limitados medios que se le habían enviado *ad hoc* previamente por medio de Western Union.

Los dos primeros documentos de mi lista también merecen un comentario sobre su hallazgo. El presidente Truman tuvo un jefe de prensa que conservó textos de sus discursos radiofónicos a la nación, algunos de gran trascendencia, como por ejemplo los que pronunció para comunicar el final victorioso de la segunda guerra mundial en Europa y otro correspondiente a la apertura del gran congreso de San Francisco en el que se fundaron las Naciones Unidas. Truman leyó estos textos corregidos por él a mano y colocados frente al micrófono, y cuando, en cada una de estas ocasiones, sonaba el himno nacional se levantaba y salía de la sala de grabación. En esos momentos su jefe de prensa tomaba los folios y los guardaba en su cartera. Hasta nueva orden.

El día que tanto el presidente como su jefe de prensa cesaron en sus cargos, este último limpió los cajones de su mesa y se llevó estos papeles como recuerdo. Sus nietos (deducción plausible a tenor de las correspondientes fechas) decidieron venderlos. Cuando el personal de Christie's en Nueva York comprobó cierta impaciencia de los vendedores, les propuso incluir los documentos en una venta no tan adecuada (dedicada a «Deportes y artes dramáticas»), pero de fecha anterior a la subasta idónea. Esta fue una decisión

impaciente y equivocada para los vendedores, para quienes la prisa resultó ser mala consejera. Y así ocurrió.

El coleccionista que protagonizó esta adquisición rastreaba en los catálogos de subastas de documentos y libros centradas en temas diferentes de los que le interesaban, porque era en ellos donde, con poca esperanza de que allí surgieran los pretendidos, sí podía en cambio mantener su esperanza de poderlos adquirir efectivamente, si allí aparecían fortuitamente.

En Drouot, en París, en aquellos años actuaban casi cuatrocientos *commissaires-priseurs*; y después la industria de ventas públicas se consolidó significativamente. El coleccionista concentraba su atención en aquellas subastas que cumplieran las tres condiciones selectivas siguientes: comisario subastador menor, a poder ser de provincias, subasta no especializada y fechas vacacionales. Tenía su experiencia en subastas francesas más concurridas, en las que en una ocasión la correspondiente adjudicación le había venido interceptada por el ejercicio del derecho de tanteo activado por el Estado.

Aunque resulte difícil de creer, puedo afirmar que, en subastas de perfil bajo, en el espacio temporal de entre dos y tres años, conseguí adquirir en Drouot documentos de excepcional atractivo, mientras los encargados de velar por el interés público museístico francés, de los Inválidos o de la Bibliothèque Nationale, estaban tomando su descanso veraniego:

- El texto del histórico discurso del General Marshall en Harvard el 7 de junio de 1947, firmado por el autor, que fue el punto de arranque de su conocido plan (documento que finalmente ha regresado, casi ochenta años después, a la biblioteca de la universidad en la que se leyó).
- El texto del único discurso registrado de la Victoria, el 15 de mayo de 1945, del General De Gaulle, corregido a mano y leído ante la Asamblea Consultativa.

Otro buen ejemplo de deslocalización de la venta se produjo cuando los sucesores del librero de Nueva York H.P. Kraus, especializado en el mundo clásico grecorromano y en el Renacimiento, decidieron la liquidación en subasta de su inventario. Estos vendedores pretendieron la venta «en bloque» sin entrar en una catalogación, labor que dejaron al subastador y sin excluir de la lista ningún elemento atípico (que, sin duda, figuraba en ese inventario, porque a su vez el pariente librero debió comprar ese lote extraño como parte de un conjunto adquirido a otros herederos —los del ministro Gagarin—, quienes verosímelmente tampoco desearon complicarse demasiado la vida).

Junto con todo tipo de ediciones sobre los temas de Grecia y Roma apareció en esta subasta un elemento inusitado: el archivo entero del mencionado ministro Gagarin de la Corte Imperial de Rusia. Y, como parte de este, las actas estenográficas de las reuniones del Consejo de Ministros del Gobierno

Provisional de Kerensky. ¡Y a su vez, entre estas últimas, el acta de la reunión durante la que estalló la revolución bolchevique! ¡En la que queda reflejada cómo Trotsky se enfrentó con el presidente y abandonó la reunión! Y noventa años después, en las antípodas, este buscador tuvo el honor de dar con uno de los dos ejemplares conocidos de esta pieza clave de la archivística del siglo pasado. Se trató de un golpe de suerte, porque este elemento esencial del lote no venía consignado en el catálogo y fue una gran sorpresa la que tuve al abrir el archivo en Madrid.

Con estos comentarios he pretendido ilustrar el enfoque de un coleccionismo apasionado, mitad experimento intelectual y mitad aventura callejera, que practiqué deambulando por las ciudades europeas en busca de librerías de antiguo y mercadillos, donde pudiera haber quedado relegado o destinado al olvido algún documento interesante.

También he pretendido poner en evidencia otro aspecto de ese tipo de coleccionismo que consiste en ir a contracorriente, impulsado por la curiosidad, en separarse de los tumultos, de las referencias y de las costumbres, para conseguir avanzar sin pretender modificar demasiadas voluntades por medio de un empleo desenfadado del dinero.

Por último, debo comentar también que no es concebible perseverar, con medios limitados, en la construcción de una colección ambiciosa sin que intervenga en el juego, día a día, ese gran elemento propulsor, siempre tan «efectivo» (precisamente porque es «afectivo»), que es el amor a lo que se hace y se consigue, la decepción cuando se desvanece una perspectiva, el tesón ante los retos y las dificultades. Porque coleccionar con pocos medios no consiste en una mecánica, no es una consumación, es un juego que no solamente deja un rastro, una trayectoria o un registro de actuación con sorpresas y accidentes, sino que aporta un resultado y constituye una construcción inspirada, un discurso con su propio hilo argumental.

JOSÉ MARÍA CASTAÑÉ ORTEGA

ESTUDIOS

La Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español¹

The Board of Qualification, Valuation and Export of Spanish Historical Heritage Assets

ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS

Catedrática de Derecho Civil. Vicepresidenta emérita del TC

Resumen

La función social de la propiedad de obras de arte permite al Estado establecer sistemas para su protección. Los problemas históricos de todos conocidos dieron lugar a una legislación muy abundante desde mediados del siglo XIX, especialmente a partir de la Restauración con el fin de evitar exportaciones descontroladas de bienes inmuebles y de bienes muebles.

En el año 1922 y dentro de las disposiciones de Hacienda relativas al pago de aranceles, se crearon las Comisiones de valoración de objetos artísticos cuyas funciones consistían en la calificación del objeto que se quisiera exportar y su valoración. Dichas Comisiones se mantuvieron con distintos nombres y con esta misma finalidad, ampliada a las exportaciones, hasta que el artículo 2 de la Ley de Patrimonio Histórico Español de 1985 la reforzó como organismo independiente.

La regulación vigente denomina a la primitiva comisión de 1922 como Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio

1. Agradezco al profesor César Cierco Seira su disponibilidad para las consultas que le he realizado.

Histórico Español. Le da la naturaleza de órgano colegiado y consultivo, y le reconoce competencias para la calificación de los objetos históricos en las condiciones que establece, en los casos de petición de exportación, permuta y otros. Al mismo tiempo se crea una sección de valoraciones.

La Junta es un organismo independiente y sus informes son preceptivos, pero no vinculantes en lo que se refiere a las calificaciones de los bienes, pero tienen una diferente naturaleza en lo que se refiere a las competencias para efectuar valoraciones, previstas también en la LPHE. Sus informes tienen los caracteres de la discrecionalidad técnica y no son impugnables independientemente de la resolución administrativa que informan.

Palabras clave

Función social de la propiedad, Competencia de la Junta de Calificación, Informes.

SUMARIO: I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD DE LAS OBRAS DE ARTE. 1. *Algunos antecedentes*. 2. *¿En qué consiste la función social?* II. LA JUNTA DE CALIFICACIÓN, VALORACIÓN Y EXPORTACIÓN DE BIENES DEL PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL. 1. *Algunos antecedentes*. 2. *La Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español*. 2.1. La estructura de la Junta en la actual regulación. 2.2. Las competencias de la Junta en la LPHE. 2.3. El desarrollo de las competencias en el Reglamento de 1986 (RPHE). 3. *La Junta, órgano colegiado*. 4. *La Junta, organismo perteneciente a la Administración consultiva*. 4.1. Los informes preceptivos y no vinculantes de la Junta. 4.2. Los informes sobre valoración de bienes. III. CONCLUSIONES. IV. UNA PEQUEÑA ESTADÍSTICA. V. BIBLIOGRAFÍA.

Abstract

The social function of the ownership of works of art allows the State to establish systems for their protection. The historical problems of all known gave rise to a very abundant legislation since the mid-nineteenth century, especially since the Restoration in order to avoid uncontrolled exports of real estate and movable property.

In 1922 and within the provisions of the Treasury regarding the payment of tariffs, the Commissions of valuation of artistic objects were created whose functions consisted in the qualification of the object that was to be exported and its valuation. These Commissions were maintained with different names and with this same purpose, extended to exports, until

article 3.2 of the Spanish Historical Heritage Law of 1985 reinforced it as an independent body.

The current regulation calls the primitive commission of 1922 as the Board of Qualification, Valuation and Export of Spanish Historical Heritage Assets. It gives it the nature of a collegiate and consultative body and recognizes powers for the qualification of historical objects under the conditions it establishes, in cases of export request, exchange and others. At the same time, a ratings section is created.

The Board's reports are mandatory but not binding with regard to the qualifications of assets. Their reports have the characteristics of technical discretion and are not challengeable regardless of the administrative decision they report.

Keywords

Social function of property, Competence of the Qualification Board, Reports.

SUMMARY: I. BY WAY OF INTRODUCTION: THE SOCIAL FUNCTION OF THE OWNERSHIP OF WORKS OF ART. 1. *Some background.* 2. *What is the social function?* II. THE BOARD OF QUALIFICATION, VALUATION AND EXPORT OF SPANISH HISTORICAL HERITAGE ASSETS. 1. *Some background.* 2. *The Board of Qualification, Valuation and Export of Spanish Historical Heritage Assets.* 2.1. The structure of the Board in the current regulation. 2.2. The powers of the Board in the Spanish Historical Heritage Law. 2.3. The development of powers in the 1986 Regulation. 3. *The Qualification Board, collegiate body.* 4. *The Board, a body belonging to the Advisory Administration.* 4.1. Mandatory and non-binding reports. 4.2. Valuation reports. III. CONCLUSIONS. IV. A SMALL SAMPLE. V. BIBLIOGRAPHY.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD DE LAS OBRAS DE ARTE²

1. ALGUNOS ANTECEDENTES

Las instituciones jurídicas pueden algunas veces parecer un arcano para la mayoría de los ciudadanos. En general, se piensa que el derecho de propiedad ofrece a quien es su titular un poder omnímodo, derivado del Derecho romano, que le permite usar, disfrutar y disponer de las cosas

2. Me limito a resumir aquí una parte de lo que sostengo en mi trabajo «Función social de la propiedad. El caso de las obras de arte antiguo», *LawArt* 3, 2022, pp. 23-69.

a su gusto y manera. Incluso hay quien piensa que su poder sobre la cosa permite incluso su destrucción. Pero ello no es así, en el momento en que se introduce la función social de la propiedad como elemento intrínseco de la misma.

El concepto moderno de propiedad está íntimamente ligado con el cumplimiento de la función social en el sentido constitucional del término, pero también lo es que la evolución del derecho de propiedad es decisiva a partir del 1789. La declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en su art. 17 dice que *«La propiedad es un derecho inviolable y sagrado del que nadie puede ser privado, a menos que así lo requiera claramente la necesidad pública legalmente comprobada y bajo la condición de una indemnización previa y justa»*³. Esta definición es una pieza esencial del credo burgués y seguirá siéndolo durante todo el siglo XIX y buena parte del XX. La propiedad se identificará entonces con la libertad, y el poder de disposición será considerado el aspecto principal. Este concepto se reproducirá en las Constituciones españolas del siglo XIX a partir de la Constitución de 1812, que reflejaba claramente la misma relación entre libertad y propiedad que la Declaración francesa, cuando en su art. 4 decía que *«la Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas, la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen»*. Sin embargo, el siglo XX ve nacer el concepto de la función social de la propiedad que se introduce en las diferentes Constituciones europeas, especialmente en la de Weimar, de 1919, uno de los primeros textos constitucionales que reconoció derechos sociales. El art. 153 de dicha Constitución introdujo un párrafo donde se decía que la propiedad obliga y que su uso servirá al mismo tiempo al bien común. Lo que repite casi literalmente el art. 14 de la Constitución vigente en Alemania, que, después de garantizar el derecho de propiedad, establece (2) *«La propiedad obliga. Su uso debe servir al mismo tiempo al bien común»*.

La cláusula contenida en el art. 42 de la Constitución republicana de 1931 resultaba mucho más avanzada. Dicho artículo establecía que *«La propiedad privada está reconocida y garantizada por la Ley, la cual determina sus formas de adquisición y de goce y los límites de la misma, con el fin de asegurar su función social y de hacerla accesible a todos»*. Es decir, la Constitución de 1931 se adelantó a la de 1978, en la que la función social no consiste en la delimitación del contenido de la propiedad por medios externos o por una causa que obliga al propietario, sino que forma parte de su configuración constitucional como integrante del derecho de propiedad, lo que no implicará la indemnización (STC 227/1988, de 29 de noviembre, Ley de Aguas).

3. *«La propriété étant un droit inviolable et sacré nul ne peut en être privé si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité»*.

2. ¿EN QUÉ CONSISTE LA FUNCIÓN SOCIAL?

La primera duda se plantea acerca de su naturaleza: ¿es una cláusula general? ¿Afecta solo a la propiedad? ¿Puede llegarse a construcciones unívocas?

1.º «La fórmula literal «propiedad-función social» procede de la orientación sociológica, positivista, antiliberal, antimarxista e industrialista de A. Comte y L. Duguit», siendo el primero en emplearla Comte⁴.

2.º Pero la pregunta más importante es si se trata de un límite externo al derecho o, por el contrario, forma parte de su propio contenido, como elemento caracterizador. La doctrina actual está más de acuerdo en entender que la función social, tal como está recogida en la Constitución, forma parte de la propia estructura de la propiedad privada. De este modo se concluirá que no se trata de un límite externo ni tampoco de una obligación impuesta por la Constitución⁵. De modo que la función social unida a la utilidad individual determina el contenido del derecho de propiedad en cada caso.

La STC 8/1984, FJ 2 dice que

«la fijación del «contenido esencial» de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como un mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes».

3.º De este modo se concluirá que no se trata de un límite externo ni tampoco de una obligación impuesta por la Constitución. Siguiendo este camino, el contenido del derecho de propiedad debe determinarse por el legislador, según establece el propio art. 33.2 CE, que podrá establecer limitaciones negativas del contenido del derecho u obligaciones positivas.

Se utiliza aquí el mismo esquema que en el Protocolo adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 1952. De donde se deducen algunas reglas importantes: (i) nos enfrentamos a un derecho, la propiedad que tiene como contenido adquirir, usar, disponer de forma exclusiva y colectiva de bienes; (ii) estos bienes, sin embargo, no pertenecen de forma absoluta a quien es su titular según las reglas para su adquisición; ya la Carta de

4. F. REY MARTÍNEZ, *La propiedad privada en la Constitución española*, Madrid, Instituto de Estudios constitucionales, 1998, pp. 352-353.

5. J. C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ y J. ALFARO ÁGUILA-REAL, «Comentario al art. 38 CE», en *Comentarios a la Constitución española* (dirs. M. Rodríguez-Piñero y M. E. Casas; eds. E. Arnaldo Alcubilla y J. Remón Peñalver; coords. M. Pérez Manzano e I. Borrajo Iniesta), Madrid, Boletín Oficial del Estado, Ministerio de Justicia, Fundación Wolters Kluwer, 2018, tomo I, pp. 1247-1271.

Derechos Fundamentales de la Unión Europea habla de la adquisición legal; (iii) y el derecho como tal va a tener sus límites a nivel constitucional internacional: la expropiación por causa de utilidad pública y la regulación del uso de los bienes. En este último aspecto, no se elimina la propiedad, sino que, manteniéndose la titularidad del derecho, su ejercicio puede ser limitado por el Estado por razones de interés general.

El derecho de propiedad es un derecho fundamental. Y lo es con independencia del tratamiento constitucional recibido en el Constitución española de 1978⁶, que lo coloca en la sección segunda del título primero, *De los derechos y deberes de los ciudadanos*.

Los autores españoles distinguen desde la Constitución dos aspectos del derecho reconocido en el artículo 33.1: la propiedad como institución jurídica y como derecho subjetivo. Como institución jurídica va ligada a lo que se denomina el contenido esencial del derecho, que no puede desaparecer por una legislación posterior. Y si bien no existe una función social general para todos los bienes sin excepción, sino adecuada para tipo de bien, Luis Díez-Picazo señala que los bienes que pueden ser objeto de propiedad privada *«deben estar regulados de manera tal que no se prive al propietario de efectiva utilidad económica, ni de autonomía de la voluntad para usar y disponer de ellos»*⁷.

El problema que aquí se estudia se centra en el régimen jurídico de los bienes afectados por el ejercicio del derecho de propiedad y su confrontación con la función social. En definitiva, la pregunta es bien simple: ¿puede el legislador, en su función de determinar el ámbito constitucionalmente protegido, imponer a los propietarios determinadas cargas y obligaciones alegando la función social de los bienes de que es propietario? La respuesta es positiva y de hecho ya ha ocurrido en determinadas leyes, como la de la reforma agraria andaluza, que dio lugar a la STC 37/1987; sin embargo, no puede haber una respuesta absoluta.

La naturaleza constitucional de la propiedad privada se justifica en la función social tal y como he venido sosteniendo hasta aquí. Dicha configuración no significa en absoluto que se eliminen facultades del propietario, entendidas estas al modo tradicional, es decir, según el artículo 348 CC, sino que estas facultades de disfrutar y disponer de los bienes sobre los que recae la propiedad moderna deben ser ejercitadas según el concepto que significa la función social que la integra. No cambia el título. Solo cambia la forma de

6. Ver una explicación de las razones por las que el constituyente español colocó en una sección aparte en la sección segunda, junto con otros derechos, que también son de suma importancia el derecho a la propiedad privada, en L. Díez-Picazo Giménez, *Sistema de Derechos fundamentales*, Cizur Menor, Civitas-Thomson-Reuters, 2013, p. 506. Aunque esta cuestión es de suma importancia para la clasificación y la protección de los derechos fundamentales, no es objeto del artículo, por lo que no se profundiza en este tema.

7. L. Díez-Picazo Giménez, *op. cit.*, p. 510.

ejercer las facultades inherentes al propio título. La función social no constituye una cláusula general⁸, sino un principio del derecho⁹ que, como acabo de decir, dibuja un contenido distinto al tradicionalmente admitido. A esta conclusión nos lleva el grupo de disposiciones constitucionales contenidas, además de por el propio artículo 33, por el artículo 128 CE, que establece que «1. *Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general*»¹⁰; el artículo 38 CE, que proclama «*la libertad de empresa en el ámbito de la economía de mercado*»¹¹; el artículo 46 CE, que establece que «*los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad*»¹². Y todo ello bajo el paraguas del artículo 1.1 CE que proclama que «1. *España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho*».

Por tanto, cuando el legislador determina el régimen de cada bien o grupo de bienes en base a la función social que lo integra, no está expropiando nada, porque el titular de estos bienes sigue siéndolo y pudiendo ejercer las facultades propias de su título de propiedad. Baste señalar que en el sistema constitucional diseñado en 1978 la función social legitima la propiedad privada y más en este grupo de bienes cuyo disfrute y enajenación deben estar dirigidos al servicio del bienestar colectivo previsto en el artículo 44 CE¹³.

De los dos aspectos que se consideran esenciales en la propiedad privada moderna, la función social y la utilidad individual, la estructuración de un determinado régimen para determinados bienes muebles no altera la esencia de la propiedad privada, porque la Constitución sigue manteniendo la institución¹⁴. Establecer el régimen concreto de la propiedad sobre determinados bienes (inmuebles, históricos, etc.) le permite diseñarlo de acuerdo con la función social, y en caso de que eso ocurriera (p. ej., una expropiación sin compensación) la ley debería ser declarada inconstitucional. En definitiva,

8. Sobre esta temática, ver F. REY MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 349-350. Tal como se desprende de lo que se dice en el texto, mi opinión difiere sustancialmente de la sostenida por este autor.

9. Así, entre otros, Á. LÓPEZ LÓPEZ, *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 77.

10. L. I. ORTEGA ÁLVAREZ y L. ARROYO JIMÉNEZ, «Comentario al art. 128 CE», en *Comentarios a la Constitución española*, *op. cit.*, p. 834, donde señalan que «el precepto subraya con carácter general la licitud constitucional de la subordinación normativa de la propiedad privada al interés general, vinculando así las exigencias que se derivan de la función social del tipo de bien o derecho de que se trate», entre otros argumentos en la misma línea.

11. J. C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ y J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *op. cit.*, pp. 1247-1271.

12. J. GARCÍA FERNÁNDEZ, *Estudios sobre el derecho del patrimonio histórico*, Madrid, Fundación Registral, Centro de Estudios, 2008, p. 104.

13. H. SANTAELLA QUINTERO, *La propiedad privada constitucional: una teoría*, Madrid, Marcial Pons, 2019, pp. 105-106.

14. H. SANTAELLA QUINTERO, *op. cit.*, p. 89.

las palabras cuentan y en el artículo 33.2 CE su usa el término *delimitar*, no *limitar*. Es decir, fijar el ámbito en el que los propietarios se pueden mover, no poner límites¹⁵.

He planteado los problemas generales, a nivel constitucional, sobre la función social de la propiedad privada y creo haber integrado el principio de la función social, es decir, cómo debe entenderse lo que a nivel constitucional debe considerarse un principio que informa el concepto actual de la propiedad privada.

Pero las instituciones deben tener su guardián y el de la función social de la propiedad privada de determinados bienes muebles e inmuebles entendida según el art. 33.3 CE es la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español.

II. LA JUNTA DE CALIFICACIÓN, VALORACIÓN Y EXPORTACIÓN DE BIENES DEL PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL

1. ALGUNOS ANTECEDENTES

Dice García Fernández que la creación del Ministerio de Instrucción pública y Bellas Artes en 1900 «*supuso un paso de extraordinaria (sic) para la política del patrimonio Histórico y artístico*», ya que, a semejanza de Italia y Francia, España sufrió «*un ataque exterior, procedente de Estados Unidos, que causó daños irreparables en los bienes muebles e inmuebles*»¹⁶. En realidad, la creación de un organismo que acredite «*el valor oficial*» de los bienes que se pretendan exportar a los efectos de la liquidación de los derechos correspondientes es el precedente de la actual Junta de Calificación (La Junta).

A tal efecto, El Real Decreto de 16 de febrero de 1922, publicado el 19 de febrero, creó unas Comisiones de Valoración de objetos artísticos para examinar «*los objetos que se presenten a valoración, y certificarán si merecen la consideración de artísticos, y en caso de considerarlos como tales, el valor que a su juicio corresponda*»¹⁷. Este fue un antecedente de la actual Junta de Valoración.

15. En el mismo sentido que en el texto, 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, p. 47.

16. J. GARCÍA FERNÁNDEZ, *Nuevos estudios sobre el derecho del patrimonio histórico*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2020, pp. 57-58. El autor estudia la evolución del concepto de «antigüedades» en las diferentes disposiciones de finales del siglo XIX y principios del XX. Especialmente interesante es la referencia a las leyes de 7 de julio de 1911 y 4 de marzo de 1915. Ver pp. 310 -311.

17. El artículo 3 Real Decreto de 16 de febrero de 1922, decía: «*Artículo 3.º Se crean Comisiones de Valoración de objetos artísticos, formadas por personas de reconocida competencia y designadas por los Ministros de Hacienda e Instrucción pública y Bellas Artes. Estas Comisiones estarán*

A partir de este momento, las Comisiones de Valoración van apareciendo de forma sistemática en casi todas las disposiciones destinadas a proteger la riqueza histórico-artística española. El Real Decreto-Ley de 9 de agosto de 1926, después de prohibir la exportación de los bienes inmuebles (art. 8)¹⁸ y de los muebles (art. 28)¹⁹, para estos se establecía que «*la calificación de los objetos que se pretenden exportar se hará por las Comisiones de Valoración de objetos artísticos creadas por Real Decreto de 16 de febrero de 1922*» (art. 29.2).

El problema de la exportación de los bienes muebles e inmuebles²⁰ no cesó a pesar de estas disposiciones legales. No existe, en lo que a este artículo concierne, ninguna estadística de la actuación de las denominadas *Comisiones de Valoración* de objetos artísticos. La Constitución de 1931, en su art. 45, declaraba que «*Toda la riqueza artística e histórica del país, sea quien fuere su dueño, constituye tesoro cultural de la Nación y estará bajo la salvaguarda del Estado, que podrá prohibir su exportación y enajenación y decretar las expropiaciones legales que estimare oportunas para su defensa*». Ello se traduce en la primera Ley de protección del patrimonio artístico nacional, de 13 de mayo de 1933, acompañada del Decreto de 16 de abril de 1936. En lo que respecta a los antecedentes de la Comisión, el art. 7 de la Ley de 1933 creaba una Junta Superior del Tesoro Artístico, dividida en secciones, una de las cuales se ocuparía de la reglamentación de las exportaciones (art. 8, 3.^a). El art. 43 de la ley de 1933 establecía que «*No se podrá exportar ningún objeto histórico-artístico sin el permiso de la Sección de Exportaciones de la Junta superior del Tesoro artístico*». En el caso que se concediese el permiso debía hacerse constar «*bajo la responsabilidad de la Sección de exportaciones o de la Junta en pleno, según los casos, que la salida no causa detrimento al Patrimonio histórico-artístico nacional*». El Reglamento para la aplicación de la Ley del Tesoro Artístico Nacional, de 16 de abril de 1936,

constituídas por cuatro individuos, dos por cada Ministerio, los cuales examinan los objetos que se presenten a valoración, y certificarán si merecen la consideración de artísticos, y en el caso de considerarlos como tales, el valor que a su juicio corresponda, en el documento dictamen que servirá de base para el adeudo. En caso de discrepancia, la Comisión lo notificará al Ministerio de Instrucción pública y Bellas Artes, el cual designará la persona técnica que haya de dirimir el desacuerdo».

18. En lo que aquí interesa, se decía «*queda absoluta y terminantemente prohibida la exportación de edificios desmontados en totalidad de sus partes componentes [...]*».
19. «*Se prohíbe la exportación de las obras cuya salida del Reino constituya un grave daño y notorio perjuicio para la historia, la arqueología y el Arte por el interés y valor histórico, arqueológico, artístico o documental que tuvieren. Podrá autorizarse únicamente la exportación de réplicas, imitaciones y copias, así como las de objetos u obras de cualquier clase que sean cuya exportación no pueda acusar el menor daño al Tesoro Artístico-Histórico, Arqueológico y Documental de España*».
20. García Fernández y Nebreda ponen el ejemplo del monasterio cisterciense de Sacramenia, en Segovia, que fue exportado en 1925 a pesar de estas disposiciones legales, pero que no fue el único. Ver L. NEBREDA MARÍN, «La protección del patrimonio histórico-artístico durante la Segunda República: Análisis de documentación legal», *Revista General de Información y Documentación*, vol. 28, n.º 1, p. 220.

determinaba la actividad y funcionamiento de la sección de exportaciones en los arts. 71, 72 y 73.

Es decir, el inicial control atribuido a la Comisión de Valoración, transformada en una sección de la Junta Superior del Tesoro Artístico, con la composición y las competencias que le atribuyeron la Ley de 1933 y su Reglamento, fue desarrollándose en el sentido de acentuar la competencia en la función no solo de las valoraciones, sino también en impedir las fugas de objetos de arte a través de exportaciones. Esta norma fue completada antes de la LPHE por diversos Decretos: el Decreto de 12 de junio de 1953 (BOE de 2 de julio) y los Decretos 1116 y 1117 de 3 de junio de 1960 (BOE de 15 de junio).

En el Decreto de 12 de junio de 1953 se pretendía regular el efectivo cumplimiento de las normas legales relativas al «comercio y exportación de obras de arte». En esta norma se reiteraba la prohibición de exportar materiales pertenecientes a inmuebles (art. 5) y «obras y objetos muebles cuya salida del territorio español pueda constituir notorio perjuicio a la integridad del Patrimonio arqueológico, artístico, histórico, documental y etnológico o folclórico de la Nación». Para ello, «la Comisión de Valoraciones y Exportaciones del Ministerio de Educación Nacional podrá también autorizar la exportación de obras u objetos artísticos originales o reproducciones valiosas siempre que a su juicio y bajo su responsabilidad, no se cause con ello detrimento al Patrimonio nacional». Pero lo que se establece a continuación ya acerca a esta Comisión, cuyo nombre aparece por vez primera en la normativa en este Decreto, a las actuales funciones de la Junta. Se le atribuye las de i) autorizar la exportación cuando con ello no se cause un perjuicio al patrimonio, y ii) dictamen favorable para la exportación de objetos cuyo valor sea superior a 50.000 ptas. oro, en cuyo caso la autorización correspondería al Ministerio de Educación.

Una nueva estructuración de la Comisión, que pasó a ser llamada *Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Obras de importancia histórica o Artística*, nombre más semejante al actual, tiene lugar en las reformas sobre exportaciones realizadas en los Decretos 1116 y 1117/1960, de 2 de junio (BOE de 15 de junio de 1960). En estos Decretos se producen los siguientes cambios: i) se reestructura la antigua *Comisión*, a la que se cambia el nombre, se determinan su composición y las reglas de su funcionamiento en el Decreto 1117/1960; ii) en el Decreto 1116/1960 se le atribuyen como funciones el dictamen favorable para la declaración de un bien mueble como parte integrante del Tesoro Histórico Artístico (art. 3); informe previo a la autorización de exportación de bienes muebles que no formen parte del Tesoro (art. 6); ordenar el depósito de los bienes muebles cuando las circunstancias lo aconsejen (art. 6.3); establecer las valoraciones de las multas a imponer en los casos de intento fraudulento de exportación.

No acaban aquí las regulaciones y modificaciones de la Junta. En 1979 se promulga el Real Decreto 3030/1979, de 29 de diciembre (BOE 19 enero 1980), donde se pone de relieve «*el notable incremento que en los últimos años viene registrándose en el comercio de las obras de arte*», lo que implica el aumento de la actividad de la Junta, que sigue teniendo la misma denominación que le había atribuido el Decreto 1117/1960. Se estableció allí la composición, la dependencia orgánica, la intervención del Ministerio de Hacienda y el régimen de funcionamiento. Al mismo tiempo, se derogaba el Decreto 1117/1960.

Esta era la situación en 1985, cuando se aprueba la Ley 16/1985 de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español (LPHE).

2. LA JUNTA DE CALIFICACIÓN, VALORACIÓN Y EXPORTACIÓN DE BIENES DEL PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL

2.1. La estructura de la Junta en la actual regulación

La Ley de Patrimonio vigente en la actualidad en su preámbulo declara:

«El Patrimonio Histórico Español es una riqueza colectiva que contiene las expresiones más dignas de aprecio en la aportación histórica de los españoles a la cultura universal. Su valor lo proporciona la estima que, como elemento de identidad cultural, merece a la sensibilidad de los ciudadanos, porque los bienes que lo integran se han convertido en patrimoniales debido exclusivamente a la acción social que cumplen, directamente derivada del aprecio con que los mismos ciudadanos los han ido revalorizando. En consecuencia, y como objetivo último, la Ley no busca sino el acceso a los bienes que constituyen nuestro Patrimonio Histórico. Todas las medidas de protección y fomento que la Ley establece sólo cobran sentido si, al final, conducen a que un número cada vez mayor de ciudadanos pueda contemplar y disfrutar las obras que son herencia de la capacidad colectiva de un pueblo. Porque en un Estado democrático estos bienes deben estar adecuadamente puestos al servicio de la colectividad en el convencimiento de que con su disfrute se facilita el acceso a la cultura y que ésta, en definitiva, es camino seguro hacia la libertad de los pueblos».

La LPHE tiene diversas finalidades: la de cumplir con lo dispuesto en el art. 44 CE, que obliga a los poderes públicos a promover y tutelar el acceso a la cultura (art. 44.1 CE); la de garantizar la conservación y el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España (art. 46 CE) y, desarrollar lo dispuesto en el art. 33.2 CE. En consecuencia, toma una serie de medidas sobre i) la clasificación de los distintos bienes que integran el patrimonio histórico, material e inmaterial (art. 1 LPHE); ii) la atribución a las Administraciones públicas de las competencias de los arts. 44, 46, 149.1.1 y 149.2 CE (art. 2 LPHE), y iii) la referencia a la Junta de Calificación de funciones consultivas (art. 3 LPHE), con el alcance que más adelante se verá.

2.2. Las competencias de la Junta en la LPHE

La LPHE no se limita a citar a la Junta en el art. 3, sino que le atribuye diversas funciones específicas en las siguientes disposiciones:

1.º Art. 32 LPHE: En las exportaciones de bienes importados pertenecientes a particulares es preceptivo dictamen en el régimen de importación que permite exportar el bien previamente importado. En el párrafo segundo se establece el procedimiento para proceder a la exportación y los plazos que podrán prorrogarse; la prórroga del régimen especial de exportación, *«se concederá siempre que la solicitud cumpla los requisitos exigidos por la legislación en vigor y oído el dictamen de la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español»*²¹.

2.º Art. 34 LPHE: Informe favorable en los casos de permuta con otros Estados de bienes muebles de titularidad estatal.

3.º Art. 74. Las valoraciones necesarias para la aplicación de medidas de fomento, establecidas en el título VIII LPHE.

4.º Art. 75.2 LPHE. Fijación del valor de los bienes exportados ilegalmente.

5.º Disposiciones adicionales 10 y 11 LPHE, con relación a adquisiciones de bienes de patrimonio histórico que se destinen a museos, archivos y bibliotecas de titularidad estatal y autonómica y los casos de contratos relativos al arrendamiento de colecciones.

2.3. El desarrollo de las competencias en el Reglamento de 1986 (RPHE)

De la lectura de las disposiciones reglamentarias se deduce que existen dos grupos de competencias de la Junta: i) las que le atribuyen competencias respecto de negocios jurídicos que tengan por objeto obras protegidas en la LPHE. Así se exige el informe previo en los casos de ejercicio por el Estado del derecho de tanteo, lo que no se requerirá cuando la obra se adquiera en subasta (art. 41 RPHE), en la solicitud del permiso de exportación de obras de arte (art. 47.3 RPHE), exportaciones temporales (art. 48.1 y 53 RPHE) y de libros (arts. 54.2 y 57 RPHE). Y ii) las que le atribuyen competencias decisorias respecto a valoraciones en determinadas circunstancias: así en el art. 63

21. El art. 32 LPHE regula las exportaciones de bienes muebles importados legalmente y declara que no podrán ser declarados BIC en un plazo de diez años. El segundo párrafo establece que *«tales bienes podrán exportarse previa licencia de la Administración del Estado, que se concederá siempre que la solicitud cumpla los requisitos exigidos por la legislación en vigor, sin que pueda ejercitarse derecho alguno de preferente adquisición respecto de ellos. Antes de que finalice el plazo de diez años los poseedores de dichos bienes podrán solicitar de la Administración del Estado prorrogar esta situación, que se concederá siempre que la solicitud cumpla los requisitos exigidos por la legislación en vigor y oído el dictamen de la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español»*.

RPHE se establece que *«En el Impuesto sobre Sociedades se considerarán partidas deducibles, de los rendimientos íntegros obtenidos a efectos de determinación de la base imponible, las donaciones puras y simples de bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español y que estén inscritos en el Registro General de Bienes de Interés Cultural o incluidos en el Inventario General»*. A estos efectos, el tercer párrafo añade que *«la Junta de Calificación, Valoración y Exportación efectuará la valoración de los bienes, a instancia del donante y en los términos previstos en el artículo 8.e) de este Real Decreto»*. La valoración de la Junta es también necesaria para la estimación de los bienes que pretenden entregarse en pago de los impuestos de sucesiones, patrimonio y renta de las personas físicas.

De aquí que la Junta pueda ser definida como un órgano colegiado y consultivo, pero en algunas decisiones, deberá ser considerado como decisorio.

3. LA JUNTA, ÓRGANO COLEGIADO

Desde su creación en 1922, la Junta ha sido siempre un órgano colegiado, cuyos miembros no pertenecen a la Administración pública en sentido estricto, aunque algunos sean nombrados por su cualidad de profesores universitarios.

El art. 7 RPHE establece la composición de la Junta:

«1. La Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español, adscrita a la Dirección General de Bellas Artes y Archivos del Ministerio de Cultura, estará compuesta por:

a) Dieciocho Vocales designados por el Ministro de Cultura, 15 de ellos a propuesta del Director General de Bellas Artes y Archivos y tres a propuesta del Director General del Libro y Bibliotecas, entre personas de reconocida competencia en los distintos campos de actuación de la Junta.

b) Cuatro Vocales designados por el Ministro de Economía y Hacienda, uno a propuesta del Director General de Aduanas e Impuestos Especiales y tres a propuesta del Director General de Tributos.

2. El Ministro de Cultura nombrará libremente un Presidente y un Vicepresidente de entre los miembros de la Junta que le proponga el Director General de Bellas Artes y Archivos [...]».

Como puede observarse, los miembros de la Junta no son funcionarios públicos dependientes del Ministerio de Cultura; pueden serlo en tanto en cuanto sean profesores universitarios, conservadores de Museos, etc., pero no tienen relación de dependencia con la Administración pública que debe decidir sobre los extremos atribuidos a la competencia de la Junta para informar. Hasta el punto de que la STS 2637/1999 utiliza el criterio de la reconocida

competencia de los miembros de la Junta, para aceptar su valoración, entre varios de los informes emitidos.

4. LA JUNTA, ORGANISMO PERTENECIENTE A LA ADMINISTRACIÓN CONSULTIVA

El órgano se integra en lo que la doctrina denomina *administración consultiva*, aunque tiene también un aspecto distinto, en relación con las competencias sobre valoraciones que, según determinadas disposiciones, corresponde efectuar a la Junta.

Brevemente, debo señalar que la doctrina administrativista ha proporcionado un concepto de administración consultiva. García de Enterría²² ya señaló que, de acuerdo con la estructura de la Administración napoleónica, las funciones de la Administración son tres: la activa, la deliberante y la consultiva, y respecto de esta señala que se trata de la asistencia técnica al jefe mediante dictámenes formales, pero también, a través de «una relación inmediata y constante». Los órganos consultivos exigen «una alta competencia técnica», además de hacer necesarios los requisitos formales y solemnes porque el órgano «activo debe requerir formalmente la consulta» y el consejo «ha de darse precisamente en forma de “dictamen”»²³. Me interesa subrayar dos características que destaca el autor: la independencia y la colegialidad del órgano, lo que debe aplicarse a la propia Junta, como ya se ha visto.

Los estudios y análisis de la administración consultiva tienen como modelo básico el Consejo de Estado y los organismos consultivos de las Comunidades Autónomas; la Junta participa de algún modo en esta característica, pero tiene caracteres propios. Por ello parece importante fijar la atención en el fundamental trabajo de Font Llovet sobre la administración consultiva. Este autor ofrece una para él «definición elemental» de lo que es un órgano consultivo, que es la siguiente:

«Se trata de aquel órgano administrativo al que el ordenamiento le atribuye con carácter permanente la función de aconsejar, asesorar y suministrar elementos de juicio a los demás órganos de la Administración pública»²⁴.

Añade este autor que la tipología de los órganos consultivos es muy variable²⁵, aunque, por lo general, los propiamente así llamados desarrollan su función con carácter permanente, ofrecen una composición colegiada y sus miembros son

22. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Aspectos de la administración consultiva», *Revista de Administración Pública*, n.º 24, 1975, p. 170.

23. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 173.

24. T. FONT LLOVET, «Órganos consultivos», *Revista de Administración Pública*, n.º 108, 1985, p. 55.

25. T. FONT LLOVET, *op. cit.*, p. 56.

técnicos o expertos²⁶. El concepto de órgano consultivo viene determinado por la actividad o función que el ordenamiento les atribuya²⁷ y sobre todo, según este autor, cuando el ordenamiento jurídico prevé la intervención de dicho órgano durante el procedimiento, el informe «*adquiere una relevancia jurídica propia de la actividad consultiva ordinaria*». Y de todas las funciones que según Font Llovet pueden concurrir en este tipo de actos administrativos, en este caso nos hallaríamos ante un denominado *informe técnico*, que no versa sobre aspectos jurídicos «*que se emite en base a conocimientos y criterios aportados por la ciencia o la técnica, pero que naturalmente tienen una relevancia jurídica notable*»²⁸.

De todo lo anterior debe concluirse que, por regla general, la Junta es un organismo consultivo cuya opinión se manifiesta por medio de la emisión de informes sobre los objetos establecidos en la LPHE y su Reglamento.

4.1. Los informes preceptivos y no vinculantes de la Junta

Dice Cierco Seira que los rasgos fundamentales de los «informes» en la Administración consultiva consisten en «*instrumentos para resolver*»²⁹, que contienen una «*declaración de juicio*» y que ilustran al órgano que realiza la consulta³⁰. A ello añade que debe entenderse por informe «*aquella declaración de juicio emitida por un órgano o Administración externos y cuya finalidad principal reside en el asesoramiento al órgano o Administración que solicita la consulta en el marco de un procedimiento administrativo*»³¹. Por tanto, la problemática se va a centrar en el valor de los informes, porque van a ser el «*acto en virtud del cual se exterioriza el ejercicio de la función consultiva*»³².

En general, los informes contienen una declaración de juicio del órgano que informa, aunque existen diversos tipos de informe, según lo disponga la ley o la norma jurídica que los exija. A tal efecto, es tradicional la distinción entre *informes preceptivos y los vinculantes*. Dice Cierco que en los informes vinculantes el autor viene a incidir en la competencia del órgano decisor y «*se parece más a un acto complejo formado a partir de la reunión de dos o más voluntades*», entre las que se encuentra la del órgano informante³³.

26. T. FONT LLOVET, *op. cit.*, p. 58.

27. T. FONT LLOVET, *op. cit.*, p. 65.

28. T. FONT LLOVET, *op. cit.*, pp. 66-67.

29. C. CIERCO SEIRA, «El ejercicio extemporáneo de la función consultiva», *Revista de Administración Pública*, n.º 58, 1, 2002, p. 78.

30. C. CIERCO SEIRA, «Algunas reflexiones sobre los informes vinculantes», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 21, 2002.

31. C. CIERCO SEIRA, «Los informes», en *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del sector público*. (coord. S. Fernández Ramos, J. Valero Torrijos; dir. E. Gamero Casado), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, vol. 2, p. 1641.

32. C. CIERCO SEIRA, «Los informes», *op. cit.*, p. 1640.

33. C. CIERCO SEIRA, «Los informes», *op. cit.*, p. 1661.

En todo caso, el informe forma parte de un procedimiento administrativo, tanto si es vinculante como si no lo es, pero se trata de un acto trámite que no puede ser impugnado independientemente de la resolución final³⁴. Según Cierco, a quien sigo en esta parte, el informe no puede ser recurrido, lo que, según dicho autor, se explica además porque se trata de un «*acto preparatorio, perteneciente a la instrucción, que pretende ilustrar, asesorar al órgano que ha de resolver*» y carece de capacidad para producir efectos jurídicos por sí solo. No puede causar directamente «*una lesión al patrimonio jurídico de los interesados*» y, por ello, el ordenamiento jurídico «*cierra las puertas a los mecanismos del recurso*»³⁵.

De acuerdo con ello, y trasladando esta interpretación a los informes que debe emitir la Junta, debemos decir lo siguiente: El art. 3.2 LPHE establece claramente que la Junta es una institución consultiva de la Administración del Estado. En principio, todos los informes que se le exigen en los supuestos antes recogidos serán informes preceptivos porque están exigidos en la ley, pero no son vinculantes. Esta ha sido la función principal, aunque no única, que ha ejercido la Junta a lo largo de toda su historia. Por tanto, debe aplicarse todo lo que acabo de decir sobre el valor de los informes que emite la Junta cuando está ejerciendo la función consultiva, es decir, en los permisos de exportación, salida temporal del bienes y permuta (art. 8 a, b y c del Reglamento). Ciertamente, los informes deben estar motivados, porque, de no estarlo, no serían tales informes. Pero hay que remarcar que un informe de la Junta no es decisivo para que la Administración pública tome la decisión respecto a los casos antes señalados; la Administración puede utilizar otros medios para asesorarse, contrastar y asegurarse de que el bien cuya exportación o permuta se piden deba entrar en la calificación que la Junta le ha atribuido. La decisión definitiva no corresponde nunca a la Junta, sino a la Dirección General que la tiene atribuida en el esquema administrativo y que utiliza a la mencionada Junta como organismo consultivo para tomar su decisión. Y la razón es bastante obvia: del examen de la legislación vigente hay que concluir que de una forma clara se atribuye a la Junta el asesoramiento en su calidad de órgano consultivo, y el contenido de sus informes será muy parecido al de los dictámenes periciales, dado que, al mismo tiempo, en un determinado conflicto, pueden utilizarse como tales³⁶. Es decir, el informe

34. Por esta razón no estoy de acuerdo en la afirmación del FJ 7 de la STS 756/2021, de 4 de marzo, cuando ante la alegación del recurrente de que no había podido hacer alegaciones a la prohibición de exportación, señala que las únicas que podría haber hecho se referirían al informe de la Junta, «*que consideró de excepcional importancia artística el cuadro, recomendando así su permanencia en España*». Como digo en el texto, el informe es un acto trámite y, como tal, no puede ser objeto de impugnación, porque la Administración puede decidir sobre la base de dicho informe o desviarse del mismo pidiendo otros informes.

35. C. CIERCO SEIRA, «Los informes», *op. cit.*, p. 1661.

36. C. CIERCO SEIRA, «Los informes», *op. cit.*, pp. 1649-1650.

debe existir en el expediente como requisito indispensable. Pero puede estar equivocado o ser absolutamente inútil, por ser general o vago; en estos casos, deberá subsanarse el defecto.

De aquí que debemos preguntarnos si el informe/dictamen de la Junta debe guiarse o no por unos determinados criterios, conocidos previamente, para evitar la inseguridad de los propietarios de los bienes cuya exportación se pide y, al mismo tiempo, impedir la arbitrariedad. Bergel³⁷ señala que los propietarios de obras de arte *«suelen alegar arbitrariedad y desviación de poder en la toma de decisiones de denegación del permiso»* de exportación, pero al mismo tiempo reconoce que no conoce ninguna decisión de los tribunales que haya contradicho el criterio de la Junta. Sin embargo, a pesar de ello, recomienda que *«se identifiquen los criterios utilizados por la Junta de Calificación en las decisiones sobre denegación de permisos de exportación y que haya consistencia y claridad en su aplicación»*³⁸.

Debe reconocerse el interés de la propuesta, pero, a mi modo de entender, hay que ligar la naturaleza del dictamen de la Junta con lo que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) para el dictamen de peritos. Efectivamente, el art. 335.1 LEC dice que *«cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes [...]»*, que será valorado según las reglas de la sana crítica (art. 348 LEC). No sostengo aquí que la Junta pueda considerarse como perito cuando ha informado según disponen sus normas reguladoras. Simplemente quiero decir que existe un cierto paralelismo entre ambas instituciones, hasta el punto de que la STS 2637/1999, de 20 de abril, en un caso de valoración al que después me referiré, acepta la realizada por la Junta diciendo que está

«Integrada por vocales designados por el Ministerio de Cultura entre personas de reconocida competencia en los campos de actuación de la Junta, la Comisión de Valoración goza de una cualificación y experiencia singulares en materia de tasación de bienes de valor histórico como el presente».

En la práctica aparecen planteados diversos problemas, algunos resueltos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS), respecto a aspectos complejos derivados de la naturaleza jurídica de la Junta.

37. Y. BERGEL SAINZ DE BARANDA, *op. cit.*, p. 115.

38. La autora, en páginas posteriores (pp. 116-125), hace una lista de criterios que a su parecer pueden ayudar a los propietarios, tales como la importancia del autor, la calidad de la obra, la rareza de la obra, la época, el periodo creativo, la relación con las colecciones españolas, la posibilidad de completar colecciones/suficiente representación en España, la relación de la obra con la historia de España y otros.

a) *Informe de la Junta y dictámenes periciales*. He dicho antes que algunos autores consideran que podría equipararse el informe preceptivo no vinculante a una prueba de peritos y he añadido que una cierta semejanza tenía. Esta misma —digamos— perplejidad aparece en algunas sentencias de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo. Por ejemplo, la STS 5393/2015, de 4 de diciembre, elude el tema cuando dice que en el expediente aparece

«un escueto informe de la citada Junta de Calificación, señalando simplemente las características de la obra pictórica. Que no es un informe pericial [resaltado mío], sino una ilustración sobre las cualidades del bien».

Por esta razón considera que no existe una indefensión, ya que la parte pudo alegar las razones que consideró oportunas.

Seguramente la sentencia que ha dado lugar a una mayor discusión sobre la problemática de la naturaleza del informe de la Junta es la STS 597/2022, de 17 de febrero, respecto a la valoración de las pruebas aportadas por la parte con relación a la importancia de una obra de Sorolla³⁹ —*Fin de jornada*— de propiedad privada, cuyos propietarios pidieron el permiso de exportación, que les fue denegado por resolución de 26 octubre 2016 sobre la base del informe de la Junta⁴⁰ que recomendó denegar el permiso de exportación y declarar la obra inexportable. La sentencia 375/2019, de 12 junio 2019, de la sección 6.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó el recurso, que fue recurrido en casación al Tribunal Supremo, quien lo estimó en la STS 597/2022, de 17 de febrero. La argumentación del TS para estimar dicho recurso y casar la sentencia recurrida fue la siguiente:

(i) El primer argumento se basaba en la problemática de la situación de los informantes expertos de la Administración y su situación de dependencia con respecto al órgano administrativo que debe decidir. Al respecto, la citada sentencia señala tres tipos de expertos: los peritos, cuyos dictámenes han

39. La acentuada anonimización que lleva a cabo el CENDOJ sin demasiado criterio de los nombres de las partes de un litigio ha hecho que Sorolla pase a ser llamado «el pintor Luis Ángel». Por tanto, si el lector busca Sorolla en la base de datos puede ser que encuentre alguna sentencia, pero nunca la serie entera de este asunto.

40. Dicho informe aparece en la Sentencia del Tribunal de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso, de 21 de julio de 2022. En él se dice: «por tratarse de una de las mejores pinturas realizadas por el artista durante su estancia en Jávea en el verano de 1900, periodo de especial relevancia dentro de su producción, ya que marca el inicio de su etapa más brillante, la comprendida entre 1900 y 1911, y que supone un momento clave para Luis Angel [en realidad Sorolla], ya que durante los meses de agosto y septiembre de aquel año, tras la obtención del Gran Prix en la Exposición Universal de París, se acentuó su interés por la captación de la luz a través de un color más vivo y una pincelada más suelta que evidencian un especial interés por lo inmediato muy desarrollado en sus etapas posteriores. Todo ello unido a la escasez de obras relevantes de ese momento concreto de su producción en las Colecciones Públicas españolas, así como su buen estado de conservación, la convierten en una obra de particular importancia para el Patrimonio Histórico Español».

de ser valorados de manera libre y motivada; los funcionarios insertos en la estructura jerárquica de la administración activa, y aquellos que trabajan en organismos dotados de cierta autonomía: el primero se encuentra en situación de dependencia y el segundo se encuentra en una situación diferente y, finalmente, según siempre la STS 597/2022, *«hay supuestos en los que los informes de origen funcional, aun habiendo sido elaborados por auténticos técnicos, no pueden ser considerados como prueba pericial»*. Concluyéndose que *«los expertos al servicio de la Administración pueden actuar como peritos y [que] sus dictámenes han de ser valorados de manera libre y motivada»*, aunque el juzgador debe precisar y ponderar en cada caso concreto, *«el mayor o menor grado de dependencia del experto con respecto al órgano administrativo llamado a decidir»*.

(ii) El segundo punto al que se refiere esta sentencia es el relativo a si existe una jerarquía entre los diferentes informes a la hora de valorar la prueba. La STS 597/2022 señala que la sentencia recurrida no aplicó en su momento las reglas de la sana crítica, porque debería haber examinado *«la mayor o menor solidez de cada uno de los dictámenes periciales, teniendo en cuenta sus fuentes, su desarrollo expositivo e incluso el prestigio profesional de su autor»*. Pero debe advertirse que al final del FJ octavo la sentencia examinada quiere dejar muy claro que, al admitir el recurso de casación,

«la Sala no ha entrado en absoluto a examinar si la valoración de la prueba es acertada» de modo que «Esta sala se ha limitado a constatar que la sentencia impugnada se basa en una visión errónea de la valoración de la prueba, especialmente en lo que atañe a los informes y dictámenes provenientes de la Administración».

Y ello porque la STS 597/2022 aplica el art. 348 LEC, de acuerdo con el cual la valoración de la prueba de peritos debe hacerse según las reglas de la sana crítica. En el FJ 7, la citada sentencia continúa:

«Ante una prueba pericial puede el juzgador formar su convicción sobre los hechos con libertad, dando a aquélla el peso que —habida cuenta de las circunstancias y del resto del material probatorio— considere adecuado. Pero debe hacerlo exponiendo las razones que le conducen, siguiendo el modo de razonar de una persona sensata, a aceptar o rechazar lo afirmado por el perito. La valoración de la prueba pericial según las reglas de la sana crítica es, así, una valoración libre debidamente motivada; algo que, como es obvio, exige realizar un análisis racional de todos los elementos del dictamen pericial, sopesando sus pros y sus contras».

La sentencia a la que me acabo de referir no anuló la decisión anterior por ningún criterio de fondo; solo entendió que faltaba en la sentencia recurrida la motivación suficiente quedando afectado el derecho a la tutela judicial efectiva y, por ello, devolvió al Tribunal de Justicia de Madrid el asunto para que motivara adecuadamente la sentencia de acuerdo con los criterios

proporcionados por el Tribunal Supremo. La sentencia del Tribunal de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 10246/2022, de 21 de julio, da cuenta de los diferentes informes que aparecen en el procedimiento respecto a la pintura y los resume en el FJ 12. Acaba por desestimar el recurso⁴¹.

De todos modos, la sentencia del Tribunal Supremo abre una puerta compleja, al entender que no puede atribuirse a ninguno de los dictámenes de la Administración un valor probatorio preferente⁴². Creo que el problema no está bien enfocado: el informe de la Junta no es en realidad una prueba, porque, como ya hemos visto, se trata del asesoramiento que necesita la Administración para poder tomar la decisión que, normalmente, se incorpora a la resolución administrativa o constituye un razonamiento de la decisión sobre la exportabilidad o no de una determinada pieza. Impugnada la resolución, puede ocurrir que la Administración utilice el informe de la Junta como prueba, pero lo que se impugna es la resolución que, repito, incluye el informe o lo reproduce. El informe de la Junta protegerá la decisión de la Administración contra la acusación de arbitrariedad, dado que va a constituir la motivación exigida.

b) *La discrecionalidad técnica*. Otra de las cuestiones relacionadas con la actuación de la Junta se refiere a la libertad de apreciación que esta tiene a la hora de formular el informe que le exige la LPHE y las normas reglamentarias que la desarrollan. En algunos casos se la ha acusado de arbitrariedad y

41. En lo que se refiere a la prueba pericial, los argumentos más interesantes son:

«Frente a ello no podemos sino no apreciar tal motivo impugnatorio, dado el material probatorio aportado, de cuya consideración no podemos sino deducir en su conjunto que ciertamente no estamos ante un cambio «radical», mucho menos arbitrario, en la actuación administrativa que se recurre.

En efecto, de los datos, informes y consideraciones aportada s autos, no podemos por menos que no poder apreciar arbitrariedad alguna en la actuación recurrida, que avalan hasta cinco informes técnicos oficiales, cual hemos recogido, así como el parecer inicial de la CAM en sede de protección de bienes, a lo que se añade la pericial o aportada y ratificada en autos por dicha parte demandada.

Frente a ello la actora hace especial hincapié en la autorización precedente (2007/2008), que no puede impedir tal razonado y avalado cambio de criterio al respecto, y en las cifras que aporta, que desde luego evidencian “per se” el uso cauteloso de la facultad restrictiva utilizada (sólo dos denegadas en los últimos años, entre ellas la presente, cual hemos recogido).

Tampoco la pericial de parte de la recurrente, ya comentada, permite entender carente de razón y motivación la actuación administrativa restrictiva a debate, no siendo además concluyente, entendemos, en sustentar la tesis actora (obra importante y original, aun no imprescindible, presencia en museos y no fuera de ellos, etc...). De otra parte, la motivación de la denegación resulta técnicamente (en términos histórico-artísticos) plausible, dada la propia descripción y visualización de la obra, su incardinación temporal y temática en la trayectoria del artista y la evaluación de la obra del mismo existente en colecciones públicas españolas en general y en el periodo concreto de 1900 y en Jávea en particular, cual ya se ha relatado».

42. Sobre el valor de los informes de la administración y las consecuencias de la STS 597/2022 en sentido crítico, véase FONT LLOVET. «Notas de jurisprudencia contencioso-administrativa». *Revista de Administración pública*, 218, p. 266.

para evitarla se sugiere que se hagan públicos los criterios por los que se rige a la hora de formular el informe. Se hace derivar la libertad de la Junta, lo que técnicamente recibe el nombre de *discrecionalidad técnica*, hacia la arbitrariedad, prohibida en el art. 9.3 CE. A tal efecto resulta interesante reproducir los razonamientos de la STS 74/2022, de 27 de enero, referida a otro caso de discrecionalidad técnica, las evaluaciones en un concurso de profesorado. Cita la propia jurisprudencia en sentencias anteriores y por ello resulta interesante. Así dice:

«[...] a efecto el control de la discrecionalidad técnica. De esta manera (i) remarca la posibilidad de aplicación de las técnicas de control que significan los elementos reglados, los hechos determinantes y los principios generales del Derecho; (ii) distingue, dentro de la actuación de valoración técnica, el denominado “núcleo material de la decisión” o juicio de valor técnico y sus “aledaños”, referidos éstos esencialmente a las actividades preparatorias o instrumentales encaminadas a delimitar la materia que vaya a ser objeto de ese juicio técnico; (iii) afirma la necesidad de motivar el juicio técnico por la obligación de cumplir el mandato constitucional de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que impone el artículo 9.3 de la Constitución Española, lo que conlleva la necesidad de motivar el juicio cuando así sea solicitado por algún aspirante o cuando sea objeto de impugnación; (iv) concluye que la fase final de esa evolución jurisprudencial la constituye la definición de cuál debe ser el contenido de la motivación para que, cuando sea exigible, pueda ser considerada válidamente realizada, declarando que: «Y a este respecto se ha declarado que ese contenido debe cumplir al menos estas principales exigencias: (a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y (c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás».

En definitiva, para evitar la arbitrariedad, debe existir la motivación exigida, pero ello no incide en la discrecionalidad técnica. Esto se refiere no a los informes de la Junta, sino a las decisiones de la Administración de denegar o aceptar la solicitud de exportación. La ya referida STS 597/2022 de 17 de febrero, en su FJ 6 se ocupa del *«carácter reglado o discrecional de la autorización para la exportación de obras de arte»*. La sentencia ofrece un argumento muy interesante, porque viene a afirmar que la exportación va a ser la regla y la denegación de la exportación es la excepción, en cuanto señala que

«solo si en el caso concreto concurre una causa que legalmente justifique la permanencia de la obra de arte en España [...] puede la Administración denegar la solicitud de exportación»,

aunque se añade que la concurrencia o no de causa es una cuestión que

«puede comportar cierto margen de discrecionalidad técnica; pero, como es sabido, la discrecionalidad técnica no equivale a la discrecionalidad en sentido propio ni, por consiguiente, implica que la Administración pueda adoptar su decisión según criterios de pura oportunidad o conveniencia».

En un sentido parecido, la STS 5393/2015, de 4 de diciembre, al referirse a la naturaleza de la denegación de un permiso de exportación, señalaba que dicha denegación

«[...] no es un acto discrecional, sino un acto que ejercita potestades regladas. Resultando especialmente relevante justificar por qué esa obra debe tener algún tipo de protección, como bien de interés cultural, como se hace en este caso cuando se señala que se trata de una obra de calidad, en buen estado de conservación, firmada, fechada y que presenta una de las tipologías más originales de su autor».

En esta sentencia se descarta que concurra ningún tipo de arbitrariedad, *«porque no pone de manifiesto que concurra una finalidad torcida de la Administración»*, porque, en definitiva y de acuerdo con lo que dispone la LPHE,

«la denegación de la exportación no es una medida desproporcionada si se tienen en cuenta los intereses concernidos, centrados en el mantenimiento y la conservación del patrimonio histórico artístico español como trasunto del acceso a la cultura, que son los que proporcionan cobertura a las técnicas de intervención, como es el control de la exportación, que establece la citada Ley 16/1985»⁴³.

La Junta es un órgano consultivo de una alta especialización técnica, cuyos criterios van a tener que ver con los conocimientos en un área altamente especializada, que difícilmente es asequible en general. Presupuesta la independencia y cualificación de sus miembros, la exigencia de unos baremos se hace absolutamente imposible. Muchas veces la exigencia de baremación se produce no para evitar la arbitrariedad que se alega, sino para rebajar la incidencia de la Administración en este tipo de mercados. Esto dicho en una clara referencia a la función social de la propiedad de este tipo de bienes, al que me he referido en la introducción de este estudio.

43. En el mismo sentido, véase el argumento de la STS 3154/2002, de 6 de mayo, que examina un caso de denegación de exportación de una pieza que figura en el Inventario General de Bienes Muebles del Patrimonio Histórico Español y dice: *«La sentencia recurrida razona correctamente cuando declara que el inicial y primer objetivo de la citada ley [LPHE] es la protección inmediata de los bienes del PHE, y que para su consecución arbitra toda una serie de instrumentos jurídicos, entre los que se encuentra el sometimiento a la autorización de la exportación de los bienes inscritos en el Inventario General; y asimismo en lo que viene a afirmar sobre que todo ello está al servicio de un objetivo final consistente en la puesta al servicio de la colectividad de dichos bienes».*

4.2. Los informes sobre valoración de bienes

Hasta aquí se ha estudiado la naturaleza de los informes de la Junta requeridos por la LPHE para determinadas operaciones relativas a los negocios jurídicos sobre bienes muebles que, o bien están inscritos en el Inventario, o bien han sido declarados BIC. Los informes son preceptivos y forman parte del procedimiento, pero no son vinculantes. Ahora quiero referirme a los informes requeridos para la valoración de determinados bienes en determinadas operaciones previstas en la ley, que tienen una naturaleza distinta, hasta el punto de que no son auténticos informes. Se trata de los arts. 74 y 75.2 LPHE, y las disposiciones que los desarrollan en el Reglamento, especialmente el art. 63.

La normativa a que he hecho referencia en este trabajo ha ampliado notablemente el primer objetivo de la Junta, que fue precisamente la valoración de las antigüedades que se pretendiera exportar. El art. 3 del RDL de 17 de febrero de 1922 creó *Las Comisiones de Valoración de Objetos artísticos* y decía que

«[...] *Estas Comisiones estarán constituidas por cuatro individuos [...] los cuales examinarán los objetos que se presenten a valoración y certificarán si merecen la consideración de artísticos y en el caso de considerarlos como tales, el valor que a su juicio corresponda, en el documento dictamen que servirá para el adeudo [...]*»,

al objeto del pago del arancel de exportación. Es decir, debía primero reconocerse la cualidad de bienes artísticos «*con antigüedad hasta mitad del siglo XIX*», para valorarlos a continuación a los efectos del pago de los aranceles correspondientes cuando pretendieran exportarse. En definitiva, calificaba y valoraba.

La dualidad de funciones estaba también presente en la Ley de 13 de mayo de 1933, pero ello se acentúa más si cabe en las sucesivas remodelaciones de la Junta, primero, como sección de Reglamentación de exportaciones de la Junta Superior del Tesoro Artístico y después como Comisión de Valoraciones (Decreto de 12 de junio de 1953, arts. 1 y 2), y luego en los Decretos 1116/1960, de 2 de junio y 1117/1960, del mismo día, donde ya se la nombra como *Junta de Calificación, Valoración y Exportación de obras de Importancia Histórica o Artística*.

Es la Ley actual la que atribuye a la ahora llamada *Junta* funciones de «valoración» en el art. 2 del Reglamento, de acuerdo con el que le corresponde:

«d) *Fijar el valor de los bienes exportados ilegalmente a los efectos de determinar la correspondiente sanción.*

e) *Valorar los bienes que se pretendan entregar al Estado en pago de la deuda tributaria y realizar las demás valoraciones que resulten necesarias para aplicar las medidas de fomento que se establecen en el título VIII de la Ley 16/1985.*

A tal fin podrá solicitar informe de peritos y de las instituciones consultivas a que se refiere el artículo 3.2 de la Ley 16/1985. Para efectuar la tasación los miembros de la Junta y los peritos que ésta designe tendrán acceso al bien para su examen. En el caso de bienes muebles la Junta podrá acordar su depósito en un establecimiento oficial.

f) Valorar los bienes que el Ministerio de Cultura proyecte adquirir con destino a bibliotecas, archivos y museos de titularidad estatal cuando éstos carezcan de sus propios órganos de valoración e informar el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto por la Administración del Estado, en los términos previstos en este Real Decreto».

En realidad, esta competencia está atribuida a una parte de la Junta. Efectivamente, el art. 9 del Reglamento de 1986 establece que:

4. «Se constituirá una Comisión de Valoración integrada por cuatro Vocales designados por el Ministro de Cultura, a propuesta del Director General de Bellas Artes y Archivos, de entre los contenidos en el apartado a) del artículo 7.º, y por los cuatro Vocales a que se refiere el apartado b) de dicho artículo.

El Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta del Director general de Tributos, designará al Presidente de la comisión de entre los miembros de la misma.

Compete a esta Comisión valorar los bienes a que se refiere el apartado e) del artículo 8 y las disposiciones transitorias primera y segunda de este Real Decreto» (subrayado mío ER).

Es decir, que los miembros de esta Comisión de Valoración específica serán elegidos entre los 18 miembros que nombra el Ministro de Cultura y, además, los 4 vocales elegidos por el Ministerio de Hacienda. Presididos por quien decida el Ministerio de Hacienda, no por el presidente de la Junta. A mi modo de ver, esta competencia no es meramente consultiva. De la lectura del art. 8 del Reglamento se deduce esta distinta naturaleza: efectivamente, en los apartados a), b) y c) se atribuyen a la Junta las competencias para «informar» y «dictaminar», mientras que en los tres siguientes apartados se utilizan las expresiones «fijar el valor de los bienes» y «valorar». De aquí creo que se puede deducir que este aspecto produce una actividad de la Junta en la que actúa con competencia propia y, en consecuencia, los informes pueden impugnarse directamente, que, por lo demás, es lo que viene ocurriendo.

Hay que poner de relieve que el órgano al que corresponde valorar los concretos bienes es la propia Junta y, por tanto, en este caso, debería establecer los criterios para la valoración. A este propósito la jurisprudencia del TS ofrece algunos ejemplos interesantes.

La primera STS a la que voy a referirme es la 2637/1999, de 20 de abril⁴⁴. Los recurrentes discrepaban de la valoración atribuida por la Junta a una pintura gótica propiedad privada; en el expediente figuraban varios dictámenes privados que otorgaban a la tabla un valor de entre 90 millones de pesetas y 50/60 millones, aunque la Junta le había fijado un valor de 40 millones de pesetas. La sentencia se inclina por utilizar «criterios de mercado» (FJ 9) y señala que

«el sistema idóneo para conocer el valor de mercado de un objeto artístico tan singular sería, justamente, cuánto estarían dispuestos a pagar por él los eventuales compradores en una subasta pública, lo que aquí no se ha producido. Otro tipo de tasaciones están inevitablemente teñidas de incertidumbre [...]».

En este caso, a la vista de las divergencias entre las valoraciones aportadas por las partes, el Tribunal Supremo se inclina por la valoración «oficial» realizada

«entre personas de reconocida competencia en los distintos campos de actuación de la Junta, la Comisión de Valoración goza de una cualificación y experiencia singulares en materia de tasación de bienes de valor histórico [...] la procedencia y la cualificación de sus integrantes conceden a sus juicios una presunción de acierto en los casos de duda como este» [y por ello considera que su apreciación] «debe prevalecer ante otro tipo de dictámenes, dada la especialidad del mercado del arte, la singularidad de la obra pictórica en cuestión y la ausencia de otros elementos de referencia con carácter objetivo, necesarios para desvirtuar aquella presunción».

44. «Sexto.—Es cierto que los actos administrativos contienen una motivación extremadamente sucinta. El inicial afirma que “Reunida esta Comisión de Valoración discrepó de la declaración de valor presentada, por lo que se procedió al preceptivo trámite de audiencia previsto en el artículo 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo, ya cumplimentado y transcurrido el plazo concedido. Esta Comisión de Valoración a los efectos de la Disposición Transitoria primera, número 5 del mencionado Real Decreto 111/1.986, ha resuelto no aceptar la declaración de valor mencionada por estimar que no se cumplen los requisitos establecidos en el apartado 4 de dicha Disposición, por no ser el valor declarado el de mercado a Julio de 1.986. En consecuencia se fija dicho valor con carácter definitivo en CUARENTA MILLONES DE PESETAS (40.000.000 Pesetas)». Por su parte, el acuerdo desestimatorio de la reposición se limita a exponer que «esta Comisión de Valoración, a los efectos de la Disposición Transitoria primera, número 5 del mencionado Real Decreto 111/86, ha resuelto no estimar el recurso de reposición por considerar que el valor de la obra, referido a Julio del 86, es el que más abajo se indica, no aportando la declarante ningún elemento objetivo o concreto que aconseje su variación y no siendo suficiente, a estos efectos, que la obra figure en el catálogo El Conventet, editado por la propiedad. En consecuencia, esta Comisión ratifica su valor de mercado referido a Julio de 1.986 con carácter definitivo, en cuarenta millones». Pero no se puede olvidar que esta valoración —que ya había sido comunicada a la interesada en el trámite de audiencia previo a resolver— es ratificada tras haber recibido la Comisión un dictamen, que ella misma había solicitado del DIRECCION001 del Museo de Arte de Cataluña, contrario a la valoración propuesta por la propietaria (90.000.000 pesetas), al que más tarde haremos referencia».

Ver, asimismo, la STS 955/2017, de 7 de marzo, relativa a la valoración de bienes con los que se pretende pagar una deuda tributaria.

A diferencia de lo que ocurrirá después en la sentencia del caso Sorolla, la profesionalidad de sus miembros lleva al Tribunal a dar al informe de la Junta un valor privilegiado.

Un caso realmente interesante es el resuelto por la STS 8156/2006, de 21 de noviembre. Se trataba del ejercicio por el Estado del derecho de retracto del cuadro de Goya *La condesa de Chinchón*⁴⁵. La Administración ejerció el retracto y pagó en dos plazos, de acuerdo con lo que dispone el art. 38 LPHE, el precio de 4000 millones de pesetas. El Estado hizo un primer pago de 2500 millones de pesetas el 30 de enero de 2001 y un segundo abono de 1500 millones el 11 de julio del mismo año. Los propietarios pidieron que se actualizara la cantidad fijada como precio de adquisición conforme a la variación del IPC desde el pago del primer plazo hasta el pago total y que esta cantidad devengara los intereses.

La STS 8156/2006, aplicando lo dispuesto en el art. 98 del Decreto 26 de abril de 1957, de Expropiación Forzosa, que establece que «*la demora superior a seis meses en el pago del precio total o de la anualidad correspondiente dará lugar a un recargo equivalente al interés legal*», entiende que, al no haberse producido esta demora, porque la Administración pagó en el plazo establecido legalmente, no es aplicable el recargo.

Esta sentencia fue recurrida ante el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, que pronunció la STEDH, de 28 de junio de 2011, *caso Ruspoli Morenés c. España*. En esta sentencia, el TEDH discute sobre la aplicación del Protocolo 1 del Convenio, y reconoce que dicho Protocolo exige la existencia de una «causa de utilidad pública», de modo que «*una injerencia en el ejercicio del derecho al respeto de los bienes en el sentido de la primera frase del art. 1, también debe perseguir un fin de utilidad pública*». La finalidad del retracto es facilitar el acceso por el público a la obra de arte en cuestión, por tanto, la medida fue correcta y, respecto del posible daño que habría sido producido por el hipotético retraso en el pago, el TEDH dice: (i) se les pagó la totalidad del precio de la venta del cuadro, dentro de los dos periodos contables que marca la ley, y (ii) los demandantes no podían razonablemente esperar una actualización del precio, ya que la ley disponía estrictamente que la Administración debía pagar el precio acordado en el acto de enajenación.

45. La Sala aceptó como hechos sobre los que se sustentaba la mencionada pretensión los siguientes: «*Los recurrentes eran propietarios del cuadro "La Condesa de Chinchón" de D. Blas que estaba clasificado como "bien de interés cultural". El catorce de diciembre de mil novecientos noventa y nueve hicieron saber a la Administración su intención de transmitirlo en las siguientes condiciones: precio, cuatro mil millones de pesetas (4.000.000.000 de pesetas); pago al contado; fecha de pago, treinta días después de que se tuviera constancia de que la Administración no iba a ejercer su derecho de adquisición preferente, para lo cual la fecha máxima era el quince de marzo de dos mil; por Orden de dieciocho de enero de dos mil el Ministerio de Educación y Cultura ejercita el derecho de tanteo y el diecisiete de febrero siguiente los propietarios entregaron el cuadro al Museo del Prado, sin que hasta siete meses después de la entrega hubieran percibido cantidad alguna*».

En este tipo de informes, como puede observarse, ante una impugnación se produce un control judicial y, como afirma Cierco Seira, «*el órgano jurisdiccional dispondrá de la plenitud de sus poderes para examinar en qué medida las irregularidades denunciadas constituyen un vicio susceptible de alcanzar eficacia anulatoria*»⁴⁶. De esta forma, al ser vinculante el informe sobre la valoración, puede ser objeto de impugnación específica dentro del procedimiento correspondiente porque ha sido una parte decisiva de la decisión de la Administración. Y así lo demuestra la jurisprudencia citada.

III. CONCLUSIONES

Rubio Núñez⁴⁷ realizó en 2020 un censo de los organismos consultivos en los diferentes Ministerios de la Administración española. Coloca a la Junta de Calificación en el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, en la organización vigente en aquel momento.

Esta es una demostración de que la Junta está considerada como un organismo consultivo y que sus informes son preceptivos en aquellos casos que marca la LPHE y no vinculantes. Pero la Junta no es un organismo cualquiera: sus decisiones al informar a la Administración que debe decidir sobre las exportaciones de bienes del patrimonio histórico inciden de una forma muy clara en el mercado del arte y, muy especialmente, en el mercado de arte antiguo. Lo que en un principio fue creado para valorar las llamadas en aquel momento «antigüedades», se ha ido transformando en un mecanismo de calificación de las obras cuyos propietarios pretenden exportar. Y es por ello por lo que algunos sectores vienen exigiendo a la Junta el establecimiento de criterios que se pretenden objetivos, para evitar la inseguridad jurídica.

Creo que he argumentado suficientemente que los informes de la Junta cuando se trata de calificar una obra a los efectos de que la Administración autorice o no su exportación, entre otros extremos, forman parte del procedimiento administrativo y no pueden ser impugnados independientemente de la decisión final. Los criterios que utilizan los miembros de la Junta son exclusivamente técnicos y, como ha dicho alguna sentencia, están emitidos por expertos en esta materia. Pero no son decisorios porque la Administración podrá demandar otros informes si lo cree conveniente. Lo que se impugna no es la calificación de la Junta, sino la decisión administrativa.

46. C. CIERCO SEIRA, «Algunas reflexiones acerca de los informes vinculantes», *op. cit.*, p. 273.

47. R. RUBIO NÚÑEZ, *La administración consultiva como mecanismo de participación ciudadana*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020, p. 53, en cierta sintonía con C. CIERCO SEIRA, «Los informes», *op. cit.*, p. 1643.

De lo que se ha estudiado hasta aquí debe concluirse también que la publicidad de los informes se cumple con la decisión administrativa. Es decir, si figuran en el expediente, como es debido, es la decisión de la Administración la que debería ser publicada. La Junta actúa en la Ley actual como un organismo independiente, cuyos componentes no dependen orgánicamente de la Administración.

A mi modo de entender, solo cuando se trata de valorar los bienes en aquellos casos en que la sección correspondiente deba hacerlo por así establecerlo la ley, sería conveniente instaurar unos criterios que, de acuerdo con la jurisprudencia, deben ser dirigidos por los precios de mercado, teniendo en cuenta la calidad de la obra y otras circunstancias que se presenten en el caso concreto.

La LPHE optó por la Junta como vigilante del patrimonio histórico español. La ha investido con competencias importantes que le permiten hacer efectiva la función social de la propiedad de estos bienes y cumplir así la norma del art. 33 CE. Es por esta razón por la que se producen tensiones sobre las decisiones de un organismo altamente especializado que ha ido ganando peso en un mercado complejo y opaco.

Quizá convenga acabar recordando el título de uno de los pocos trabajos escritos expresamente sobre la Junta de Calificación, el de su antiguo presidente Cruz Valdovinos, que subtítulo su conferencia de clausura en un Congreso celebrado en 2006 «Historiadores y estetas: ¡bajad del Limbo y hablemos de dinero!»⁴⁸.

IV. UNA PEQUEÑA ESTADÍSTICA

Nuestro país no es muy dado a utilizar estadísticas para probar algunas afirmaciones o, como en este caso, una realidad. Hay quien asegura que la Junta de Calificación es muy restrictiva a la hora de conceder permisos de exportación. Los datos obtenidos de la secretaría de la Junta creo que demuestran lo contrario⁴⁹.

En 2022 se han formulado 9.875 solicitudes de expedientes relativos a la exportación.

El número total de obras que contenían dichas solicitudes fue 28.282, porque según las fuentes consultadas, algunas pueden contener hasta 50 obras.

Solicitudes de exportación denegadas: 170.

48. J. M. CRUZ VALDOVINOS, «La Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico español. (Historiadores y estetas: ¡bajad del Limbo y hablemos de dinero!)», en *La multiculturalidad en las artes y la arquitectura. XVI Congreso Nacional de Historia del Arte*, Las Palmas de Gran Canaria, Gobierno de Canarias, 2006, p. 86.

49. Todo mi agradecimiento a D. Ángel Rivas Albaladejo, secretario de la Junta de Calificación, que me ha proporcionado los datos de los expedientes relativos al año 2022.

De donde se deduce que se autorizaron 9.705 expedientes de exportación.

Estos dos gráficos representan los datos referidos a autorizaciones y denegaciones de exportaciones producidas en el año 2021 y en los años 2017-2021.

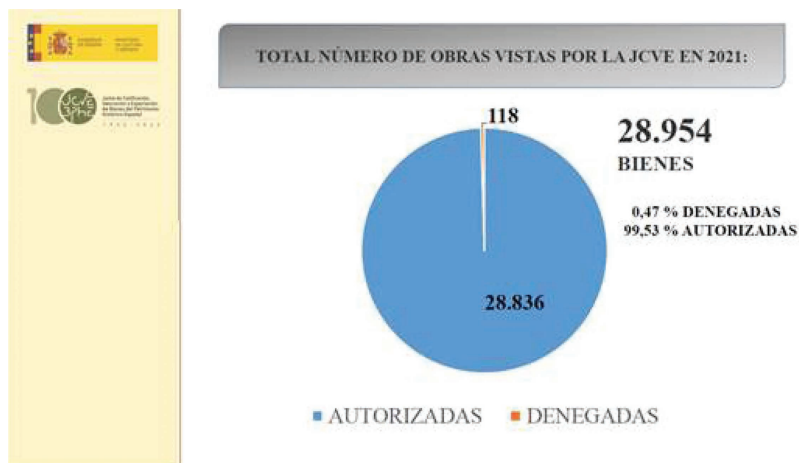


Gráfico 1: Total de expedientes vistos en 2021. Fuente: Ministerio de Cultura



Gráfico 2: Obras exportadas por años. Fuente: Beatriz Hernández Diéguez⁵⁰

50. Hernández Diéguez. «Exportación e importación de bienes del patrimonio histórico español. Conferencia pronunciada con motivo del Centenario de la Junta de Calificación. Ministerio de Cultura. <https://www.youtube.com/watch?v=aSSnvY3z3XQ>.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BERGEL SAINZ DE BARANDA, Yolanda: «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, pp. 39-140.
- CIERCO SEIRA, César: «Algunas reflexiones acerca de los informes vinculantes». *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 21, 2002, pp. 233-279.
- CIERCO SEIRA, César: «El ejercicio extemporáneo de la función consultiva», *Revista de Administración Pública*, n.º 58, 1, 2002, pp. 77-118.
- CIERCO SEIRA, César: «Los informes», en *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del sector público* (coord. Severiano Fernández Ramos, Julián Valero Torrijos; dir. Eduardo Gamero Casado), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, vol. 2, pp. 1639-1681.
- CRUZ VALDOVINOS, José Manuel: «La Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico español. (Historiadores y estetas: ¡bajad del Limbo y hablemos de dinero!)», en *La multiculturalidad en las artes y la arquitectura. XVI Congreso Nacional de Historia del Arte*, Las Palmas de Gran Canaria, Gobierno de Canarias, 2006, vol. 1, pp. 85-96.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis: *Sistema de Derechos fundamentales*, Cizur Menor, Civitas-Thomson-Reuters, 2013, 4.ª edición.
- FONT LLOVET, Tomàs: «Órganos consultivos», *Revista de Administración Pública*, n.º 108, 1985, pp. 53-86.
- FONT LLOVET, Tomás. «Valor probatorio y pericial de los informes técnicos de la Administración. *Revista de la Administración pública*, 218 mayo-agosto (2022), pp. 236-278.
- GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo: «Aspectos de la Administración consultiva (Prólogo a la traducción española de Mooney)», *Revista de Administración Pública*, n.º 24, 1957, pp. 163-184.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier: *Estudios sobre el derecho del patrimonio histórico*, Madrid, Fundación Registral, Centro de Estudios, 2008.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier: *Nuevos estudios sobre el derecho del patrimonio histórico*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2020.
- HERNÁNDEZ DIÉGUEZ, Beatriz. «Exportación e importación de bienes del patrimonio histórico español». Conferencia pronunciada con motivo del Centenario de la Junta de Calificación. 26 de mayo de 2022. Ministerio de Cultura. <https://www.youtube.com/watch?v=aSSnvY3z3XQ>.

- LÓPEZ LÓPEZ, Ángel, *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Madrid, Tecnos, 1988.
- NEBREDAS MARÍN, Lara: «La protección del patrimonio histórico-artístico durante la Segunda República: Análisis de documentación legal», *Revista General de Información y Documentación*, vol. 28, n.º 1, 2018, pp. 213-241.
- ORTEGA ÁLVAREZ, Luis Ignacio y ARROYO JIMÉNEZ, Luis: «Comentario al art. 128 CE», en *Comentarios a la Constitución española* (dirs. Miguel Rodríguez-Piñero y María Emilia Casas; eds. Enrique Arnaldo Alcubilla y Jesús Remón Peñalver; coords. Mercedes Pérez Manzano e Ignacio Borrajo Iniesta), Madrid, Boletín Oficial del Estado, Ministerio de Justicia, Fundación Wolters Kluwer, 2018, tomo I, pp. 832-841.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, José Cándido; ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: «Comentario al art. 38 CE», en *Comentarios a la Constitución española* (dirs. Miguel Rodríguez-Piñero y María Emilia Casas; eds. Enrique Arnaldo Alcubilla y Jesús Remón Peñalver; coords. Mercedes Pérez Manzano e Ignacio Borrajo Iniesta), Madrid, Boletín Oficial del Estado, Ministerio de Justicia, Fundación Wolters Kluwer, 2018, tomo I, pp. 1247-1271.
- REY MARTÍNEZ, Fernando: *La propiedad privada en la Constitución española*, Madrid, Instituto de Estudios Constitucionales 1998.
- ROCA TRÍAS, Encarnación: «Función social de la propiedad. El caso de las obras de arte antiguo», *LawArt*, 3, 2022, pp. 23-69.
- RUBIO NÚÑEZ, Rafael: *La administración consultiva como mecanismo de participación ciudadana*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020.
- SANTAELLA QUINTERO, Héctor: *La propiedad privada constitucional: una teoría*, Madrid, Marcial Pons, 2019.

Obras NFT y el mundo de las ideas de Platón: retos jurídicos para el arte del siglo XXI

NFT Artworks and the Theory of Ideas by Plato: Legal Challenges for 21st-Century Art

MARTA SUÁREZ-MANSILLA

Abogada especializada en derecho del arte – Artworld Law

Resumen

El presente trabajo pretende ofrecer una aproximación al fenómeno de los NFT y a su expansión en el ámbito particular de las obras de arte digitales. Esta realidad depende directamente del nacimiento y evolución de una nueva tecnología, la *blockchain*, cuyas aplicaciones y usos aún están en pleno desarrollo. El carácter cambiante y las mejoras permanentes de este nuevo lenguaje han aportado enormes ventajas para los creadores de arte digital, que han encontrado en esta tecnología una respuesta eficaz a sus necesidades de identificación, individualización y comercialización de sus obras. No obstante, las cuestiones jurídicas que se plantean al respecto, el carácter potencialmente transformador de la aplicación de estos protocolos y métodos de codificación, el automatismo de las transacciones y el funcionamiento de todas estas acciones con trascendencia jurídica en una esfera descentralizada ofrece un campo de exploración y trabajo constructivo al que los juristas debemos dar respuesta. Este estudio, exclusivamente centrado en las obras digitales certificadas como NFT, hace un repaso de distintos aspectos esenciales vinculados a este fenómeno, tanto en materia de contratación, como en asuntos fiscales, y recopila algunas de las principales incógnitas suscitadas hasta la fecha, con voluntad de arrojar algo de luz al respecto.

Palabras clave

Arte digital, criptoactivos, NFT, *blockchain*, *smart contracts*.

SUMARIO: ABREVIATURAS. I. LOS NFT: UNA OBRA DE ARTE PLATÓNICA. 1. *El «mito de la caverna» y el desdoblamiento de derechos*. 2. *El boom de los NFT*. 3. *Naturaleza jurídica de los NFT*. 4. *La respuesta a una necesidad*. II. ENTENDIENDO LA BLOCKCHAIN. III. LA EXPERIENCIA DE COMPRA DE UN NFT: EL COLECCIONISMO MILENIAL. IV. NFT Y LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL. 1. *Ideas generales*. 2. *Nuevas situaciones que los NFT plantean*. V. LOS SMART CONTRACTS. 1. *Naturaleza jurídica de los smart contracts*. 2. *Régimen jurídico aplicable y principales problemas de los smart contracts*. VI. IMPLICACIONES FISCALES DE LA COMPRAVENTA DE NFT. VII. CONCLUSIONES. VIII. BIBLIOGRAFÍA. IX. WEBGRAFÍA. X. NORMAS CITADAS.

Abstract

This paper approaches the phenomenon of NFTs and their expansion in the particular field of digital works of art. This reality depends directly on the birth and evolution of a new technology, the blockchain, whose applications and uses are still in full development. The changing nature and permanent improvements of this new language have provided enormous advantages for digital art creators, who have found in this technology an effective response to their needs for identification, individualization, and commercialization of their works. However, the legal issues that arise in this regard, the potentially transforming nature of the application of these protocols and coding methods, the automatism of transactions, and the operation of all these actions with legal significance in a decentralized sphere offer a field of exploration to which lawyers must respond. This study, exclusively focused on digital works certified as NFTs, reviews different essential aspects related to this phenomenon, both in terms of contracting and tax matters, and compiles some of the main unknowns raised to date, with the will to shed some light on it.

Keywords

Digital Art, cryptoassets, NFTs, blockchain, smart contracts.

SUMMARY: ABBREVIATIONS. I. NFT: A PLATONIC ARTWORK. 1. *“The Allegory of the Cave” and the Unfolding of Rights*. 2. *The NFT’s Boom*. 3. *Legal Nature of NFT*. 4. *The Answer to a Need*. II. UNDERSTANDING THE

BLOCKCHAIN. III. BUYING EXPERIENCE FOR NFT: THE MILLENNIAL COLLECTING. IV. NFT AND COPYRIGHT. 1. *General Ideas*. 2. *What New Situations Do the NFT Formulate?* V. SMART CONTRACTS. 1. *Legal Nature of the Smart Contracts*. 2. *Current Legal Framework and Main Problems of Smart Contracts*. VI. TAX IMPLICATIONS OF NFT TRADE. VII. CONCLUSIONS. VIII. BIBLIOGRAPHY. IX. WEBGRAPHY. X. LIST OF MENTIONED LEGISLATION.

ABREVIATURAS

CC: Código Civil

IS: Impuesto de Sociedades

ITP: Impuesto de Transmisiones Patrimoniales

LCU: Ley de Consumidores y Usuarios

LIRPF: Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

LPHE: Ley del Patrimonio Histórico Español

LIVA: Ley del Impuesto de Valor Añadido

TRLPI: Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual

UE: Unión Europea

I. LOS NFT: UNA OBRA DE ARTE PLATÓNICA

1. EL «MITO DE LA CAVERNA» Y EL DESDOBLAMIENTO DE DERECHOS

En su obra *La República*, Platón propone una metáfora visual para representar la diferencia entre el mundo tangible, que se percibe por los sentidos, y el mundo de las ideas, donde está el sentido absoluto de las cosas, la realidad pura y el conocimiento absoluto. El famoso «mito de la caverna» plantea la conocida escena que describimos a continuación. Un grupo de presos vive de forma permanente en el interior de una cueva, encadenados de tal manera que sus espaldas están contra un muro bajo y sus cabezas solo pueden mirar al frente. Por detrás del muro al que están atados, hay una gran hoguera que constituye su única fuente de luz. Entre ese muro y el fuego, van pasando otras personas que portan objetos en estandartes, de tal modo que sus contornos son proyectados en la pared del fondo, la única que los presos ven. Ellos solo perciben las sombras, las siluetas de los objetos que los individuos hacen pasar a sus espaldas. Su mundo y su

percepción de las cosas está constituido por esas sombras, no conocen otra realidad. Casualmente, uno de los presos consigue liberarse y salir al exterior. Allí, tras adaptar su vista a la luz natural, percibirá primero la existencia del sol y su gran luminosidad, y a continuación empezará a ver los objetos reales, los animales, plantas... y todos los elementos del entorno, con sus colores, volúmenes y movimiento. Asombrado e impactado por esta revelación, el preso regresará a la cueva para compartir la experiencia con sus compañeros, pero todos ellos lo tomarán por loco, se burlarán de sus afirmaciones y hasta se verán amenazados por su insistencia, sin dar crédito alguno a su relato.

Más allá del desarrollo posterior de la metáfora, que el filósofo empleó también con una voluntad de aplicación política, lo que interesa en esta escena es la clara división que existe entre dos realidades: la perceptible por los sentidos, sujeta a errores, a interpretaciones y, sobre todo, parcial; y la verdad absoluta, aquella que representa las ideas totales, la que se identifica con valores y conocimientos puros. Este último es el mundo de las ideas, que en el mito de Platón se identifica con el mundo exterior. Allí no habrá una noción fragmentaria y tamizada por la percepción individual de cuál es la idea de hombre, sino que se albergará una concepción absoluta, pura y perfecta de ello. Todos los elementos que existen en nuestra realidad deben aspirar a emular los conceptos puros que viven en el mundo de las ideas, porque ahí están las ideas perfectas, las que representan su verdadera definición en valores absolutos.

El desdoblamiento de realidades, especialmente en los planos tangible e intangible (aunque cabrían otros, como el del saber absoluto o el del mero entendimiento), es una constante en el desarrollo de pensamientos complejos por parte de los individuos que integran la sociedad, y un referente casi intrínseco en lo que al planteamiento de nuestra existencia se refiere. Dejando a un margen todas las posibles proyecciones de esta dualidad sobre aspectos tan diversos como las creencias religiosas o los fundamentos morales, debemos destacar que tales debates continúan siendo, incluso ahora en pleno siglo XXI, tan intensos y existencialistas como lo eran en el siglo IV a. C., cuando Platón, y aun todos sus antecesores, reflexionaban y teorizaban sobre esta condición humana. Estas disquisiciones y constructos intelectuales, lejos de circunscribirse a la esfera de la filosofía, el trabajo académico o la literatura científica, trascienden estos campos y afloran, como cuestionamiento esencial, en otras manifestaciones del intelecto. Así, por ejemplo, aunque quizás muchos no hubieran reparado en ello aún, este argumentario sirve de hilo conductor y de base narrativa para películas como *El show de Truman* (1998) o *Matrix* (1999). Ambos largometrajes proponen una relectura del mito de la caverna adaptada a los nuevos tiempos

y a una situación de enajenación individual impuesta por los avances tecnológicos. Si bien estos relatos de ficción no se presentan como plausibles, hay que saber entrever el valor que tienen como reformulación contemporánea de un cuestionamiento filosófico tan antiguo como la propia historia de la humanidad.

¿Pero cómo se proyectan estos planteamientos sobre la esfera jurídica? Desde tiempo inmemorial el derecho ha venido a dar respuesta a las necesidades de uso y aprovechamiento de las cosas que los miembros de una sociedad aplicaban sobre los objetos, los terrenos y las relaciones que los unen. Aunque, como tal, las primeras disposiciones hayan nacido para amparar los usos más inmediatos sobre elementos tangibles, especialmente las tierras y aquellos bienes vinculados de forma directa con el sustento personal, muy pronto se abrieron camino otras previsiones jurídicas que tenían por objeto regular las relaciones entre individuos, perdiendo en parte el referente corpóreo como base de su funcionamiento. Sin lugar a dudas, el derecho es un campo plenamente habituado al desdoblamiento de facultades, a generar disposiciones sobre derechos intangibles, a reconocer atribuciones, poderes de disposición y competencias en esferas que se presentan como puras ente-lequias, y aun a proyectar esas previsiones sobre bienes futuros o sujetos a condiciones arbitrarias. Este planteamiento da lugar a situaciones complejas en las que conviven distintos planos de capacidades, competencias y deberes. Sobre la base de estas construcciones ideológicas, es posible articular diferentes grados de facultades y usos sobre un mismo objeto entre distintas personas. Sucede así con la separación entre el concepto de posesión y el de propiedad, de modo que un poseedor es quien aprovecha y usa directamente la cosa que tiene en su poder; sin embargo, en una gradación de competencias, su esfera de acción es sensiblemente inferior a la del dueño legítimo de la cosa, quien, pese a no estar usándola de forma directa, ostenta un título superior. Este es, sin duda, un ejemplo paradigmático sobre el funcionamiento del derecho y, aun más, una adaptación al plano jurídico de los desdoblamientos conceptuales que los individuos aplican de manera habitual en sus relaciones sociales.

La traslación del mito de la caverna a la esfera del derecho nos permite distinguir no solo diferentes capas de facultades ostentadas por varios individuos y concurrentes sobre un mismo bien, sino asumir también una gradación de poderes. Dicha gradación es, hasta cierto punto, trasunto de esta división de realidades de la que nos hablaba Platón, pues nos permite distinguir entre derechos absolutos (los que otorgan mayores atribuciones a su titular) aunque no siempre tengan una manifestación evidente e inmediata con el objeto, y otros de menor alcance que, no obstante, se traducen en un aprovechamiento directo del bien y resultan más fáciles de advertir.

Esta situación es, si cabe, más evidente cuando dichas facultades recaen sobre bienes intangibles, pues la existencia de derechos y atribuciones de contenido jurídico adquiere una dimensión puramente virtual. Cuando nos movemos en un plano inmaterial, la percepción social del valor de las cosas muta sensiblemente. Acostumbrados, como estamos, a la conexión inmediata con los objetos y bienes de nuestro entorno cotidiano, el traslado automático a la esfera intangible de muchas de las potestades nacidas en el mundo tangible plantea no solo dudas, sino incluso recelos y cuestionamientos de validez. No obstante, como es bien sabido, el derecho debe adaptarse a la evolución social, y el nuevo siglo ha traído consigo numerosos avances tecnológicos que se desarrollan y expanden a velocidad exponencial, a los que el ámbito jurídico debe dar respuesta, bien sea por reinterpretación de las normas preexistentes, bien sea por la emanación de nuevas disposiciones.

En el caso concreto que nos ocupa en este trabajo, debemos aproximarnos desde una perspectiva jurídica y analítica al impacto que este revolucionario fenómeno conocido como NFT está provocando. Los *non-fungible tokens* (NFT, por sus siglas en inglés) son criptoactivos basados en la tecnología *blockchain* y tienen múltiples aplicaciones, como tendremos ocasión de ver. Su principal efecto, en lo que respecta al cambio conceptual que introducen, es que permiten recuperar en la esfera virtual la distinción de competencias y la superposición de facultades y atribuciones sobre un mismo bien intangible. Esta mejora tecnológica hace viable, por tanto, el desdoblamiento de distintos planos de derechos con consecuencias jurídicas inmediatas para los diversos agentes implicados. Antes de la aparición de esta figura, estas distinciones conceptuales continuaban siendo viables siguiendo métodos más tradicionales, pero carecían de un soporte tecnológico que las respaldase y garantizase de forma completa, segura e inmutable. Así pues, con los NFT es posible distinguir la propiedad de la mera posesión o uso en función de quién ostente la titularidad del criptoactivo. Metafóricamente, podríamos decir que el dueño de un NFT tiene un derecho más perfecto, más absoluto y completo conceptualmente hablando, es decir, ostenta un derecho propio del mundo de las ideas; mientras que los demás individuos, aunque con capacidad para disfrutar ese mismo bien convertido en NFT, solo poseen una facultad tangencial de uso, propia del mundo sensible y mediato.

2. EL BOOM DE LOS NFT

El 11 de marzo de 2021 los medios de comunicación se hacían eco de una noticia sorprendente para el mundo del arte: la casa de subastas Christie's vendía la obra certificada como NFT *Everydays: The First 5000 Days* de Mike

Winkelmann, artista conocido como Beeple, por 69.346.250 dólares, tras una venta abierta durante 15 días¹. Esta venta se ha convertido en un hito histórico para el arte contemporáneo por varios motivos. En primer lugar, es una cifra récord para una obra de un artista vivo, la tercera en la lista tras la venta de *Portrait of an Artist (Pool with two figures)*, de David Hockney, por 90,3 millones de dólares en 2018, y la de *Rabbit*, de Jeff Koons, por 91 millones de dólares en 2019. En segundo lugar, tanto en el caso de Hockney como en el de Koons, estábamos ante obras tangibles, un lienzo al óleo y una escultura respectivamente, mientras que la obra de Beeple es 100 % digital. En tercer lugar, esta creación de Beeple ya era accesible de manera pública², y la propia casa de subastas ofrecía un archivo de alta calidad de la obra. En cuarto lugar, Christie's admitía el pago por los medios habituales, así como en criptomonedas, en este caso en ethers. Y, finalmente, con esta operación se consagraba la figura de los NFT como un activo reconocido en el mercado del arte al gestionarse la venta por uno de los agentes del mercado de mayor reputación y trayectoria como la casa Christie's.

La aparición de estas figuras en el panorama artístico contemporáneo no es totalmente nueva. El propio Beeple había ya comercializado obras certificadas como NFT con anterioridad, aunque no con un resultado comparable. Asimismo, otros predecesores habían hecho sus incursiones en este campo con bastante éxito. Es el caso de Matt Hall y John Watkinson, desarrolladores de la plataforma Larva Labs, que en 2017 presentaron los célebres CryptoPunks. Son 10.000 obras digitales de 24 x 24 píxeles y 8 bits, todas ellas únicas y en parte creadas por un algoritmo a partir de unas plantillas³. Si bien en el momento de su lanzamiento se entregaron gratuitamente a las personas que tenían una billetera en la plataforma Ethereum, hoy su valor individual es extraordinario. En la subasta «Natively Digital: A Curated NFT Sale» organizada por Sotheby's entre el 3 y el 10 de junio de 2021, se pusieron a la venta 27 obras digitales certificadas NFT, entre ellas el *CryptoPunk 7523*, adjudicado por 11.754.000 dólares⁴. En esa misma subasta, Sotheby's anunciaba la venta del primer NFT conocido de la historia, la obra geométrica *Quantum*, creado por Kevin McCoy en 2014⁵.

1. <https://www.christies.com/features/Monumental-collage-by-Beeple-is-first-purely-digital-artwork-NFT-to-come-to-auction-11510-7.aspx>.
2. Puede verse la obra final, así como el detalle de algunas de las piezas que la integran en forma de mosaico, en <https://onlineonly.christies.com/s/first-open-beeple/beeple-b-1981-1/112924>.
3. Ver https://www.abc.es/cultura/abci-cryptopunks-avatares-8-bits-nacieron-gratis-y-ahora-valen-millones-202105120103_noticia.html.
4. Ver lotes y resultados de la subasta de Sotheby's en <https://www.sothebys.com/en/digital-catalogues/natively-digital-a-curated-nft-sale>.
5. De acuerdo con las declaraciones de la propia casa de subastas publicadas en su nota de prensa (<https://sothebys-com.brightspotcdn.com/34/fd/f41996804f27b7a69423f811eb83/sothebys-natively-digital-a-curated-nft-sale-pr-2.pdf>). Asimismo, Sotheby's vendió

A pesar de que los NFT ya llevaban un tiempo expandiéndose en la esfera del arte digital, no es hasta 2021 cuando han provocado una verdadera revolución. Indudablemente, su propia existencia dependía de un desarrollo tecnológico previo que sentase las bases de un sistema de encriptado con múltiples aplicaciones, como es la *blockchain*, de la que luego hablaremos. Si bien este lenguaje de codificación no nació con el objetivo de proyectarse sobre el ámbito de la creación artística, sus potenciales usos pronto mostraron su utilidad para cubrir ciertas necesidades en diversos campos, incluido el de las obras digitales. Así pues, con el progresivo asentamiento y la expansión del uso de las criptomonedas, esfera primaria para la que se concibió la *blockchain*, y la generalización de este sistema de codificación para muchas otras aplicaciones, las obras en formato NFT han comenzado a consolidarse como un activo artístico que ofrece una diferencia cualitativa respecto a las creaciones digitales que no adoptan estos protocolos.

En efecto, los NFT irrumpen en el mercado del arte con fuerza como un efecto postpandémico, en parte porque el cierre de espacios y actividades públicas trasladó al formato *online* un amplio número de negocios⁶. No obstante, hay también otras razones de peso que explican este éxito. La principal es que esta figura viene a dar respuesta a una necesidad constatada por el colectivo de autores, que durante años habían tenido enormes dificultades para comercializar sus obras digitales de una forma fiable y segura para los coleccionistas. Otro de los motivos es la «normalización» del uso de la *blockchain* para utilidades diferentes de la pura especulación y comercio con criptomonedas. Su imparable grado de penetración en distintos campos ha permitido asentar el uso de esta tecnología y aplicarla a esferas como la creación contemporánea. La *blockchain* se asocia a conceptos como certidumbre, estabilidad, permanencia, veracidad, autenticidad... y todos ellos tienen un carácter esencial en el mundo del arte, que siempre ha trabajado sobre el valor atribuido a objetos únicos, cuya apreciación depende, precisamente, de su naturaleza exclusiva e irremplazable, su condición no fungible construida sobre el prestigio, el reconocimiento y la maestría de su autor, o la calidad, precisión técnica y narrativa genuinas de la obra en sí.

Pero ¿cómo se trasladan todas estas atribuciones, tan apreciadas por los coleccionistas, a una creación digital y qué diferencia cualitativa aporta su conversión en un NFT? ¿Qué efecto distintivo añade un NFT con respecto a la misma pieza digital que ya está disponible públicamente para todos? La respuesta es sencilla: la obra de arte NFT se convierte en una obra única y

en esta subasta el primer NFT inteligente o «iNFT» titulado *To the Young Artists of Cyberspace*, una obra NFT digital provista de inteligencia artificial que aprende y evoluciona con la interacción humana.

6. De acuerdo con el informe «Online Art Trade Report 2021» elaborado por Hiscox, las ventas *online* del mercado del arte aumentaron un 280 % entre 2019 y 2021. Ver <https://www.hiscox.co.uk/online-art-trade-report>.

exclusiva, una pieza cuya autenticidad está reconocida por el propio creador, quien declara, mediante la incorporación de este protocolo tecnológico y a través de un proceso conocido como «acuñado» (*minting*, en inglés) que precisamente ese NFT y solo ese NFT es la obra genuina.

Hablamos aquí de aplicar un protocolo⁷ basado en la tecnología *blockchain* cuyo efecto sobre un activo preexistente consiste en asignarle una serie de características que lo individualizan con respecto a otros ejemplares de ese mismo activo que pueden ser potencialmente idénticos; pero al mismo tiempo permite asociar algunas facultades, opciones de ejecución, contenidos de datos u otras atribuciones a ese mismo activo al que se refiere⁸. Para entender esto de manera adecuada debemos concebir el protocolo tecnológico que es el NFT como un estándar codificado, vinculado de forma indisociable a un activo subyacente (para los intereses de este estudio, ese activo será la obra de arte digital, pero podría ser cualquier otra cosa, desde acciones de una sociedad a un inmueble), y entender que dicha codificación o programa, denominado *smart contract*, permite incorporar distintas opciones con la ventaja de que serán directamente ejecutables a partir de algún hecho o situación que desencadenará el funcionamiento del programa. Las plataformas que trabajan con obras de arte suelen limitar dichos estándares codificados y las consecuencias de los *smart contracts* a una serie de características y funcionalidades que se amoldan a la naturaleza especial de este tipo de activos, por lo que habitualmente permiten incorporar información relativa a la pieza artística (autor, fecha, descripción, edición, técnica) y funciones autoejecutables relacionadas con las operaciones de venta y reventa, y aplicación de *royalties* en beneficio de los creadores⁹.

7. Los estándares codificados que conforman los NFT han evolucionado sustancialmente. Hoy dos de los más extendidos son el estándar ERC-721 y el ERC-1155. Ver: <https://academy.bit2me.com/que-es-token-erc-1155/>.

8. Ver E. GOULD, «NFTs: An Overview of Law and Regulation in 2022 and Beyond», en *Art, Antiquity and Law*, Vol. XXVII, Issue 2, 2022, p. 98.

9. No es este el único uso que se hace de los NFT. Una de las grandes aportaciones de este protocolo de codificación es que permite asociar otra serie de utilidades o ventajas para los titulares del activo, tales como derechos de voto en una comunidad con intereses comunes, posibilidades de acceder a visitas privadas o descuentos en un museo, pases privados a espacios de acceso restringido...; en definitiva, se trata de dotar a la posesión de dicho activo de facultades y atribuciones que permitan un aprovechamiento más exclusivo del activo, más allá del interés que el propio activo presente, y todo esto se articula a través de la codificación del *smart contract* que configura el estándar tecnológico NFT al que el activo subyacente queda vinculado de forma inmutable gracias a la *blockchain*. Por esto mismo, resulta erróneo identificar el activo subyacente con el protocolo tecnológico que lo transforma en NFT, porque el contenido de uno y otro varía sustancialmente. Ahora bien, aunque hablemos de dos planos diferenciados, en nuestra opinión sería igualmente erróneo abordar el tratamiento jurídico del protocolo tecnológico de manera independiente y separada del activo subyacente al que apunta (salvo en aquellos casos en que convenga analizar las funcionalidades y consecuencias jurídicas incorporadas al código); pero, en esencia, parte de las repercusiones jurídicas que

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS NFT

Si bien la tecnología *blockchain* —y, por tanto, la conversión en NFT— puede aplicarse a activos de muy diversa naturaleza, aunque mayoritariamente intangibles¹⁰, debemos aclarar que el presente trabajo se centra en el análisis de obras de arte y en el extraordinario éxito que su comercialización como NFT ha alcanzado a lo largo del año 2021. En todos estos supuestos nos estamos refiriendo a obras creadas en formato digital, piezas cuya difusión, distribución o reproducción da lugar a copias absolutamente idénticas sin que haya distinción alguna en cuanto a la calidad, técnica o disfrute por cualquier persona que tenga acceso a ellas. Estas obras son intangibles porque no han sido concebidas para materializarse sobre un elemento físico, como el lienzo, el papel o el bronce; pero sí cuentan con un soporte, en este caso, de naturaleza digital (constituido por la propia programación, formato de archivo o cualquier otra técnica asimilable), por lo que no hay duda alguna de que estamos ante obras de arte protegidas por la normativa de propiedad intelectual. Esta aclaración, que resulta hasta superflua para juristas y creadores, obedece al tan extendido error de confundir la facilidad de acceso a obras digitales, muchas de ellas disponibles de forma gratuita en la red, con la renuncia por parte del autor a sus derechos de propiedad intelectual o la creencia equivocada de que todas ellas están en el dominio público. Como creación artística genuina, la obra existe y está protegida desde que el autor la incorpora a un soporte, sea este físico o virtual.

Pues bien, el hecho de que las piezas digitales se puedan reproducir y distribuir de manera infinita y disponer de copias absolutamente idénticas perjudica seriamente la posición de los autores, que quedan en una situación vulnerable al no contar con herramientas adecuadas para proteger la integridad de sus obras. Hasta cierto punto, las creaciones digitales que circulan por la red comparten algunos aspectos con los bienes fungibles desde el momento en que toda copia será idéntica a la anterior, es posible intercambiar unos archivos por otros sin ver mermada su calidad y pueden ser reemplazados por otras copias idénticas.

El Código Civil español clasifica los bienes muebles en su artículo 337 del siguiente modo: «*Los bienes muebles son fungibles o no fungibles. A la primera especie pertenecen aquellos de que no puede hacerse el uso adecuado a su naturaleza sin*

debemos debatir sobre el carácter y uso de estos criptoactivos derivan de la naturaleza misma del activo subyacente, que no viene predefinida por el estándar codificado que lo ampara.

10. Debemos señalar que también se está abriendo paso la *tokenización* de objetos físicos, si bien en efecto no es completamente idéntico, porque en estos casos se produce la conversión en NFT de una versión digital (réplica, reproducción) del activo físico; mientras que en el caso de los activos que son genuinamente digitales, la certificación como NFT se refiere al activo en sí mismo, y no a una representación digitalizada de él.

que se consuman; a la segunda especie corresponden los demás». El ejemplo paradigmático de bien fungible es el dinero, que reúne todas estas características. No obstante, la doctrina civil ha tenido que pronunciarse sobre la distinción conceptual entre bienes fungibles y bienes consumibles para aclarar que todos los bienes consumibles son también fungibles, pero no siempre sucede a la inversa. En una ya clásica definición sobre la materia, se afirma que «*cosas fungibles son las que se pesan, cuentan o miden y pueden ser sustituidas por otra de su clase*»¹¹. De esta manera se entiende que no es imprescindible que los bienes se extingan con el uso al que están destinados para ser considerados fungibles, siempre que pertenezcan a un género (en sentido mercantil) y quepa sustitución¹².

Llegados a este punto podríamos incluso plantearnos si procede aplicar estas disquisiciones al caso que nos ocupa, ya que nuestra normativa civil hace tal clasificación sobre los bienes muebles. Tratándose de obras de arte digitales, el carácter mueble queda puesto en entredicho, y el debate sobre si estamos incluso ante bienes o derechos es extenso. En nuestra opinión, y hasta que la normativa se modifique para hacer referencia específica a esta realidad, las obras de arte digitales deben tratarse jurídicamente como bienes muebles, y más aún en el caso particular de los NFT. Los motivos son varios.

Partiendo en primer lugar de un argumento de pura sistematicidad y coherencia jurídica de la normativa existente, debemos considerar que la legislación de propiedad intelectual ampara todo tipo de creaciones intelectuales, sean artísticas, literarias o científicas, cualquiera que sea el soporte en que queden plasmadas (art. 10.1 TRLPI). Si bien esta afirmación podría entenderse referida exclusivamente a los derechos de autor en cuanto facultades ligadas y basadas en la existencia de una obra original, creemos conveniente asimilar las obras digitales a las tangibles en sus diversas vertientes jurídicas.

Uno de los motivos para defender esto es que el apelativo «digital» aplicado a una creación artística alude a una característica formal de la obra, es decir, a la elección de formato por la que el autor se ha decantado; pero no modifica su naturaleza en cuanto a ser fruto del intelecto ni haber sido concebida como una manifestación artística o creación genuina que queda incorporada a algún tipo de soporte. Si bien las características formales tienen en muchas situaciones repercusiones jurídicas evidentes (y un ejemplo de ello es la propia distinción entre bienes muebles e inmuebles), el consiguiente

11. J. GONZÁLEZ, «Cosas fungibles», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 37, enero 1928, p. 15.

12. J. GONZÁLEZ, «Cosas fungibles», *op. cit.*, pp. 31-32, ofrece la siguiente definición: «*Cosas fungibles son las que por la igualdad de sus propiedades características desempeñan en el comercio las mismas funciones liberatorias*», y a continuación explica que por *propiedades características* se refiere a aquellos bienes que tienen cualidades esencialmente idénticas aunque existan pequeñas variaciones; que el *desempeñar igual papel en el comercio* alude a la posibilidad de ser sustituidos, y por *funciones liberatorias* describe la capacidad del bien de ser entregado en cumplimiento de una obligación.

establecimiento de disposiciones derivadas de dichas condiciones formales halla su fundamento no en las características *per se*, sino en el hecho de que, con ellas, la naturaleza, funcionalidad, usos, aprovechamiento o susceptibilidad negocial del bien así categorizado cambia radicalmente. Por tanto, aunque la clasificación entre bienes muebles e inmuebles se base, esencialmente, en la descripción de los objetos por su carácter desplazable o no, lo cierto es que dicha condición determina en gran medida los derechos que pueden emanar y vincularse al bien. Precisamente, en aplicación de una interpretación teleológica de la normativa relativa a uno y otro tipo de bienes, la ley crea «ficciones jurídicas» para extender la regulación prevista para una de las categorías a elementos que, por sus características externas reales, no entrarían en dicha clasificación. Sucede así, por ejemplo, con las esculturas, relieves, pinturas u otros objetos «colocados en edificios o heredades por el dueño del mueble en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo» (art. 334.4.º CC), que son expresamente considerados por la norma como bienes inmuebles. Un efecto similar es el que produce la declaración del art. 26 LPHE, cuando afirma: «Los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español podrán ser declarados de interés cultural. Tendrán tal consideración, en todo caso, los bienes muebles contenidos en un inmueble que haya sido objeto de dicha declaración y que ésta los reconozca como parte esencial de su historia». Conforme a esta disposición, los objetos muebles ubicados en un bien inmueble previamente declarado de interés cultural quedarán subsumidos en la misma declaración aun cuando el proceso administrativo no los haya contemplado de forma individual. Es, por tanto, una extensión *ex lege* del régimen previsto para los inmuebles integrantes del Patrimonio Histórico Español.

Por otro lado, gran parte del sentido de la normativa sobre propiedad intelectual se fundamenta en la coexistencia de dos esferas de derechos, los que pertenecen al poseedor o titular del soporte al que se incorpora la obra (que, mientras permanezca en su poder, será el propio autor), y los referidos a todos los derechos intelectuales vinculados a la creación, tanto de carácter moral como de naturaleza económica. El funcionamiento de esta normativa específica se articula en torno a la existencia de una obra fruto del intelecto que se incorpora a un soporte, sea tangible, sea intangible, de modo que es posible distinguir toda una suerte de derechos y obligaciones asociados al propio soporte como elemento negocial, y otra capa superpuesta de facultades derivadas del trabajo intelectual y creativo que se ha materializado. Esto hace posible, por tanto, que un coleccionista adquiera la propiedad del lienzo pintado por un artista contemporáneo, pero que los derechos de propiedad intelectual sigan perteneciendo al autor, aunque ya no conserve la obra física en su poder. La evolución de la técnica y las propias demandas creativas del sector artístico han llevado a los autores a explorar nuevas narrativas, lenguajes expresivos, materiales y sistemas para producir sus trabajos, con la consiguiente aparición de formatos y propuestas que dificultan sensiblemente su

tratamiento por la norma (pensemos, por ejemplo, en qué tratamiento deben recibir las *performances*, o los *happenings*, o las obras efímeras de carácter instalativo). A pesar de ello y los retos que estas nuevas modalidades suponen desde el punto de vista jurídico, el Derecho no puede dejar desamparadas estas creaciones. Luego, habrá que reinterpretar la normativa preexistente para dar cobertura a estas situaciones entretanto no se produce una modificación legislativa que las ampare expresamente, de ser realmente necesario, y siempre atendiendo al espíritu pretendido con este marco regulatorio particular. Así pues, la propagación de la creación digital y la proliferación de obras no corpóreas no supone *per se* una alteración de la estructura de funcionamiento del régimen de propiedad intelectual. Por esta razón, la distinción entre los planos de derechos que corresponden al titular del soporte y los que se atribuyen al creador del trabajo se mantienen, y siguen siendo viables porque, pese a no mediar un soporte material, sigue existiendo una incorporación de la creación intelectual a un soporte que le da forma, aunque esta sea digital. Desde nuestra visión, este es un argumento añadido para defender la tesis de que los NFT deben asimilarse a los bienes muebles.

Asimismo, podemos apoyar este postulado en las propias previsiones del Código Civil, cuyo art. 335 comienza diciendo que «*Se reputan bienes muebles los susceptibles de apropiación no comprendidos en el capítulo anterior*». Este primer inciso alude a la enumeración de bienes inmuebles contenida en el artículo precedente, el 334 CC. Pues bien, inicialmente el texto nos ofrece una definición por exclusión, de modo que pueden reputarse como bienes muebles todos aquellos que la norma no designa expresamente como inmuebles. No obstante, este sistema de definición nos sirve para clasificar los bienes entre muebles o inmuebles, pero no para distinguir los bienes en sí de los derechos. Como es sabido, la distinción entre unos y otros radica fundamentalmente en el establecimiento de una relación jurídica entre individuos, lo que daría lugar a derechos personales, o una relación entre las personas y las cosas, dando entrada a los derechos reales. Desde este planteamiento tan esencial dentro del Derecho privado, creemos que la titularidad de un NFT no puede asimilarse a un derecho de naturaleza personal, porque no parece encajar en el supuesto de que el propietario de dicha obra ostente un crédito contra el artista o contra la plataforma donde se comercializan; sino que más bien parece corresponderse con un derecho de propiedad en sentido propio, aplicado sobre un bien mueble de carácter intangible. Esta tesis puede sustentarse, a su vez, en algunas de las previsiones de nuestra normativa civil. Así, si bien el art. 333 CC establece que «*Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles*», lo cual resalta la importancia del acto de apropiación como criterio definitorio, algo que en apariencia únicamente sería posible respecto de las cosas tangibles, el art. 437 CC aclara estas dudas al disponer que «*Sólo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación*», y el primer inciso del art. 431 CC cuando declara

«*La posesión se ejerce en las cosas o en los derechos*». Es decir, es posible apropiarse de derechos, y, por tanto, no es imprescindible tratar con objetos corpóreos. A esto se suma que, según el art. 336 CC, las rentas y pensiones afectas a una persona o familia tienen también la consideración de bienes muebles¹³. Por todo ello, creemos que hay argumentos a favor para defender la idea de que estas obras digitales pueden considerarse bienes muebles.

Con todo, hay un último argumento que contribuye a reforzar esta tesis. La conversión de una obra digital en un NFT supone la incorporación de un lenguaje de codificación que queda de manera indisoluble asociado a dicha creación para transformarla en un activo único y singular. En atención al significado propio del acrónimo NFT, supone la aparición de un bien no fungible, esto es, una pieza exclusiva, auténtica e irremplazable. Si en párrafos anteriores señalábamos la dificultad que encontraban los creadores de obras digitales para proteger sus trabajos, ya que en la esfera virtual estos archivos funcionaban *de facto* como bienes fungibles, la entrada en juego de los NFT viene a cambiar de manera drástica este panorama. En lo sucesivo, es posible la convivencia en la red de copias de una obra digital, perfectamente accesible para el público que puede disfrutarla de manera abierta, con la existencia de una copia auténtica, un ejemplar único NFT de esa misma obra que el propio autor haya acuñado para garantizar su individualidad, trazabilidad y comercialización legítima. Así pues, hablar de obras NFT no entraña diferencia alguna, conceptualmente hablando, con respecto a los formatos tradicionales de producción artística en los que se ponía en valor el carácter único e irreplicable de las piezas porque no era posible contar con dos óleos idénticos, aunque los pintase el mismo artista. Ahora, esta misma distinción entre obras digitales auténticas y otras copias que no lo son (pese a ser idénticas) se hace viable gracias a la tecnología *blockchain* y la aparición de los NFT.

Por tanto, si los NFT son en realidad obras de arte únicas, aunque estén incorporadas a un soporte intangible, su carácter irremplazable y no intercambiable, es decir, no fungible, permite una identificación inequívoca de la pieza. Todo ello contribuye a que su comportamiento en el tráfico jurídico se asimile más al de un bien mueble (no fungible) que, a un derecho, siendo además las obras de arte el paradigma por antonomasia de bien único.

Contribuyen a reforzar esta idea los usos que actualmente se están haciendo de obras certificadas como NFT. Son varias las plataformas surgidas para ofrecer servicios financieros cuyo funcionamiento se basa en la tecnología *blockchain*, incluida la solicitud de préstamos y el establecimiento de mecanismos de garantía, y algunas incorporan la posibilidad de utilizar NFT como un *colateral* de un crédito, lo que en la práctica funciona en esencia

13. «*Siempre que no graven con carga real una cosa inmueble, los oficios enajenados, los contratos sobre servicios públicos y las cédulas y títulos representativos de préstamos hipotecarios*», continúa diciendo el precepto.

como una garantía pignoraticia. A este respecto, un reciente caso sustanciado en los tribunales de Singapur ha replanteado varias de estas cuestiones en relación con la naturaleza de los activos certificados como NFT. Pese a las diferencias en la tradición normativa del país asiático y el nuestro, deben considerarse los argumentos esgrimidos por el tribunal sobre la consideración jurídica de esta figura y las medidas que, en consecuencia, se adoptaron para amparar la petición del demandante. En todo esto no debe perderse la dimensión esencialmente internacional que estos litigios suele alcanzar, dada la amplia dispersión de los activos, la realidad de las transacciones realizadas entre contratantes no ubicados en el mismo territorio ni sometidos a la misma jurisdicción, y la proyección supranacional que los prestadores de servicios tecnológicos alcanzan, incluidos los financieros.

El caso *Janesh s/o Rajkumar v Unknown Person*¹⁴ se refiere al ofrecimiento de una obra certificada como NFT (uno de los tan populares *Bored Apes Yacht Club*, en este caso el n.º ID #2162) en garantía prendaria de la devolución de un préstamo que el propietario del NFT (Janesh Rajkumar) había suscrito con el demandado, con un pacto de no apropiación ni ejecución directa de la garantía por parte del prestamista. A la conclusión del plazo indicado para la devolución del préstamo sin haberse saldado la deuda en su totalidad, el prestamista cambió de opinión respecto del pacto de no apropiación y tomó posesión del activo, prohibiendo el acceso a la obra por parte del prestatario¹⁵. El demandante solicitó de los tribunales la «congelación» del activo al tiempo que ofrecía el pago íntegro de la deuda. Más allá de los avatares procesales del caso —uno de cuyos principales escollos era la cuestión de competencia para conocer del asunto por parte de los tribunales de Singapur, o la dificultad de identificar al prestamista demandado, cuya identidad es desconocida y solo puede identificarse a través de las direcciones que emplea para su actividad en *blockchain*—, lo que interesa aquí a efectos del presente trabajo es la consideración que el tribunal ha hecho sobre la naturaleza jurídica de la obra NFT para adoptar medidas cautelares sobre ella.

En efecto, un análisis de las características de este activo (la obra certificada como NFT), lleva a los tribunales de Singapur a aplicar la doctrina desarrollada

14. *Janesh s/o Rajkumar v Unknown Person* («CHEFPIERRE») [2022] SGHC 264. El texto completo del fallo está accesible en https://www.elitigation.sg/gd/s/2022_SGHC_264.

15. Tecnológicamente estos cambios son fácilmente viables, ya que se formalizan a través de *smart contracts*, esto es, a través de programas informáticos codificados cuya configuración puede ser elegida por los usuarios de las plataformas (si las plataformas habilitan esta opción de autoconfiguración), resultando de ello un código de ejecución automática referido a los activos y derechos subyacentes suyos, traspasos, titularidad, cesiones u otras atribuciones que no dependen del cumplimiento voluntario y de buena fe de las partes, sino del cumplimiento de una condición previa de carácter objetivo, cuya constatación desencadena el funcionamiento del código con todas sus consecuencias. Trataremos estos puntos más adelante en el trabajo.

en un fallo previo y ya célebre conocido como *Ainsworth*¹⁶, en el que se hubo de dirimir la naturaleza del derecho de propiedad sobre las cosas sobre la base de una serie de criterios. Primero, debe tratarse de un activo que pueda ser individualizado y distinguido de otros similares; segundo, el propietario del bien ha de ser reconocido como tal por terceros y debe poder excluir cualquier opción de uso sobre el activo por otras personas; tercero, el bien debe ser susceptible de tráfico jurídico y ser transmisible, además de representar un activo de valor que despierte el interés en su posesión o aprovechamiento por terceros; y, cuarto, el activo debe tener cierto grado de permanencia o estabilidad. Tras analizar la concurrencia de estos factores, el tribunal concluye que la obra NFT del *Bored Ape ID#2162* reúne todas estas condiciones, por lo que debe ser tratada como un bien susceptible de propiedad privada. En consecuencia, y en atención a la petición del demandante, que estima legítima, adopta medidas cautelares para impedir al demandado la disposición del bien entretanto no se dirime la controversia entre las partes¹⁷.

Todo lo que acabamos de exponer nos permite defender la idea de que las obras certificadas como NFT deben ser consideradas como bienes muebles, en atención, en primer lugar, a la propia esencia del activo principal, que en el caso que nos ocupa en este estudio es una obra de arte en formato digital, y, en segundo lugar, por la transformación que la aplicación de este protocolo tecnológico denominado NFT aporta al activo mismo, permitiendo ser individualizado y asignado a un propietario único, entre otras cosas. Esta figura nos permite retomar nuevamente la metáfora con la que abrimos el presente estudio, ya que los NFT son a las obras digitales como las ideas puras del mundo exterior son a las sombras que los presos percibían en el interior de la cueva. En otras palabras, esta implementación tecnológica hace factible una distinción conceptual esencial entre una pieza única, auténtica y reconocida (absoluta o perfecta) que es el NFT, y todas las otras copias existentes, que carecerán de esos atributos, a lo que se añade el hecho de que esta realidad se sustancia íntegramente en un plano virtual, lo que equivale, en el símil que venimos empleando, a ese conocimiento superior y prácticamente inalcanzable que es el mundo de las ideas.

4. LA RESPUESTA A UNA NECESIDAD

Más allá del revuelo mediático que esta figura ha provocado en 2021, año en que el fenómeno ha eclosionado, y sin negar el impacto que algunas

16. *National Provincial Bank Ltd v Ainsworth* [1965] AC 1175.

17. Esta decisión del tribunal de Singapur está en consonancia con otras medidas adoptadas en otras jurisdicciones, como la de los tribunales ingleses en el caso *Osbourne v (1) Persons Unknown and (2) Ozone Networks Inc trading as Opensea* [2022] EWHC 1021 (Comm), donde se concluye que los NFT pueden ser tratados como propiedad privada.

ventas millonarias han provocado en la percepción social sobre el arte digital, lo cierto es que los NFT han venido a cubrir algunas carencias del mercado del arte que los autores habían detectado desde hacía tiempo. Parte de esas dificultades se debían al formato de estas nuevas obras, en ruptura con los modelos clásicos de producción artística, tanto por el soporte elegido como por las narrativas que ofrecían. Como es bien sabido, el asentamiento de nuevas disciplinas creativas que cuestionan el *statu quo* del tradicionalismo artístico no es fácil. Baste solo recordar que la fotografía fue considerada en sus inicios como una herramienta científica muy útil para el estudio y el archivo histórico, pero no fue hasta bien entrado el s. XX cuando comenzó a apreciarse su potencialidad artística. E incluso, en el seno de una misma disciplina, la ruptura de los cánones establecidos da lugar habitualmente a reacciones críticas y negacionistas, como sucedió con los autores impresionistas, abiertamente denostados por sus contemporáneos. Dando un salto temporal, podemos afirmar que el videoarte, la *performance* o el arte instalativo han seguido estos mismos derroteros. Las obras digitales no han permanecido al margen de esta problemática. Si, por un lado, debían abrirse camino para ser reconocidas como verdaderas creaciones artísticas, por otro, tenían que encontrar la manera de evitar la copia y distribución masiva que la red permite al tiempo que buscaban los medios idóneos para su comercialización.

Los NFT encontraron en las obras digitales nacidas con el nuevo siglo el campo de expansión perfecto, no solo por las mejoras en la configuración de la *blockchain*, sino por el tipo de piezas que se estaban creando. Como algunos autores explican¹⁸, las nuevas corrientes artísticas se basan en los intereses estéticos de los creadores de nueva generación, cuya realidad inmediata está habitada por recursos tecnológicos, una gran conectividad y una alta volatilidad en el consumo de contenidos. Estas inquietudes y temáticas encuentran en la producción digital un ámbito idóneo de exploración, ya que la fusión de técnicas y la adaptación a los nuevos gustos del milenio originan obras híbridas de muy difícil categorización. Así, surge la ilustración animada, el *gifart*, los clips y otros formatos que no se pueden reconducir a las disciplinas tradicionales.

Estos problemas de etiquetado afectaban también a su comercialización. Entre los obstáculos principales estaban, por un lado, la propia consideración social de estas obras, cuya concepción parecía obedecer en ocasiones más a propósitos de entretenimiento que a una voluntad artística consciente. Por esta razón, muchos autores que creaban *stickers*, animaciones o *gifs* los difundían públicamente en sus canales de comunicación sin hallar el modo

18. El artista granadino Javier Arrés, pionero del criptoarte en España, ha hecho referencia en varias intervenciones a las dificultades que encontraba de forma habitual para comercializar sus trabajos, muchos de ellos en formato de *gifs*, ilustraciones animadas, memes o vídeos de 20 segundos. Ver https://www.antena3.com/noticias/cultura/javier-arres-criptoartista-miguel-angel-levantara-cabeza-haria-esculturas-3d_20210429608a9f8d405fd800013c87d7.html.

de monetizarlos. En efecto, la accesibilidad a los trabajos y su facilidad de circulación hacían casi imposible su comercialización como piezas de arte. Estas trabas no afectan exclusivamente a las obras digitales de última generación. El videoarte es otra área creativa especialmente sensible con estas situaciones, pues es necesaria la reproducción de la obra para poder mostrarla y despertar el interés de los potenciales compradores, lo que llevaba a muchos autores a publicar sus vídeos en plataformas abiertas con la consiguiente vulnerabilidad y debilitamiento de sus derechos de propiedad intelectual. Aquí estos riesgos se combatían habitualmente con la difusión de un fragmento de la obra o la subida de una copia de baja resolución, de modo que el artista conservase en su poder el archivo original de la obra para vender alguna copia de máxima calidad. Además, los ejemplares comercializados, incorporados como archivo a un soporte que pudiera transferirse al comprador, se acompañaban de un certificado de autenticidad donde el propio creador declaraba la originalidad de la pieza y otras características, tales como si era o no obra única o qué número de edición le correspondía a la copia. Como se puede advertir fácilmente, se tratada de dar respuesta a una necesidad derivada de la aparición de estos nuevos lenguajes, con remedios hasta cierto punto anacrónicos, como la emisión de documentos en papel firmados por los creadores en reconocimiento de su autoría que debían acompañar a la pieza. Este procedimiento genera otra problemática, como es la de asegurar la preservación y custodia de dichos certificados de autenticidad, sin mencionar la posible obsolescencia de los formatos de archivos o del propio soporte elegido para transferir la pieza al comprador (problemas de compatibilidad de programas para leer los archivos, corrupción sobrevenida del archivo, daños en el soporte, obsolescencia del archivo o del programa que lo abría, etc.). El ejemplo que acabamos de dar respecto a las obras de videoarte afectaba igualmente a las animaciones, los clips y los *gifs*, incluso de un modo más profundo, pues los coleccionistas no se avenían a adquirir estas piezas en los soportes más comunes empleados para la transferencia, precisamente por las dificultades que acabamos de exponer y la incertidumbre que dicha operación generaba a los compradores. Estas circunstancias motivaron que durante mucho tiempo no resultase factible comercializar las obras de esta naturaleza.

Los NFT son la respuesta a esta necesidad. Con ellos, las obras digitales pueden individualizarse, de modo que es posible distinguir una pieza auténtica de una copia no reconocida, aunque sean idénticas. Además, se elimina el problema de la transferencia de archivos, pues las obras permanecen en la *blockchain* y los compradores pueden acceder a ellas al entrar en sus billeteras virtuales. Del mismo modo, desaparecen los obstáculos por la posible obsolescencia del soporte o del formato de archivo, así como la necesidad de emitir certificados de autenticidad firmados por el autor. Hoy, todo esto se

engloba en una figura única: el NFT. En parte, es comprensible en enorme éxito que los NFT han logrado en tan poco tiempo, porque han solventado un problema arrastrado desde hacía varios años y que había limitado sensiblemente el desarrollo profesional de los creadores, así como el propio coleccionismo de arte contemporáneo digital.

Precisamente por su utilidad inmediata para el mercado del arte y por la innovación que suponen al ofrecer una solución viable y accesible para un problema conocido, los autores han reaccionado con una enorme acogida. En consecuencia, no solo se están creando obras que nacen de forma original como NFT, sino que se están transformando en NFT piezas que ya estaban en circulación con anterioridad y que, hasta este momento, no habían podido ser coleccionadas. Uno de los ejemplos más conocidos de esto último es la obra *Nyan Cat*¹⁹, un gif animado creado en 2011 por Chris Torres, subido a YouTube por el propio autor ese mismo año y que cuenta con más de 190 millones de reproducciones. Tras su conversión en NFT, Torres subastó la pieza a través de la plataforma Foundation en febrero de 2021, alcanzando una puja final de 580.000 dólares²⁰.

Por tanto, estamos solo en el inicio de una senda inexplorada por la que discurrirá el mundo de la creación contemporánea en los próximos años. Mucho de lo que el futuro nos depara vendrá determinado por los propios avances tecnológicos y por los derroteros que las inquietudes creativas de los artistas del nuevo milenio quieran sondear.

Desde el punto de vista jurídico, no obstante, debemos analizar la situación con las herramientas disponibles hasta el momento, ya que ninguna de estas operaciones puede quedar desamparada.

II. ENTENDIENDO LA BLOCKCHAIN

Sin ánimo de ser exhaustivos en esta materia, porque su alcance y comprensión excede los límites de nuestra especialidad y el propósito del presente estudio, creemos necesario hacer una aproximación a esta realidad para comprender sus implicaciones jurídicas y analizar sus efectos en el caso particular del mercado del arte.

La *blockchain*, o cadena de bloques, es un sistema descentralizado de codificación de la información que permite elaborar cadenas de datos ordenados e interconectados entre sí de manera que su contenido permanezca inalterable e inmutable. Cada bloque de información es verificado y comprobado, y enlazado con el siguiente bloque de forma única, por lo que cualquier intento

19. Obra disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=QH2-TGULwu4>.

20. Ver <https://www.nytimes.com/2021/02/22/business/nft-nba-top-shot-crypto.html>.

de alteración de la cadena invalidaría los eslabones o bloques sucesivos y, por tanto, toda la información así codificada. El sistema se define como descentralizado porque no depende de un nodo central único que regule el flujo de información, su verificación o sus intercambios, sino que funciona como una red de nodos distribuida, con un entramado en el que cada punto es igual al otro y comparte la misma información. Esta estructura permite conservar los datos codificados de manera permanente, porque incluso en el supuesto de que hubiera un fallo, corrupción o hackeado de algunos puntos de la red, los restantes nodos seguirían trabajando de forma autónoma. Semejante visión parte del deseo de los programadores de trabajar con mecanismos más seguros, independientes y democráticos, con el objetivo de lograr un acceso más equitativo a la información y mantener un control comunitario de los datos que asegure su conservación, permanencia y fiabilidad sin atender a los dictados de entes centralizados²¹.

El primer desarrollo de este sistema se produjo para hacer viable el bitcoin, una criptomoneda presentada formalmente en 2009²² y que finalmente prosperó como proyecto pese a no ser el primer intento de crear una divisa virtual²³. El bitcoin es una moneda criptográfica basada en un sistema de código abierto que permite dejar registro público de todas las transacciones realizadas y hacer comprobaciones de movimientos, pagos, saldos, transferencias, etc., sin la intermediación de ninguna entidad financiera central, sino entre las propias personas integrantes y usuarias de dicha red (*peer-to-peer*, equivale a decir «entre iguales», y ese es el fundamento de una red descentralizada). El modelo pretendía ofrecer un mayor control sobre el dinero y evitar la participación de intermediarios, eliminando los costes bancarios asociados. El bitcoin buscaba un acceso más democrático, transparente e inmediato sobre el dinero, partiendo de la convención asumida entre todos los participantes de la red de que dicha criptomoneda tenía valor y validez para realizar transacciones. En efecto, el funcionamiento de una divisa virtual depende en última instancia de que exista un valor de intercambio reconocido, al igual que sucede con cualquier moneda del mundo. La diferencia es que aquí el valor está atribuido por los propios miembros de la red, y no depende de una autoridad central que expida la moneda, la respalde o la reconozca. Ahora bien, una criptodivisa como tal solo tendrá utilidad efectiva si se convierte en un activo intercambiable, esto es, si se admite como medio de pago en los

-
21. Una explicación didáctica de este sistema puede verse en «¿Qué es el BLOCKCHAIN?»: <https://www.youtube.com/watch?v=V9Kr2SujqHw&t=207s>.
 22. El artículo «Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System» fue presentado en 2009 por Satoshi Nakamoto, seudónimo del colectivo de creadores que está detrás de esta criptomoneda.
 23. A. ORTEGA GIMÉNEZ, «Smart Contracts» y *Derecho Internacional Privado*, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2019, p. 22, nos recuerda la existencia de otros proyectos antecedentes que resultaron fallidos.

negocios jurídicos y permite concluir operaciones reales. Esto es lo que determinará que tenga solo un valor relativo para su uso en la esfera virtual en la que ha nacido, donde no dejaría de ser una ficha, un *token*, según la denominación en inglés, como sucede con los billetes de colores del famoso juego del Monopoly, cuyo uso queda restringido al ámbito exclusivo del juego y su contexto. Bajo estas premisas, los bitcoins se podrían intercambiar entre miembros de la red y su utilidad como moneda quedaría limitada a esa esfera.

No obstante, si hoy podemos hablar de bitcoins, es porque esta criptomoneda logró abrirse camino y consolidarse como una opción de pago viable. La primera transacción de bitcoins conocida, o al menos la anécdota así la ha consagrado, es el ofrecimiento hecho por Laszlo Hanyecz, un informático de Florida, de pagar 10.000 bitcoins a quien le trajese dos *pizzas* grandes al día siguiente, durante la celebración de una convención sobre criptomonedas. La operación se concluyó el 22 de mayo de 2010, cuando un británico aceptó el ofrecimiento y compró para Hanyecz dos *pizzas* en la cadena Papa John's por un precio de 25 \$. En aquel momento, 10.000 bitcoins equivalían a unos 41 \$²⁴. Hoy numerosas empresas de servicios o plataformas de venta admiten el pago en criptomonedas y se han lanzado ya varias divisas virtuales que están en pleno funcionamiento²⁵. Entre ellas, las más populares son los bitcoins y los ethers, de la plataforma Ethereum, uno de los principales mercados de obras NFT.

Como decíamos, la tecnología *blockchain* se desarrolló inicialmente para soportar el funcionamiento de las criptodivisas de una forma descentralizada. Hoy, su evolución permite muchas más aplicaciones. No obstante, el haber nacido en un contexto de carácter esencialmente financiero ha determinado el asentamiento de una terminología propia de esta esfera de actividad con claras referencias al mundo de las finanzas. De este modo, se ha extendido el uso de conceptos como *token* (y la acción de *tokenizar*) como equivalente a *activo* o unidad de valor, o *acuñar* (*minting* en inglés) para aludir al hecho de introducir un activo en la *blockchain*, como sucede cuando se crea un NFT. Asimismo, se habla de *minería* para explicar la labor de comprobación de datos y elaboración de bloques imprescindible para el correcto funcionamiento del sistema y para garantizar su fiabilidad²⁶. Todo este trabajo tiene un coste computacional que ha ganado enorme complejidad, así que, para asegurar el desempeño de las funciones de minado de datos y además compensar los

24. A fecha de 14 de mayo de 2021, 11 años más tarde, 10.000 bitcoins equivalen a 613 millones de dólares (<https://www.businessinsider.com/bitcoin-surge-means-laszlo-hanyecz-paid-316-million-two-pizzas-2021-3>). Véase también <https://www.investopedia.com/news/bitcoin-pizza-day-celebrating-20-million-pizza-order/>.

25. Pueden verse los datos de cotización en tiempo real de las criptomonedas más extendidas en <https://www.blockchain.com/prices/>.

26. Sobre la minería de datos y otros conceptos propios de la *blockchain* como «proof-of-work», ver <https://freemanlaw.com/mining-explained-a-detailed-guide-on-how-cryptocurrency-mining-works/> o <https://www.ethos.io/what-are-miners-cryptocurrency-mining#>.

costes implicados en el mantenimiento de equipos cada vez más sofisticados, el sistema prevé que esta labor está retribuida. El importe de dicha retribución fluctúa igualmente, en función de la carga computacional, la demanda del momento y otros factores. Por otro lado, también se emplea el término *gas*²⁷, en referencia al coste asociado a cualquier operación computacional que tenga su repercusión en la *blockchain* (pensemos en el caso de un artista quiere cambiar el precio de su obra con respecto al inicialmente marcado, esa nueva información supone una alteración de los datos preexistentes de la cadena de bloques y cualquier modificación tiene costes asociados). A este respecto se habla del *coste del gas* o si una acción concreta tiene *más o menos gas*.

Aunque las especialidades de este campo requerirían mayor atención, ofrecemos aquí únicamente unos breves apuntes para poder comprender su relación con el objeto principal de estudio en este trabajo. Con esta finalidad en mente, resulta imprescindible hablar de los *smart contracts*, en los que luego nos detendremos, como una figura indisociable de las obras NFT y de la tecnología *blockchain*. Estos «contratos inteligentes» son programas escritos en código informático que se ejecutan automáticamente en el momento en que se cumplen las condiciones que desencadenan su cumplimiento. Se califican como *inteligentes* porque funcionan de forma autónoma sin requerir necesariamente la intervención de las personas implicadas en una determinada operación. Estos programas son el vehículo en el que se sustancian las operaciones de compraventa de las obras NFT, y, además, la sintaxis de codificación que emplean participa de la tecnología *blockchain*, de modo que quedan incorporados a la cadena de bloques con todas las consecuencias de seguridad, inmutabilidad y permanencia que ya hemos mencionado.

Trataremos con más detalle esta figura en su apartado correspondiente, pero basta aquí adelantar que el mundo de los NFT no sería viable sin la existencia de los *smart contracts* y que estamos ciertamente en el umbral de todo un futuro contractual virtual y tecnológico aún por explorar y regular.

Por último, debemos señalar algunas de las ventajas que la *blockchain* aporta por sus poderosas aplicaciones, pero cuyo fundamento es esencialmente el mismo con independencia del uso concreto que se haga de ella. Este sistema de codificación lo que garantiza es la inmutabilidad de la información encriptada, ya que se basa en un mecanismo de comprobación de datos que siempre prioriza la cadena de bloques más larga y, por ende, la que más operaciones de verificación de datos encadenados alberga. Al mismo tiempo, el hecho de que funcione de modo descentralizado democratiza el proceso de construcción de bloques y el acceso a la información, que será finalmente compartida por todos los nodos de la red. De esta manera, se evitan fallos

27. Ver <https://ethereum.org/en/developers/docs/gas/> y <https://support.blockchain.com/hc/en-us/articles/360027772571-What-is-gas->.

sistémicos, se garantiza la conservación de la información, aunque haya errores en alguno de los nodos y, muy especialmente, se ofrece una total transparencia en las transacciones, cada una de las cuales queda registrada de forma pública y permite hacer un seguimiento de su contenido, titularidad o importe. Los beneficios que este sistema presenta, no solo en lo que respecta a la trazabilidad de las operaciones financieras o el seguimiento de capitales, sino también en cuanto a la posibilidad de acceso a la información, son innegables y parecen ofrecer soluciones inmediatas a muchas necesidades operativas que se presentan en el ámbito negocial.

Sin embargo, no todo es perfecto en ese sistema. Hay tres inconvenientes esenciales que explican parte de los problemas que se han sustanciado hasta la fecha: uno relacionado con la introducción de datos inicial, otro con la configuración del propio protocolo tecnológico que nos permite hablar de NFT y que se basa en la figura de los *smart contracts*, y un tercero relativo a la coexistencia de distintas redes *blockchain* y la cada vez creciente necesidad de lograr la interoperatividad entre ellas.

Centrándonos en el primero de los inconvenientes, recordemos que la cadena de bloques se presenta como inmutable e inalterable respecto de las transacciones, operaciones o trasposos de información y activos que tienen lugar en su interior una vez que los datos ya están albergados en *blockchain*. El mecanismo de minado se centra en verificar tales movimientos y en generar los siguientes bloques de la cadena para certificar esa información. No obstante, no hay forma de comprobar la veracidad inicial de los datos subidos a la cadena por primera vez. Esto, para el caso específico que nos ocupa en el presente estudio, significa que no se puede verificar desde la propia tecnología que el autor que acuña una obra es realmente quien dice ser, ni que la obra es de su autoría o que los datos sobre la técnica o el año de ejecución son ciertos. Para salvar este escollo, las plataformas de comercialización de arte suelen contar con el criterio de profesionales y expertos que realizan una labor de captación, selección y comisariado de artistas, y limitan su participación en estos *marketplace*, dando únicamente acceso a creadores de trayectoria y reconocimiento que han superado el filtro²⁸.

28. No todas las plataformas funcionan así, como resulta evidente. Algunos portales ampliamente conocidos para la comercialización de NFT como OpenSea permiten un acceso libre a los usuarios sin aplicar filtros iniciales, con la consiguiente posibilidad de que acuñe obra cualquier persona que haya creado un perfil de usuario. El modelo de negocio de estas plataformas se basa en repercutir en el usuario los costes de «gas» del proceso de acuñado y aplicar un porcentaje por gastos de administración en la primera venta, logrando así una sensible reducción de los gastos a los que la plataforma tendría que hacer frente inicialmente. OpenSea ha ganado mucha fama por esta característica, y es uno de los sitios web más usados a nivel mundial; no obstante, la libertad de acceso a la creación de perfiles de usuario y la carga de contenidos en *blockchain* ha dado lugar a numerosos problemas de usurpación de identidades y réplicas no autorizadas de obras ajenas. Como respuesta, la plataforma ha reaccionado estableciendo ciertos mecanismos

El segundo problema relacionado con los *smart contracts* deriva del hecho de que los usuarios de las plataformas que ofrecen estos servicios de acuñado y venta de obras NFT no pueden configurar la codificación de estos programas. Estos estándares están predefinidos por el prestador de servicios, y acompañan al activo, ahora acuñado como NFT, en sus sucesivas transacciones. En respuesta a este problema han surgido nuevas soluciones tecnológicas que permiten trasladar los activos de una *blockchain* en una plataforma a otra y abrir así una ventana a la configuración que realmente se busque; pero todos estos procesos siguen estando reservados a programadores y codificadores y son menos accesibles para los usuarios convencionales.

Un tercer problema deriva del hecho de que la *blockchain* no es única, sino que existen varias redes descentralizadas. El nacimiento de cada una de estas propuestas estuvo ligado, en origen, a la aparición de diferentes criptomonedas. Hoy no sucede así necesariamente. Sin embargo, cuanto mayor y más solvente es la red de la *blockchain* en la que se alojen los NFT, mayores serán las garantías de su permanencia a largo plazo y de su interoperatividad con otras redes, un aspecto en el que se está trabajando en la actualidad por demanda de los propios usuarios, que quieren gozar de libertad de elección para el movimiento y traslado de sus criptoactivos²⁹.

Al margen de todos los inconvenientes asociados al uso de la *blockchain*, y volviendo al ámbito concreto de este estudio, esta tecnología se presenta como la solución a algunos problemas propios del sector artístico. Uno de los principales tiene que ver con la autenticación de obras de arte y la emisión de certificados de autoría por el propio creador que reconozcan la originalidad y paternidad de las obras. Cierto es que esta práctica responde a una necesidad sobrevenida, cuando, con el paso de los años, la revalorización de las piezas y el fallecimiento de sus autores, la comprobación de la autenticidad de las obras se dificulta sensiblemente. Sin embargo, antes del s. XX no se expedían certificados de autenticidad por los artistas e incluso no estaba plenamente asentada la costumbre de firmar todas las piezas producidas. Con el paso del tiempo, estas ausencias plantearon escollos de enorme trascendencia tanto para determinar la autoría como para comprobar la titularidad de obras, pues no había prueba documental alguna de su adquisición.

En efecto, la trazabilidad de las piezas es el segundo gran problema al que habitualmente hay que enfrentarse en el comercio de arte. Este asunto adquiere relevancia por el hecho de que las legislaciones nacionales suelen establecer pautas proteccionistas de las obras de arte y los bienes culturales aplicando habitualmente criterios temporales y umbrales de valor para

de entrada y un sistema de perfiles verificados para contrarrestar las críticas y el descenso de popularidad sufridos a consecuencia de esta problemática.

29. Ver <https://es.cointelegraph.com/news/why-interoperability-is-the-key-to-blockchain-technology-s-mass-adoption>.

determinar la aplicación de regímenes restrictivos de la disponibilidad de dichos objetos o imponer obligaciones de información o conservación a sus propietarios. Por tanto, es una cuestión que ha de abordarse con perspectiva, pues, si bien la comercialización de obras contemporáneas no presenta especiales trabas más que el cumplimiento de requisitos formales o procedimentales de naturaleza administrativa no debe perderse de vista que, con el paso de los años, dichas obras entrarán dentro de la definición de patrimonio cultural fijada por cada ordenamiento jurídico.

Estamos ante una categoría especial de bienes en atención a su naturaleza cultural, lo que determina que existan razones de interés público para garantizar su conservación, preservación y comercio legítimo; y todo ello con independencia de los intereses particulares de las personas que ostenten derechos sobre ellos, como propietarios, depositarios o de cualquier otro modo. En definitiva, sobre los bienes culturales y los objetos de arte conviven dos esferas de intereses: la pública y la privada. Esto determina que el ejercicio de potestades individuales, como el poder de libre disposición del titular, deba modularse para garantizar la salvaguardia de los intereses públicos concurrentes³⁰. En consecuencia, los poderes públicos prestan especial atención a los actos de enajenación pretendidos por sus propietarios y piden prueba del origen de la pieza y de la entrada de dicho bien en el patrimonio del dueño actual con el fin de asegurarse que ha sido adquirida legítimamente y no procede del tráfico ilícito de objetos culturales (expolio, robo, usurpación, etc.). Estos mecanismos proteccionistas se fundamentan en la importancia que estos bienes encierran como portadores de valores superiores de relevancia para la sociedad, la historia colectiva, el entendimiento intercultural, la preservación del conocimiento comunitario y muchos otros motivos semejantes. Estos valores trascendentes confieren a los bienes culturales un carácter especial, un factor plenamente considerado por la normativa y que sirve para articular medidas de lucha contra el comercio ilícito de estos objetos, desde la tipificación penal del expolio hasta la prohibición de exportación en caso de piezas consideradas tesoros nacionales. Por tanto, a la hora de vender una obra, es muy importante poder demostrar su adquisición y procedencia legítimas, de ahí la enorme relevancia que adquieren los contratos de compraventa, los certificados que acrediten el origen de la pieza, las licencias de exportación en caso de ser obligatorias o cualquier otro soporte documental que acredite una circulación lícita del bien.

30. Esta construcción jurídica, hoy plenamente asentada, se debe en gran medida al trabajo desarrollado en Italia por la Comisión Franceschini cuando en 1964 se acometió la reforma de la ley sobre bienes culturales de 1939. Con dicha reforma, la doctrina italiana ahondó en la elaboración teórica del concepto de bien cultural afirmando la superposición de intereses públicos y privados, así como la importancia social de los valores intangibles que portan, al margen de la pura estética y belleza de los objetos, como había sido la tendencia hasta el momento. Ver J. GARCÍA FERNÁNDEZ, «Presupuestos jurídico-constitucionales de la legislación sobre Patrimonio Histórico», *Revista de Derecho Político*, 1988, n.º 27-28, p. 194 y ss.

La situación que acabamos de describir resulta extemporánea si pensamos en obras contemporáneas. Sin embargo, las carencias detectadas con respecto a la ausencia de documentación, trazabilidad y prueba de procedencia de piezas de mayor antigüedad suponen una lección aplicable al futuro del mercado del arte y un aprendizaje que debe orientar las nuevas prácticas comerciales. La *blockchain* se presenta como una excelente solución para ello, porque permite que sea el propio autor quien certifique la autoría de su trabajo en el momento mismo de acuñar una obra, y esta información permanecerá en el sistema para siempre. De igual modo, todas las futuras transmisiones que se hagan de la pieza quedarán reflejadas en la cadena de datos. Las dificultades derivadas de la falta de prueba del origen o adquisición de una obra quedarían así erradicadas.

No obstante, si bien esto puede afirmarse respecto de las obras certificadas como NFT, por ahora la inmensa mayoría de los autores siguen trabajando conforme a las pautas artísticas tradicionales, donde, como decíamos, los certificados de autenticidad o los contratos de compraventa, de haberlos³¹, se documentan en papel. Aun en estos casos, la *blockchain* puede resultar útil, pues permitiría generar certificados de autenticidad y registrar las sucesivas transmisiones mediante el mismo sistema de codificación, aunque no englobase a la obra en sí. De hecho, la tecnología *blockchain* ya contaba con aplicaciones en el mundo del arte antes de la aparición de los NFT precisamente para certificar la autenticidad y originalidad de las piezas y registrar las sucesivas transferencias que les pudieran afectar.

Una de las primeras plataformas en incorporar esta tecnología al campo específico del arte fue Verisart³². Esta empresa, creada en 2015, se dedicaba a la emisión de certificados de autenticidad y al seguimiento de los cambios producidos en la titularidad de la obra mediante su registro en la *blockchain*. Con ello, se ofrecía un mecanismo seguro para creadores, coleccionistas y agentes del mercado que podían disponer así de certificados de confianza e ir construyendo progresivamente la historia de la pieza. Pero, como es fácil advertir, este método no resolvía el problema de identificación en caso de que se generase alguna duda sobre la correspondencia entre el certificado y la obra a la que se refiere. Esa vinculación entre la certificación virtual y el objeto tangible del que depende se podía materializar mediante la incorporación en la propia obra de un distintivo con datos que remitían a la carpeta virtual que contenía la información sobre dicha pieza. Hoy, aparte de este servicio, Verisart también ofrece la posibilidad de acuñar NFT.

31. Es práctica extendida entre los agentes del mercado no formalizar las operaciones de venta en un contrato, sino entregar una factura como comprobante de la transacción. Lo mismo sucede respecto de los certificados de autenticidad, que en muchas ocasiones son emitidos por la galería que comercializa la pieza y no por el artista mismo.

32. Ver <https://verisart.com/>.

Como vemos, las bondades de la tecnología *blockchain* pronto se hicieron patentes en el sector del arte. Desde su uso como mecanismo de certificación y trazabilidad hasta su aplicación para crear NFT, no cabe duda de que estamos en el umbral de un salto cualitativo sin precedentes cuyos efectos se extenderán a muchos ámbitos negociales, incluido, claro está, el de la producción artística.

III. LA EXPERIENCIA DE COMPRA DE UN NFT: EL COLECCIONISMO MILENIAL

Hasta el momento hemos hablado de la diferencia conceptual que los NFT aportan respecto a las demás obras digitales no acuñadas como tales y de cuáles son los principios básicos de la tecnología *blockchain*. Procede ahora adentrarse en la parte práctica de esta materia y analizar dónde y cómo se adquieren estas piezas únicas y en qué medida están afectando a los hábitos de compra en las nuevas generaciones de coleccionistas de arte.

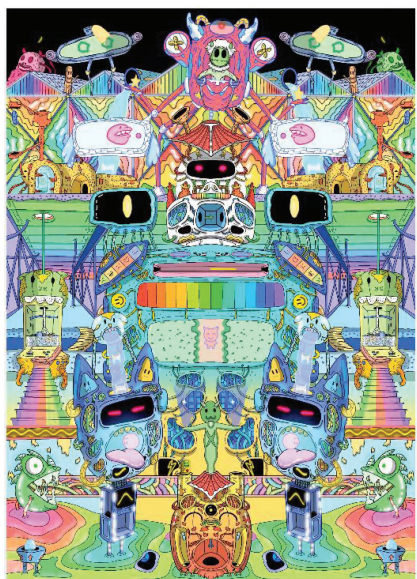
Al igual que sucede con las criptomonedas, los NFT han de crearse a través de plataformas conectadas a la tecnología *blockchain* que ofrezcan la posibilidad de acuñar obras. Desde ese momento, la pieza NFT nace y puede accederse a ella en el mismo portal en donde se ha creado. El sistema es similar al acceso a una cuenta privada de *email* mediante usuario y contraseña, donde cada persona gestiona sus carpetas de correos electrónicos, puede enviar mensajes nuevos, revisar los ya escritos, aplicar etiquetas, etc. Por regla general, los proveedores de servicios de acuñado de obra funcionan también como plataforma de venta. Por citar solo algunos ejemplos, entre los portales más populares están MakersPlace, SuperRare, Nifty Gateway, Aorist, Foundation, Portion o RARE Art. Estos sitios web funcionan a su vez como galerías de arte en las que es posible explorar las propuestas de los artistas y participar en las subastas que periódicamente se organizan agrupadas por temáticas, artistas, estilos, etc.

Por lo que respecta a los medios de pago admitidos, la mayoría de estos sitios web permiten el pago en criptomonedas, así como en divisas convencionales, donde la más común es el dólar estadounidense. En el mercado del arte, la moneda virtual por excelencia y la que se emplea como referencia para las transacciones es el ether, de la plataforma Ethereum³³. Los portales de venta justifican esta elección por el hecho de que es una criptodivisa muy extendida, permite eludir los costes bancarios de las transferencias internacionales y su valor es idéntico en todo el mundo según la cotización del

33. Para tener una referencia de las fluctuaciones de valor de cotización, a fecha de 29/10/2021, 1 ether equivale a 4.259,11 dólares; y a fecha de 18/12/2022, 1 ether se corresponde con 1.176,93 dólares. Se puede comprobar la cotización en tiempo real en <https://www.blockchain.com/prices/>.

momento, lo que facilita el entendimiento entre las partes y la estimación del valor de las obras con una referencia conocida por todos³⁴.

Para que el proceso funcione correctamente, los compradores deben vincular sus billeteras virtuales³⁵, donde tienen alojados sus ethers y guardan registro de sus transacciones y saldo, a la web de venta. Si hacen una oferta y esta es aceptada por el actual titular (que puede ser el propio artista u otro coleccionista que la haya adquirido con anterioridad), se produce la transferencia de ethers a la billetera del vendedor y la obra se integra en la colección virtual del comprador a través del traspaso del activo a su billetera o a su cuenta como usuario registrado. Desde su billetera, el comprador puede ver las obras que ha comprado y tener acceso permanente a sus colecciones, o incluso ofrecer alguna de esas piezas en reventa en la misma plataforma.



HISTORY

@migratinglines accepted an offer of 12.0Ξ (\$52,493) from

@starrynight

A DAY AGO [view tx]

@starrynight made an offer of 12.0Ξ

A DAY AGO [view tx]

@f81 made an offer of 1.0Ξ

2 DAYS AGO [view tx]

Minted by @migratinglines in the SuperRare series

2 DAYS AGO [view tx]

Figura 1: Obra *Dino's Gate: The Alter Ego*, ejemplar 1/1, del artista @migratinglines. Obra acuñada el 28/10/2021 y vendida por 12 ethers el 29/10/2021. **Fuente:** SuperRare (<https://superrare.com/artwork-v2/dino's-gate:-the-alter-ego-29910>) 30/10/2021.

34. A este respecto, es útil visitar el apartado de «Preguntas frecuentes» de algunos de estos portales. La novedad de este fenómeno explica que estas plataformas se esmeren por explicar el proceso de compra y venta de forma clara y comprensible, aunque sin ahondar en las implicaciones jurídicas y fiscales de estas operaciones. Como referencia, aconsejamos visitar el apartado FAQ de MakersPlace: <https://makersplace.com/faq/>.
35. El uso de estas billeteras virtuales, conocidas como *wallets*, deriva de la propia tecnología *blockchain*, cuyo sistema de verificación de datos no permite un intercambio simple de archivos, como ocurriría en cualquier nube de almacenamiento de datos, sino que exige que la información albergada en estas cuentas privadas o billeteras, sean criptodivisas, sean criptoactivos, esté conectada a la realidad verificada en la cadena de bloques.

Una visita aleatoria a cualquiera de estos portales pone de manifiesto la intensa actividad de compra y venta que se produce en el mercado de arte virtual. Algunas obras reciben numerosas ofertas y son revendidas varias veces en un plazo corto de tiempo desde que fueron acuñadas por el artista³⁶. Este comportamiento resulta novedoso y sorprendente para los coleccionistas del mercado tradicional, acostumbrados a compras más sopesadas y a generar una relación más duradera con sus adquisiciones. La volatilidad de las operaciones ha motivado duras críticas sobre el propósito especulativo de estos compradores³⁷. La vertiginosa fluctuación del valor de las criptomonedas contribuye asimismo a alimentar esta percepción. Esto ha llevado a considerar que este éxito de los NFT es en realidad un boom pasajero y se habla incluso del «estallido de la burbuja», para aludir al descenso en las ventas o en el importe de las obras que ha tenido lugar entre primavera y verano de 2021³⁸.

En efecto, no es la primera vez que el mercado del arte es calificado como un terreno abierto a la especulación. Afirmaciones semejantes suelen aflorar cada vez que una obra de arte se vende en subasta por precios que batan un nuevo récord de cifras. Este ha sido el caso también para algunos de los primeros NFT que se han comercializado a inicios de 2021. No obstante, al igual que sucede con las ventas de arte tradicional, donde situaciones como el remate el 15 de noviembre de 2017 de *Salvator Mundi*, obra atribuida a Leonardo, por 450.312.500 dólares³⁹, o la venta de *Rabbit* de Jeff Koons, el 15

-
36. Sirva como ejemplo la obra *Metarift* del artista Pak: <https://makersplace.com/pak/metarift-1-of-1-55174/>.
37. Contribuye a sustentar esta idea la enorme repercusión mediática que han recibido los NFT como fenómeno, ya que en numerosas ocasiones las noticias publicadas se hacían eco de los altos precios de venta de estas piezas, pero al mismo tiempo incurrían en una confusión conceptual al identificar todo tipo de activos NFT con obras de arte digitales, lo que en cierta medida ha ayudado a expandir la percepción errónea de que el arte digital se ha transformado en un campo idóneo para la especulación (ver <https://www.lavanguardia.com/magazine/experiencias/20210827/7654342/revolucion-digital-arte-contemporaneo.html#foto-2>).
38. En el reportaje de Luis Miguel Barcenilla «Es el mercado del arte digital, amigo», publicado el 14 de agosto de 2021 en *El Salto Diario* (<https://www.elsaltodiario.com/criptomonedas/es-el-mercado-del-arte-digital-amigo-criptoarte-nft>), se recaba el testimonio de algunos compradores de activos NFT, quienes señalan un cambio de tendencia a la baja. Asimismo, en este reportaje conjetura sobre que en este descenso ha tenido gran impacto la declaración hecha por China de prohibir las operaciones con criptomonedas. En efecto, en mayo de 2021, el país asiático anunciaba este veto con drásticas caídas en las cotizaciones de las grandes criptodivisas, aunque los inversores continuaron su actividad a través de plataformas extranjeras. (ver <https://www.lavanguardia.com/economia/20210519/7466727/bitcoin-criptomonedas-ethereum-caida-china.html>). En septiembre la medida era definitiva, al considerarse ilegales en el país todas las transacciones realizadas en monedas criptográficas (ver <https://www.bbc.com/mundo/noticias-58683341> o <https://www.elmundo.es/economia/2021/09/24/614da12fc6c83f0358b4622.html>).
39. <https://www.christies.com/features/Leonardo-and-Post-War-results-New-York-8729-3.aspx>.

de mayo de 2019, por 91.075.000 dólares⁴⁰, suelen ocupar los titulares de los medios, lo cierto es que la mayoría de las transacciones que se producen en este mercado no alcanzan estos importes. Calificar la totalidad de un sector de actividad profesional y económica en función de los resultados alcanzados con algunas ventas aisladas carece de lógica y fundamento. Lo mismo puede decirse respecto a los NFT y algunas opiniones vertidas al respecto.

No cabe duda de que la íntima conexión tecnológica de los NFT con las criptodivisas, no solo en lo que respecta a la sintaxis de codificación *blockchain* con la que ambas funcionan, sino también por el hecho de que un porcentaje muy elevado de las ventas de estas obras se realiza mediante monedas criptográficas, contribuye a sustentar las teorías sobre el uso especulativo de estos activos. En el mercado tradicional, la revalorización de las obras depende de factores vinculados en gran medida a la pieza en sí, tales como el prestigio del creador, la calidad de la obra, el carácter único de la pieza en el conjunto de su trayectoria artística, las dimensiones, el estado de conservación, la técnica empleada, el período histórico, la antigüedad, etc. Existen igualmente factores coyunturales que afectan a dicho valor, como el estado global de la economía, la alta demanda del mercado de obras de un estilo o período concreto, el cambio de tendencia en el coleccionismo o cuestiones semejantes. El cúmulo de unos y otros elementos determina las estimaciones de valor de las obras en cada momento concreto. Existe, por tanto, fluctuación, pero se desenvuelve en un marco más predecible y explicable. En el caso de las obras NFT sucede que, en cuanto obras de arte, están expuestas a estos mismos factores a la hora de estimar su valor; pero sobre ellas se proyecta también la propia fluctuación de la criptodivisa y el precio que se haya ido pagando por la pieza en las transacciones precedentes. Es decir, los NFT se ven afectados por una tercera capa de elementos que influyen en su apreciación: la propia cotización de la moneda y la celeridad con que las operaciones se producen en este campo. Así, un coleccionista que haya pagado 10 ethers por una obra, cuando el ether cotizaba a 1.000 dólares, no estará fácilmente dispuesto a vender la obra por menos unidades de esa criptomoneda o, al menos, por menor valor. De este modo, si pasados seis meses, la cotización del ether desciende a 500 dólares la unidad y el propietario ofrece en venta la pieza, pedirá por ella o bien 20 ethers o bien 10.000 dólares. Como vemos, se trata de un mercado complejo, pero con reglas conocidas.

En nuestra opinión, con los NFT sucede lo mismo que con el mercado tradicional, en el que siempre han destacado algunas ventas aisladas por su gran repercusión mediática, pero que no se corresponden con la mayoría de las operaciones que se producen en el sector. Lo mismo cabe decir de esta clase de activos y, como fácilmente puede comprobarse, una consulta rápida

40. https://www.christies.com/lot/lot-6205139?ldp_breadcrumb=back&intObjectID=6205139&from=salessummary&lid=1.

de cualquiera de estos portales evidencia el gran volumen de transacciones que se realizan.

Con todo, y dejando al margen las críticas, debemos señalar que el mercado de arte digital sirve de campo de análisis para los nuevos hábitos de compra de los coleccionistas de nueva generación. Una de las características más llamativas, en contraposición a la conducta estandarizada en el mercado tradicional de arte, es, como decíamos, la vertiginosidad de las operaciones y los sucesivos trasposos de titularidad en espacios muy cortos de tiempo. Aunque estas prácticas no son completamente nuevas, pues es fácil hacer seguimiento de algunas piezas que con frecuencia salen nuevamente a subasta y son revendidas en numerosas ocasiones, la diferencia aquí es que los plazos se acortan sensiblemente. Las razones que hay detrás de este comportamiento no son puramente especulativas, como a primera vista pudiera parecer, sino que responden también a nuevos hábitos, a nuevas formas de relacionarse con las obras y de entender el coleccionismo por unos compradores que arrastran otras experiencias y viven en un entorno marcado por la hiperconectividad y la velocidad de interacción⁴¹.

Es más, podría decirse que existen coleccionistas que mantienen las conductas clásicas de adquirir piezas en galerías o casas de subastas para integrarlas en su espacio personal y que participan del mercado tradicional, mientras que existen otros compradores que construyen sus colecciones íntegramente en el mercado digital. Aunque ambas esferas pueden unirse en una única colección para el amante del arte interesado en todo tipo de disciplinas, lo más frecuente es que cada comprador se mueva en una u otra esfera.

Esto tiene sus consecuencias en el modo en que el propio mercado se desarrolla y responde a la demanda. Centrándonos aquí en el análisis del mercado de arte digital, pueden observarse algunas características particulares. En primer lugar, como ya hemos explicado, la celeridad de las operaciones, algo que se conecta con una conducta menos reflexiva y más basada en la emoción de la experiencia de compra. En segundo lugar, una relación menos estable con las obras adquiridas, que en muchas ocasiones permanecen poco tiempo con el comprador y rápidamente son ofrecidas de nuevo en venta. La reventa aparece aquí como una opción plenamente asequible y viable, mucho más fácil de ejecutar que en el mercado tradicional, lo que abre un abanico de opciones para los compradores y también un sistema de retribución indirecta para los artistas que contrasta con los mecanismos del

41. La casa de subastas Christie's ofrece algunos datos interesantes sobre este nuevo perfil de compradores. Según informa, el 73 % de los compradores de arte NFT en Christie's son nuevos coleccionistas que no habían participado en subastas con anterioridad, y además la media de edad se sitúa en los 38 años, 13 años más jóvenes que la edad promedio de los compradores de otro tipo de ventas. Ver <https://www.christies.com/about-us/press-archive/details?PressReleaseID=10151&lid=1>.

mundo analógico. De hecho, los ingresos por derechos de participación⁴², comúnmente conocidos como *royalties*, se ejecutan automáticamente gracias a los *smart contracts*, lo que supone una fuente de ingresos altamente fiable para los creadores con la consiguiente seguridad económica que esto les aporta. En tercer lugar, estos compradores suelen crear colecciones muy variadas y muy amplias. Conscientes de esta práctica, los artistas han sabido responder a estos nuevos hábitos de consumo apostando por la creación de series, colecciones temáticas o trabajos seriados. Se trata de una práctica que se retroalimenta, es la colección de «coleccionables», lo que permite a los compradores formar a su vez series de obras, agruparlas por estilos, tener los ejemplares más escasos y raros de un autor, etc. En cuarto lugar, y muy relacionado con el punto anterior, está la experiencia de compra en sí como un proceso que implica activamente al comprador y lo mantiene atento. Estas plataformas han creado mecanismos para convertir las subastas en experiencias vivas y dinámicas, yendo un paso más allá en la configuración del proceso de compra y añadiendo factores, acciones y elementos que solo son posibles en un medio digital. Estos compradores de nueva generación están acostumbrados a este lenguaje interactivo, muy propio de los videojuegos. Participan activamente del proceso de compra, que muchas veces se diseña como un juego, y conocen a la perfección sus reglas y pautas de funcionamiento⁴³. Con ello, se han extendido además nuevos términos como *drop*,

42. Recordemos que el art. 24 del TRLPI regula el derecho de participación como un derecho inalienable e irrenunciable que corresponde al autor o a sus causahabientes para percibir un porcentaje del importe en las reventas de sus obras que hagan los comerciantes de arte profesionales. El artículo encomienda esta labor a las entidades de gestión colectiva, que deberán hacer la recaudación y el reparto entre los autores. El artículo dispone una serie de condiciones y situaciones para que el derecho de participación se genere o quede excluido. Así, por ejemplo, en la reventa de un comprador privado, no habría derecho de participación. No obstante, los *smart contracts* reservan un porcentaje del importe de la reventa para retribuir al artista (habitualmente un 10 %, pero hay porcentajes mayores), y dicha reserva se ejecuta automáticamente en el momento en que la transacción se realiza, con independencia de que el revendedor sea un profesional del mercado o un particular. Este sistema es claramente beneficioso para los artistas no solo porque reciben una remuneración con cualquier reventa, sino también porque no es necesaria la intercesión de las entidades de gestión y el pago aparece automáticamente en su billetera.

43. A modo de ejemplo, citamos el sistema «Mystery Box», que consiste en el lanzamiento de una serie de activos no desvelados a través de un juego de cajas. De toda la serie de piezas, hay algunas más frecuentes (de más ejemplares en la edición) y otras menos frecuentes. Cada caja contendrá un ejemplar u otro en función de una estadística algorítmica, de tal manera que un comprado-jugador puede ir comprando (abriendo) cajas hasta completar X nivel o número de piezas de la serie, y cuando lo logre se le dará acceso al siguiente nivel o piezas reservadas. En parte es como una compra piramidal. Quien complete todas las fases (con piezas no repetidas) logrará abrir la última caja, que habitualmente es una obra de ejemplar único o de edición muy reducida, de tal manera que, completas, solo existe una serie o dos o tres. Para añadir tensión a esta experiencia, se suele fijar también una ventana de tiempo en que las compras serán posibles, de manera que solo se podría completar la colección en ese tiempo dado. Ver por ejemplo <https://makersplace.com/javierres/drops/classic-mystery-box-824/>.

para referirse a una subasta virtual; *airdrop*, para aludir al reparto aleatorio de *tokens* o criptomonedas entre los participantes de una acción concreta; *wallet*, para designar la billetera electrónica en donde se alojan las criptomonedas; o *whale*, en referencia a grandes inversores de criptodivisas o grandes coleccionistas de activos criptográficos, incluidos los NFT.

El panorama que acabamos de describir evidencia el surgimiento de unas nuevas pautas de consumo para el coleccionismo de obras digitales. Sus características lo separan del coleccionismo tradicional, tanto por el proceso de compra como por el modo de acceder y disfrutar las piezas de la colección. Así, estos compradores deberán entrar en sus billeteras virtuales, con usuario y contraseña, para ver y disfrutar su colección. Desde ahí podrán reproducir las piezas o tenerlas en un dispositivo en exposición, como una pantalla, un marco digital, un ordenador o incluso imprimir una copia, pero sin olvidar que la pieza auténtica, la garantizada con *blockchain* está alojada en la cadena de bloques a la que se accede a través de su billetera personal⁴⁴.

IV. NFT Y LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Explicábamos en párrafos anteriores que una de las principales dificultades para entender qué es un NFT y qué diferencia aporta con respecto a cualquier otra copia de la misma obra digital es la confusión que provoca el hecho de que, en muchas ocasiones, esas mismas piezas convertidas en NFT están disponibles para su disfrute y reproducción de manera abierta y gratuita en redes sociales, portales de vídeo o galerías virtuales. Como tantas veces sucede con respecto a los contenidos que circulan por la red, la gratuidad y facilidad de acceso suele confundirse con la cesión completa de los derechos de propiedad intelectual que asisten a su creador, o con la idea de que se ha renunciado a ellos mediante su difusión voluntaria. Sin negar la dificultad de protección de los derechos de autor en la era digital, está claro que ninguna de estas acciones supone la renuncia automática a sus facultades como autor por parte de los artistas, salvo que expresamente lo declaren así (acogiéndose, por ejemplo, a una licencia abierta o Creative Commons). En el caso de los NFT pasa exactamente lo mismo. Los NFT, en cuanto obras artísticas originales incorporadas a un soporte intangible, quedan protegidos por la normativa de propiedad intelectual desde el momento mismo de su creación. Es más, consideramos que esta

44. Cuando los usuarios/compradores de estas obras no pagan en criptomonedas (si el *marketplace* permite hacer las transacciones en moneda FIAT), es posible que operen sin billeteras. En estos casos, las plataformas de comercialización suelen abrir un espacio virtual a nombre de ese usuario en sus propios servidores descentralizados, pero es una solución transitoria, ya que el activo adquirido no se traspaşa propiamente a un espacio privado que sea titularidad del comprador, sino que queda vinculado a una cuenta de usuario.

implementación tecnológica puede ayudar a proteger a los creadores de una forma más efectiva, al servir el proceso de acuñado como prueba de la fecha de la creación de la pieza y al permitir la distinción entre el ejemplar único y reconocido por el artista y las demás copias digitales que pudiera haber de la misma pieza. Trataremos de exponer brevemente algunos de estos planteamientos y centrarnos en algunos aspectos controvertidos de la relación entre propiedad intelectual y NFT.

1. IDEAS GENERALES

Como punto de partida debemos afirmar que el funcionamiento de los derechos de propiedad intelectual, su distinción entre la esfera moral y la económica, y los mecanismos contemplados para su transmisión o renuncia por la ley no se ven modificados en modo alguno cuando hablamos de obras certificadas como NFT⁴⁵. Al igual que sucedía con anterioridad, el acceso a las obras, tan común y fácil en el mundo digital, no implica que cualquier persona pueda usarlas, reproducirlas, transformarlas o sacar provecho económico de ellas, salvo en los casos excepcionales autorizados por la ley, si no media consentimiento previo por parte del autor. Todo esto se entiende sin perjuicio de las propias acciones del artista, quien voluntariamente habrá publicado su trabajo en alguna red social o plataforma de visibilización, desde las cuales es muy fácil compartir contenidos. No obstante, recordemos que aún en estos casos, los distintos portales y redes recogen pautas específicas sobre la subida de contenidos y los usos que el responsable de la subida autoriza con ello. El artista habrá ratificado dichas pautas con su comportamiento; pero la mayoría de las políticas de uso de estas plataformas prohíben el aprovechamiento comercial por terceros de los contenidos subidos y autorizan únicamente su difusión en el marco de la propia red. Así pues, se trata de compartir un contenido publicado por el autor sabiendo que, al difundirlo de este modo, estaba consintiendo este uso potencial de reproducción y distribución por los usuarios; pero no está autorizando su aprovechamiento con fines comerciales ni dentro ni fuera de la plataforma⁴⁶.

45. No vamos a ahondar en este estudio sobre la estructura de esta esfera de derechos, sus pautas de funcionamiento, la distinción entre derechos morales y económicos, las facultades que se derivan de una y otra clase de derechos o las excepciones reconocidas por la ley para el uso de obras ajenas. Presuponemos en el lector un conocimiento sobre la materia y centraremos nuestros esfuerzos en analizar los aspectos problemáticos del sistema aplicados a la nueva realidad de los NFT, como objeto principal de este trabajo.

46. Recordemos, además, que las políticas de uso de estos portales exigen que la persona que sube un contenido ostente los derechos de propiedad intelectual para hacer la publicación y ellas mismas se exoneran de cualquier responsabilidad al respecto. En los «Términos legales del servicio» de Facebook, se establece: «*Cuando compartes, publicas o subes contenido que se encuentra protegido por derechos de propiedad intelectual o industrial en nuestros Productos, o en relación con ellos, nos concedes una licencia en todo el mundo, no exclusiva,*

Esto último requeriría una autorización expresa entre el autor y la persona que quiere hacer uso de su trabajo.

Asimismo, la adquisición de una obra NFT no supone la transmisión de los derechos de explotación que corresponden al artista para hacer un aprovechamiento económico de su creación. Al igual que en el mercado tradicional sucedía con el coleccionista de un óleo, el traspaso de titularidad se limita a la obra en cuanto a que está incorporada a un soporte, esto es, el lienzo en sí, pero no a las facultades que dimanarían de la creación como producción artística e intelectual. Por este mismo motivo, el propietario de esa pintura no estará autorizado a elaborar productos derivados de ella, como fotografías, postales, camisetas, catálogos o cualquier otro sin contar con el consentimiento previo del autor, pues este conserva todas esas potestades. Lo mismo sucede con los NFT. El comprador de esta obra única e intangible adquiere un derecho de propiedad sobre ese soporte intangible que contiene la obra, en este caso codificado y albergado en la *blockchain*, pero no es titular de los derechos de propiedad intelectual que asisten al creador. Replicamos aquí como referencia el apartado 5.d) del documento «Términos de uso» de la plataforma MarkersPlace:

«This Crypto Asset is a limited-edition digital creation. Unless otherwise specified by the Seller of a Crypto Asset in writing, your purchase of a Crypto Asset does not give you the right to publicly display, perform, distribute, sell or otherwise reproduce the Crypto Asset for any commercial purpose. You further agree that you are not receiving any copyright interest in the Crypto Asset. Any commercial exploitation of the Crypto Assets could subject You to claims of copyright infringement. If you sell a Crypto Asset through the Site, you agree that you will not have any claims against Onchain Labs for any breach of Section 5d by a purchaser. If you purchase a Crypto Asset on the Site, You hereby agree to hold Onchain Labs and the seller of such Crypto Assets harmless from and against any and all violations or breaches of this Section 5d»⁴⁷.

La disposición queda más clara en el apartado de «Preguntas frecuentes» de esta misma plataforma, donde se explica que el comprador está adquiriendo un ejemplar único de la obra con el derecho a usarla, distribuirla y exhibirla sin fines comerciales, y son estas mismas facultades las que se transmiten en caso de reventa. La plataforma, no obstante, admite la

transferible, sublicenciable y exenta de pagos por derechos de autor para alojar, usar, distribuir, modificar, mantener, reproducir, mostrar o comunicar públicamente y traducir tu contenido, así como para crear contenido derivado (de conformidad con tu configuración de privacidad y de la aplicación). En otras palabras, si compartes una foto en Facebook, nos das permiso para almacenarla, copiarla y compartirla con otros (de conformidad con tu configuración), como proveedores de servicios que nos ayudan a proporcionar nuestros servicios u otros productos de Facebook que usas. Esta licencia dejará de tener efecto cuando tu contenido se elimine de nuestros sistemas». Ver <https://www.facebook.com/legal/terms>. En similares palabras se expresan Twitter, Instagram, YouTube o Vimeo.

47. Ver <https://makersplace.com/terms/>.

posibilidad de que exista una cesión de derechos de algún tipo, cuando el propio artista así lo disponga y configure esta posibilidad al ofrecer su obra NFT en venta⁴⁸. Recordemos en este punto que las transacciones de NFT se sustancian a través de *smart contracts* y en ellos no hay propiamente una negociación de los términos entre las partes, sino una preconfiguración del contenido del contrato en el que el consentimiento se presta al formalizar la compraventa en la plataforma. Desde ese momento, el contrato inteligente se ejecuta automáticamente⁴⁹.

Por lo tanto, la aparición de los NFT no cambia en absoluto estas reglas y suponen una importante innovación tecnológica que puede ayudar a proteger los derechos de propiedad intelectual. Con esta herramienta, los artistas pueden comunicar públicamente qué ejemplar de la obra han autenticado y reconocido, y además pueden tener el control de su primera transmisión, de modo que todos los demás ejemplares que circulen por la red serán simplemente copias no auténticas.

Este planteamiento presenta múltiples ventajas tanto para los artistas como para los compradores. Con respecto a los primeros, les confiere un amplio control sobre sus creaciones y el ejercicio de algunas facultades intrínsecamente vinculadas a la autoría (como la decisión de difundir la propia

48. Debemos señalar que no todas las plataformas funcionan igual en lo que respecta a la transmisión de los derechos de explotación de la obra. En el caso de los Cryptokitties, unos criptoactivos publicados en 2017, la adquisición permitía al comprador hacer un uso comercial de la obra. Ver <https://www.cryptokitties.co/terms-of-use> y <https://ial.uk.com/nfts-contemplating-copyright-and-contract-conundrums-part-ii/>.

49. Aunque no son obras de arte, traemos a colación aquí el caso de los clips de jugadas de baloncesto de la liga NBA, que la propia organización empezó a comercializar como NFT en su tienda *online* («NBA Top Shot “Moments”»). Al adquirir este clip (de unos 20 segundos), el comprador accede a una licencia al «Arte» conforme a los Términos de la plataforma. Por su claridad al especificar las acciones permitidas o prohibidas al comprador, reproducimos aquí un fragmento del clausulado de esta *license to art*:

«[A] license to use, copy, and display the Art for your Purchased Moments, solely for the following purposes: (i) for your own personal, non-commercial use; (ii) as part of a marketplace that permits the purchase and sale of your Purchased Moments, [se refiere aquí a la opción de reventa en la misma plataforma]; or (iii) as part of a third-party website or application that permits the inclusion, involvement, or participation of your Purchased Moment, provided that the website/application cryptographically verifies each Moment’s owner’s rights to display the Art for their Purchased Moment to ensure that only the actual owner can display the Art, and provided that the Art is no longer visible once the owner of the Purchased Moment leaves the website/application.

[O]wners of Moments may not: (a) modify the «Art», (b) use the Moment to advertise or market a third-party product or service, (c) sell or otherwise commercialize merchandise that includes or contains the Art, (d) use the Moment in connection with certain prohibited behaviors like illegal conduct, violence, cruelty, etc., or (e) use the Moment in movies, videos, or other forms of media. In addition, the license granted to a Moment’s owner expires immediately upon the termination of ownership of the Moment».

obra⁵⁰) se hace muy accesible, además de pública. En cuanto a los segundos, los NFT aportan seguridad, pues los compradores sabrán con certeza que la pieza que adquieren es auténtica y única, podrán hacer seguimiento de la obra, conocer su procedencia y el histórico de transacciones, y podrán a su vez revenderla de forma segura sin tener que demostrar su origen o autenticidad.

2. NUEVAS SITUACIONES QUE LOS NFT PLANTEAN

Con todo, el sistema plantea algunas cuestiones aún sin resolver. Una de ellas podría ser qué valor tiene el acuñado de una obra en la *blockchain* cuyos datos se publican en la plataforma en que se ha realizado. Partiendo de las atribuciones ampliamente reconocidas a esta tecnología, y, muy en especial, su naturaleza inmutable y la imposibilidad de alterar los datos que ya han sido verificados e integrados en la cadena de bloques, ¿podría el acuñado servir como medio jurídico de prueba del momento de creación de la obra? La duda es si el *minting* podría llegar a sustituir a la inscripción registral de las obras en el Registro de Propiedad Intelectual y ofrecer un medio de prueba equivalente, teniendo en cuenta que el histórico completo de las piezas, desde que son acuñadas, es de acceso público. Como sabemos, la inscripción en este registro no tiene valor constitutivo, sino que sirve como prueba cualificada, por lo que se presume, salvo prueba en contrario, que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular. Además, el Registro cumple una función publicitaria y permite la consulta de los asientos. Por otro lado, el procedimiento de registro, salvo en casos palmarios de doble inscripción o identidad de asientos, no analiza el contenido de las obras ni es un mecanismo para evitar el plagio. La cuestión se plantea porque cuando el artista acuña una obra cumple dos objetivos primordiales: declara públicamente que solo ese ejemplar es el auténtico y difunde la obra.

Consideramos que, por el momento, el acuñado de un NFT puede servir como indicio para demostrar la autoría o la fecha de creación de una obra en caso de controversia. Pero hasta que no se produzca una reforma normativa, los demás efectos administrativos asociados a la inscripción en el Registro de Propiedad Intelectual, tales como la posibilidad de hipotecar los derechos de autor previa presentación del certificado de inscripción, o el solicitar dicho certificado como requisito formal para concurrir a convocatorias de subvenciones o ayudas públicas, no pueden ser sustituidos por el acuñado en la *blockchain*.

50. Art. 14.1 TRLPI. El derecho a «Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma» es una de las facultades esenciales del autor. Si la obra permanece en su estricto ámbito personal, el resto de derechos quedarían en suspenso porque se trataría de un trabajo desconocido.

No obstante, como decimos, puede tener un valor indiciario de un mejor derecho en caso de que se produzca alguna controversia sobre la autoría y la fecha de creación de una obra⁵¹. Recordemos que es posible convertir en NFT obras previamente publicadas por los creadores en otros formatos, y, de hecho, muchos autores han recurrido recientemente a esta posibilidad pese a haber difundido sus trabajos varios años antes⁵². Si bien el caso de una obra que es acuñada por su autor en el momento mismo de su primera difusión no presenta inicialmente demasiados problemas, cuando existe un lapso temporal entre el momento de la creación y el del acuñado, surgen varios supuestos problemáticos que pasaremos a exponer a continuación⁵³.

Así, es posible que un tercero use una copia de la obra ya difundida y la convierta en NFT antes que el propio autor. El sistema de acuñado no podría impedir el proceso, ya que cualquier variación mínima en el archivo, aunque sea un único píxel, dará lugar a un archivo nuevo. Este es un caso evidente de infracción de derechos de propiedad intelectual y el autor habría de demostrar que su obra ha sido creada con anterioridad. Pero puede suceder también a la inversa, que un tercero use una obra NFT previa e intente volver a acuñarla como propia. Este caso ya se ha producido en más de una ocasión. Traemos aquí dos ejemplos para entender el alcance de esta problemática. Tras la exitosa venta de la obra de Beeple *Everydays: The First 5000 Days* en marzo de 2021, un creador identificado como Monsieur Personne replicó esta

-
51. Javier Arrés, artista al que ya hemos mencionado con anterioridad, explicaba en una intervención pública en la jornada «Del arte analógico al virtual», organizada por el Colegio de Abogados de Madrid el 4 de abril de 2022, que, para evitar plagios y acciones de apropiación de su obra, se abstenía de difundir en sus canales de comunicación cualquier obra inédita si no la había acuñado previamente en *blockchain*. De este modo, explicaba, en caso de tener que requerir a una plataforma para bloquear el contenido subido por un tercero que replicaba su trabajo haciéndolo pasar como propio, tenía un mecanismo de prueba que demostraba su prioridad en el tiempo. Ver sesión completa en <https://www.youtube.com/watch?v=o4-LfLciggY>.
 52. En párrafos anteriores habíamos mencionado el caso de la obra *Nyan Cat* de Chris Torres, subida a YouTube en 2011 y convertida en NFT en 2021. Este es solo uno de una infinidad de ejemplos.
 53. Aunque no ahondaremos en este supuesto, ya que su grado de especificidad excede los fines pretendidos con este trabajo, podríamos plantearnos qué sucede en el caso de obras en las que interviene un autor y un titular de derechos conexos, como el productor de fonogramas. Este supuesto es complejo porque los plazos de protección de los derechos que corresponden a uno y otro son distintos. Si en un caso semejante es el propio autor quien convierte en NFT una pieza suya ya difundida con anterioridad, y dado que el acuñado supone un reconocimiento público y una forma de certificar la autoría y autenticidad por parte del creador mismo, ¿qué transcendencia puede tener esta diferencia temporal a efectos de determinar la duración de los derechos de propiedad intelectual? El hecho de que sea el propio artista quien realice la labor de identificar el ejemplar único de su obra y de distinguirlo como auténtico con respecto a las copias difundidas previamente, ¿puede implicar que el *dies a quo* para el cómputo de los plazos de protección deba comenzar con el acuñado de la pieza o con la fecha de la primera difusión?

obra y la acuñó⁵⁴, llegando a vender algún ejemplar por 10 ethers. Según explicó este autor, su propósito era llamar la atención sobre uno de los puntos débiles del sistema NFT, que no puede garantizar que la persona que acuña las obras es quien realmente ostenta los derechos de propiedad intelectual⁵⁵. Este es, en efecto, uno de los aspectos que habría que implementar en el futuro, pero es, al mismo tiempo, una cuestión difícil de resolver desde el punto de vista tecnológico. En parte, sucede lo mismo cuando se inscriben las obras en el Registro de Propiedad Intelectual, donde, como decíamos, no se hace una comprobación de contenidos para saber si existe una obra ya difundida igual o similar y se está incurriendo en plagio. El estado de la técnica no permite aún llevar a cabo tales verificaciones. Otro ejemplo también llamativo fue el de la venta en la web OpenSea por 900.000 dólares de varias obras NFT realizadas con el estilo y la estética del artista urbano Banksy⁵⁶. El autor de esta acción se llama Pest Supply, haciendo una lectura irónica de Pest Control, nombre de la empresa que está detrás de Banksy y que autentifica todos sus trabajos. La compañía se apresuró a declarar que el célebre artista urbano no tenía nada que ver con estas piezas.

Las medidas de reacción y control desarrolladas hasta el momento pasan por gestionar una denuncia de suplantación, apropiación o plagio comunicada a la propia plataforma en la que se ha acuñado la obra replicada. Estos portales reaccionan bloqueando a ese usuario, como ha sucedido con Pest Supply en OpenSea. Los propios términos de uso de MakersPlace disponen que la plataforma puede bloquear y suprimir el contenido de cualquier usuario que infrinja la ley o los términos de uso del portal, y hacen especial referencia a cualquier infracción o sospecha de infracción de los derechos de propiedad intelectual que correspondan al autor legítimo de una obra⁵⁷.

54. Ver https://www.wsj.com/articles/scammers-see-new-frontier-in-nft-art-11629896400?mod=rss_Technology.

55. Este autor trabaja en Instagram con un *alter ego* llamado «NFTheft.official». En su cuenta ha registrado cada uno de los pasos que ha dado para realizar esta crítica artística y ha planteado en numerosas ocasiones el debate acerca de la seguridad del sistema. Ver <https://www.instagram.com/nftheft.official/?hl=es>.

56. Ver <https://www.theartnewspaper.com/2021/02/22/banksy-style-nfts-have-sold-for-dollar900000but-are-they-the-real-deal-and-does-it-even-matter>.

57. Art. 5.e) del documento «Términos de uso»: «*We have the right to remove or refuse to post any User Materials, including Crypto Assets, (a) for any or no reason in our sole discretion; (b) take any action with respect to any User Materials that we deem necessary or appropriate in our sole discretion, including if we believe that such User Materials violates the Terms of Use, infringes any intellectual property right of any person or entity, threatens the personal safety of users of the Site or the public, or could create liability for MakersPlace; (c) disclose your identity or other information about you to any third party who claims that material posted by you violates their rights, including their intellectual property rights or their right to privacy; (d) take appropriate legal action, including without limitation, referral to law enforcement, for any illegal or unauthorized use of the Site; and (e) terminate or suspend your access to all or part of the Site for any or no reason, including without limitation, any violation of these Terms*».

Una situación distinta pero igualmente sorprendente es la que se produce cuando se acuñan piezas realizadas dentro de los siempre borrosos contornos de las excepciones permitidas por la norma para el uso lícito de obras ajenas. De entre los casos de este tipo que ya han aparecido, destacamos el de una composición paródica (meme) publicada en Twitter por la usuaria Eva Beylin y posteriormente compartida por Elon Musk en su propia cuenta de esta red social. En vista del éxito de la publicación, Beylin decidió acuñarla como NFT bajo el título de *Love in The Time of Web3*, y la vendió por 5 ethers el 21 de octubre de 2021. Lo particular de este ejemplo es que, para realizar el meme, Beylin tomó un dibujo de autor desconocido que representa a una pareja abrazada mirando una pantalla, y completó la composición colocando en dicha pantalla los datos de cotización de varias criptomonedas procedentes de otro meme elaborado por otro creador llamado @shegenerates. Es decir, Beylin realizó su trabajo partiendo de dos piezas preexistentes, lo acuñó como propio y lo vendió. En consideración a la contribución que en su pieza había tenido la obra de @shegenerates, le cedió el 20 % de las ganancias obtenidas con la venta, pero ella será la única beneficiaria del 15 % de *royalties* que se generan en caso de reventa⁵⁸. La situación descrita parece no presentar excesivos problemas de legalidad en los ordenamientos de tradición anglosajona, donde los límites a los usos de obras ajenas no vienen impuestos por un modelo de listado cerrado, a diferencia del derecho europeo, sino por la configuración de las prácticas permitidas en función del análisis del caso concreto a la luz de una serie de doctrinas, entre las que destaca la teoría del *Fair Use*. Conforme a esta doctrina interpretativa, los usos paródicos de obras ajenas suelen estar autorizados, siempre que el fin de comentario humorístico resulte evidente, no se produzca peligro de confusión con la obra original y no haya riesgo de perjudicar los derechos de explotación del autor de la obra parodiada. Nuestra ley de propiedad intelectual, siguiendo las previsiones de la Directiva 2001/29/CE sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información, ha regulado el límite de parodia en el art. 39 del TRLPI. La aplicación de estos límites, en cuanto a que restringen el aprovechamiento de los derechos de autor de los creadores, debe interpretarse restrictivamente. De hecho, los tribunales españoles han debido pronunciarse en numerosas ocasiones sobre la procedencia o no del uso paródico de una obra ajena, con fallos en los que es difícil unificar criterios. No obstante, del propio art. 39 de la ley se desprenden una serie de criterios que, en lo sustancial, coinciden con las pautas de análisis de la teoría del *Fair Use* en *Common Law*, ya que es requisito que la pieza parodiada haya sido ya difundida, que no conduzca a confusión con la original, que el

58. No obstante, la propia @shegenerates declaró que estaba conforme con el uso que Beylin había hecho de su trabajo, dado que los memes son de uso libre conforme a la legislación norteamericana. Ver <https://www.cnbc.com/2021/10/22/elon-musk-reposted-28-year-olds-meme-it-sold-as-an-nft-for-20000-dollars.html>.

fin de crear un mensaje humorístico o crítico sea claro y que no perjudique la potencial explotación de la obra empleada⁵⁹. Muy probablemente el límite de parodia vaya a ser aplicado con asiduidad en el futuro, ya que la creación de memes y *gifs* de humor está muy extendida, y solo es ahora que se están empezando a explotar como NFT comercializables.

Otra de las cuestiones que puede generar controversia en materia de propiedad intelectual es la acuñación como NFT de obras que ya se encuentran en el dominio público o han sido difundidas con una licencia abierta. Esta es una práctica que se ha extendido en los museos, no solo para aprovechar la buena acogida de esta figura por parte de los coleccionistas, sino también como una vía para recaudar fondos tras el enorme descenso de ingresos sufrido durante la pandemia. Como ejemplo, podemos citar la iniciativa del British Museum de crear NFT de copias digitalizadas de algunas de las obras emblemáticas de su colección, como la pieza *La gran ola de Kanagawa*, realizada en 1831 por Hokusai⁶⁰. Varios museos se han sumado a esta tendencia, como el propio Hermitage, que en septiembre vendió como NFT *Composición VI* de Wassily Kandinsky, *Judith* de Giorgione, *La Virgen y el niño*, de Leonardo Da Vinci, *Un rincón del jardín en Montgeron* de Claude Monet y *Lilas* de Van Gogh's, recaudando un total de 444.000 dólares⁶¹. Estos son solo unos ejemplos, pero ponen de manifiesto que, en realidad, no habría problema alguno por emplear obras que ya están en el dominio público para crear un NFT a partir de ellas. La polémica es más de corte moral que de naturaleza jurídica. Igualmente, conviene no perder de vista que la transformación en NFT puede ser una buena manera de proteger y explotar los derechos de los fotógrafos que realizan la reproducción de algunas de estas piezas, ya que ellos, como autores de la imagen, quedan muchas veces eclipsados por la preponderancia de la obra que están reproduciendo.

Por último, queremos hablar en este apartado del derecho de participación en el precio de la reventa que corresponde a los artistas plásticos. Como ya tuvimos ocasión de apuntar brevemente con anterioridad, las plataformas de venta de arte NFT han seguido de forma mayoritaria el criterio de incorporar a sus modelos de *smart contracts* unos *royalties* que automáticamente van a parar al autor de la obra en cada operación de reventa que se produce. El porcentaje de dicho derecho de participación varía generalmente entre un 10 % y un 15 % aplicado sobre el precio de reventa. La configuración del sistema como automático hace que se generen derechos de participación en favor del

59. Ver S. LÓPEZ MAZA, «Memes, gifs y derechos de autor», en *Blog de la Facultad de Derecho*. Universidad Autónoma de Madrid, 2019. <https://www.blog.fder.uam.es/2019/05/23/memes-gifs-y-derechos-de-autor/>.

60. Ver <https://www.artnews.com/art-news/news/british-museum-hokusai-nfts-1234604998/>.

61. Ver <https://cointelegraph.com/news/russian-state-hermitage-raises-440k-via-binance-nft-auction?>

artista con cada operación, aun cuando, conforme a nuestra ley de propiedad intelectual, tal derecho solo surge en determinados casos (importe mínimo de venta, reventa hecha por profesionales). Asimismo, el funcionamiento de los *smart contracts* excluye la necesidad de participación de las entidades de gestión colectiva de derechos en el proceso de recaudación y distribución. Ciertamente es que estas previsiones se deben en gran medida al hecho de que estas plataformas están creadas al amparo de otros ordenamientos jurídicos, particularmente el norteamericano, donde la configuración del derecho de participación difiere de las previsiones armonizadas del ámbito normativo comunitario en la UE⁶². Este sistema presenta grandes ventajas para los creadores, primero, porque se generan ingresos con cada reventa con independencia de qué características reúna el revendedor o de cuál sea el importe de la reventa; segundo, los ingresos se producen inmediatamente en su billetera sin intermediación de ningún agente; tercero, su aplicación es automática, de modo que se evita el tener que confiar en la buena fe del revendedor que diligentemente ingrese en la entidad de gestión el porcentaje que corresponda al artista por derecho de participación, o de tener que esperar a que las entidades de gestión realicen su labor de recaudación y posterior reparto; y, cuarto, el porcentaje afecta al precio de reventa sin que haya duda alguna sobre qué importe corresponde o qué cantidad de dicha recaudación pertenece al artista, ya que el *smart contract* lo separa automáticamente.

Hemos señalado aquí algunas de las cuestiones que de forma más inmediata se plantean en relación a los NFT y los derechos de propiedad intelectual, aunque, sin lugar a dudas, estamos solo en los inicios de un futuro que augura plantear una casuística muy variada y que requerirá una profunda reflexión jurídica para adaptarse a esta nueva realidad artística.

V. LOS SMART CONTRACTS

Los *smart contracts* o contratos inteligentes son programas contenidos en códigos encriptados que participan igualmente de la tecnología *blockchain*. Es a través de estas figuras como se realizan todas las operaciones de compraventa de NFT en las plataformas de acuñado y venta que canalizan el mercado de arte digital. Como tal, esta figura tiene multitud de aplicaciones y no se ciñe exclusivamente al ámbito del arte NFT⁶³. No obstante, para los propósitos del presente trabajo, nos centraremos en analizar aquellos aspectos jurídicos que presentan una especial relevancia con nuestra materia de estudio.

62. Esta configuración automática de los *royalties* es hasta cierto punto sorprendente, pues el derecho norteamericano no contempla expresamente el derecho de participación de los artistas plásticos como obligatorio, aunque quepa pactar el pago de *royalties*.

63. Ver A. ORTEGA GIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 37 y ss.

Antes de ahondar en estos detalles, creemos conveniente exponer las características básicas de esta figura para comprender mejor su alcance e implicaciones jurídicas. Los *smart contracts* deben su nombre a una parte esencial de su funcionamiento, ya que son acuerdos autoejecutables que operan de modo automático y mediante procesos lógicos en el momento en que se produzcan los hitos o condiciones que determinan su cumplimiento. Si bien pueden representar un acuerdo, no son propiamente fruto de una actividad comercial genuina entre partes como sucede en el ámbito del derecho de contratos, sino que su contenido está prerredactado y codificado en lenguaje informático, y alojado en la *blockchain*. Esta circunstancia determina una serie de características que hacen especial a esta figura: su contenido es inmutable y, por tanto, se presentan como modelos seguros de contratación; evitan la participación de intermediarios en el proceso de compra; son automáticos y autoejecutables, lo que contribuye a garantizar el cumplimiento de su contenido, pues no dependen en última instancia de la buena fe de las partes en la asunción y cumplimiento de sus respectivas obligaciones; dan publicidad a las transacciones, de modo que todas las operaciones quedan registradas en la cadena de bloques y pueden consultarse abiertamente⁶⁴.

En efecto, algunas de estas características ofrecen una solución inmediata a algunos problemas típicos de la contratación, fundamentalmente en lo que concierne al respectivo cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes. Puesto que los *smart contracts* son automáticos y autónomos, sus efectos son generados por el propio código que los contiene en cuanto se producen los hechos o condiciones desencadenantes. Así, en la compra de una obra NFT el traspaso de dominio y el abono del precio se producen de forma inmediata a la firma del acuerdo por las partes sin tener que esperar a que haya una «entrega de la cosa», siquiera simbólica, en los términos exigidos por los arts. 1462 a 1464 CC en relación con el cumplimiento de las obligaciones del vendedor en el contrato de compraventa. Otro tanto pasa con el pago del precio, cuyo importe será descontado del saldo de la billetera virtual, si se abona en criptomonedas, o con cargo a una tarjeta de crédito, en caso de usar divisas convencionales, de manera también inmediata. Pero además del cumplimiento de estas prestaciones, los *smart contracts* ofrecen otra serie de ventajas, como la detracción automática del porcentaje de *royalties* que corresponda al artista por cada operación de reventa, conforme al tanto por ciento de beneficio fijado por la propia plataforma y que formará parte del código de dicho contrato.

Aunque las ventajas que esta figura aporta son indudables, con ella también se abre un gran campo de incertidumbre, tanto por la novedad que implica para el mundo de los contratos como por la ausencia de previsiones

64. Para un análisis más pormenorizado de estas características, ver A. ORTEGA GIMÉNEZ, *op. cit.*, pp. 29-31.

normativas que la regulen de manera específica. Nos detendremos ahora en algunos de los puntos más controvertidos sobre los contratos inteligentes.

1. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS *SMART CONTRACTS*

Por razón de su funcionamiento automático y la forma en que son creados los contratos inteligentes, donde no existe realmente una negociación entre las partes ni un clausulado estipulado de común acuerdo, ha llegado a dudarse incluso de si estamos o no ante un verdadero contrato. Algunos autores hablan de «protocolos informáticos»⁶⁵ y la cuestión tampoco está exenta de debate en otros ordenamientos jurídicos⁶⁶. Las dificultades para encajar esta figura en algunas de las categorías contempladas por la legislación actual contribuyen a generar incertidumbre jurídica sobre su naturaleza y definición. Recordemos, como ya adelantamos en apartados anteriores, que el contenido de dicho código es variable y que puede englobar distintas utilidades, desde los términos de un acuerdo de traspaso de dominio a una prestación de servicios con facultades de acceso o uso de bienes o instalaciones reservadas. Otros autores hablan de que son asimilables a los contratos electrónicos, tanto por la forma en que se materializan (en lenguaje informático codificado) como por el hecho de que pueden incorporar cláusulas y establecer contenidos de forma autónoma si están programados para ello sin necesidad de posteriores intervenciones de las partes⁶⁷.

En nuestra opinión, estamos ante verdaderos contratos, pues reúnen los requisitos exigidos por nuestro sistema jurídico para que exista un acuerdo vinculante entre partes. El hecho de que los *smart contracts* estén escritos en código es una característica formal de su plasmación que no debe afectar a la naturaleza real del acuerdo subyacente. De acuerdo con las pautas de interpretación de los contratos que recoge nuestro Código Civil, es necesario atender al contenido de las estipulaciones para conocer la voluntad de las partes implicadas, teniendo en cuenta el tenor literal de las cláusulas y su sentido conjunto, de manera que se guarde coherencia con la intención verdadera de los contratantes. Siguiendo este criterio de interpretación teleológica, y en atención al principio de conservación, que prevé entender las estipulaciones de un acuerdo en el mejor sentido para que produzcan efecto y solventar las posibles discrepancias por vía interpretativa antes de optar por su nulidad o anulabilidad, no cabe duda de que los *smart contracts* que encontramos en

65. PUYOL los define como «protocolos informáticos que facilitan, verifican y hacen cumplir la negociación de un contrato sin necesidad de tener una cláusula contractual». Ver <https://confilegal.com/20160403-los-smart-contrats-contratos-digitales/>.

66. En referencia al debate abierto en Reino Unido al respecto, ver <https://artlawandmore.com/2021/07/08/what-are-the-legal-issues-concerning-non-fungible-tokens-nfts/>.

67. A. ORTEGA GIMÉNEZ, *op. cit.*, pp. 45-46.

este contexto del mercado del arte son contratos de compraventa, en donde la intención de las partes es obtener una obra de arte NFT a cambio de pagar el precio convenido.

Por otro lado, la idea de que estamos ante verdaderos contratos se reafirma por la concurrencia de los requisitos exigidos para el nacimiento de obligaciones válidas, como son el consentimiento de las partes, el objeto cierto que sea materia del contrato y una causa de la obligación (art. 1261 CC)⁶⁸.

Con todo, debemos prestar especial atención a los requisitos de consentimiento y objeto cierto a fin de asegurarse de que las partes contratantes tienen conocimiento pleno del sentido de las obligaciones que asumen y de la naturaleza real de una obra NFT. Esto es aún más sensible en el caso del comprador, pues si bien asume la parte de la obligación menos específica en el sentido de que el precio será pagado con dinero, que es el bien fungible por excelencia (aun cuando hablemos de criptomonedas), se presupone que el vendedor, en su calidad de artista que ha acuñado la pieza, conoce bien el efecto transformador que la conversión en NFT de su obra entraña⁶⁹.

Asimismo, consideramos necesario desplegar en este contexto una diligencia especial, particularmente por el adquirente de la obra. En este sentido, sería recomendable que el comprador atendiese a la reputación y grado de asentamiento de la plataforma de venta de NFT, al tipo de criptodivisa en que se fija el precio, a los medios de pago aceptados por la plataforma, a la trayectoria y reconocimiento del artista y, en general, a todos aquellos factores que es conveniente considerar para tener una idea cierta de las implicaciones del contrato y de la naturaleza del bien adquirido⁷⁰.

2. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE Y PRINCIPALES PROBLEMAS DE LOS SMART CONTRACTS

Por lo que respecta al marco jurídico en el que se encuadra esta figura, las características formales de esta modalidad contractual determinan la aplicabilidad de un amplio conjunto de normas, cada una de las cuales viene a dar respuesta a distintas necesidades derivadas de las exigencias de seguridad, protección de datos, formalización del consentimiento o garantías que han

68. También así A. ORTEGA GIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 50.

69. Nos referimos en este caso a la primera transmisión de la obra NFT realizada por el propio creador de la pieza tras haberla acuñado.

70. Ya se han producido varios casos de suplantación de identidad, imitación o engaño al comprador, haciéndole creer que la obra NFT pertenecía a un reputado artista, o vendiendo como auténticas piezas digitales replicadas y reacuñadas. También se han reportado robos de *tokens*. Ver https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2021-03-18/nft-robos-obras-arte-hackeo-plataformas-internet_2993791/.

de aplicar a un acuerdo vinculante⁷¹. Sin ánimo de ser exhaustivos en este punto, citamos a continuación la normativa más relevante que será aplicable a esta figura:

- Régimen general de obligaciones y contratos contenido en el Código Civil y en Código de Comercio.
- Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.
- Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.
- RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
- Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.
- Normativa comunitaria y nacional sobre protección de datos de carácter personal.

Los *smart contracts* se configuran como contratos de adhesión, por cuanto las partes contratantes no fijan de común acuerdo el contenido de las estipulaciones por las que se obligan, sino que dicho contenido viene predeterminado por la propia plataforma de venta en sus «Términos de uso». Curiosamente, estamos ante casos en que ninguna de las partes determina el contenido del acuerdo, a diferencia de lo que sucede con los contratos de adhesión típicos, que son los suscritos con grandes corporaciones que prestan servicios masivos y donde es la propia empresa la que configura el contenido del acuerdo al que los solicitantes del servicio se adhieren (hablamos de compañías telefónicas, suministros de luz o gas, o servicios similares). Aquí, en cambio, la plataforma de acuñado y venta de obras funciona como un tercero que presta un servicio de intermediación comercial por el que aplicará una tarifa o tasa porcentual calculada sobre el precio final de venta, pero no es propiamente una parte contratante. Este tercero, como responsable de la plataforma, es quien configura el contenido del contrato al que las partes se adhieren, primero el artista como creador del NFT, y a continuación el comprador como adquirente de la pieza.

La falta de negociación particular entre las partes del contenido de un acuerdo que las vincula no resta validez alguna al contrato. Como bien señala el art. 1278 CC, «Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para

71. Para una relación completa de las normas que constituyen el marco jurídico aplicable a los *smart contracts*, ver A. ORTEGA GIMÉNEZ, *op. cit.*, pp. 54-57.

su validez». Por tanto, mediando consentimiento, objeto y causa, los contratos serán eficaces, aun cuando las partes no hayan establecido su contenido específico. Pero en estos casos, para tener certeza de que el consentimiento de las partes es consciente, no condicionado y no está viciado⁷², la ley requiere que la información facilitada a los contratantes sea accesible con anterioridad a la firma, suficientemente clara y comprensible para asegurarse de que se han conformado una idea certera del contenido del contrato y han podido manifestar su voluntad libremente. Por esta razón, aquí entraría en juego la normativa sobre las condiciones generales de la contratación y las previsiones legislativas establecidas para evitar cláusulas abusivas.

Por otro lado, es también importante considerar que, en la mayoría de los casos, los compradores intervendrán como coleccionistas particulares, y no como comerciantes profesionales. Desde este punto de vista, la norma los considera consumidores, lo que determina la entrada en funcionamiento del régimen proteccionista previsto para los consumidores y usuarios. En este ámbito concreto debemos recordar que la legislación reconoce a los consumidores y usuarios la facultad de ejercer su derecho de desistimiento dentro de los 14 días naturales siguientes a la conclusión de una compraventa (art. 71.1 LCU). El ejercicio de esta facultad se muestra *a priori* incompatible con el funcionamiento de la tecnología *blockchain*, en donde las transacciones quedan registradas de forma inmutable e irreversible⁷³. Este escollo podría salvarse en el caso de las subastas, pues la propia normativa LCU prevé en el art. 103.k) la exclusión del derecho de desistimiento para los contratos celebrados mediante subasta pública. La razón de esta exclusión se fundamenta, por un lado, en el carácter único del bien adquirido a través de este sistema, con unas características exclusivas que lo convierten en no fungible e insustituible, y, por otro, en que la fijación del precio ha sido el resultado de un proceso de puja al alza cuyo importe final depende de las circunstancias del momento concreto de la subasta. El desistimiento en estos casos supondría un perjuicio para el subastador, quien podría perder una expectativa de ganancia en caso de repetirse la subasta y obtener pujas más bajas, pero también para el vendedor de la pieza, quien, además, habrá puesto especial esmero en asegurarse que la obra subastada era identificada y conocida por los potenciales compradores. Como vemos, la propia normativa contempla una excepción al derecho de

72. Recordemos que el art. 1265 CC dispone: «Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo».

73. A este respecto ORTEGA GIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 52, señala:

«Teniendo las transacciones en blockchain un tiempo medio de consolidación de diez minutos, a partir del cual la información contenida en el distributed ledger es inalterable, el plazo de catorce días otorgado por la ley queda más que vacío de contenido. Por lo que el derecho al desistimiento debe ser tomado en consideración por el desarrollador del programa que se integra en la cadena de bloques para que se haga efectivo y entre en el marco jurídico establecido por la norma».

desistimiento en el caso de subasta, en atención fundamentalmente al carácter único e irremplazable del objeto subastado. Esta condición parece cumplirse igualmente cuando se abre un *drop* de obras NFT y se admiten ofertas. Las propias plataformas de venta declaran que las adquisiciones son definitivas y excluyen la posibilidad de desistimiento. No obstante, la cuestión se presenta más problemática en los casos de reventa, donde no hay propiamente el desarrollo de un proceso de subasta, sino el ofrecimiento en venta de la pieza y la aceptación de una propuesta de compra cuando hay acuerdo sobre el precio ofrecido. Es dichos casos, el problema también puede resolverse si hablamos de una compraventa concluida entre dos particulares, el propietario actual de la pieza y el nuevo coleccionista que la adquiere. En este contexto, el comprador no es un consumidor en sentido propio. Se trataría de un contrato privado, donde no intervienen estas medidas garantistas. No obstante, el problema sí surgiría propiamente cuando el revendedor es un profesional y el comprador un particular. En estos supuestos, debería existir la posibilidad de ejercer el derecho de desistimiento, aunque tratemos con obras de arte únicas⁷⁴, y el actual desarrollo de la técnica no lo hace viable.

El legislador se ha hecho eco de este problema que acabamos de mencionar y ha introducido una nueva excepción al derecho de desistimiento en los contratos celebrados por consumidores con especial referencia al suministro de contenidos digitales. El nuevo apartado m) del art. 103 LCU, añadido por Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, y que entró en vigor el 28 de mayo de 2022, dispone que:

«El derecho de desistimiento no será aplicable a los contratos que se refieran a:

m) El suministro de contenido digital que no se preste en un soporte material cuando la ejecución haya comenzado y, si el contrato impone al consumidor o usuario una obligación de pago, cuando se den las siguientes condiciones:

1.º El consumidor o usuario haya otorgado su consentimiento previo para iniciar la ejecución durante el plazo del derecho de desistimiento.

2.º El consumidor o usuario haya expresado su conocimiento de que, en consecuencia, pierde su derecho de desistimiento; y

3.º El empresario haya proporcionado una confirmación con arreglo al artículo 98.7 o al artículo 99.2».

Con esto se salva uno de los problemas a los que se enfrentaban las plataformas que prestan servicios de acuñado y comercialización de obras NFT,

74. Procede igualmente el derecho de desistimiento en la compraventa de arte *online* entre una galería y un coleccionista. Aquí las plataformas de venta *online* basadas en el mercado tradicional han incorporado esta obligación legal y declaran la posibilidad que tiene el comprador de desistir del contrato. Tal posibilidad no existiría, por el contrario, si esa misma adquisición tuviera lugar en el establecimiento físico de la galería, aunque sea ella misma la que vende en línea.

pues no era viable compatibilizar el ejercicio de este derecho con el registro de las transacciones en la *blockchain*.

Existen asimismo otros aspectos delicados de esta forma de contratación para los que el derecho no ofrece todavía soluciones ciertas. Una de las ventajas que se subrayan en los *smart contracts* es la posibilidad de perfeccionar contratos sin intermediarios. Si bien la supresión de agentes interpuestos permite abaratar los costes asociados a una contratación, la ausencia de un asesoramiento experto puede conducir a errores o interpretaciones erróneas de los términos contractuales. En este sentido, y al funcionar la tecnología *blockchain* de modo irreversible, la eliminación de intermediarios que asesoren en el proceso no siempre se presenta como una ventaja.

De hecho, una de las situaciones que se pueden dar es cómo resolver una controversia en caso de discrepancia entre las partes, falta de entendimiento del clausulado o interpretación errónea del contenido de las respectivas transacciones. Cierto es que, a efectos de operatividad del contrato, esta casuística apenas tendrá consecuencias para el cumplimiento de su contenido, porque estas figuras, recordemos, son autoejecutables y autónomas. No obstante, la ejecución efectiva de un contrato no excluye los potenciales conflictos entre las partes, pues, más allá del intercambio de las prestaciones con el pago del precio y el traspaso de la titularidad del NFT, pueden surgir problemas de otra naturaleza, como que el comprador se haya equivocado sobre la identidad del artista o que por error haya adquirido una pieza distinta a la que quería por el motivo que sea. Estas situaciones no cuentan a día de hoy con una solución clara y habrán de resolverse por vía interpretativa atendiendo, en primer lugar, a la condición de las partes, y al resto de factores concurrentes en el caso concreto.

La misma duda podría plantearse si el *smart contract* contiene alguna estipulación que provoque un desequilibrio entre las prestaciones de las partes, que deben tener cierta equivalencia. Pensemos en el caso de que se incluya una cláusula de exoneración de responsabilidad para el artista en el supuesto de que la obra NFT, por algún defecto técnico en la codificación o algún fallo sobrevenido, desaparezca de la *blockchain* o sea irrecuperable⁷⁵. ¿Cómo se compensaría al comprador en estos supuestos? ¿Podría tal circunstancia considerarse caso fortuito desde un punto de vista legal? A este respecto, traemos a colación las previsiones de la *License to Art* de la plataforma NBA

75. Aunque todavía no se ha suscitado ningún caso en relación con los NFT, algunos autores entienden que, por proximidad, podrían tenerse en cuenta casos similares en relación con las ganancias obtenidas con juegos en línea. A este respecto, Reino Unido se decantó por proteger al usuario de una plataforma de apuestas que, amparándose en la infracción de los términos de uso, se negaba a abonar el premio obtenido por el jugador. Sobre la posible aplicación de esta solución a las cláusulas de exclusión de responsabilidad en los *smart contracts*, ver <https://ial.uk.com/nfts-contemplating-copyright-and-contract-conundrums-part-ii/>.

relativa a la venta de sus «Moments», según la cual, en caso de que el propietario del NFT viole alguno de los términos de uso, el portal:

«may, at [their] sole and absolute discretion, and without notice to you... immediately suspend or terminate your user account and/or delete your Moments' images and descriptions....» [Si la plataforma NBA] «delete[s] your Moments' images and descriptions from the App, such deletion will not affect your ownership rights in the NFTs that you already [o]wn, but you will not receive a refund of any amounts you paid for those Moments».

Desde nuestro punto de vista, esta es una situación delicada, pues si bien el portal no niega la titularidad del propietario sobre el NFT, el hecho de que borre su «Moment» equivale a negarle el acceso al activo, pues para poder verlos y reproducirlos el usuario debe entrar en la cuenta personal que ha creado en dicha plataforma. En estos supuestos, debería asegurarse al comprador una vía alternativa para acceder a sus activos, aunque no sea a través de la plataforma que lo ha vetado por uso inapropiado y violación de los términos legales.

Como vemos, nos movemos en un terreno incierto que exigirá adoptar soluciones adaptadas a cada caso particular cuando el conflicto se plantee.

VI. IMPLICACIONES FISCALES DE LA COMPRAVENTA DE NFT

Queremos ofrecer en este apartado una somera aproximación sobre el régimen fiscal aplicable a las obras NFT. Al igual que sucede en los ámbitos de la contratación y de propiedad intelectual, los NFT no afectan a la consideración fiscal de las personas implicadas en la compraventa de estas piezas. Los artistas que acuñan obra no cambian su condición de profesionales, los agentes del mercado del arte que se dedican a comprar piezas para revenderlas, tampoco, y los coleccionistas privados mantienen su consideración de particulares a estos efectos. Por tanto, la figura no introduce modificaciones sustanciales sobre el funcionamiento del sistema impositivo. Haremos, sin embargo, algunas valoraciones.

Consideramos que el uso de la tecnología *blockchain* puede ser una herramienta muy útil para una correcta aplicación de los tributos y puede contribuir a esclarecer ciertas dudas recurrentes en este sector. Si tomamos en consideración que la información almacenada en la *blockchain* es inmutable y de consulta pública, la aplicación de ciertos impuestos podría resultar mucho más sencilla. En el caso del IVA, cuyo tipo impositivo varía en función de la clasificación profesional del vendedor, los datos suministrados por el sistema permitirían comprobar si la venta está hecha por el artista directamente, en cuyo caso el porcentaje es del 10 %, si el vendedor actúa como revendedor de objetos de arte, supuesto en que se aplica el régimen especial de reventa, con un tipo también del 10 % aplicado sobre el margen de beneficio, o si quien vende es cualquier otro profesional y procede aplicar

el tipo general del 21 %. Del mismo modo, si quien realiza la reventa es un particular y no un profesional, no procedería aplicar el IVA, sino el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP), cuyo tipo en casi todas las Comunidades Autónomas está fijado en el 4 %.

El panorama que acabamos de describir es una situación hipotética basada en la naturaleza del activo subyacente (obra de arte) y la condición, profesional o particular, de quien la enajena. No obstante, la Dirección General de Tributos (DGT) ha tenido ya ocasión de pronunciarse sobre este tema en la Resolución Vinculante V0486-22, dictada el 10 de marzo de 2022⁷⁶, en la que responde las dudas tributarias de una creadora que comercializa obras en formato NFT. La DGT hace un loable esfuerzo por analizar este fenómeno reciente, entender sus mecanismos y estudiar la naturaleza de las obras certificadas como NFT. En esta tarea, llega a la conclusión de que *«el objeto de la transacción parece consistir en el propio certificado digital de autenticidad que representa el NFT sin que tenga lugar la entrega física del archivo de imagen ni del propio archivo digital asociado al mismo»*. En nuestra opinión, este planteamiento parte del error de separar el tratamiento del protocolo tecnológico NFT del activo subyacente al que está indisolublemente unido, asimilando por tanto esta realidad a una prestación de servicios por vía electrónica y no a una entrega de bienes, llegando a decirse en la Resolución que el adquirente del NFT podrá descargarse *a posteriori* el archivo de la obra, cuando esto no es así (no cabe descarga alguna de contenidos cuando estos están alojados en *blockchain*). Con todo, y dadas las enormes dificultades para adaptar a este fenómeno las particularidades de la normativa tributaria, con el obstáculo añadido de determinar el lugar de prestación del servicio en un mercado globalizado e internacional como el que nos ocupa, entendemos el deseo de la DGT de ofrecer un criterio claro y uniforme al respecto poniendo el punto de mira en la labor de la plataforma que ofrece servicios de acuñado y comercialización. Por esta razón, la asimilación de las transacciones de obras NFT a una prestación de servicios permite un tratamiento uniforme de los NFT, cualquiera que sea el activo subyacente al que se refieran, y, en consecuencia, un criterio homogéneo a la hora de tributar por estas operaciones. Como la Resolución concluye en sus razonamientos:

«En definitiva, los servicios denominados de arte digital que se concretan en la venta del NFT objeto de consulta se podrían calificar como servicios prestados por vía electrónica que, en caso de entenderse realizados en el territorio de aplicación del Impuesto, deben tributar al tipo general del Impuesto del 21 por ciento».

Al mismo tiempo hay que analizar las repercusiones que estos ingresos tienen en otros tributos, como en el IRPF o el IS. El hecho de que muchas de estas transacciones se abonen con criptodivisas contribuye a alimentar la

76. Texto completo disponible en https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/?num_consulta=V0486-22. Recomendamos encarecidamente su lectura para entender el razonamiento de la DGT y las conclusiones a las que llega.

idea equivocada de que no es necesario declarar dichas ganancias ni tributar por ellas e, incluso, que es un mecanismo que puede ser empleado hábilmente para el blanqueo de capitales. No obstante, estos planteamientos son erróneos. Las ganancias obtenidas con la venta y reventa de estos activos habrán de tributar en el IRPF, bien como rendimientos de la actividad económica, bien como ganancias patrimoniales, en función a la actividad profesional principal del vendedor o revendedor. Así, si quien enajena la obra es el artista, parece claro que es un fruto de su actividad profesional; pero si quien revende es un coleccionista privado, será una ganancia patrimonial. Esta misma lógica aplica en el supuesto de que el titular de las obras NFT sea una empresa y su adquisición y reventa esté afecta a su actividad empresarial, pues procederá aplicar el Impuesto de Sociedades.

Por último, apuntamos también a la repercusión económica que estas piezas tienen al quedar integradas en el patrimonio del comprador. Pese a ser activos no tangibles, su valor habrá de ser tenido en cuenta a la hora de liquidar el impuesto de sucesiones o el impuesto de patrimonio, si bien aún no contamos con ejemplos de aplicación práctica de estos gravámenes ni decisiones de la DGT que orienten sobre cómo han de valorarse para computar el patrimonio neto sujeto a tributación.

VII. CONCLUSIONES

Las ideas expuestas a lo largo de este trabajo evidencian que los NFT han llegado para quedarse y que el futuro del mercado del arte digital está en gran parte por escribir.

Hemos querido presentar en este estudio una primera aproximación a algunas de las cuestiones jurídicas que requieren una atención más inmediata dada la velocidad de desarrollo y expansión de este revolucionario fenómeno.

Hay, no obstante, muchas otras cuestiones por resolver y la comunidad internacional está aún a la expectativa de conocer los derroteros que esta tecnología puede seguir. En todo ello, hay puntos sensibles que plantean problemas de seguridad, de una forma que no dista demasiado del tipo de dificultades que ya se planteaban en el mercado de arte tradicional, especialmente en cuestiones relativas a la autenticidad, la falsificación o el plagio. En otros aspectos, esta innovación se presenta como una esperada solución a muchos problemas vinculados a la trazabilidad de las piezas y el origen lícito de las obras que hoy pueden considerarse superados.

Al mismo tiempo, se abren nuevos campos de incertidumbre, con incógnitas aún por resolver, como por ejemplo cómo garantizar el acceso a las colecciones NFT a los herederos y al mismo tiempo preservar el derecho a la

propiedad privada y al secreto de los datos personales del titular. ¿Debemos replantearnos nuestros modelos de testamento y establecer obligatoriamente disposiciones sobre nuestra vida virtual paralela?⁷⁷.

Estamos ante una esfera jurídica fascinante que promete ser un nuevo campo regulatorio propio. Y, quizás de este modo, se consiga regular con más detalle algunos aspectos desatendidos del mercado del arte y garantizar su adaptación a las pautas de consumo del nuevo milenio.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- GAMBINO, Darius C. y KIZITAFF, Zachary B.: «NBA Top Shot Moments – What Are You Actually Buying?», en *Alert. Saul Ewing Arnstein & Lehr LLP*, 2021 https://www.saul.com/sites/default/files/sites/default/files/documents/Sports%20and%20Entertainment_031021.pdf.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier: «Presupuestos jurídico-constitucionales de la legislación sobre Patrimonio Histórico», *Revista de Derecho Político*, 1988, n.º 27-28, pp. 181-212.
- GONZÁLEZ, Jerónimo: «Cosas fungibles», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 37, enero 1928, pp. 14-32.
- GOULD, Emily: «NFTs: An Overview of Law and Regulation in 2022 and Beyond», en *Art, Antiquity and Law*, Vol XXVII, Issue 2, 2022, pp. 97-132.
- : «NFTs – contemplating copyright and contract conundrums (part I)», en *Institute of Art Law*, 2021a, <https://ial.uk.com/nfts-contemplating-copyright-and-contract-conundrums-part-i/>.
- : «NFTs – contemplating copyright and contract conundrums (part II)», en *Institute of Art Law*, 2021b, <https://ial.uk.com/nfts-contemplating-copyright-and-contract-conundrums-part-ii/>.
- LÓPEZ MAZA, Sebastián: «Memes, gifs y derechos de autor», en *Blog de la Facultad de Derecho*. Universidad Autónoma de Madrid, 2019. <https://www.blog.fder.uam.es/2019/05/23/memes-gifs-y-derechos-de-autor/>.

77. Este problema ha sido señalado por varios autores. Ver <https://artlawandmore.com/2021/07/08/what-are-the-legal-issues-concerning-non-fungible-tokens-nfts/>. Recordemos que el Código Civil de Cataluña ha sufrido una reforma en 2017 para incorporar una referencia expresa al «testamento digital» y establecer un sistema de actuación en caso de ausencia expresa de «voluntades digitales». Es muy probable que en el futuro sea necesario designar albaceas o personas con capacidades equivalentes para asumir la gestión de la herencia digital que dejamos al fallecer, lo cual implica no solo la gestión de activos de valor económico, sino también el acceso y gestión de nuestros datos personales publicados en multitud de portales, plataformas y redes.

NAKAMOTO, Satoshi: *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, 2009. Disponible en: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso: «*Smart Contracts*» y *Derecho Internacional Privado*, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

PUYOL, Javier: «¿Qué son los «smart contracts» o contratos digitales?», en *Confilegal*, 03/04/2016. <https://confilegal.com/20160403-los-smart-contrats-contratos-digitales/>.

IX. WEBGRAFÍA

PÁGINAS OFICIALES

- Bases de legislación europea: Eur-lex: eur-lex.europa.eu
- Ministerio de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de España: www.mecd.gob.es
- Página web oficial del Boletín Oficial del Estado, España: www.boe.es
- Página web oficial de la Agencia Tributaria: www.agenciatributaria.es
- Página web oficial del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo: www.comercio.gob.es
- Página web oficial de *Blockchain*: <https://www.blockchain.com/>
- Página web oficial de Ethereum: <https://ethereum.org/>
- Página web oficial de Ethos: <https://www.ethos.io/>
- Página web oficial de Verisart: <https://verisart.com/>

OTROS ENLACES

- ABC. «Así son los Cryptopunks, los avatares NFT de 8 bits que nacieron gratis y ahora valen millones», publicado el 13/05/2021 https://www.abc.es/cultura/abci-cryptopunks-avatares-8-bits-nacieron-gratis-y-ahora-valen-millones-202105120103_noticia.html.
- Antena 3 noticias. «Javier Arrés, criptoartista: “Si Miguel Ángel levantara la cabeza haría esculturas en 3D”», publicado el 01/05/2021 https://www.antena3.com/noticias/cultura/javier-arres-criptoartista-miguel-angel-levantara-cabeza-haria-esculturas-3d_20210429608a9f8d405fd800013c87d7.html.
- Artlaw and more. «What are the legal issues concerning non-fungible tokens (nfts)?», publicado el 8/07/2021 <https://artlawandmore.com/2021/07/08/what-are-the-legal-issues-concerning-non-fungible-tokens-nfts/>.

- ARTnews. «British Museum to Sell NFTs of Hokusai Works, Including “The Great Wave”», publicado el 28/09/2021 <https://www.artnews.com/art-news/news/british-museum-hokusai-nfts-1234604998/>.
- BBC News. «Bitcoin: China declara ilegales todas las transacciones con criptomonedas y se desploma el precio de la más popular», publicado el 24/09/2021 <https://www.bbc.com/mundo/noticias-58683341>.
- Bit2Me Academy. «¿Qué es un token ERC-1155 en Ethereum?», publicado el 1/03/2021, actualizado el 25/08/2022 <https://academy.bit2me.com/que-es-token-erc-1155/>.
- BusinessInsider. «Bitcoin’s surge beyond \$60,000 means the famed programmer Laszlo Hanyecz effectively paid \$613 million for 2 pizzas», publicado el 14/05/2021 <https://www.businessinsider.com/bitcoin-surge-means-laszlo-hanyecz-paid-316-million-two-pizzas-2021-3>.
- Christie’s. «Beeple’s opus. Created over 5,000 days by the groundbreaking artist, this monumental collage was the first purely digital artwork (NFT) ever offered at Christie’s» (2021): <https://www.christies.com/features/Monumental-collage-by-Beeple-is-first-purely-digital-artwork-NFT-to-come-to-auction-11510-7.aspx>.
- CNBC. «Elon Musk reposted this 28-year-old’s meme—and then it sold as an NFT for nearly \$20,000 in just 2 days», publicado el 22/10/2021 <https://www.cnbc.com/2021/10/22/elon-musk-reposted-28-year-olds-meme-it-sold-as-an-nft-for-20000-dollars.html>.
- Cointelegraph. «Por qué la interoperabilidad es la clave para la adopción masiva de la tecnología blockchain», publicado por Anthony Clarke el 29/08/2022 <https://es.cointelegraph.com/news/why-interoperability-is-the-key-to-blockchain-technology-s-mass-adoption>.
- Cointelegraph. «Russian State Hermitage raises \$440K via Binance NFT auction», publicado el 7/09/2021 <https://cointelegraph.com/news/russian-state-hermitage-raises-440k-via-binance-nft-auction?>
- Dot CSV. «¿Qué es el *BLOCKCHAIN*?», publicado el 23/05/2021 <https://www.youtube.com/watch?v=V9Kr2SujqHw&t=207s>.
- El Confidencial. «El último punto ciego de los NFT: empiezan los grandes robos de obras de arte digitales», publicado el 18/03/2021 https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2021-03-18/nft-robos-obras-arte-hackeo-plataformas-internet_2993791/.
- El Mundo. «China prohíbe cualquier actividad relacionada con las criptodivisas y noquea a bitcoin y ethereum», publicado el 24/09/2021 <https://www.elmundo.es/economia/2021/09/24/614daf12fc6c83f0358b4622.html>.

- El Salto Diario. Reportaje de Luis Miguel Barcenilla «Es el mercado del arte digital, amigo», publicado el 14/08/2021 <https://www.elsalto.com/criptomonedas/es-el-mercado-del-arte-digital-amigo-criptoarte-nft>.
- Freemanlaw.com. «Mining explained: a detailed guide on how cryptocurrency mining works» (2021) <https://freemanlaw.com/mining-explained-a-detailed-guide-on-how-cryptocurrency-mining-works/>.
- Hiscox. «Online Art Trade Report 2021»: <https://www.hiscox.co.uk/online-art-trade-report>.
- ICAM. Jornada «Del arte analógico al virtual», 4 de abril de 2022, <https://www.youtube.com/watch?v=o4-LfLciggY>.
- Investopedia. «Bitcoin Pizza Day: Celebrating the \$80 Million Pizza Order», publicado el 25/06/2019 <https://www.investopedia.com/news/bitcoin-pizza-day-celebrating-20-million-pizza-order/>.
- La Vanguardia. «El bitcoin y las criptomonedas se hunden tras el veto en China», publicado el 19/05/2021 <https://www.lavanguardia.com/economia/20210519/7466727/bitcoin-criptomonedas-ethereum-caida-china.html>.
- La Vanguardia. «La revolución de los NFTs, ¿burbuja especulativa o creatividad sin fin?», publicado el 27/08/2021 <https://www.lavanguardia.com/magazine/experiencias/20210827/7654342/revolucion-digital-arte-contemporaneo.html#foto-2>.
- New York Times. «Why an Animated Flying Cat With a Pop-Tart Body Sold for Almost \$600,000», publicado el 22/02/2021 <https://www.nytimes.com/2021/02/22/business/nft-nba-top-shot-crypto.html>.
- Sotheby's. «Natively Digital: A Curated NFT Sale» (junio 2021) <https://www.sothebys.com/en/digital-catalogues/natively-digital-a-curated-nft-sale>.
- The Art Newspaper. «Banksy-style NFTs have sold for \$900,000—but are they the real deal and does it even matter?», publicado el 22/02/2021 <https://www.theartnewspaper.com/2021/02/22/banksy-style-nfts-have-sold-for-dollar900000but-are-they-the-real-deal-and-does-it-even-matter>.
- The Wall Street Journal. «Scammers and Hackers See New Frontier in NFT Art», publicado el 27/08/2021 https://www.wsj.com/articles/scammers-see-new-frontier-in-nft-art-11629896400?mod=rss_Technology.

X. NORMAS CITADAS

NORMATIVA Y DOCUMENTACIÓN COMUNITARIA

- Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32001L0029>.
- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX:32016R0679>.

NORMATIVA ESPAÑOLA

- Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1885-6627>.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>.
- Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1985/BOE-A-1985-12534-consolidado.pdf>.
- Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1072>.
- Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-13758>.
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555>.
- Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-13411>.
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-8789>.

- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2018-16673>.
- Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1992-28740>.
- Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-20764&p=20180704&tn=1>.

¿Qué es el arte «de valor»? La tensión entre la protección penal del patrimonio histórico y el principio de legalidad penal (en especial, las fricciones con la garantía de taxatividad)

What constitutes «valuable art»? The conflict between the criminal law protection of historical heritage and the principle of legality (in particular, the principle of legal certainty)

ISMAEL CLEMENTE CASAS¹

Abogado y socio de Uría Menéndez

Resumen

Los delitos contra el patrimonio histórico están inmersos en una suerte de paradoja. De un lado, son normas penales a las que el principio de legalidad les exige que sean claras, taxativas, que establezcan con nitidez la frontera entre lo prohibido penalmente (y por tanto susceptible de pena) y lo permitido. Pero, de otro lado, lo que activa la respuesta penal en esos delitos son los ataques al «arte de valor» (no al arte que carece de él), una noción imprecisa y ambigua como pocas, que casa mal con esa exigencia de certeza del Derecho penal. La normativa extrapenal tampoco ayuda a reducir esa ambigüedad, pues los criterios que ofrece para

1. En la preparación de este trabajo ha colaborado de manera esencial Ignacio MARÍN DURÁN, graduado de Uría Menéndez.

determinar cuándo un bien pertenece al patrimonio histórico son igualmente vagos e imprecisos. Todo ello proyecta la sombra de la inconstitucionalidad sobre estos tipos penales. Para tratar de alejar esa sombra, cabría, tal vez, pensar en una interpretación conforme a la Constitución que exigiera, por ejemplo, un claro y acreditado consenso de la comunidad de expertos sobre el «valor» de un bien antes de permitir la respuesta penal a los ataques contra él. Mientras llega una solución, en la forma que sea, los jueces penales deberían prestar especial atención a la posibilidad de apreciar supuestos de error en el justiciable, provocado por esa vaguedad de los preceptos.

Palabras clave

Principio de legalidad, Principio de taxatividad, Delitos contra el patrimonio histórico, Ley de Patrimonio Histórico Español, Norma penal en blanco, Error de tipo, Error de prohibición.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD (Y ALGUNAS DE SUS MANIFESTACIONES O SUBPRINCIPIOS DERIVADOS). 1. *El principio de taxatividad*. 2. *Otras dos vertientes del principio de legalidad: reserva de ley y proporcionalidad*. III. LA PROTECCIÓN PENAL DEL PATRIMONIO HISTÓRICO Y SU TENSIÓN CON EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. 1. *Los delitos contra el Patrimonio Histórico (protección penal «directa e indirecta»)*. 2. *Los delitos que protegen los «bienes de valor» (en especial el artículo 323 CP) y la garantía de taxatividad*. 2.1. «Bienes de valor»: elemento normativo del tipo, además de sospechoso de falta de taxatividad. 2.2. ¿Ley penal en blanco? 2.3. La regulación extrapenal a la que se dirige el reenvío (LPHE, leyes autonómicas y otras «selvas normativas») también fracasa en el test de taxatividad. 2.4. Otros dos subprincipios del principio de legalidad que se ven igualmente dañados: reserva de ley y proporcionalidad. 3. *El delito de derribo de edificios «singularmente protegidos» (artículos 321-322 CP) y el principio de legalidad*. 4. *¿Inconstitucionalidad o interpretación conforme?* 5. *El error en los delitos contra el patrimonio histórico*. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

Abstract

Crimes against historical heritage are in a kind of paradox. On the one hand, they are criminal rules which the principle of legality requires to be clear and certain, clearly determining the boundary between what is prohibited under criminal law (and therefore punishable) and what is permitted. But, on the other hand, what triggers the criminal response in

these crimes are attacks on «valuable art» (not on art that lacks value), a vague and ambiguous concept that does not fit in well with the requirement of certainty under criminal law. Likewise, the non-criminal legislation does not help reduce this ambiguity, as the criteria it offers to determine when an item is part of the historical heritage are equally vague and imprecise. All this casts the shadow of unconstitutionality over these criminal offences. In order to try to remove this shadow, one could perhaps consider an interpretation in accordance with the Constitution that would require, for example, a clear verified consensus from the community of experts on the «value» of a property before allowing a criminal law response to attacks against it. Until a solution is found, in whatever form it takes, criminal law judges should focus on the possibility of identifying mistakes in the justice system, caused by vague provisions.

Keywords

Principle of legality, Principle of legal certainty, Crimes against historical heritage, Spanish Historical Heritage Law, Norm that contains the punishment but does not describe the prohibited or sanctioned conduct, Misclassification of criminal offence, Prohibition error.

SUMMARY: INTRODUCTION. II THE PRINCIPLE OF LEGALITY (AND SOME OF ITS EXPRESSIONS). 1. *The principle of legal certainty.* 2. *Two other expressions of the principle of legality: matters that must be regulated by Parliament and proportionality.* III. CRIMINAL LAW PROTECTION OF HISTORICAL HERITAGE AND THE CONFLICT WITH THE PRINCIPLE OF LEGALITY. 1. *Crimes against historical heritage («direct and indirect» protection).* 2. *Criminal offences protecting «valuable art» (in particular, article 323 of the Spanish Criminal Code) and the principle of legal certainty.* 2.1. «Valuable goods»: an element of the criminal offence, suspected of lacking legal certainty. 2.2. Is it an offence that contains the punishment but does not describe the prohibited or sanctioned conduct? 2.3 The non-criminal regulation to which the referral is made (Spanish Historical Heritage Law, regional legislation and other «regulatory jungles») also lacks legal certainty. 2.4. Other two expressions of the principle of legality which are also affected: matters that must be regulated by Parliament and proportionality. 3. *Offence against the demolition of buildings «uniquely protected» (articles 321 and 322 of the Spanish Criminal Code) and the principle of legality.* 4. *Unconstitutionality or compliant interpretation?* 5. *The error in the crimes against historical heritage.* IV. CONCLUSION. V. BIBLIOGRAPHY.

I. INTRODUCCIÓN

Es bien conocido que André Gide rechazó publicar *En busca del tiempo perdido* de Marcel Proust en los años 10 del pasado siglo XX. No resulta dudoso que Gide era un experto en literatura. Él mismo ha devenido uno de los grandes nombres de la literatura francesa y universal, ganador del Premio Nobel en esa disciplina en 1947. No resulta dudoso tampoco que hoy, tras el paso de los años y tras el juicio de varias generaciones de críticos literarios, existe un claro consenso entre los expertos acerca de que *En busca del tiempo perdido* es una de las novelas más importantes jamás escritas; si no, acaso, la novela definitiva (para muchos lo es). Sin embargo, a Gide no le pareció «de interés» o «de valor» suficiente, siquiera, para ser publicada por la *Nouvelle Revue Française* (todas esas frases interminables, el esnobismo del autor, incluso tenía errores sintácticos). No fue el único, Proust acumuló otros rechazos, lo que provocó que tuviera que financiar personalmente la publicación del libro —hoy lo llamaríamos autoedición—. Después Gide, en una carta al autor, reconocería que aquel rechazo fue uno de los mayores errores de su vida (lo que probablemente constituya un fuerte *understatement*, pues el error de Gide más bien podría calificarse como uno de los mayores de la historia de la edición de libros). Con todo, a muchos hoy sigue sin gustarles Proust².

Cuando, en 1917, Marcel Duchamp presentó su obra *Fountain* a la primera exposición organizada por la Society of Independent Artists en Nueva York, el órgano rector de la asociación entendió que la obra no podía ser considerada «arte» —y la relegó a un segundo plano en la exposición o, en la versión de otros, incluso la rechazó—. Se trataba de un urinario estándar, girado noventa grados y firmado y datado «R. Mutt 1917». Hoy está considerada como un hito histórico en el arte de vanguardia (la pieza fundacional del *ready-made*) y una de sus réplicas se exhibe en la Tate Modern.

En 1957, en el juicio por obscenidad contra el poema *Howl*, de Allen Ginsberg, los abogados de la defensa (de la defensa del también poeta y también beatnik, fallecido el año pasado, Lawrence Ferlinguetti, en su condición de editor de la obra) se esforzaron en presentar múltiples pruebas periciales, de expertos en poesía, para tratar de acreditar que aquello, en efecto, podía ser calificado de «arte». En contra del criterio del fiscal.

2. En el mismo sentido, el novelista Alberto OLMOS, en un artículo en el diario digital *El Confidencial* de 24/02/16, «Marcel Proust no es para tanto (y otras barbaridades)», recuerda que «En “Opiniones contundentes”, se lleva por delante tanto la poesía de Federico García Lorca como las novelas de William Faulkner; Tolstoi aborrecía la obra de William Shakespeare; Francisco Umbral detestaba a Pérez Galdós; Javier Marías ha mostrado su pasmo ante el éxito de Michel Houellebecq. Puede afirmarse incluso que no hay un sólo gran autor de la historia de la literatura universal que no haya sido menospreciado por otro gran autor de la literatura universal».

En los años 70 y 80 se desarrolló, en las principales ciudades, el grafiti con aerosol y otras técnicas sobre paredes, trenes y otros objetos urbanos. Otro ámbito donde se ha proyectado intensamente el debate sobre lo que es y lo que no es arte. Un practicante de la disciplina como Banksy ve, por un lado, sus creaciones subastadas por enormes sumas, y objeto de exposiciones y estudios, pero, por otro lado, también ve otras de sus obras retiradas o destruidas, muchas veces por las propias autoridades. Aunque autores de obra pictórica sobre paredes urbanas, como Banksy, han dignificado la disciplina, quizá muchos puedan estar de acuerdo en que las meras «firmas» (o *tagging*) sobre paredes serían la forma menos respetable de este movimiento, y más bien vandalismo antes que arte. Sin embargo, en 2010 tuvo lugar una iniciativa pública para que las Administraciones en España declarasen formalmente la firma del conocido grafitero Muelle (Juan Carlos Argüello) estampada en una fachada de la calle Montera de Madrid como Bien de Interés Cultural según la normativa aplicable. La respaldaban estudiosos y críticos de arte³.

Los ejemplos anteriores ilustran, creemos, que la frontera que separa el arte de lo que no lo es, de existir, es una de las más polémicas, discutidas y, sobre todo, difusas y cambiantes que se conocen. No digamos ya la subfrontera que, dentro del campo de lo que sí merece ser llamado arte, separa las obras «de valor» de las que carecen de él. La que divide el arte en bueno y malo. Esa segunda es, creemos, una frontera aun más difusa y, por tanto, aun más discutible. Y no es que la humanidad no haya hecho esfuerzos para trazarla. Ahí están, por supuesto, las cátedras de Estética en las facultades universitarias de Filosofía, que dan cuenta de ello. Y los críticos de arte. Y la literatura especializada (revistas, monografías, enciclopedias...). En definitiva, los expertos, o peritos en terminología procesal (como Gide o la Society of Independent Artists de Nueva York). Lo que sucede, se diría, es que las opiniones críticas son casi tan variadas como las expresiones artísticas y en pocos campos de la creación humana el debate es más abierto y las certezas más escasas.

Y ahora entra en escena el Derecho penal. El Derecho penal tiene sus propios expertos y estudiosos, y todos ellos están de acuerdo, al menos, en una cosa: las certezas son importantes. El Derecho penal, en teoría, se lleva mal con lo impreciso, lo ambiguo, lo discutible, lo que puede ser, pero también puede no ser... Algunos de los principios esenciales del Derecho penal,

3. F. J. ALCANTARILLA HIDALGO ha dado cuenta de ello, y de muchos otros supuestos donde se discuten, precisamente, los límites del arte, en estas mismas páginas, en «Insurgencia y contenidos ofensivos: sobre los límites del Arte», *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2018, pp. 35-160 (artículo que fue galardonado con el IV Premio Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte).

como el de legalidad, consagran ese objetivo (limitar la ambigüedad). Y son principios reconocidos en normas con rango constitucional.

El corolario de cuanto se ha dicho (el Derecho penal se lleva mal con la ambigüedad y la frontera entre el arte y el no arte, o entre el arte bueno y malo, es ambigua) debería ser que el Derecho penal se lleva mal con el arte. O con la crítica de arte. O mejor y más precisamente dicho: que no parece buena idea que la represión por parte del Derecho penal de una conducta dependa de un elemento tan poco preciso como esa frontera entre el arte bueno y el malo, el arte «de valor» y el que no lo tiene.

Sin embargo, en el vigente Código Penal («CP») español encontramos, y muy viva, esa paradoja. Algunos de los tipos delictivos contenidos en el código, que se han dado en llamar, globalmente, delitos contra el patrimonio histórico, tipifican conductas que dañan o ponen en peligro «*bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental*». De modo que los bienes «de valor» provocarían la respuesta penal, y los bienes «sin valor» no lo harían. ¿Acaso no se opone el diseño de esos delitos al objetivo de certeza del Derecho penal? ¿Tal vez pueda reducirse la ambigüedad con criterios proporcionados por la normativa extrapenal sectorial (las normas que regulan y protegen el Patrimonio Histórico Español)? ¿O el problema es insalvable y esos delitos están viciados de inconstitucionalidad? Dedicamos las páginas siguientes, si no a conseguir las respuestas, al menos a tratar de profundizar en esas preguntas.

II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD (Y ALGUNAS DE SUS MANIFESTACIONES O SUBPRINCIPIOS DERIVADOS)

El artículo 9.3 de la Constitución española («CE») establece que «*La Constitución garantiza el principio de legalidad...*»; y, en lo que respecta a la legalidad penal (o, en general, sancionadora), el artículo 25.1 CE dispone que «*Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito o falta o infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento*».

1. EL PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD

Al principio de legalidad penal se le reconocen por la doctrina y por el Tribunal Constitucional («TC») diferentes vertientes, manifestaciones o subprincipios. En este trabajo nos interesará centrarnos, sobre todo, en el principio, garantía o derecho a la taxatividad de las normas penales. La exigencia de *lex certa*. En palabras de FERRERES COMELLA, «*El principio de taxatividad no es otra cosa que la exigencia de que los textos en los que se recogen las normas*

*sancionadoras describan con suficiente precisión qué conductas están prohibidas y qué sanciones se impondrán a quienes incurran en ellas»*⁴. El principio de taxatividad obliga al legislador penal a separar con nitidez lo que el Derecho penal prohíbe (y sanciona si se incumple la prohibición) de lo que tolera. Esa frontera debe ser clara, precisa.

No resulta difícil encontrar fundamentos a ese principio de taxatividad, incluso varios y variados, en un sistema político y jurídico democrático, o civilizado. Parece que a cualquiera —a cualquiera que viva en uno de esos entornos— le interesaría, legítimamente, poder saber, poder predecir con un alto grado de probabilidad, si una conducta potencial por su parte merecerá o no reproche penal. En efecto, de nuevo según FERRERES COMELLA, la seguridad jurídica, en su dimensión de «certeza jurídica», es uno de los fundamentos de la garantía de taxatividad⁵ (también lo subraya LASCURAÍN SÁNCHEZ⁶).

No solo eso. Si el propio Derecho penal, como construcción social, tiene entre sus finalidades —entre las más respetables, podríamos decir— la prevención, esto es, el objetivo de que el ciudadano module su conducta en función de las leyes penales, evitando lo que estas prohíben (y castigan) y haciendo solo lo que permiten, si todo eso es así, parece claro que esa finalidad del Derecho penal se verá comprometida si ese mismo ciudadano no es capaz de conocer de antemano, y con precisión, qué le importa y qué no al Derecho penal.

Es cierto también, por otro lado, que no cabe —sin incurrir en un vicio propio de sofistas— pedirles a los tipos penales algo imposible, algo que no le pedimos, ni podemos pedirle, al material con el que están hechos, al lenguaje humano (o al idioma español, en el caso de nuestro código); esto es, *no cabe pedirles precisión absoluta*. Nuestro lenguaje encierra siempre un grado de ambigüedad. Raras son las expresiones (los verbos, los sustantivos, los adjetivos) que no implican una cierta polisemia. Y dentro de esa polisemia, como sabemos, es el juez, como intérprete, quien acota y selecciona la respuesta al caso y la conclusión del silogismo jurídico. Ahora bien, que sea necesario aceptar cierto margen de imprecisión consustancial a las palabras no priva de valor al principio de taxatividad ni lo hace menos relevante (lo contrario sería, en efecto, propio de sofistas: como todo es ambiguo, hay que

4. V. FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*, Civitas, Madrid, 2002, p. 21.

5. V. FERRERES COMELLA, *op. cit.*, pp. 43 y ss. El otro fundamento para el principio de taxatividad que cita el autor es el valor de la imparcialidad en el trato a los ciudadanos por parte del poder y el freno a la arbitrariedad (pp. 50 y ss.).

6. J. A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Sólo Penas Legales Precisas y Previas: El Derecho a la Legalidad Penal en la Jurisprudencia Constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 93 y ss.: «La seguridad jurídica exige, pues, y esto es una obviedad, que las normas sancionadoras describan con precisión en qué consiste la conducta infractora, cuáles son los requisitos para su sanción y en qué —qué y cuánto— consiste la sanción».

abandonar la tarea de luchar contra la ambigüedad). La discusión merece la pena. Y es de *grado*. Se trata de encontrar el punto del espectro de posibilidades donde la vaguedad se vuelve inaceptable. Ese fiel de la balanza, en sí mismo, puede ser —como es— discutible y abierto al debate, pero, aun aceptando esa cierta paradoja, ello no quiere decir que no haya casos claros, extremos, donde muchos puedan coincidir en que la vaguedad es insoportable. O en que esa misma vaguedad, que se acerca al extremo del espectro, admisible quizá en otras ramas del ordenamiento, no puede serlo en la rama penal⁷.

Dejamos ya apuntado algo que será importante un poco más adelante: esa imprecisión consustancial se intensifica cuando el legislador penal emplea en la redacción de los tipos lo que se ha dado en llamar *elementos o conceptos valorativos*, esto es, que necesariamente requieren un juicio de valor por parte del órgano jurisdiccional para acotarlos, o mejor dicho, que lo requieren más que otros (esos otros elementos que requerirían menos valoración serían los descriptivos, en principio perceptibles por los sentidos)⁸.

2. OTRAS DOS VERTIENTES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: RESERVA DE LEY Y PROPORCIONALIDAD

También abordaremos en este trabajo, aunque de forma secundaria, las potenciales fricciones entre la redacción de los tipos que protegen el patrimonio histórico con otras dos manifestaciones del principio o derecho a la legalidad penal: la reserva de ley penal y el principio de proporcionalidad.

Es comúnmente admitido en la jurisprudencia del TC y en la doctrina que en Derecho penal rige una «*reserva absoluta de ley*». Que solo las normas con rango de ley pueden introducir delitos y penas en nuestro ordenamiento. Esa es la lectura que se le da al artículo 25.1 CE (que dispone literalmente que solo

7. FERRERES COMELLA, al abordar esta cuestión, y recordar que la precisión absoluta es inviable, viene a señalar que incluso cierto grado de vaguedad puede resultar útil, también en Derecho penal, para procurar algún margen de interpretación al juez que le permita evitar situaciones claramente no queridas por el legislador o irrazonables para la mayoría (V. FERRERES COMELLA, *op. cit.*, pp. 30 y ss.). En el mismo sentido, J. A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 93: «Lo que sucede, y ahí está el problema, es que una determinación extrema es, además de imposible, inconveniente. Imposible porque utiliza un material impreciso, que es el lenguaje. E inconveniente por varias razones [entre las que señala, en resumen, huir de la multiplicación de normas para abarcar todos los significados particulares pensables y, por otro lado, la excesiva rigidez que conduzca a soluciones no queridas e irrazonables]».

8. Una vez más, en palabras de V. FERRERES COMELLA, *op. cit.* p. 33: «La vaguedad se intensifica cuando los términos empleados incorporan un concepto valorativo (así, actos «obscenos»). Aunque el juez no imponga su valoración personal, sino que se limite a registrar una práctica social (la práctica de desaprobación determinados actos por considerarlos «obscenos»), no deja de haber casos respecto de los cuales la sociedad se muestra dividida (y/o insegura) acerca de si el acto merece ser calificado de obsceno».

la «*legislación*» puede establecer delitos y penas)⁹. El campo donde, por antonomasia, sufre esta vertiente del principio de legalidad —aunque también las otras vertientes, especialmente la ya explicada garantía de taxatividad— es el de las llamadas «*normas penales en blanco*». Esto es, aquellas normas penales (en especial, tipos delictivos) que no contienen en sí mismas todo el enunciado que es necesario manejar para su aplicación, sino que incorporan una remisión a otras normas. Y en ocasiones esas otras normas (a las que se remite la norma penal) están fuera del Código Penal (y del resto de leyes penales especiales), porque son normas administrativas, tributarias, laborales, etc. Y en ocasiones esas otras normas no tienen rango legal, sino inferior. ¿Acaso esto —que una norma con rango infralegal acabe determinando lo que es delito— no hace quebrar esa «*reserva absoluta de ley*» propia del Derecho penal? La doctrina del TC ha aceptado la constitucionalidad de esta técnica, siempre que se asegure la presencia de tres requisitos: (i) reenvío normativo expreso y justificado en atención al bien jurídico protegido; (ii) que el tipo penal contenga el núcleo esencial de la prohibición y la pena; y (iii) que la conducta delictiva quede suficientemente precisada con el complemento que aporta la norma a la que el tipo se remite (esto es, que —digamos— la suma de las dos, remitente y destinataria, consiga un resultado que satisfaga los requisitos de precisión de las normas penales a los que nos hemos referido más arriba)¹⁰.

Por su parte, el *principio de proporcionalidad*, como vertiente del principio de legalidad penal, se opone a aquellos enunciados del legislador tan ambiguos o vagos que provocan, en la práctica, el efecto de ampliar el ámbito de lo punible de una manera excesiva e intolerable, castigando supuestos de hecho innumerables, entre ellos muchos que habrían merecido quedar fuera de la respuesta penal (y, probablemente, creando ese efecto más allá de los deseos del propio legislador). Según ALCÁCER GUIRAO¹¹, esta vertiente del principio de legalidad fue el verdadero motivo que condujo al TC, en su STC 101/2012, a anular el único precepto penal que ha anulado por vulneración del derecho a la legalidad penal: el artículo 335 CP, también una norma penal en blanco, en la que el TC consideró que no concurrían en la remisión los requisitos antes vistos para considerarla aceptable desde el punto de vista constitucional, dado que «*la tipificación como delictivas de todas las conductas de caza que no estén expresamente autorizadas, aunque no estén tampoco expresamente prohibidas, crea un amplísimo espacio de inseguridad jurídica, incompatible con la citada exigencia constitucional de certeza*». A juicio de ALCÁCER GUIRAO, aunque el TC invocaba la falta de certeza, de taxatividad, en realidad

9. J. A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 63 y ss.

10. En este sentido, las SSTC 101/2012 (RTC 2012, 101), 181/2008 (RTC 2008, 181) y 283/2006 (RTC 2006, 283), entre muchas otras.

11. R. ALCÁCER GUIRAO, «Taxatividad, reserva de ley y cláusulas de lesividad en las normas penales en blanco», *Diario La Ley*, n.º 7922, septiembre de 2012, Sección Tribuna, pp. 6 y ss.

la frontera de lo punible quedaba clara (era delito cazar toda especie cuya caza no estuviera expresamente autorizada, bastaba, en teoría, repasar la lista), aunque, eso sí, el ámbito de lo punible fuera inmenso. De modo que la fricción no habría sido tanto con la vertiente de taxatividad del principio de legalidad como con la de proporcionalidad. Es cierto también que algunos, como LASCURAÍN SÁNCHEZ, incluso niegan que el principio de proporcionalidad tenga esa conexión con el de legalidad¹².

En todo caso, sí parece razonable concluir que los tres subprincipios que hemos visto del principio de legalidad penal (taxatividad, reserva de ley y proporcionalidad) presentan conexiones, pero también son nociones diferentes, que cabe apreciar y valorar por separado. La definición de un delito puede ser clara, pero hallarse en una norma con rango inferior al legal (salvaría la garantía de taxatividad, pero incumpliría la reserva de ley). O puede ser clara también y encontrarse en una norma con rango de ley, pero ampliar de forma inaceptable el ámbito de lo punible (salvaría la taxatividad y la reserva de ley, pero incumpliría el principio de proporcionalidad). O puede estar en una norma con rango formal de ley y ser proporcionada pero ambigua e inconcreta, sin que quede clara la frontera entre lo prohibido y lo permitido (cumpliría la reserva de ley y la proporcionalidad, pero no la garantía de taxatividad).

III. LA PROTECCIÓN PENAL DEL PATRIMONIO HISTÓRICO Y SU TENSION CON EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Como se ha dicho, en este trabajo nos interesará preguntarnos si estas garantías —o principios con rango constitucional o, en definitiva, mandatos al legislador— que acabamos de abordar, sobre todo la de taxatividad, se respetan (¿está suficientemente clara la frontera entre lo prohibido penalmente y lo permitido?, ¿es predecible la consecuencia penal de la conducta?) en los tipos penales que protegen... ¿qué? ¿El patrimonio histórico? ¿Los bienes con «valor» histórico, artístico, científico, cultural o monumental? ¿Son cosas distintas? En efecto, la definición (dicho de otro modo, los límites, lo que queda dentro y lo que queda fuera del concepto) del objeto de protección de los tipos que nos interesan es, quizá, el tema fundamental de este trabajo, con lo que los problemas, esos problemas de delimitación, claridad, trazado de fronteras, empiezan en la propia casilla de salida de nuestro análisis. ¿Qué

12. «Poco tiene que ver el principio de proporcionalidad, y el tratamiento razonable de la libertad que se encuentra tras él, con la garantía de seguridad jurídica y de monopolio legislativo de las sanciones que están tras el artículo 25.1 CE», y en esa medida critica la conexión entre los dos principios que hace el TC en su STC 136/1999 (RTC 1999, 136). cfr. *op. cit.* pp. 24-25. Otros, como HUERTA TOCILDO se ha mostrado a favor de esa interpretación del TC (cfr. S. HUERTA TOCILDO, «Principio de legalidad y normas sancionadoras», en *Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2000, pp. 58 y ss.).

tipos penales vamos a tener en cuenta para hacerles pasar ese test de respeto (o vulneración) de las garantías derivadas del principio de legalidad penal?

1. LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO HISTÓRICO (PROTECCIÓN PENAL «DIRECTA E INDIRECTA»)

La doctrina se ha fijado en que la protección penal del patrimonio histórico y/o de los bienes de valor cultural (vamos a englobar así en lo sucesivo, a efectos de síntesis, todas las categorías antes citadas —bienes de valor histórico, artístico, etc.—) puede dividirse en dos grandes categorías¹³:

(a) Protección «directa» o «unitaria», o aquella protección penal que dispensan los tipos incluidos en un capítulo del CP expresamente dirigido a este fin, esto es, el capítulo II, epigrafiado «*De los delitos sobre el patrimonio histórico*», del título XVI (que también incluye expresamente «*la protección del patrimonio histórico*» en su epígrafe), y donde se encuentran tipificadas, en esencia, dos tipos de conductas (y aledañas): (i) derribar o alterar gravemente edificios singularmente protegidos (artículos 321 y 322 CP); y (ii) causar daños en bienes de valor cultural (artículos 323 y 324 CP)¹⁴; y

(b) Protección «indirecta» o «dispersa», esto es, aquella que proporcionan una larga lista de, sobre todo, subtipos agravados de delitos «clásicos», cuando las conductas prohibidas penalmente se proyectan sobre bienes de valor cultural; y ahí encontraríamos, esencialmente, subtipos

13. cfr. C. GUIASOLA LERMA, «La tutela penal indirecta de los bienes culturales en el ordenamiento español», *Revista del Ministerio Fiscal*, n.º 5, 2018, pp. 35-56.

Esta elección del legislador ha sido criticada por algunos autores (C. SALINERO ALONSO, *La protección del patrimonio histórico en el Código Penal de 1995*, Barcelona, 1997, p. 295; J. M. GARCÍA CALDERÓN, *La defensa penal del Patrimonio arqueológico*, Madrid, 2016, p. 220; C. GUIASOLA LERMA, *Delitos contra el patrimonio cultural: arts. 321 a 324 del Código Penal*, Valencia, 2001, pp. 12 y ss.; A. ROMA VALDÉS, *La aplicación práctica de los delitos sobre el patrimonio cultural*, Granada, 2008, pp. 10 y ss.; L. RODRÍGUEZ MORO, «Críticas, incongruencias y dudas en la regulación penal de los delitos sobre el patrimonio histórico español antes y después de la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo», en *IV Encuentro Profesional sobre Lucha contra el Tráfico Ilícito de Bienes Culturales*, 2016, pp. 83 y ss.), pero también alabada por otros (J. M. TAMARIT SUMALLA, «Los delitos sobre el patrimonio histórico», en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (coord. Gonzalo Quintero), Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 45 y ss., o F. RENART GARCÍA, «Aproximación a la tutela penal de los «sitios históricos»», *Actualidad Penal*, n.º 3, Tomo 1, La Ley, 2002, p. 1).

14. En el fondo, los artículos 323 y 324 CP vendrían a funcionar como tipos agravados respecto del general de daños del artículo 263 CP (aunque es cierto que este precepto, el 263 CP, castiga los daños «en propiedad ajena», y esa restricción no se contiene en los artículos 323-324 CP, de modo que cabría plantear que estos delitos protegen daños en bienes culturales incluso aunque los cause su propio dueño, si bien esta interpretación no es pacífica en la doctrina).

agravados de los delitos contra el patrimonio y orden socioeconómico (artículos 235.1.1.^a —hurto—; 240.2 —robo—; 250.1.3.^a —estafa— y 253/254.1 —apropiación indebida— CP), de los delitos contra la ordenación del territorio y urbanismo, el contrabando y la receptación y el blanqueo.

Como veremos, en casi todos los tipos mencionados se producirá esa fricción, al menos *prima facie*, entre sus enunciados y el principio de legalidad penal, en especial en su vertiente de taxatividad.

Dentro de la protección «directa/unitaria» (artículos 321 a 324 CP), salta a la vista una primera diferencia importante a efectos de nuestro análisis. La diferencia en la tipificación, en concreto, en la definición del objeto de protección, en las dos conductas que castiga el capítulo II del título XVI: (i) de un lado, en el derribo o alteración grave de edificios (artículos 321 y 322 CP), lo que se protege son aquellas edificios que se encuentren «*singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental*»; mientras que, de otro lado, (ii) en los daños (artículos 323 y 324 CP), lo que se protege son los «*bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental*» (además de «*yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos*»).

Esa distinta redacción (edificios «*singularmente protegidos*» vs. bienes «*de valor*») ha llevado a la doctrina y la jurisprudencia a interpretar que en el primer caso (artículos 321-322 CP) los edificios cuyo derribo o alteración grave provoca la respuesta penal serán solo aquellos que se encuentren *formalmente declarados* como «*singularmente protegidos*» por la normativa reguladora del patrimonio histórico (mejor dicho, por actos administrativos que la ejecuten), esto es, (i) tanto por la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español («LPHE»), (ii) como por su normativa de desarrollo (especialmente, por su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 111/1986, de 10 de enero); (iii) como por la normativa equivalente aprobada por las comunidades autónomas dentro de sus competencias¹⁵. Simplificando, lo que supone

15. La jurisprudencia estableció la catalogación individualizada como requisito para aplicar estos tipos ya desde la STS 654/2004, de 25 de mayo (RJ 2004, 3496), línea seguida por la jurisprudencia menor, y que el Tribunal Supremo ha mantenido hasta la reciente STS 641/2019, de 20 diciembre (RJ 2019, 5384). En cuanto a la doctrina, mayoritariamente se defiende esta postura: A. COLMENAREJO FRUTOS, «Los delitos sobre el patrimonio histórico. Aspectos Generales», *Revista del Ministerio Fiscal*, n.º 5, 2018, pp. 8-34, aunque algún autor se ha manifestado en contra, como A. VERCHER NOGUERA, en *Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)* (coord. I. Serrano), Comares, Granada, 1999, p. 1477, o M. OLMEDO CARDENETE, «Capítulo 37. Delitos sobre la ordenación del territorio, urbanismo, patrimonio histórico y medioambiente (II)», *Sistema de derecho penal: parte especial: 2.ª edición, revisada y puesta al día conforme a las leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015* (coord. L. Morillas), Dykinson, Madrid, 2015, pp. 891-892. En palabras de OTERO GONZÁLEZ, el objeto de protección en estos tipos de los artículos 321-322 CP estaría constituido por «... las categorías de protección ya previstas en la Ley de Patrimonio Histórico Español de 1985 [...], ya en las leyes autonómicas en materia de patrimonio histórico o cultural, ya, finalmente, en la propia

esta interpretación (como decimos, absolutamente mayoritaria) es que, para castigar por estos tipos (artículos 321-322 CP), el derribo o alteración grave deberá hacerse sobre un edificio que se haya declarado formalmente Bien de Interés Cultural (artículo 9.1¹⁶ y concordantes LPHE) o integrante de aquellas categorías análogas de protección previstas en las normas de las comunidades autónomas en su ámbito de competencia¹⁷.

De este modo, parece que en los artículos 321-322 CP tendríamos normas penales en blanco con un reenvío más o menos expreso a la normativa extrapenal reguladora del patrimonio histórico (sería necesario acudir a ella para comprobar si el edificio en concreto en discusión, potencialmente víctima de ataques *está o no declarado BIC* —o su análogo autonómico—). Por tanto, el test de respeto al principio de legalidad será el ya diseñado por el TC para las normas penales en blanco, consistente en comprobar si se cumplen los tres requisitos que vimos más arriba¹⁸. Dejamos, en todo caso, el repaso de esos requisitos en suspenso, para abordarlo un poco más tarde, porque lo que ahora interesa es subrayar que, de algún modo, y al menos respecto del principio de taxatividad y *prima facie*, la predictibilidad de la respuesta penal parece aquí al alcance de la mano. En efecto, podríamos pensar, si estoy planeando realizar unas obras sobre un edificio candidato a merecer el rubro de «singular protección», para saber si me enfrento o no a una sanción penal, bastaría con comprobar si dicho edificio ha sido declarado BIC o incluido en algún catálogo/inventario/registro autonómico o municipal (aunque, por cierto, esa comprobación no siempre es fácil, como destaca la SAP Burgos 35/2005 con mucha claridad¹⁹). Si esto es así, el campo de lo punible y de lo

legislación urbanística (al margen, por tanto, de la legislación específica, estatal o autonómica, sobre patrimonio histórico o cultural)» (P. OTERO GONZÁLEZ, «Protección penal de los daños al patrimonio histórico (tras la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015)», Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2015, pp. 334-336).

16. «Gozarán de singular protección y tutela los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español declarados de interés cultural por ministerio de esta Ley o mediante Real Decreto de forma individualizada».
17. No resultaría correcto aquí, respecto de los delitos de los artículos 321 y 322 CP, que castigan el derribo o alteración grave de edificios, mencionar otra categoría de protección de la LPHE, la de los bienes que se declaren pertenecientes al Inventario General, en la medida en que estos serán siempre bienes muebles, no inmuebles (artículo 26.1 LPHE: «La Administración del Estado, en colaboración con las demás Administraciones competentes, confeccionará el Inventario General de aquellos bienes muebles del Patrimonio Histórico Español no declarados de interés cultural que tengan singular relevancia»).
18. Se trata de los requisitos establecidos en reiteradas sentencias del Tribunal Constitucional como las SSTC 101/2012 (RTC 2012, 101), 181/2008 (RTC 2008, 181), 283/2006 (RTC 2006, 283), entre otras sentencias, a saber: (i) reenvío normativo expreso y justificado en atención al bien jurídico protegido; (ii) que el tipo contenga el núcleo esencial de la prohibición y la pena; y (iii) que la conducta delictiva quede suficientemente precisada con el complemento de la norma a la que el tipo se remite.
19. SAP Burgos, de 22 julio (RTC 2005, 794), «Si para un técnico, como es el testigo informante, es difícil determinar la naturaleza del inmueble, no se puede exigir un conocimiento superior

impune, respecto del objeto de protección penal, parecería tener una frontera nítida en los tipos de los artículos 321-322 CP: insistimos, bastaría comprobar si el edificio se encuentra incluido en alguna de las listas oficiales mencionadas. Parecería que la garantía de taxatividad queda salvaguardada. Otra cosa es que ese reenvío a la normativa extrapenal rellene los requisitos de la doctrina constitucional, por ejemplo, a efectos del subprincipio de reserva de ley. Pero, de momento, los artículos 321-322 CP no parecen claros sospechosos de atentado contra el principio de legalidad (al menos, como decimos, en su vertiente de taxatividad o *lex certa*).

Ahora bien, ¿qué sucede, en términos de taxatividad, con la tipificación —en concreto, con la definición del objeto de protección— de la otra conducta castigada en el capítulo II del título XVI CP, artículos 323-324, esto es, los daños en «*bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental*»?

2. LOS DELITOS QUE PROTEGEN LOS «BIENES DE VALOR» (EN ESPECIAL EL ARTÍCULO 323 CP) Y LA GARANTÍA DE TAXATIVIDAD

2.1. «Bienes de valor»: elemento normativo del tipo, además de sospechoso de falta de taxatividad

El artículo 323.1 CP castiga con penas de prisión a quien «... *cause daños en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental* [...]» (y añade también, como conductas igualmente castigadas penalmente, causar esos mismos daños en «*yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos*» y los actos de expolio en dichos yacimientos). El apartado 2 del artículo 323 incluye un subtipo agravado que eleva la pena cuando los daños fueran de «*especial gravedad*» o el objeto de protección fuera más valioso («*que hubieran afectado a bienes cuyo valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental fuera especialmente relevante*»). El precepto siguiente, el artículo 324 CP, castiga los daños realizados a título de imprudencia (y por encima de 400 euros de cuantía), además de en archivos, registros, museos, etc., también nuevamente en «*bienes de valor artístico, histórico, cultural, científico o monumental*» (y yacimientos arqueológicos).

Vemos, por tanto, que en los artículos 323-324 CP el objeto de protección ya no se define como bienes de «singular protección», sino como meramente «bienes de valor» (cultural).

Además, repárese en que esta cláusula («bienes de valor» —cultural—) está también presente en la protección penal del patrimonio histórico que

o prudencia más importante a una persona que carece de los conocimientos técnicos de aquél, máxime cuando tampoco ninguna información expresa o por documentación previa se aporta por las personas que le encargaron la obra y por cuenta de las cuales la realizó».

más arriba hemos llamado «indirecta/dispersa». Por ejemplo, el hurto se agrava en el artículo 235.1.º CP «*Cuando se sustraigan cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico*»²⁰.

Pues bien, enfrentados a la interpretación de esta cláusula («bienes de valor»), la doctrina y jurisprudencia mayoritarias están de acuerdo en no exigir que los bienes protegidos por estos tipos (artículos 323-324 CP) se encuentren formalmente declarados como tales ni incluidos en ningún catálogo o inventario²¹ para aplicar la sanción penal (al contrario de lo que ocurría con los artículos 321-322 CP).

¿No estamos aquí, pues, ante un reenvío a la norma extrapenal que regula el patrimonio histórico? ¿Estas no son normas penales en blanco? Dejamos de momento en suspenso estas preguntas, para recuperarlas un poco más adelante.

En todo caso, con reenvío o sin él, la pregunta, nuestra pregunta, es más bien la siguiente: ¿la definición del objeto de protección en estos delitos (artículos 323-324 CP y todos esos tipos que confieren protección «indirecta/dispersa» al patrimonio histórico) como «bienes de valor» satisface la garantía de taxatividad del Derecho penal? ¿Puede aquí el justiciable predecir razonablemente la respuesta jurídico-penal? ¿Es fácil saber cuál es un «bien de valor» y cuál uno «sin valor»? ¿Era fácil, predecible, la labor de André Gide o la Society of Independent Artists al juzgar las obras que juzgaron, al decidir si tenían «valor» o carecían de él, como explicamos más arriba? Creemos que, como mínimo, cabe poner en tela de juicio que la garantía de taxatividad esté a salvo en estos casos.

Sin embargo, creemos también que esta cuestión (¿acaso la cláusula «bienes de valor» es excesivamente vaga y ambigua, y atenta contra la garantía de taxatividad?) no ha inquietado en exceso a la doctrina que se ha ocupado de estudiar los delitos contra el patrimonio histórico. La mayoría (i) señala que se trata de un elemento normativo²² del tipo, que deberá ser objeto de

20. En el mismo sentido, la regulación del subtipo agravado de robo (art. 241.4 CP), estafa (art. 250.1.3.º CP), apropiación indebida (art. 253.1 CP), apropiación de cosa mueble ajena (art. 254 CP), receptación (art. 298.1.a CP), contrabando (art. 2.2 LO 12/1995) o malversación (art. 432.2.c CP).

21. cfr. C. GUIASOLA LERMA, «La tutela penal indirecta...», *op. cit.*, p. 40; E. J. PÉREZ ALONSO, *La tutela civil y penal del patrimonio histórico, cultural o artístico*, McGraw-Hill, Madrid, 1996; C. SALINERO ALONSO, *La protección del patrimonio histórico...*, *op. cit.*, pp. 184 y ss. De la misma manera lo ha establecido la jurisprudencia en las SSTS 654/2004 (RJ 2004, 3796) y 641/2019 (RJ 2019, 641), entre otras. Existe alguna posición minoritaria en contra, como P. CASTRO SIMANCAS, «Los delitos sobre el patrimonio histórico en el Código Penal de 1995», en *Tapia*, n.º 99, marzo-abril 1998, p. 27, que en aras del respeto a la seguridad jurídica defiende que los tipos deberían reducirse exclusivamente a los bienes parte de registros e inventarios. De acuerdo con esta postura, cfr. A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal. Parte Especial*, 12.ª edición, Dykinson, Madrid, 2007, p. 633.

22. En este sentido, los siguientes autores coinciden en esa calificación como elemento normativo: F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal Parte Especial*, 21.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 584-585; C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Delitos relativos a la

valoración por el juez penal (en oposición a los elementos descriptivos, que en principio se perciben por los sentidos, y no necesitan de un juicio de valor, o al menos de uno tan intenso); (ii) se reconoce la «discrecionalidad» del juez (OTERO GONZÁLEZ²³); (iii) y se cita los distintos medios de prueba, especialmente pericial, que el juez deberá sopesar para realizar su valoración. Algunos señalan, al menos, que se trata de una labor difícil y compleja. Y aun alguno apunta que la normativa sectorial debe servir de guía (MORELL ALDANA y ROMÁN LORA)²⁴.

Parece claro, en efecto, que la cláusula «bienes de valor» (cultural) es un elemento normativo, que exige una valoración judicial, que existe un amplio margen de discrecionalidad del juez y que este deberá valorar la prueba pericial (aunque la discrecionalidad se trasladará, probablemente, al perito). La cuestión no es esa. La cuestión no es si existe discrecionalidad del juez, lo que resulta obvio. La cuestión, en lo que nos importa, es si, acaso, esa discrecionalidad del juez (o del perito) no resultará *excesiva*. Si acaso tal amplitud no estará vulnerando la exigencia de taxatividad del Derecho penal.

RENART GARCÍA²⁵ pone el dedo en la llaga cuando dice: «*Determinar la existencia del posible valor artístico de un bien determinado constituye uno de los aspectos de más difícil resolución si pensamos no solo en el carácter abierto y polisémico que la propia obra de arte presenta sino, fundamentalmente en su tradicional asimilación con los conceptos de belleza o estética, dotados ambos de una importante carga de subjetivismo y, por ello, susceptibles de apreciaciones mutables y cambiantes*».

En efecto, separar el arte «de valor» del arte «sin valor» es una de las labores más arduas y polémicas, probablemente, de la historia de la humanidad. Si es que trazar esa frontera con cierta nitidez es posible en absoluto. Cabe pensar que, en el arte, podríamos estar más ante una gradación que ante una frontera, y que, junto a obras de «algún valor», habrá obras de «escaso valor» y otras de «muchísimo valor», y no será tan fácil determinar cuáles no tienen «ningún valor». Por tanto, hacer depender la respuesta penal del trazado de esa frontera tan discutible es algo que chirría por sí solo, y más si lo enfrentamos a la garantía de taxatividad penal que nos importa aquí.

ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente (Título XVI: arts. 319 - 340)», en *Derecho penal económico y de la empresa* (coord. C. Martínez Buján y L. M. Puente), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 10-11; J. M. TAMARIT SUMALLA, «Los delitos sobre el patrimonio...», *op. cit.*, pp. 6-7; C. GUIASOLA LERMA, «La tutela penal indirecta...», *op. cit.*, p. 40.

23. P. OTERO GONZÁLEZ, «Protección penal de los daños...», *op. cit.*, p. 344.

24. L. C. MORELL ALDANA y M. A. ROMÁN LORA, «Delitos contra el patrimonio histórico: una actualización doctrinal y jurisprudencial», *La Ley Penal*, n.º 143, 2020, p. 15.

25. F. RENART GARCÍA, *La protección penal del patrimonio histórico español a través del art. 323 C.P.* Tesis doctoral dirigida por el Prof. Dr. D. Bernardo del Rosal Blasco, Universidad de Alicante, 2001. p. 432.

El recurso a la prueba pericial, creemos, no soluciona el problema de falta de taxatividad. Probablemente ni siquiera mejora la situación, sino que solamente desplaza la amplia discrecionalidad judicial a la amplia discrecionalidad pericial. Dicho de otro modo, el justiciable tendrá que predecir la respuesta penal proyectando al futuro el juicio eventual de un perito —un crítico de arte—, su opinión sobre si determinada obra «tiene valor» o «no tiene valor». Ni que decir tiene que en un campo como el arte las opiniones discrepantes de los críticos, probablemente, no tienen nada de infrecuente.

Cabe también pensar en la solución que dio el legislador a este mismo problema, o uno muy similar, respecto de la protección que otorga a las obras la Ley de Propiedad Intelectual (y, también, por ende, los delitos que la protegen). Allí no se diferencia entre obras de valor y obras sin valor, sino que la protección, por ejemplo, frente al plagio, se dispensa a todas las obras, con independencia de su valor o excelencia²⁶. Quizá una de las razones de esta solución fue la dificultad de trazar esa frontera que nos incomoda entre obras de valor y obras sin valor.

Como conclusión provisional, parece que los tipos penales (como el del artículo 323 CP) que definen el objeto de protección como «bienes de valor» (cultural) son, al menos, sospechosos de atentar contra la garantía de taxatividad que nos ocupa. Ahora bien, ¿cabría recurrir a la normativa extrapenal reguladora del patrimonio histórico, como la LPHE, para encontrar una definición de «bienes de valor» o de «patrimonio histórico» que ayude al justiciable a saber de antemano y con precisión qué es eso que protegen estos tipos penales? Hasta ahora no hemos asociado la noción de reenvío o norma penal en blanco a la cláusula «bienes de valor» (cultural). ¿Acaso el artículo 323 CP es una norma penal en blanco? (¿y acaso también lo son el resto de tipos que emplean la misma cláusula «bienes de valor»?).

2.2. ¿Ley penal en blanco?

Ya hemos visto que la mera lectura del tenor literal del artículo 323 CP (por ejemplo), y de esa cláusula o expresión, «bienes de valor» (cultural), por la que define el objeto a proteger, no permite, a nuestro juicio, cumplir debidamente la garantía de taxatividad de las normas penales. ¿Qué son «bienes de valor»? ¿Cómo distinguirlos de los que carecen de ese valor? La

26. En palabras de PLAZA PENADÉS, «*Producido el hecho de la creación, literaria, artística o científica original, el Derecho de modo automático atribuye al autor una serie de derechos morales y de explotación por ese simple hecho [...] se protege por igual la creación de un niño de cinco años que la de un autor de sesenta, la de un autor que crea bajo los efectos de drogas o alcohol que la del autor que en el momento de crear estaba enajenado mental*» (J. PLAZA PENADÉS, «Artículo 1. Hecho Generador», en *Comentarios a la ley de propiedad intelectual* (coord. F. Palau y G. Palao), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 28-29).

mera lectura del tenor literal del precepto no permite al justiciable, creemos, anticipar la respuesta penal con un mínimo de certeza. No hay criterios en el texto del artículo 323 CP que ofrezcan pistas (umbrales económicos, años de antigüedad, etc.) acerca de cuándo estaremos ante «bienes de valor». Ante esta situación, reconocerle al artículo 323 CP la naturaleza de norma penal en blanco casi podría verse como una forma de lanzarle al precepto *una suerte de salvoavidas* que, en hipótesis, pudiera evitarle naufragar en el test de respeto al subprincipio de taxatividad. Dicho de otro modo: quizá el tenor literal del precepto no satisfaga la garantía de taxatividad, pero, podría decirse, no nos apresuremos, esperemos a ver si, sumando ese tenor literal insuficiente al complemento que supone la norma extrapenal (en este caso, las normas que regulan la protección del patrimonio histórico, a las que habría que entender que el artículo 323 CP hace un reenvío más o menos expreso respecto de la definición de «bienes de valor» cultural), el resultado es que la conducta prohibida queda suficientemente clara y precisa. Quizá el resultado de esa suma salve el precepto a estos efectos.

En general, en la doctrina, nadie, o casi nadie, afirma, o siquiera se plantea, que ni el artículo 323 CP ni el resto de tipos que emplean la expresión «bienes de valor» (cultural) puedan ser normas penales en blanco. Nadie o casi nadie entiende que esa mención a «*bienes de valor histórico, artístico, cultural o monumental*» contenga una remisión, por ejemplo, a la LPHE (y ello pese a cómo se epigrafía el capítulo II del título XVI CP, recordemos: «*De los delitos sobre el patrimonio histórico*»).

Y quizá por un malentendido básico. Quizá porque, en la práctica, o en una aproximación superficial, se identifica (i) la categoría «bien integrante del Patrimonio Histórico Español» con (ii) la categoría, diferente y de ámbito más restrictivo, «*bien formalmente declarado BIC o incluido en un catálogo o inventario*». Y, de este modo, quizá se piensa que, si se identifica la expresión «bienes de valor» del artículo 323 con PHE (si se reconoce un reenvío a la LPHE para aquilatar qué son «bienes de valor»), entonces sería necesario requerir declaración formal de BIC o inclusión en un catálogo o inventario también para sancionar por el artículo 323 CP y concordantes, lo que, como se ha dicho, tanto doctrina como jurisprudencia rechazan.

Pero lo anterior es un malentendido. No es necesario que un bien sea declarado BIC o esté incluido en un inventario o catálogo para que integre el concepto de PHE y disfrute de algún tipo de protección por parte de la LPHE.

En efecto, la LPHE dispone que forman parte del PHE, y que son objeto de protección administrativa (aunque con distintos grados de protección):

(i) los bienes declarados BIC (los bienes del PHE que son «*más relevantes*», según el artículo 1.3 LPHE; y que además «*Gozarán de singular protección y tutela*», según el artículo 9.1 LPHE);

(ii) los bienes muebles incluidos en el Inventario General (también «*más relevantes*», según el artículo 1.3 LPHE; que no sean BIC; pero «*que tengan singular relevancia*», según el artículo 26.1 LPHE); y, por último, y los que ahora interesa recordar especialmente,

(iii) el resto de bienes «*de interés*» que no sean los más relevantes, digamos, los menos relevantes, pero que aun así (precisamente por ser «*de interés*») integrarían el PHE (artículo 1.2 LPHE)²⁷.

Con esta última categoría general, residual, «bienes de interés», podría identificarse el concepto «bienes de valor» del artículo 323 CP, sin necesidad de que tales bienes sean «los más relevantes» y, por tanto, se hayan declarado BIC o consten en el Inventario General de bienes muebles²⁸.

Sin decir que el artículo 323 CP sea una norma penal en blanco, sin reconocer que haya una remisión a, por ejemplo, la LPHE, algún autor sí subraya que la normativa sectorial debe servir de «guía» al juez (MORELL ALDANA y ROMÁN LORA²⁹). Lo que es decir algo muy parecido.

En todo caso, y aclarado el posible malentendido, no parece descabellado tener el artículo 323 CP por una norma penal en blanco. Como se considera —al menos por algunos³⁰, aunque históricamente también alguna STS lo

27. En efecto, el artículo 1.2 LPHE dispone que «*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*». Y, dentro de ese universo de «bienes de interés», el artículo 1.3 LPHE dibuja un subconjunto, el de los bienes «más relevantes», que serán los que pueden ser declarados BIC o incluidos en el Inventario General de bienes muebles: «*Los bienes más relevantes del Patrimonio Histórico Español deberán ser inventariados o declarados de interés cultural en los términos previstos en esta Ley*».

28. En cuanto al concepto de Patrimonio Histórico Español y los bienes que lo integran, cfr. J. L. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *Estudios sobre el patrimonio histórico español y la ley de 25 de junio de 1985*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 97 y ss.

29. L. C. MORELL ALDANA, y M. A. ROMÁN LORA, «Delitos contra el patrimonio...», *op. cit.*, p. 13.

30. Por un lado, S. BACIGALUPO SAGESSE, *Ganancias ilícitas y derecho penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2002, pp. 31 y ss., que considera el tipo como norma penal en blanco; por otro lado, I. AYALA GÓMEZ, *El delito de defraudación tributaria: artículo 349 del Código Penal*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 156 y ss., que se manifiesta en contra de dicha calificación. A favor de una postura intermedia que conciba el artículo 305 tanto como norma penal en blanco y como tipo con elementos normativos necesitados de valoración se manifiesta E. COLINA RAMÍREZ, *La defraudación tributaria en el Código Penal español*, Bosch, Barcelona, 2010, p. 92.

haya negado— el delito fiscal también una norma penal en blanco³¹. Aunque el artículo 323 CP no diga expresamente que el objeto de protección son aquellos «bienes que tengan valor conforme a los criterios marcados por las leyes o reglamentos reguladores del patrimonio histórico», esto es, aunque el reenvío no sea de los más expuestos que cabe encontrar en el CP, lo cierto es que tanto (i) la expresión «*bienes de valor histórico, artístico, cultural o monumental*» como (ii) la forma de epigrafiar el capítulo II del título XVI CP, y este propio título XVI CP (en ambos se menciona expresamente la noción, con significado legal, «patrimonio histórico»), ambos factores permiten apreciar, sin excesiva violencia, creemos, un reenvío a la normativa sectorial protectora del patrimonio histórico, donde, se supone, deberíamos ser capaces de encontrar *criterios* para incluir o excluir un bien de ese concepto legal (PHE).

Ahora bien, la pregunta es: ¿los encontraremos? ¿Si examinamos la LPHE (y su normativa de desarrollo) obtendremos claridad y precisión, esto es, criterios, o al menos pistas, sobre qué es un «bien de valor», o qué es un «bien que integra el PHE», de modo que se satisfagan las exigencias del principio de legalidad, y en especial del subprincipio de taxatividad? Lamentablemente, veremos que no es así. Adelantamos desde ya que en la LPHE (y normativas de desarrollo y, en general, análogas) se mantiene la inconcreción.

2.3. La regulación extrapenal a la que se dirige el reenvío (LPHE, leyes autonómicas y otras «selvas normativas») también fracasa en el test de taxatividad

En efecto, ni el art. 46 CE ni la LPHE³² ni su Reglamento de desarrollo (RD 111/1986) ni las normas autonómicas solucionan el problema de falta de taxatividad. No responden a la pregunta: ¿cuándo debe entenderse que un bien forma parte del PHE? ¿Qué significa bienes «de valor» o «de interés» artístico, histórico, etc.? ¿Qué criterios permiten llegar a la conclusión de que un bien tiene «valor» o «interés» y otro carece de estas notas? La LPHE no ofrece un concepto o noción de PHE. Como dicen ALONSO y JIMÉNEZ BLANCO, «*lo da por sabido*»³³ (en su trabajo, llaman la atención sobre una paradoja adicional: la única nota característica del PHE que parece estar clara en las normas, al menos en la exposición de motivos de la LPHE, esto es, que los bienes que integran el PHE deben ser aportación de *los españoles* a la cultura, también ha sido contradicha por la interpretación de la Administración

31. La jurisprudencia más reciente de nuestro Tribunal Supremo ya reconoce el delito fiscal del artículo 305 CP como una norma penal en blanco, como se expone en las SSTs 892/2016 (RJ 2016, 5669), 209/2019 (RJ 2019, 1796), 507/2020 (RJ 2020, 4095) o 723/2021 (RJ 2021, 4826), entre otras.

32. Artículos 1, 9, 26, 40, 46, 48 y 59 de la Ley 16/1985, de Patrimonio Histórico Español.

33. A. ALONSO, y G. JIMÉNEZ-BLANCO, «El concepto legal de patrimonio histórico español», *Diario La Ley*, n.º 8721, marzo de 2016, p. 3.

española, que también considera parte del PHE los bienes con origen en otras culturas, visión que ha sido santificada en el ámbito penal, por llamativo que resulte, por la SAP A Coruña 102/2015, de 23 de marzo [ARP 2015, 740]³⁴—caso de las antigüedades precolombinas—).

En la LPHE se definen, como hemos dicho, tres niveles de protección para tres «tipos» de bienes, pero los «criterios» de clasificación no solucionan nuestro problema (de inconcreción). De mayor a menor protección: (i) bienes declarados BIC («más relevantes» y singular protección)³⁵; (ii) bienes muebles inventariados («más relevantes», pero no BIC)³⁶ y, por último, y como categoría residual que lo recoge prácticamente todo, (iii) bienes que sin ser de los «más relevantes» (los menos relevantes, digamos), son «de interés» artístico, histórico, etc. (muy parecido al tenor de los tipos penales que nos ocupan)³⁷.

Por tanto, el criterio mínimo de inclusión en el PHE es, sin necesidad de otros requisitos (dejando al margen la polémica sobre la «españolidad»), que los bienes sean «de interés». ¿Y cuándo son los bienes candidatos «de interés» y cuándo carecen de él? Ningún criterio se da en la LPHE ni en las otras normas sectoriales.

Al final, en la práctica, parecería que son los órganos consultivos que, en el proceso de que se trate —por ejemplo, declaración de BIC o inclusión en inventario—, deban informar los que gozarán de ese margen de apreciación casi omnímodo que resulta en principio incompatible con las exigencias de taxatividad del Derecho penal³⁸.

Y, al menos, en los casos de bienes declarados BIC o inventariados, precisamente esa inclusión en una lista que se puede consultar ofrecerá algo de la claridad que buscamos (como se dijo más arriba). Pero ni siquiera eso tendremos *ex ante* en la categoría residual de bienes «de interés», donde solo *ex post*, quien sea el intérprete jurídico en cuestión (Administración, juez

34. El fragmento de la sentencia dice lo siguiente: «*El sometimiento a tal régimen general [el de la LPHE] implica su sometimiento a las normas de exportación establecidas respecto de los bienes integrantes del patrimonio histórico español, que es la materia a la que se refiere la regulación de la ley, y por ello pierde toda trascendencia que las piezas tuvieran su origen en otras culturas distintas de la española*».

35. Artículo 9 LPHE.

36. Artículo 26 LPHE.

37. Artículo 1 LPHE, referido a los bienes que no cumplan el requisito del apartado tercero.

38. Resulta llamativo que los Reales Decretos donde se declaran de manera individualizada los Bienes de Interés Cultural no contengan una exposición sobre las características que a juicio de los órganos consultivos hagan merecer dicha calificación. En el caso de las Comunidades Autónomas, algunas realizan esta labor expositiva, aunque no en todos los casos. Baste como ejemplo de lo que debería contener la declaración de un bien como BIC el Decreto 70/2021, de 3 de noviembre, de la Comunidad Autónoma de la Rioja. Tampoco se publican los informes de los órganos consultivos que se despachan en los expedientes de declaración de Bienes de Interés Cultural.

contencioso administrativo, juez penal, perito que lo auxilia...) decidirá, sin criterios legales ni reglamentarios, si un bien es «de valor» o «de interés» o si no tiene valor ni interés.

Considerando lo anterior, si se tiene el artículo 323 CP (y concordantes) por norma penal en blanco, el reenvío a la normativa sectorial no satisfaría, a nuestro juicio, los requisitos de la jurisprudencia del TC³⁹ para comprobar el respeto al principio de legalidad penal. Dejando a un lado los requisitos primero y segundo del test (reenvío expreso —aquí también discutible— y que dicho reenvío esté justificado por el tipo de bien jurídico a proteger —también discutible a nuestro juicio, dado que no estamos, parece, ante uno de esos ámbitos normativos «cambiantes» que se citan a menudo como justificación teórica de las leyes penales en blanco en la sociedad moderna—), lo especialmente relevante es que, tras el reenvío, y teniendo en cuenta la suma de norma penal y extrapenal, la imprecisión permanece. Ni con el resultante de la suma se define con claridad el ámbito de lo punible penalmente y lo impune. No sabemos *ex ante*, con el suficiente grado de certeza, de previsibilidad, qué bien en concreto merecerá la calificación «de valor» o «de interés», pues no hay criterios legales que vinculen ni al intérprete jurídico, ni siquiera al perito/crítico de arte/historiador, etc.

En realidad, teniendo en cuenta el contexto histórico y los trabajos preparatorios de la LPHE, se entiende esta imprecisión: el objetivo de los promotores de la Ley, loable, era, por vez primera en España, proteger el patrimonio histórico con la mayor potencia posible⁴⁰, y a ese objetivo sirve bien el instrumento de la imprecisión. El problema es cuando entra en juego el Derecho penal, para el que la imprecisión es, o debería ser, anatema.

2.4. Otros dos subprincipios del principio de legalidad que se ven igualmente dañados: reserva de ley y proporcionalidad

Lo anterior, el fracaso en el test, no solo lesiona el principio, o subprincipio, de taxatividad, sino que también daña las otras dos garantías derivadas del principio de legalidad que citamos al principio:

39. Los ya citados anteriormente: (i) reenvío normativo expreso y justificado en atención al bien jurídico protegido; (ii) que el tipo contenga el núcleo esencial de la prohibición y la pena; y (iii) que la conducta delictiva quede suficientemente precisada con el complemento de la norma a la que el tipo se remite (SSTC 101/2012 —RTC 2012, 101—, 181/2008 —RTC 2008, 181— y 283/2006 —RTC 2006, 283—).

40. En palabras de ÁLVAREZ ÁLVAREZ: «El método más usado es el tercero, que consiste en una descripción genérica de los objetos a los que la ley se refiere y permite comprender categorías de bienes por su valor o interés. Es el método por el que han optado nuestros legisladores desde 1926: “Constituye el Tesoro artístico arqueológico nacional el conjunto de bienes muebles e inmuebles dignos de ser conservados para la Nación por razones de arte y cultura”. De esta definición, de una gran modernidad y casi la más genérica posible, con sus ventajas de que no deja nada fuera, pero que determina muy poco, se pasa a otras un poco más concretas» (J. L. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *Estudios sobre el patrimonio...*, op. cit., p. 98).

(i) La garantía de *reserva de ley*, porque, al final, y en la práctica, se produce uno de esos reenvíos a una escalera interminable de normas infralegales, a una «selva normativa»⁴¹, como critica la doctrina constitucional, máxime cuando aquí la estación de llegada sería más bien el criterio —libérrimo— del órgano consultivo de que se trate (no hay, insistimos, criterios legales ni reglamentarios que concreten qué es un bien cultural «de interés» o «de valor»).

(ii) El principio de *proporcionalidad*⁴², también en una doble vertiente, porque (a) se amplía de forma no razonable el ámbito de lo punible, dado que se sanciona penalmente el ataque contra cualquier bien del que alguien pueda argumentar que presenta «algún valor» (ni siquiera se reduce a los de «mucho valor», porque, recordemos, el criterio de inclusión mínimo en la LPHE para integrar el PHE no requiere «relevancia», eso está reservado para BIC y/o bienes inventariados, también lo «menos relevante» está protegido); y también porque (b) se produce un solapamiento en la práctica entre la infracción y sanción penal y la administrativa, sin que existan criterios en el CP que, al menos expresamente, reserven la sanción penal solo para los supuestos más graves (requisitos adicionales en el tipo, umbrales económicos, etc.).

3. EL DELITO DE DERRIBO DE EDIFICIOS «SINGULARMENTE PROTEGIDOS» (ARTÍCULOS 321-322 CP) Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Más aún: creemos que no solo es el artículo 323 CP (y concordantes) el precepto que fracasa en el test de respeto al principio de legalidad, sino que lo mismo puede decirse del artículo 321 CP (al que nos referimos más arriba, y que sanciona el derribo o alteración grave de edificios «singularmente protegidos»). Esta (más clara) norma penal en blanco debe superar el mismo test de la doctrina constitucional. Y, nos tememos, tampoco lo supera.

En efecto, dijimos más arriba que, *prima facie*, observando solo la norma penal, esto es, el tenor literal del artículo 321 CP, pudiera parecer que la taxatividad estaba aquí más al alcance de la mano: para conocer si la respuesta penal es previsible bastaría revisar la lista de bienes «singularmente protegidos» (eso a nivel teórico; otra cosa es que, en la práctica, resulte una tarea más o menos sencilla).

Sin embargo, la exigencia de respeto al principio de legalidad requiere, insistimos, que también a este reenvío a la normativa extrapenal le hagamos pasar el mismo test de la doctrina constitucional. Y nos tememos que,

41. M. GARCÍA ARÁN, «Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal», *Estudios Penales y Criminológicos*, XVI, 1992-1993, p. 82.

42. Requisito que también ha sido utilizado por el Tribunal Constitucional a la hora de evaluar la validez de algunos tipos penales en blanco, como en la STC 24/2004 (RTC 2004, 24), tal como explica R. ALCÁCER GUIRAO, «Taxatividad, reserva de ley...», *op. cit.*, pp. 7 y ss.

también aquí, además de resultar discutibles los dos primeros requisitos (por las mismas razones que se mencionaron al abordar el artículo 323 CP), parece claro que el tercero es difícil de verlo cumplido, y también por la misma razón: si acudimos a la norma extrapenal no hallaremos tampoco criterios legales o reglamentarios que limiten la imprecisión prohibida en Derecho penal, más allá de que un bien, para estar considerado BIC o inventariado, debe (i) ser «de interés» (una expresión igual de ambigua que la de bien «de valor» que emplea el CP) y, además, (ii) ser «relevante» (expresión, obviamente, no menos ambigua e imprecisa).

Es de destacar que algunas sentencias de Audiencias Provinciales se inclinan por pronunciamientos absolutorios al considerar que el bien dañado, *pese a estar incluido en alguna lista de protección, en realidad carecía de ese «interés» artístico* (cfr. SAP León 330/2020⁴³ y SAP Burgos 35/2005⁴⁴). Esto resulta acertado y respetuoso con las esencias del Derecho penal y además demuestra, creemos, que el vicio de falta de taxatividad también está presente en el artículo 321 CP: el juez penal no debe entender cumplido el requisito del tipo por la mera inclusión del bien en una lista de protección (ciegamente), sino que debe asegurarse de que esa inclusión es, al menos *prima facie*, correcta, y que realmente se está dañando el bien jurídico protegido.

4. ¿INCONSTITUCIONALIDAD O INTERPRETACIÓN CONFORME?

La consecuencia de cuanto se ha dicho es que, creemos, cabe construir un caso sólido a favor de la inconstitucionalidad de estos preceptos penales

43. SAP León 330/2020, de 7 octubre (ARP 2021, 77): «*Es aquí donde cualquier expectativa de considerar el edificio como un bien de interés arquitectónico o monumental a los efectos del artículo 323.1 del Código Penal, se desvanece totalmente cuando el Perito Don Alonso, que manifestó en el juicio haber sido él el redactor de las Normas urbanísticas subsidiarias del Ayuntamiento de Burón, dijo con tono irónico que el edificio no era ni un barco vikingo ni el Partenón y, al ser preguntado por el Abogado de Don Basilio, añadió que cuando catalogó se fijó en el aspecto de los edificios y que este tiene un mínimo interés estético, que su valor es muy modesto, mínimo para terminar manifestando, a preguntas del Ministerio Fiscal, su opinión de que las obras llevadas a cabo en dicho edificio por el acusado Don Jesús Ángel no tenían tanta relevancia como para valorarlas como un atentado contra el patrimonio cultural*».

44. SAP Burgos 35/2005, de 22 julio (RTC 2005, 794), «*Como hemos indicado anteriormente, para integrar el delito imputado es preciso que la alteración sea cuantitativamente importante y cualitativamente relevante, de modo que caso de alteración parcial, ésta afecte a la parte del edificio en la que ese interés protegido se concreta. Así, si bien la Torre es datada en cuanto a su origen sobre el año 1.664, el tejado a cuatro aguas que en el momento de los hechos y en la actualidad la corona no tiene la misma fecha de construcción, pues, como testifica Gloria, sacerdote de Sasamón y colaborador en temas de patrimonio del arciprestazgo de Burgos, estas torres no llevaban originariamente tejado alguno por ser destinadas a la vigilancia desde su parte superior, indicando que “la leyenda cuenta que esa torre, en el siglo pasado, sufrió un incendio y solo quedaron los huecos de las antiguas maderas” y que “nadie puede garantizar que ese tejado sea más antiguo que de 1.920”*».

(esto es, tanto respecto de la protección penal «directa» del patrimonio histórico que dispensan los artículos 321 a 324 CP como de la «indirecta» que procuran aquellos otros preceptos que emplean la expresión «bienes de valor» cultural), por vulneración del principio de legalidad en su vertiente de taxatividad, de reserva de ley y de proporcionalidad.

La pregunta que surge es si ese vicio de inconstitucionalidad es necesario e insubsanable, de modo que solo una reforma legislativa (ya sea en el CP o en las normas sectoriales a las que se produce el reenvío al que nos hemos referido más arriba) puede introducir las aclaraciones y requisitos típicos adicionales que salven esa vaguedad e inconcreción, o si cabe, como suele preferir el TC (en esa tendencia a la deferencia a favor del legislador que subraya ALCÁCER GUIRAO⁴⁵), una interpretación conforme a la CE que haga compatible el texto actual con la norma fundamental. Creemos que esto segundo (la interpretación conforme a la CE) es especialmente difícil de hallar en este caso, porque la frontera que se trata de trazar, ya sea por vía legislativa o interpretativa, es, ni más ni menos, la frontera entre el arte o la cultura «que vale» (cuyos atentados merecerían respuesta penal) y la «que no vale» (donde los daños serían impunes penalmente). Y, como se ha dicho, el deslinde entre el arte o la cultura valiosa de la irrelevante es uno de los campos del saber humano donde con más fuerza reina la subjetividad y el debate.

Por ello, si se adopta algún criterio interpretativo que busque reducir la amplitud y ambigüedad del tipo (específicamente, del objeto de protección), creemos que debería girar en torno a la idea de *consenso*. *Solo un consenso amplio y fácil de acreditar en la comunidad de expertos respecto al valor de una obra debería justificar la respuesta penal a la luz de los tipos que estudiamos* (tipos que, recordemos, también castigan conductas que probablemente no resultan intuitivamente penales para la generalidad de las personas, y que pueden suscitar dudas legítimas en el justiciable, como los daños en cosa propia —que no pueden descartarse del tipo penal sin más, a pesar de opiniones doctrinales en contra⁴⁶—, la exportación y/o el traslado de obras «de valor» en el contrabando, etc.). Ese consenso, acreditado, permitiría al destinatario de la norma reducir el margen de ambigüedad, de incertidumbre, hacia el objeto de protección de estos tipos penales, hacia qué deba considerarse «bienes de valor» cultural: aquellos que concitan una suficiente, clara, fácil de acreditar, mayoría entre las opiniones de los expertos.

45. R. ALCÁCER GUIRAO, «Taxatividad, reserva de ley...», *op. cit.*, p. 2.

46. Actualmente, la mayoría de la doctrina considera que el delito del artículo 323 CP tiene como bien jurídico protegido el valor cultural de un bien independientemente de su propietario, por lo que los daños en cosa propia quedarían cubiertos por el tipo. Cfr. P. OTERO GONZÁLEZ, «Protección penal de los daños...», *op. cit.*, p. 331; C. GUÍASOLA LERMA, *Delitos contra el patrimonio cultural...*, *op. cit.*, pp. 543-549.

Creemos que en este sentido funcionan algunos criterios que se contienen en la LPHE (aunque no para considerar los bienes parte del PHE —para ello basta que los bienes sean «de interés», como se dijo—, sino para establecer determinadas obligaciones) y en las sentencias de la jurisdicción penal sobre la materia.

Por ejemplo, la idea de *antigüedad* (la LPHE emplea este criterio cuando establece la obligación de los propietarios o poseedores de bienes con más de cien años de antigüedad de solicitar autorización expresa y previa para exportarlos⁴⁷). Aunque el criterio útil y adecuado para delimitar el objeto de protección penal (una vez más, qué debe entenderse por «bienes de valor» cultural) no debiera ser la antigüedad en sí misma (el dato objetivo de que un determinado bien haya sobrevivido cien o doscientos años), sino que, probablemente, resultaría más certero tomar como criterio el hecho de que durante un tiempo prolongado (décadas, por supuesto siglos) el bien se haya considerado por la comunidad de expertos como valioso. De nuevo, la idea de consenso, en este caso acreditada por la permanencia del juicio crítico favorable a lo largo del tiempo, incluso de generaciones sucesivas de expertos.

También podría servir de criterio en sentido similar (como forma de acreditar ese consenso que buscamos) el propio *valor económico* del bien (sobre este criterio basa la LPHE la obligación de los propietarios de bienes muebles de determinado valor —señalado reglamentariamente— de comunicar a la Administración la existencia de tales bienes antes de proceder a su venta o transmisión a terceros⁴⁸). Con todo lo imperfecto que pueda resultar este criterio, pensamos que sí tiene que ver con la idea de consenso: un bien de alto valor económico en el mercado debería ser indicativo de que muchos están dispuestos a adquirirlo y lo consideran «de interés».

Y, en el mismo sentido, alguna sentencia se fija especialmente en el criterio de que el bien (u otros bienes u obras del mismo autor, por ejemplo) hayan merecido su *exhibición en museos*⁴⁹; lo que también sería una prueba o indicio de cierto consenso fácil de apreciar en la comunidad de expertos.

47. Artículo 5 LPHE.

48. Artículo 26.4 LPHE.

49. STS 1043/1988, de 6 de junio (RJ 1988, 4478): «Aplicando al caso de autos todo lo razonado en los fundamentos precedentes se llega a la conclusión de que procede desestimar el único motivo del recurso interpuesto al amparo del art. 849.1 LECrim., mediante el que se denuncia la infracción de lo dispuesto en el art. 506.7.ª ya que del resultando de hechos probados aparece que los objetos suscitados se hallaban colocados en las vitrinas de un museo en el que habían sido colocados porque sus especiales peculiaridades los hacían dignos de ser objeto de conservación y exposición pública por tener un especial interés para los estudiosos en la materia, por lo que es indudable que, con independencia del valor crematístico que los mismos pudieran tener, no llegaron al lugar en el que se encontraban por azar o mero capricho, sino que acontece con todos los objetos que se exhiben en los museos después de haber sido examinados y clasificados por los expertos o peritos en la materia y reputados dignos de ser conservados y expuestos al público por su valor histórico y cultural».

5. EL ERROR EN LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO HISTÓRICO

Por último, mientras tanto, esto es, mientras esperamos la tramitación de una eventual cuestión de inconstitucionalidad o la reparación por cualquier otra vía (reforma legislativa penal, sectorial, criterio jurisprudencial, etc.) del vicio de inconcreción que hemos apuntado en los tipos que protegen el patrimonio histórico, convendrá que los jueces penales presten especial atención a la posible concurrencia de error en la conducta de los potenciales autores.

Creemos que generalmente será error de tipo (la consideración del bien cultural como «valioso»), aunque tal vez no sea fácil deslindarlo aquí del error de prohibición⁵⁰ (la consideración del bien como «valioso» también conlleva, como hemos visto, diversos niveles de protección administrativa y, por consiguiente, de prohibiciones de realizar conductas respecto de él, como obras, traslados, etc.).

En todo caso, si los elementos normativos del tipo (que requieren valoración y no son perceptibles por los sentidos) son, lógicamente, un campo idóneo para el error (por su consustancial vaguedad⁵¹), mucho más lo será si estamos ante elementos normativos que, como hemos venido argumentando desde el inicio, presentan, como aquí, una tan notable imprecisión que merece la pena plantearse incluso su posible inconstitucionalidad.

Por tanto, creemos que en estos casos se justifica que el juez penal adopte una disposición especialmente atenta a estudiar posibles situaciones de error. Incluso a posibles situaciones en las que el error sea invencible (lo que convertiría la conducta en atípica y no sancionable, tampoco, en la modalidad

50. cfr. M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, La Ley, Madrid, 2008, pp. 427 y ss. Para este autor hay que distinguir entre el error sobre los elementos normativos del tipo —que pueden encontrarse tanto en el tipo penal como en la norma de remisión— y el error sobre la existencia de la norma de remisión. Sobre los primeros, cuando el autor de un delito no conoce la concurrencia en el hecho del elemento típico en todo su sentido o significado material auténtico, estaremos ante un error de tipo. Sin embargo, en cuanto a los segundos, hay tres corrientes doctrinales diferentes. Para la mayoritaria, el dolo debe abarcar la concurrencia de los elementos típicos, que se encontrarán definidos (al menos en parte) en la norma a que remite la ley penal, pero no es necesario que abarque la existencia de esa norma. Un error sobre la existencia de la norma de remisión no será un error de tipo excluyente del dolo, sino un error de prohibición. Para la segunda postura, el dolo también debe abarcar la existencia de la norma de remisión, por lo que cualquier error sobre la norma de remisión lo excluye. Existe también una tercera postura intermedia, que, pese a que entienden que el dolo no debe abarcar la existencia de la norma de remisión, no hacen de ello una regla sin excepciones. En este sentido, habrá que atender a la normativa concreta de remisión para analizar si de ella se desprende que se trata de un elemento del tipo. Tras exponer estas corrientes doctrinales, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO se posiciona con la tercera postura y acaba concluyendo que la extensión del dolo dependerá del tipo concreto.

51. Ya citamos más arriba las palabras de FERRERES COMELLA a este respecto (*op. cit.*, p. 33): «La vaguedad se intensifica cuando los términos empleados incorporan un concepto valorativo (así, actos «obscenos»)».

imprudente, si esta existe —y existe en el artículo 324 CP—). Como decimos, la amplitud y ambigüedad del objeto de protección lo justifica. Creemos que esto mismo es lo que quiere decir la SAP Girona 479/2000⁵², de 7 de noviembre, cuando subraya que «*en el trance de ponderar el error de prohibición [en los casos de potenciales delitos contra el patrimonio histórico], debe merecer [el] más bajo nivel de existencia por la mutabilidad de ciertas normas prohibitivas*».

IV. CONCLUSIONES

Como se ha dicho, aunque no es un aspecto que haya inquietado ni ocupado especialmente, ni a la doctrina ni a la jurisprudencia, probablemente merece la pena preguntarse, y analizar, si el modo en que se han redactado los tipos penales que protegen el patrimonio histórico es respetuoso con el principio de legalidad (reconocido en los artículos 9.3 y 25.1 CE), en especial en su vertiente de garantía de taxatividad. Y merece la pena ese estudio porque, *prima facie*, el objeto de protección, tal y como se ha definido en los delitos que nos ocupan, esto es, y simplificando, el «arte de valor», es un concepto notablemente ambiguo, vago y que se presta a opiniones subjetivas variadas, sin que aparezca limitado en esos tipos con otros requisitos adicionales (umbrales económicos, años de antigüedad, etc.) Pues bien, si se acomete ese estudio, permite concluir, creemos, y al menos provisionalmente, lo siguiente:

(i) Los tipos penales que definen su objeto de protección como «bienes de valor» cultural (el artículo 323 CP sería el ejemplo paradigmático) son los sospechosos más evidentes de atentado contra el principio de legalidad, en especial en su vertiente de taxatividad. En efecto, la lectura del tenor literal de estos preceptos permite constatar esa vaguedad e inconcreción contra la que lucha la garantía de taxatividad: no se aclara en ellos qué hay que entender por «bienes de valor» cultural (elemento normativo del tipo especialmente

52. SAP Girona 479/2000, de 7 de noviembre (JUR 2001, 60963): «*En el caso que se decide, preciso es reconocerlo, no se está frente a conductas que agravan o lesionan normas éticas, necesarias para la convivencia y con sede en la conciencia de toda persona, sino de un delito formal, tipificado en leyes especiales y cuya represión obedece a criterios de oportunidad por lo que, en el trance de ponderar el error de prohibición, debe merecer más bajo nivel de existencia por la mutabilidad de ciertas normas prohibitivas.*

En el supuesto enjuiciado, la juzgadora «a quo» llegó a la conclusión de que los elementos normativos del art. 2.1 e) de la Ley 12/1995 de 12 Dic., no eran conocidos por los acusados; dicho de otra manera, no quedó acreditado que conociesen la naturaleza histórico-artística de las medallas extraídas de España y que formaban parte de una colección iniciada por su abuelo y continuada por su padre.

No siendo cuestionado por la Abogacía del Estado recurrente el conocimiento equivocado por los acusados de la pertenencia al Patrimonio Nacional español de las medallas exportadas, tal ausencia de conocimiento afecta al dolo, pues éste supone conocimiento y voluntad de todos los elementos objetivos del tipo, y en el error de tipo se excluye el dolo y sin éste no hay culpabilidad (art. 10 CP), ni en consecuencia punibilidad (art. 5 CP) al no estar expresamente castigado el tipo imprudente (art. 12 CP)».

vago y ambiguo). Con el agravante de que, en el ámbito del arte, del patrimonio histórico, resulta frecuente, cotidiano, que incluso los expertos ofrezcan opiniones variadas, divergentes, sobre lo que es arte y lo que no, o lo que es arte valioso y arte que carece de valor.

(ii) Si se entiende que esos tipos penales que contienen la expresión «bienes de valor» son normas penales en blanco, esto es, si se entiende que implican un reenvío a la normativa extrapenal protectora del patrimonio histórico a efectos de determinar qué deba tenerse por «bienes de valor», en tal caso cabría mantener viva la esperanza de que la suma del texto de los tipos penales más la normativa extrapenal pueda satisfacer las exigencias de taxatividad que buscamos. Desafortunadamente, también el resultado de esa suma es claramente insuficiente a estos efectos. Ni la LPHE ni sus normas de desarrollo ni las análogas de las comunidades autónomas en su ámbito de competencias contienen criterios lo suficientemente precisos que aclaren cuándo un bien pertenece al patrimonio histórico (por ejemplo, en la LPHE el criterio mínimo de inclusión de un bien en el PHE es que dicho bien sea «de interés», por lo que la expresión no es menos ambigua que la del artículo 323 CP, «de valor»). Por tanto, los preceptos penales que protegen los «bienes de valor» cultural fracasan en el test de respeto al subprincipio de taxatividad, tanto si se considera tan solo el texto de los preceptos penales como si se les suma también la normativa extrapenal.

(iii) El delito del artículo 321 CP, que castiga el derribo o alteración grave de edificios «*singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental*» podría parecer un candidato menos claro a vulnerar el principio de taxatividad. En especial si se tiene en cuenta que, según la jurisprudencia (y la doctrina), la cláusula «*singularmente protegido*» debe interpretarse en el sentido de que solo los edificios considerados BIC (o categorías análogas) constituyen el objeto de protección (aquí estaríamos ante un reenvío, ante una norma penal en blanco, mucho más identificable). Por tanto, podría pensarse, bastaría repasar la lista oficial correspondiente, a fin de comprobar si el edificio en cuestión está incluido, para saber si un ataque contra él merecerá o no reproche penal. Sin embargo, creemos que este precepto y su reenvío a la normativa extrapenal también fracasan en el test de respeto al principio de legalidad: de nuevo, ni la LPHE ni su normativa de desarrollo ni la promulgada por las comunidades autónomas ofrecen criterios suficientemente claros para que un bien merezca ser incluido en la categoría de BIC (o análogas) (así, para la LPHE, los criterios para ser BIC son gozar «de interés» y ser un bien «relevante»; de nuevo categorías vagas y ambiguas, como las que encontramos en las normas penales).

(iv) Ese fracaso de los tipos penales que protegen el patrimonio histórico en el test de respeto al principio de legalidad no solo implica la lesión de la

vertiente de taxatividad, sino también, al menos, la de otros dos subprincipios: el de reserva de ley y el de proporcionalidad.

(v) Lo anterior implica, creemos, que cabe sostener un caso sólido a favor de la inconstitucionalidad de estos tipos penales, por oposición a los artículos 9.3 y 25.1 CE que consagran el principio de legalidad (en todas sus vertientes).

(vi) Si se busca, como alternativa a la declaración de inconstitucionalidad, como suele preferir el TC, una interpretación de estos preceptos penales conforme a la CE, creemos que debería orbitar alrededor de la idea de consenso. Solo aquellos bienes culturales cuyo «valor» o «interés» conciten un consenso suficiente y acreditado en la comunidad de expertos deberían ser merecedores de integrar el objeto de protección de estos delitos y, por tanto, de activar la respuesta penal. A la hora de concretar o acreditar ese consenso cabría recurrir a parámetros objetivos tales como (i) la antigüedad (no tanto el número de años que el bien en sí haya sobrevivido, sino más bien la antigüedad o permanencia del juicio crítico favorable que la comunidad de expertos haya venido formulando sobre ese bien a lo largo de los años); (ii) el valor económico; y (iii) su exhibición en museos.

(vii) Mientras llega una solución más definitiva (declaración de inconstitucionalidad, mejora legislativa o interpretación conforme), parece lógico entender que los jueces penales debieran mostrarse especialmente atentos a la posibilidad de apreciar supuestos de error (ya se califique como de tipo o de prohibición) en los casos en que los justiciables se hayan enfrentado a situaciones donde la interpretación del «valor» de los bienes protegidos no era sencilla. Incluso la invencibilidad del error parece más fácil de apreciar aquí que en otros ámbitos. Así lo ha hecho ya alguna decisión de tribunales sobre la materia.

V. BIBLIOGRAFÍA

- F. J. ALCANTARILLA HIDALGO: «Insurgencia y contenidos ofensivos: sobre los límites del Arte», *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2018, pp. 35-160.
- R. ALCÁCER GUIRAO: «Taxatividad, reserva de ley y cláusulas de lesividad en las normas penales en blanco», *Diario La Ley*, n.º 7922 (septiembre 2012), Sección Tribuna.
- J. L. ÁLVAREZ ÁLVAREZ: *Estudios sobre el patrimonio histórico español y la ley de 25 de junio de 1985*, Civitas, Madrid, 1989.
- A. ALONSO, y G. JIMÉNEZ-BLANCO: «El concepto legal de patrimonio histórico español», *Diario La Ley*, n.º 8721, marzo de 2016.
- I. AYALA GÓMEZ: *El delito de defraudación tributaria: artículo 349 del Código Penal*, Civitas, Madrid, 1988.

- S. BACIGALUPO SAGESSE: *Ganancias ilícitas y derecho penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2002.
- P. CASTRO SIMANCAS: «Los delitos sobre el patrimonio histórico en el Código Penal de 1995», en *Tapia*, n.º 99, (marzo-abril 1998).
- E. COLINA RAMÍREZ: *La defraudación tributaria en el Código Penal español*, Bosch, Barcelona, 2010.
- A. COLMENAREJO FRUTOS: «Los delitos sobre el patrimonio histórico. Aspectos Generales», *Revista del Ministerio Fiscal*, n.º 5, 2018.
- M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO: *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, La Ley, Madrid, 2008.
- V. FERRERES COMELLA: *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*, Civitas, Madrid, 2002.
- M. GARCÍA ARÁN: «Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal», *Estudios Penales y Criminológicos*, XVI, 1992-1993.
- J. M. GARCÍA CALDERÓN: *La defensa penal del Patrimonio arqueológico*, Madrid, 2016.
- C. GUIASOLA LERMA: *Delitos contra el patrimonio cultural: arts. 321 a 324 del Código Penal*, Valencia, 2001.
- C. GUIASOLA LERMA: «La tutela penal indirecta de los bienes culturales en el ordenamiento español», *Revista del Ministerio Fiscal*, n.º 5, 2018, pp. 35-56.
- S. HUERTA TOCILDO: «Principio de legalidad y normas sancionadoras», *Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2000.
- J. A. LASCURAÍN SÁNCHEZ: *Sólo Penas Legales Precisas y Previas: El Derecho a la Legalidad Penal en la Jurisprudencia Constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 2009.
- C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ: «Delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente (Título XVI: arts. 319-340)», en *Derecho penal económico y de la empresa* (coord. C. Martínez Buján y L. M. Puente), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- L. C. MORELL ALDANA y M. A. ROMÁN LORA: «Delitos contra el patrimonio histórico: una actualización doctrinal y jurisprudencial», *La Ley Penal*, n.º 143, 2020.
- F. MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal Parte Especial*, 21ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

- M. OLMEDO CARDENETE: «Capítulo 37. Delitos sobre la ordenación del territorio, urbanismo, patrimonio histórico y medioambiente (II)», *Sistema de derecho penal: parte especial: 2ª edición, revisada y puesta al día conforme a las leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015* (coord. Luis Morillas), Dykinson, Madrid, 2015.
- A. OLMOS: «Marcel Proust no es para tanto (y otras barbaridades)», artículo publicado en el diario digital *El Confidencial* el 24 de febrero de 2016. Accesible vía web en https://blogs.elconfidencial.com/cultura/mala-fama/2016-02-24/marcel-proust-no-es-para-tanto-y-otras-barbaridades_1157229/ y otras barbaridades.
- P. OTERO GONZÁLEZ: «Protección penal de los daños al patrimonio histórico (tras la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015)», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, 2015.
- E. J. PÉREZ ALONSO: *La tutela civil y penal del patrimonio cultural o artístico*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- J. PLAZA PENADÉS: «Artículo 1. Hecho Generador», en *Comentarios a la ley de propiedad intelectual* (coord. F. Palau y G. Palao), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- F. RENART GARCÍA: *La protección penal del patrimonio histórico español a través del art. 323 C.P.* Tesis doctoral dirigida por el Prof. Dr. D. Bernardo del Rosal Blasco, Universidad de Alicante, 2001.
- F. RENART GARCÍA: «Aproximación a la tutela penal de los “sitios históricos”» *Actualidad Penal*, n.º 3, Tomo 1, La Ley, 2002.
- L. RODRÍGUEZ MORO: «Críticas, incongruencias y dudas en la regulación penal de los delitos sobre el patrimonio histórico español antes y después de la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo» en *IV Encuentro Profesional sobre Lucha contra el Tráfico Ilícito de Bienes Culturales*, 2016.
- A. ROMA VALDÉS: *La aplicación práctica de los delitos sobre el patrimonio cultural*, Granada, 2008.
- C. SALINERO ALONSO: *La Protección del Patrimonio Histórico en el Código penal de 1995*, Barcelona, 1997.
- A. SERRANO GÓMEZ: *Derecho Penal. Parte Especial*, 12ª edición., Dykinson, Madrid, 2007.
- J. M. TAMARIT SUMALLA: «Los delitos sobre el patrimonio histórico» en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (coord. Gonzalo Quintero), 6ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2011.
- A. VERCHER NOGUERA: *Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)* (coord. Ignacio Serrano), Comares, Granada, 1999.

SEMINARIO RODRIGO URÍA MERUÉNDANO
DE DERECHO DEL ARTE 2022 (5.ª EDICIÓN)

Pasado y futuro de la LPHE: Las razones de una ley, las razones del cambio¹

MIGUEL SATRÚSTEGUI

Buenas tardes. Agradezco a los organizadores de este seminario, en particular a Agustín González, que me hayan invitado a tomar la palabra en la jornada inaugural. Lo hago con mucho gusto, teniendo en cuenta, además, que este es un seminario que lleva el nombre de mi amigo Rodrigo Uría Meruéndano.

Pero advierto que voy a hablar de un asunto del que me ocupé hace mucho tiempo. Por eso, lo que diga, más que un juicio experto, será una combinación de mis recuerdos y de mis impresiones, como persona muy interesada en estos asuntos.

Distribuiré mi intervención en tres partes. En la primera voy a referirme al planteamiento y significado general de la Ley del Patrimonio Histórico y a su tramitación parlamentaria. Y aclaro desde este momento que no tuve parte en los trabajos preparatorios del proyecto de ley que se presentó al Congreso en abril de 1984. Mi participación comenzó en octubre de ese año, cuando fui nombrado por Javier Solana secretario general técnico del Ministerio de Cultura. En segundo lugar, voy a tratar de los motivos —o de algunos de los principales motivos o razones— que justificaban esa reforma legal y también haré algunas observaciones sobre cómo ha sido aplicada. Y, por último, aprovecharé para sugerir algunos cambios que me parecen aconsejables en esta legislación.

1. Este trabajo es la transcripción de la ponencia impartida por D. Miguel Satrústegui el 4 de mayo de 2022, con ocasión de la 5.^a Edición del Seminario Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte. El Consejo Editorial del Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte 2022 ha considerado más que conveniente publicarlo por su oportunidad, interés y valor, y agradece a su autor la deferencia de autorizar su publicación.

I. ASPECTOS REVELADORES DEL SIGNIFICADO GENERAL DE LA LEY DEL PATRIMONIO HISTÓRICO

Para encuadrar históricamente este proyecto de ley, hay que entenderlo como parte del ambicioso proceso reformista que había puesto en marcha el primer Gobierno de Felipe González en la legislatura que arrancó en 1982. Para ilustrar este punto vale la pena recordar el título de algunas de las iniciativas que el Gobierno ya había presentado a las Cortes, antes que el proyecto de Ley de Patrimonio Histórico. Se trata de reformas como la fijación de la jornada máxima legal en cuarenta horas y las vacaciones anuales mínimas en treinta días, la reforma urgente del Código Penal, la reforma universitaria, la reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la regulación del derecho a la educación, la regulación de otros derechos fundamentales, como son el de reunión, el de rectificación, la objeción de conciencia y la prestación social sustitutoria, y también la regulación de la libertad sindical, por mencionar solo algunas de esas iniciativas.

Javier Solana interpretó que el proyecto de Ley de Patrimonio Histórico se inscribía con toda naturalidad en ese importante esfuerzo reformista, porque había —dijo— una «*coincidencia histórica entre una política legislativa inspirada en la estima de los bienes materiales que integran el patrimonio histórico español y aquellos momentos en los que se proyecta una ambiciosa transformación social*». Y, por cierto, que la historia puede justificar efectivamente esa afirmación, si se tiene en cuenta que:

- La pionera de nuestras leyes en esta materia, que fue la Ley de excavaciones y antigüedades de 7 de julio de 1911, fue impulsada por el Gobierno liberal progresista de José Canalejas.
- La protección del patrimonio se incorporó a un texto constitucional por vez primera con el art. 45 de la Constitución de 1931, que estableció que «*Toda la riqueza artística e histórica del país, sea quien fuere su dueño, constituye tesoro cultural de la Nación y estará bajo la salvaguarda del Estado*» (que es el precedente del art. 46 de la actual Constitución).
- La norma de referencia en esta materia, en esos momentos iniciales de nuestra democracia recién recuperada en 1977, era todavía la Ley de 13 de mayo de 1933, sobre defensa, conservación y acrecentamiento del patrimonio histórico-artístico nacional. Una ley que había sido promovida por el Gobierno de Manuel Azaña, del que formaba parte como ministro de Instrucción Pública y Bellas Artes, el socialista Fernando de los Ríos, que fue el encargado de presentar al Congreso ese proyecto, y en cuyo proceso legislativo tuvo también una participación destacada, el historiador Claudio Sánchez de Albornoz, como presidente de la Comisión parlamentaria correspondiente.

Ahora bien, conviene hacer varias precisiones o matizaciones sobre el alcance reformista de esta Ley de Patrimonio Histórico de 1985, aprobada a iniciativa del primer Gobierno socialista.

En primer lugar, esta reforma legal respetaba el régimen de propiedad existente y no pretendía alterarlo. No se quería convertir de ningún modo los bienes culturales en bienes de titularidad pública, ni redistribuirlos, aunque su distribución fuera desde luego entonces muy desigual, como ocurría, en general, con la riqueza del país. Lo que la ley pretendía era imponer obligaciones a los propietarios de los bienes culturales para asegurar su conservación y el acceso a los mismos por parte de la sociedad, considerando que esas obligaciones integraban, desde el punto de vista constitucional, la destacada función social de estos bienes. Y la ley ofrecía también incentivos para favorecer el cumplimiento de esas obligaciones.

Por otro lado, la nueva ley no partía de una concepción crítica de los bienes culturales. Una concepción, por ejemplo, como la que Walter Benjamin enunció en 1940 en su obra *Sobre el concepto de la historia*, en la que advirtió que el materialista histórico debe considerar los bienes culturales de un modo distanciado, *«porque todos los bienes culturales que abarca con su mirada, sin excepción, tienen para él una procedencia en la cual no puede pensar sin horror. Todos deben su existencia no sólo al esfuerzo de los grandes genios que los crearon, sino también a la servidumbre anónima de sus contemporáneos. No hay documento de cultura que no sea a la vez un documento de barbarie. Y si el documento no está libre de barbarie, tampoco lo está el proceso de su transmisión de unas manos a otras. Por eso el materialista histórico toma sus distancias en la medida de lo posible. Y considera como tarea suya la de cepillar la historia a contrapelo»*.

En contraste con esa actitud crítica, la nueva Ley de Patrimonio Histórico ni quería reinterpretar la historia ni trataba de forma desigual a los bienes culturales, en función del diferente significado ideológico de cada uno de ellos. No era, en definitiva, una ley de memoria histórica, sino una ley para la conservación de un patrimonio material que se consideraba valioso para la continuidad de la comunidad nacional y para cualquier interpretación o reinterpretación de su trayectoria histórica.

Por todo ello, es lógico que el ministro Solana afirmara en su discurso de presentación del proyecto de ley ante el Congreso, el 17 de mayo de 1984, que *«sólo puede resultar paradójico a primera vista que quienes nos declaramos transformadores de nuestra sociedad nos proclamamos, al mismo tiempo, conservadores en este terreno»*. Y con este planteamiento, tampoco puede extrañar que el proyecto de ley llegara a concitar a lo largo de su tramitación un amplio apoyo parlamentario, que era un objetivo que el ministro también había proclamado, al afirmar en su discurso de presentación que *«nuestra actitud inicial en esta materia no puede ser mejor predispuesta a la colaboración y al entendimiento*

frente a las propuestas concretas que los distintos Grupos Parlamentarios formulen, para mejorar este proyecto». Por esa razón, intentar procurar ese amplio apoyo a lo largo de los sucesivos trámites parlamentarios fue el encargo que el ministro me hizo, tan pronto como me nombró secretario general técnico. Y conociendo la mentalidad de Javier Solana, no cabía imaginar que sus instrucciones fueran otras.

De hecho, esta fue una ley muy trabajada en el Parlamento. Porque, además de las cuatro enmiendas a la totalidad del Grupo Popular, de la Minoría Catalana, del PNV y del Grupo Mixto, que fueron rechazadas en la sesión plenaria del 17 de mayo, el proyecto había recibido 251 enmiendas al articulado. Solo hubo cinco artículos que no fueron objeto de enmiendas y uno de ellos era la disposición derogatoria.

A fin de examinar esas enmiendas de la forma más constructiva, organizamos continuas reuniones de seguimiento en el ministerio con los diputados socialistas responsables de este asunto, y quiero recordar aquí con admiración y agradecimiento los nombres de Salvador Clotas, José Beviá, Enrique Martínez y Carmen Pinedo, que desempeñaron su función parlamentaria de manera ejemplar. Y también quiero poner de relieve que esos diputados socialistas contaron con buenos interlocutores de otros grupos parlamentarios; en especial el diputado popular José Luis Álvarez, notario y experto en la legislación de patrimonio, que había sido antes alcalde de Madrid y también ministro y que hizo aportaciones muy importantes; pero también los diputados Fernando Pérez Royo, comunista; Joaquim Ferrer i Roca, de la Minoría Catalana; y Fernando García Agudín, de la UCD. De resultas, se estableció un dialogo detallado y fructífero en las distintas fases del procedimiento legislativo: desde la Ponencia, donde el Grupo Socialista estaba en minoría, hasta la Comisión y el Plenario, en los que era mayoritario. Y se formularon y aprobaron muchísimas enmiendas transaccionales que permitieron acercar posiciones y mejorar el texto legal.

Por eso, en la sesión del Pleno del Congreso, el 12 de febrero de 1985, el ministro agradeció a los distintos grupos parlamentarios que hubieran hecho posible mejoras sensibles del proyecto de ley. Recíprocamente, el diputado popular, José Luis Álvarez, agradeció al ministro *«el reconocimiento público que ha hecho sobre el trabajo realizado en Ponencia y Comisión, que ha servido efectivamente, para enriquecer y mejorar el contenido del proyecto»*, *«porque es la primera vez en la presente legislatura en que se ha tratado de examinar el fondo de las enmiendas sin considerar de dónde venían»*, añadiendo que *«si esta actitud, que considera atípica, se extendiera a otros Proyectos, ello repercutiría en beneficio de nuestras leyes»*.

Y aún faltaba el examen del proyecto de ley en el Senado, donde se presentaron 183 enmiendas y bastantes acabaron siendo aceptadas.

No hace falta que abunde más en este aspecto. Aunque vale la pena señalar el contraste entre este proceso parlamentario y el de la Ley de 1933, que se aprobó también con amplio consenso (con el voto favorable de 228 diputados y solo tres votos en contra), pero cuya elaboración parlamentaria fue bastante más sucinta. Según quienes han estudiado este asunto —en particular Juan Manuel Alegre, en su obra sobre la *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, de 1994²—, el dictamen de la Comisión de Instrucción Pública y Bellas Artes, del 17 de diciembre de 1932, fue objeto de una sola enmienda del diputado José Horn, que no trataba además sobre un asunto sustantivo, sino procesal, relativo a la posibilidad de impugnar ciertas decisiones de la Administración de Bellas Artes ante los tribunales civiles.

II. ¿POR QUÉ HACÍA FALTA UNA NUEVA LEY, CUANDO TENÍAMOS LA DE 1933?

La respuesta a esta pregunta alude a un doble orden de razones: por un lado, subyacía un diagnóstico crítico de la realidad, es decir, de la situación de nuestro patrimonio; por otro lado, hacía falta corregir determinados rasgos de nuestra legislación que limitan su capacidad.

Con respecto al primer aspecto, los problemas de la conservación del patrimonio venían de atrás y seguían pendientes. Sería largo y difícil enumerarlos todos, pero habría que destacar:

- La degradación física de muchos bienes patrimoniales, por la erosión producida por el paso del tiempo, pero también por accidentes, como los incendios; o el deficiente estado de muchos bienes por insuficiencia de los recursos aplicados para su conservación; o el déficit de información sobre la riqueza patrimonial, por la inexistencia de un inventario general relevante, en especial de los bienes muebles de carácter cultural.
- Pero también hay que apuntar a una degradación producida por conductas depredadoras, de distinta naturaleza: no solo las destrucciones causadas por las guerras, incluyendo la última guerra civil, sino también los daños originados en épocas de paz, a consecuencia del abandono de muchos bienes arquitectónicos, en especial a raíz de la desamortización y de la no infrecuente utilización de los materiales de los monumentos desamortizados como canteras para nuevas construcciones; o la expoliación clandestina de yacimientos arqueológicos; o las demoliciones provocadas por el crecimiento especulativo y la modernización de las ciudades, muchas a veces a costa de sus

2. Juan Manuel ALEGRE, *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico*, Madrid, Ministerio de Cultura, 1994, pp. 119-126.

elementos patrimoniales; o los robos, sobre todo de objetos artísticos procedentes de centros religiosos, que se hicieron especialmente graves y recurrentes en la década de 1970; y por último, aunque no sea lo menos importante, las pérdidas patrimoniales por la exportación de objetos arqueológicos y obras de arte de un valor principal.

Estas exportaciones se habían multiplicado a finales del siglo XIX y principios del XX, favorecidas por la voracidad del nuevo coleccionismo internacional público y privado, como lo atestiguan casos tan célebres como el de la Dama de Elche, descubierta y vendida por su descubridor en 1897 al Museo del Louvre (y recuperada en 1941 mediante un canje de obras de arte entre la España franquista y la Francia de Vichy) u otros casos escandalosos, como el del patio renacentista del Castillo de Vélez Blanco, vendido en 1904 a un marchante francés y que hoy se encuentra en el Museo Metropolitano de Nueva York, o lo sucedido con el claustro románico del Monasterio de Sacramenia (Segovia) y con la sala capitular del Monasterio gótico de La Oliva (Guadalajara), que fueron vendidos en 1924 y en 1931, respectivamente, al magnate de la prensa sensacionalista norteamericana, William Randolph Hearst, paradójicamente, el mismo que había impulsado años antes la guerra contra España, que culminó en el desastre de 1898. Estos dos últimos monumentos permanecen todavía en Estados Unidos y se pueden visitar, el primero en Miami y el segundo en San Francisco. Y lo malo es que la exportación ilegal de obras de arte seguía siendo un problema acuciante en la década de 1980, como lo probaba dolorosamente la salida clandestina de España, en 1983, del magnífico retrato de Goya de la Marquesa de Santa Cruz.

A las lacras de la situación real había que añadir un segundo aspecto: la insuficiencia de la legislación vigente, cuyo elemento principal era la Ley de 1933. Y vale la pena destacar la paradoja de que esa ley permaneciera vigente durante un régimen como el franquista, que se había autoproclamado restaurador de la verdadera historia nacional y para quien la República, autora de la Ley de Patrimonio Histórico de 1933, era epítome de la anti-España. Hay en esa aparente contradicción un ejemplo elocuente de la continuidad de los Estados, a pesar de los cambios de régimen. Pero hay que poner de relieve también otra paradoja histórica, que fuera precisamente a un Gobierno socialista a quien le correspondió proponer la derogación de la Ley de 1933 y su sustitución por otra nueva. Aunque lo cierto es que, a la altura de los años 80, existía conciencia generalizada de que era indispensable la renovación legislativa en este campo. Prueba de ello es que, desde la creación del Ministerio de Cultura, sus distintos titulares habían impulsado estudios y trabajos de preparatorios que llegaron incluso a plasmarse en un anterior proyecto de ley, de 14 de septiembre de 1981, del Gobierno de la UCD.

Por eso, paso a exponer —sin ánimo exhaustivo— algunas de las principales insuficiencias de la normativa entonces vigente que justificaban la aprobación de una nueva ley.

1. LA FALTA DE SISTEMATICIDAD DE ESA NORMATIVA

La Ley de 1933 había declarado subsistentes otras anteriores, en particular la Ley de excavaciones y antigüedades de 1911 (remitiendo así a esa norma para lo relativo a la arqueología) y además había previsto futuras leyes especiales para otras categorías de bienes importantes, como los integrantes del patrimonio documental y bibliográfico, que, por cierto, solo fueron regulados mediante ley casi cuarenta años más tarde, en 1972. Además, durante el régimen de Franco se dictaron muchas normas de distinto rango relativas a los bienes patrimoniales, normas que complementaban o modificaban implícita o explícitamente la Ley de 1933 (como sucedió, por ejemplo, con la Ley de 22 de diciembre de 1955, que reformó la autorización administrativa para los nuevos usos de los monumentos).

Pues bien, frente a esa dispersión normativa, hacía falta *«un verdadero código de nuestro patrimonio histórico»*, como decía el preámbulo de la nueva ley. Eso exigía partir de un concepto amplio e inclusivo de patrimonio histórico español, como el que establece su artículo 1, al decir que *«está integrado por los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico»* y que *«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»*. Y esa definición del artículo 1 aun se amplió en 2015, para añadir la protección del patrimonio cultural inmaterial.

La evidente ambición de este planteamiento resulta de la variedad de los intereses o valores protegibles y de que la ley pone el acento en esos valores y no en la antigüedad de los bienes. Lo que supone una gran novedad, porque la ley de 1933 se refería en principio solo a los objetos *«de antigüedad no menor de un siglo»* aunque preveía que también pudiera aplicarse excepcionalmente *«a aquellos que sin esta antigüedad tengan un valor artístico o histórico indiscutible»*, salvo que se tratase de *«obras de autores contemporáneos»*, que quedaban en todo caso excluidas. Y la concepción anticuaria era todavía más extrema en la ley de excavaciones de 1911, que declaraba tener por objeto solamente a *«las obras de arte y productos industriales pertenecientes a las edades prehistórica, antigua y media»*.

Ahora bien, en la medida que la Ley de 1985, en su versión original, podía abarcar cualquier expresión valiosa de la cultura material, también podría ponerse en duda su efectividad, por aquello de que *«si mucho abarca, poco*

aprieta». Y lo de apretar remite a la aplicación de la ley, en particular, a la actividad mediante la cual la Administración reconoce de forma individualizada —tal y como lo prevé el art. 1.3— que un determinado bien reúne los valores para ser declarado de interés cultural o inventariado y someterlo al régimen jurídico que corresponde a esas categorías de bienes protegidos.

Esa actuación administrativa es indispensable, porque en el debate parlamentario se rechazó la fórmula alternativa de que la misma ley sometiera al régimen de los BIC a todos los bienes que incorporasen los valores del art. 1, que era lo que proponía una enmienda del diputado Pérez Royo, del Partido Comunista, y otra de la Minoría Catalana. Y aunque esta última enmienda circunscribía la propuesta de aplicar *ex lege* el régimen BIC a los bienes con más de cien años de antigüedad, también fue rechazada, porque —como explicó el diputado socialista Salvador Clotas— en caso de aprobarse «*estaríamos rodeados de BIC, todo sería BIC, con lo cual la eficacia de la norma sería muy pequeña, por no decir nula*».

De resultas, el papel de la Administración en este campo es desde luego fundamental y hay que admitir que dispone de bastante discrecionalidad a la hora de determinar qué bienes reúnen los valores para ser protegidos. Una discrecionalidad administrativa que, sin duda, está limitada por las propias definiciones que la ley contiene de las distintas categorías de protección (monumentos, conjuntos históricos, jardines históricos, etc.) y por otras definiciones que se pueden encontrar en convenios internacionales, como la Convención para la Protección del Patrimonio Arquitectónico de 1985, del Consejo de Europa, o en documentos internacionales del ICOMOS (Consejo Internacional de Documentos y Sitios), que es un organismo creado por la UNESCO, cuyas resoluciones y recomendaciones (Carta de Venecia de 1964, Carta de Washington de 1987) también son aplicables a estos efectos, según lo dispone la disposición adicional séptima de la Ley.

Pese a todo, en la práctica observamos diferencias de trato que no dejan de sorprender. Por ejemplo, parece paradójico que en 2019 haya sido declarado Bien de Interés Cultural, con todo merecimiento, la Torre del Banco de Bilbao en Madrid, del arquitecto Sainz de Oíza, pero otro tanto no haya sucedido con la Torre Picasso, situada en el mismo Complejo AZCA, y que es obra de Minoru Yamasaki, el autor de las Torres Gemelas de Nueva York. Igualmente, puede sorprender que si el edificio del Museo de Bellas Artes de Bilbao, de los arquitectos Fernando Urrutia y Gonzalo Cárdenas, fue declarado monumento, en 1962 (junto con otros museos) al amparo de la Ley del 1933, el Gobierno Vasco no haya hecho otro tanto con el edificio del Museo Guggenheim, de Frank Gehry, en aplicación de la Ley del Patrimonio de 1985. Y esta carencia asombra aún más si se tiene en cuenta la belleza deslumbrante de ese edificio y su papel fundamental, icónico, para el nuevo Bilbao posindustrial.

Probablemente semejantes paradojas tendrán explicación, pero no la conozco. En todo caso, esos tratamientos desiguales no me parecen imputables a la ambición y generalidad del planteamiento de la ley de 1985, sino a cómo se está aplicando. Y eso me lleva a referirme a otra insuficiencia que era evidente en la normativa sobre el patrimonio que teníamos en España a principios de los años ochenta.

2. INCONGRUENCIA CON EL NUEVO ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS

Hasta la Constitución de 1978 no se había previsto la descentralización del poder legislativo en materia de patrimonio. Ni la Constitución de la República la había contemplado ni la Ley de 1933 respondía a ese planteamiento.

En esas circunstancias, un objetivo principal de la Ley de 1985 era adaptar nuestro Derecho a la idea de una protección multinivel de los bienes patrimoniales, que tiene fundamento en el artículo 149.2 CE, en la medida en que este precepto considera como concurrentes las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de cultura. En consecuencia, la premisa era que la ley estatal debía ofrecer un nivel general de protección, mientras que las Comunidades Autónomas podrían establecer otro nivel de protección, propio y específico, con sus respectivas leyes. Hoy además tenemos —a mayor abundamiento— otro nivel de protección, el europeo, según se desprende de distintos preceptos del Tratado de Funcionamiento de la UE, que establece que las competencias de la Unión en este ámbito estarán encaminadas a regular la circulación internacional y la restitución de bienes culturales —con varios reglamentos y directivas sobre esa materia— o a la conservación y protección del patrimonio cultural de importancia europea, especialmente mediante medidas de fomento y recomendaciones.

Volviendo a la Ley de 1985, es importante tener en cuenta que el legislador no solo asumía que existirían futuras leyes autonómicas sobre esta materia, sino que contemplaba un esquema para la ejecución de la misma ley estatal, en gran medida descentralizado. Porque la Ley encomendaba su ejecución, genéricamente, a los «organismos competentes», que normalmente serían los de las Comunidades Autónomas, reservando la competencia de la Administración del Estado solamente en algunos casos. Entre ellos quiero destacar lo que prevé su art. 9, conforme al cual, la declaración de Bienes de Interés Cultural —que es la máxima categoría de protección— debe realizarse por el Gobierno mediante Real Decreto, mientras que la incoación y la tramitación del correspondiente expediente previo, corresponden a las Comunidades Autónomas. Esta solución se inspiraba en el modelo de los bienes patrimonio de la humanidad, que pueden ser declarados por el Comité del Patrimonio Mundial de la UNESCO, a propuesta del Estado correspondiente. Sin

embargo, la Sentencia 17/1991 del Tribunal Constitucional dictaminó que el art. 9 solamente podía ser considerado conforme a la Constitución si se interpretaba que la competencia para declarar Bienes de Interés Cultural mediante Real Decreto se circunscribía a los bienes mencionados en el art. 6 b), esto es, aquellos «*adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración del Estado o que formen parte del Patrimonio Nacional*». En los demás casos, el procedimiento de declaración, íntegramente, de principio a fin, correría a cargo de los órganos de las Comunidades Autónomas.

Esta sentencia supuso indudablemente un revés para el planteamiento de la ley y tal vez también para su efectividad. Porque es imposible desconocer que, tras el apartamiento de la Administración del Estado de este aspecto importante de su aplicación, se han seguido produciendo destrozos patrimoniales, provocados por la voracidad especulativa y tolerados por la inhibición cómplice de distintas autoridades autonómicas. Unos daños que se hubieran podido evitarse con la declaración como BIC de algunos inmuebles que indiscutiblemente lo merecían. Me refiero a casos como el de la demolición en Madrid en 1999 de un edificio tan singular como La Pagoda, de Miguel Fisac, cuyo proyecto había sido uno de los tres elegidos para representar a la arquitectura española en la exposición *Transformations in Modern Architecture*, que se llevó a cabo en el MOMA en 1979; o también lo sucedido con la *maqbara* o cementerio mudéjar de Ávila, de los siglos XIII a XV, que fue descubierto en 1999 y que fue sepultado bajo el hormigón en 2002, para construir una urbanización, pese a que se trataba de la mayor y más completa necrópolis musulmana jamás hallada en España.

Pero, frente a las críticas que suscitan los anteriores ejemplos, se podría objetar que el apartamiento de la Administración del Estado que resulta de la sentencia de 1991 no es en realidad tan completo, porque la Constitución reconoce, de todas formas, la competencia estatal para la defensa del patrimonio contra la expoliación, es decir, contra las amenazas a los bienes patrimoniales, y como es lógico la Ley de Patrimonio de 1985 regula el ejercicio de esta competencia. Entonces cabe preguntarse por qué la Administración del Estado no actuó y no ejerció esa función de garantía última del patrimonio en estos ejemplos que acabo de mencionar, que fueron casos evidentes de expoliación. Porque existía además el precedente que había establecido tempranamente, en 1986, el ministro Solana, al proponer al Consejo de Ministros que declarase Bien de Interés Cultural el Mercado del Este de Santander, uno de los primeros ejemplos en España de galería comercial del XIX, cuya demolición, ordenada por el Ayuntamiento sin que la Comunidad Autónoma se opusiera a la misma, se logró evitar con esa declaración.

Nada parecido sucedió en los dos casos de expoliación consumada que acabo de mencionar y, aunque no tengo información detallada sobre ellos,

intuyo que la explicación más probable es que las tres administraciones involucradas —la local, la autonómica y la estatal— estaban bajo la dirección del mismo partido político, y en esas circunstancias el Ministerio de Cultura se inhibió. Porque en el ámbito del patrimonio, como en muchos otros, la política también cuenta y no solo las leyes.

Pero es que, además, retrospectivamente, podría dudarse de la razonabilidad de haber apartado casi por completo a la Administración estatal de este aspecto de la aplicación de la ley, cuando las Comunidades Autónomas parecen a veces desbordadas por la aplicación de sus propias leyes de patrimonio, que son también importantes, porque hay ámbitos, como el del patrimonio paisajístico o a las manifestaciones de la arquitectura tradicional, que solo están cubiertos por esas leyes o por la legislación urbanística, que también es de competencia autonómica. Sin embargo, en relación con estos asuntos, han proliferado los ejemplos de degradación, como ha denunciado recientemente Andrés Rubio, en un libro que lleva el título provocador de *España fea*, y en el que —como suele decirse— no deja títere con cabeza. Allí va desgranando, en efecto, muchos casos de mal hacer³. Valga como ejemplo notorio el proceso destructivo del paisaje litoral de la costa mediterránea, que arrancó en la década de los sesenta y los setenta del siglo pasado, pero que ha continuado con la democracia, como lo demuestra el urbanismo marbellí del Ayuntamiento de Jesús Gil, que no fue impedido por la Junta de Andalucía. Y otros ejemplos de mala administración, que también se mencionan en esa obra, como la tolerancia con la demolición, incluso en los últimos años de la pasada década, de tantas villas de veraneo, en la ciudad de San Sebastián, que sigue siendo preciosa, pero que antes lo era aún más. Afortunadamente y como contrapeso, Andrés Rubio destaca algunas prácticas ejemplares de protección patrimonial. Mencionaré sólo un par de ejemplos, como el urbanismo que se ha llevado a cabo en Vejer de la Frontera, un conjunto histórico muy bien conservado, con sus fachadas uniformemente encajadas (siguiendo el lema de «cal hasta abajo», hasta la acera), o también el caso de la rehabilitación en Menorca, en 2010, del «Camí de Cavalls» (el histórico camino de caballos), que permite recorrer todo el perímetro de la isla.

En conclusión, no quisiera proporcionar una impresión general negativa de las consecuencias de la descentralización para la identificación y la protección de los bienes patrimoniales, porque es preciso reconocer que las Comunidades Autónomas presentan diferentes trayectorias a este respecto, como lo sugiere un indicador cuantitativo, que tal vez sea burdo, pero no irrelevante. Me refiero al número de bienes inmuebles declarados BIC según el último *Anuario de Estadísticas Culturales* que ha publicado el Ministerio de Cultura. Ese número incluye los inmuebles que ya estaban inscritos antes del

3. Andrés RUBIO, *España fea. El caos urbano, el mayor fracaso de la democracia*, Barcelona, Penguin Random House, 2022.

traspaso de competencias, pero da alguna idea de la responsabilidad con la que cada Comunidad ha actuado en este ámbito. Algunos de los principales datos son estos: del total de 16.432 inmuebles declarados BIC que había en España en 2020, el 21,1 % estaban en Andalucía, el 17,8 % en Baleares (lo que no deja de sorprender favorablemente), el 14 % en Cataluña, el 8,3 % en Castilla y León, el 7,9 % en la Comunidad Valenciana y, por citar casos que también podrían sorprender por la razón opuesta, el 1,9 % en la Comunidad de Madrid y el 1,7 % en el País Vasco⁴.

Junto con esas diferencias, hay que reconocer otros aspectos en que la descentralización, en general, ha funcionado bien. Es lo que ocurre, por ejemplo, con los planes nacionales de protección del patrimonio, previstos en el artículo 35 de la Ley de Patrimonio de 1985, cuya aprobación corresponde al Consejo del Patrimonio Histórico Español. Este es un órgano colegiado de carácter más técnico que político en el que están representadas todas las Comunidades Autónomas y el Ministerio de Cultura, un organismo que ha elaborado planes para promover el conocimiento y la conservación preventiva, así como para programar actuaciones acerca de algunas categorías de bienes muy importantes. El primero de estos planes, que se aprobó en 1990, fue el Plan Nacional de Catedrales, al que siguieron los de Patrimonio Industrial, Arquitectura Defensiva, Paisaje Cultural, y Abadías, Monasterios y Conventos, entre otros. Y este aspecto de la ejecución de la Ley ha sido, sin duda, muy positivo.

3. FALTA DE CONEXIÓN DE LA PROTECCIÓN DE PATRIMONIO CON LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA

La Ley de 1933 no contemplaba esa conexión, porque se centró en la figura del monumento (probablemente por influencia de la Carta de Atenas de 1931) y se limitó a declarar aplicables a los conjuntos históricos las reglas de conservación de los monumentos, lo que era una receta insatisfactoria, porque la normativa urbanística puede facilitar una protección complementaria de los bienes patrimoniales, más precisa y detallada. Por eso, la Ley de 1985 establece con toda claridad que *«la declaración de un Conjunto Histórico (o de una Zona Arqueológica o de un Sitio Histórico) determinará la obligación para el Municipio o Municipios en que se encontraren de redactar un Plan Especial de Protección del área afectada por la declaración»*. Un Plan que debe diseñar *«las posibles áreas de rehabilitación integrada que permitan la recuperación del área residencial y de las actividades económicas adecuadas»* y en el que solo excepcionalmente se pueden contemplar las remodelaciones o sustituciones (arts. 20 y 21).

4. *Anuario de Estadísticas Culturales 2021*, Madrid, Ministerio de Cultura y Deporte, p. 275.

Sin embargo, el puente que se ha tendido de ese modo con la normativa urbanística no convierte a la autoridad municipal en suprema en este ámbito, porque el Plan Especial requiere el informe favorable del organismo autonómico competente para la protección del patrimonio, al que además corresponderá autorizar las obras que afecten a los monumentos o jardines comprendidos en el conjunto y al que el Ayuntamiento deberá comunicar las restantes licencias de obras, dentro del conjunto histórico, para posibilitar que ejerza su control de las mismas.

Esta conexión de la Ley del Patrimonio con la normativa urbanística presenta, por lo tanto, muchas ventajas y parece haber tenido una notable efectividad. Un estudio del Instituto de Urbanística de la Universidad de Valladolid, que se refiere a 155 conjuntos históricos distribuidos por buena parte del territorio nacional, informaba que, ya en 2013, el 64,8 % de ellos contaba con un Plan Especial de Protección, y hay que suponer que hoy ese porcentaje será superior⁵.

Pero la dimensión cuantitativa del cumplimiento de la ley, aunque relevante, es claramente insuficiente, porque no da cuenta de los problemas que plantean estos planes, sobre todo a la hora de su ejecución, en la medida en que pueden afectar a los rasgos estéticos de los inmuebles y también a su conservación y a sus usos. Andrés Rubio, en la obra que antes he citado, comenta un caso elocuente a ese respecto cuando narra las tensiones surgidas en torno al cumplimiento del Plan Especial del Conjunto Histórico de Potes (Cantabria), en cuya redacción había intervenido el arquitecto José María Pérez, *Peridis*. Aunque probablemente el caso más conflictivo haya sido el del Plan Especial de Protección y Reforma del Cabanyal, ese barrio situado en la fachada litoral del municipio de Valencia cuyas viviendas de arquitectura popular tradicional se salvaron de la remodelación destructiva prevista en ese Plan gracias a que la ministra de Cultura, Ángeles González Sinde, ordenó al Ayuntamiento de Valencia, en diciembre 2009, que procediera a suspenderlo, para evitar —de nuevo en este caso— la expoliación del patrimonio. Sin embargo, lo que no pudo evitar es que se desatara un conflicto político virulento, en el fragor del cual el vicepresidente de la Generalidad, miembro del mismo partido que gobernaba en el Ayuntamiento de Valencia, llegó a comparar la intervención del Ministerio de Cultura con la abolición de los fueros valencianos por Felipe V, lo que sugiere que la competencia estatal de defensa del patrimonio frente a la expoliación no resulta para nada pacífica, sino que está sometida a discusión y solo puede invocarse *cum grano salis*.

5. Alfonso ÁLVAREZ MORA (dir.), *Políticas urbanas aplicadas a los Conjuntos históricos, Plan Nacional ID+I, Avance de resultados*, Valladolid, Instituto de Urbanística, Universidad de Valladolid, 2013. https://issuu.com/iurbanistica/docs/pol_ticas_ch_avance.

4. INSATISFACTORIA REGULACIÓN DE LOS BIENES MUEBLES DE CARÁCTER PATRIMONIAL

Hay que reconocer que la Ley de 1933 había prestado especial atención a los inmuebles. De hecho, no contemplaba un procedimiento para la declaración individual de pertenencia al patrimonio histórico-artístico de los principales bienes muebles. Y es que la preocupación principal de la Ley de 1933 en relación con esta clase de bienes fue regular su transmisión y exportación.

Por eso, una gran novedad de la nueva ley es que haya posibilitado la declaración como BIC de los principales bienes muebles y que ofrezca además otro instrumento, más flexible y susceptible de utilizarse con frecuencia, para la identificación individualizada de otros objetos históricos o artísticos dignos de protección. Esta es la función del Inventario General de Bienes Muebles. Es digno de notarse que, aunque de acuerdo con el proyecto de ley, en el Inventario General se podían inscribir también inmuebles, en la tramitación parlamentaria esto se descartó, considerando que para la protección de los inmuebles no declarados BIC bastarían los instrumentos específicos que las leyes autonómicas en el futuro pudieran establecer.

Conforme a la Ley de 1985, la elaboración del Inventario General es responsabilidad de la Administración. Los particulares pueden solicitar desde luego la inclusión de sus bienes y, en todo caso, deben colaborar con la Administración, permitiendo el examen de los bienes que poseen y respondiendo a los requerimientos administrativos de información. Por otro lado, la ley prevé determinados incentivos para los propietarios de los bienes muebles inventariados o declarados BIC, como la exención de los impuestos que graven su importación y la posible dación de estos bienes en pago de sus deudas tributarias. Y pronto se inauguró este sistema, con casos celebres, como la dación en pago en 1988 de ese magnífico carboncillo de gran formato de Picasso, que es *La nadadora*, de 1934, que en sus aspectos expresivos es un antecedente claro del *Guernica* y que, como este último, hoy se encuentra en el Museo Reina Sofía.

Además, hay que tener en cuenta que la disposición transitoria tercera de la ley otorgaba una especie de amnistía fiscal para los propietarios que en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la ley declarasen la existencia de bienes muebles, a fin de inscribirlos en el Inventario. Con eso quedaban exentos de cualesquiera impuestos no satisfechos con anterioridad y de toda responsabilidad por sanciones, recargos o intereses de demora. En la discusión parlamentaria, el Grupo Popular propuso que se eliminase ese plazo de un año y que la medida de amnistía fuera permanente, pero eso no fue aceptado. De todas formas, esta disposición transitoria obtuvo un resultado notable, porque acogidos a ella se declararon unas treinta mil obras de arte.

Y después se ha seguido progresando en la identificación y protección individualizada de los bienes muebles relevantes desde el punto de vista

patrimonial, hasta el punto de que, según el último *Anuario de Estadísticas Culturales* publicado por el Ministerio de Cultura, en el año 2020 ya había 95.353 bienes muebles inscritos en el registro de los BIC o en el Inventario General, lo que es significativo, teniendo en cuenta que se partía de cero. Puede destacarse que, de ese número total de bienes muebles, el 27,5 % estaban inscritos en Cataluña, el 19,8 % en Castilla La Mancha, el 8,4 % en Navarra, también el 8,4 % en Andalucía, el 6,9 % en Galicia, el 6,8 % en Madrid (lo que no parece mucho, si se tiene en cuenta que aquí se encuentran importantes colecciones privadas) y solamente el 0,11 % en el País Vasco⁶.

Merecen también comentario las reglas sobre la transmisión de los bienes muebles que establece la Ley de 1985, porque supusieron una mejora de la normativa hasta entonces vigente, en un sentido que no significaba un cambio radical, sino más bien una evolución positiva. La finalidad de ese cambio era favorecer la libertad de comercio y el desarrollo del mercado del arte, sin prescindir de algunos límites y prerrogativas estatales que se consideraban esenciales.

A este respecto, en cuanto a los límites, hay que destacar que se mantuvo la prohibición de comerciar con los bienes artísticos de la Iglesia, que ya figuraba en la Ley de 1933, pero que en último término procedía de nuestra legislación medieval, de las prohibiciones incluso más amplias contenidas en el *Fuero Real* de Alfonso X y también en *Las Partidas* de aquel monarca. Además, la Ley de 1985 aligeró un poco esta prohibición, porque la refirió exclusivamente a aquellos bienes muebles en posesión de instituciones eclesiásticas que hubieran sido declarados BIC o incluidos en el Inventario General. Y se contemplaron dos excepciones: esos bienes pueden ser enajenados o cedidos al Estado o a entidades de derecho público y también a otras instituciones eclesiásticas (art. 28). La primera de esas excepciones estaba en la Ley de 1933, pero la segunda no.

Por otra parte, la Ley reconoce la libertad comercial respecto de los bienes muebles de carácter patrimonial, derogando además la exigencia de escritura pública para las transmisiones de estos bienes entre particulares, que figuraba en la Ley de 1933.

Sin embargo, los particulares y comerciantes están obligados a comunicar a la Administración la existencia de estos objetos antes de proceder a su venta, siempre que el precio supere un cierto umbral. La Ley de 1933 lo había fijado con carácter general en 50.000 pesetas, pero el legislador en 1985 prefirió remitir al reglamento la determinación de ese umbral, a fin de adaptarlo mejor a la realidad del mercado del arte. La versión vigente del reglamento establece umbrales diferentes, en atención a las distintas clases de bienes, y esos umbrales varían desde 90.000 euros, para pinturas y esculturas de menos de cien años de antigüedad, hasta 2.400 euros, en el caso de objetos etnográficos. Esta solución es sin duda mejor, pero sigue siendo

6. *Anuario de Estadísticas Culturales 2021, op. cit., p. 278.*

relativamente insatisfactoria no solo porque sigue confundiendo valor y precio, incurriendo así en un error de estimación desde hace tiempo criticado por Quevedo y Machado, sino porque en el mercado del arte la ignorancia o la incertidumbre de la autoría pueden llevar a veces a vender a bajo precio obras muy importantes. Baste pensar en la pintura que se intentó subastar el año pasado en Ansorena, con un precio de salida de 1.500 euros, aunque después ha sido autenticada mayoritariamente por los expertos como obra de Caravaggio. Si se hubiera transmitido mediante una venta privada, su existencia no tendría que haberse comunicado a la Administración. Lo que pasa es que se intentó subastarla y la Ley de Patrimonio de 1985 obliga a las casas de subastas a comunicar a la Administración sus catálogos íntegros. Este deber de comunicación más amplio de los subastadores se debe a que, aunque se han suprimido los derechos de tanteo y retracto de la Administración del Estado, que la Ley de 1933 establecía con carácter general en las transmisiones de objetos de carácter patrimonial, la nueva Ley ha mantenido estos derechos administrativos especiales para las ventas de bienes que han sido declarados BIC o han sido incluidos en el Inventario y también para las ventas de los restantes bienes si se realizan mediante subasta.

Es difícil evaluar el impacto de estas nuevas reglas, menos intervencionistas, pero el hecho cierto es que han acompañado la evolución del mercado del arte, que era raquítico y prácticamente inexistente en España en 1985, y que ha ido progresando poco a poco hasta la situación actual, que sigue siendo insatisfactoria si se tiene en cuenta que nuestro mercado apenas representa el 2 % del mercado del arte en la UE, pero al menos tiene una dimensión evaluable. Concretamente, conforme a los datos que proporciona el estudio patrocinado por la Fundación La Caixa, el mercado del arte español en 2020 registró unas ventas totales de 310 millones de euros, lo que indica una mejoría respecto a su momento más bajo en 2009, pero que está lejos del nivel que alcanzó en 2006, antes de la crisis financiera, cuando las ventas ascendieron a 481 millones y también en 2019 (492 millones)⁷. En cualquier caso, estos datos vienen a cuento porque para conservar y enriquecer el patrimonio no solo hace falta que una buena ley, sino también un buen mercado del arte.

III. SUGERENCIA DE ALGUNOS CAMBIOS EN LA LEGISLACIÓN

Desde luego no descarto que fuera conveniente una reforma más amplia de la Ley de 1985, pero no me toca a mí hablar de eso. En todo caso, no creo que sea urgente su reforma para adaptarla a la revolución tecnológica, a pesar de que cuando se aprobó no teníamos teléfonos móviles ni internet ni había comercio electrónico, porque aunque algunos de estos aspectos pueden

7. Marta PÉREZ IBÁÑEZ (coord.), *El mercado español del arte en 2021*, Madrid, Instituto de Arte Contemporáneo, 2021.

afectar al mercado del arte —como ocurre con el comercio electrónico— lo cierto es que tienen regulación en otras leyes, por así decirlo transversales, como la Ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico o la Ley general de defensa de los consumidores y usuarios. Además, hay que reconocer que la Ley de 1985 ya hizo suyo un concepto amplio e inclusivo de patrimonio, que puede abarcar las nuevas modalidades tecnológicas de bienes protegibles, en especial en los ámbitos del patrimonio documental y bibliográfico. Y aunque fuera de esos ámbitos ha habido desarrollos artísticos en soportes completamente nuevos, como son los NFT (*non fungible tokens*), estos pueden ser considerados, en cuanto a su naturaleza jurídica, como bienes muebles no fungibles, según los define el Código Civil y, por tanto, están dentro del ámbito de la LPHE (otra cosa es que sea más o menos difícil aplicar sus cláusulas a estas nuevas modalidades de obras artísticas). En definitiva, desde el punto de vista de la legislación del patrimonio, las obligaciones legales de los propietarios y de las Administraciones son independientes de las nuevas tecnologías, aunque estas, sin duda, pueden facilitar, en cambio, el conocimiento y la conservación del patrimonio.

Entonces me referiré solo a modificaciones que me parecen aconsejables, en dos aspectos muy concretos.

El primero guarda relación con el control de las exportaciones de bienes patrimoniales. A ese respecto, creo que habría que atender algunas propuestas razonables que la doctrina ha formulado en trabajos que, además, han sido publicados en el *Anuario Iberoamericano del Derecho del Arte*, que edita la Fundación Profesor Uría. Me refiero, por un lado, a la propuesta de Yolanda Bergel⁸ de que se tipifiquen y hagan públicos los criterios con los que la Junta de Calificación, Valoración y Exportación fundamenta sus informes contrarios a la concesión de un permiso de exportación. Eso mejoraría considerablemente la seguridad jurídica. Y tal vez se podría conseguir ese resultado mediante una reforma de simple rango reglamentario⁹. Pero, en todo caso, haría falta un cambio en la ley para llevar a cabo otra reforma, en este caso sugerida por Luis Alberto Málvarez¹⁰, entre otros autores. Se trata de la supresión de la tasa que grava la concesión de permisos a la exportación de bienes del patrimonio histórico. Esta tasa, regulada en el artículo 30, tiene ya poca justificación. Es inaplicable en relación con las exportaciones hacia otros Estados de la Unión Europea. Y aunque está destinada a financiar «la

8. Yolanda 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, pp. 39-139.

9. Del art. 47.3 del Real Decreto 111/1986, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

10. Luis Alberto MÁLVAREZ PASCUAL, «La exportación de bienes del Patrimonio Histórico Español: requisitos y consecuencias de su incumplimiento», *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2019, pp. 236-328.

adquisición de bienes de interés para el Patrimonio Histórico Español», no cumple bien con esa finalidad, puesto que su recaudación media anual viene siendo de unos 300.000 euros, que es una cantidad claramente insuficiente. Además, el importe de la tasa no respeta el límite cuantitativo que establece la Ley de Tasas y Precios Públicos, de 1989, porque el importe de la tasa puede llegar a exceder claramente del coste real o previsible del servicio prestado (un coste que no es otro que el de la reunión de la Junta de Calificación). Este conjunto de razones justificarían su eliminación.

Otro problema —el último que mencionaré— surge porque el Proyecto de Ley de Memoria Democrática, presentado en agosto del año pasado al Congreso de los Diputados, interfiere a mi juicio en un asunto que corresponde esencialmente a la legislación de patrimonio. Me refiero a la disposición adicional decimotercera de ese proyecto de Ley de Memoria Democrática que establece que *«En el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la presente ley, se llevarán a cabo las acciones necesarias para garantizar el mantenimiento, preservación y custodia de los archivos y cualesquiera otros documentos y bienes de las Presidencias del Gobierno elegidas democráticamente desde el 15 de junio de 1977, para contribuir al conocimiento, difusión y promoción de la historia de la democracia en España a través de sus instituciones y las aportaciones de sus representantes»*. No hay nada que objetar al contenido de esta disposición, porque desde luego es loable que se intente asegurar la conservación y el conocimiento de los archivos de los presidentes de Gobierno de nuestra democracia, pero me parece en cambio que no es acertado incluir ese precepto en un proyecto que está destinado a regular otra cosa, también importante, pero completamente distinta, como es preservar y hacer justicia a la memoria de las víctimas de la Guerra Civil y de la dictadura franquista.

A mi juicio sería mucho mejor ubicar una disposición semejante en la Ley de Patrimonio Histórico Español, como una faceta importante de la protección del patrimonio documental. En coherencia con esa ubicación, convendría además darle mayor alcance a ese precepto para que llegara a abarcar también la conservación de los archivos de todos los presidentes del Consejo de Ministros que han desempeñado ese cargo desde los inicios de nuestra historia constitucional en el siglo XIX. Porque es un fracaso que la documentación relativa a esa larga serie de protagonistas de nuestra experiencia constitucional se encuentre actualmente dispersa, desconectada en muchos casos de las instituciones archivísticas del Estado y tal vez, en otros casos, perdida u olvidada.

Además, el hecho de enmarcar una disposición de este género en la Ley de Patrimonio Histórico contribuiría seguramente a facilitar su aplicación, que —no hay que olvidarlo— requerirá contar no solo con instituciones públicas como el Archivo Histórico Nacional, que guarda documentación de varios presidentes del Consejo de Ministros que lo fueron en momentos

importantes de nuestra historia (como es el caso de Juan Prim, Antonio Cánovas del Castillo, Manuel Azaña y Diego Martínez Barrio), sino también con la colaboración de los antiguos presidentes, o de sus familiares o herederos, y también de otras instituciones, como las fundaciones que en algunos casos custodian su legado. Y me parece que dentro de la Ley de Patrimonio Histórico Español este proyecto sería mucho mejor entendido y lograría seguramente también más colaboraciones.

Con esto acabo. Muchas gracias por su atención.

Resumen de las actas del primer bloque del Seminario

SANTIAGO FERNÁNDEZ TOURNÉ

Abogado de Uría Menéndez

El primer bloque de la 5.^a edición del Seminario Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte (2022) estuvo dedicado a estudiar en profundidad la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (la «LPHE»), bajo la dirección de **D. Agustín González García** y **D. Carlos González-Barandiarán y de Muller**. Las ocho ponencias que lo conformaron se impartieron en los meses de mayo y junio de 2022. Las dos primeras se dedicaron a los antecedentes y orígenes de la LPHE, así como sus expectativas de reforma, y las seis siguientes al análisis en profundidad de cada uno de los títulos que componen el texto legal.

La primera ponencia, a cargo de **D. Javier Solana** y **D. Miguel Satrústegui**, tuvo por objeto el proceso de elaboración de la LPHE. Se ha incluido el texto elaborado por D. Miguel Satrústegui a propósito de su intervención dentro de la presente sección dedicada al Seminario.

En la segunda ponencia, **D. Javier García Fernández** trató del Anteproyecto de Ley por la que se modifican la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, y la Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial (la «Ley 10/2015» y el «Anteproyecto»). En líneas generales, el Anteproyecto no pretende un cambio integral de la normativa, sino actualizarla y mejorarla tras más de treinta años de vigencia de la LPHE, especialmente por medio de la incorporación de los nuevos textos internacionales de los que es parte el Reino de España, así como los desarrollos de la doctrina jurisprudencial —especialmente del

Tribunal Constitucional—. También se dirige a dar respuesta a algunas peticiones recurrentes de los agentes del mercado del arte.

Entre otros aspectos, el Anteproyecto modifica el artículo quinto de la LPHE, relativo a la exportación, para incluir el deber de colaboración de las comunidades autónomas con la Administración General del Estado para la protección de los bienes a los que se haya denegado la exportación. Asimismo, revisa la redacción del artículo noveno y añade artículo noveno bis, que responden a sendas sentencias del Tribunal Constitucional (Sentencia núm. 157/2019, de 28 de noviembre, y Sentencia núm. 122/2014, de 17 de julio, respectivamente). En particular, en el apartado tercero del artículo noveno se suprime la necesidad de denunciar la mora para que se declare la caducidad del expediente de declaración de bien de interés cultural («BIC»). Por su parte, el artículo noveno bis se dirige a garantizar que la legislación autonómica respete los estándares de protección establecidos por la normativa estatal para los BIC.

También se modifica la redacción del artículo diez —que regula el procedimiento de declaración de BIC— otorgando a la Administración General del Estado la posibilidad de asumir la competencia de la declaración cuando no se hubiera tramitado el procedimiento correspondiente transcurrido un año desde la solicitud de incoación. El objetivo es evitar que se produzca un bloqueo en el procedimiento de declaración (siempre y cuando exista «riesgo de pérdida o destrucción de todos o alguno de los valores del bien»), dentro del esquema de distribución de competencias para la declaración de BIC (de acuerdo con la interpretación del Tribunal Constitucional en su Sentencia núm. 17/1991, de 31 de enero). La competencia también puede ser asumida por el Estado si el propietario del bien lo desplaza dentro del territorio nacional sin informar a las Administraciones competentes.

En cuanto a la regulación de los bienes inmuebles, el artículo catorce reconoce dentro de esta categoría a los bienes culturales de interés mundial, nivel de protección correspondiente a la normativa internacional de la UNESCO. De la regulación de esta categoría se ocupa el nuevo artículo veinticinco bis, cuya declaración corresponde al Estado y cuyos efectos serán objeto de regulación reglamentaria. El Anteproyecto también revisa las definiciones de varias categorías de inmuebles, como los sitios históricos y los entornos, e incorpora ciertas medidas de protección relacionadas con la colocación de elementos sobre los inmuebles.

Es especialmente llamativo que el Anteproyecto extienda el restrictivo régimen de transmisión de bienes muebles declarados BIC en posesión de instituciones eclesiásticas (artículo 28 del texto vigente de la LPHE) a los bienes inmuebles. Ello conlleva la imposibilidad de transmitirlos a particulares o a entidades mercantiles, ya sea a título oneroso o gratuito.

En materia tributaria, en el Anteproyecto se elimina la tasa de exportación. Se trata de una cuestión sobre la que existía y existe un gran consenso, habida cuenta de que constituye una excepción en derecho comparado y del efecto disuasorio que supone, además de su escaso impacto recaudatorio. Por el contrario, mantiene la posibilidad del pago de deudas tributarias mediante la entrega de bienes del PHE (aunque en los últimos años esto ha sido extremadamente infrecuente). Con objeto de prevenir accidentes como el ocurrido en la Catedral de Notre-Dame de París, el Anteproyecto introduce en su artículo treinta y siete bis los llamados Planes de Salvaguarda, que tienen como objetivo tanto la minimización de los posibles riesgos como la definición de las actuaciones de recuperación, en caso de que resulten afectados por alguna catástrofe.

También se incorpora como novedad, en el artículo treinta y nueve bis, la conservación preventiva. Se trata de un aspecto escasamente regulado en la normativa vigente, y que había sido reclamado por sectores profesionales como los restauradores, los conservadores y los arquitectos.

Los títulos VIII y IX se ocupan de la regulación de los nuevos patrimonios reconocidos por el Anteproyecto, esto es, del Patrimonio Industrial, del Patrimonio Cinematográfico y Audiovisual y de las Filmotecas.

Finalmente, el ponente explicó que el Anteproyecto no salió adelante por el desacuerdo existente entre los partidos políticos mayoritarios. Aunque el Ministerio de Cultura y Deporte era consciente de que existían algunos puntos en los que podía haber discrepancias con las comunidades autónomas, consideraba que el Anteproyecto era muy positivo en términos generales. Sin embargo, el Anteproyecto fue descartado, puesto que era necesario contar con su acuerdo para garantizar que el nuevo texto tuviera una larga y pacífica vigencia, como ha sido el caso de la vigente LPHE a juicio del ponente. En este sentido, no sería recomendable la promulgación de la reforma del régimen del patrimonio histórico sin el consenso adecuado.

En la tercera ponencia, **D.^a Carmen Acedo** abordó el contenido de los títulos I y II de la LPHE. Para introducir la materia, expuso una serie de conceptos básicos antes de analizar la declaración de bien de interés cultural y el régimen de los bienes inmuebles.

En primer lugar, la ponente expuso las ideas principales sobre el propio concepto de patrimonio histórico español y explicó que la LPHE optó por una posición restrictiva y protectora, derivada de la riqueza del patrimonio histórico español, tanto mobiliario como inmobiliario. Con referencia a los preceptos constitucionales que fundamentan la protección del patrimonio histórico español, se entiende el estatuto jurídico particular de la propiedad de los bienes que lo conforman. Ello responde al mandato de los artículos 44 y 46 de la Constitución española, que protegen el acceso a la cultura y

establecen la obligación de los poderes públicos de garantizar la conservación y la promoción del enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad.

El preámbulo de la LPHE define el PHE como «*el principal testigo de la contribución histórica de los españoles a la civilización universal y de su capacidad creativa contemporánea*». En su párrafo final, se dice que todas las medidas de la LPHE solo cobran sentido cuando se consigue el disfrute del acceso a la cultura por un número de ciudadanos cada vez mayor, puesto que dicho acceso es el camino seguro hacia la libertad de los pueblos. Por ello, el artículo primero define el objeto de la Ley como la protección, el acrecentamiento y la transmisión a las generaciones futuras del PHE.

Pese a que el objeto de la ponencia era el procedimiento de declaración de BIC, para hablar de BIC es necesario delimitar antes el concepto de PHE. La LPHE optó por lo que se denomina un sistema mixto, puesto que —con carácter general— se define su objeto a través de la categorización conceptual según determinados valores, a la vez que respecto de los BIC y los bienes del Inventario General se dicta una resolución administrativa expresa para su adscripción a dichas categorías.

Sentado lo anterior, la delimitación del concepto de PHE requiere a su vez de un análisis en tres etapas, en respuesta a las siguientes preguntas: qué bienes constituyen patrimonio histórico (cuestión artística y técnica), cuándo es español ese patrimonio y a qué bienes se aplica la LPHE.

Ya se ha dicho que la LPHE optó por un sistema de valores, que se señalan en su artículo 1.2, para la delimitación del concepto de PHE (a la lista de valores se añadió el patrimonio cultural inmaterial en el año 2015). El concepto jurídico debe integrarse con otras materias y disciplinas para completar el concepto del artículo primero. La discrecionalidad técnica de las resoluciones administrativas que se dictan en la materia hace necesaria esa integración.

En cuanto a la consideración de un bien como patrimonio español, en general se dice que lo será en función de su autor (para bienes creados tanto dentro como fuera de España), de su vinculación a la historia y cultura española o de su destino. La jurisprudencia en torno a cuándo se entiende que existe vinculación con España está cada vez más consolidada, y surge cuando se impugnan las declaraciones de BIC o las denegaciones de permisos de exportación.

Finalmente, la tercera de las preguntas anotadas se refiere a los bienes a los que se aplica la LPHE. La respuesta viene determinada por el principio de territorialidad de aplicación de las leyes: la LPHE será aplicable a los bienes que se encuentren en territorio español (superficie terrestre, aguas

interiores, mar territorial y espacio aéreo), o en buques y aeronaves con pabellón español.

Es necesario traer a colación el artículo 32 para completar la respuesta a la cuestión de qué bienes están sujetos al régimen de la LPHE. Dicho artículo establece el llamado régimen especial de importación para fomentar la llegada a España de bienes relevantes para el patrimonio cultural. Los bienes debidamente importados pueden acogerse durante un plazo de diez años a un régimen especial, según el cual no podrán ser declarados BIC y, por tanto, pueden exportarse libremente.

Una vez expuestos los bienes que integran el PHE, el siguiente punto de análisis es el de cuáles son los bienes más relevantes, que son objeto de declaración de BIC y, en concreto, de los bienes inmuebles. Aunque el análisis se centra en la categoría de BIC en la LPHE, debemos recordar la Ley 10/2015, en la que se recoge una categoría análoga denominada «Manifestación Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial», categoría con denominaciones diversas en las normativas autonómicas, dado que la competencia de declaración de BIC reside en su mayoría en las comunidades autónomas.

El concepto de bien inmueble del artículo 14 de la LPHE es más amplio que el que se ofrece en el Código Civil, puesto que, con carácter general, incluye los elementos que puedan considerarse consustanciales con los edificios y que formen o hayan formado parte de ellos o de su entorno. Asimismo, el artículo 18 dice que un inmueble declarado BIC es inseparable de su entorno, sin que pueda ser objeto de desplazamiento o remoción, y el artículo 27 establece que los bienes muebles contenidos en un inmueble que haya sido declarado BIC y cuya declaración los reconozca como parte esencial de su historia también tendrán la consideración de BIC.

Por tanto, los bienes muebles pueden ser declarados BIC por tres vías: por su declaración expresa; como parte integrante, perteneciente o accesoria de un bien inmueble, y como parte esencial de la historia de un inmueble declarado BIC. Un ejemplo de mueble que forma parte la historia de un inmueble es la silla de Carlos I en el Monasterio de Yuste.

A continuación, la ponente explicó el procedimiento de declaración de BIC de acuerdo con la LPHE. Aunque las comunidades autónomas han regulado sus propios procedimientos, en lo esencial coinciden con la normativa estatal, pero con ciertas peculiaridades. La declaración de BIC puede realizarse por ministerio de la Ley o mediante Real Decreto de forma individualizada. Cualquier persona puede solicitar la incoación del procedimiento, que también puede incoarse de oficio.

La declaración por Real Decreto requiere la tramitación de un expediente administrativo, que sigue un procedimiento muy garantista, en el cual debe

existir al menos un informe favorable de alguna de las instituciones consultivas previstas en la LPHE (la Junta de Calificación, Valoración y Exportación del PHE, las Reales Academias o el CSIC, entre otras). Además, en el caso de los bienes inmuebles, el procedimiento requiere un período de información pública y trámite de audiencia al Ayuntamiento donde se encuentre el bien. Se trata de una potestad reglada basada en una discrecionalidad técnica de dichos órganos consultivos. Como excepción, no puede ser objeto de declaración de BIC la obra de un autor vivo, salvo con expresa autorización del propietario (que no del autor).

En cuanto al procedimiento de declaración para los restantes casos, la competencia corresponde a las comunidades autónomas con carácter general, y solamente corresponde al Estado cuando el bien en cuestión esté afecto a un servicio público que, a su vez, sea gestionado por la Administración General del Estado (lo cual no está exento de disputa en determinados supuestos algo complejos).

Los inmuebles declarados BIC se clasifican en las siguientes categorías: Monumento, Jardín Histórico, Conjunto Histórico, Sitio Histórico y Zona Arqueológica, todas ellas definidas en la LPHE.

Las declaraciones de BIC se recurren en muchas ocasiones y se someten al control de los tribunales del mismo modo que cualquier otra decisión administrativa. La mayor parte de las potestades que la LPHE atribuye a las Administraciones públicas son regladas, basadas en una discrecionalidad técnica. Lo importante es la motivación adecuada y suficiente, fundada en los criterios técnicos, artísticos e históricos, cuestión sobre la que la ponente admite que la Administración tiene margen de mejora a la hora de exponer su justificación.

Son insuficientes las medidas de fomento para compensar el elevado número de obligaciones y limitaciones de los titulares de los BIC (y con especial intensidad para los bienes inmuebles). Esas obligaciones y limitaciones se refieren tanto al uso y disfrute del bien como a su transmisión y circulación.

Los titulares de un bien inmueble declarado BIC están obligados a permitir su visita pública, con determinadas condiciones. La incoación del procedimiento de declaración de BIC en un inmueble también conlleva la suspensión de todas las licencias municipales que le afecten. El inmueble será inseparable de su entorno y no se permitirá tampoco su reforma sin la autorización de los organismos competentes ni la colocación en él de carteles, antenas o publicidad comercial.

Por último, la ponente mencionó las limitaciones para la restauración de los bienes, enmarcada en la polémica histórica en torno a qué se puede conservar y qué se puede restaurar, en la que se enfrentan teorías arquitectónicas

con diferentes fundamentos. La LPHE permite en su artículo 39 las obras sin reconstrucción en las que se utilicen los elementos originarios del inmueble, lo cual, en su opinión, puede suponer muchos problemas en la práctica.

D. Ángel Rivas Albaladejo propuso en la cuarta ponencia un recorrido por los títulos III y IV de la LPHE, con el foco en la protección de los bienes muebles.

A efectos de la LPHE, opera el concepto de bienes muebles del Código Civil, que considera bienes muebles todos aquellos que no son inmuebles. Con carácter general, los bienes muebles son los más numerosos y los más expuestos a sufrir daños o agresiones contra sus valores, así como a ser exportados con mayor facilidad. Asimismo, es a propósito de los bienes muebles donde con mayor nitidez se aprecia la gradación o escalonamiento de la protección (el Inventario General en la LPHE solamente incluye los bienes muebles).

Con carácter general, la Ley impone el deber de conservación, mantenimiento y custodia de los bienes del PHE a sus propietarios. Los bienes muebles, a su vez, podrán gozar de «*singular protección y tutela*», de acuerdo con el artículo noveno, y ser declarados BIC. También pueden pertenecer o no a los denominados por la doctrina como patrimonios especiales.

Sentado lo anterior, el ponente comenzó el análisis del título III de la LPHE con el artículo 26, dedicado al Inventario General de Bienes Muebles como instrumento administrativo de protección de estos bienes (el «**IGBM**»). La inclusión en el IGBM es, teóricamente, el procedimiento ordinario para la protección de los bienes muebles, dado el carácter singular y privilegiado de los BIC. Constituye un instrumento de control de los bienes que en él se encuentran, y, a la fecha de la ponencia, contaba con 57.244 bienes. Para la inclusión en el IGBM es necesario un procedimiento individualizado. La confección y gestión del IGBM se realiza de forma coordinada entre la Administración del Estado y las comunidades autónomas.

Adicionalmente, pertenecen al IGBM los bienes muebles que, de acuerdo con la legislación anterior, hubieran sido declarados integrantes del tesoro artístico nacional o incluidos en el Inventario del Patrimonio Histórico-Artístico, así como los documentos del Inventario del Tesoro Artístico Nacional (disposiciones adicionales primera y tercera).

La pertenencia al IGBM determina el derecho de inspección por parte de la Administración y la obligación de notificar la transmisión de dichos bienes, dado que las Administraciones ostentan derechos de adquisición preferente cuando se transmitan. Además, en determinadas condiciones, los propietarios están obligados a prestarlos.

Si los bienes muebles son declarados BIC, tal condición se inscribirá en un instrumento de control distinto, que es el Registro General de Bienes de Interés Cultural. En la actualidad existen 20.142 BIC muebles declarados de forma expresa, a los que habría que sumar aquellos que lo son *ope legis*.

También destaca por su relevancia el artículo 28, puesto que proscribire la transmisión de los bienes declarados BIC o incluidos en el IGBM en posesión de instituciones eclesiásticas y de las Administraciones Públicas (con algunas excepciones). Es de gran importancia debido a que las instituciones eclesiásticas, principalmente la Iglesia católica, poseen la mayor parte del PHE conservado en manos privadas, y por ello estos bienes tienen un régimen jurídico propio.

El artículo 28 debe leerse de forma conjunta con la disposición transitoria quinta de la Ley, que determina que, en los diez años siguientes a su entrada en vigor, lo dispuesto en el artículo 28 se entenderá también referido a los bienes muebles integrantes del PHE en posesión de las instituciones eclesiásticas. Con esto se pretende la elaboración de un inventario de los bienes en posesión de estas instituciones, que todavía no se ha dado por finalizado. El plazo de diez años se ha renovado desde entonces en diferentes textos legislativos y, en la actualidad, se encuentra prorrogado hasta el año 2025.

El artículo 29, que regula el régimen de los bienes que hayan sido exportados sin la autorización requerida, ha sido objeto de varios informes de la Abogacía del Estado por la gran cantidad de matices que contiene. Los bienes en esta situación pasan a ser titularidad del Estado y son inalienables e imprescriptibles. La recuperación de los bienes ilegalmente exportados corresponde a la Administración del Estado, pues la exportación es competencia estatal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley. La severa sanción que conlleva el delito de contrabando fue objeto de debate entre los asistentes a la ponencia.

El artículo 30 establece la tasa de exportación de los bienes del PHE. Se trata de una medida bastante criticada por los operadores del mercado del arte, dado que constituye una excepción en derecho comparado y puede tener un efecto disuasorio. Por ello, se cuestiona de cara a futuras reformas legislativas.

En el artículo 31 se contempla la salida temporal de bienes sujetos a la limitación de la exportación. Los motivos son diversos, y será competente la Administración del Estado para su autorización. No obstante, el incumplimiento de las condiciones de retorno conlleva la consideración de la exportación como ilícita.

El artículo 32 regula el ya mencionado régimen especial de importación de bienes muebles, cuyo objetivo es estimular la importación para incrementar

la riqueza artística de España. La oferta de venta irrevocable contenida en el artículo 33 es un modo de adquisición importante para los bienes del PHE, aunque la Administración no está obligada a adquirir los bienes cuya exportación haya denegado. Por último, en el título III, el artículo 34 es de carácter ciertamente excepcional, ya que regula la permuta internacional de bienes del PHE.

El ponente analizó a continuación el título IV, que trata sobre las medidas de protección de los bienes del PHE, tanto muebles como inmuebles. El artículo 35 regula los denominados Planes Nacionales, que son instrumentos de gestión del patrimonio que se enmarcan en las medidas de colaboración con los poderes públicos contenidas en el artículo 2 de la LPHE. Los Planes Nacionales son redactados por comisiones integradas por expertos de la Administración General del Estado, las comunidades autónomas y expertos independientes. Destaca la labor del Instituto del Patrimonio Cultural de España para la gestión y difusión de los planes. Existen un total de catorce planes, el primero de los cuales es el Plan Nacional de Catedrales. En la actualidad se presta especial atención al Plan Nacional de Patrimonio Industrial, ya que hay una creciente preocupación por su desaparición.

Las obligaciones de los titulares de los bienes se encuentran recogidas en el artículo 36 y derivan de la ya mencionada función social de la propiedad. De forma resumida, existe una obligación de conservación, mantenimiento y custodia de los bienes por parte de sus propietarios. En este sentido, su utilización está subordinada a la conservación de sus valores.

El artículo 37 es de aplicación a los inmuebles, en particular, puesto que faculta a la Administración para impedir el derribo y suspender obras de intervención en un bien que haya sido declarado BIC. También podrá intervenir en este sentido si se aprecia la concurrencia de valores que justifiquen su protección (caso en el que se incoará el procedimiento de declaración de BIC), aunque no haya declaración de BIC.

El artículo 38 es de vital importancia para el incremento de las colecciones públicas. Los derechos de adquisición preferente operan en las enajenaciones de BIC o bienes inscritos en el IGBM. A estos efectos, se exige la notificación de cualquier venta de bienes que pertenezcan al PHE. La Administración del Estado tiene carácter preferente cuando la adquisición se realice para un museo, archivo o biblioteca de titularidad estatal, aunque en alguna ocasión ha existido confluencia de intereses para la adquisición de bienes entre comunidades autónomas. Ejemplos recientes de adquisición en subasta por derecho de tanteo son un *San Jerónimo* de Juan de Juni, o una figura de mujer de Benjamín Palencia.

Por último, el ponente propuso una cierta flexibilización de los criterios de conservación y restauración de los bienes del PHE (recogidos en el artículo

39) cuando en la práctica resulte aconsejable para la mejor reconstrucción de las obras.

En la quinta ponencia, **D.^a Ana Yáñez Vega** expuso el régimen del patrimonio arqueológico y del patrimonio etnográfico, regulados en los títulos V y VI de la LPHE. Durante la ponencia también se destacaron las reformas que para estos dos patrimonios especiales se proponían en el Anteproyecto.

Respecto del patrimonio etnográfico, la ponente definió la etnografía como la ciencia que estudia las culturas y al ser humano como ser social y productor de una cultura; se identifica sobre todo con el patrimonio tradicional, que es el que tiene que ver con los usos y las costumbres españolas. Como patrimonio, se caracteriza por su vulnerabilidad, puesto que es muy poco lo que se puede hacer para protegerlo, al no existir medidas de intervención (más allá de la documentación) y ser un patrimonio cambiante. Además, en ocasiones existe una falta de aprecio por parte de las comunidades que lo han creado, que no le otorgan un valor merecedor de protección.

En cuanto a los cambios propuestos en el Anteproyecto respecto del patrimonio etnográfico, en la ponencia se advirtió de que estos no eran muy numerosos y se referían en su mayoría a la incorporación del patrimonio cultural inmaterial. La ponente señaló que la regulación del patrimonio etnográfico en la LPHE no es más que una referencia al régimen general, pero su mera inclusión cuando se promulgó la Ley fue valiente en tanto que en aquel momento no tenía la relevancia que hoy sí tiene.

Diferente es la situación del patrimonio arqueológico, que tiene una regulación bastante específica. Uno de sus rasgos característicos es que se trata siempre de bienes de dominio público y, por tanto, tienen un régimen jurídico distinto al del resto de los bienes históricos. Los bienes arqueológicos se definen como aquellos bienes de carácter histórico, susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, con independencia de dónde se encuentren. En el Anteproyecto se incorporaban de manera expresa ciertas cuestiones de la arqueología submarina, algo orilladas en la Ley vigente.

Son bienes de carácter histórico aquellos bienes para los que el contexto en el que fueron creados ya no existe, criterio que tiene mayor fuerza que la mera antigüedad o el mérito artístico. En cuanto a la posibilidad de ser estudiado con metodología arqueológica (donde, en opinión de la ponente, el derecho tiene poco que decir), debemos tener en cuenta que la arqueología en sí misma incorpora técnicas de otras ciencias, además de las suyas propias.

La Ley establece en su artículo 40 la declaración de las cuevas, abrigos y lugares de arte rupestre como BIC. La ponente aludió a la fragilidad del arte rupestre, por encontrarse en sitios especialmente recónditos y de difícil

acceso. Además, apuntó que la declaración *ex lege* no está exenta de problemas, porque muchas comunidades autónomas han confiado en que esa declaración es protección suficiente. Sin embargo, realmente los elementos concretos no están delimitados y tampoco se indica dentro de qué categoría legal de protección se encuentran.

El artículo 41 de la Ley define las excavaciones y las prospecciones arqueológicas, así como los hallazgos casuales. Su régimen de autorización se encuentra regulado en el artículo 42. El Anteproyecto no incluía modificaciones en este sentido, pero sí prohibía la utilización de detectores de metales, algo que la ponente remarcó como positivo, con el establecimiento de ciertas excepciones establecidas mediante norma reglamentaria.

El artículo 43 faculta a la Administración a ordenar la ejecución de excavaciones o prospecciones arqueológicas en cualquier terreno público o privado si se presume la existencia de yacimientos o restos, rigiendo la legislación sobre expropiación forzosa a efectos de la correspondiente indemnización. Esta referencia debe entenderse hecha a los efectos de la potencial indemnización por la ocupación de un terreno privado, puesto que los bienes arqueológicos son de dominio público, como regula el artículo 45. Dicha protección responde a la fragilidad de los bienes que lo componen, que se convirtieron en el año 1985 en bienes imprescriptibles, inembargables e inalienables, quedando excluidos del tráfico jurídico privado. En la práctica, las comunidades autónomas se han atribuido tanto la titularidad como la gestión de los hallazgos.

De los hallazgos casuales y del premio que se otorga a quienes los descubren para incentivar su entrega se ocupa el artículo 45. La ponente cuestionó la efectividad de premiar la entrega, así como su propia razón de ser, puesto que, en definitiva, se trata del cumplimiento de una obligación legal. De hecho, la normativa autonómica ha prescindido del premio en algunas comunidades autónomas, como el País Vasco (aunque queda la duda de si sería de aplicación la normativa estatal de forma subsidiaria). La valoración de los hallazgos para determinar el premio la realiza una comisión compuesta por tres académicos de las reales academias.

Por último, la ponente incidió en dos puntos especialmente relevantes. Por un lado, el desarrollo de la arqueometría forense es fundamental, puesto que está destinada a conocer el momento en el que se han extraído los bienes de cara a determinar si pertenecen al dominio público en aplicación de la LPHE o si son anteriores a su entrada en vigor. Por otro lado, la valoración de los bienes también es un punto especialmente conflictivo, al no existir una sistematización para valorar los daños al patrimonio arqueológico. A propósito de ello, la ponencia concluyó con el comentario de una noticia reciente relativa al hallazgo del conocido como «Tesoro de Tomares», que ilustra la

judicialización del conflicto en torno a la valoración de los bienes por parte de la comisión de académicos.

El título VII, relativo al patrimonio documental y bibliográfico, y los archivos, bibliotecas y museos, fue abordado por **D. José Luis Bueren** en la sexta ponencia. Pese a que podrían considerarse incluidos en el régimen de los bienes muebles, disponen de un régimen expreso —de utilidad simbólica— con el que se pretende recordar su relevancia.

La Ley se ocupa en su artículo 49 de la definición de *documento*, cuestión que la doctrina ha analizado en profundidad. Para el ponente, la definición legal de *documento* incluye muchísimas más cosas que lo que se entiende que forma parte del patrimonio documental (desde un libro hasta un yacimiento arqueológico). Esto hace necesario una definición de *patrimonio documental*, que la Ley articula en cuatro subgrupos en torno a dos criterios fundamentales: la antigüedad del documento y la naturaleza jurídica de quien lo genera, conserva o reúne.

En cuanto al patrimonio bibliográfico, este está formado por «*las bibliotecas y colecciones bibliográficas de titularidad pública y las obras literarias, históricas, científicas o artísticas de carácter unitario o seriado, en escritura manuscrita o impresa, de las que no conste la existencia de al menos tres ejemplares en las bibliotecas o servicios públicos*» (artículo 50 de la LPHE). La definición habla de forma genérica de *obras*, por lo que es razonable entender que se refiere tanto a libros como a revistas y periódicos. A propósito de dicho artículo, según el ponente, la redacción de la LPHE plantea ciertos problemas teóricos, como la presunción de existencia de tres ejemplares de las obras editadas a partir de 1958 (con base en un Decreto de 1957) o la problemática de distinguir qué ejemplares pertenecen al patrimonio bibliográfico cuando existen más de tres en el depósito colectivo.

En cuanto a las obligaciones aplicables a los bienes del patrimonio documental y bibliográfico, el ponente se remitió a lo expuesto en ponencias anteriores respecto de los bienes muebles, con la particularidad de que, para el patrimonio documental y bibliográfico, se establece la obligación de confeccionar el censo de los bienes que lo integran, lo cual supone un verdadero reto.

Por último, respecto del patrimonio documental, destaca el artículo 57, que regula la consulta de los documentos que forman parte de él. En líneas generales, las obras son de libre consulta, con excepciones derivadas de la Ley de Secretos Oficiales o por la confidencialidad de los datos policiales, procesales, clínicos, etc.

En cuanto al contenido del capítulo II del título VII —relativo a los archivos, bibliotecas y museos—, el ponente anotó una particularidad especialmente

relevante en los archivos. En los últimos años ha existido una rápida evolución en el formato de los bienes que se almacenan en los archivos, especialmente afectada por los documentos electrónicos. Esto convive con la inmensa cantidad de documentos históricos, que se almacenan y registran de forma totalmente distinta.

La definición legal de los *archivos* tiene un contenido doble: por una parte, los llamados «*conjuntos orgánicos de documentos*» y, por otra, «*las instituciones culturales donde se reúnen, conservan, ordenan y difunden*» dichos conjuntos orgánicos. Aunque la definición se refiera exclusivamente a los conjuntos orgánicos de documentos por personas jurídicas, el Real Decreto que regula el Sistema Español de Archivos¹ sí incluye en su definición tanto a personas físicas como a personas jurídicas. Por el contrario, en la definición de las *bibliotecas* no se hace alusión a su titularidad (aunque se haga referencia a la lectura en sala pública). Asimismo, de acuerdo con esta misma norma, las colecciones digitales de cualquier archivo, biblioteca o museo entran en la definición de *biblioteca digital*.

La Ley declara BIC los inmuebles en los que se instalen archivos, bibliotecas y museos estatales, así como los bienes muebles que contengan. Asimismo, se establece la obligación de garantizar el acceso de todos los ciudadanos españoles a los archivos, bibliotecas y museos de titularidad estatal (con las restricciones justificadas por la conservación). Aunque se establece que los BIC contenidos en archivos y museos estatales no podrán salir de ellos sin autorización ministerial, la Ley contempla un régimen especial para las bibliotecas, en coherencia con los préstamos públicos.

El ponente valoró de forma muy positiva que la Ley previera los llamados sistemas españoles de archivos, de bibliotecas y de museos, que incorporan servicios técnicos y docentes relacionados con ellos, para el desarrollo de proyectos de gran envergadura desde la promulgación de la LPHE.

Si bien la ponencia se centró en la regulación contenida en la LPHE, el régimen legal de las bibliotecas y los archivos está compuesto por un vasto número de normas. Por ejemplo, en relación con las bibliotecas, debe mencionarse la ya citada Ley del Libro, el Reglamento de Bibliotecas Públicas del Estado², el Reglamento del Consejo de Cooperación Bibliotecaria³, el Estatuto

1. Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso.
2. Real Decreto 582/1989, de 19 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Bibliotecas Públicas del Estado y del Sistema Español de Bibliotecas.
3. Real Decreto 1573/2007, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Consejo de Cooperación Bibliotecaria.

de la Biblioteca Nacional⁴, la Ley de Depósito Legal⁵, la normativa de propiedad intelectual, así como toda la desarrollada por las comunidades autónomas. Algo similar sucede respecto de los archivos, donde —como ya se ha comentado— resulta más evidente la diferencia entre el tratamiento de los documentos en soporte físico y los de formato digital.

En cuanto al depósito legal, lo más significativo es que en el patrimonio bibliográfico y documental cualquier ejemplar con el que no se cuente en las colecciones públicas es igual de relevante, sin que existan diferencias en función del mérito científico, artístico o literario del bien de que se trate. Esto no es algo propio solo de la normativa española, sino que es común en derecho comparado, y responde a lo que en tiempos de promulgación de la LPHE se conocía como el control bibliográfico universal.

Por último, el ponente mencionó algunos puntos de acceso a la información documental y bibliográfica, como PARES (Portal de Archivos Estatales), CER.es (Red Digital de Colecciones de Museos de España), la Biblioteca Virtual de Prensa Histórica y la Biblioteca Virtual de Patrimonio Bibliográfico. Prácticamente todos los proyectos digitales en España se agregan a Hispana, a través de la cual España se integra a una red europea llamada Europea.

A modo de conclusión, el ponente hizo una serie de sugerencias para futuras reformas legales. Entre otras, destacó la incorporación de entidades como el Museo del Prado, la Biblioteca Nacional o el Museo Reina Sofía como instituciones consultivas en la LPHE, el establecimiento de un plazo legal determinado para la comunicación de los bienes que se pretendan vender en subasta, la revisión de la redacción de las definiciones de archivo, biblioteca y museo de la LPHE y su coherencia con otros instrumentos legales, o la actualización del Reglamento de Bibliotecas Públicas del Estado.

D.^a Mónica Cid expuso en la séptima ponencia las medidas de fomento contenidas en el título VIII de la LPHE, de carácter eminentemente fiscal. Si bien es cierto que la Ley contiene los principios y objetivos en que se inspira la normativa de cada impuesto, las medidas concretas deben estudiarse en su regulación, puesto que se han visto desfasadas.

La piedra angular de las medidas de fomento es el artículo 46 de la Constitución española, que a su vez trae causa de la Convención de la UNESCO de 1972. Entre las recomendaciones asumidas por los Estados parte de dicha Convención estaba la de implementar medidas fiscales para compensar las cargas soportadas por los titulares de bienes de patrimonio histórico. Las medidas estaban enfocadas tanto en los propietarios de los bienes afectados por las obligaciones impuestas por la normativa de protección del patrimonio

4. Real Decreto 640/2016, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto de la Biblioteca Nacional de España.

5. Ley 23/2011, de 29 de julio, de Depósito Legal.

de cada país como en quienes de forma indirecta colaboraban con su promoción y conservación mediante donaciones.

La doctrina define la fiscalidad como la utilización de los tributos con fines recaudatorios para el sostenimiento del gasto público. El ordenamiento también ampara aquellos tributos que, en vez de tener una finalidad estrictamente fiscal, tengan una finalidad extrafiscal, esto es, que respondan al cumplimiento de otras obligaciones impuestas por el ordenamiento. En esta finalidad extrafiscal, avalada por el Tribunal Constitucional, entran las medidas de fomento del PHE.

Dentro de las medidas de fomento directas, se encuentra el llamado «1 % cultural» (actualmente 1,5 %, con previsión de aumento de hasta el 2 %), que consiste en la inclusión de una partida de dicho importe en el presupuesto de las obras públicas financiadas con fondos estatales, destinado a obras de conservación y rehabilitación del patrimonio histórico. En principio, debe darse preferencia a la propia obra o a su entorno. En aquellas obras cuya financiación provenga de particulares, pero sea objeto de concesión administrativa, el importe se calcula sobre el presupuesto total de la obra.

También existen beneficios relacionados con el crédito público, que pretenden otorgar acceso preferente a él cuando se destine a restaurar y conservar el patrimonio histórico. No obstante, esta medida tiene escasa aplicación y carece de desarrollo reglamentario.

En cuanto a las medidas indirectas, consisten en regímenes privilegiados dispersos por todo el ordenamiento fiscal. Destacan las relativas a la titularidad del patrimonio histórico. El impuesto principal en cuanto a titularidad de bienes y derechos es el impuesto sobre el patrimonio. Se prevé como exento el valor de los BIC y los bienes muebles que consten en el Inventario General. También están exentos los bienes de patrimonio histórico que hayan sido declarados y registrados como tales según la normativa autonómica, los objetos y arte y antigüedades de cuantía reducida, las obras que se cedan en exposición a entidades como museos por un plazo superior a tres años y la obra del autor mientras este viva y la obra permanezca en su patrimonio.

La normativa reguladora del IBI también contempla determinadas exenciones, algunas de carácter subjetivo (Estado, Administraciones públicas...) y otras de carácter rogado (i. e., el interesado tiene que pedir la exención). Están exentos los monumentos y jardines históricos declarados BIC, las zonas arqueológicas y los sitios y conjuntos históricos, con las mismas limitaciones mencionadas en el impuesto de patrimonio. La anterior exención presenta determinadas excepciones en el caso de bienes afectos a una actividad económica o en los declarados e inscritos conforme a la normativa autonómica.

En cuanto al IRPF, la primera medida es la posibilidad de fraccionar las ayudas públicas percibidas para la conservación del patrimonio histórico,

para garantizar la progresividad del impuesto. La segunda es la deducción del 15 % sobre la cuota del impuesto por determinados gastos e inversiones destinados a la conservación, difusión y exposición de BIC (tanto conforme a la normativa estatal como a la autonómica), así como aquellos destinados a la conservación y mejora de bienes situados en entornos declarados como patrimonio mundial por la UNESCO, con el límite del 10 % de la base liquidable.

Por otro lado, en relación con las medidas relativas a la transmisión de bienes del patrimonio histórico y, en particular, con el impuesto de sucesiones y donaciones, se contempla una reducción del 95 % respecto del valor de los bienes del patrimonio histórico. En ambos casos, debe conservarse la obra por el plazo de diez años (aunque no se entiende incumplido si se dona de forma pura y simple al Estado). Además, en sucesiones, la obra debe ser adquirida por el cónyuge o los descendientes y, en donaciones, se exige que el donante tenga 65 años o más, o un determinado grado de invalidez.

En el IRPF también se prevé una medida para incentivar la adquisición de patrimonio histórico fuera de España, de tal forma que se permite la deducción en cuota del 15 % de las inversiones y los gastos en este sentido, sometida también al límite del 10 % de la base liquidable. Se exigen dos requisitos: que la obra se declare BIC o se inscriba en el Inventario General durante el año siguiente a la adquisición, y que permanezca en el patrimonio del adquirente durante cuatro años.

En el ámbito de la llamada plusvalía municipal está prevista la exención para aquellos inmuebles situados en el perímetro del conjunto histórico artístico, así como para los inmuebles declarados BIC de forma individual. Esta exención exige que se prevea en la ordenanza municipal reguladora del impuesto y que el titular haya realizado obras de conservación, rehabilitación o mejora en el inmueble. La ley del impuesto no establece un importe mínimo, pero sí lo hacen algunas ordenanzas municipales.

A los efectos de la tributación indirecta (i. e., IVA o TPO), la transmisión de bienes del patrimonio histórico está sujeta el régimen general, aunque existen tipos bonificados para la mayoría de los casos.

En cuanto a las medidas indirectas, la ponente mencionó algunas particularidades fiscales aplicables a la transmisión de obras de arte: en primer lugar, la ya citada tasa de exportación de bienes del patrimonio histórico; en segundo lugar, el régimen especial de bienes usados, en virtud del cual el IVA no se aplica sobre el precio de venta, sino sobre el margen de beneficio por la reventa; por último, el régimen de importación temporal, que es un régimen aduanero utilizado con mucha frecuencia por museos dedicados a exposiciones temporales.

A continuación, se abordó la dación en pago, que consiste en la satisfacción de obligaciones tributarias con bienes que hayan sido declarados BIC o BIGM. Su aplicación requiere la previsión expresa en la normativa de cada impuesto. El particular solicita su aplicación en la liquidación, y una vez que recibe la valoración por parte de la Junta de Calificación, Valoración y Exportación del PHE puede aceptarla u optar por el pago líquido del impuesto. También la Administración puede declinar la aceptación de la obra, principalmente por motivos de liquidez. La ganancia económica que pueda suponer la dación en pago no se integra en el impuesto personal.

Por último, la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, contempla un último conjunto de medidas de fomento indirectas. Con carácter general, se consideran entidades sin fines lucrativos aquellas que se dediquen a fines de interés general y que dediquen a ello la mayoría de sus ingresos (por encima del 70 %). El régimen fiscal privilegiado consiste en la exención en el impuesto de sociedades para determinadas explotaciones económicas con carácter social, así como en los impuestos locales. Asimismo, como incentivos al mecenazgo se prevé que las donaciones de BIC o bienes inscritos en el Inventario General a las entidades sin fines lucrativos generen deducciones en el IRPF y en el impuesto sobre sociedades. La deducción es del 35 % sobre el valor de la obra proporcionado por la Junta, pudiendo incrementarse al 40 % si durante los dos años anteriores la misma persona ha donado a la misma entidad dinero u obras por un valor creciente cada año (de nuevo sometido al límite del 10 % de la base liquidable).

A modo de conclusión, la ponente subrayó que las medidas de fomento todavía están lejos de compensar las obligaciones que se imponen a los titulares de los bienes de patrimonio histórico.

Por último, en la octava ponencia, **D. Manuel Vélez** expuso el régimen sancionador del patrimonio histórico, regulado tanto en el título IX de la LPHE como en Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando (la «LORC») y en las normas autonómicas de patrimonio histórico.

El régimen sancionador de la LPHE se inserta en el régimen general de procedimiento sancionador (i. e., las Leyes 39/2015 y 40/2015). La Ley 39/2015 introdujo la posibilidad del reconocimiento de responsabilidad para beneficiarse de determinadas reducciones, lo cual se verá que tiene incidencia en el régimen sancionador del patrimonio histórico. En cuanto a la Ley 40/2015, el ponente destacó la relevancia de los principios generales de la potestad sancionadora, que a su vez marcan también los límites entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal. En definitiva, en el ámbito del derecho penal existen una serie de garantías más reforzadas, que

también existen en el derecho administrativo sancionador, pero con distintos matices. Desde una perspectiva general, nos referimos, entre otras, al principio de legalidad, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras, el principio de tipicidad, el principio de culpabilidad, el principio de confianza legítima, el principio de *non bis in idem* o el principio de proporcionalidad.

El primer artículo del título IX de la Ley se refiere a la conducta consistente en la exportación sin la autorización preceptiva, que se tipifica como delito o infracción de contrabando de acuerdo con la LORC. El mismo precepto atribuye responsabilidad solidaria a todos aquellos que hayan intervenido y a los que, por su actuación u omisión, lo hayan facilitado. La LORC recurre a una técnica habitual para establecer el límite entre la infracción administrativa y el delito, que consiste en la fijación de un valor económico como frontera entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal. En concreto, este límite se establece en 50.000 euros. Además, amplía la conducta delictiva no solo a la salida sin autorización, sino también a la falsificación de los documentos presentados para obtenerla. La fijación del valor del bien corresponde a la Junta de Calificación, Valoración y Exportación del PHE, aunque en la práctica también se ha tomado en consideración el valor expresado en la solicitud de autorización, en su caso. A partir de ahí, la LORC establece un catálogo de infracciones leves, graves y muy graves, que conllevan una serie de multas en función del valor del bien. La regulación de la infracción de contrabando presenta rasgos comunes con el procedimiento sancionador en materia fiscal, como por ejemplo el plazo de prescripción de las infracciones (cuatro años).

Dejando de lado la infracción de contrabando, la LPHE también tipifica una serie de infracciones administrativas propias en su artículo 76. Se trata de diez conductas típicas, algunas de las cuales presentan mayores dificultades en la práctica. No presentan especial problema las dos primeras, referidas al incumplimiento por parte de los titulares de los bienes de las obligaciones que les impone la Ley como propietarios y la retención ilícita de documentos del patrimonio documental.

Sin embargo, la tercera de ellas, referida al otorgamiento de licencias para la realización de obras sujetas a la obtención de autorizaciones previas que no se hayan concedido, puede resultar sorprendente si tenemos en cuenta que son los ayuntamientos los responsables de otorgar las licencias. ¿Podría entonces sancionarse a un ciudadano que ha ejecutado unas obras conforme a una licencia otorgada por el ayuntamiento?

Las siguientes infracciones relacionadas con bienes inmuebles son las más frecuentes en la jurisprudencia si obviamos las infracciones por contrabando: la realización de obras en sitios históricos o zonas arqueológicas sin autorización, la realización de obras o intervenciones contrarias a la LPHE, la

realización de excavaciones arqueológicas u otras obras ilícitas o el derribo, desplazamiento o remoción ilegales de cualquier inmueble afectado por un expediente de declaración de BIC.

A continuación, nos encontramos con una infracción que parece sancionar la misma conducta que la infracción de contrabando, pues se refiere en la letra h) a «*la exportación ilegal de los bienes a que hacen referencia los artículos 5.º y 56.1 de la presente Ley*». Supone un problema en tanto que no coinciden las sanciones, los plazos de prescripción o las autoridades competentes. A su vez, en la letra i) se tipifica el incumplimiento de las condiciones de retorno fijadas para las exportaciones temporales.

Esto era objeto de rectificación en el Anteproyecto, eliminándose la letra h) y manteniendo el artículo específico relativo al contrabando. El ponente explicó que, en su opinión, primaría la aplicación de la LORC en virtud de la especialidad de la norma. Otra interpretación posible es la de considerar que la conducta consistente en exportar sin autorización constituiría infracción de contrabando, mientras que la infracción de exportación ilegal del artículo 76 se reservaría para otros supuestos que la LPHE caracteriza también de exportación ilegal, como el incumplimiento de las condiciones de retorno de una exportación temporal.

Por otro lado, el ponente planteó otro punto de discusión en cuanto a la prelación del orden penal respecto de la vía administrativa y la vinculación de los hechos probados en la jurisdicción penal para el procedimiento administrativo. El debate se suscitó en torno al valor de los hechos investigados en el procedimiento penal que posteriormente sea sobreseído. Aludiendo a la llamada «prohibición de la doble verdad», sostuvo que no sería razonable que para determinado órgano del Estado se reconocieran como ciertos unos hechos que para otro no lo son.

Junto con el ejercicio de la potestad sancionadora, el régimen general de la Ley 40/2015 reconoce la posibilidad de imponer obligaciones de restablecimiento de la legalidad e indemnización adicionales a las sanciones de la LPHE. La duda sería si, tratándose de una sanción exclusivamente pecuniaria, el infractor se podría acoger a las reducciones generales relativas al reconocimiento de responsabilidad y el pago de la sanción, cuestión que —según el ponente— sí sería posible.

La segunda parte de la ponencia se centró en ilustrar supuestos reales relacionados con el procedimiento administrativo sancionador y su tratamiento en la jurisprudencia⁶.

6. Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2000, (RJ 2000, 9128); Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2000, (RJ 2000, 6164); y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 28 de octubre de 1999, (RJCA 1999, 3257).

LEGISLACIÓN Y BIBLIOGRAFÍA

Recopilación de legislación promulgada en 2022

MARÍA LUISA MACÍAS ROMERO

Abogada documentalista. Uría Menéndez

ESPAÑA

- Ley 8/2022, de 4 de mayo, por la que se modifica la Ley 23/2011, de 29 de julio, de depósito legal.
- Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática (disposición adicional novena).

MÉXICO

- Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas.

COLOMBIA

- Ley 2184, de 6 de enero de 2022, por medio de la cual se dictan normas encaminadas a reconocer la transmisión de los saberes culturales, fomentar y promover la sostenibilidad de los oficios artísticos, de las industrias creativas y culturales y del patrimonio cultural en Colombia y se dictan otras disposiciones.
- Ley 2245, de 11 de julio de 2022, por medio de la cual se reconoce el paisaje cultural cafetero colombiano como patrimonio cultural de la nación.

CUBA

- Ley General de Protección al Patrimonio Cultural y al Patrimonio Natural.

NICARAGUA

- Ley de Reformas y Adiciones a la Ley N.º 909, Ley Creadora de la Cinemateca Nacional y Reformas a la Ley N.º 723, Ley de Cinematografía y de las Artes Audiovisuales.

Recopilación de bibliografía publicada en 2022

MARÍA LUISA MACÍAS ROMERO

Abogada documentalista. Uría Menéndez

- ACOSTA REYES, Nilson: «El valor universal excepcional de los sitios de memoria de la esclavitud en Cuba». *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 20, julio-diciembre de 2021, pp. 10-26.
- ADEWUMI, Afolasade A; AKINTAYO, John Oluwole A.: «The Nigerian «End SARS» counter protest and the monumental destruction of cultural heritage», *International Journal of Cultural Property*, vol. 29, n.º 1, February 2022, pp. 81-97.
- ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel: «Acotaciones sobre la libertad y las libertades: a propósito, en particular, de la libertad de creación artística», *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 25/2021, pp. 23-54.
- : «Buques y embarcaciones históricos y sus reproducciones singulares: el Reglamento de 7 de septiembre de 2021», *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 25/2021, pp. 225-247.
- ALONSO BENITO, Javier: «Un juego de altar de plata para el Real Convento de San Marcos de León», *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 21/2022, pp. 14-23.
- ALONSO HERRANZ, Yolanda: «Patrimonio histórico y cultural de las confesiones religiosas: Especial referencia a la Iglesia católica. Valor cultural y valor cultural», *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 25/2021, pp. 55-94.
- ARAMBURU-ZABALA HIGUERA, Miguel Ángel; LOSADA VAREA, Celestina: *El Seminario de Comillas y «el Arte Cristiano»*, Universidad de Cantabria, 2022.

- ARANZA LÓPEZ, José Javier; CAZALLA CANTO, Silvia: «Contribución al patrimonio inmaterial limeño. Los sermones de Pedro Rodríguez Guillén», *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 21/2022, pp. 130-144.
- AYERBE, Nerea: *La permanencia de la performance. Tensiones del arte efímero en el museo*, Dykinson, Madrid, 2022.
- BACKOF TIMM, Caroline: «Ilustraciones de Alfred Demersay de las reducciones Jesuítico-Guaraníes en 1846», *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 21/2022, pp. 146-156.
- BAENA ZAPATERO, Alberto; JIMÉNEZ GARCÍA, Jesús Ángel: «Un biombo de Ovidio: estudio material, iconográfico y cultural», *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 21/2022, pp. 158-170.
- BARCELONA LLOP, Javier: «Aspectos del régimen jurídico de los Caminos de Santiago en cuanto bien cultural», *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 25/2021, pp. 167-223.
- BARBEITO POSE, Víctor; BUSTELO ABUÍN, Julián: «Algunas consideraciones sobre el tratamiento jurídico del patrimonio arqueológico en la Ley 5/2016, del patrimonio cultural de Galicia», *Revista Galega de Administración Pública*, n.º 63, enero-junio 2022.
- BARRETT, Jonathan M.: «Under the Aspect of Eternity: The Human Right to Enjoy the Arts», *The Columbia Journal of Law & Arts*, vol. 45, n.º 4/2021.
- CABALLERO CARRO, Paz: «La Ley de Museos de Galicia: Una Ley con Reglamento y curso de museología incluidos», *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 25/2021, pp. 369-376.
- CABRERA GARCÍA, María Isabel: «Edificios industriales y renovación de la arquitectura durante el franquismo», *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 21/2022, pp. 172-183.
- CASTAÑEDA CHÁVEZ, Juan Manuel: «El Centro Histórico de Arequipa y la ambigua protección hacia la Campiña aledaña: un análisis de las principales Ordenanzas Municipales», *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 25/2021, pp. 607-624.
- COFRÉ, Claudia; GONZÁLEZ CASTRO, Francisco; QUEZADA, Lucy: *El arte como revolución. Debates, redes y actualidad del Instituto de Arte Latinoamericano*, Ediciones Metales Pesados, Santiago de Chile, 2022.
- CONSIGLIERI, Nadia Mariana: «Una damnatio ocultada en el San Miguel del MNAD de Buenos Aires», *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 21/2022, pp. 184-195.
- CONTRERAS, Rafael: «Sobre la conservación de la Alhambra y la creación de un Museo Oriental», *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 25/2021, pp. 415-435.

- CRUZ CABRERA, José Policarpo: *Fernando Marín Chaves (1737–1818) y los inicios de la historia del arte en Granada*, Comares, Granada, 2022.
- CRUZ SÁNCHEZ, Pedro Alberto: *Arte y performance. Una historia desde las vanguardias hasta la actualidad*, Akal, Madrid, 2022.
- DE VASCONCELOS E SOUSA, Gonçalo: «Ourives titulares no Porto oitocentista», *Quiroga Revista de Património Iberoamericano*, n.º 21/2022, pp. 24-35.
- DU BOUCHET DE LA FIGUERA, Juan Carlos: «Galones de librea con escudos de armas de familias cubanas», *Quiroga Revista de Património Iberoamericano*, n.º 20, julio-diciembre de 2021, pp. 28-40.
- ESPINOSA SPINOLA, Gloria: «Félix de Oviedo (1577–1618): Arte y negocios con destino a Indias», *Quiroga Revista de Património Iberoamericano*, n.º 20, julio-diciembre de 2021, pp. 54-62.
- FERNÁNDEZ HENARES, Agustín Emilio: «La eterna lucha entre lo público y lo privado. La Ley de Patrimonio Histórico Español», *El Notario del Siglo XXI*, n.º 101, enero-febrero de 2022.
- FERNÁNDEZ VALVERDE, Rafael: «Sorolla bajo el prisma de los informes y dictámenes, públicos y privados», *La Ley*, n.º 10062, 5 de mayo de 2022.
- FRYE, Brian L.: «After Copyright: Pwning NFTs in a Clout Economy», *The Columbia Journal of Law & Arts*, vol. 45, n.º 3/2021.
- FUENTES I GASÓ, Josep Ramon: «Patrimonio cultural y smart city: la transformación integral de la ciudad», *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 57, octubre de 2021.
- FUSI, Juan Pablo; CALVO SERRALLER, Francisco: *El espejo del tiempo. La Historia y el Arte de España*, Taurus, Barcelona, 2022.
- GALÁN-JIMÉNEZ, José Carlos; GÁMIZ-GORDO, Antonio; GENTIL-BALDRICH, José María: «Dibujos de una plaza de toros neomudéjar en Jerez de la Frontera, 1893», *Quiroga Revista de Património Iberoamericano*, n.º 20, julio-diciembre de 2021, pp. 64-78.
- GARAVAGLIA, Roberto: *Todo sobre los NFT. Criptoarte, token, cadenas de bloques y sus aplicaciones*, Ulrico Hoepli Editore, Milán, 2022.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier: «El Derecho del Patrimonio Histórico en 2021», *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 25/2021, pp. 13-22.
- : «El arrendamiento de la colección particular de Carmen y de Borja Thyssen-Bornemisza al Estado: Perfiles jurídicos de un contrato administrativo de nuevo tipo», *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 25/2021, pp. 395-412.
- GARCÍA RUBIO, Fernando: «Los paisajes culturales.: Régimen jurídico-administrativo», *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 25/2021, pp. 119-166.

- GARCÍA ZAPATA, Ignacio José; PASCUAL CHENEI, Álvaro: «Julio Pascual. Rejería de Casa de Cervantes del Real Colegio de España en Bolonia», *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 20, julio-diciembre de 2021, pp. 80-94.
- GARCÍA ZAPATA, Ignacio José; PÉREZ SÁNCHEZ, Manuel: «Platería mexicana en Siles (Jaén): la donación del arzobispo Ortega Montañés», *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 21/2022, pp. 48-62.
- GAZTAÑAGA, Alexander; BOLÍVAR SANZ, Héctor: «Marco legal en materia de biocidas y su afección sobre intervenciones en Patrimonio Cultural: Análisis de un caso: los tratamientos de anoxia con nitrógeno generado in-situ», *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 25/2021, pp. 343-356.
- GAZZO REISMAN, Leah Margareta: «Local philanthropy and the transformation of culture in Oaxaca, Mexico», *International Journal of Cultural Property*, vol. 29, n.º 1, February 2022, pp. 63-80.
- GONZÁLEZ LEÓN, Erika Brenda: «El oratorio de San Felipe Neri de la Antigua durante el temblor de San Miguel», *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 20, julio-diciembre de 2021, pp. 96-105.
- GONZÁLEZ MOZO, Ana: *Arte y ciencia en el Museo de Prado*, Museo Nacional del Prado, Madrid, 2022.
- GUADAMUZ, Andrés: «Perspectives on NFTs from the EU and UK», *The Columbia Journal of Law & Arts*, vol. 45, n.º 3/2021.
- HERNÁNDEZ LAVADO, Alejo: «Los tributos medioambientales y el Patrimonio Cultural», *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 25/2021, pp. 267-306.
- HOLGUÍN VALDEZ, Anthony Michael: «El sevillano José del Pozo. Viajero y profesor de dibujo en Lima (Perú)», *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 20, julio-diciembre de 2021, pp. 106-118.
- HOWARD, Keith: «Musical instruments as tangible cultural heritage and as/for intangible cultural heritage», *International Journal of Cultural Property*, vol. 29, n.º 1, February 2022, pp. 23-44.
- ILLESCAS DÍAZ, Laura: «Antes de Virgilio Fanelli: el trono primitivo de la Virgen del Sagrario de Toledo», *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 21/2022, pp. 36-46.
- JIMÉNEZ ORTEGA, Raquel: «El delito de daños contra el patrimonio histórico-artístico del art. 323 CP», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 6/2022.
- JULIÁ BARCELÓ, María: «La acción exterior de la Unión Europea en la protección del patrimonio cultural: especial referencia a la Política Común de Seguridad y Defensa», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 71, enero-abril de 2022.

- KESSLER, Herbert L.: *La experiencia del arte medieval*, Akal, Madrid, 2022.
- LAFRANCE, Mary: «Joint Authorship and Dramatic Works: A Critical History», *The Columbia Journal of Law & Arts*, vol. 45, n.º 4/2021.
- LEVI, Stuart D.: «Opening Remarks: NFTs: Future or Fad?», *The Columbia Journal of Law & Arts*, vol. 45, n.º 3/2021.
- LÓPEZ BORREGO, Rafael: *Cómo entender el arte contemporáneo*, Amarante, Salamanca, 2022.
- LÓPEZ MARCOS, Pablo: «Ginés de la Lanza (1525?-1570) y la estela de Hernando de Llanos en Murcia», *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 21/2022, pp. 196-207.
- MATEU DE ROS CERREZO, Rafael; FERNÁNDEZ LORENZO, Patricia: «Dilemas legales ante la doble reclamación de restitución del díptico flamenco expoliado por los nazis», *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 25/2021, pp. 323-341.
- MAREK, Hannah M.: «Navigating intellectual property in the landscape of digital cultural heritage sites», *International Journal of Cultural Property*, vol. 29, n.º 1, February 2022, pp. 1-21.
- MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa: «El fundamento del dominio público arqueológico con especial atención a los bienes inmuebles: una propuesta alternativa a la dominialidad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 793, septiembre-octubre de 2022, pp. 2561-2616.
- McCOY, Kevin: «Art and NFTs: Past and Future», *The Columbia Journal of Law & Arts*, vol. 45, n.º 3/2021.
- MELINE CANTAR, Nahir: «Paradojas de la sustentabilidad. Reflexiones sobre su abordaje en el patrimonio», *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 20, julio-diciembre de 2021, pp. 42-53.
- MÉNDEZ, José: «Dominustecum, el dolmen de Mecerreyes», *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 25/2021, pp. 357-367.
- MERINO CALLE, Irene: *Los comunes y el patrimonio cultural inmaterial en Europa*, Universidad Castilla-La Mancha, Guadalajara, 2022.
- MICHAUD, Cécile: «Espejos de virtud: los santos fundadores de la Sacristía de San Pedro en Lima», *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 20, julio-diciembre de 2021, pp. 120-134.
- MIRAVALLÉS, Camila: «Entre árboles y mapas. Genealogía y cartografía en un cuadro franciscano», *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 21/2022, pp. 208-219.

- MORALES FOLGUERA, José Miguel: «El simbolismo de la ingeniería en los retratos del barón de Carondelet (1748–1807)», *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 21/2022, pp. 220-233.
- MORENO MARTÍN, Francisco José; UTRERO AGUDO, María de los Ángeles; MARTÍN TALAVERANO, Rafael: «El yacimiento de San Pedro de la Mata (Toledo): Una reflexión pública entre el conocimiento y la conservación», *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 25/2021, pp. 377-394.
- MORENO MENDOZA, Arsenio: «La Sagrada Familia con San Juanito de la antigua Colegial de Úbeda (Jaén)», *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 21/2022, pp. 234-243.
- MUSIZA, Charlene: «Weaving gender in open collaborative innovation, traditional cultural expressions, and intellectual property: The case of the Tonga baskets of Zambia», *International Journal of Cultural Property*, vol. 29, n.º 1, February 2022, pp. 45-62.
- NIEVA GARCÍA, Joaquín Alberto: «Perspectivas sobre los «bienes culturales de interés mundial» en el «Anteproyecto de Ley por la que se modifican la Ley 16/1985, de 25 de junio, del patrimonio histórico español, y la Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial», *El Consultor de los Ayuntamientos*, especial n.º IV, octubre 2022.
- NOH, Megan E; ODENKIRK, Sarah C.; SHIONOIRI, Yayoi: «GM! Time to Wake Up and Address Copyright and Other Legal Issues Impacting Visual Art NFTs», *The Columbia Journal of Law & Arts*, vol. 45, n.º 3/2021.
- NÚÑEZ TAPIA, Francisco Alberto: «Las obras perdidas de Alfredo Ramos Martínez del Playa Ensenada, hotel y casino», *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 21/2022, pp. 244-255.
- OKEDIJI, Ruth L.: «Is the Public Domain Just?: Biblical Stewardship and Legal Protection For Traditional Knowledge Assets», *The Columbia Journal of Law & Arts*, vol. 45, n.º 4/2021.
- PADRÓN REYES, Lilyam: «La edificación y el abandono del Castillo de San Francisco, siglos XVII-XVIII», *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 21/2022, pp. 256-266.
- PÉREZ VARELA, Ana: «Noticias inéditas sobre platería compostelana del tránsito del siglo XIX al XX», *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 21/2022, pp. 64-77.
- PLAZA PENADÉS, Javier: «La adquisición de derechos sobre obras de arte en NFT (non fungible token)», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n.º 60, septiembre-diciembre 2022.

- PORRES BENAVIDES, Jesús: «Escultores españoles del siglo XVII en el virreinato del Perú», *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 20, julio-diciembre de 2021, pp. 136-149.
- REGALADO GONZÁLEZ-SERNA, Víctor Daniel: «San Pedro y San Pablo, una pareja de cuadros de Murillo», *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 20, julio-diciembre de 2021, pp. 150-160.
- REYERO, Carlos: *El arte parodiado. Humor y caricatura del mundo artístico en España, 1860-1938*, Cátedra, Madrid, 2022.
- RIVAS CARMONA, Jesús: «Platería y referentes medievales», *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 21/2022, pp. 78-90.
- RODRÍGUEZ Y GUTIÉRREZ DE CEBALLOS, Alfonso: *Catedrales, basílicas y colegiatas en el uso, en la Historia y en el Arte. Ensayo sobre diecisiete siglos de arquitectura cristiana en Europa*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2022.
- SADIA, José María: *El autoexpolio del patrimonio español. Cuando España malvendió su arte*, Almuzara, Córdoba, 2022.
- SANTOS MÁRQUEZ, Antonio Joaquín: «Los atriles de plata de la Capilla Real de Sevilla», *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 21/2022, pp. 92-103.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Antonio: «El privilegio rodado medieval. Cuando el documento se hace especialmente bello», *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 20, julio-diciembre de 2021, pp. 162-175.
- SARMIENTO RAMÍREZ, Ismael; CRUZ GUIBERT, Irene: «La comparsa La Placita (1938–1958): patrimonio inmaterial del carnaval santiaguero», *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 20, julio-diciembre de 2021, pp. 176-190.
- SEMPERE MARÍN, Alicia: «Platería en honor al Emperador Carlos V y su triunfo en la Jornada de Túnez», *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 21/2022, pp. 104-118.
- SERRANO DE HARO MARTÍNEZ, María del Carmen: «El Patrimonio Cultural inmobiliario ante el reto y la obligación moral de la sostenibilidad», *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 25/2021, pp. 309-322.
- SOLER MASOTA, Paz: «Sobre la autoría en obras de arte conceptual», *Revista de Propiedad Intelectual*, n.º 71, mayo-agosto de 2022.
- SULLIVAN, Sean: ««NFTs: Future or Fad?» Excerpts From A Practical Discussion of NFT Use Cases and Copyright Concerns Raised by NFT Offerings», *The Columbia Journal of Law & Arts*, vol. 45, n.º 3/2021.

- TIMÓN TIEMBLO, María Pía; GONZÁLEZ CAMBEIRO, Sara: «La salvaguardia del Patrimonio Cultural inmaterial: comunidades portadoras como sujetos activos», *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 25/2021, pp. 249-266.
- VALERO COLLANTES, Ana Cristina: «El mercado del arte, las falsificaciones y la propiedad intelectual: el derecho a la verdad en el arte», *La Ley*, n.º 10036, 24 de marzo de 2022.
- VEIGA COPO, Abel B.: *Valorización jurídica y económica de las obras de arte*, Civitas, Madrid, 2022.
- VILLARREAL QUEVEDO, Frank Ernesto: «Los conjuntos ferroviarios desarrollados en el suroriente cubano», *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 21/2022, pp. 268-282.
- VITELLA, Maurizio: «Ostensori architettonici in Sicilia tra suggestioni iberiche e rinascimentali», *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 21/2022, pp. 120-127.
- VV. AA.: *Arte americano en la Colección Thyssen*, Museo Thyssen-Bornemisza, Madrid, 2022.
- : *Arte, memoria y museos* (ed. I. Real López), Trea, Gijón, 2022.
- : *Arte y ciencias sociales: estudios multidisciplinares* (dirs. M.A. Cano Linares, G. Cobo del Rosal, J.M. Navalpotro Sánchez-Peinado), Dykinson, Madrid, 2022.
- : *Coleccionismo de artes decorativas españolas en Gran Bretaña y España* (eds. A. Cabrera Lafuente, L. E Miller), Polifemo, Madrid, 2022.
- : *Derecho y Arte* (P. Ramos Hernández, A. Valiño Ces, J. Ammeman Yebra, coords.) (dirs. A. Rodríguez Álvarez, M. Otero Crespo, C. Alonso Salgado), Dykinson, Madrid, 2022.
- : *El arte y sus relaciones con el Derecho* (dir. C. Monereo Atienza), Comares, Granada, 2022.
- : *El documental de arte en España* (eds. J. Cánovas Belchi, J.J. Aliaga Cáceres), Akal, Madrid, 2022.
- : *Redes sociales, influencers y marketing digital en el patrimonio histórico-artístico. Un reto de la sociedad postdigital* (coords. B. Castillo Abdul, A. Rubio Pascual, J. Gil Quintana), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- : *Velázquez en Italia: entre Luigi Amidani y Juan de Córdoba*, Real Academia de Bellas Artes de San Fernando, Madrid, 2022.
- WOODFORD, Susan: *El arte de mirar*, Blume, Barcelona, 2022.
- YÁÑEZ VEGA, Ana: «El Derecho del Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid», *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 25/2021, pp. 95-117.

RESEÑAS JUDICIALES

Reseñas judiciales¹

Sentencia de la Sección 28.^a de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de febrero de 2022. *En la determinación de la cuantía de la licencia o regalía hipotética como método para cuantificar la indemnización del daño patrimonial causado, las tarifas aplicadas por la entidad de gestión colectiva relevante pueden ser un criterio más a tener en cuenta. No obstante, será innecesario cuando la regalía se acredite de forma más precisa, por ejemplo, acudiendo al valor de los servicios prestados por la artista en el pasado*

El conflicto trae causa de la demanda interpuesta contra Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S.A., y 7 y Acción, S.L., por la infracción de los derechos de propiedad intelectual de la autora de una obra pictórica cuya obra se había exhibido en el programa de televisión «El Hormiguero 3.0», en las redes sociales y en las plataformas digitales de Atresmedia, sin su autorización. En concreto, la exhibición del cuadro se realizó en un espacio humorístico del programa en el que una reproducción de la obra formaba parte del decorado de un apartamento descuidado y sucio.

La sentencia de primera instancia condenó a las demandadas a la cesación de la actividad infractora y a indemnizar a la artista, solidariamente, con la suma de 8.448 euros por los daños materiales (fijados en 1.148 euros) y morales (fijados en 7.000 euros) causados y al pago de los intereses correspondientes desde la reclamación extrajudicial, todo ello sin imposición de costas a ninguna de las partes. La artista interpuso recurso de apelación respecto de la fijación de la indemnización y de la publicación de sentencia. Por su parte, 7 y Acción se opuso al recurso de la demandante y recurrió a su vez la fijación de la indemnización por los daños al entender que no se

1. Las reseñas de los pronunciamientos judiciales han sido elaboradas por Santiago Fernández Tourné, Ana Ortega Redondo, Carmen Pastor, Marina Ramón y Sara Tato bajo la coordinación de Carles Vendrell Cervantes, abogados y abogadas de Uría Menéndez.

había producido un daño o que, en su caso, su importe debía ser inferior al apreciado por la sentencia.

La Secc. 28.^a de la Audiencia Provincial de Madrid revoca parcialmente la sentencia de primera instancia en el sentido de aumentar la indemnización por los daños materiales sufridos (a 9.000 euros), mantiene la cuantía de los daños morales en 7.000 euros y confirma la desestimación de la acción de publicación de la sentencia. La sentencia condena a 7 y Acción al pago de las costas derivadas de su impugnación de la sentencia de primera instancia, que se vio desestimada.

En cuanto a la determinación de la indemnización de los daños patrimoniales, la Audiencia Provincial acude a la doctrina *ex re ipsa*. En este sentido recuerda que, a pesar de que la «pura infracción» de los derechos de propiedad intelectual no permite presumir sin más la producción de un daño, existen determinados comportamientos que implican necesariamente la presencia de daños patrimoniales. En este caso, los comportamientos infractores de las demandadas «*directa e inmediatamente destinados a la explotación económica de la obra plástica, a través de su utilización para conformar la oferta propia que se hace en el mercado de entretenimiento, con finalidad lucrativa por su parte*» permiten deducir la existencia de daños.

En cuanto a la cuantificación de daños materiales, mediante el método, seleccionado por la parte actora, de la regalía hipotética (art. 140.2.b del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual), la Audiencia Provincial confirma la corrección de la propuesta de cálculo realizada por la demandante, que se basaba en tres facturas por los servicios prestados a terceros en el pasado. La Secc. 28.^a descarta uno a uno los argumentos que llevaron a la sentencia de instancia a considerar que los trabajos realizados en aquellos casos diferían del presente, lo que impediría utilizar las facturas como referencia.

Por ello, si bien la Audiencia Provincial considera que las tarifas de la entidad de gestión relevante (en este caso VEGAP —Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos—) pueden ser un criterio para determinar la regalía hipotética, estas tarifas no determinan «*en todo caso y supuesto*» el valor de la regalía, y recurrir a ellas es innecesario cuando se logra acreditar con mayor precisión la regalía hipotética, como sucede en este caso. Por ello, rechaza el uso de estas tarifas como referencia (que es lo que había utilizado la sentencia de instancia) y recuerda que «*es un hecho evidente y notorio que el primer y predominante parámetro para fijar la cuantía de una licencia por uso de los derechos patrimoniales de una obra, particularmente plástica, es la identidad de su autor*».

En cuanto a los concretos cálculos realizados por la parte actora para cuantificar el daño patrimonial, la Audiencia rechaza que la regalía hipotética deba cubrir el derecho de transformación de la obra, puesto que no se alteró la obra para producir una nueva, sino que se realizó simplemente una reproducción en otro formato, tamaño y calidad de colores. En cambio, sí considera que el precio de la licencia debe comprender no solo la exhibición de la obra en cuatro programas televisivos distintos, sino también la difusión realizada a través de las plataformas digitales titularidad de Atresmedia y en las redes sociales de Atresmedia. Por todo ello, la Audiencia Provincial cuantifica el daño patrimonial sufrido por la demandante en 9.000 euros.

En relación con la cuantificación del derecho moral sufrido por la demandante, la Audiencia confirma la fijación discrecional realizada en primera instancia de 7.000 euros. Así, confirma la existencia de daños morales producidos por el descubrimiento sorpresivo de la infracción en televisión, la impresión de mala calidad de la obra, su colocación torcida, el ambiente en la que se inserta (un decorado que representa un apartamento descuidado y sucio), los comentarios indirectos que se hacen sobre la obra (por ejemplo al afirmar sobre el dueño del apartamento representado que «*no tiene ni puta idea de decoración*») y la persistencia de la infracción (pues se podía acceder a ese *sketch* a través de redes sociales y plataformas digitales). Sin embargo, la Audiencia Provincial rechaza los argumentos adicionales esgrimidos por la parte actora para aumentar la cuantía indemnizatoria del daño moral, como el hecho de que la infracción fuera dolosa, pues esto solo sería relevante en casos concretos en los que exista una relación personal entre titular e infractor. Por otro lado, también rechaza el argumento de los demandados, según el cual el daño moral no puede superar al patrimonial.

Por último, en cuanto a la pretensión de publicación de la sentencia, la Audiencia recuerda que, como en otros ámbitos, la normativa de propiedad intelectual determina la finalidad reparatoria de esta acción, por lo que debe justificarse la necesidad de acudir a este remedio concreto (que no es automático) para paliar los efectos que la infracción haya dejado en el mercado. (C. PASTOR)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 17 de febrero de 2022. *Fin de jornada (Sorolla): Jurisprudencia sobre los informes periciales aportados por la Administración. Deben ser valorados de acuerdo con las reglas de la sana crítica, tomando en consideración si la propia administración es parte del litigio, así como la eventual situación de dependencia del perito que firma el informe y la posibilidad o no de solicitar aclaraciones*

La sentencia resuelve el recurso de casación interpuesto por un particular, cuyo recurso contencioso-administrativo había sido desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el año 2019. El Ministerio de Cultura y Deporte intervino como Administración demandada y recurrida en casación. El auto de admisión del recurso de casación estableció como cuestiones de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia las siguientes:

«1.º) *Naturaleza y valor probatorio de los informes de la Administración obrantes en el expediente administrativo más los aportados en sede judicial como pericial, todos elaborados por funcionarios o técnicos de la Administración, y, en particular, si deben ser tenidos como informes de parte y ser valorados como tales o, si por el hecho de proceder de funcionarios de los que se presume objetividad tienen un plus de fuerza probatoria frente a los informes de parte.*

2.º) *La determinación del carácter reglado o discrecional de las decisiones de la administración en materia de concesión o denegación de permisos de exportación».*

El origen del caso se sitúa en la denegación del permiso de exportación temporal con posibilidad de venta de la obra *Fin de jornada*, de Joaquín Sorolla (1863-1923). En concreto, la autorización fue denegada en 2016 al considerar la Dirección General de Bellas Artes que la obra poseía un valor excepcional, a los efectos de la legislación de patrimonio histórico español. En el expediente administrativo constaban dos informes del año 2007, del director del Museo Sorolla y del jefe del Departamento de Pintura del Siglo XIX del Museo Nacional del Prado, respectivamente, que, aun habiendo sido emitidos respecto de una solicitud de exportación anterior para la misma obra, fueron tenidos en cuenta en el proceso decisorio.

Por su parte, el recurrente aportó con su escrito de demanda dos dictámenes que, aun reconociendo los méritos de la obra, no la consideraban excepcional en el contexto de la producción del artista. Además, el recurrente cuestionó la objetividad de los dictámenes, según relata la sentencia, por haber sido dictados por expertos cuya designación corresponde a la Administración del Estado (recordemos, parte demandada en el procedimiento).

En la contestación a la demanda se aportó un documento interno de la Administración por el que se remitían a la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español dos informes, firmados por la jefa de Área de Colecciones de la Subdirección General de Museos Estatales y otro de la subdirectora general de Promoción de las Bellas Artes, que afirmaban el incalculable valor del cuadro y, por tanto, la conveniencia de su permanencia en España. Señala la sentencia que la remisión de dichos informes fue posterior a la decisión de la denegación de la exportación, aunque anterior a la resolución del recurso de alzada interpuesto.

El recurso contencioso-administrativo fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia porque, en definitiva, se otorgó mayor peso probatorio a los informes aportados por la Administración, lo que se justificó en su mayor objetividad e imparcialidad, pero sin entrar a valorar los argumentos en ellos expuestos. Ello dio pie a la admisión del recurso de casación para la formación de jurisprudencia relativa al valor probatorio de los informes aportados por la Administración, así como el carácter reglado o discrecional de las decisiones de la Administración en relación con los permisos de exportación.

La sentencia resuelve en primer lugar la segunda de estas cuestiones: de manera enunciativa, la Sala entiende que la potestad de autorización de la exportación es de carácter reglado, puesto que su denegación solamente procede «*si en el caso concreto concurre una causa que legalmente justifique la permanencia de la obra de arte en España, con arreglo al art. 5 de la Ley del Patrimonio Histórico Español*». No obstante, la apreciación de la concurrencia de tal causa puede conllevar cierta discrecionalidad técnica, lo cual no implica la admisibilidad de criterios de oportunidad o conveniencia.

La cuestión relativa a la naturaleza y valor probatorio de los informes periciales en este tipo de procedimientos se analiza con mayor detalle. Para ello, el análisis parte del artículo 335 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (aplicable supletoriamente *ex art. 60 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa*), que define la prueba del dictamen de peritos. El dictamen de peritos será oportuno cuando la acreditación de un hecho requiera de conocimientos especializados, admitiéndose que sean los propios expertos al servicio de la Administración quienes cuenten con los conocimientos necesarios para ello. La valoración de los dictámenes periciales se realiza según las reglas de la sana crítica, lo cual no es sino una manifestación de la libre valoración de la prueba, según recuerda la sentencia, y, por tanto, debe estar suficientemente motivada.

Habiendo expuesto que los expertos de la Administración pueden actuar como peritos, cuyos dictámenes se valorarán según las reglas de la sana crítica y siempre con la motivación adecuada, la sentencia realiza tres consideraciones a propósito de la cuestión de interés casacional planteada. En

primer lugar, dando la razón al recurrente, se explica que no puede tener la misma valoración un informe pericial de la Administración cuando este se aporta en un procedimiento en el que esta misma es parte, en comparación con un litigio entre terceros. Si la Administración es parte del procedimiento, no puede decirse que el informe goce de un plus de imparcialidad y credibilidad («*quien es parte no es imparcial*»). De hecho, es relevante tenerlo en cuenta cuando así ocurre, puesto que será necesario examinar en qué medida esta circunstancia ha podido influir en las conclusiones periciales.

En segundo lugar, se reflexiona acerca del variable grado de dependencia en el que se puede encontrar el experto en cuestión. En este sentido, no es equiparable la situación del funcionario inserto en la estructura jerárquica de la Administración con la de aquel que trabaja en organismos dotados de cierta autonomía respecto de la Administración llamada a decidir. A estos efectos, la sentencia trae a colación la regulación de la tacha de peritos a propósito de la situación de dependencia con las partes.

Por último, los informes periciales no pueden ser considerados como prueba pericial, aun habiendo sido elaborados por expertos, cuando las partes no hayan tenido oportunidad de pedir explicaciones o aclaraciones, y en ese caso no tendrán más valor que el de documentos administrativos.

En aplicación de lo expuesto, la Sala estima el recurso de casación, puesto que la sentencia de instancia no valoró los informes periciales según las reglas de la sana crítica. No se valoró la mayor o menor solidez de los informes, sino que se atribuyó una mayor objetividad e imparcialidad a los aportados por la Administración por esta mera circunstancia. Por tanto, no se considera suficiente la motivación. (S. FERNÁNDEZ TOURNÉ)

Consulta Vinculante V0486-22, de 10 de marzo de 2022 de la Subdirección General de Impuestos sobre el Consumo. *A diferencia de lo que ocurre con las criptomonedas, la compraventa de NFT en una subasta online constituye una operación sujeta y no exenta de IVA, ya que los NFT no tienen la naturaleza financiera de divisas ni son bienes fungibles. La venta de NFT a través de las correspondientes plataformas no constituye una entrega de bienes, pues no existe entrega física y, asumiendo que su elaboración no responde a un encargo previo, podría calificarse como servicios prestados por vía electrónica que, en caso de entenderse realizados en el territorio de aplicación del impuesto, deben tributar al tipo general del 21 %*

La consulta planteada se refiere a la tributación en el Impuesto sobre el Valor Añadido de la venta de NFT (*non fungible tokens*) de obras de arte, esto es, certificados digitales de autenticidad que, mediante la tecnología *block-chain*, se asocian a un único archivo digital y cuyo subyacente puede ser todo aquello que pueda representarse digitalmente, como, en este caso, una obra de arte. De esta forma, el objeto de la venta no es la obra de arte en sí, sino un NFT que otorga al comprador derechos de uso, pero en ningún caso los derechos subyacentes a la propiedad de la obra.

Las compraventas se realizan a través de plataformas especializadas que gestionan la transmisión de la titularidad del NFT en las que los distintos operadores se identifican mediante alias o apodos que adoptan para realizar operaciones en la red (comúnmente denominados *nicks*).

El artículo 4 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido («**Ley del IVA**») establece en su primer apartado que «*estarán sujetas al Impuesto las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del Impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, incluso si se efectúan a favor de los propios socios, asociados, miembros o partícipes de las entidades que las realicen*».

De esta forma, la Dirección General de Tributos («**DGT**») establece los factores que deben analizarse a fin de determinar la sujeción de la venta de NFT al IVA: si el prestador de servicios actúa como empresario o profesional, si la actividad constituye una entrega de bienes o prestación de servicios sujeta al impuesto, si la plataforma a través de la cual se realiza la venta actúa en nombre propio o en nombre ajeno, si el comprador actúa en calidad de empresario o profesional o si, por el contrario, es el consumidor final, y si la venta se ha producido en el ámbito espacial del impuesto.

Dada la falta de información de la consulta, la DGT, en primer lugar, asume las siguientes hipótesis: (i) el vendedor actúa como empresario y profesional, pues no hay motivos para considerar que la venta se realizó de forma puntual y aislada, sin intención de continuidad y al margen de una

actividad empresarial o profesional; (ii) las plataformas de intermediación se limitan a operar en nombre ajeno, ya que, según se indica en la consulta, no pueden proporcionar al vendedor la identidad concreta del comprador, de suerte que la transacción objeto de consulta parece realizarse entre el consultante y el comprador del bien o servicio digital correspondiente; y (iii) el comprador actúa como consumidor final.

Por lo que a la naturaleza de la operación se refiere, la DGT descarta que los NFT participen de la naturaleza de las criptomonedas y demás divisas digitales al no configurarse como divisas ni tratarse de bienes fungibles. De esta forma, excluye la aplicación de la exención prevista para este tipo de bienes.

Por otra parte, considera que tampoco procede la calificación de la venta de los *token* objeto de consulta como entregas de bienes, dado que el objeto de la transacción consistiría en el propio certificado digital de autenticidad que representa el NFT, sin que tenga lugar la entrega física de la obra ni del propio archivo digital asociado al NFT.

Así, la DGT sostiene que, si se asume que la elaboración de la obra no responde a un encargo previo, la venta de NFT a través de las correspondientes plataformas podría calificarse como servicios prestados por vía electrónica que, en caso de entenderse realizados en el territorio de aplicación del impuesto, deben tributar al tipo general del 21 %.

El hecho de que se considere que la compraventa de NFT es un servicio prestado por vía electrónica implica que se debe atender a las reglas especiales de localización de este tipo de servicios, en virtud de las cuales, si el consumidor final está establecido o tiene su domicilio o residencia habitual en un territorio de la Comunidad de conformidad con lo previsto en el art. 3 de la Ley del IVA, salvo que no se supere el límite de 10.000 euros durante el año anterior o el año en curso la cifra de 10.000 euros en este tipo de operaciones comunitarias (IVA excluido) —en cuyo caso podrá optar por tributar en España o en el Estado miembro de residencia del consumidor final—, el prestador de servicios deberá tributar en cada Estado miembro de residencia de su cliente final.

Por su parte, en caso de que el destinatario, consumidor final, esté establecido o tenga su domicilio o residencia habitual en un país o territorio tercero a efectos del IVA (tales como Canarias, Ceuta y Melilla), los servicios objeto de consulta no estarían sujetos al IVA, salvo que fuera de aplicación la regla de cierre prevista en el artículo 70 Dos de la Ley del IVA.

Por último, la DGT se refiere a la problemática existente a la hora de determinar el lugar donde está establecido el cliente, dado que dichas transacciones se llevan a cabo a través de plataformas *online* de forma anónima,

toda vez que dichos clientes se identifican únicamente mediante sus *nicks* o alias.

A estos efectos, acude al Reglamento de Ejecución (UE) n.º 282/2011, del Consejo, de 15 de marzo de 2011, por el que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2006/112/CE relativa al sistema común del impuesto sobre el valor, el cual contiene una serie de reglas para determinar la ubicación del cliente de los servicios tecnológicos como los que son objeto de consulta.

Entre las distintas reglas que cita, merece la pena destacar las dos siguientes presunciones: «*en el caso de los servicios de telecomunicaciones, de radiodifusión y televisión, o de la prestación de servicios efectuada por vía electrónica, prestados a una persona que no tenga la condición de sujeto pasivo: a) a través de su línea fija terrestre, se presumirá que el cliente está establecido, tiene su domicilio o su residencia habitual, en el lugar de instalación de la línea fija terrestre; b) a través de redes móviles, se presumirá que el cliente está establecido, tiene su domicilio o su residencia habitual en el país identificado por el código de teléfono móvil nacional de la tarjeta SIM utilizada para la recepción de dichos servicios [...]*» (A. ORTEGA REDONDO).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 23 de marzo de 2022. Lugar de Encuentros II (*Chillida*). *Los grafitis realizados sobre una obra del patrimonio histórico español pueden circunscribirse en el delito de daños contra el patrimonio histórico-tipificado en el artículo 323 del código Penal si producen un menoscabo que altera la apariencia del bien que requiere labores específicas y cuantificables económicamente para la restitución a su estado original*

En marzo de 2017, un grafitero realizó pintadas sobre la escultura de Chillida conocida como *Lugar de Encuentros II*, situada en la Plaza del Rey, n.º 1, de Madrid. La escultura, que data de 1971, es propiedad del Estado y está inventariada por el Ayuntamiento de Madrid como bien mueble de carácter artístico e histórico desde el año 2015. Para eliminar las pintadas y devolver a la obra a su estado original fueron necesarias tareas de restauración cuyo coste asciende a 1.376,40 euros.

El caso llegó al Juzgado de lo Penal núm. 29 de Madrid, que condenó al grafitero como responsable de un delito de daños contra el patrimonio histórico-artístico tipificado en el artículo 323 del Código Penal («CP»). Se le condenó asimismo a indemnizar al Ayuntamiento de Madrid con 1.376,40 euros, en concepto de responsabilidad civil.

Sin embargo, la Audiencia Provincial revocó la sentencia de instancia y acabó absolviendo al grafitero sobre la base de que la escultura fue objeto de un mero deslucimiento y no de un menoscabo que merezca la aplicación del tipo penal. El Ministerio Fiscal interpuso contra esta resolución recurso de casación por infracción de ley ante el Tribunal Supremo, por aplicación indebida del art. 323 CP. Considera el Ministerio Fiscal que la premisa de la que parte la Audiencia es incorrecta, ya que, para la apreciación de la existencia de un deterioro o menoscabo más allá de un deslucimiento, soslaya que fueron necesarias labores específicas de restauración sobre el bien de valor histórico-artístico.

El Tribunal Supremo estima el recurso y confirma la sentencia del Juzgado de lo Penal, revocando la sentencia de segunda instancia. La cuestión relevante en casación reside en dilucidar si la pintada sobre la obra de Chillida ocasionó daños o si, por el contrario, se trata de «un mero deslucimiento del bien», y si en este último caso, los hechos se consideran actos delictivos.

La conducta típica recogida en el art. 323 CP consiste en dañar dolosamente bienes de valor histórico, artístico, cultural o monumental. Según alegó el Ministerio Fiscal, a través de la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, quedó derogada la falta contenida en el art. 625.2 CP cuya redacción reservaba la aplicación del art. 323 CP a los daños que

superasen los 400 euros. Así, a partir de esta modificación, quedarían subsumidos en el art. 323 CP los daños dolosos causados a los bienes de valor histórico-artístico independientemente del umbral económico de 400 euros. Esto incluiría, según el Ministerio Fiscal, tanto daños en sentido propio como los deslucimientos que puede causar un grafiti de cierta entidad, ya que este tipo de actos suponen el menoscabo de la integridad y valor del bien, siendo especial objeto de protección.

El Alto Tribunal concuerda con la argumentación esgrimida por el Ministerio Fiscal en lo relativo a la inexistencia en la actualidad de un límite cuantitativo de los daños contemplados en el art. 323 CP para la aplicación del precepto. También estima, atendiendo a la evolución legislativa, que la derogación de la falta que tipificaba especialmente el deslucimiento no supone la despenalización de la conducta, sino que aquel deslucimiento sobre un bien de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental o en determinados yacimientos «*que implique una pérdida de su valor o suponga una necesidad de reparación evaluable económicamente*» ha de ser reconducido al delito de daños. Además, el art. 323 CP establece como alternativa a la pena de prisión la imposición de una multa de doce a veinticuatro meses, lo que permite que se ajuste la pena a la gravedad de los daños o al valor del bien.

El Tribunal Supremo concluye que en ocasiones cabe apreciar un «*menoscabo por deterioro*» del bien, dada la alteración relevante de su apariencia externa, a pesar de que el bien no haya sido destruido o disminuido físicamente. Confirma así que la conducta del grafitero altera la apariencia del bien histórico-artístico, produciendo un menoscabo que requiere de labores específicas —y cuantificables económicamente— para la restitución a su estado original.

Por último, recuerda que para dilucidar si se trata de un delito o de una infracción administrativa del art. 34 de la Ley de Seguridad Ciudadana, debe aplicarse el principio de proporcionalidad en virtud de la gravedad de la conducta y de su resultado.

En aplicación de lo anterior, como se ha anticipado, el Tribunal Supremo estima el recurso del Ministerio Fiscal, destacando que las pintadas conllevaron necesariamente la contratación —por importe de 1.376,40 euros— de un equipo especializado en restauración que realizó labores más allá de una mera limpieza, siendo necesarias «*una máquina hidrolimpiadora de agua nebulizada, la colocación de papetas (sic) específicas para la absorción de las tintas del propio grafiti, la posterior retirada de las mismas, así como la limpieza de todo el conjunto y retirada de implantaciones de distinta maquinaria auxiliar*». (M. RAMÓN).

Sentencia n.º 640/2022 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de julio de 2022, Secc. 6.ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo, recurso n.º 1213/2017. Fin de jornada (Sorolla): *Retroacción de las actuaciones ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid para una nueva valoración de los informes periciales en el procedimiento relativo a la denegación de la solicitud de exportación*

Habiendo estimado el Tribunal Supremo, en su Sentencia núm. 597/2022 de 17 de febrero de 2022, el recurso de casación relativo a la denegación de la exportación de la obra *Fin de jornada* de Joaquín Sorolla (ver reseña anterior), las actuaciones volvieron al Tribunal Superior de Justicia para su reexamen.

Siendo ya conocidos los antecedentes de este asunto, interesa detenerse en la valoración de la prueba que realiza la Sala de acuerdo con la exigencia del artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de valorar los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica y a la luz de la interpretación realizada por el Tribunal Supremo.

A diferencia de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 2019, en la presente sentencia se expone de forma detallada el contenido de los dos dictámenes periciales aportados por el recurrente en apoyo de su postura. En el primero de ellos, firmado por una experta que a su vez ostenta el cargo de vocal en el Patronato del Museo Sorolla desde el año 1992, se concluye que la obra no se encuentra entre las más valoradas del período al que pertenece, y, además, no es de esa etapa precisamente de la quealtarían obras en el museo dedicado al artista. Esta experta remarca que, en su opinión, debería concederse el permiso de exportación si la Administración no tiene intención de adquirir la obra para su exposición. El segundo de los informes niega que la obra suponga un punto de inflexión en la obra de Sorolla y niega también que constituya un antecedente fundamental de la serie de obras de mayor relevancia pintadas en Jávea cinco años después. De hecho, en la obra destaca la corporeidad de las figuras, mientras que las obras más relevantes realizadas en Jávea son precisamente las que rompen con esa corporeidad.

Por el contrario, en el informe de la subdirectora general de Promoción de las Bellas Artes resumido en la sentencia, la conclusión es que la obra constituye un profundo cambio en la producción del artista en cuanto al efecto de la luz y la extraordinaria paleta, entre otros, que desaconsejan la salida de la obra.

Tanto la sentencia de 2019 como la presente sentencia hacen alusión a que no cabe cuestionar la independencia de los peritos de la Administración como parte interesada, en la misma medida en que en los expertos que intervienen por iniciativa del recurrente concurren vínculos familiares, en el caso de la primera, y profesionales, en el de la segunda.

Habida cuenta de lo expuesto en los informes periciales, la Sala considera que resulta patente la evolución del artista a partir de su estancia en Jávea en el momento en que produjo la obra objeto del litigio. Los informes de la Administración pondrían así de relieve la singularidad del cuadro, a diferencia de los aportados por el recurrente, que la contextualizan en el conjunto de la producción del artista. También se expone que la «mayor relevancia» o «excepcionalidad» de la obra puede entenderse amparada en modo bastante por los elementos técnicos mencionados en los informes de la Administración. Además, se considera relevante que en la década anterior a la denegación del permiso se hubiera autorizado la exportación de más de cien obras, y únicamente se hayan denegado dos (entre las cuales está *Fin de jornada*). Por último, la obra constituiría un ejemplo de un punto álgido en los cambios en la obra del artista en cuanto al estudio de la luz y el empleo del color, siendo destacable su valor como apoyo a los dibujos existentes en el Museo Sorolla. Todo ello va a conllevar la desestimación del motivo relativo a la valoración de los informes periciales.

Tampoco se va a acoger el motivo relativo a la supuesta discrecionalidad de la Administración por el cambio de criterio respecto al permiso de exportación concedido en el año 2007. La sentencia cita jurisprudencia del propio Tribunal Supremo para argumentar que la decisión de denegación supone el ejercicio de potestades regladas que requieren una justificación suficiente, lo cual considera acreditado en este supuesto. Los restantes motivos planteados (excepcionalidad de la denegación del permiso de exportación y vulneración del principio de igualdad) también se desestiman, sin ninguna diferencia respecto de lo que ya se dijo en 2019.

Por lo anterior, la sentencia desestima íntegramente el recurso, y frente ella cabría interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo (S. FERNÁNDEZ TOURNÉ).

Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Barcelona de 21 de octubre de 2022. *El Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Barcelona ordena retirar cautelarmente los NFT de cinco obras de Joan Miró, Antoni Tàpies y Miquel Barceló, propiedad de una empresa de moda*

Este auto trae causa de una demanda interpuesta por VEGAP contra Punto Fa, S.L. (o «**Grupo Mango**») en la que se ejercitaban acciones por infracción de derechos de propiedad intelectual (esencialmente, cesación, remoción y daños), al considerar la demandante que Grupo Mango estaba explotando cinco obras de Joan Miró, Antoni Tàpies y Miquel Barceló (las «**Obras**») sin su consentimiento ni autorización. Asimismo, VEGAP solicitó, con la demanda, la adopción de medidas cautelares *inaudita parte* consistentes en el cese temporal del uso de esas obras. Tras acordar el Juzgado la tramitación con audiencia de la demandada y celebrada la vista, se dictó el auto objeto de esta reseña, que resuelve esa solicitud de medidas cautelares.

Los hechos que están en el origen del conflicto son los siguientes: Grupo Mango habría utilizado —sin el debido consentimiento de los titulares de los derechos— las Obras para su exposición en la inauguración de una tienda física en Nueva York, su publicación en distintas plataformas y redes sociales, el metaverso Decentraland y el *marketplace* Opensea.

El Juzgado comienza analizando el *periculum in mora*. Para ello, el núcleo central del debate, según el Juzgado, es determinar si por el hecho de haber retirado los NFT de Opensea se puede descartar por completo la concurrencia de *periculum*.

Al respecto, Grupo Mango argumenta que los NFT han sido ya retirados de la plataforma Opensea y, por lo tanto, la medida solicitada habría perdido también completamente su objeto. Sin embargo, VEGAP argumenta que la retirada de los NFT de Opensea únicamente impide que sean visualizados, pero aquellos seguirían disponibles en la plataforma y en la cuenta de Grupo Mango (de modo que este último podría disponer libremente de ellos).

Finalmente, el Juzgado considera que concurre un «mínimo» peligro en la demora al entender que es dudosa la efectividad de la retirada de los NFT por parte de Opensea. Esto es así, afirma el Juzgado, porque no existe prueba fehaciente de que Opensea no haya puesto fin a la retirada de los NFT e incluso, aunque los NFT siguiesen retenidos por la plataforma, no se puede excluir que esta no sea objeto de «*actos de piratería o hackeo*» que permitan su sustracción.

En lo que a la apariencia de buen derecho respecta, el Juzgado identifica como principal punto de controversia «*determinar hasta dónde alcanzan los derechos del Grupo Mango en cuanto titular de los cuadros originales*». Así, VEGAP apuntaba en su demanda que se habría cometido una infracción de

los derechos morales de integridad y divulgación, así como de los derechos patrimoniales de reproducción, transformación y comunicación pública. Por su parte, Grupo Mango afirma que no se habría producido infracción alguna en la medida en que Grupo Mango es titular de los soportes físicos de las Obras, la creación de las obras digitales y su difusión no requería de autorización de los autores al tratarse de un «uso inocuo», las publicaciones digitales se trataban de «reinterpretaciones» de las Obras y los NFT no se han convertido en *blockchain*, por lo que no se puede disponer de ellos.

El Juzgado considera que no está claro que el derecho de exhibición del que es titular el propietario del soporte físico de las Obras pueda amparar la reproducción y transformación de estas mediante la creación de un NFT —o se pueda considerar un «uso inocuo» que excluya la necesidad de autorización del autor de las Obras—.

Por todo lo anterior, el auto finalmente acuerda la adopción de medidas cautelares mediante las que se requiere a Ozone Networks Inc (titular de la plataforma Opensea) a poner a disposición del Juzgado los NFT controvertidos para su custodia por el letrado de la Administración de Justicia (S. TATO).

VARIA

Gallerie Degli Uffizi contra Jean Paul Gaultier

SANTIAGO FERNÁNDEZ TOURNÉ

Abogado de Uría Menéndez

Recientemente se ha conocido la noticia de que la Gallerie degli Uffizi, que alberga algunas de las obras más destacadas de Tiziano, Boticelli o Caravaggio, entre tantos otros, ha demandado a la firma Jean Paul Gaultier por la utilización de una de las obras maestras que alberga, *El nacimiento de Venus*, en una de las últimas «cápsulas» de la empresa de moda¹.

En concreto, en abril de 2022, Jean Paul Gaultier lanzó la colección cápsula bajo el título *Le Musée*, para la cual la firma utilizó estampados de *El nacimiento de Venus* de Boticelli, *Las tres gracias* de Rubens y *La creación de Adán* de Miguel Ángel, en diferentes prendas de ropa. La decisión de emprender acciones legales se tomó tras un primer intento de la Gallerie degli Uffizi de instar a la firma de moda a retirar del mercado las prendas, o bien a abonar la tasa que correspondía, de acuerdo con la legislación italiana. Si bien las prendas han sido retiradas de la página web de la marca, las imágenes promocionales continúan visibles en sus perfiles en redes sociales.

1. Jo LAWSON-TANCREDE, «Uffizi is suing fashion label Jean Paul Gaultier for using Botticelli's «Birth of Venus» in a Capsule Collection», 10 de octubre de 2022, disponible en el sitio web de Artnet: <https://news.artnet.com/art-world/jean-paul-gaultier-botticelli-2189397>.



Figura 1: Imágenes promocionales en el perfil de Instagram de Jean Paul Gaultier

La noticia puede sorprender porque tanto en España como en el resto de países de la Unión Europea los derechos patrimoniales del derecho de autor están sometidos, con carácter general, a un plazo de duración de setenta años desde la muerte del autor, siendo posteriormente titularidad de sus herederos. En cuanto a los derechos morales, únicamente sobreviven al fallecimiento del autor los derechos de reconocimiento de la autoría y de respeto a la integridad de la obra, cuyo ejercicio corresponde, sin límite temporal, a la persona natural o jurídica a la que el autor se lo haya confiado expresamente por disposición de última voluntad, o, en su defecto, a sus herederos².

Concluido el plazo general de setenta años tras la muerte del autor, las obras pasan a dominio público, lo cual implica que podrán ser utilizadas por cualquiera (siempre que se reconozca la autoría y se respete la integridad de la obra)³.

Este planteamiento se encuentra, en la legislación italiana, con una matización ajena al derecho de autor, pero que, no obstante, limita la posibilidad de reproducción de las obras que se encuentran en dominio público. Nos referimos a una medida en materia de protección de los bienes culturales, que, como se explica a continuación, supedita la explotación comercial de determinadas obras de arte a la obtención de una autorización previa y el pago de un canon.

2. Este régimen conoce de determinadas precisiones en supuestos concretos, como el de las obras anónimas o seudónimas, para las que el *dies a quo* del plazo de setenta años es el momento de su divulgación lícita (también aplicable a las obras colectivas), o el de las obras en colaboración (o coautoría), cuyos derechos de explotación duran toda la vida de los coautores y setenta años desde la muerte o declaración de fallecimiento del último coautor superviviente.
3. Artículos 15, 26 y 41 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

El artículo 108 del Código de Bienes Culturales y del Paisaje⁴, en vigor desde el año 2004, somete al pago de un canon la reproducción de bienes culturales⁵ con fines lucrativos. Se excluyen de dicho canon los usos relacionados con el estudio o la investigación. Dado que el ámbito de aplicación de dicha disposición es bastante amplio (puesto que prácticamente cualquier bien cultural cuyos derechos de explotación hayan expirado se encuentra afectado), existe fundamento para que la Gallerie degli Uffizi reclame a Jean Paul Gaultier el abono del canon.

La norma no regula el importe preciso de dicho canon, sino que otorga la facultad a la autoridad que consigne el bien, de acuerdo con los siguientes criterios: la naturaleza de las actividades que se autorizan, los medios y métodos de realización de las reproducciones, el tipo y tiempo de utilización de los medios, y el uso y el destino de las reproducciones, así como los beneficios económicos que se derivan de ellas⁶. El pago del canon debe realizarse por adelantado.

Si bien es cierto que, *a priori*, puede parecer una disposición de imposible cumplimiento en la práctica (imagínese la tramitación de la tasa de cualquier *souvenir* con imágenes de obras de arte italianas), existen precedentes judiciales en Italia que han confirmado que es perfectamente exigible por la institución que tutele el bien que su uso se condicione a la obtención de autorización, previo pago de la tasa correspondiente. No obstante, el número de litigios al que ha dado lugar esta particular disposición no es elevado.

A efectos ilustrativos, en el año 2017, un Tribunal de Florencia ordenó a una empresa turística cesar la reproducción de la imagen «*del David de Miguel Ángel o sus partes, en cualquier forma y/o por cualquier medio, incluso informatizada*», así como «*la retirada inmediata del mercado y la destrucción de todos los materiales publicitarios*», puesto que la utilización de imágenes de dicha obra sin la correspondiente autorización y el pago del canon en folletos promocionales se consideró contraria al contenido del artículo 108 del Código de Bienes Culturales y del Paisaje⁷.

4. *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, decreto legislativo de 2 de enero de 2004, publicado en la *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* núm. 45 de 24 de febrero de 2004.

5. El artículo 10 del Código de Bienes Culturales y del Paisaje define los bienes culturales en los siguientes términos: «*Los bienes culturales son bienes inmuebles y muebles pertenecientes al Estado, las regiones, otros entes públicos territoriales, así como a cualquier otro organismo e instituto público y a las personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro, incluidas las entidades eclesiásticas civilmente reconocidos, que son de interés artístico, histórico, arqueológico o etnoantropológico*».

6. La Gallerie degli Uffizi incluye en su página web el listado de cuantías en función del tipo de reproducción que se pretende: <https://www.uffizi.it/en/professional-services/wewef>.

7. Decisión número 137587/2017 del Tribunal de Florencia (Civil), de 25 de octubre de 2017.

Tampoco es la primera vez que la Gallerie degli Uffizi recurre a acciones legales para instar al cese del uso de imágenes de sus obras con ánimo de lucro. En el año 2021, consiguió que la empresa PornHub retirase de su página web las obras que había incluido en su selección relativa a grandes obras de arte de contenido erótico, por no haberse obtenido la preceptiva autorización mediante el pago del canon correspondiente.

No sorprende la noticia porque una empresa pretenda explotar una obra original de un artista, lo cual no es en absoluto infrecuente, sino por el hecho de que los derechos de explotación de una obra del siglo XV puedan ser reclamados en la actualidad. Si bien el fundamento de la extensión de los derechos de explotación tras la muerte del autor es permitir el disfrute del rédito económico que frecuentemente no ha existido durante su vida, este derecho se limita en el tiempo, puesto que se entiende que también la creación artística se ha nutrido de la cultura en la que se ha concebido. Por ello, transcurrido un cierto tiempo, se considera que debe ser devuelta a la sociedad.

Distinta sería la respuesta en nuestro ordenamiento, ya que sería inviable que el Museo Nacional del Prado reclamase en términos similares a la Gallerie degli Uffizi respecto del uso de *Las tres gracias* de Rubens, puesto que los únicos límites a la utilización de las obras en dominio público son el respeto a la autoría y la integridad de la obra. En la medida en que la reproducción no vulnere dichos límites, no sería posible argumentar una vulneración de los derechos de explotación del museo.

No obstante, quizá el debate sería otro. ¿Podría la incorporación de determinadas obras a una línea de ropa suponer un atentado a la integridad de las obras? Es decir, cabe reflexionar acerca de si este tipo de medida de protección del patrimonio cultural, con innegable impacto en el régimen del derecho de autor, conlleva un determinado margen de control de las actuaciones que se autoricen o no. En este sentido, es relevante resaltar que la normativa se refiere a la concesión de la autorización, previo pago del canon correspondiente, como una decisión de la Administración («1. El Ministerio, las Regiones y demás organismos públicos territoriales podrán consentir...») y, por tanto, en principio, podría tener un resultado tanto favorable como desfavorable a la solicitud. Se enfrenta la defensa de un posible umbral mínimo de respeto a la obra con la potencial afectación al derecho a la libertad de expresión.

La noticia de la interposición de la demanda se conoció en el mes de octubre de 2022, pero la resolución de la disputa todavía no se ha publicado a la fecha de redacción del presente texto.

Ante la destrucción del patrimonio cultural de Ucrania ¿el derecho tiene respuestas?

La civilización exige defender la vida, terminar con la violencia y preservar la cultura¹

JUAN JAVIER NEGRI

Abogado. Negri & Pueyrredón Abogados



El Memorial del Holocausto en Kiev, dañado por los bombardeos rusos.

1. La presente nota apareció originariamente en el boletín *Dos Minutos de Doctrina* correspondiente al día 15 de marzo de 2022. 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.).

La invasión feroz e ilegítima del territorio de Ucrania y sus atroces secuelas sobre la población civil violan el derecho internacional, ese conjunto de reglas que intentan establecer un cierto grado de convivencia razonable entre quienes integramos la raza humana. En nuestra última edición adherimos a la declaración en tal sentido hecha por la Asociación Argentina de Derecho Comparado².

Esa invasión, además del costo irreparable en vidas tronchadas u obligadas a abandonar sus hogares, tiene un alto costo sobre el patrimonio cultural ubicado en las zonas bombardeadas. Kiev y otras ciudades ucranianas tienen monumentos bellísimos, ricos museos y edificios que son parte de la herencia colectiva de la humanidad y no solo de un país determinado.

El Tratado de Roma (celebrado en esa ciudad el 17 de julio de 1998, al que han adherido ciento veintitrés países) entre otras disposiciones creó la Corte Penal Internacional («la ICC», por sus siglas en inglés). El tratado entró en vigor el 1 de julio de 2002.

El Tratado identifica cuatro crímenes de naturaleza «internacional», todos ellos *imprescriptibles*: el genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra propiamente dichos y la agresión. Estos pueden ser investigados y sancionados por la ICC cuando ocurren en el territorio de los Estados miembros y solo cuando estos son incapaces de hacerlo por sí mismos o se rehúsan. La ICC también puede intervenir si lo autoriza el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

El artículo 8 (b) (ix) del Estatuto incluye específicamente entre los crímenes de guerra el ataque intencional contra edificios dedicados al culto, a la educación, el arte, la ciencia o a propósitos caritativos y contra monumentos históricos, siempre que no sean objetivos militares.

Ucrania es parte del Tratado desde 2013; Rusia, en cambio, que lo firmó en el 2000, se retiró de él en 2016. Esto hace difícil que la ICC pueda intervenir; sin embargo, sus fiscales anunciaron hace poco que investigarán la posible comisión de crímenes de este tipo por Rusia en Ucrania luego de recibir denuncias de otros cuarenta países.

Además del Tratado de Roma existe la Convención de La Haya sobre Protección de Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, celebrada en 1954. La Argentina adhirió a la Convención mediante la Ley 23618, sancionada en 1988.

En su artículo 4, esta exige «respetar los bienes culturales». A nadie le escapa que estos son objetivos importantes en una guerra: la destrucción de todo aquello que tenga importancia cultural, histórica o simbólica para un pueblo determinado produce una desmoralización generalizada entre sus integrantes.

2. Véase «A propósito de la guerra en Ucrania», *Dos Minutos de Doctrina*, XIX:1022, 11 de marzo de 2022.

La Convención define a los bienes culturales, «*cualquiera sea su origen y propietario*», como aquellos «*bienes muebles o inmuebles que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, tales como los monumentos de arquitectura, de arte o de historia, religiosos o seculares, los campos arqueológicos, los grupos de construcciones que por su conjunto ofrezcan un gran interés histórico o artístico, las obras de arte, manuscritos, libros y otros objetos de interés histórico, artístico o arqueológico, así como las colecciones científicas y las colecciones importantes de libros de archivos o de reproducciones de los bienes antes definidos*».

También incluye a «*los edificios cuyo destino principal sea conservar o exponer los bienes culturales muebles [...] tales como los museos, las grandes bibliotecas, los depósitos de archivos, así como los refugios destinados a proteger en caso de conflicto armado los bienes culturales*» y «*los centros monumentales*».

¿Y qué es ese «respeto» del que habla la Convención?

«Respeto» implica abstenerse de usar los bienes culturales de modo tal que se los exponga a ser destruidos o dañados y evitar realizar actos hostiles contra ellos.

Lamentablemente, esta última obligación se vio algo disminuida cuando, al momento de firmarse la Convención, se introdujo una enmienda que permite realizar actos de esa naturaleza cuando existen «*necesidades imperativas de índole militar*».

Obviamente, ha sido difícil establecer cuándo existen esas «necesidades imperativas».

El dilema tiene interesantes antecedentes: el 29 de diciembre de 1943, el general Eisenhower, al frente de las tropas aliadas en Europa durante la guerra contra el régimen nazi de Alemania, emitió la siguiente declaración:

«Hoy peleamos en Italia, un país que ha contribuido enormemente a nuestra herencia cultural y rico en monumentos que, cuando fueron erigidos y aun hoy, con su antigüedad, atestiguan el crecimiento de una civilización, que es la nuestra. Si tuviéramos que elegir entre destruir un edificio famoso o sacrificar a nuestros hombres, en ese momento contará mucho más la vida de éstos y el edificio deberá desaparecer. Pero la elección no siempre es tan neta. En muchos casos los edificios pueden ser salvados sin detrimento de las necesidades operativas. Nada puede oponerse al argumento de la necesidad militar. Ése es un principio establecido. Pero a veces la frase “necesidad militar” se usa cuando, en realidad, sería más preciso hablar de “conveniencia militar” o incluso de “conveniencia personal”. No quiero que sirva para ocultar la negligencia o la indiferencia»³.

3. «Informe de la Comisión Estadounidense para la Protección y Salvamento de los Monumentos Artísticos en Zonas de Guerra», Washington DC, US Government Printing Office, 1946; J. H. MERRYMAN y otros, *Law, Ethics and the Visual Arts*, Wolters Kluwers, Aalphen, Países Bajos, 2007, p. 100.

La cuestión de las «necesidades operativas» resurgió durante varios conflictos ocurridos a fines de la década de 1980 y principios de los 90.

En consecuencia, en marzo de 1999 se adoptó en La Haya el llamado Segundo Protocolo de la Convención, según el cual solo se podrá dirigir un acto de hostilidad contra un bien cultural *«cuando y durante todo el tiempo en que ese bien cultural, por su función, haya sido transformado en un objetivo militar y no exista otra alternativa prácticamente posible para obtener una ventaja militar equivalente a la que ofrece dirigir un acto de hostilidad contra ese objetivo»*.

En junio de 2020 Ucrania ratificó el Segundo Protocolo. *Rusia no lo ha hecho.*

Por lo tanto, la ahora limitada definición de «necesidades imperativas» no va a ser aplicable en este caso.

Pero... ¿llegará esta situación a plantearse ante algún tribunal alguna vez?

Quizás suceda: Ucrania presentó una demanda formal contra Rusia ante la Corte Internacional de Justicia en La Haya el pasado 26 de febrero en la que solicitó el cese de hostilidades.

Obviamente, es más que probable que, en el caso que Rusia reconozca la jurisdicción de ese tribunal, plantee la existencia de «necesidades imperativas de índole militar» que justifiquen sus numerosos actos de destrucción del patrimonio cultural ucraniano.

Aún no hay precedentes de la aplicación de la Convención de La Haya de 1954 a casos de daños al patrimonio cultural.

Sin embargo, en un precedente reciente⁴ (dictado a raíz de la guerra de Nagorno-Karavagh), la Corte ordenó a Azerbaiyán que, en virtud de lo dispuesto en otro tratado internacional (la Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial de 1965) *«tomara todas las medidas necesarias para impedir y castigar actos de vandalismo y profanación que afecten el patrimonio cultural armenio, incluyendo, sin limitación, iglesias y otros lugares de culto, monumentos, hitos históricos, cementerios y artefactos»*.

Una cosa es *destrucción*; otra muy distinta es saqueo, pillaje y vandalismo. La Convención, en estos últimos casos, no prevé dispensa alguna, porque, obviamente, las necesidades militares nunca requieren el saqueo ni represalias contra bienes culturales del enemigo.

Aun no hay información fidedigna acerca de la existencia de actos de saqueo del patrimonio cultural ucraniano, aunque hay rumores de que ya han ocurrido en Crimea.

4. *In re*, «República de Armenia c. República de Azerbaiyán», Corte Internacional de Justicia, 7 de diciembre de 2021; No. 2021/34, en <https://www.icjci.org/public/files/case-related/180/180-0211207PRE-01-00-EN.pdf>.

La Convención de La Haya establece que el Estado en control de un territorio determinado tiene la obligación estricta de prohibir e impedir saqueos, pillaje y vandalismo, sean llevados a cabo por soldados o civiles.

Si existe un Segundo Protocolo, ¿existe un Primer Protocolo? Sí, existe. Y prohíbe la exportación de bienes del patrimonio cultural ubicados en una zona de conflicto a terceros países, e impone a estos la obligación de secuestrar esos bienes y devolverlos al país de origen al terminar las hostilidades.

Un fallo reciente, del 26 de octubre de 2021, dictado por la Cámara de Apelaciones de Ámsterdam en un caso planteado a raíz de la invasión rusa de Crimea resolvió que el llamado «Tesoro de Crimea» (una colección de objetos de oro de la cultura escita y pertenecientes a museos ucranianos que se exhibía en el Museo Allard Pierson en Holanda en 2014 al momento de la invasión rusa de esa península) debía ser devuelto a Ucrania y no a las autoridades ocupantes de Crimea, que lo reclamó. El precedente puede tener ahora graves repercusiones.

El Filosofito, que nos lee en borrador, suspira con tristeza. «¡Qué lamentable! La guerra, con todo su bagaje de pérdida de vidas humanas, de dolor, violencia y destrucción, no es otra cosa que la negación de la existencia de una civilización. Sería contradictorio que subsistan los monumentos y las obras de arte de la raza humana y esta, en cambio, se extinga como consecuencia de su propia estupidez. ¿Qué mostrarán esos monumentos y a quién cuando ya no quede ser humano alguno capaz de entender cuál fue su significado?»

¿Es lícito quemar una obra de Frida Kahlo?

*No está claro qué ocurrió, pero... ¿y si fuera cierto?*¹

JUAN JAVIER NEGRI

Abogado. Negri & Pueyrredón Abogados



Un número reciente de *ArtNews* incluye una durísima y ácida crítica a un evento publicitario llevado a cabo por Martín Mobarak, un emprendedor mejicano, quien, el pasado 30 de julio en Miami, Estados Unidos, y con el propósito de promocionar la venta de 10.000 tokens no fungibles (NFT), habría quemado *Fantasmones siniestros*, (1944), una obra original de la artista

1. La presente nota apareció originariamente en el boletín *Dos Minutos de Doctrina* correspondiente al día 4 de octubre de 2022. 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.).

Frida Kahlo (1907-1954), durante una fiesta y luego hizo circular un vídeo de dos minutos y cuarenta segundos con la escena².

Al describir lo ocurrido, el autor de la nota se pregunta qué es peor: si haber fraguado el hecho o haberlo llevado a cabo.

En su crónica, el periodista describe cómo en el vídeo el señor Mobarak sonríe mientras sobre una mesa arde lo que él llama «una página del libro de apuntes de Frida Kahlo» en la que aparece *Fantasmones siniestros*, a la que el empresario atribuye un valor cercano a los diez millones de dólares.

En el video, Mobarak alardea acerca de que el valor de la obra de Kahlo representa apenas una porción de lo que su empresa (Fridanft.org) ganará con la venta de NFT con una reproducción digital de aquella. Para no aparecer demasiado codicioso, también anuncia que parte del producido será dedicado a obras de caridad (en particular a una fundación llamada Comunidad de la Extrofia Vesical)³.

El ampuloso aviso publicitario difundido por el empresario decía, textualmente: «El 20 de julio de 2022, Frida.nft y su CEO Martin Mobarak hicieron historia cuando éste quemó una rara obra de arte de Frida Kahlo, valuada en diez millones de dólares, para transformarla y revolucionar el arte, los NFTs, el mundo de las entidades de beneficencia y el sector de la salud. Este hecho tan significativo fue hecho a favor de la niñez desafortunada, las mujeres golpeadas y otros necesitados alrededor del mundo para darles esperanza. Frida Kahlo ha sido immortalizada en forma de un NFT. Su arte, ahora compartido en todo el mundo, ha permitido donaciones que se incrementarán a perpetuidad. «Me enorgullece decir que este evento resolverá algunos de los mayores problemas del mundo en honor de Frida Kahlo». Para ser parte de esta revolución que cambiará el mundo y adquirir un NFT de edición limitada, contáctese con frida-nft.org». El texto aparecía firmado... ¡por la propia Frida Kahlo!

Al describir el evento publicitario, el autor de la nota señala que «la barra de la extravagancia está tan alta que, hasta ahora, el truco publicitario llevado a cabo por Mobarak no atrajo demasiada atención». Pero apenas se difundió lo ocurrido, varias instituciones mejicanas pusieron el grito en el cielo.

Así, el Instituto Nacional de Bellas Artes y Literatura (INBAL), un organismo público creado en 1946 y dependiente de la Secretaría de Cultura de

2. Ben DAVIS, «Did this man really burn a \$10 million Frida Kahlo on camera just to sell NFTs?», *Artnet News*, 28 de septiembre de 2022 en ews.artnet.com/artworld/did-this-man-really-burn-a-10-million-fridakahlo-drawing-on-camera-to-sell-nfts-our-frame-by-frame-analysis-of-the-youtube-documentation2183391.

3. La extrofia vesical es una rara malformación congénita del aparato urogenital, cuando la mucosa de la vejiga se encuentra al descubierto y se aprecian con facilidad uréteres y uretra. Ocurre en promedio una vez cada 50.000 nacimientos.

México, dijo «*estar recabando toda la información necesaria a fin de establecer con certeza de qué se trató la presunta destrucción*» de la obra de Kahlo⁴.

Una preocupación similar mostraron algunas entidades culturales mencionadas como beneficiarias del asunto. Y otras voces se alzaron para señalar lo confuso de la cuestión, incluyendo, por ejemplo, cómo Mobarak se convirtió en propietario de la obra supuestamente incinerada. Una galerista que en 2004 y 2013 intervino en ventas anteriores de *Fantasmones siniestros* declaró no tener idea alguna acerca de cómo llegó la obra a manos de aquel, aparentemente un desconocido en el mundillo del coleccionismo internacional.

Las dudas no acaban allí: el artículo de *ArtNews* describe, cuadro a cuadro, las escenas del video, para resaltar sus numerosas incongruencias, la atmósfera general de mal gusto que las rodea y la chocante demostración de banalidad, ignorancia y esnobismo frente al arte. Nada parece faltar: la alfombra roja sobre la que se mueve Mobarak, la vestimenta de este (un traje con una imagen de Frida Kahlo bordada en la espalda), una barra que sirve bebidas alcohólicas, música de mariachis, *show* de baile con desfile de modelos incluido, una piscina iluminada, guardias uniformados que aparecen custodiando la obra que habrá de ser quemada, etcétera.

Todo hace suponer que se trata de una mera maniobra publicitaria. Incluso el dibujo de Frida Kahlo, que el vídeo muestra cómo arde sobre una especie de altar dedicado a la artista (mientras una voz en *off* anuncia que «*cual Ave Fénix surgiendo de las cenizas, el arte renace en la eternidad*») aparece enmarcado de modo precario, indigno de la calidad y el valor de una obra semejante.

La escena final del vídeo promete «*futuros eventos para la comunidad de propietarios de NFTs creados sobre la obra de Frida Kahlo*». El periodista se pregunta si eso significa la quema de otras obras de arte o la realización de nuevos desfiles de modelos.

Pero más allá de todo eso... ¿y si fuera cierto? ¿Y si Mobarak hubiera realmente quemado una obra de arte?

La pregunta no es nueva: en 2001, Joseph Sax, profesor en la Universidad de California en Berkeley, en su libro *Jugando a los dardos con un Rembrandt*⁵, planteó el conflicto entre la propiedad privada y la preservación del patrimonio cultural de la humanidad.

Sax describe como, al menos en teoría, el propietario de la libreta de apuntes de Leonardo da Vinci podría arrojarla a la chimenea, tal como el nieto de James Joyce hizo con las cartas de su madre. O como John Rockefeller, que ordenó destruir un mural de Diego Rivera porque lo consideró ofensivo

4. En <https://www.forbes.com.mx/inbal-investiga-la-presunta-destruccion-de-una-obra-de-frida-kahlo/>.

5. Joseph SAX, *Playing Darts with a Rembrandt*, University of Michigan Press, 2001.

para sus ideas políticas, o los custodios de los Rollos del Mar Muerto, que los mantuvieron ocultos al público por más de cuarenta años.

En su libro, Sax concluye que poseer un bien de importancia cultural constituye a su autor en «*un fiduciario afortunado, pero temporario, sin derecho a privar a otros del goce de un bien que valoran tanto como su propietario efectivo*»⁶.

La respuesta al dilema no es sencilla y muestra varios aspectos para el análisis.

En el caso de la obra de Frida Kahlo, en primer lugar, será necesario establecer qué normas resultan aplicables: ¿las de los Estados Unidos, donde ocurrió el hecho? ¿Las de México, que parece tener interés particular en el asunto, dada la importancia de Frida Kahlo para su patrimonio cultural?

Pero cualquiera sea el sistema legal aplicable, hay varios principios jurídicos en juego.

Con mayor o menor intensidad, las leyes de la mayoría de los países de Occidente respetan la propiedad privada. Esto es, quien resulta titular del dominio sobre una cosa tiene, *en principio*, la facultad de disponer libremente sobre ella.

Sin embargo, pocas legislaciones consideran que ese derecho es absoluto. Quien más, quien menos, en muchos casos (sobre todo en los países de derecho continental) se establecen limitaciones fundadas en conceptos tales como el abuso de derecho o la prevalencia de derechos colectivos de mayor valor social. Los países de derecho de raíz anglosajona son más renuentes a imponer este tipo de restricciones al dominio que los basados en el derecho continental.

De todos modos, toda limitación al derecho de propiedad, para ser legítima y estar debidamente fundada, debe ser genérica y no individual y no ser establecida sobre bases discriminatorias o subjetivas.

¿Hay ejemplos de limitaciones semejantes al derecho de propiedad en el mundo del arte? Sí: en la Argentina, por ejemplo, la Ley 25743 de protección del patrimonio arqueológico impone severas restricciones al dominio privado de objetos precolombinos, al extremo que su compra-venta está prohibida y solo pueden transferirse «*a título gratuito por herencia*». Es decir, usando una antigua expresión, esos objetos están «*fuera del comercio*».

¿Y hay casos de limitaciones a la propiedad de obras de arte fundadas sobre principios abiertamente injustos? Sí, lamentablemente: toda la larga

6. Véase también Juan Javier NEGRI, «El dilema de Landet: ensayo sobre la destrucción y mutilación de la obra de arte y sus aspectos jurídicos», *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2015, pp. 111-182.

historia de los procesos de restitución de obras de arte que fueron propiedad de personas de origen judío y expropiadas o forzosamente «vendidas» entre los años treinta y cuarenta del siglo pasado es evidencia de ello.

En muchos países no existen limitaciones al derecho de propiedad fundadas en consideraciones semejantes. De allí la sorpresa que causó la noticia de que en los Estados Unidos se rematará hace poco tiempo un fósil completo de un raro ejemplar de dinosaurio, lo que en otros países —como el nuestro— está estrictamente prohibido⁷.

Según parece, las leyes mejicanas han establecido o declarado que toda la obra de Frida Kahlo es «patrimonio nacional». Si bien esto no implica la prohibición de comprar y vender esas obras, ello seguramente impone ciertas restricciones a su circulación (como, por ejemplo, la necesidad de dejar constancia en algún registro de sus sucesivas transferencias o la prohibición de su salida del país o la obligación periódica de su exhibición pública).

Esas normas son parte de lo que debe constituir una adecuada política cultural, destinada a asegurar la supervivencia de las obras de arte u otros testimonios (como archivos o bibliotecas) que evidencian la evolución y la riqueza de la cultura de un país.

Pero, claro, las normas de ese tipo tienen, por lo general, *alcance territorial*. Dicho de otro modo, es muy difícil que un país determinado haga cumplir dentro de sus fronteras recaudos y restricciones impuestos por otro para ser aplicados dentro de sus propios límites geográficos. En el caso, resulta prácticamente imposible que los Estados Unidos hagan cumplir dentro de su territorio las restricciones que México pueda imponer dentro del suyo a la obra de Frida Kahlo.

Este principio también reconoce excepciones: a través de acuerdos internacionales celebrados con el patrocinio de la UNESCO, muchos países adhieren a una política global destinada a evitar la comercialización de obras de arte salidas ilícitamente de sus países de origen.

Más allá de las consideraciones jurídicas, también existen valoraciones morales acerca de lo que el propietario de una obra de arte puede hacer con ella. Pero, claro, las leyes generalmente sancionan conductas cuando estas constituyen delitos y no violaciones a principios morales.

Sin embargo, la legislación civil de muchos países hace referencia a la necesidad de que los actos y contratos no violen «la moral y las buenas costumbres».

7. Véase «Derecho y patrimonio cultural: ¿alguien quiere un gorgosaurio? ¿Vivo?», en *Dos Minutos de Doctrina*, XIX:1058, 22 de julio de 2022.

Usar un traje con el retrato de Frida Kahlo bordado en la espalda quizás no constituya un atentado a las buenas costumbres, pero cabría analizar si quemar una obra de arte de esa artista no es, en realidad, un acto inmoral.

A todo esto, y a pesar de sus maniobras publicitarias, el señor Mobarak no ha logrado vender más que dos o tres de sus NFT. ¿Habría quemado realmente diez millones de dólares?

¿Gana Banksy?

Lo hemos dicho antes: si Banksy no existiera habría que inventarlo. Nadie ha hecho tanto a favor del conocimiento del derecho del arte¹

JUAN JAVIER NEGRI

Abogado. Negri & Pueyrredón Abogados



Banksy: *Ríen ahora, pero algún día tomaremos el mando* (2002); pintura en aerosol y estencil sobre papel, 130 x 100 cm.

1. La presente nota apareció originariamente en el boletín *Dos Minutos de Doctrina* correspondiente al día 22 de noviembre de 2022. 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 septiembre de 2020, la Oficina de Patentes de la Unión Europea declaró la nulidad de una marca (cuyo registro había pedido una sociedad inglesa llamada Pest Control Office LLC) por mala fe.

La marca consistía en la conocida obra *El lanzador de flores*, del artista callejero conocido universalmente por el seudónimo «Banksy».

La Oficina de Marcas entendió que, al momento de solicitar el registro, Pest Control —sociedad cuyo propietario se sospecha que es el propio Banksy— no tenía intención de usar esa imagen como marca y que el pedido de su registro como tal había sido hecho solo para evitar su caducidad por falta de uso —según lo había declarado el propio Banksy, opositor confeso del sistema de *copyright* y de la existencia de derechos intelectuales sobre obras de arte—.

Una evidencia de su desdén por esos derechos es la frase «*copyright is for losers*»², incluida en su libro *Wall and Piece*.

Banksy no solo es conocido por el carácter polémico y al mismo tiempo poético de sus obras y por la calidad de su dibujo, sino también por su empeño en mantener oculta su identidad.

En 2014, Pest Control, como representante legal de Banksy —precisamente con la finalidad de preservar el anonimato de este último— solicitó registrar como marca en la Unión Europea la imagen del *Lanzador de flores*, aparecida por primera vez en un edificio de Jerusalén en 2005.

En total, Pest Control registró catorce obras de Banksy como marcas ante la EUIPO.

En marzo de 2019, Full Colour Black (una empresa dedicada a la confección y venta de artículos de papelería, tarjetas y sobres) solicitó la nulidad del *Lanzador de flores* como marca, sobre la base de que había sido registrada de mala fe³.

Full Colour sostuvo también que la marca carecía de signos de carácter distintivo y descriptivos de los productos y servicios que debía amparar.

Banksy reaccionó ante la demanda y abrió su propia tienda de artículos de papelería y decoración (llamada Gross Domestic Products⁴) solo para cumplir con el requisito de uso de la marca —según declararon sus representantes legales—. La necesidad de inaugurar la tienda constituyó

2. «Los derechos de autor son para perdedores». El título en inglés de la obra en la que aparece esa frase (*Wall and Piece*, «Pared y trozo» en castellano) es una paráfrasis fonética de *War and Peace* («La guerra y la paz», la novela de Leo Tolstói). El nombre de la sociedad en cuestión también tiene un dejo burlón: Pest Control Office puede traducirse como «Oficina de Control de Plagas».

3. Art. 59.1 (b), Reglamento de Marcas de la Unión Europea.

4. Otra broma de Banksy: el nombre corresponde a la traducción al inglés de la expresión «Producto Bruto Interno».

para Banksy «*probablemente la razón menos poética para crear arte: una disputa marcaría*».

La EUIPO declaró, en efecto, que el registro de la marca había sido solicitado de mala fe, puesto que Banksy nunca tuvo la intención real de usar el signo registrado como marca, es decir, como indicación del origen de sus productos y servicios en el mercado.

Para la EUIPO, Banksy solicitó el registro sólo con el propósito de impedir su uso por terceros. El uso de la marca *después del registro* tuvo como único propósito (según declaraciones del propio artista y de sus representantes) eludir las exigencias del Reglamento de Marcas de la Unión Europea.

Por consiguiente, la EUIPO declaró nula la marca.

La resolución tuvo en cuenta que el propio Banksy toleró e incentivó el uso, modificación y reproducción de sus obras por terceros a través de su página web, en la medida que eso no tuviera *finalidad mercantil*.

La EUIPO concluyó que los propósitos buscados por Banksy debían ser protegidos mediante el uso de los derechos de autor (el denostado *copyright*) y no mediante el registro de marcas.

Pero, claro, ello exigiría a Banksy la necesidad de identificarse y perder su anonimato. La EUIPO dijo que «*ya que no puede identificarse a Banksy como titular incuestionable de los derechos intelectuales sobre su obra, puesto que su identidad es un secreto, por consiguiente tampoco puede establecerse sin duda alguna que tenga algún derecho sobre ella*».

La declaración de nulidad del *Lanzador de flores* como marca permitió la declaración de nulidad de otras marcas basadas en obras de Banksy. Eso ocurrió en mayo de 2021 con *Laugh now but one day we'll be in charge*, la obra que ilustra esta edición, a instancias, otra vez, de Full Colour⁵.

Pero... ¡Banksy apeló y ganó!

Según un artículo aparecido la semana pasada⁶, la decisión de la EUIPO que anuló el registro de *Laugh now but one day we'll be in charge* fue dejada sin efecto por un tribunal de segunda instancia.

Este opinó que no podía sostenerse válidamente que el registro de la marca hubiera sido hecho en mala fe, puesto que «*todos los argumentos, hechos*

5. ABC Cultura, Madrid, «Banksy pierde sus derechos sobre otra de sus obras más icónicas por exhibirse en un espacio público», 22 de mayo de 2021. El título de la obra puede traducirse como «Rían ahora pero un día tomaremos el mando».

6. Riah PRIOR, «The last laugh? EU rules in favor of challenged Banksy trademark», *The Art Newspaper*, 16 de noviembre de 2022; también Daniel CASSADY, «Banksy comes out on top in EU trademark challenge», *ArtNews*, 16 de noviembre de 2022.

y razonamientos alegados [por Full Colour], tomados en conjunto, no pueden explicar con claridad una conducta deshonesta por parte de Pest Control cuando ésta solicitó la inscripción de la marca. Por consiguiente, subsiste la presunción de buena fe y [Full Colour] no logró demostrar lo contrario».

El tribunal sostuvo que *«una marca puede ser una obra de arte protegida por derechos intelectuales, pero ello no impide que pueda ser también usada como marca o denominación».*

Obviamente, la decisión constituye un triunfo para Banksy, puesto que le permitirá obtener cierta protección para algunas de sus obras (que pasarán a ser marcas registradas) y, al mismo tiempo, conservar su anonimato.

Pero la batalla de Banksy contra el régimen legal de la propiedad intelectual parece no tener fin. En efecto, el 21 de noviembre se quejó a través de las redes sociales de que Guess? Inc., una empresa textil estadounidense, se había apropiado, sin permiso previo, de algunas de sus imágenes (a pesar de no haber tomado medida legal alguna para proteger sus derechos, en los que dice no creer).

Entonces, por medio de un mensaje aparecido en las redes, Banksy invitó a sus más de once millones de seguidores a robar mercadería de una de las tiendas de esa empresa, ubicada en Regent Street en Londres⁷.

«Si Guess se apropió de mis imágenes sin pedir permiso, ¿por qué habría de estar mal apoderarse de su ropa sin permiso?» escribió.

La empresa aún no reaccionó públicamente, pero cerró el local en cuestión y ocultó de la vista del público las imágenes de las obras de Banksy que usó en su publicidad y que motivaron la virulenta reacción de este.

Banksy es, sin duda alguna, un gran artista. Pero tiene aún una gran lección que aprender: el sistema legal que protege a los creadores como él y ampara sus derechos —y que él desprecia— no es una imposición caprichosa de una autoridad omnipotente y ajena.

Por el contrario, surgió de las necesidades y reclamos de los propios artistas, para darles las herramientas suficientes para que sus derechos sean respetados. Aunque Banksy no crea en esos derechos y los considere innecesarios para artistas de su calibre (o, peor aún, crea que un artista de su magnitud no los necesita y puede prescindir de ellos), la propia libertad creativa de los artistas los necesita.

Dejarlos de lado o pretender ignorarlos y entonces recurrir al hurto o al robo no es más que una regresión a estadios primitivos de la vida social: aquellos en los que primaba la justicia por mano propia.

7. <https://www.marketingdirecto.com/anunciantes-general/anunciantes/banksy-animaladrones-robatienda-guess>.

¿GANA BANKSY?

Lo único que conseguirá Banksy al ignorar y despreciar los derechos intelectuales es que un día los monos que él tan hábilmente dibuja puedan convertir en realidad la frase que aparece en sus obras: «*Humanos, ríen ahora, porque pronto seremos nosotros los que tomaremos el mando*».

Parece un resultado bastante pobre para un artista que, desde siempre, parece haber querido un mundo mejor para los más desprotegidos.

«Non! Ceci n'est-ce pas un Chagall!»

*Ante una obra de arte falsa, ¿procede su destrucción?*¹

JUAN JAVIER NEGRI

Abogado. Negri & Pueyrredón Abogados

En 2020, cuando Stephanie Clegg decidió dejar su piso en Nueva York y mudarse a un departamento más pequeño debió desprenderse de algunas de sus obras de arte.

Entre ellas, la acuarela *Le couple au bouquet de fleurs* («Pareja con ramo de flores»), de Marc Chagall (1887-1985), que Anne había comprado en 1994 en una subasta de Sotheby's y por la que había pagado 90.000 dólares.

El catálogo de la subasta identificaba la obra como «acuarela sobre papel titulada *Le couple au bouquet de fleurs*, firmada «M. Chagall», de alrededor de 1950». Sus dueños anteriores habían sido L. Praeger y la Galerie Pétridès, de París, un coleccionista particular y luego la galería Achim Moeller Fine Art Limited en Nueva York.

Anne estaba segura de que su acuarela se vendería bien: en 2008, al renovar el seguro que amparaba su colección, había sido tasada por Sotheby's en 100.000 dólares.

Consultó con esa casa de subastas (la misma donde la había comprado) y le informaron que, para mejorar aún más el precio, le convendría agregar a la documentación respectiva un certificado de autenticidad de la «Association

1. La presente nota apareció originariamente en el boletín *Dos Minutos de Doctrina* correspondiente al día 5 de agosto de 2022. 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.).

pour la défense et la promotion de l'œuvre de Marc Chagall», con sede en París. «Una mera formalidad», le dijeron.

Anne no lo pensó dos veces y envió la obra a Francia.

Pero la acuarela fue declarada falsa.

Según los peritos de la Asociación (entre los que se encuentra Meret Meyer, nieta de Chagall), si bien la obra incluía elementos iconográficos propios de la obra del artista (un ramo de flores, una pareja de amantes, los perfiles de un caballo y un gallo, la silueta de una aldea y una luna en cuarto creciente), *no había sido creada por Chagall.*

Según el Código de la Propiedad Intelectual francés, al identificarse una obra como falsa debe ser destruida.

Clegg reclamó a Sotheby's, pero esta dijo que su pedido era infundado. Más aún: la garantía de autenticidad emitida por la casa de subastas indicaba que su validez se extendía solo por cinco años desde la fecha de compra (uno más que el plazo de prescripción de cuatro años que la legislación estadounidense otorga al comprador en una compraventa mercantil)².

A Clegg solo se le ofreció un descuento de 18.500 dólares sobre las comisiones de futuras compras, algo que fue comentado como una oferta «al estilo American Airlines»³.

El caso fue reportado por primera vez por *The New York Times* hace menos de un mes⁴; a partir de allí saltó a otros medios y se reprodujo en varios diarios y portales de noticias⁵. La cuestión permanece abierta.

Lo ocurrido fue comentado en un blog de profesores estadounidenses de derecho como un ejemplo de las curiosas leyes que es capaz de dar a luz nuestro sistema jurídico continental. Alguno sugirió que la señora Clegg debía hacer primero un NFT con la imagen de la acuarela, permitir luego que el original sea destruido y vender después la obra de arte digital. También se dijo que, desde el momento que el comité de expertos se ofreció a destruir gratuitamente los bienes de propiedad de la señora Clegg, se le

2. § 2-725, Statute of Limitations in Contracts for Sale, Uniform Commercial Code; véase <https://www.law.cornell.edu/ucc/2/2-725>.

3. Jeremy TELMAN, «About that Chagall Most Recently Appraised at \$100,000...», *ContractsProfBlog*, 7 de julio de 2022.

4. Véase Colin MOYNIHAN, «Her Chagall is headed for the Trash. How's that for *Caveat Emptor?*», *The New York Times*, 6 de julio de 2022.

5. Entre otros, Liz CATALANO, «A fake Chagall painting? Authenticity and Attribution in the Art World», *Auction Daily*, 22 de julio de 2022, en <https://auctiondaily.com/news/a-fake-chagall-painting-attribution-and-authenticity-in-the-auctionworld/>.

podrían entregar computadoras e impresoras obsoletas para que las destruya también...⁶.

En realidad, este último comentario peca de un cierto desconocimiento de las leyes (¿o será parroquialismo?): la destrucción de falsificaciones está autorizada por las leyes de marcas de varios países, como la Argentina.

El caso del Chagall de la señora Clegg no es el primero que pone sobre el tapete la ardua cuestión de los comités de certificación de autenticidad de obras de arte y el peso determinante de sus dictámenes, generalmente irrevocables y a veces equivocados.

Hay quien ha dicho que aun cuando uno tuviera una fotografía del artista trabajando en la obra en cuestión, o una declaración suya por escrito indicando que es su verdadero y único autor, si el respectivo comité la declara falsa, el mercado considerará que ese dictamen es definitivo⁷.

También es cierto que los errores de dichos comités han llevado a varios de ellos a cerrar sus puertas ante las graves contingencias judiciales que sufrieron a lo largo de los años. Eso ocurrió en los Estados Unidos con las fundaciones que certificaban obras de Jean-Michel Basquiat, Jackson Pollock y Andy Warhol.

El presidente de esta última dijo al autor de estas líneas que dedicaba más fondos al pago de abogados a raíz de pleitos basados en errores de certificación que en becas para artistas jóvenes.

La cuestión también pone en debate la capacidad de las casas de subastas para determinar y certificar la autenticidad de las obras que se venden por su intermedio (y las responsabilidades consiguientes).

De allí, entre otras consecuencias, las dificultades prácticas que plantea, por ejemplo, la aplicación de la ley argentina sobre compraventa de bienes culturales de 2019: ¿cómo reconocen los anticuarios o galeristas la autenticidad de lo que ofrecen en venta?

¡Si hasta los grandes museos se han visto obligados a modificar la atribución de autoría de algunas obras en sus colecciones! ¿Acaso no pasó *Salvator Mundi* de ser una obra atribuida a un desconocido pintor renacentista a un Da Vinci original y convertirse en la obra de arte más cara de la historia?

La venta de obras de arte por Internet no ha hecho más que complicar la situación. Y no digamos nada de la aparición de medios técnicos que permiten la reproducción de obras de arte con prodigiosa exactitud.

6. Jeremy TELMAN, Oklahoma City University School of Law, *ContractsProfBlog*, 7 de julio de 2022.

7. Colin MOYNIHAN, *loc. cit.*

El caso de Stéphanie Clegg, su ¿falso? Chagall y la pretensión del Comité de Certificación de las obras de ese pintor de destruir la acuarela en cuestión han reavivado el debate acerca de la legitimidad de semejante actitud.

No hace mucho tiempo la justicia francesa (a través de la Corte de Casación, su más alto tribunal) tuvo ocasión de expedirse sobre el asunto⁸.

¿Qué ocurrió? En mayo de 2012, el propietario de una obra llamada *Femme nue à l'éventail* pidió a la «Association pour la défense et la promotion de l'œuvre de Marc Chagall» que certificara la autenticidad de la pintura.

La entidad declaró que la obra era falsa y, de acuerdo con las normas francesas sobre propiedad intelectual, obtuvo una orden judicial del Tribunal de Primera Instancia de París para destruirla. El dueño de la obra apeló y en segunda instancia, el 15 de febrero de 2019, la Cámara opinó que la destrucción de la obra «constituiría una sanción desproporcionada».

En cambio, ordenó que se colocara sobre la obra, «de manera visible al ojo desnudo y de manera indeleble», la leyenda «Reproducción».

Tanto los derechohabientes de Chagall⁹ como la Asociación apelaron ante la Corte de Casación. En su opinión, la sentencia anterior equiparó a los titulares de derechos lícitos sobre la obra de Chagall con los derechos ilícitos del propietario del cuadro falso: el balance debería ser establecido entre titulares de derechos igualmente lícitos. Citaron en su apoyo la doctrina de la proporcionalidad de la Convención Europea de los Derechos del Hombre, que solo se aplica «en caso de conflictos entre dos derechos protegidos y no entre un derecho lícito de propiedad y un derecho ilícito sobre una obra de arte falsa».

Dijeron también que la sentencia no fue justa, puesto que no favoreció a quien tenía un interés legítimo (como es el de proteger las obras de arte auténticas), sino a quien era propietario de un bien ilícito.

Argumentaron además que toda falsificación debe ser sancionada. Por eso, objetaron que la Cámara de Apelaciones hubiera ordenado la devolución de la obra (falsa) a su propietario luego de fijar en el dorso el rótulo «Reproducción», puesto que ello no constituía, en los hechos, una sanción, ya que jamás permitiría saber si esa copia fue hecha con o sin el permiso de los derechohabientes de Chagall.

Pero la Corte de Casación (luego de una audiencia celebrada el 5 de octubre de 2021) no les dio la razón: entendió que no había confusión posible entre una creación intelectual y el soporte físico (como la tela o la cartulina)

8. Corte de Casación, Primera Cámara Civil, sentencia 726 FS-B del 24 noviembre 2021; CIV.1, MY1, recurso 19-19.942; ECLI:FR:CCASS:2021:C100726. Véase <https://www.legi-france.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000044384605/>.

9. Término técnico que designa a quienes son titulares de los derechos intelectuales sobre la obra de un artista, escritor, etc.

de una obra falsa. El hecho de que exista una falsificación no implica que no haya un derecho de propiedad legítimo sobre el soporte físico de esa obra falsificada. Más aún: *se puede ser propietario en buena fe de una obra falsificada.*

La Corte de Casación se negó a revisar la supuesta sanción, ya que surgía de las facultades soberanas de la Cámara de Apelaciones de establecer el modo de reparar supuestos perjuicios, una cuestión sobre la que aquella no puede influir. En otras palabras, si los jueces anteriores consideraron que la aplicación de la palabra «Reproducción» de modo visible en el dorso de la obra era suficiente para garantizar la exclusión de la pintura en cuestión de los circuitos comerciales, eso era irrevisable.

La Corte también rechazó (y en ocasiones, con dureza) otros argumentos contra la sentencia de la Cámara sobre la base de que algunas cuestiones no le habían sido sometidas a esta última. (Llegó a decir que el recurso de apelación introducía cuestiones nuevas, de hecho y de derecho, que eran improcedentes).

Por consiguiente, confirmó la decisión anterior: *el falso Chagall no debía ser destruido.*

Además, impuso las costas a los apelantes.

En nuestra opinión, la sentencia estableció un equilibrio razonable entre los derechos de quienes defienden la autenticidad de las obras de Chagall (o, mejor dicho, *la autenticidad de las obras de Chagall que ellos determinan, por sí y ante sí, que son auténticas*) y el derecho de propiedad de quien ha adquirido de manera legítima un cierto bien mueble.

La Corte de Casación no entró (ni le fue propuesta) la cuestión relativa a la naturaleza del derecho (¿o la pretensión?) de ciertas asociaciones o fundaciones a pronunciar la última palabra en materia de autenticidad de obras de arte.

Agrega el Filosofito, que nos lee en borrador: *«Muchas veces, sus dictámenes son como la pena de muerte. Irreversibles».*

Un pleito sobre el NFT más antiguo del mercado

A pesar de la novedad de los NFTs, ya existen pleitos sobre criptoarte y NFTs... y sobre la responsabilidad de las casas de subastas por su catalogación¹

JUAN JAVIER NEGRI

Abogado. Negri & Pueyrredón Abogados

Desde hace un tiempo hemos mostrado cierta preocupación acerca de las ambigüedades legales que pesan sobre los *non fungible tokens* (NFTs)².

Para que esta nota sea comprensible por quienes carecen de la necesaria cultura digital —como es el caso de quien la escribe— basta recordar en qué consisten los NFTs. Se trata, básicamente, de una clave exclusiva de acceso para ingresar a un repositorio hermético donde se halla depositada una obra de arte digital. El creador de esa obra almacena los datos digitales de tal modo que solo quien tiene el NFT puede «verlos», pero no modificarlos. El almacenaje se hace por medio de alguna plataforma dentro de un bloque o eslabón de una cadena de datos inmodificables (mediante una tecnología que se llama *blockchain*).

1. La presente nota apareció originariamente en el boletín *Dos Minutos de Doctrina* correspondiente al día 8 de febrero de 2022. 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 «Arte, Derecho y Tecnología: un intento de explicar los NFTs y su vínculo con el arte (y el básquetbol)», *Dos Minutos de Doctrina* XVIII:939, 6 abril 2021; «Arte y Derecho: otra vez sobre aspectos legales de los NFTs», *Dos Minutos de Doctrina*, XVIII:966, 16 julio 2021.

Sotheby's, la casa de subastas neoyorquina, y Kevin McCoy, autor de *Quantum* —considerado el NFT más antiguo del que se tenga memoria y vendido originariamente en junio de 2021 por casi un millón y medio de dólares— acaban de ser demandados por Free Holdings Inc., una empresa canadiense.

El pleito³ fue presentado el 1 de febrero último. Los demandados aún no han respondido.

La empresa canadiense dice ser la legítima propietaria de *Quantum* y que la versión vendida por Sotheby's es falsa.

Según Free Holdings, esta adquirió los derechos sobre la obra siete años después de que fuera concebida, cuando McCoy, su creador, «dejó vencer sus derechos sobre ella».

Según dice el demandante, el 3 de mayo de 2014 McCoy almacenó los datos respectivos en NameCoin, una plataforma con tecnología *blockchain* similar a la que se usa para emitir moneda digital.

Aclaremos que en esa época no se hablaba aun de NFTs ni existía Ethereum, la plataforma más utilizada para almacenar obras de arte mediante (y luego «tokenizarlas») usando la tecnología *blockchain*, que recién fue lanzada el 30 de julio de 2015.

Al «cargar» su obra de arte en NameCoin, McCoy incluyó una declaración según la cual «confirmaba sus derechos sobre el archivo incorporado al URL <http://static.mccoospace.com/gifs/quantum.gif>»⁴.

Además, McCoy agregó una frase en la que indicaba que «la propiedad [sobre la obra de arte] se transfiere a quienquiera controle esta entrada en *blockchain*».

Pero lo que quizás el artista no sabía es que la titularidad sobre el nombre bajo el cual los datos se encontraban almacenados en la plataforma NameCoin requería ser renovada cada 250 días. Vencido el primer plazo en 2015, y ante la falta de renovación, la titularidad quedó vacante hasta abril de 2021, cuando Free Holdings puso el registro a su nombre.

Para hacer ese registro, Free Holdings «creó» un nuevo «nombre» al que luego incorporó la metadata correspondiente a la obra de arte de McCoy. El «nombre» no es fácil de memorizar: «d41b8540bacdf1467cdc5d17316d-cb672c8 b43235fa16cde98e79825b68709a».

3. «Free Holdings Inc. v. Kevin McCoy, Sotheby's Inc., et al», expediente 1:2022cv00881, US District Court for the Southern District of New York.

4. «I assert title to the file at the URL <http://static.mccoospace.com/gifs/quantum.gif>».

Estos detalles diferencian este proceso de la adquisición de un dominio de un sitio web: cuando uno de estos vence, alguien puede reclamarlo y convertirse en su nuevo dueño. Pero nunca podría reclamar el contenido del sitio web, *porque el nombre y el contenido son cosas diferentes.*

El 25 de mayo de 2021, en el sitio Axion (y seguramente de acuerdo con Free Holdings), el periodista Felix Salmon anticipó que *Quantum*, «el primer NFT de la historia», saldría a la venta y que su precio podría alcanzar los siete millones de dólares, dada su importancia histórica⁵.

Pocos días después, entre abril y mayo de 2021, Free Holdings comenzó a enviar mensajes por Twitter a McCoy (cada vez más agresivos) preguntando si acaso no tenía interés en la inminente venta de *Quantum*. McCoy no contestó, pero «reinscribió» su obra de arte en Ethereum, que, como dijimos, es la plataforma de *blockchain* más utilizada para crear y almacenar obras de arte digital y luego crear NFTs sobre ellas.

Según la demanda, McCoy acordó con Sotheby's subastar públicamente un NFT sobre *Quantum*, ahora alojado en Ethereum. La venta se hizo el 10 de junio de 2021 y Alex Amsel, un feliz coleccionista, se alzó con la obra por la modesta suma de un millón y medio de dólares.

En el catálogo de la subasta se indicaba que el registro inicial de *Quantum* en NameCoin había sido eliminado y que la obra estaba correctamente «inscrita» en Ethereum, por lo que estaba válidamente registrada a nombre de McCoy.

Este es uno de los principales puntos en litigio: según Free Holdings, la descripción de la obra incluida en el catálogo de la subasta de Sotheby's (según la cual *Quantum* no existía en los registros de NameCoin y constaba solo en Ethereum) era errónea: Free Holdings era titular de la «incipción» en NameCoin desde abril.

La descripción en el catálogo fue efectuada por Sotheby's sobre la base de un informe acerca de la libre disponibilidad de *Quantum* en Ethereum provista por The Nameless Corporation (en inglés, «la sociedad sin nombre»), una empresa dedicada a verificar el estatus registral de las obras de arte sobre las cuales se crean los NFTs.

En su informe, Nameless indicó que «*al no haber sido renovado oportunamente, el registro de la obra en NameCoin había sido efectivamente eliminado del sistema de blockchain*». Por eso, la demanda de Free Holdings también incluye a Nameless.

El objeto del pleito es prohibir tanto a Amsel como a Sotheby's y McCoy promover y efectuar nuevas transacciones con el NFT registrado en Ethereum porque no es el original.

5. <https://www.axios.com/nft-sale-art-blockchainmillions-90238222-e702-4df2-a24f-1f7256ec3809.html>.

Otro argumento de Free Holdings es que esta advirtió a Sotheby's que debía alertar a los posibles compradores de *Quantum* acerca de que lo que se ofrecía en venta era «una copia autorizada» del original, *pero no el original mismo, depositado en blockchain bajo un nombre perteneciente al demandante*.

Aparentemente Sotheby's no habría hecho advertencia alguna al público en general antes de la subasta ni tampoco a Alex Amsel, el comprador, al momento de transferirle el NFT en la plataforma Ethereum después de la venta.

Desde el punto de vista jurídico, la demanda *no constituye* una disputa sobre una posible violación de los derechos de autor de McCoy: el conflicto gira alrededor de la legalidad de la transferencia de metadatos de un sistema de *blockchain* a otro.

Las preguntas concretas a resolver por la justicia son pocas, pero sumamente complejas: quien «registra» o «adquiere» un nombre bajo el cual se ha almacenado metadatos ¿pasa a ser titular también de la metadatos asociada con ese nombre? Y ¿cómo se define un «ingreso» en el *blockchain*? ¿Es solo por la carga de un nombre o de los datos?

En este último caso, ¿qué quiso decir McCoy cuando dijo que «*la propiedad sobre Quantum se transferiría al adquirirse el control del registro en el blockchain*»?

Los hechos descritos en la demanda parecen dar la razón a quienes sostienen que el sistema de *blockchain* presenta graves peligros y que las inversiones en NFTs son de muy alto riesgo.

Valentina di Liscia, una periodista argentina que trabaja para *Hyperallergic*, un sitio web de noticias, ha informado que cientos de artistas se quejan ante la aparición de obras de arte falsificadas convertidas en NFTs⁶.

Otro ejemplo de esa inseguridad es lo ocurrido hace pocos días, cuando OpenSea, el mercado más utilizado para comprar y vender NFTs, limitó la cantidad de veces que sus usuarios podían crear nuevos NFTs gratuitamente, al revelar que el 80 % de los ofrecidos eran «plagios, *spam* y falsificaciones».

La medida fue revocada a las 24 horas ante las protestas de los usuarios de OpenSea.

El 16 de septiembre pasado esa misma empresa reveló que uno de sus funcionarios adquiriría NFTs a precio bajo antes de que estos fueran publicitados en su página web y aumentarían de precio. (Un caso de *insider trading* o de uso indebido de información confidencial).

6. https://www.reddit.com/r/KotakuInAction/comments/rtpfsp/tech_valentina_di_liscia_hyperallegenic_artists/.

Más tarde OpenSea comunicó que aplica sanciones a aproximadamente 3500 colecciones de NFTs por semana (de un total de dos millones de colecciones de criptoarte registradas en OpenSea) por incluir obras falsificadas.

Otro mercado, DeviantArt, que aloja 500 millones de obras de arte digital, ha creado un sistema de alertas de fraude que escanea todas las obras «depositadas» en el sistema *blockchain* de Ethereum para descubrir falsificaciones. Entre agosto y diciembre de 2021, DeviantArt emitió 80.000 alertas de fraude, cada vez con más frecuencia.

Un tercer mercado, LooksRare, que ofrece incentivos a sus usuarios basados en su volumen de negocios, ha sido acusado de permitir la celebración de contratos especulativos para aumentar los precios artificialmente a través de autocompras y ventas.

Las dificultades y obstáculos que plantean los mercados de criptoarte hacen recordar el viejo principio latino según el cual, «nadie puede alegar su propia torpeza».

¿Y qué sería «torpeza» en este contexto? Pues la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Ello comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión.

Conviene recordar entonces aquel agudo principio que contenía el glorioso Código Civil de 1869 (obra de Dalmacio Vélez Sarsfield) que decía que «*cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos*».

Arte en llamas para valorizar los NFT

PAZ SOLER MASOTA

*Profesora Titular de Derecho Mercantil en la Universidad Pompeu Fabra
Doctora en Bellas Artes por la Universidad de Barcelona*

«No tengo idea de lo que el futuro deparará, si los NFTs o las (obras) físicas serán más o menos valiosas (...) Pero ¡esto es arte! La parte divertida del camino y quizás el sentido de todo el proyecto».

Damien HIRST¹

«Si tuviéramos el NFT y la pieza en físico, el valor residiría primordialmente en la pieza física. Al quemarla, al eliminarla de la existencia física y solo tener el NFT, podemos asegurar que nadie puede alterar la pieza y es la obra verdadera. Al hacer esto, el valor de la pieza en físico se traslada al NFT».

Mirza UDDIN

Representante del grupo @BURNTBANKSY

«No juegues con fuego si sos de papel».

Dicho argentino

Bien puede decirse que la evolución de la humanidad es deudora del fuego. Cuando los *homo erectus* del Pleistoceno lograron domesticarlo,

1. Del original: *«I have no idea what the future holds, whether the NFTs or physicals are going to be more valuable or less (...) But that is art! The fun part of the journey and maybe the point of the whole project».*

establecieron con ello los mimbres sobre los que se generaron de modo paulatino civilizaciones, entendidas estas como cúmulo de saberes y artes propios de una sociedad. El fuego les permitió una rudimentaria gastronomía cuando experimentaron la cocción de los alimentos del mismo modo que, algo más tarde, pudieron inventar utilería a partir del calentamiento del sílice para obtener su máxima precisión en el filo del corte o, ya más avanzado en el tiempo, mediante la fundición de metales para crear instrumentos varios². Convivir cotidianamente con el fuego no mermó la fascinación del hombre por el mismo, al punto de que han sido varias las culturas que lo deificaron (piénsese, entre otras, en las magníficas representaciones de Vulcano que pintó Pedro Pablo RUBENS y que pueden visitarse en el Museo Nacional del Prado o, sin ir más lejos, en las zarzas ardiendo con las que se manifiesta Yahvé en el Antiguo Testamento); son también varias las religiones y sectas que lo han utilizado o siguen utilizándolo como rito de purificación.

Alrededor de la hoguera se reunían nuestros primeros ancestros, quienes, gracias al danzar de las llamas —según estudios publicados recientemente— percibían volúmenes tal vez irreales de las formas de las figuras y objetos que luego plasmaron en sus pinturas rupestres³.

El fuego es necesario para fraguar artes como el cristal, la cerámica o la forja de esculturas de metal. También como contribución indispensable para completar liturgias como la tradicional quema (*cremà*) de las Fallas de Valencia que, en pocos minutos, engulle esas monumentales creaciones de madera, cartón y *papier maché*, para convertirlas en un montón de cenizas y apenas una fugaz huella en el alquitrán de la calzada. Fuego constructivo en todo caso.

Pero las llamas también han jugado su efecto devastador en la historia del arte, desde luego en el literario. Que se lo cuenten a nuestro noble hidalgo Don Quijote de la Mancha, cuya sobrina y ama espolearon al cura y al barbero para destruir cientos de libros de caballería que supuestamente le habían sorbido la sesera y el entendimiento. Más allá de la ficción, muchas y profundamente tristes han sido las ocasiones en las que tiranos execrables han recurrido a la hoguera para cercenar las libertades —de pensamiento, expresión o culto— de los seres humanos. Es preciso recordar aquí las premonitorias palabras del poeta Heinrich HEINE: «*Donde se queman libros, al final también se acaba quemando gente*». Huelga por obvio recordar el tiempo y contexto en el que se pronunciaron.

2. Acudan, por favor a la lectura de Andrew C. SCOTT, *Planeta en llamas. La historia del fuego a través del tiempo*, Barcelona (Galaxia Gutenberg) 2020.
3. Precioso es el resultado del brillante trabajo acometido por los arqueólogos Andrew NEEDHAM y Aimée Patrice LITTLE, publicado en *PLos ONE*, núm. 17, el 20 de abril de 2022, bajo el título «*Art by Firelight? Using experimental and digital techniques to explore Magdalenian engraved plaquette use at Montastruc (France)*».

El ardimiento le ha llegado también a las obras plásticas y, en particular, a la pintura. Ocurrió hace unos años, en 2012, a modo de peculiar protesta escenificada en nombre de un pequeño museo en la localidad de Casoria, cerca de Nápoles, ante la falta persistente de recursos financieros para sostener su viabilidad: su director, Antonio MANFREDI, procedió a quemar la obra de dos artistas. Nada que objetar aquí desde el punto de vista jurídico, por cuanto contaba con el beneplácito de aquellos. La obra que se observa en la imagen pasto de las llamas lo fue de la napolitana Rosaria MATARESE, quien declaró que «*fue doloroso ver mi obra de arte ardiendo, pero es una acción importante para salvar el museo*». La institución se mantiene abierta en la actualidad, quién sabe si por efecto de estas u otras *performances* llevadas a cabo por su proactivo director⁴.



Recientemente se ha investido al fuego con un nuevo poder: el de valorizar los NFT, convirtiéndolos en piezas únicas mediante la incineración de la obra original que sirvió de base para su creación. Y traemos a colación varias gestas de muy distinta intencionalidad y efecto que estructuraremos en dos grupos: la destrucción consentida por el autor y la realizada sin su autorización o la propia de sus sucesores.

Entre las primeras destacamos la actuación del artista británico Damien HIRST, tan ingenioso como nuestro hidalgo manchego, sobre todo en el plano crematístico, donde destaca con creces como estrategia entre todos sus colegas contemporáneos. Hablamos, en concreto, de su (un «punto» irónico) proyecto *The Currency (La Moneda)* al que ya aludimos el pasado año en este

4. La última de las cuales fue esposarse el 12 de diciembre de 2017 a la calefacción de hierro de la sala de la alcaldía de Casoria. Antes también había pedido asilo político para el museo en Alemania. Estas acciones pueden consultarse en la web del museo: www.casoriaccontemporaryartmuseum.com.

mismo *Anuario*⁵. Este *viaje o trayecto (journey)* al que se refiere el autor en la cita que antecede a esta crónica comenzó en realidad en el año 2016, cuando HIRST —y el amplísimo equipo de asistentes del que se suele rodear— creó diez mil pinturas únicas y las almacenó en una caja fuerte. Cada una de ellas constituía en verdad un original, pues salvo por el hecho de constar de puntos de colores, variaba en cada ejemplar la disposición de los mismos, su densidad, precisión o secuencia. Todas las piezas estaban firmadas, numeradas y tituladas de modo singular, gracias a la aplicación de tecnología *machine learning* que, a partir de algunas de las canciones favoritas del artista, compuso títulos como *Never getting up* o *Since making love in love*.

Como relatamos en su momento, en julio del pasado año vendió nueve mil NFT creados a partir de dichos ejemplares (los primeros mil se los quedó para sí) a razón de unos 1500 € la pieza, proponiendo a sus adquirentes el juego de conservarlos durante un año bajo la promesa de que, de hacerlo, los cambiaría por la correspondiente obra física que sirvió de base para su acuñación. Algunos los revendieron con más o menos éxito en el mercado secundario. Bastantes resistieron el reto. A partir de ahí, la proposición era la siguiente: para aquellos que desearan la obra plástica (pintura) original, realizaría el debido intercambio. En el caso de que prefiriesen conservarla tan solo en formato NFT, destruiría los originales en papel. Para sorpresa de muchos, fueron 3851 los coleccionistas que optaron por lo segundo, lo que implicaba que el correspondiente original fuese pasto de las llamas de la mano de Damien HIRST y su equipo⁶.

El pasado 11 de octubre —y no sin cierta tribulación, como confesó en su cuenta de Twitter— el artista comenzó su particular *cremà* de los primeros mil ejemplares físicos, los suyos. La cremación de los otros 3851 aconteció días después. La combustión tuvo lugar en su galería de Londres (la Newport Street Gallery) con una puesta en escena que grabó mediante vídeos que emitió en directo a través de su cuenta en Instagram y de la que proceden las imágenes que se recogen más abajo (alguno de estos vídeos todavía puede visionarse). Al efecto se instalaron seis chimeneas de cristal en una sala, en las que HIRST y sus *pirómanos* ayudantes (todos ellos enfundados en equipos ignífugos: el suyo, metalizado y algo peculiar; el de sus asistentes, en naranja) realizaron un ritual consistente en leer la referencia de cada obra para luego despedirse de ella con un *goodbye* antes de ofrecérsela devotamente a las llamas que tiñeron el ambiente de un cierto color rosáceo. El artista se negó a conceder entrevista previa alguna, pero, buen conocedor del impacto de sus acciones, no fue casualidad que esta la acometiera justo un

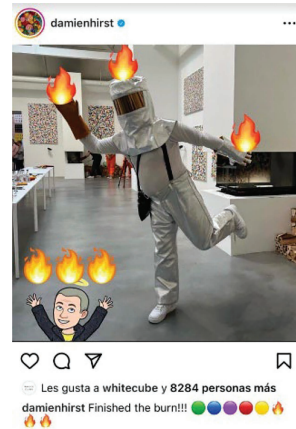
5. Vid. Paz SOLER, «La transición del arte convencional al digital: ¿cierre o burbuja de mercado?», *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2021, pp. 519 y ss., p. 526.

6. Vid., entre otros, Oscar HOLLAND y Leah DOLAN, «That is art! Damien Hirst has begun burning thousands of his own paintings», *CNN Style*, 11 de octubre de 2022.

día antes de inaugurarse Frieze, una de las más reputadas ferias de arte en el mundo. Ante los periodistas convocados, sí realizó alguna declaración en el sentido de no considerarse un tahúr o jugador de intercambios fulleros («*To me there is no gamble...there is only ever art*»). Desde la perspectiva del autor, se supone, se trataba de un experimento más en el ámbito de sus preocupaciones habituales sobre la especulación que es moneda de cambio en el mercado del arte. Recuérdese entre otras su calavera humana moldeada en platino y recubierta por 8601 purísimos diamantes, la obra más cara de producción de la historia (*For the Love of God*, 2007), otra vez como provocación a la reflexión sobre el materialismo propio de nuestro tiempo⁷. En esta ocasión, y tal vez para justificarse, sostuvo durante su *performance* que el valor del arte, difícil de definir, bien podría transitar del mundo físico al digital con la destrucción de la obra física («*A lot of people think I'm burning millions of dollars but I'm not (...). The value of art digital or physical, which is hard to define at the best of times, will not be lost, it will be transferred to the NFT as soon as they are burnt*»). En todo caso, lo que resulta evidente es que, con este gesto de cremación, Damien HIRST ha entrado con paso fuerte en el mercado de los NFT, desde su sólida consolidación en el mercado llamémoslo convencional.

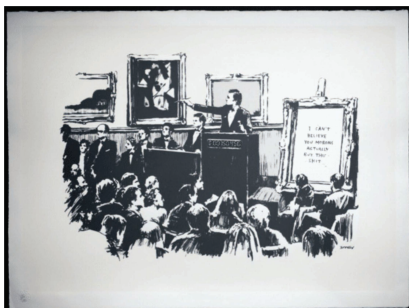


7. *For the Love of God* fue expuesta por primera vez al público en la White Cube de Londres (magnífico proyecto galerístico promovido por el autor), por un precio de 50 millones de libras esterlinas, cantidad que en el año 2007 era rompedor en el mercado del arte contemporáneo. Fue vendida, por supuesto, y después revendida por el doble. Su elevado coste de producción —14 millones de libras esterlinas— tuvo mucho que ver con el número y pureza de los brillantes, pero también por la utilización de uno de gran tamaño en forma de pera e inusual color rosa que el artista incrustó justo en el centro del hueso frontal del cráneo.



Como en el caso napolitano, nada que reprochar desde el punto de vista legal a HIRST o a los 3851 coleccionistas que prefirieron quedarse con el NFT y destruir la obra original que lo causó, tal como especificaban las bases de su contrato de compra. Fuegos autorizados, en todo caso.

Con espíritu análogo de convalidar el NFT como obra única sobrevenida, pero sin la connivencia del autor original o sus causahabientes, valga hacer referencia a dos casos de actualidad. El primero lo protagoniza la empresa denominada INJECTIVE PROTOCOL, especializada en *blockchain* —¡qué casualidad!—, que compró a la Galería Tagliatela, en marzo de 2021, y por un importe de 95.000 dólares americanos, una obra del artista callejero conocido bajo el seudónimo de BANSKY titulada *Idiots*, la cual se reproduce más abajo. En realidad, se trataba de una serigrafía (la impresión número 325 de 500 producidas por el artista) que, curiosamente, representaba una parodia burlesca de una subasta en la prestigiosa sala Christie's en la que se vendía una obra plástica consistente en toda una declaración de principios algo ramplona, pero, eso sí, enmarcada con todo oropel: «No puedo creer que ustedes, imbéciles, realmente compren esta mierda» («I can't believe, you morons actually buy this shit»).



El caso es que, nada más adquirir la obra, el grupo empresarial autobautizado como @BurntBansky en la red social Twitter procedió a quemarla en directo en un parque neoyorkino prendiéndole fuego con un simple mechero, lo cual transmitió en *streaming* a través de youtube, con el fin de convertir la referida grabación en un NFT que subastó a través de la plataforma OpenSea como obra digital y *token* único (en concreto, alcanzó un precio de remate de 380.000 dólares). La portavoz del grupo, Mirza UDDIN, cuenta que eligieron a BANSKY debido a su conocida querencia por destruir sus obras, o simplemente no firmarlas como —sostiene la misma voz— expresión de su voluntad de que las mismas sean impermanentes⁸. Ciertamente es que a BANSKY le provoca promocionar el espectáculo y la polémica. Así lo hizo en el contexto de la subasta llevada a cabo en la casa Sotheby's el 11 de octubre de 2018, en la que una coleccionista compró por un millón de libras esterlinas su dibujo titulado *Niña con Globo*. Nada más conocerse el precio de remate sonó un pitido desde el fondo de la sala que activó un mecanismo (instalado en el marco del cuadro) para triturar la obra de papel, rasgándola a tiras. La entonces propietaria —igual de atónita que el resto del público asistente— aceptó conservar su titularidad, ahora transformada en otra obra titulada *El Amor está en la Basura*, que quintuplicó su valor de venta tres años después. Se criticó entonces al artista bajo los mismos parámetros que ahora al grupo @BurntBansky, a saber: que ambas acciones distan mucho de promover un medio nuevo de expresión artística, sino tan solo y únicamente la de especular al alza en un particular nicho de mercado, en el caso que nos ocupa, el de los NFT. Reacciones muy críticas las del experto Ossian WARD, que directamente descalifica esta actuación tildándola de no constituir arte, o la expresada por el fotógrafo Nate (Igor) SMITH, reprochando que «*tengo un problema mayor contigo creando un NFT del trabajo de otro artista que contigo quemando el arte*». Buen apunte para la controversia.

Tal vez imbuido por estas *performances* apenas descritas (cabe sospechar que muy medidas desde el Derecho de autor, desde luego la de HIRST, y la segunda tal vez ponderada desde el plano de los eventuales riesgos provenientes de una potencial reclamación de BANSKY), un empresario llamado Martin MOBARAK procedió el pasado 30 de julio de 2022 a quemar un dibujo perteneciente al diario personal de la artista mexicana Frida KAHLO titulado *Fantasmas Siniestros*, fechado en 1944 y valorado en 10 millones de dólares⁹. De su actuación no puede sino colegirse su más elemental ignorancia del debido respeto a la integridad de la obra —núcleo de los derechos morales del artista sobre la misma— o, peor aún, su desprecio más absoluto y doloso sobre el particular. Acometió su grotesca acción en Miami ante un bien nutrido público y

8. En declaraciones recogidas por Cristina CRIDDLE, «Banksy art burned, destroyed and sold as token in “money-making stunt”», *BBC News*, 9 de marzo de 2021.

9. Jorge ÁLVAREZ, «Un millonario quema un cuadro de Frida Kahlo para cuatuplicar su valor y venderlo como NFT», *Huffpost*, 27 de septiembre de 2022.

entre lo que parecen fuertes medidas de seguridad, como puede apreciarse en las imágenes inferiores. Cuesta y duele pensar que ninguno de los convocados no tuviera a bien avisar a las autoridades o que, ya presentes, no le impidieran acometer semejante atrocidad, convirtiéndose en cómplices pasivos de un acto detestable. Lo más indignante, con todo, es observar el regocijo en el que el empresario se revuelve en su canallesca acción, tal vez pensando en los supuestos 40 millones de dólares que habría de cobrar por la venta de 10.000 NFT que reproducirían el dibujo y que vendería a razón de 3 ethereums (criptomoneda equivalente a 1361 dólares americanos por unidad).



La conducta del *cosidetto* MOBARAK es tan comparable, pero solo en el plano de los hechos, a la de una atribulada anciana Olga DRUGARI, quien, consciente de su terrible acción —pero llevada por el ánimo de proteger a su hijo y secuaces del robo que estos habían cometido en el año 2013 a plena luz del día en la Galería Kunsthal de Rotterdam— desenterró de su escondite (un cementerio) las siete obras sustraídas (nada menos que un PICASSO, dos MONET, un GAUGUIN, un MATISSE, un MEYER DE HAAN y un FREUD) y las hizo desaparecer bajo las llamas de una estufa. No logró su maternal objetivo, claro está. Solo que a MOBARAK no le ampara ningún atenuante, y confiemos que el caso sea investigado y pueda ser castigado con severidad. De momento, el Instituto Nacional de Bellas Artes y Literatura de México

ha declarado que el Banco de México es el fideicomisario de los Museos de Diego Rivera y Frida Kahlo, y que ostenta los derechos patrimoniales sobre las obras, de modo que la acción del empresario, de confirmarse, constituiría un atentado a la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas, a su Reglamento y al Decreto que tiene por declarado como «monumento artístico» a toda la obra de Frida Kahlo Calderón. Sin poder entrar en precisiones, lo peliagudo del caso es que los hechos se desarrollaron en Miami (cabe colegir que intencionadamente) y no en México, por lo que la facultad de persecución de las autoridades mexicanas en territorio extranjero podría verse muy mermada ante lo que *a priori* —al menos según Derecho español y aunque este no sea mi «negociado»— tal vez podría calificarse como un delito de contrabando sustentado en una expoliación —que no una mera exportación— (esto es, aquella acción que ponga en peligro de pérdida o destrucción al bien protegido, en nuestro caso *ex* Ley 16/1985, de 25 de junio, *del Patrimonio Histórico Español*, acción que se habría aquí verificado por sacar ilegalmente del país una obra declarada patrimonio histórico), todo ello con la intención, después consumada, de destruir la obra de interés cultural, lo que en sí mismo ya habría de constituir un delito de daños agravado en tanto que hablamos de la pérdida irreparable de un bien de valor histórico singular.

It's all bananas... Y la (Gran) Comedia de Cattelan continúa...

PAZ SOLER MASOTA

Profesora titular de Derecho Mercantil en la Universidad Pompeu Fabra. Doctora en Bellas Artes por la Universidad de Barcelona

«Estamos agradecidos de recibir el regalo de “Comediante”, una demostración ulterior de la hábil conexión del artista (Cattelan) con la historia del arte moderno. Sobre lo anterior, representa poco estrés para nuestro almacén».

Richard ARMSTRONG¹

«Afortunadamente para el tribunal, la cuestión de si un plátano pegado a una pared puede ser arte es más una cuestión metafísica que legal. Pero la cuestión legal ante el tribunal puede ser casi tan difícil. ¿Sustentó Morford suficientemente su reclamación de si la banana de Cattelan infringía su banana?».

Juez Robert SCOLA Jr.²

1. Declaraciones del actual director del Museo Guggenheim de Nueva York recogidas en Graham BOWLEY, «It's a banana. It's Art. And Now It's the Guggenheim's Problem», *The New York Times*, 18 de septiembre de 2020: «We are grateful recipients of the gift of “Comedian”, a further demonstration of the artist's deft connection to the history of modern art. Beyond which, it offers little stress to our storage».
2. Opinión del Juez Robert SCOLA Jr. expresada en su sentencia en el caso *Morford v. Cattelan*, de 6 de julio de 2022, Case 1:21-cv-20039-RNS, Document 56, United States District Court (USDC) for the Southern District of Florida.

«La gente es libre de pegar con cinta adhesiva todas las bananas que quiera en una pared; simplemente no se les permite infringir mi expresión, reclamándola como su propia obra de arte original».

Joe MORFORD³

A buen seguro, el mes de julio de 2022 quedará marcado en la memoria de Maurizio CATTELAN con un cierto resabio agridulce. Si bien los vientos jugaron a su favor en el caso incoado por Daniel DRUET ante los tribunales franceses (del que damos cuenta en esta misma sección de VARIA), éstos le fueron en cambio adversos en el caso de referencia. En el 2021, el artista Joe MORFORD interpuso una demanda contra Maurizio CATTELAN alegando que éste había plagiado su *Orange&Banana* en su famoso plátano pegado a una pared con cinta aislante, obra que fue presentada en la Feria Art Basel Miami en 2019 bajo el sugerente título *Comediante* (del inglés, *Comedian*) siempre según el artista turinés, como representación de un «símbolo del comercio global» y, según su representante, la Galería Perrotin, como una composición simple que «en último término, nos ofrece una reflexión compleja sobre nosotros mismos»... Algunos canturrearían... *It's all bananas*⁴.

La exhibición de la banana *cattelaniana* generó, como es habitual con las intervenciones de este artista, un alud de críticas y loas por igual. En realidad, esta pieza del artista no es tan pero tan descabellada (el mundo de las obras artísticas conceptuales de carácter efímero es, en efecto, muy curioso). De lo que se trata aquí es de su originalidad.

Comediante se vendió, en tres versiones, a sendos coleccionistas durante la misma Feria, a razón de entre 103.000 y 130.000 dólares americanos⁵. Uno de ellos —de identidad en principio no revelada— la donó al Guggenheim de Nueva York en el año 2020 (*vid.* declaraciones del director del Museo en nota a pie de página 1). En rigor, lo que cada uno de ellos compró fue un «certificado de autenticidad» que consistía, en puridad, en un conjunto de instrucciones para su instalación (relatado a lo largo de —no se sorprendan— 14 folios)

3. Declaración recogida en José ARRIETA, «Maurizio Cattelan, artista italiano, es denunciado por plagio», *The Guardian* (ed. México), 17 de julio de 2022.
4. ¡Aymé! Hablamos del estribillo de *But Not For Me*, la composición de George&Ira GERSHWIN de los años 30 que ha sido tan magistralmente interpretada por voces varias, desde la melancólica versión de Judy GARLAND en 1943, a la de la siempre elegante Ella FITZGERALD, o la un punto más canalla y de insuperable cadencia —tal vez mi preferida— de Dinah WASHINGTON, sin olvidar la de Chet BAKER, entre tantos otros. También estupendamente entonada por Elton JOHN en su versión de 1994 para la película *Cuatro bodas y un funeral*.
5. Por cierto, entre los interesados por adquirir la obra de buenas a primeras estaba el mismísimo Damien HIRST, quien no llegó a tiempo. La Galería Perrotin vendió tres versiones y mantiene bajo su posesión dos más de esta serie *Comediante*. Y también sea dicho, los beneficios obtenidos se correspondían *pari pari* con la cantidad reclamada por el demandante en concepto de indemnización (309.000 dólares americanos).

en las que, entre otros detalles y fundamentalmente, el artista especificaba a la altura a la que debía situarse la banana (175 cm desde el suelo), el preciso ángulo de 37.º en el que debían cruzarse fruta y cinta, o la frecuencia con la que aquella debía reponerse (entre 7 y 10 días). Según las crónicas, uno de los adquirentes aún no la habría instalado, otro sí (siempre según las indicaciones de CATTELAN), y el tercero, la pareja formada por Billy y Beatrice COX, sería, según parece, quienes la habrían donado al Guggy de Nueva York⁶.



Figura 1: Maurizio CATTELAN, *Comediante*, 2019

Mención aparte merece el hecho de que, durante su exposición en la Feria, otro conocido artista despegara el plátano para, con toda parsimonia, *cruspirse-ho* que diría Salvador DALÍ a la vista del público presente que asistió, atónito, a la escena. Con su *performance*, titulada *Artista Hambriento (Hungry Artist)*, David DATUNA contribuyó a generar una mayor resonancia respecto de la obra en ciernes; o eso debió pensar CATTELAN, cuando ni él ni su representante, la Galería Perrotin, interpusieron demanda alguna por lesión a la integridad de la obra.

El recurso a materiales efímeros y, en particular, a viandas, no es desconocida en el universo del arte conceptual⁷. Sin ir más lejos, el citado Museo Guggenheim tiene en su haber y ha expuesto en el pasado obras tales como la escultura *Tortillas Construction Moduleis* de Damián ORTEGA (2009), una obra consistente en una construcción a base de tortillas de maíz mexicanas que, entre

6. En el momento de la adquisición de la obra, que esta pareja calificó como «*unicornio del mundo del arte*», ya expresaron su intención de donarla a algún museo, y ninguna institución más próxima a CATTELAN que el Guggenheim de Nueva York, la cual le dedicó una retrospectiva en el año 2011 y donde el artista reapareció, tras una retirada, en el año 2016, con su obra *América*. Vid. ABC, «El plátano pegado a la pared de Maurizio Cattelan ya es una pieza de museo», ABC, 21 de septiembre de 2020 y, de nuevo, VARIA, en este mismo volumen.
7. Sobre este género de obras me permito la remisión a SOLER, P., «Sobre la autoría en obras de arte conceptual», *Revista Pe. i, Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 71, mayo-agosto 2022, pp. 99 y ss.

otros, invita al aprovechamiento de recursos locales y conocimientos tradicionales (fig. 2). Valga también señalar la consistente en una maqueta a escala de la antigua ciudad de Ghadaïa, en el valle de M'zab (Patrimonio de la Humanidad de la Unesco) elaborada, a base de cuscús cocido, por la artista francesa de padres argelinos Kader ATTIA, como símbolo de la fusión entre culturas, obra que entre otras ubicaciones se expuso en el año 2009 en la Tate Liverpool (fig. 3).

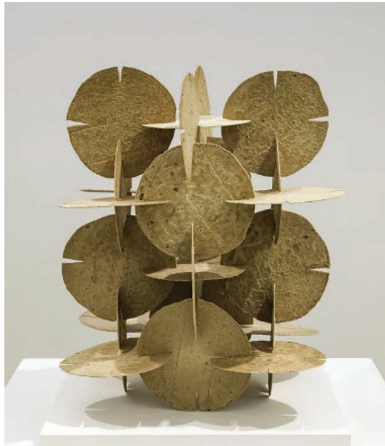


Figura 2: Damián ORTEGA,
Tortillas, 2008



Figura 3: Kader ATTIA,
Untitled (Ghardaïa), 2009

La lista de obras podría ser mucho más extensa. Pero me quedo aquí con *Apple*, de Yoko ONO, una artista conceptual de primerísimo orden, pionera en esta línea que lúdicamente podríamos calificar como «artístico-gastronómica», pero que es, en realidad, una excusa para dar cauce a conceptos más elevados: un 9 noviembre de 1966 la galería londinense Indica celebraba la *vernissage* de una exposición que acogía obras de la artista (como su icónica *Ceiling Painting/Yes Painting*). La pieza *Apple* (fig. 4) consiste en una rutilante manzana verde *granny smith* sutilmente depositada sobre una columna cilíndrica de metacrilato en la que se incluye una plaquita de cobre con la inscripción «apple». Por la puerta hizo su entrada un tal John LENNON, que, nada más atisbar la obra, se dirigió a ella, cogió la manzana, le dio un bocado y la volvió a dejar en su sitio, no sin antes disculparse como buen *britt*. La ya reputada en ciertos ambientes ONO, que no conocía por aquel entonces al imponente —y tan melencólico como ella— músico, contempló la escena paralizada ante semejante atrevimiento y reaccionó con el más profundo de sus enojos nipones, envolviéndose en un gelidísimo silencio. El resto es historia⁸.

8. Yoko ONO es una artista conceptual —integrante destacada del movimiento *fluxus*— con una trayectoria fascinante. Nacida en el seno de una familia de clase alta japonesa, muy próxima a la familia imperial, recibió una educación exquisita, pero pronto su



Figura 4: Yoko ONO, *Apple*, 2015, MOMA

Ahora sí, con ustedes... la obra que, según lo sentenciado en primera instancia, fue objeto de plagio: *Orange&Banana* (fig. 5).

sentido algo salvaje de la rebeldía la llevó a desmarcarse del sistema. Pasó por varias experiencias físicas traumáticas. Por suerte, su indocilidad fue cristalizando en forma de expresión artística, generalmente etérea y poética (no siempre, a veces puede resultar áspera y desgarradora a la vista). Es frecuente atisbar la herencia de la cultura japonesa en la obra de la artista, como ocurre con *Apple*, un canto a lo efímero de la vida simbolizado por una manzana que va madurando hasta fenecer, debiendo ser repuesta por otra (en la retrospectiva que se celebró en honor a la artista en el año 2015 en el MOMA, esta operación se realizaba aproximadamente cada mes). Expira la vida de la manzana, pero permanece impertérrita la placa de bronce que es su memoria. Yoko ONO alcanzó renombre en occidente con la publicación, en 1964, de su libro *Grapefruit (Pomelo)* —que no iba esta vez de frutas, sino de una suerte de percursor por su identidad a través de diferentes disciplinas—. El libro se reeditó años más tarde con prólogo de John LENNON. El año 2009, la artista recibió el León de Oro con ocasión de la 53.^a edición de la Biennale de Venecia. Los animo muy vivamente a que conozcan la obra de esta artista que, en más de una ocasión, les despertará una delicada y luminosa sonrisa en el alma.

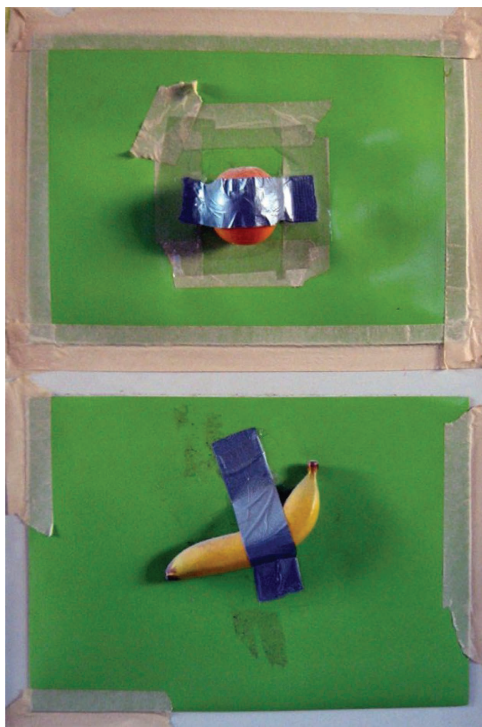


Figura 5: Joe MORFORD, *Orange&Banana* (2001)

El autor de esta obra, fechada en 2001 e inscrita en el Registro de la Propiedad Intelectual de los Estados Unidos, alegó que Maurizio CATTELAN no podía desconocer la existencia de la misma, porque no solo había sido exhibida en su momento, sino, sobre todo, porque figuraba en la página web del propio MORFORD, así como en sus redes sociales, habiendo gozado de cierta resonancia en hasta 25 países. Sobre lo anterior, el artista —quien se representó a sí mismo en el juicio— sostenía que no se trataba tanto de la apropiación de una idea (pegar una banana a una pared con cinta adhesiva), sino de una concreta expresión de la misma. Los abogados de CATTELAN sustanciaron su defensa en que el artista desconocía la existencia de dicha obra, pero que, en todo caso, no ofrecería el grado de creatividad suficiente para ser considerada como original por no ser «única» y, por consiguiente, protegible por derecho de autor. Quién sabe qué habría alegado el turinés si la cosa hubiese ocurrido al contrario.

La decisión judicial se sustenta, básicamente, sobre dos pilares, a saber: (i) la demostración de la existencia de un mejor derecho (de autor) titularidad del demandante; y (ii) la eventual constatación de plagio de ciertos elementos constitutivos de dicha obra previa protegibles por originales.

Bajo el primer aspecto, el juez consideró que escapa a la competencia de los tribunales pronunciarse sobre el valor artístico de la obra *Orange&Banana* y que, por consiguiente, y desde un punto de vista estrictamente jurídico, basta con constatar la existencia de un grado mínimo de creatividad para considerar que representa la expresión original de una idea de MORFORD⁹.

Bajo el segundo aspecto, sostuvo el juez que el demandante debía probar plausiblemente que CATTELAN tuvo acceso a la obra *Orange&Banana* y que, entre ésta y *Comediante* existe una similitud sustancial (*substantive similarity*). Desde esta perspectiva, estimó que la difusión de la obra de MORFORD por internet constituía un medio válido para su comunicación pública¹⁰, de cuya existencia no podía zafarse CATTELAN. En vista de lo cual, procedía realizar un análisis comparativo entre ambas obras en función de sus elementos nucleares. Y así las cosas, asumido que MORFORD era titular de un derecho de autor válido en *Banana&Orange* —o por lo menos sobre ciertos elementos de la obra—, el juez avanza en su pautada argumentación: como primer paso en su análisis, disecciona *Banana&Orange*, describiendo que ésta se compone de dos grandes paneles rectangulares de color verde, ambos (supuestamente) adheridos a una pared vertical mediante cinta de pintor, situados uno encima del otro, con una ligera separación mediante. Toscamente centrados —prosigue— en cada uno de ellos se ha colocado una fruta: una naranja en el superior y una banana en el inferior; la primera rodeada por cinta aislante plateada según una línea horizontal, la banana en un gesto inclinado, con el tallo que la une al tronco en su parte superior, y con la misma cinta adhesiva trazando un ángulo de izquierda a derecha. Considera el juez que MORFORD no puede reclamar un derecho de autor por la simple idea de fijar una banana en un plano vertical con la ayuda de cinta aislante, como tampoco obviamente sobre la propia banana o la cinta, pero que sí puede hacerlo respecto de una concreta selección, coordinación y composición de los elementos en cuestión (en particular, respecto de la combinación de sus decisiones acerca del color, posicionamiento de las piezas y ángulo elegido para su presentación). Así las cosas, el juez estimó que sí existía una similitud sustancial entre las obras contrastadas, por cuanto *Comediante* incorporaba los (pocos, eso sí) elementos protegidos por propiedad intelectual de *Orange&Banana*. Y ello, por cuanto en ambas obras una sola pieza de cinta aislante plateada se utiliza para fijar a una pared, en una misma posición inclinada,

9. «While using silver duct tape to affix a banana to a wall may not espouse the highest degree of creativity, its absurd and farcical nature meets the «minimal degree of creativity» needed to qualify as original. (...). While the Court cannot —and need not— give meaning to *Banana & Orange*, at this stage the Court holds that Morford's choices in giving form to *Banana & Orange* are sufficiently original».

10. En su réplica a la contestación de CATTELAN, MORFORD alegó que su obra estuvo accesible en el canal YouTube desde el 18 de julio de 2008, en Facebook desde el 29 de julio de 2015 y en su página web personal desde el 2 de julio de 2016.

dirección y similar grado de intersección, una banana amarilla (por más que en la obra de MORFORD lo fuera con una menor pulcritud), elementos que, según el juez, venían a constituir la mitad de su obra¹¹. Para mejor retener el fallo, confrontemos de nuevo las obras en lid (fig. 6):

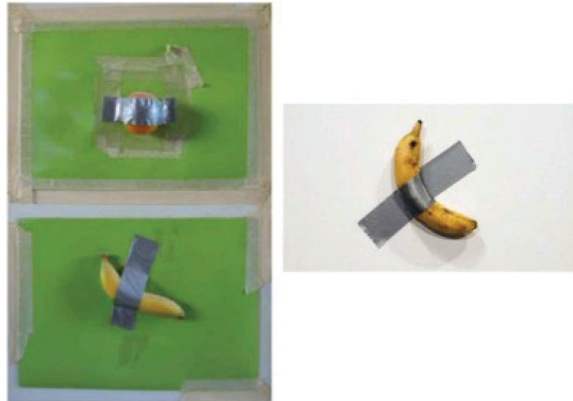


Figura 6: *Orange&Banana* c. *Comediante*

En fin, sostiene el juez que el juicio sobre la similitud sustancial entre obras es cuestión a delimitar en el caso concreto, inclinándose, pues, en este estadio del proceso, a favor de los intereses del autor de *Orange&Banana*¹².

Baloo no habría hecho tan escrupulosos distinguos, siempre que la banana fuera fresca.

11. «Here, while *Banana & Orange* contains additional elements that Morford does not allege were copied, Morford's duct-taped banana constitutes half of his work, meaning that it is quantitatively significant to *Banana & Orange*. Moreover, given its prominent positioning in *Banana & Orange*, Morford's banana is qualitatively significant as well (...). Therefore, the alleged infringement of Morford's banana is sufficient, quantitatively and qualitatively, to state a claim».
12. «As courts and commentators have recognized, the question of substantial similarity is largely a "problem of 'line drawing'" (...). At the motion-to-dismiss stage, the Court need not decide exactly where to draw the line, but only that some plausible line exists. Therefore, after application of the abstraction-filtration-comparison test, the Court holds —at this stage in the litigation— that Morford has adequately alleged that Cattelan's *Comedian* has a substantial similarity to the protected elements of *Banana & Orange*».

Sobre la autoría en obras de arte conceptual: a propósito de *Druet c. Cattelan*

PAZ SOLER MASOTA

*Profesora titular de Derecho Mercantil en la Universidad Pompeu Fabra
Doctora en Bellas Artes por la Universidad de Barcelona*

*«Había pedido ser, si no asociado, al menos citado,
era la única manera de dejar mi trazo».*

Daniel DRUET¹

*«Desde el primer momento que son concebidas, mis
esculturas han nacido como imágenes y ésa es la forma en
la que continúan viviendo en los medios. Mientras sigan
siendo una imagen poderosa a primera vista, funcionarán».*

Maurizio CATTELAN²

Como en todo guion cinematográfico que se precie —y este caso ha nacido y se ha orquestado de modo altamente mediático—, el arranque consiste

1. En entrevista concedida a Pascale NIVELLE publicada en *Le Monde* el 1 de mayo de 2022: *«J'avais demandé à être sinon associé, du moins cité, c'était la seule façon de laisser ma trace».*
2. En entrevista concedida a Elena CUÉ el 24 de noviembre de 2014, consultable en www.alejandradeargos.com, en la que la escritora y experta en arte, muy oportunamente, le inquiría, y cito textualmente: *«Definiendo la obra de arte por dos criterios fundamentales: significado y materialización, y un tercero, la interpretación que cada espectador aporta a la obra (Arthur C. Danto). Y dado que la materialización de sus obras corre a cargo de otros, en este caso a cargo de Daniel Druet, maestro en modelado artesanal que ha fabricado muchas de sus figuras como han sido el Papa Juan Pablo II, Hitler, la modelo Stephanie Seymour o Kennedy. ¿Qué importancia tienen para usted el significado y la posterior interpretación?».*

en presentar a los personajes y la trama en cuestión. Así pues, primero, el reparto:

Daniel DRUET, artista cuya carrera se ha proyectado sobre todo en el ámbito de la escultura (particularmente de bustos) y la ejecución de figuras de cera para el Museo Grévin, en París (*fig. 1*), menester en el que goza de alto reconocimiento. Dos ejemplares de sus efigies demostrativas de su *savoir-faire* —reproduciendo personajes fácilmente identificables— se aprecian en la imagen de abajo derecha, tomada en el taller del artista (*fig. 2*).

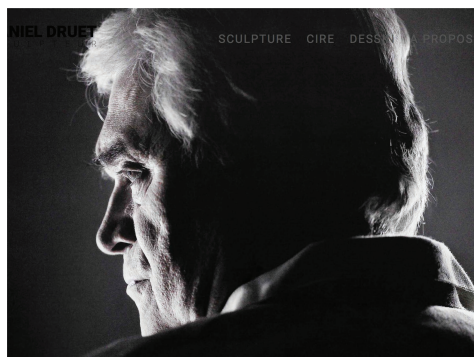


Figura 1: Daniel DRUET



Figura 2: Imagen de portada de su web www.danieldruet.com

En la otra esquina del cuadrilátero, el iconoclasta, bromista a la par que sensacionalista, algo histriónico y, por qué no decirlo, también muy polémico artista contemporáneo Maurizio CATTELAN (*fig. 3*). Aquí, junto a una de sus recientes obras: el urinario en oro macizo de 18 quilates expuesto por vez primera en el Museo Guggenheim de Nueva York en el año 2016. Funcionaba perfectamente, según fuentes consultadas (*fig. 4*)³.

3. Más de 100.000 visitantes guardaron cola para *probar* esta obra inspirada en la estética de Marcel DUCHAMP y Piero MANZONI, pero también, según se aduce —pues rara es la ocasión en la que CATTELAN ofrece su interpretación o intención en relación con sus instalaciones—, en el pensamiento de Donald TRUMP, por aquel entonces candidato a la presidencia de los Estados Unidos de América. La obra fue posteriormente instalada en 2019 en el Palacio Blenheim, en Inglaterra (por cierto, lugar natal de Winston CHURCHILL), en el marco de una exposición antológica dedicada al artista bajo el título *Victory is not an Option*. El inodoro, de 103 kilogramos de peso, fue robado en la noche del 15 de septiembre de 2019 y recuperado al poco. Si en el año 2016 su precio rondaba 1.250.000 dólares, para 2019 el valor había alcanzado los 6.000.000 de euros. *Vid.* entre otros Calvin TOMKINS, «Gold Toilet», *New Yorker*, 14 de septiembre de 2016; o Alice INVERNIZZI, «Un inodoro de Cattelan robado durante su exposición», *Bbys Magazine*, 1 de octubre de 2019.



Figura 3: Maurizio CATTELAN



Figura 4: *América*, de Maurizio CATTELAN

A finales de los años 90, DRUET fue contactado por Maurizio CATTELAN y por Emmanuel PERROTIN, director de la galería bautizada con su apellido, quien asumió por aquel entonces la representación de los intereses del artista italiano. La carrera de CATTELAN se hallaba todavía en sus albores, por más que su ascensión fuera fulgurante desde sus inicios. Y así, la relación entre DRUET y CATTELAN se prolongó hasta bien entrado el segundo milenio, una relación que consistía en el encargo de la fabricación de efigies en cera de ciertos personajes, que después habrían de ser incorporadas en las instalaciones concebidas o a concebir por CATTELAN.

Es a partir de aquí que las versiones divergen. Siempre según DRUET, le fueron encargadas una docena de figuras, en todo caso sobre la base de indicaciones imprecisas (literalmente, «*vagas*»), recibidas por teléfono del propio CATTELAN o a través de sus asistentes. De ahí que, como en el caso de *John F. KENNEDY in repose* (fig. 5), sostenga que fue él —y solo él— quien decidió todos los detalles concernientes a su presentación: desde el ataúd hasta la mortaja⁴.

4. Esta obra formó parte de una retrospectiva —*All*— dedicada al artista en el Museo Guggenheim de Nueva York, en la que se expusieron 130 piezas de CATTELAN desde noviembre de 2011 hasta enero de 2012.



Figura 5 John F. Kennedy in repose

Cuenta Emmanuel PERROTIN, de su parte, que es solo a partir de la recepción de las figuras encargadas (esto es, propuestas por CATTELAN) que el artista ultima la puesta en escena total que otorga expresión al concepto que desea trasladar al público. Así, por ejemplo, en *La Nona Ora*, que data de 1999, por primera vez expuesta en el Kunsthalle de Basilea, MATTELAN —ayudado por sus asistentes— decidió quebrar las piernas de la figura del Papa Juan Pablo II, para representarla abatida por efecto de un meteorito, disponiéndola yaciendo sobre una alfombra roja en la que minuciosamente se colocaron los fragmentos de cristal rotos, y todo ello bajo una cuidadísima decisión en cuanto a la ubicación en el espacio e iluminación del conjunto (fig. 6).

Y otro tanto valdría decir sobre *Him* (fig. 7). La figura en cuestión data de 2001 y se expuso por primera vez en la Judería (*ghetto*) de Varsovia. Con una muy precisa escenografía —reiterada en posteriores ocasiones—, los asistentes acceden, por detrás, a la figura de un niño penitente en posición arrodillada, que solo al rodearla y observarla de frente revela que ese infante no es otro que el líder del nacional socialismo en Alemania, Adolf Hitler, puesta en escena que algunos interpretan como alguien que, con extremo remordimiento, mira al cielo solicitando perdón. En una de las pocas ocasiones en las que el artista se ha pronunciado sobre la intención de su obra, declaró: «*Quise destruirla yo mismo. Cambié de idea mil veces cada día. Hitler es puro miedo; es la*

imagen de un dolor terrible. Duele hasta pronunciar su nombre. Y ese nombre ha conquistado mi memoria, vive en mi cabeza incluso siendo un taboo. Hitler está en todas partes, frecuentando la historia; y todavía es inmencionable, irreproducible, envuelto en el manto del silencio. No intento ofender a nadie. No quiero iniciar un nuevo conflicto ni publicitar nada; simplemente quería que la imagen se convierta en un territorio de negociación o en un examen que muestra psicosis»⁵.



Figura 6: *La Nona Ora*, de Maurizio CATTELAN



Figura 7: *Him*, de Maurizio CATTELAN

Según aduce PERROTIN, en el caso de *Him* se encargaron cuatro ejemplares a DRUET, por un total de 30.489 €. Ese mismo año, 2001, el coleccionista François PINAULT adquirió un ejemplar de *La Nona Ora*, lo que catapultó la fama de CATTELAN... hasta hoy. Sin ir más lejos, un ejemplar de *Him* fue subastado en mayo de 2016 por Christie's, y alcanzó un precio de remate de 17.189.000 \$.

A sus ya cumplidos ochenta años, un amargado DRUET, quien se considera relegado a la humillante posición de un mero artífice («*humilliant rôle de façonnier*»), exhibe un enquistado deseo de venganza: ni siquiera —se duele— fue invitado a participar en las *vernissage* de las exposiciones antológicas que se celebraron en honor del artista, primero en el Guggenheim de Nueva York de 2011 y, con posterioridad, en el Monnaie de París en 2016, donde se

5. *Ars Magazine*, 12 de mayo de 2016.

incluyeron cuatro piezas de su manufactura, entre ellas las precitadas *La Nona Ora* y *Him*. Este sentimiento revanchista comenzó a cobrar forma cuando el considerado ultrajado se aventuró a crear *à la façon* del propio MATTELAN su (esta sí su) obra *Cou-Cou* (fig. 8), que se expuso en la galería France A. de Forceville en septiembre de 2018 (cuenta la leyenda que bajo amenazas de destrucción violenta de las piezas). En ella aparece un polluelo de cuco —de «personalidad» claramente identificable (algunos dicen que incluso favorecido)— saliendo de su cascarón, como una metáfora de aquel que nace y que aún lo tiene todo por aprender... (en palabras de DRUET, quien se siente solo contra «*tous les artistes que se servent du travail des autres pour se faire valoir*»)⁶. La alegoría no es tan inocente, pues el cuco común (*Cuculus canonus*) es conocido por poner sus huevos en los nidos de otras especies más pequeñas que él, confiando en que estas críen a sus pollos⁷.



Figura 8: *Cou-cou*, obra de Daniel DRUET

6. En sus declaraciones al diario *Le Monde*, *cit. supra* en nota 1.
7. Vid. Carmen MARTÍNEZ, *El ave que piratea los nidos ajenos*, en www.mccn.csic.es, 27 de febrero de 2019: «En el caso de nuestro protagonista la escena sería la siguiente: una hembra de cuco, situada a una prudente distancia del nido que ha elegido para depositar sus huevos, espera hasta que su anfitrión comience a poner los huevos; después aprovecha el momento en que el nido está vacío para retirar uno de los huevos y reemplazarlo por el suyo. A partir de este momento se olvida de la futura cría y continúa buscando nuevos nidos en los que repetir la operación. Suele ocurrir que el huevo de cuco eclosiona antes que los huevos del hospedador, momento que el pollo del cuco aprovecha para lanzar fuera del nido los huevos, o pollos, de su anfitrión. La cría de cuco crece rápidamente, y no es raro que su tamaño sea mucho mayor que el de sus padres “adoptivos” cuando deja el nido».

Y suma y sigue, en abril de 2018, DRUET demandó a la galería Perrotin y a la Sociedad Turenne Editions ante el Tribunal Judiciare de Paris por violación de derecho de autor y falsificación. En la andadura del caso, también demandó a la Monnaie por haber expuesto cuatro de sus obras en la retrospectiva *Not Afraid of Love* celebrada en 2016 en honor a MATTELAN. Como anécdota, el museo mandó un correo al artista recomendando su comparecencia en el caso, invocando al efecto un contrato de asociación que incluía, a favor de la institución, una cláusula de garantía.

Mas no saciadas sus pretensiones, DRUET ha ido escalando al punto de reivindicar recientemente ante los tribunales la atribución de la autoría plena y en exclusiva de las obras elaboradas bajo (cabe entender) inicial encargo de CATTELAN —algo que, por cierto, ya se ha arrogado a través de su propio sitio *web*⁸, y de la cual ha ido dejando huella en la nuca de las figuras que moldeó para CATTELAN (figs. 9 y 10)— y, cómo no, también una suma de dinero que ascendía a la módica cifra de unos cinco millones de euros. De serle finalmente atribuida la autoría, según declaró en la entrevista concedida al diario *Le Monde* a la que hemos hecho antes referencia, él y solo él podría decidir sobre el destino de «sus» obras.



Figura 9 y 10: *Him*, de Maurizio CATTELAN

La vista de la demanda, interpuesta por DRUET contra PERROTIN y el Museo la Monnaie, tuvo lugar el viernes 13 de mayo de 2022 ante la Cámara Tercera (especializada en propiedad intelectual) del Tribunal du Grande Instance de Paris que, según las crónicas, se convirtió en un escenario teatral.

8. Al menos hasta el pasado otoño, pues en la actualidad el sitio parece inoperativo (última consulta el 16 de enero de 2023).

«*He dado una patada en el hormiguero*», decía el demandante. Y lo cierto es que tan solo un día más tarde, el 14 de mayo de 2022, *Le Monde* publicaba un Manifiesto firmado por 65 personalidades icónicas del mundo del arte contemporáneo francés —entre ellas, la artista Sophie CALLE o Chris DERCON, presidente de la Réunion des musées nationaux—, en el que se denunciaba el riesgo de «*descalificación del arte contemporáneo*» (el «Manifiesto»).

Aun extensible a todo tipo de obras en las que existe una dicotomía entre la concepción inicial y su ejecución (en la que pueden participar terceros), este conflicto se inscribe en el contexto del arte conceptual contemporáneo y, en particular, el desarrollado aproximadamente desde hace un par de décadas. En breve: obras de artistas como el citado Maurizio CATTELAN, pero también de otros como Takeshi MURAKAMI, Damien HIRST o Jeff KOONS, surgen de un concepto intelectual —*l'esprit (l'idée de l'artiste, le concept véhiculé)*— requerido de una materialización —*le corps (les mains qui façonnent)*—⁹. Las obras así imaginadas cobran una dimensión industrial relevante, pero, para estos autores que delegan la ejecución de las mismas, la apariencia de esas obras no es en principio lo —o tan— esencial, sino solo el instrumento que permite trasladarlas o comunicarlas al público, evocando aquellas ideas o conceptos nucleares que toman forma para exponerse y quedar abiertos a la interpretación de quienes las contemplen.

La repercusión de este caso está siendo muy intensa y a nivel global en todos los estratos del mundo artístico. Y dos son los bandos: aquellos que se posicionan a favor de CATTELAN buscan preservar el *modus operandi* propio de cierto género de arte conceptual contemporáneo (y, por qué no decirlo, los intereses de reputados artistas e inversores en este tipo de obras, ya sean particulares o museos que verían desmigado el alto precio desembolsado por las obras) y comparan este proceder con el de otros artistas como Michelangelo BUONARROTI (Miguel Ángel), quien se valió de muchos otros pintores y artesanos para culminar su Capilla Sixtina, relación piramidal entre maestro y discípulos o colaboradores que se ha mantenido desde siempre; todo ello sin negar que debe reconocerse la participación moral (que no autoría) de los mismos y su retribución adecuada, en el bien entendido de que su prestación se ha de tener, en último término, por fungible. Los partidarios de DRUET, de su parte, postulan una profunda revisión de la noción de autor vigente, abogando por una suerte de fragmentación democrática de esta en pro de todos quienes participen en el proceso de ejecución de la obra —generalmente sometidos a la implacable ley de *l'omertà*—, reconocimiento de autoría que no se quedaría solo en la faceta moral, sino que debería extenderse a una participación económica en los beneficios obtenidos en

9. Vid. Manifiesto.

la explotación de la obra (en cuya promoción y comercialización no participan). Quienes se sitúan en esta posición enfatizan, como DRUET, que su intervención es imprescindible para dar cuerpo a la idea. De hecho, sostienen, los artistas aparentan poseer un *know-how* que en absoluto dominan.

En el caso de CATTELAN, él mismo se ha jactado en público de no poseer ciertas maestrías —«*soy artista porque no era bueno como falsificador*»¹⁰—. Otro de los precitados artistas, Damien HIRST, recientemente reconocía, con ocasión de su serie sobre los cerezos en flor, que esta sí la había realizado él íntegramente¹¹. Aunque lo cierto es que nadie se figura a HIRST teniendo que demostrar habilidades de taxidermista de animales que debería haber capturado previamente —recuérdese, entre ellos, un tiburón tigre, pequeño, eso sí, pero aun en tal caso— ni se lo imagina la que suscribe, red cazamariposas en mano, en busca de inmensos ejemplares tropicales que luego dejó libres a su albedrío en una estancia de su exposición antológica en la Tate Modern de Londres en 2012. Y eran cientos, fui testigo. La cuestión es hasta qué punto estos pasos realizados por terceros bajo encargo tienen sustantividad propia en la ejecución de la obra definitiva. Se sabe que Pedro Pablo RUBENS tenía hasta cinco niveles de facturación en función de su grado de intervención en la obra, siendo lógicamente el máximo respecto de aquellas que dependían íntegramente de su mano.

El 8 de julio de 2022, el Tribunal de Grande Instance de París desestimó de plano la demanda de DRUET, y no solo eso, sino que lo condenó a pagar 20.000 € como compensación por los gastos de defensa de las partes demandadas, a razón de 10.000 € a cada una. Sostuvo la Sección Tercera (especializada en propiedad intelectual) del Alto Tribunal que en el arte conceptual el rasgo definitivo para determinar la autoría sobre la obra reside en la «*puesta en escena*» —esto es, la instalación en su conjunto, y no tanto los elementos individuales que la componen—, así como en el «*contenido del eventual mensaje que se desea trasladar con la misma*»¹².

10. En entrevista concedida a la publicación *El País* el 21 de octubre de 2018.

11. Una selección de 30 de sus más de 100 *Cherry Blossoms*, desarrollados en los últimos tres años y, sobre todo, en su estudio con ocasión de la pandemia, en gran formato, fue expuesta en la Fondation Cartier pour l'art contemporain desde julio de 2021 a enero de 2022, y sin mayor explicación o introducción.

12. «(Il n'est (...) pas contesté que les directives précises de mise en scène des effigies de cire dans une configuration spécifique, tenant notamment à leur positionnement au sein des espaces d'exposition visant à jouer sur les émotions du public (surprise, empathie, amusement, répulsion, etc.), n'ont émané que de [Maurizio Cattelan] seul, Daniel Druet n'étant nullement en mesure —ni du reste ne cherchant à le faire— de s'arroger la moindre participation aux choix relatifs au dispositif scénique de mise en situation des dites effigies (choix du bâtiment et de la dimension des pièces accueillant tel personnage, direction du regard, éclairage, voire destruction d'une verrière ou d'un parquet pour rendre la mise en scène plus réaliste et plus saisissante) ou au contenu du message éventuel à véhiculer à travers cette mise en scène».

El abogado del demandante concedió inmediatamente una rueda de prensa, en la que se mostró cauto sobre si apelarán este pronunciamiento u optarán por comenzar desde cero y demandar directamente a Maurizio CATTELAN. Mas, sea cual sea el curso de los acontecimientos a futuro, cabe presagiar que el debate relativo proseguirá vivo tanto en el ámbito artístico como en el jurídico.

CRÓNICA

Crónica de asuntos señeros de Derecho del Arte en 2022¹

MARÍA LUISA MACÍAS ROMERO

Abogada documentalista. Uría Menéndez

SUMARIO: I. EL MUSEO DEL PRADO INVESTIGA 62 OBRAS DE SU COLECCIÓN INCAUTADAS DURANTE LA GUERRA CIVIL. II. ADQUISICIÓN DEL ARCHIVO LAFUENTE POR PARTE DEL ESTADO.

En esta crónica se repasarán algunos sucesos acaecidos durante 2021 en el mundo del arte en España. En particular, se dará cuenta de la investigación por parte del Museo del Prado de 62 obras de su colección incautadas durante la Guerra Civil y la adquisición por parte del Estado del Archivo Lafuente para ser custodiado en el Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía.

I. EL MUSEO DEL PRADO INVESTIGA 62 OBRAS DE SU COLECCIÓN INCAUTADAS DURANTE LA GUERRA CIVIL

En septiembre, la prensa nacional y revistas especializadas publicaron la noticia de que el Museo del Prado habría identificado en su colección 25 obras procedentes de incautaciones en la Guerra Civil.

1. Las fuentes utilizadas para la realización de las crónicas han sido los artículos periodísticos publicados por los diarios *ABC*, *El País*, *El Mundo*, *Diario 16*, la Agencia EFE, el *Diario de Cantabria* y la revista especializada *Ars Magazine*, además de la información contenida en la páginas web del Museo del Prado (www.museodelprado.es) del Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía (www.museoreinasofia.es) y el Portal de Archivos Españoles (www.pares.mcu.es).

Según relatan los medios, el museo habría decidido abrir una investigación sobre la posibilidad de que algunas de las obras de su colección —al parecer un total de 62—, proviniesen de incautaciones realizadas en la Guerra Civil durante el franquismo. Para ello ha creado un equipo de trabajo liderado por el profesor Arturo Colorado Castellary (catedrático de Arte y Comunicación y experto en patrimonio y Guerra Civil) en colaboración con el Área de Biblioteca, Documentación y Archivo del propio museo.

Tal y como señalan fuentes de la pinacoteca: «*El objetivo de la investigación es aclarar cualquier duda que pudiera existir sobre los antecedentes y el contexto previo a que se produjera su entrada en las colecciones del Prado y llegado el caso y cumpliendo todos los requisitos legales, proceder a la devolución a sus legítimos dueños*».

Ninguna de las obras indicadas está expuesta en las salas de la pinacoteca. La mayoría se hallan en los almacenes y cuatro, depositadas fuera del museo: una en el Museo del Ampurdán de Figueras, y tres en el Museo de Bellas Artes de Granada.

Las conclusiones del estudio se prevé que se publiquen a comienzos de 2023, pero el listado actual, con la información sobre su procedencia, es accesible en la web del museo y se reproduce a continuación:



San Agustín meditando sobre el Misterio de la Trinidad

Óleo sobre lienzo. Siglo XVII
ANÓNIMO



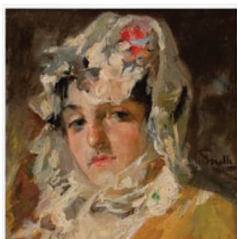
Alonso Cano

Óleo sobre lienzo. Último tercio del siglo XVII
ANÓNIMO



Encadenada

Óleo sobre hojalata. Hacia 1850
LUCAS VELÁZQUEZ, EUGENIO



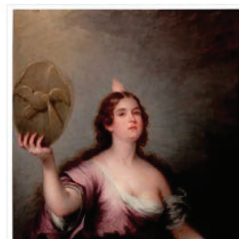
Cabeza de mujer con mantilla blanca

Óleo sobre lienzo. Hacia 1882
SOROLLA Y BASTIDA, JOAQUÍN



Paso de un río

Óleo sobre tabla. Siglos XVI - XVII
MOMPER II, JOOST DE



Alegoría del Antiguo Testamento

Óleo sobre lienzo. Hacia 1844
GUTIÉRREZ DE LA VEGA Y BOCANEGRA, JOSÉ



Dama con abanico

Óleo sobre lienzo. Hacia 1845
GUTIÉRREZ DE LA VEGA Y BOCANEGRA, JOSÉ



Alegoría del Nuevo Testamento

Óleo sobre lienzo. 1844
GUTIÉRREZ DE LA VEGA Y BOCANEGRA, JOSÉ



El canónigo José Olcina y Maciá, caballero de Montesa

Óleo sobre lienzo. 1845 - 1848
GUTIÉRREZ DE LA VEGA Y BOCANEGRA, JOSÉ (ATRIBUIDO)



Cristo en el Pretorio

Óleo sobre lienzo. 1673
RUIZ GONZÁLEZ, PEDRO



Paisaje nevado

Óleo sobre tabla. Después de 1625
BRUEGHEL EL JOVEN, JAN
(ATRIBUIDO)



La Natividad

Óleo sobre tabla. 1490
OSONA, RODRIGO DE. OSONA, FRANCISCO DE



Adoración de los Reyes Magos

Óleo sobre tabla. 1490
OSONA, RODRIGO DE. OSONA, FRANCISCO DE



Amorcillos jugando con un picbón

Óleo sobre lienzo. Siglo XVIII
BOUCHER, FRANÇOIS (COPIA)



Amorcillos vendimiando

Óleo sobre lienzo. Siglo XVIII
BOUCHER, FRANÇOIS (COPIA)



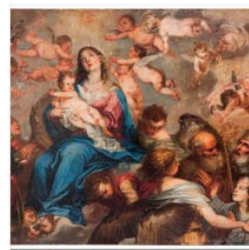
Cristo varón de dolores

Óleo sobre tabla. 1525 - 1550
ISENBRANDT, ADRIAEN



La Virgen con santos y ángeles

Óleo sobre lienzo. Siglo XVII
BOCANEGRA, PEDRO ATANASIO



La Virgen con santos

Óleo sobre lienzo. Siglo XVII
BOCANEGRA, PEDRO ATANASIO



*Leopoldo de Gregorio,
marqués de Esquilache*

Óleo sobre lienzo. 1759

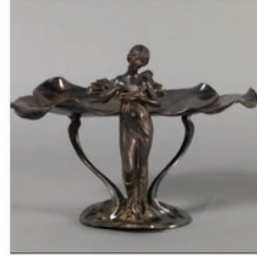
BONITO, GIUSEPPE



La Huida a Egipto

Óleo sobre lienzo. 1697

CASTRO, MANUEL DE



Frutero

Latón. Siglo XIX

ANÓNIMO



*Reloj de pie con figura de
bronce y números romanos*

Mármol, Bronce dorado, Cobre,
Madera. 1867

DÉTRIER, PIERRE-LOUIS. DELAISTRE

Es posible que el origen de estas obras se sitúe en la Comisaría General de Defensa de Patrimonio Artístico Nacional, organismo creado por el general Francisco Franco en plena Guerra Civil española (Decreto de 22 de abril de 1938). Tiene sus antecedentes en el Servicio de Recuperación Artística, que se había creado en el «bando nacional», en enero de 1937, con el pretendido objetivo de recuperar y proteger las obras de arte que se encontraban en el frente. Se dividía en dos secciones: el Servicio de defensa para la reparación, conservación y reconstrucción de obras histórico-artísticas, y el Servicio de recuperación para la devolución de bienes histórico-artísticos. Continuó ejerciendo las labores de reparación y conservación con las denominaciones de Comisaría General del Patrimonio Artístico Nacional (1968-1974) y, después, Comisaría Nacional del Patrimonio Artístico Nacional (1974-1976).

También se mencionan dos pinturas depositadas por la Junta de Incautación y Protección del Patrimonio Artístico (creada por el Gobierno de la República a comienzos de la Guerra Civil), pero no relacionadas con la Comisaría General, procedentes de la iglesia parroquial de Yepes (Toledo): una Santa Mónica y una María Magdalena del pintor del s. XVII Luis Tristán,

entregadas al museo como compensación por salvar el resto de las pinturas procedentes de la iglesia.

A estas obras hay que sumar otras once, que fueron depositadas por la Junta de Incautación durante la Guerra Civil en el Museo del Prado o en el Museo de Arte Moderno. Creada el 1 de agosto de 1936 y disuelta poco antes de finalizar el conflicto armado en marzo de 1939, la Junta de Incautación dependía del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes. Su ámbito de actuación era nacional, aunque disponía de juntas delegadas de ámbito local y obedecía a la estructura jerárquica dependiente en un primer momento de la Dirección General de Bellas Artes. Tenía a su cargo la incautación y conservación de obras muebles e inmuebles de interés histórico, artístico y bibliográfico que corrieran peligro de ruina, pérdida o deterioro.

Y, por último, 26 pinturas más, muy deterioradas por lo general, depositadas en el Prado en fecha desconocida por la Junta.

Algunas de estas obras cuentan con algún dato alusivo a la procedencia anterior a la incautación, aunque en la mayoría de los casos se desconoce quién era el propietario, bien por la falta de información de los herederos, o bien por el exilio de las familias, entre otras circunstancias.

Fuentes de la pinacoteca señalan que no les consta que haya habido ninguna reclamación sobre alguna de estas obras y explica que, desde 2017, los historiadores e interesados, así como los afectados por las incautaciones y devoluciones de obras de arte durante la Guerra Civil y la Dictadura, pueden acceder a los contenidos conservados sobre este tema en la colección «Guerra Civil» del Archivo Digital, que contiene 286 expedientes.

Por su parte, el Ministro de Cultura ha pedido a todos los museos nacionales que realicen una labor similar a la del Prado para que todas las obras de las que disponen las entidades y organismos oficiales del Estado tengan acreditado el origen, con el objetivo de que, si se hubiera producido una incautación injusta, pueda abrirse un proceso de devolución.

II. ADQUISICIÓN DEL ARCHIVO LAFUENTE POR PARTE DEL ESTADO

Martes, 26 de julio de 2022: el Consejo de Ministros acuerda la adquisición del Archivo Lafuente para formar parte de los fondos del Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía por un importe de 29.795.045,21 euros, que se abonarán en once anualidades (2,8 millones al año hasta 2032).

Fue al día siguiente cuando se formalizó la firma del contrato de compra-venta, que tuvo lugar en la sede del Grupo Lafuente, con la intervención del

director del Museo Reina Sofía, Manuel Borja-Villel, además de José María Lafuente; del secretario general de Cultura y Deporte, Víctor Francos; del vicepresidente de Cantabria, Pablo Zuloaga; de la delegada del Gobierno en Cantabria, Ainoa Quiñones; y de la alcaldesa de Santander, Gema Igual.

El origen de esta adquisición se sitúa en la firma, en 2012, de un convenio marco de colaboración entre el Museo Reina Sofía y José María Lafuente y, en octubre de 2014, cuando el pleno del Real Patronato del Museo Reina Sofía valoró positivamente el inicio de los trámites que permitirían que el Archivo de José María Lafuente pasase a formar parte de los fondos del Reina Sofía por un periodo de diez años, prorrogable.

Esta cesión del archivo fue producto del trabajo que desde 2012 desarrolló la Secretaría de Estado de Cultura y la dirección del Museo Reina Sofía con José María Lafuente, a partir del deseo manifestado por el propio coleccionista de que su archivo permaneciera accesible al público en Santander. En esta negociación participó el Gobierno de Cantabria para destinar un edificio y recursos suficientes para albergar el archivo.

El 20 de marzo de 2015, se firmó el protocolo de intenciones para sentar la base jurídica a las gestiones necesarias para la incorporación del Archivo Lafuente al Museo Reina Sofía, a través de la creación de una sede asociada de este museo en el antiguo edificio del Banco de España en Santander. El protocolo incorporaba los compromisos de la Administración General del Estado a través de la Secretaría de Estado de Cultura, tendentes al uso y la adquisición futura del archivo, así como a las gestiones necesarias para, en colaboración con el Gobierno de Cantabria y el Ayuntamiento de Santander, acondicionar la antigua sede del Banco de España y convertirla en un centro que, de forma dependiente del Museo Reina Sofía, gestionase el archivo en todo lo relativo a su conservación, difusión y puesta a disposición del público.

El 18 de febrero de 2016 se rubricó un convenio entre el Museo Reina Sofía y el Archivo Lafuente, que, en líneas básicas, recogía el derecho de uso preferente y gratuito a favor del museo sobre los fondos del Archivo Lafuente durante diez años, la opción de compra exclusiva durante el periodo de vigencia del acuerdo y el compromiso del Museo de impulsar, en la medida de sus competencias, un centro asociado Reina Sofía-Archivo Lafuente en la ciudad de Santander en el antiguo edificio del Banco de España.

El 25 de julio de 2018 el ministro de Cultura y Deporte, José Guirao, y la alcaldesa de Santander, Gema Igual, junto con el director del Reina Sofía, Manuel Borja-Villel, firmaron el convenio para la implantación en la ciudad de un centro asociado al museo, ligado al Archivo Lafuente, que se ubicará en la antigua sede del Banco de España.

En febrero de 2021 José María Lafuente entregó al director del Museo Reina Sofía la descripción y valoración del global del Archivo hasta el 2020, incluyendo el presupuesto del 2021.

Por último, el 16 de marzo de 2022 la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico del Ministerio de Cultura informó favorablemente sobre la adquisición del Archivo Lafuente.

Formado por 130.000 piezas, se trata de una colección de arte moderno y contemporáneo europeo, con especial foco en España, Latinoamérica y Norteamérica. Está compuesto por libros, revistas, carteles, manifiestos, manuscritos, bocetos, *collages*, cartas, fotografías, libros de artistas, audiovisuales, así como pinturas, esculturas y obra gráfica. El germen del archivo se remonta a los años 80, época en la que el empresario inició una colección de arte que iría creciendo con la incorporación de obras de pintores y escultores españoles, a las que se sumaron gradualmente piezas de artistas internacionales.

La estructura del Archivo Lafuente es cronológica y geográfica, con dos grandes periodos: el primero desde 1900 a 1945 y el segundo que abarca desde 1945 a 1989.

Fuentes del propio museo consideran que el Archivo Lafuente es tan solo comparable con dos de las colecciones privadas más importantes de Estados Unidos y Europa: la Merrill C. Berman Collection y la colección de Edigio Marzona.

Bases de la Convocatoria del Premio Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte

PRIMERA.- OBJETO DE LA CONVOCATORIA

1. La Fundación Profesor Uría (la “Fundación”) convoca la octava 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 2021, 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 2021 o ese mismo día como fecha límite. Se tomará como fecha válida de entrega la que figure como tal en la correspondiente oficina de correos.

QUINTA.- FORMA DE PRESENTACIÓN

1. El correo electrónico por el que se presente el artículo se dirigirá a presidencia@fundacionprofesoruria.org, de acuerdo con las siguientes reglas:
 - a) En el espacio reservado a Asunto se indicará “Premio Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte”.
 - b) En el cuerpo del correo electrónico se expresará el título del artículo, el seudónimo del autor y la fecha de envío.
 - c) El artículo se adjuntará en formato pdf.
 - d) Deberá asegurarse el anonimato del autor, que no podrá ser identificado, directa ni indirectamente, por la dirección de correo electrónico remitente ni de ningún otro modo. En caso de que el anonimato no quede asegurado, el artículo en cuestión quedará excluido del Premio.
 - e) Tras la recepción del pdf, y una vez comprobado que se puede abrir el fichero adjunto sin ningún problema, la Fundación enviará al remitente un correo electrónico acusando recibo del artículo. Sin este correo de respuesta, el artículo no se tendrá por presentado.
2. Además del correo electrónico, el participante deberá firmar y enviar una carta, mediante correo certificado, al domicilio de la Fundación (C/ Príncipe de Vergara, número 187, 28002 Madrid, indicando en el sobre “Premio Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte” y el título del artículo. En su interior deberá incluirse otro sobre cerrado en el que se haga constar el título del artículo, con el siguiente contenido:
 - i. El nombre y apellidos del autor, copia de su documento oficial de identidad o pasaporte, nacionalidad, profesión, dirección postal, teléfono y correo electrónico de contacto.
 - ii. El consentimiento a la divulgación del artículo, en caso de resultar premiado por el Jurado o seleccionado por la Fundación para su publicación, junto con otros artículos, en la monografía a la que se refiere el apartado 2 de la base séptima.
 - iii. La garantía de la autoría y la originalidad del artículo presentado, y de que no es copia ni modificación total o parcial de ningún otro propio o ajeno.
 - iv. La garantía (i) de que el artículo no se ha divulgado en ningún lugar del mundo; (ii) de su titularidad en exclusiva por parte del participante; (iii) de que sobre los derechos de explotación del artículo no tienen cargas ni limitación alguna; y (iv) de que el artículo

no se ha presentado a ningún otro premio o concurso pendiente de resolución. Se adjunta como Anexo II un modelo de declaración sobre los extremos indicados en los apartados ii a iv.

3. No serán aceptados los artículos y cartas de acompañamiento que no se presenten de la forma y con las condiciones establecidas en estas bases.

SEXTA.- JURADO

1. En esta octava edición el Jurado será presidido por D. Daniel Proença de Carvalho y estará compuesto, además, por D^a. Encarnación Roca Trías, D. Miguel Satrustegui Gil-Delgado, D. Juan Cadarso Palau y D. Juan E. Cambiaso. Actuará como secretario, con voz pero sin voto, D. Agustín González García.
2. El Jurado valorará que el tema desarrollado se trate desde una perspectiva integral (legal, doctrinal y jurisprudencial). De igual modo, se valorará su carácter innovador, su calidad, el rigor científico y el interés del tema.
3. El Premio podrá ser otorgado ex aequo a dos o más artículos. Asimismo, el Premio podrá ser declarado desierto si los originales presentados no reúnen, a juicio del Jurado, los mínimos de calidad exigibles.
4. Las deliberaciones del Jurado serán secretas y sus decisiones se adoptarán por mayoría simple y serán inapelables.

SÉPTIMA.- PREMIOS

1. El Premio será de 25.000 euros. Del importe del Premio se detraerán, en su caso, los impuestos que procedan según la legislación aplicable.
2. El artículo premiado, junto con otros artículos elegidos por la Fundación, una vez oído el Jurado, serán publicados en una monografía de Derecho del Arte (la "Monografía") que será editada por la Fundación en solitario o junto con una prestigiosa editorial jurídica designada por la Fundación.

OCTAVA.- COMUNICACIÓN DEL FALLO Y ENTREGA DEL PREMIO

1. El fallo del Premio tendrá lugar no más tarde del día 28 de febrero de 2022 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 cartoné, 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 reimpressiones 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 diez de noviembre de dos mil veinte.

Anexo I

- Régimen jurídico del patrimonio cultural en España e Iberoamérica
- El concepto jurídico de obra de arte
- Aspectos jurídicos relacionados con las obras de arte como objeto de propiedad intelectual
- Problemas jurídicos en torno a la autenticación de obras de arte
- Régimen jurídico de los contratos relacionados con obras de arte
- Problemática jurídica de la compraventa de obras de arte
- Problemática jurídica en materia de depósito y préstamo de obras de arte
- Los contratos financieros de obras de arte
- El contrato de seguro de obras de arte
- Régimen jurídico y problemas legales en torno a las subastas de obras de arte
- Aspectos jurídicos relevantes para la organización y el funcionamiento de los museos y otras instituciones culturales
- La gestión colectiva de los derechos de autor de obras de arte
- Aspectos jurídicos relevantes en la creación y la difusión digital de obras de arte
- Medidas para impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de obras de arte
- La exportación de obras de arte: régimen jurídico, procedimiento y criterios para autorizar o rechazar la exportación

- Aspectos jurídicos relativos a la recuperación de obras de arte que hayan salido de forma ilegal de un Estado
- Leyes de inmunidad frente al embargo de obras de arte
- Protección de las obras de arte en caso de conflicto armado
- Los delitos de falsificación, estafa y robo de obras de arte
- La fiscalidad y el mecenazgo en materia de obras de arte
- Problemas legales en torno al legado de los artistas

Anexo II

Modelo de consentimiento y declaración de garantía de autoría y originalidad

D./D^a. [•••], mayor de edad, con documento de identidad n° [•••] 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

PRIMEIRA.- OBJETO DA CONVOCATÓRIA

1. A Fundação Professor Uría (a “**Fundação**”) convoca a oitava edição do **Prémio Rodrigo Uría Meruéndano de Direito da Arte** (o “**Prémio**”) com o objetivo de continuar a apoiar e a incentivar os estudos jurídicos inovadores e de qualidade sobre as obras de arte, os seus criadores e os restantes intervenientes no mundo da arte.
2. A Fundação é consciente da amplitude que tem o conceito de arte; assim, com a finalidade única de delimitar, na medida do razoável, o âmbito dos estudos que pretende fomentar com o Prémio, é de assinalar que a presente convocatória destina-se a incentivar os estudos jurídicos sobre matérias como a criação e difusão das artes plásticas (em particular a pintura, escultura e arquitetura) e das artes audiovisuais, assim como os estudos jurídicos sobre a conservação, transmissão e exibição do património artístico. Exemplos de temas cujo estudo entra plenamente no âmbito do Prémio são os que se indicam no Anexo I.
3. Além de para apoiar e incentivar os estudos jurídicos inovadores e de qualidade sobre o mundo da arte em geral, o Prémio é também convocado para honrar a memória do prestigiado advogado e mecenas da arte, Rodrigo Uría Meruéndano, Presidente do Real Patronato do Museu Nacional do Prado até à sua morte em julho de 2007 e fundador e primeiro Presidente da Fundação.
4. A candidatura de um artigo ao Prémio implica, em qualquer caso, a aceitação integral e incondicional das presentes bases.

SEGUNDA.- PARTICIPANTES

Podem concorrer ao Prémio todos aqueles que assim o desejarem, qualquer que seja a sua nacionalidade, com exceção dos membros da Fundação da Uría Menéndez Abogados, S.L.P. (“**Uría Menéndez**”) e da Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero DU & Uría (“**PPU**”), assim como os seus cônjuges e familiares, diretos ou colaterais, até ao segundo grau.

TERCEIRA.- CARACTERÍSTICAS DOS ARTIGOS

1. Os artigos devem ser originais, nunca antes divulgados e redigidos na língua oficial de qualquer um dos seguintes países: Espanha, Portugal e países da Ibero-América. Os artigos deverão tratar o tema de uma perspectiva do Direito aplicável em, pelo menos, um dos citados países.
2. Os artigos podem ser individuais ou escritos em coautoria e deverão ter como objeto a investigação jurídica sobre o mundo da arte. Nestas bases, as referências ao autor (no singular) considerar-se-ão como feitas igualmente aos autores (no plural) e, se aplicável, aos coautores.
3. Os artigos deverão cumprir a seguinte formatação:
 - a) Terão uma extensão mínima de 60 páginas e máxima de 120 páginas, tamanho DIN A4 (210 x 297 mm), em espaço duplo.
 - b) A letra deverá ser do tipo Times New Roman, tamanho 12 para o texto e 10 para as notas de rodapé.
 - c) As margens superior e inferior serão de 2,5 cm, e as margens direita e esquerda de 3 cm.

QUARTA.- PRAZO DE APRESENTAÇÃO

Os artigos deverão ser enviados por *e-mail* antes das 14h (hora de Madrid-Espanha) do dia 31 de outubro de 2021, 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 2021 ou nesse mesmo dia como data limite. Será considerada como data válida de entrega a indicada no correspondente ponto de correios.

QUINTA.- FORMA DE APRESENTAÇÃO

1. O *e-mail* por meio do qual se remeta o presente artigo deverá ser endereçado a presidencia@fundacionprofesoruria.org, de acordo com as seguintes regras:

- a) No espaço reservado a Assunto deverá indicar-se “Prémio Rodrigo Uría Meruéndano de Direito da Arte”.
 - b) No corpo do e-mail deverá indicar-se o título do artigo, o pseudónimo do autor e a data de envio.
 - c) O artigo deverá ser anexado em formato pdf.
 - d) Deve ser assegurado o anonimato do autor que não poderá ser identificado, direta ou indiretamente, pelo endereço do e-mail remetente, nem de qualquer outro modo. Caso o anonimato não seja assegurado, o artigo em causa será excluído do Prémio.
 - e) Após a receção do pdf e uma vez verificado que se pode abrir o ficheiro anexo sem qualquer problema, a Fundação enviará ao remetente uma mensagem de e-mail acusando a receção do artigo. Sem esta mensagem de resposta, o artigo não se considerará como tendo sido apresentado.
2. Além da mensagem de e-mail, o participante deverá assinar e enviar uma carta por correio registado para a sede da Fundação (C/ Príncipe de Vergara, número 187, 28002 Madrid), indicando no envelope “Prémio Rodrigo Uría Meruéndano de Direito da Arte” e o título do artigo. Dentro do envelope deverá ser incluído um outro envelope fechado em que se faça constar o título do artigo, com o seguinte conteúdo:
- i. O nome e apelidos do autor, cópia do seu documento de identificação oficial ou passaporte, nacionalidade, profissão, morada, telefone e endereço de *e-mail* de contacto.
 - ii. O consentimento para a divulgação do artigo, caso seja premiado pelo Júri ou selecionado pela Fundação para a sua publicação, juntamente com outros artigos, na monografia a que se refere o ponto 2 da base sétima.
 - iii. A garantia da autoria e da originalidade do artigo apresentado, e de que não é cópia nem modificação total ou parcial de nenhum outro artigo próprio ou de terceiro.
 - iv. A garantia (i) de que o artigo nunca foi antes divulgado em qualquer ponto do mundo; (ii) da sua titularidade exclusiva por parte do participante; (iii) de que não há quaisquer encargos ou limitação de qualquer tipo sobre os direitos de exploração do artigo; e (iv) de que o artigo não tenha sido submetido a qualquer outro prémio ou concurso pendente de resolução. Junta-se, como Anexo III, um modelo de declaração sobre os termos indicados nas alíneas ii a iv.

3. Não serão aceites os artigos e as cartas de acompanhamento que não sejam apresentados na forma e de acordo com as condições estabelecidas nestas bases.

SEXTA.- JÚRI

1. Nesta oitava 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 carácter inovador, a sua qualidade, o rigor científico e o interesse do tema.
3. O Prémio poderá ser atribuído *ex aequo* a dois ou mais artigos. De igual forma, o Prémio pode ser declarado deserto se os originais apresentados não reunirem, no entendimento do Júri, os mínimos de qualidade exigíveis.
4. As deliberações do Júri serão secretas e as suas decisões serão tomadas por maioria simples das quais não caberá recurso.

SÉTIMA.- PRÉMIOS

1. O prémio será de 25 000 euros. Do montante do Prémio serão deduzidos, consoante o caso, os impostos devidos segundo a legislação aplicável.
2. O artigo premiado, juntamente com outros artigos que sejam selecionados pela Fundação, uma vez pronúncia do Júri, serão publicados numa monografia de Direito da Arte (a “**Monografia**”) que será editada pela Fundação individualmente ou em conjunto com uma prestigiada editora jurídica designada pela Fundação.

OITAVA.- COMUNICAÇÃO DA DECISÃO E ENTREGA DO PRÉMIO

1. A decisão de atribuição do Prémio realizar-se-á o mais tardar no dia 28 de fevereiro de 2022 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 ORIGINALS

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 dez de novembro de dois mil e vinte.

Anexo I

- Regime jurídico do património cultural em Espanha e na Ibero-América
- O conceito jurídico de obra de arte
- Aspectos 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
- Aspectos 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
- Aspectos 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

- Aspectos 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

D./D^a. [•••], 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 [•••].