

I

AUTORÍA Y ORIGINALIDAD DE LAS OBRAS DE ARTE A EFECTOS DE SU VENTA, EXPOSICIÓN Y DIVULGACIÓN

LLUÍS PEÑUELAS I REIXACH
Secretario general de la Fundació Gala-Salvador Dalí

I.1. OBJETIVO DEL CAPÍTULO E IDEAS PREVIAS

LA FALTA DE CONSENSO SOBRE «AUTOR» Y «ORIGINALIDAD» DE LAS OBRAS DE ARTE

En la introducción hemos identificado cuatro grupos de problemas que afectan a los coleccionistas en el momento de comprar obras de arte, al público en el de apreciarlas, a las instituciones en el de protegerlas, a los comerciantes en el de venderlas y a los expertos en el de determinar su autoría y originalidad.

Este capítulo se centrará sólo en uno de ellos: el derivado de que no exista en el mercado del arte ni en el Derecho un consenso generalizado y pacífico sobre qué requisitos se deben dar para afirmar que una obra de arte es original y de la autoría de un determinado artista.

Esta falta de consenso se ha traducido a nivel lingüístico en que las expresiones «autor de una obra de arte» y «obra de arte original» sean ambiguas, presenten varios significados, y que los conceptos que éstas designan sean vagos, poco precisos.

Estas ambigüedades lingüísticas no son simples cuestiones teóricas sin relevancia práctica alguna. Todo lo contrario, puesto que las mismas dan lugar a una indeterminación que:

- facilita en gran medida que existan fraudes y prácticas de publicidad engañosa en la venta, exposición y divulgación de las obras de arte, que a su vez provocan que, en estas actividades, en muchas ocasiones los compradores y el público en general no puedan tomar decisiones conscientes y acordes con sus intereses, pues no saben a ciencia cierta qué relación ha tenido un artista con una obra de arte cuando se afirma que éste es su autor y que la obra es un original suyo;
- dificulta la lucha, por parte de los tribunales y las Administraciones, contra las falsificaciones de obras de arte y sus reproducciones ilícitas;
- permite la competencia desleal entre galeristas y centros de exposición, que acaba perjudicando los intereses legítimos y legales de artistas, coleccionistas, galeristas, marchantes, casas de subastas, museos, instituciones culturales, Administraciones y ciudadanos en general;
- perjudica el ejercicio y defensa de los derechos intelectuales, morales, de marca y de uso del nombre de los artistas y de quienes puedan ser sus titulares.

OBJETIVO: CONCEPTOS MENOS INDETERMINADOS QUE GARANTICEN LOS DERECHOS EN JUEGO

Nuestro objetivo es paliar esta indeterminación y, con ello, sus graves consecuencias, mediante la definición de unos conceptos de «autor de una obra de arte» y de «obra

de arte original» que sean más precisos, más significativos¹ y más garantistas de los derechos de los ciudadanos que los que se reconocen en el Ordenamiento Jurídico actual. Conceptos que vamos a elaborar y desarrollar para que puedan llegar a ser utilizados en la redacción y en la interpretación de las vigentes y futuras leyes civiles, mercantiles, administrativas y penales que regulan o puedan regular la venta, exposición y divulgación de las obras de arte.

Junto a este objetivo, el básico y principal de este capítulo, también aspiramos a que dichas definiciones tengan incidencia en el mercado del arte, y especialmente en la labor de los expertos y comités de autenticación.

Si conseguimos que estos conceptos sean adoptados de forma mayoritaria en todos estos sectores, habremos combatido la actual indeterminación, no sólo gracias a la utilización de conceptos menos vagos que los actuales, sino también porque habremos reducido la ambigüedad con que en estos momentos se emplean las expresiones «autor de una obra de arte» y «obra de arte original».

METODOLOGÍA

Para crear estos conceptos utilizaremos la metodología propia de la ciencia del Derecho o dogmática jurídica.

Esta metodología en la elaboración y fundamentación de nuestro discurso nos llevará a tener en cuenta, tanto la regulación vigente de la autoría y la originalidad de las obras de arte en las fuentes directas e indirectas del Derecho de la propiedad intelectual y del Derecho tributario españoles, como las opiniones de los expertos en arte sobre estas cuestiones y el significado usual de estos términos y expresiones.

También emplearemos, pero sólo de forma puntual, doctrina jurídica, jurisprudencia y normativa comunitaria, francesa y norteamericana del Derecho de propiedad intelectual, del Derecho tributario y del Derecho que defiende los intereses de los consumidores.

DIFICULTADES

El propósito de establecer conceptos de «autor de obra de arte» y de «obra de arte original» que reduzcan la indeterminación de estos términos en las citadas ramas del Derecho y en el sector del arte choca con dos enormes dificultades.

La primera, es la diversidad de tipos de bienes que se incluyen en la categoría de «obra de arte»: desde óleos hasta fotografías, de piezas cerámicas a esculturas en

1. Sobre la relevancia de los conceptos significativos para entender la realidad, aprender de ella y poder transformarla, véase Lluís Peñuelas Reixach, *La docencia y el aprendizaje del Derecho en España*, Madrid: Marcial Pons, 2009, 3ª edición, pp. 64 y ss.

bronce, de dibujos a litografías, grabados o tapices. Son, pues, muchos los procesos creativos que dan lugar a obras de arte, ya sean éstas únicas o seriadas.² Al ser estos procesos creativos tan numerosos y dispares, son pocos los elementos comunes a todos ellos, lo que dificulta que se puedan elaborar definiciones significativas de «autoría» y de «originalidad», si se desea que las mismas se puedan aplicar de forma indistinta a todos los tipos de obras de arte.

La segunda, es que estos conceptos están directamente relacionados con algo que siempre será polémico: la definición de «obra de arte» y, en último término, de «arte». Seguramente es imposible establecer un concepto preciso y definitivo de qué es autoría y qué son originales de obras de arte, porque ello es tanto como delimitar qué es una obra de arte o qué es el arte, temas que, como saben los filósofos y teóricos del arte, son totalmente abiertos y están en constante evolución, pues no es dable poner límites o barreras a los procesos creativos artísticos del ser humano.

Nuestro propósito se enfrenta además con otras dificultades, de menor calibre que las anteriores y que presentan un carácter más exógeno. Destacaremos tres:

- La atracción que la escasa regulación jurídica del arte y de su mercado provoca en gran parte de los operadores o agentes de dicho mercado. En una sociedad tan «normativizada» como la nuestra, el mercado del arte constituye uno de los sectores menos regulados por los Estados, lo que para muchos –entre los que se encuentran también artistas y coleccionistas– constituye uno de sus alicientes.³
- El interés crematístico de algunos de los agentes del mercado del arte es que la confusión sobre estos términos continúe, pues ello les permite la venta, como originales de un artista, de obras que son de otros, de obras atribuidas a un solo autor que en realidad han sido realizadas por varios, o de objetos que son simples reproducciones y que se hacen pasar por obras de arte.

2. «La obra realizada en serie (que da lugar a una serie de ejemplares o “múltiples”) se basa en la técnica del empleo de moldes, planchas o negativos, a partir de los cuales se obtiene el objeto deseado por el artista. Dentro de este grupo tenemos el grabado, con sus variantes (litografía, xilografía, aguafuerte...) y la escultura, en algunas ocasiones (por ejemplo, en la técnica de la fundición).» Jorge Ortega Doménech, *Obra Plástica y Derechos de Autor*, Madrid: Editorial Reus, 2000, p. 105. También se incluyen en esta categoría otras, realizadas bajo los mismos parámetros, como son por ejemplo las fotografías. Cabe destacar que estas técnicas pueden ser utilizadas por el artista para crear un solo ejemplar, en cuyo caso darán lugar a obras de arte únicas.

3. «Lo más sorprendente del mercado del arte –especialmente desde que pasó de interesar a una pequeña y apasionada comunidad a principios de los años noventa para convertirse en la industria de 50.000 millones de dólares que es en la actualidad– es que funciona en buena medida según unas pautas autorreguladas. Los precios, la autenticidad, los estándares y las prácticas han llegado al mismísimo mundo del arte sin consultar o recurrir al gobierno: parece el sueño de un libertario de un mercado libre y sin restricciones.» Marion Maneker, «Art market analysis: A market in need of supervision», *The Art Newspaper*, número 232, febrero de 2012, publicado online el 8 de febrero de 2012, en <http://www.theartnewspaper.com/articles/Art-market-analysis-A-market-in-need-of-supervision/25637>.

· El sector del arte, especialmente los artistas y sus estudiosos, puede llegar a aceptar esta indeterminación como un factor que facilita la creación artística y la evolución del arte, pero no es consciente de que la inseguridad jurídica que crea impide el buen funcionamiento del mercado del arte y una defensa efectiva de los derechos de artistas, coleccionistas y público.

ESTRUCTURA DEL CAPÍTULO

Tras las ideas previas, analizaremos la relevancia económica, artística y jurídica de la autoría y de la originalidad de las obras de arte.

Seguidamente, pasaremos a apuntar qué se entiende por autor de una obra de arte y por obra de arte original de un artista en el sector del arte, para continuar exponiendo cómo el Derecho de la propiedad intelectual y el tributario español han definido dichos conceptos.

Por último, cerraremos el capítulo con nuestra propuesta de definición.

MAYOR INFORMACIÓN

Con independencia de que las definiciones que defenderemos sean o no aceptadas, no cabe duda de que lo que resulta aún más importante para combatir los problemas anteriormente apuntados a los que da lugar esta indeterminación, es que se imponga, a todos los sujetos que venden, exponen y divulgan objetos que califican como obras de arte originales de un determinado artista, la obligación de ofrecer una información veraz y completa sobre dichos objetos que permita a los compradores, y al resto de ciudadanos, adquirir una clara conciencia de su naturaleza y de la relación del artista con la pretendida obra de arte.

Así, en Estados Unidos (EE. UU.), donde existe una normativa específicamente creada para defender a coleccionistas y consumidores, ante la dificultad de establecer qué es «autoría» y «originalidad», en algunos casos el legislador, más que a hacer hincapié en la definición de estos conceptos, ha tendido a exigir a los vendedores de obras de arte seriadas que establezcan en sus facturas y contratos la máxima información posible sobre el proceso de creación de las obras que están vendiendo, y que en caso de no hacerlo o de mentir sobre dicho proceso deberán responder judicialmente.⁴

4. Véase el apartado 3.4.1. En parecidos términos se han pronunciado también los expertos en arte respecto a las obras escultóricas seriadas: «En resumen, se ha dado una importancia excesiva al término “original” como factor para determinar la aceptabilidad de las reproducciones de esculturas y grabados. En lugar de buscar un término sustitutivo, recomendamos a los interesados en el problema que tengan en cuenta las circunstancias específicas en las que se reprodujo la obra de cada escultor». *Declaración sobre las normas para la reproducción de esculturas y medidas preventivas para combatir las prácticas antiéticas de fundición en bronce*, Normas y directrices aprobadas por la College

EL PROBLEMA DE LA DEFINICIÓN DE «OBRA DE ARTE»

A los coleccionistas y a los expertos les interesan las obras de arte originales de los artistas. Tres son, por tanto, las cuestiones a dilucidar en cada caso: que el objeto que tienen ante ellos sea una obra de arte, que sea del autor al que se le atribuye y que se pueda considerar como un original de dicho artista.

Aunque con ello estamos seguramente limitando las probabilidades de construir un discurso que alcance los objetivos que nos hemos propuesto, en este trabajo sólo nos ocupamos ampliamente de las dos segundas.

Intentar abordar con profundidad la definición de obra de arte desde el punto de vista jurídico, por las polémicas que genera y las vertientes que presenta, desbordaría los límites de extensión a los que está sometida esta parte introductoria del libro.

Una vez dicho esto, también es cierto que, como comprobaremos en el capítulo siguiente, en el mercado encontraremos numerosos supuestos en los que la primera cuestión a dilucidar para establecer la autoría y la originalidad de una obra de arte será precisamente saber si el objeto es una obra de arte o no.

Por ello, y aunque no sea posible aquí y ahora analizar esta cuestión en debida forma, ni ello sea estrictamente necesario a nuestro juicio para alcanzar el propósito de este capítulo, no podemos sustraernos a efectuar una breve aproximación al concepto jurídico de «obra de arte»: por el interés que nos despierta, porque permitirá también entender más fácilmente las dificultades que conllevará alcanzar nuestro objetivo⁵ y porque ayudará en un momento dado a diferenciar lo que son obras de arte originales de un artista, de objetos que son simples reproducciones u obras de arte derivadas, pero de la autoría y originalidad de otros artistas.

Art Association el 27 de abril de 1974, suscritas también por la Association of Art Museum Directors y la Art Dealers Association of America, en: <http://www.collegeart.org/guidelines/sculpture> (31-12-2012). O el Syndicat General de Fondateurs de France: «“Lo que necesitamos es un documento que informe exactamente al cliente sobre lo que está comprando”, declaró un portavoz del Syndicat [...] “Queremos dotar de moralidad la producción de esculturas de bronce. El comprador de una escultura de bronce a menudo no sabe lo que está comprando. Las copias deberían comprarse a su precio de mercado real. Un Rodin de seis meses no puede venderse por el mismo precio que una obra realizada por el propio artista. Las cosas son todavía peores fuera de Francia, y es que no hay prácticamente ninguna legislación europea sobre el tema”, puntualizó el portavoz del Syndicat» (N. P., «Después del escándalo de los Rodin falsos, la ley francesa sobre fundidores de bronce protege su buen nombre», en *The Art Newspaper*, número 19, 01-06-1992, en su archivo digital <http://www.theartnewspaper.com/>, 31-12-2012).

5. Antes señalábamos que la definición de la «autoría de una obra» de arte esta intrínsecamente relacionada con la de «obra de arte», y que su indeterminación nacía en gran medida de que este defecto también es propio de la definición de «obra de arte» y «arte».

DEFINICIÓN JURÍDICA DE «OBRA DE ARTE»

Diversos autores se han ocupado de la dificultad de establecer un concepto preciso de obra de arte que pueda ser válido para el Derecho.⁶

Nosotros abordamos tangencialmente este tema en un anterior trabajo,⁷ en el que afirmábamos que de la doctrina y la jurisprudencia jurídica se desprendía que una buena definición, aunque pudiera parecer una tautología, era la de entender que una obra de arte es «un objeto material original creado por un artista que los expertos en arte consideran como una obra de arte».

Esta postura es de hecho muy parecida a la que había establecido ya en los años treinta del pasado siglo el juez Waite, de la United States Customs Court, en una celebrada y citada sentencia de 1928: *Brancusi v. United States*, 54 Treas. Dec. 428, 429 (Cust. Ct. 1928).

Este caso se planteó dentro de una de las ramas del Derecho que más se ha ocupado de esta cuestión, la tributaria y, más concretamente, la de los impuestos que gravan la importación de bienes:

«La confusión empezó en otoño de 1926, cuando un funcionario de aduanas del puerto de Nueva York declaró que un objeto de bronce esculpido por la mano de Brancusi era simplemente un utensilio de cocina y que, por lo tanto, estaba sujeto a un elevado arancel de importación. [...] Concebido por Marcel Duchamp, financiado por Gertrude Vanderbilt Whitney y facilitado por Edward Steichen, *Brancusi v. United States* reunió bajo el mismo techo –sólo por unos días– al incipiente mercado del arte neoyorquino, planteando la pregunta: «¿Qué es el arte?».⁸

Para que no se aplicaran los aranceles aduaneros a una escultura de Brancusi, los expertos debían probar al tribunal que:

«el objeto era original, no tenía ningún valor utilitario, era el producto de un escultor profesional, y podía considerarse como una verdadera obra de arte».⁹

6. Véase especialmente: Leonard D. Duboff, «What is Art? Toward a legal definition» en *12, Hastings Comm/Ent L.J.*, 1989-1990, pp. 303 y ss.; Christine Haight Farley, «Judging Art», en *79, 4, Tulane Law Review*, 2005, pp. 805 y ss. y Paul Kearns, *The legal concept of Art*, Oxford: Hart Publishing, 1998.

7. Lluís Peñuelas Reixach, *Valor de mercado y obras de arte*, Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 67 y ss.

8. Tamara Mann, «The brouhaha: when the bird became art and art became anything», 2,2, *Spencer's Art Law Journal*, 2011, p. 7.

9. *Ibid.*, p. 13, citas omitidas. Como se puede ver, la normativa arancelaria norteamericana llevaba implícita, como toda normativa sobre esta materia, una determinada concepción de lo que son las obras de arte. Ésta era la del abogado que la promovió en 1913, John Quinn: «Quinn introdujo en el cuerpo de la ley una serie de disposiciones que reflejaban sus propios sesgos estéticos. Inspirándose en

A pesar de que pueda parecer extraño para quienes son ajenos al mundo judicial, sirvió, gracias a los expertos convocados, para establecer el estado de la cuestión sobre lo que en aquel momento se consideraba «arte», de una forma mejor que la que se habría conseguido en muchos de los encuentros universitarios o académicos que se hubieran podido organizar:

«La mayoría de los testimonios respondieron a la pregunta de cómo definir el arte. En el transcurso del juicio, se plantearon tres respuestas distintas a esta pregunta. Según Steichen y otros dos testimonios citados por los Estados Unidos, Robert Ingersol Aitken y Thomas Jones, el arte se podía determinar a través de los atributos físicos del objeto, como el aspecto y la armonía. Para el escultor Jacob Epstein, las condiciones estéticas residían en el artista más que en el objeto. «Un mecánico no puede realizar una obra bonita..., puede pulir el objeto, pero no puede concebirlo», argumentaba. Según Epstein, gracias a su poder de concepción único, el artista podía convertir cualquier objeto en una obra de arte. Y continuaba: «Desde el momento en que una piedra o una roca está en manos de un artista, puede convertirse en una obra de arte». Forbes Watson y Henry Fox coincidieron con las afirmaciones de Steichen y Epstein, pero propusieron un requisito adicional. Para Watson y Fox, la determinación estética descansaba, ante todo, en el observador. El objeto, declaraban, debe ser bello y dar «placer». Al final del juicio, se habían ofrecido tres lugares distintos donde se daban las condiciones del arte: el objeto en sí, la sinceridad del artista y la reacción del observador. El escrito presentado por el demandante ofrecía otro atributo en la definición más amplia del arte. Según los abogados, las obras de arte se asemejaban más a ideas que a objetos físicos».¹⁰

Por lo tanto, al final del juicio, el término «arte»:

«se había revestido con una serie de atributos sin precedentes. Las obras de arte se parecían a las ideas, encarnaban cualidades como el equilibrio y la armonía, provocaban un sentimiento de belleza y eran la creación inspirada de alguien considerado un artista. Aunque tenía un alcance muy amplio,

parte en el antisemitismo, Quinn garantizó que los importadores de copias, muchos de los cuales eran judíos, pagaran impuestos. Para ello, Quinn incorporó por primera vez en la legislación el término «original». Asimismo, las obras de arte no podían tener un valor utilitario o ser el resultado predominante de un proceso mecánico. La máxima «el arte por el arte» guió a los primeros modernistas, y Quinn creía firmemente que la ausencia de propósito utilitario constituía un aspecto esencial de lo que convertía un objeto en una obra de arte. Conforme a ello, los atributos de Quinn implicaban una serie de estándares que los artistas de los años veinte intentarían desmontar. La popularidad de la Bauhaus, la fotografía y el diseño parecían sugerir que la utilidad y la reproducción mecánica eran aspectos esenciales del arte moderno». *Ibid.*, p. 9, citas omitidas. Esta concepción que caracterizaba dicha regulación ha ido modificándose con el tiempo gracias a la evolución de la jurisprudencia de los tribunales, véase *Ibid.*, pp. 9 y ss.

10. *Ibid.*, pp. 13-14, citas omitidas.

esta definición rechazaba implícitamente dos atributos que circulaban sobre el arte: que las obras de arte imitaban los objetos naturales y, lo que es quizás más importante, que las obras de arte eran una especie de mercancía.¹¹

La decisión del juez se separó de estas posiciones y estableció una definición operativa y realística, aunque indeterminada, pues aun exigiendo siempre que se cumplirían unos mínimos requisitos, dejaba que, ante la duda, fuese la opinión mayoritaria de los expertos en arte quien decidiera si un objeto era o no una obra de arte:

«El juez Waite, en su opinión a menudo citada, ignoró las definiciones del arte presentadas durante el juicio. En su lugar, sugirió una definición operativa que descansaba en la existencia de un mundo del arte coherente con una base de autoridad establecida. Tras concluir que *Bird in flight* (Pájaro en vuelo, circa 1928) era la obra original de un “escultor profesional”, Waite ofreció una respuesta poco convencional a la pregunta de si el objeto “se ajustaba a la definición legal de las obras de arte”. Argumentó que la aparición de un nuevo movimiento, como el modernismo, “exigía una nueva opinión” por parte del tribunal. Ninguna definición del arte, comentó Waite, podía resistir el paso del tiempo. [...] Rechazó cualquier definición del arte fuera del terreno volátil del gusto histórico, y su decisión se basó en el hecho de que el arte sólo podía determinarse en referencia a una comunidad de expertos en constante cambio. En este sentido, la opinión de Waite legitimaba la autoridad estética de algunos profesionales del arte, como directores de museo y críticos».¹²

Por tanto, se concluye que, para poder conceptualizar un objeto material como obra de arte, este juez entendió que lo esencial era que fuese una creación original de un artista que los expertos considerasen como obra de arte.

Dentro de la doctrina jurídica, una de las mejores definiciones que hemos encontrado de este concepto desde el punto de vista legal, es la ofrecida por Leonard D. Duboff:

«probablemente una definición universal jurídica del arte deba limitarse a estipular que una obra de arte es una expresión original del creador que plasma un proceso creativo en el que la creación es claramente la obra de dicho creador. Una definición más precisa, aunque sería deseable, no haría justicia a los diversos intereses implicados».¹³

11. *Ibid.*, p. 14.

12. *Ibid.*, p. 14. Esta autora explicita la consecuencia lógica de esta postura: «A la pregunta “¿Qué es el arte?” se podría replicar “Cualquier cosa que esté en el MoMA”». *Ibid.*, p. 8, proposición que sólo es aceptable siempre que, además de estar en el MoMA, el objeto reúna el resto de requisitos que acabamos de señalar.

13. Leonard D. Duboff, «What is Art?...», *op. cit.*, p. 351.

Las anteriores definiciones de obra de arte denotan la relación del concepto de obra de arte con los de autoría y originalidad, dado que todas ellas entienden que una obra de arte es una creación original de un artista, requisito que sólo se cumple si es dicho artista el que la ha creado intelectualmente, condición ésta a su vez imprescindible para establecer que la obra es de la autoría del artista y un original del mismo. Tendremos oportunidad más tarde de justificar convenientemente este complejo entramado de interrelaciones.

Cerramos este tema con la referencia a una reciente decisión de la Comisión Europea (CE), que prueba que el mismo es todavía una cuestión abierta. Se trata del caso que ha dado lugar a la aprobación del criticado Reglamento 731/2010 de la CE de 11 de agosto de 2010, relativo a la clasificación de determinadas mercancías en la nomenclatura combinada del arancel aduanero.

La CE, en contra de lo que habían establecido anteriormente los tribunales británicos, negó en 2010, y a efectos tributarios, la naturaleza de obras de arte a una escultura de Dan Flavin y a una videoinstalación de Bill Viola:

«En una acción sin precedentes, la Comisión Europea ha revocado una sentencia tomada por un tribunal fiscal del Reino Unido, y se ha negado a clasificar las obras de Dan Flavin y Bill Viola como “arte”. Esto significa que las galerías y casas de subastas del Reino Unido tendrán que pagar todo el IVA (impuesto sobre el valor añadido, que ascenderá al 20% el próximo año) y los aranceles sobre obras con vídeo y luces, cuando se importen de fuera de la UE. La decisión es vinculante para todos los Estados miembros. La nueva clasificación se opone a la sentencia favorable dictada por un tribunal del Reino Unido en 2008 (*The Art Newspaper*, febrero de 2009, p. 47). La batalla legal empezó cuando la galería Haunch of Venison importó seis instalaciones de vídeo de Viola, desmontadas, desde Estados Unidos al Reino Unido, en 2006, e intentó importar una escultura de luces de Flavin. Si se declaraba como “escultura”, sólo tenía que pagar un 5% de IVA. Pero en las aduanas no lo aceptaron, y Haunch of Venison tuvo que pagar un arancel de 36.000 libras esterlinas. En 2008 Haunch apeló y ganó el caso: el Tribunal para Asuntos de IVA e Impuestos falló que dichas obras eran “arte” y sólo estaban sujetas a un 5% de IVA. Ahora la CE ha anulado esta sentencia. En su resolución se argumenta que una obra de Flavin tiene “las características de los accesorios de iluminación y, por lo tanto, debe clasificarse como un accesorio de iluminación de pared”. En cuanto a Viola, según explica el documento, la instalación de vídeo y sonido no puede clasificarse como una escultura “ya que no es la instalación la que constituye una ‘obra de arte’, sino el resultado de las operaciones (el efecto de luz) que efectúa”.¹⁴

14. Georgina Adam, «Flavin and Viola light works ruled “not art”», núm. 219, diciembre de 2010, *The Art News Paper*, en <http://www.theartnewspaper.com/articles/Flavin-and-Viola-light-works-ruled-not-art%E2%80%9D/22069> (31-12-2012).

I.2. RELEVANCIA DE LA AUTORÍA DE UNA OBRA DE ARTE

RELEVANCIA ECONÓMICA

Todos sabemos que atribuir la autoría de una obra de arte a un artista o a otro tiene importantísimas consecuencias económicas para el propietario de dicha obra de arte. Así, según ésta se considere obra de un determinado artista o no, puede hacer variar su precio y su valor de mercado incluso en millones de euros.

Unos pocos ejemplos bastarán para ilustrar esta afirmación, que no necesita de más fundamentación en la medida en que es admitida por todos:

«En 2003, Alex Matter, hijo de la pintora Mercedes Matter y del artista gráfico Herbert Matter, encontró treinta y dos cuadros envueltos en papel marrón cuando vaciaba un almacén en East Hampton, Nueva York [...] Si los cuadros de Matter son aceptados como auténticos, podrían llegar a costar entre 8 y 15 millones de dólares cada uno [...] Si la conclusión es que son buenos pero no son obra de Pollock, el valor de cada uno de ellos será tan sólo de unos pocos miles. [...] Un óleo titulado *Retrato de joven con capa negra* de 1632, atribuido a Rembrandt, fue rechazado en 1972 por el Rembrandt Project (un grupo de autenticación) por ser obra de un imitador. Su valor con esa atribución era de 40.000 dólares o menos. El cuadro fue limpiado y analizado de nuevo, y en 1995 el Rembrandt Project lo readmitió como un Rembrandt. En 2007, *Retrato de una mujer joven (1663)* fue subastado en Sotheby's por 9 millones de dólares».¹⁵

«[...] un cuadro de *La masacre de los inocentes* (1611-1612) languidecía en un monasterio austríaco como obra de Jan van den Hoecke, seguidor de Rubens, pero cuando recientemente se reatribuyó a Rubens, se vendió en una subasta por 76 millones de dólares.»¹⁶

Por otro lado, artistas, comerciantes, titulares de propiedad intelectual y Administraciones públicas pueden también verse perjudicados en sus patrimonios si en un momento dado se descubre que es otro el artista que se consideraba autor de una obra de arte, tal como explicamos en el apartado 3.4.

RELEVANCIA ESTÉTICA

Para el Derecho, la influencia de la autoría, originalidad y autenticidad de una obra

¹⁵ Don Thompson, *El tiburón de 12 millones de dólares*, Barcelona: Ariel, 2009, pp. 244-248.

¹⁶ Sharon Flescher, «International Foundation for Art Research», en R. Spencer (ed.), *El experto frente al objeto*, Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 131.

de arte en la experiencia estética¹⁷ no es relevante por ella misma. Sólo lo es en la medida en que una modificación de estas cualidades y de dicha experiencia estética afecte a derechos protegidos por el Ordenamiento Jurídico.¹⁸

Por ello, sólo deseamos apuntarla brevemente.¹⁹

Algunos autores han planteado que desde el punto de vista estético, el hecho de que una obra sea de un autor u otro, sea un original o no, sea auténtica o una falsificación, no debería ser trascendente. Muchos otros han defendido lo contrario.

Entre los primeros:

«Si una obra de arte sigue siendo el mismo objeto visual después de conocerse que es una falsificación, ¿por qué tendría que repudiarse? Arthur Koestler y Alfred Lessing han insistido en que sólo la confusión y el esnobismo podrían subyacer en el rechazo de una falsificación; simplemente, es un acto de hipocresía y esnobismo. Según este argumento, si un observador no puede diferenciar entre dos objetos estéticos, es que no hay ninguna diferencia estética entre ellos».²⁰

¹⁷ Tema que en estas últimas décadas ha motivado numerosas exposiciones de arte, entre otras, la organizada por el Metropolitan Museum en 1995: *Rembrandt/No Rembrandt*, o la *Discovery and deceit: archaeology and the forger's craft* en el Nelson-Atkins Museum, 1996-1997.

¹⁸ El Derecho se aproxima a las obras de arte principalmente desde una dimensión patrimonial, y lo hace básicamente para defender a titulares de derechos patrimoniales cuyos intereses económicos pueden verse afectados por los cambios en dichas cualidades de las obras de arte. Se trata de titulares de derechos de propiedad, de derechos de propiedad intelectual, de derechos a rebajas fiscales, de derechos a subvenciones... «Las consideraciones jurídicas sobre las obras de arte abordan una característica de la obra que va más allá de lo visual. Dichas consideraciones ven la obra como una propiedad. Por lo tanto, se trata de la ley más allá de su valor estético. Para que el Derecho funcione, debe convertir el arte en una entidad definida según los propios términos del Derecho.» Michael J. Clark, «The perfect fake: creativity, forgery, art and the law», 23, *Cardozo Art and Entertainment Law Journal*, 2005-2006, pp. 15-16. «La ardua tarea de la atribución y la identificación se realiza aparentemente para ayudarnos a entender la producción de objetos dotados de unas propiedades trascendentales. Sin embargo, si echamos un vistazo detallado a lo que implica esta labor, los valores que se asocian claramente y sistemáticamente con la actividad de la atribución, hasta en los tribunales, no son trascendentales sino financieros.» David Phillips, *Exhibiting Authenticity*, Manchester: Manchester University Press, 1997, p. 91.

¹⁹ Peter Barry realiza un elocuente análisis de cómo ha evolucionado a lo largo de la historia el papel que la sociedad atribuye al artista en la creación de la obra de arte (véase Peter Barry Skolnik, «Art Forgery: The Art Market and Legal Considerations» en 7, *Nova Law Journal*, 1982-83, pp. 315-327, citas omitidas). La autoría no siempre ha tenido la importancia que se le da actualmente. Tal como indica este autor: «Hacia finales del siglo XVI, la creatividad se elevó a una nueva categoría de reconocimiento. Empezó entonces una transformación del artista, que pasó de artesano a ser humano creativo. La idea propugnada era que, como los artistas podían traducir las creaciones de Dios en formas reconocibles, debían de estar más cerca de Dios que las demás personas. Ahora se buscaba al artista más que el tema». *Ibid.*, pp. 321-322.

²⁰ Denis Dutton, «Forgery and Plagiarism», *Encyclopedia of Applied Ethics*, edited by Ruth Chadwick, 4, San Diego: Academic Press, 1998, en su versión http://www.denisdutton.com/forgery_and_plagiarism.

Entre los segundos, una cita que presenta una perspectiva de este tema mucho más integral que la anterior:

«La experiencia del arte es subjetiva; lo único que cambia realmente cuando descubrimos una falsificación es nuestra propia experiencia subjetiva. Sólo entonces la obra pierde valor. Atribuimos a la versión original o autenticada una importancia excesiva basada en un estado o una sensación casi inconsciente de sobrecogimiento y magia. El segundo proceso que interfiere en nuestra aceptación de las falsificaciones o copias es “la conciencia sobre el período”. Observamos el arte en el contexto de su historia y su lugar en esta historia, así como en el contexto de la experiencia actual aislada. Hay un relativismo en el juicio estético que hace concesiones y distorsiona nuestra escala de valores. Gran parte del arte sólo es apreciado en el contexto del lugar que ocupa en el desarrollo del estilo de arte y, si se saca de este contexto, se consideraría basura. Tercero, nuestro interés estético como materia de psicología está vinculado a su interés pecuniario y a las realidades del mercado del arte. Muchas personas deciden sobre la belleza de las cosas en función del precio que cuestan. Las cosas caras se asocian con el poder, la fama, el respeto y la admiración. El coste despierta las emociones que se transmiten después a la obra de arte y contribuyen a las actitudes estéticas».²¹

La idea de que una obra de arte «es lo que es» desde un punto de vista estético, con independencia de quién la haya creado, que es la cuestión de fondo que subyace en estos debates, choca con una realidad hoy en día indiscutida: la importancia que actualmente se da, en el mercado del arte y en la sociedad, a quién es el autor, y que, como acabamos de ver, se traduce en términos económicos.

htm (31-12-2012). Denis Dutton sólo cita estos argumentos, pero no apoya esta postura, tal como se puede comprobar en la siguiente nota a pie de página: «[...] Se debe responder o en cierto modo resolver la eterna pregunta planteada en los cursos de estética y filosofía: “Si los expertos no notan la diferencia, ¿no será que la obra de arte falsa es igual de buena que la auténtica?”». Eugene Victor Thaw, «Prólogo», en Ronald D. Spencer (ed.), *El experto...*, *op. cit.*, p. 18.

21. P. Barry, «Art Forgery...», *op. cit.*, p. 318 (citas omitidas). Establecer la autoría de una obra de arte «tiene una finalidad mucho más importante que mantener el valor de mercado de una obra de arte: nos permite entender la práctica y la historia del arte como una historia inteligible de la expresión de valores, creencias e ideas, tanto de los artistas como de su público, y aquí radica su vínculo con la autenticidad expresiva. Las obras de arte, además de resultarnos a menudo formalmente atractivas, son manifestaciones de los valores individuales y colectivos». Denis Dutton, «Authenticity in Art», en *The Oxford Handbook of Aesthetics*, Oxford University Press, New York, 2003, en su versión en <http://www.denisdutton.com/authenticity.htm> (31-12-2012). Sobre este tema puede consultarse el trabajo de Michael Clark, «The perfect fake...», *op. cit.*, pp. 6 y ss., en el que se aprecia que, desde un punto de vista estético, la doctrina ha defendido que la autoría puede afectar a la apreciación de la obra de arte y que ello dependerá de la perspectiva estética del arte del observador.

RELEVANCIA JURÍDICA

El apartado 3.4 permite apreciar la gran variedad de supuestos en los que será imprescindible determinar de forma clara quién es el autor de una obra de arte, para poder aplicar las leyes que regulan las relaciones jurídicas de venta, exposición o divulgación de las obras de arte y, de esta forma, defender los derechos que estas normas establecen.

1.3. NORMAS ÉTICAS O PROFESIONALES DEL SECTOR DEL ARTE SOBRE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD DE LAS OBRAS DE ARTE

El lector debe remitirse a los capítulos de este libro realizados por expertos en arte (parte II de este volumen),²² para intentar establecer cuál es la concepción de «autoría de una obra de arte» y «obra de arte original» que impera en el mercado del arte y en la historia del arte.

Por nuestra parte, utilizando básicamente fuentes profesionales y jurídicas relativas a este tema, la conclusión a la que llegamos es que estas cuestiones no son en modo alguno pacíficas, pues no existe un consenso generalizado sobre los requisitos que deben concurrir para determinar la autoría y originalidad de una obra de arte. Por ello, son muy pocas las proposiciones que se aceptan sin discusión, más allá de algunas tan indeterminadas como afirmar que una obra de arte original es aquella que surge del proceso creativo del artista.

La mayoría de expertos también estarían de acuerdo en aceptar que, para reconocer la condición de autor de una obra de arte a un artista, lo que se exige es que éste la haya creado intelectualmente y materialmente, lo que significa, respectivamente, que la haya concebido intelectualmente y la haya ejecutado personalmente, o determinado cómo otros la debían ejecutar. Por tanto, y a la inversa, una obra es de la autoría de un artista si ésta es una creación intelectual y material del mismo: si responde a su concepción intelectual y si ha sido ejecutada por él o siguiendo y respetando su voluntad, deseos e instrucciones.

Pero, a partir de aquí, ya hay diferentes posturas sobre cómo deben interpretarse los anteriores requisitos y si deben concurrir además otros para afirmar la autoría y la originalidad.

Muchos exigirán que en caso de que el artista no haya ejecutado personalmente a mano la obra de arte, ésta se haya realizando respetando la voluntad y deseos del

22. Así como a los libros y artículos sobre Historia del Arte y Filosofía del Arte de los autores citados en este apartado y en el capítulo siguiente.

artista. Otros pedirán además, como requisito indispensable de todo ello, que éste haya supervisado y dirigido personalmente su ejecución hasta la finalización de la obra. Algunos también considerarán necesario que el artista haya aceptado como obra suya el resultado final del proceso de ejecución.

Pero como veremos, existen agentes del mercado y expertos en arte que no operan con estos términos. Así, el grado de supervisión y dirección de la ejecución que se requiere para considerar a un artista como autor de la obra de arte puede variar y, en algunos casos, ni siquiera exigirse respecto a la mayor parte de la misma. La necesidad de que el artista haya visto y aceptado el resultado final de dicho proceso cuando no es realizado personalmente por él mismo, puede demandarse o no.²³

Si existe un ámbito de la creación artística en el que estas cuestiones han sido especialmente discutidas y tratadas por los expertos en arte, éste es el de la obra seriada.²⁴

Adoptando las ideas que el Print Council of America ya estaba discutiendo en aquellos momentos, el Tercer Congreso Internacional de las Artes Plásticas, celebrado en Viena en el año 1960, estableció como requisitos de originalidad de las obras seriadas sobre papel que:

«para que una obra seriada sobre papel pueda considerarse original, tiene que llevar no sólo la firma del artista, sino también una indicación sobre la edición total y el número de serie de la obra. [...] Dichos principios se aplican a las obras gráficas que pueden considerarse originales, es decir, a las obras seriadas para las que el artista realizó la plancha original, cortó la plancha xilográfica, trabajó en la piedra o en cualquier otro material. Las obras que no cumplan estas condiciones deben considerarse “reproducciones”».²⁵

En la línea marcada en dicho congreso, un año más tarde el Print Council of America definió qué constituía una obra de arte seriada original sobre papel (lo que en inglés se denomina *print* original), como una «obra de arte gráfica, cuyos requisitos generales son:

23. Véanse los apartados 2.1 y 2.

24. Por los motivos explicitados en el apartado 2.2.

25. Print Council of America, *What is an original print?*, Print Council of America, New York, 1961, p. 29. «Los intentos de regular las obras de arte seriadas sobre papel no son un fenómeno reciente. En 1847, se fundó la Printseller's Association para controlar la calidad de las obras de arte seriadas sobre papel. En los últimos 150 años han surgido varias asociaciones para promover las obras de arte seriadas sobre papel y mantener la calidad de la obra seriada sobre papel. En 1960, el Tercer Congreso Internacional de las Artes Plásticas de Viena intentó adoptar una definición de la obra de arte seriada original sobre papel para distinguirla de las reproducciones.» Wendy C. Lowengrub, «Unique or Ubiquitous: Art Prints and the Uniform Commercial Code», 72, *Indian Law Journal*, 1996-1997, p. 615, citas omitidas.

- únicamente el artista ha hecho la imagen original en una plancha, piedra, plancha xilográfica u otro material, con el fin de crear la obra seriada sobre papel;
- la obra seriada sobre papel surge de dicho material, realizada por el artista o gracias a sus instrucciones;
- la obra seriada sobre papel acabada es aprobada por el artista».²⁶

Como se puede observar, esta definición del Print Council of America no exigía como condición, para hablar de obras de arte seriadas originales sobre papel, que éstas hubieran sido firmadas o que la edición se encontrase limitada, elementos sí requeridos por el Tercer Congreso Internacional de las Artes Plásticas.

A pesar de que no podemos estar de acuerdo de forma absoluta con lo establecido en esta definición,²⁷ no cabe duda de que la misma constituyó un relevante paso en la categorización de las obras de arte seriadas originales,²⁸ y que permitía diferenciar, de forma clara, entre obras de arte sobre papel, originales –aquellas que cumplieran dichos requisitos–, de las que no lo eran –el resto.

Sin embargo, la realidad es que ni en el mercado, ni tampoco en las leyes, se ha impuesto totalmente la exigencia de los anteriores requisitos para calificar una obra de arte como original o para determinar la autoría de un artista para las obras seriadas sobre papel, y

26. Print Council of America, *What is an original...*, *op. cit.*, p. 9. También se han establecido definiciones de «originalidad» de obras únicas o seriadas por otras asociaciones profesionales: «Para resolver el problema del carácter de los múltiples, los grupos profesionales de galerías de arte francesas han elaborado una definición de obra original. Así, en el Código Deontológico del Comité de Galería de Arte, se establece que “se considera como obra de arte original una obra concebida y realizada por el artista o sometida a su control y responsabilidad”. Por su parte, la Federación Internacional de Galerías de Arte ha enunciado el siguiente principio: “Se consideran como obras de arte originales, las obras de ejemplar único a dos o tres dimensiones, concebidas y realizadas por el artista bajo su control y su dirección constante, cualquiera que sea el soporte o las materias constitutivas”. Las obras realizadas en ejemplares múltiples han sido consideradas tradicionalmente como originales, precisamente por la misma razón que hemos aducido para las realizadas en un único ejemplar: el artista es el controlador de la tirada de los ejemplares, y tras él, sus derechohabientes». J. Ortega, *Obra Plástica...*, *op. cit.*, p. 106, citas omitidas.

27. Dado que consideramos necesario, por coherencia con la legislación vigente, introducir siempre de forma expresa y clara el requisito de la edición limitada mencionado en la definición del Tercer Congreso Internacional de las Artes Plásticas y matizar el primer requisito de la definición de la Print Council of America en la forma en que lo realizamos en el apartado 1.5.1, por las razones expuestas en el mismo.

28. Así, algunos autores jurídicos la han utilizado en sus trabajos, entre otros: «Se insta a los abogados expertos en arte a adoptar la definición de obras de arte seriadas sobre papel originales del Print Council y a incorporarla en la legislación sobre obras de arte seriadas sobre papel, actual y futura. Esta definición, además de aportar claridad y uniformidad a esta área, también servirá para educar a las comunidades jurídicas y profanas sobre el contexto de los originales y las obras de arte seriadas sobre papel». Lanie Anderson, «Consumer Protection Legislation in the Sale of Original Prints: A Proposal for Michigan», 57, *Journal of Urban Law*, 1979-1980, p. 59. Véase también Peter Barry, en la nota 47 del siguiente capítulo.

menos para las únicas. Tal como se puede apreciar por las manifestaciones del propio Print Council of America,²⁹ las opiniones de los expertos en arte contenidas en este libro³⁰ y las fuentes jurídicas analizadas en el siguiente apartado y el próximo capítulo.

En el actual mercado del arte, encontramos que una obra se califica evidentemente de original y de la autoría del artista, cuando ésta surge de un proceso creativo del propio artista, que permite plasmar en la misma su personalidad y ha sido ejecutada a mano totalmente por él, como es un óleo de Picasso concebido y pintado en su totalidad por dicho artista. Al mismo tiempo, algunos autores y agentes del mercado considerarán una obra como de la autoría y original de un artista cuando éste simplemente la concibe intelectualmente y emplea a otras personas bajo su dirección para que la ejecuten por completo, validando el resultado, tal como es el caso de los óleos de gotas de colores de Damien Hirst; o bien que la cree o conciba, realice a mano la matriz y sean otras personas las que lleven a cabo el resto del proceso ejecutivo, sin que el autor controle y dirija dicha ejecución, ni acepte o valide el resultado final, como son las esculturas póstumas de Degas o Rodin.

1.4. LA AUTORÍA Y LA ORIGINALIDAD DE LAS OBRAS DE ARTE SEGÚN EL DERECHO

Siguiendo el plan anunciado al inicio de este capítulo, pasamos a analizar cuáles son los conceptos de «autoría de obra de arte» y de «obra de arte original» que se emplean en las dos ramas del Derecho español que más se han ocupado de estas

29. Que ha reconocido que estos requisitos nunca han acabado de ser aceptados totalmente y de forma generalizada por el mercado, indicando que desde su inicial aprobación muchos de sus miembros han cambiado su opinión al respecto: «Las funciones de las obras seriadas sobre papel en la sociedad y las técnicas y hábitos de trabajo empleados por los artistas y editores han cambiado tanto con los siglos que es muy difícil establecer una definición general de obra de arte seriada sobre papel. Las opiniones de muchos miembros del Print Council of America en esta materia han cambiado desde la publicación de *What is an Original Print?* (originalmente publicado por Print Council of America en 1961)», en http://www.printcouncil.org/defining_a_print.html (31-12-2012). Véase además la siguiente nota.

30. Especialmente en el próximo capítulo. En igual sentido: «La definición de originalidad del Print Council no ha sido aceptada de forma universal, ni tampoco ninguna definición alternativa. Por lo tanto, muchas reproducciones pueden venderse como originales». Phillip R. Pollock, «Art Print Legislation in California: A Critical Review», 25, *Stanford Law Review*, 1973, p. 590. «El Print Council of America publicó una definición de “obra de arte seriada sobre papel original” en 1961 (los puntos más destacados del texto están publicados en el New York State Bar Journal, pp. 546-550, 1965), que fue descartada en 1975 como inaplicable a la luz de la nueva tecnología utilizada por los artistas». Susan Hobart, «A Giant Step Forward - New York Legislation on Sales of Fine Art Multiples», 7, *Columbia Journal of Art and the Law*, 1982-1983, p. 270, en nota a pie de página. «Como propuesta general, estos intentos de diferenciar rigurosamente entre obras de arte seriadas sobre papel “originales” y reproducciones han fallado. O bien son demasiado amplios y lo incluyen todo, o bien se ven frustrados por las obras de artistas que superan continuamente los intentos de catalogar su obra.» John Henry Merryman and Albert E. Elsen, *Law, Ethics and the Visual Arts*, Londres: Kluwer Law International, 2002, 4ª ed., p. 924.

cuestiones: el Derecho de la propiedad intelectual³¹ y el Derecho tributario. Aunque ambas lo hayan hecho con un considerable grado de indeterminación, que es lo que nosotros pretendemos precisamente evitar, y para finalidades en parte diferentes a las relativas a la venta, exposición y divulgación de las obras de arte.

1.4.1. AUTORÍA Y ORIGINALIDAD EN EL DERECHO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

FINES A LOS QUE RESPONDEN LAS DEFINICIONES

Esta rama del Derecho regula la autoría de creaciones literarias, artísticas o científicas con la finalidad de otorgar a su autor, entre otros, un amplio conjunto de derechos patrimoniales³² y morales,³³ concediéndole dichos derechos sólo en la medida en que la obra pueda considerarse como una creación original. Con ello, el Derecho de la propiedad intelectual premia al que efectúa una creación original en forma de obra

31. En este capítulo y los siguientes se utilizará «Derecho de la propiedad intelectual» en el sentido recogido en la Ley de Propiedad Intelectual, más restringida que el empleado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Esta entidad incluye, en el concepto designado con dicha expresión, no sólo el derecho de autor y sus derechos conexos, sino, y también, la propiedad industrial. Véase Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos*, pp. 4-5, en http://www.wipo.int/freepublications/es/intproperty/909/wipo_pub_909.pdf (31-12-2012).

32. «Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley» (Art. 17 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, de ahora en adelante: LPI). También se le otorga el llamado derecho de participación, por el que se le retribuye con un porcentaje del precio de las reventas de la obra en las que intervenga un profesional del mercado del arte como comprador, vendedor o intermediario.

33. «Corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables:

1. Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma.
2. Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente.
3. Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra.
4. Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.
5. Modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural.
6. Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación.
7. Si, posteriormente, el autor decide reemprender la explotación de su obra deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originarias.
8. Acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda.» (Art. 14 de la LPI).

de arte con los beneficios de su explotación económica y lo protege contra todo tercero que quiera aprovecharse económicamente de la misma o desvirtuar la forma en la que ha expresado sus ideas.

Las definiciones de autoría y de creación original empleadas por este sector del Ordenamiento Jurídico buscan asegurar la presencia de una genuina y meritoria creatividad de la persona que justifique la otorgación de dicho «monopolio» de explotación económica y del resto de los referidos derechos, pero que al mismo tiempo no impida la creatividad posterior de otros, que también es necesaria para la sociedad.

REGULACIÓN

Las leyes de propiedad intelectual que abordan con mayor extensión la regulación de lo que constituye la «autoría» y la «originalidad» de las obras de arte son: el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), y la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original.³⁴

La primera lo hace en el momento de establecer los derechos del autor de una creación original, sea ésta de carácter literario, artístico o científico.

La segunda, para disciplinar únicamente un derecho que es propio y exclusivo de los artistas autores de obras de arte originales,³⁵ por lo que, al tener un ámbito objetivo de aplicación restringido a las obras de arte originales, resulta lógico que sea más precisa que la LPI y que aporte más elementos específicos, a efectos de poder delimitar lo que es la autoría y la originalidad de las obras de arte.

AUTORÍA DE LAS OBRAS DE ARTE EN LA LPI

Para la LPI vigente actualmente en España, es autor de una obra de arte:

«la persona natural que crea alguna obra [...] artística» (Art. 5.1 de LPI).

Entender que el autor de una obra de arte es «la persona natural que la ha creado» comporta desplazar el problema semántico a establecer qué supone crear una obra de arte.

³⁴. También cabe citar como referentes de esta legislación, y sin que aporten mayor claridad o precisión que la legislación nacional, el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886, revisado en París el 24 de julio de 1971, y el Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual de 1967.

³⁵. Que con la aprobación de esta ley dejó de estar regulado en el artículo 24 de la LPI.

Pero esta pregunta no es respondida por este precepto de la LPI, ni por ningún otro de esta ley.³⁶

Tampoco la jurisprudencia y la doctrina jurídica se extienden en gran medida sobre qué supone la creación de obras de arte, pues en lugar de desarrollar qué es «crear» una obra, pasan a hacer lo propio sobre qué es una «creación original» ya que lo que la LPI protege y promueve, según su artículo 10, son las «creaciones originales» artísticas, literarias o científicas. Se concentran en el concepto de originalidad y establecen así los requisitos que debe presentar una creación artística, literaria o científica para ser protegida.

Sin embargo, nosotros consideramos que las propias normas positivas sí que aportan más datos para resolver qué se ha de entender por «crear» una obra de arte y determinar de este modo quién es el autor de una obra de arte.

El Reglamento de la Ley de la Propiedad Intelectual de 1879 introduce literalmente en su texto un segundo requisito para atribuir la condición de autor de una obra de arte. Define «autor» como aquel que la «crea y ejecuta».³⁷

Esta normativa continúa vigente en todo aquello que no se oponga a la actual LPI.³⁸ Por ello, y también de acuerdo con lo que entiende parte de la doctrina, aunque ésta apenas haya abordado esta cuestión³⁹ y ya que en este tema el reglamento parece sólo comple-

³⁶. Así, el artículo 5 de la LPI se ha calificado de norma incompleta, «pues deja sin definir la noción de creación [...]. No llegamos a saber cuál es el valor que la noción de creación haya de tener en el sistema interno de la Ley. [...] el artículo 5 desempeña la función de determinar la cualidad de autor, sin que en ningún caso se añada más especificaciones sobre el valor de este concepto». Ángel Carrasco Perera, «Comentario al art. 5» en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coordinador), *Comentarios a la ley de propiedad intelectual*, Madrid: Tecnos, 2007, 3ª ed., p. 98.

³⁷. «Artículo 2. Se considerará autor, para los efectos de la Ley de Propiedad Intelectual, al que concibe y realiza alguna obra científica o literaria, o crea y ejecuta alguna artística, siempre que cumpla las prescripciones legales.» Reglamento de la Ley de la Propiedad Intelectual de 1879.

³⁸. «Disposición transitoria séptima. El Reglamento de 3 de septiembre de 1880 para la ejecución de la Ley de 10 de enero de 1879 sobre Propiedad Intelectual y demás normas reglamentarias en materia de propiedad intelectual continuará en vigor, siempre que no se oponga a lo establecido en la presente Ley» (LPI).

³⁹. «El artículo 2 del Reglamento pretendía conseguir una concreción mayor. Se consideraba autor a la persona que [...] «crea y ejecuta» alguna obra artística. Esta norma aclaraba un extremo que ahora se ha de considerar implícito. A saber, que en la obra artística, la ejecución material es parte de la creación.» Á. Carrasco, «Comentario al artículo 5», *op. cit.*, p. 99. Jorge Ortega Doménech en su trabajo «Obra plástica y Derechos de Autor» no analiza específicamente la cuestión de la autoría, pero sí afirma: «El autor ha de ser quien conciba la obra y luego la ejecute, teniendo en cuenta que la protección de una obra necesita de la interacción de los conceptos en el propio autor». J. Ortega, *Obra Plástica...*, *op. cit.*, p. 79. La jurisprudencia, en la misma línea que la doctrina, tampoco se ha pronunciado de forma contundente sobre este tema. En la jurisprudencia encontramos muy pocas sentencias que establezcan de forma clara y precisa la ejecución material de la obra de arte como requisito de la autoría de una obra de arte. Una de las más relevantes, en la que el tribunal también parece decantarse

mentar lo establecido en la ley, se puede defender que, aún hoy, y a efectos de lo dispuesto en la vigente LPI, «el autor de una obra de arte es el que la ha creado y ejecutado».

En otras palabras, atendiendo a la LPI integrada mediante el Reglamento de la Ley de la Propiedad Intelectual, a un artista sólo se le considerará autor de una obra de arte en la LPI si además de probar su creación intelectual de la obra también prueba que la ha ejecutado materialmente.⁴⁰

OBRA DE ARTE ORIGINAL EN LA LPI

La LPI establece que los derechos propios de dicha normativa sólo se darán al autor en la medida en que su obra, creada intelectualmente y materialmente por él mismo, pueda considerarse una «creación original» expresada en cualquier medio o soporte, tangible o intangible:

«Artículo 10. Obras y Títulos originales. Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro» (LPI).

Y ¿qué significa, para esta ley, «creación original»? Es decir, ¿qué exige para poder considerar una obra de arte como una «creación original» del artista-autor de la misma?

Y aquí el legislador de la LPI es aún más impreciso que en el momento de determinar quién es el autor, pues no dice nada al respecto.

Esta ley no lo precisa, en cambio, sí que lo han hecho de forma extensa la doctrina jurídica de los autores del Derecho y la jurisprudencia al interpretarla.

Sin embargo, estas fuentes no son unívocas, es decir, no siempre dan la misma respuesta a qué es una creación original u obra original.

por exigir la ejecución del artista de la obra de arte para considerarle autor de la misma es la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, núm. 24/2008, de 22 enero, recogida en el apartado 2.1 del capítulo siguiente.

40. Otra manera de defender lo mismo sería interpretar que la «creación» de las obras de arte del artículo 5.1 de la LPI implica siempre que el autor ejecute materialmente la obra, por considerar que la ejecución material o creación material de las obras de arte forma parte intrínseca e ineludible de la creación de las mismas.

Para parte de la doctrina⁴¹ y la jurisprudencia⁴² española, sólo puede hablarse de «creación original», de «obra original» que pueda atribuir derechos de propiedad intelectual a su autor, cuando se aprecia que es original en dos sentidos, uno subjetivo, que se refiere específicamente a la relación de la obra con su autor, y otro objetivo, que relaciona la obra con el conjunto de la sociedad y evidentemente también con su autor.

- Sentido subjetivo: la obra ha de ser fruto de una aportación o esfuerzo o creación intelectual del autor que dé lugar a que ésta refleje o plasme o denote su personalidad.
- Sentido objetivo: la obra ha de ser nueva, ha de ser una novedad, ha de presentar un cierto o mínimo grado de novedad desde el punto de vista objetivo. Consecuentemente, la forma en que se refleja la personalidad del autor en la obra será necesariamente distinta de anteriores manifestaciones de ésta o de la personalidad de cualquier otra persona.

No siempre se exigen estos dos requisitos al unísono. Parte de los autores del Derecho ha descartado expresamente el segundo,⁴³ pero nosotros creemos que, para poder reconocer la presencia de «creación original» o de «originalidad», lo correcto es exigir tanto el subjetivo como el objetivo, pues aun aceptando que el requisito primero es el que más predicamento ha encontrado tradicionalmente en la doctrina, el segundo es precisamente el esencial para definir la originalidad y es, y esto es lo que resulta definitivo, el que cada vez va cobrando un mayor protagonismo en la jurisprudencia de los tribunales.

41. «La importancia que se le atribuye corre pareja con la dificultad para definirla y apreciarla. Suele asociarse con la impronta o marca del creador (enfoque subjetivo) o con la novedad del resultado producido (enfoque objetivo).» Ramón Casas Vallès, «La propiedad intelectual en los museos» en 4, *Museos.es*, Revista de la Subdirección General de Museos Estatales, 2008, p. 81. Estos dos sentidos también se aprecian en las manifestaciones de Espín, para quien la originalidad «es el resultado de la creación intelectual, que la distingue de otras creaciones similares preexistentes. La originalidad de cualquier obra del espíritu refleja la personalidad del creador». Diego Espín Cánovas, *Los derechos de autor de obras de arte*, Madrid: Civitas, 1996, p. 65.

42. Véanse las siguientes notas sobre las concepciones de la originalidad defendidas en la jurisprudencia.

43. «[...] originalidad que ha sido resaltada con profusión por la STS 26-10-1992 [...] requisito de originalidad que, según la sentencia reseñada, ha sido entendido por la doctrina en dos sentidos diferentes, subjetivo y objetivo, entendiéndose por el primero que la obra es original cuando refleja la personalidad del autor, y por el segundo como novedad objetiva; si bien, más que a la nota de novedad, se viene anudando la protección al hecho de que la obra sea hija de la inteligencia, ingenio o inventiva del hombre.» AP Guadalajara (Sección 1ª), sentencia núm. 56/2003 de 13 octubre. «Rechazados los criterios de novedad, pese a su objetividad, y el del mérito, por su falta de objetividad, la doctrina busca el criterio decisivo para otorgar la protección al autor en la originalidad de la obra. ¿Pero cuándo es original una obra? La concepción latina predominante del derecho de autor ve la originalidad en la relación que vincula al autor con la obra al considerar que ésta es un reflejo de la personalidad del creador, ya que la diversa personalidad de cada autor le confiere una originalidad que podría considerarse, a mi juicio, subjetiva.» D. Espín, *Los derechos de autor...*, *op. cit.*, p. 68, citas omitidas.

Así lo prueban las más recientes sentencias del Tribunal Supremo y del resto de tribunales.

La sentencia de 5 de abril de 2011 del Tribunal Supremo, núm. 214/2011, que cita otra del mismo tribunal, de 26 de octubre de 1992, para determinar la «originalidad» de una obra resalta la importancia fundamental de que concurra una novedad objetiva mínimamente relevante, originalidad en sentido objetivo, además del reflejo de la personalidad del autor, originalidad en sentido subjetivo, de la que afirma que ha de ser fruto, necesariamente, de una creatividad que muestre una aportación o esfuerzo intelectual del autor:

«La sentencia de 26 de octubre de 1992 hace referencia desde una perspectiva subjetiva a la exigencia de un “esfuerzo creativo” y que “se refleje la personalidad del autor”, y en el plano de la novedad objetiva, a la trascendencia de la obra, que rechaza, en el caso que examina, por la forma de utilización de los motivos ornamentales –gran simplicidad y reducido tamaño. Ciertamente que el examen se realiza con base en el concepto de “originalidad”, pero se pondera con la extensión de comprender la creatividad y relevancia de la novedad. [...] La creatividad supone la aportación de un esfuerzo intelectual –talento, inteligencia, ingenio, inventiva, o personalidad...».⁴⁴

La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2004, núm. 542/2004, también destaca que es necesaria la presencia del sentido objetivo de la originalidad:

«Según autorizada doctrina científica, el presupuesto primordial, para que la creación humana merezca la consideración de obra, es que sea original, cuyo requisito, en su perspectiva objetiva, consiste en haber creado algo nuevo, que no existía anteriormente; es decir, la creación que aporta y constituye una novedad objetiva frente a cualquier otra preexistente. Es original la creación novedosa, y esa novedad objetiva es la que determina su reconocimiento como obra y la protección por la propiedad intelectual que se atribuye sobre ella a su creador».

Otra sentencia a subrayar, por la preponderancia que da al sentido objetivo de la originalidad para que se pueda apreciar que ésta existe, es la de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares:

«Precisamente, el requisito de “originalidad” que ha de darse en la creación literaria, artística o científica para ser objeto de propiedad intelectual ha

⁴⁴ La citada sentencia del Tribunal Supremo, núm. 1992\8286, de 26/10/92, indica que «el requisito de “originalidad” que ha de darse en la creación literaria, artística o científica para ser objeto de propiedad intelectual ha sido entendido por la doctrina en dos sentidos diferentes, subjetivo y objetivo. En sentido subjetivo se entiende que la obra es original cuando refleja la personalidad del autor [...]. Tampoco desde el punto de vista objetivo, que considera la “originalidad” como “novedad objetiva”, puede afirmarse que nos encontramos ante una creación original».

sido entendido por la doctrina en dos sentidos diferentes, subjetivo y objetivo. En sentido subjetivo se entiende por obra original cuando refleja la personalidad del autor y desde el punto de vista objetivo que considera la “originalidad” como “novedad objetiva” cuando puede afirmarse que nos encontramos ante una creación original. [...] Como recoge la SAP Barcelona de 25 de septiembre de 2005, entrando en el estudio de dicho requisito y más en concreto sobre la discusión doctrinal existente en torno a si esa originalidad ha de ser subjetiva (singularidad, no haber copiado una obra ajena) u objetiva (novedad, haber creado algo distinto a lo ya existente), refiere que “si bien tradicionalmente imperó la concepción de originalidad subjetiva por parecer criterio aceptable para las obras clásicas (literatura, música, pintura, escultura...) ya que la creación implica cierta altura creativa. Hoy día, sin embargo, debido a que los avances técnicos permiten una aportación mínima del autor (hay obras en las que no se advierte un mínimo rastro de la personalidad de su autor) y unido al reconocimiento del autor de derechos de exclusiva, la tendencia es hacia la idea objetiva de originalidad, que precisa una novedad en la forma de expresión de la idea. Esta concepción objetiva permite destacar el factor de reconocibilidad o diferenciación de la obra, imprescindible para atribuir un derecho de exclusiva, lo que requiere, al fin, que la originalidad tenga una relevancia mínima”» (Sentencia núm. 309/2010, de 30 de julio de 2010).

Sólo por el hecho de que el sentido objetivo se va imponiendo de forma clara en los tribunales, ya no ha de existir duda sobre la necesidad de su concurrencia para determinar la originalidad de una obra, pero además confluyen otros argumentos, que citamos en el apartado 1.5.2, que corroboran la trascendencia del mismo y que demuestran la conveniencia de exigir este requisito, especialmente en el ámbito de la creación artística.⁴⁵

⁴⁵ Y todo ello sin olvidar que su presencia en otros Ordenamientos Jurídicos comparados, como es el de EE. UU., por lo que en la medida que aquí se adopte, tendremos una concepción más respetuosa con el significado que se le atribuye en países tan influyentes en el Derecho de la propiedad intelectual como es el citado. Así «El artículo 102 (a) de la Ley sobre Propiedad Intelectual de 1976 exige que las obras pictóricas, gráficas y escultóricas con derechos de autor sean “originales” [...] “original” significa “no copiado”. La originalidad también significa que el artista debe aportar algo innovador a la obra. Este requisito es bastante fácil de cumplir; lo único que se necesita es “algo de creatividad, sin importar si es rudimentaria, modesta u obvia”». J. Merryman y A. Elsen, *Law, Ethics and... op. cit.*, pp. 392-393. En parecidos términos, los tribunales norteamericanos han declarado: «Hay que reconocer que la prueba de originalidad no es demasiado exigente, ya que “lo único que se necesita [...] es que el ‘autor’ aporte algo más que una variación ‘puramente trivial’, algo visiblemente ‘suyo’»». *L. Batlin & Son v. Snyder*, 536 F. 2d 486 (2d Cir. 1976), citas omitidas.

DEFINICIÓN DE OBRA ORIGINAL EN LA LPI

Partiendo de la suma de los dos sentidos o requisitos anteriores de la originalidad, aceptados por gran parte la doctrina y jurisprudencia de la propiedad intelectual, se puede afirmar que una obra de arte original es «aquella que refleja la personalidad del autor y constituye una novedad respecto a lo que existía hasta su creación».

O también, en una definición más breve y significativa, que destaca una de las consecuencias necesarias de la suma de dichos sentidos o requisitos es «aquella que refleja la personalidad de su autor de forma novedosa».

AUTORÍA Y ORIGINALIDAD EN EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN

Dentro del Derecho de la propiedad intelectual, pero sin la misma tradición que otros derechos de esta rama de nuestro Ordenamiento Jurídico, se implantó en 1987 el derecho de participación de los artistas plásticos en el precio de reventa de sus obras.⁴⁶ Actualmente, tal como se ha afirmado, está regulado por la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original.

El supuesto de hecho de este derecho,⁴⁷ lo que lo hace nacer, tiene como elemento esencial la determinación de quién es el autor de una obra de arte original, por ello conviene estudiar su normativa para saber si aporta nuevos elementos a la construcción del concepto de autoría de las obras de arte o al de obras de arte originales:

«Los autores de obras de arte gráficas o plásticas, tales como los cuadros, *collages*, pinturas, dibujos, grabados, estampas, litografías, esculturas, tapices, cerámicas, objetos de cristal, fotografías y piezas de videoarte, tendrán derecho a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa que de las mismas se realice tras la primera cesión realizada por el autor. Los ejemplares de obras de arte objeto de este derecho que hayan sido realizados por el propio autor o bajo su autoridad se considerarán obras de arte originales.

46. Fue introducido en el Derecho español por la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, LPI.

47. Definido en la Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de seguimiento o participación en beneficio del autor de una obra de arte original como «un derecho inalienable e irrenunciable, incluso por adelantado, a percibir un porcentaje sobre el precio de venta obtenido en cualquier reventa de que sea objeto la obra tras la primera cesión realizada por el autor» (Art 1.1) que «se aplicará a todos los actos de reventa en los que participen, como vendedores, compradores o intermediarios, profesionales del mercado del arte tales como salas de ventas, galerías de arte y, en general, cualquier marchante de obras de arte» (Art. 1.2). En la normativa española sobre este derecho, Ley 3/2008, de 23 de diciembre, es definido como la participación en el precio de reventa de la obra que se efectúe tras la primera cesión realizada por el autor y se aplica a aquellas reventas en las que intervenga un profesional del mercado del arte como comprador, vendedor o intermediario (Arts. 1 y 3).

Dichos ejemplares estarán numerados, firmados o debidamente autorizados por el autor» (Art. 1 de la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original).

Ésta es una regulación que no se entiende por ella misma si no acudimos a la normativa europea que le da origen. Y no se comprende, ya que no distingue de modo claro entre requisitos propios de las obras de arte seriadas y las únicas, a diferencia de lo que ocurre en la Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de seguimiento o participación en beneficio del autor de una obra de arte original, que es la norma europea que la Ley 3/2008 adapta a nuestro Ordenamiento Jurídico. Así, para la Directiva europea:

«1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por “obras de arte originales” las obras de arte gráficas o plásticas tales como los cuadros, *collages*, pinturas, dibujos, grabados, estampas, litografías, esculturas, tapicerías, cerámicas, objetos de cristal y fotografías, siempre que éstas constituyan creaciones ejecutadas por el propio artista o se trate de ejemplares considerados como obras de arte originales.

2. Los ejemplares de obras de arte objeto de la presente Directiva que hayan sido hechos en ediciones limitadas por el propio artista o bajo su autoridad se considerarán obras de arte originales a los efectos de la presente Directiva. Dichos ejemplares estarán normalmente numerados, firmados o debidamente autorizados de otra manera por el artista» (Art. 2).⁴⁸

A diferencia de lo que hace la LPI, que no dice nada al respecto, esta normativa europea y española, aunque sobre todo esta última adolece de una técnica muy criticable en su redacción y lógica, sí que establece varios requisitos para poder calificar una obra de arte como original de un artista. Requisitos que conciernen a la ejecución de la obra, a su autorización, firma, numeración y edición:

· Las obras deben haber sido ejecutadas por el artista, ya sea por él solo o con otros bajo su dirección.

48. Esta directiva parece exigir, para considerar una obra como original en el caso de las obras únicas, que éstas hayan sido ejecutadas por el propio artista, sin que se admita que hayan sido parcialmente o totalmente ejecutadas por otros bajo su dirección. Pero, si ésta fuese la interpretación que se impusiese, es una exigencia con la que no podríamos estar de acuerdo por no ser respetuosa con la realidad del mercado ni con la concepción imperante en el mundo del arte (Véase el apartado 2.1). En el caso de las obras seriadas, en cambio, sí admite expresamente que la ejecución la realice tanto el propio artista, como otros bajo su autoridad. Sobre esta Directiva, Ramón Casas entiende que este derecho que en ella se regula se atribuye a los autores de un objeto que «haya salido de las manos del propio artista y ejecutado por él [...] lo esencial es, como queda señalado, la ejecución personal; cosa que excluye, entre otros casos, las ediciones *post mortem*». Ramón Casas Valles, «Comentario al art. 24» en R. Bercovitz (Coordinador), *Comentarios a la ley ...*, op. cit., p. 427, citas omitidas.

· Las obras seriadas deben pertenecer a una edición limitada, exigencia explícita en la normativa europea e implícita en la española,⁴⁹ y deben estar numeradas, firmadas o debidamente autorizadas por el artista.

Con ello, esta regulación resalta la importancia de que concurra el requisito de ejecución realizada únicamente por el artista o de ejecución realizada bajo su autoridad para poder hablar de obra de arte original de la autoría de un determinado artista.

Además, y respecto a la obra seriada, introduce la referencia a otros dos requisitos, que no acaba de imponer de forma general, y que se trata de requisitos no mencionados en los artículos de la LPI y del Reglamento de la Ley de la Propiedad Intelectual de 1879 que regulan la autoría y originalidad de una obra de arte. En primer lugar, que estén firmadas y numeradas o debidamente autorizadas. En segundo lugar, que formen parte de una edición limitada.

Estos nuevos requisitos, atendiendo a la interpretación sistemática de las normas jurídicas, también deben ser tenidos en cuenta a efectos de la interpretación y aplicación de la LPI o de cualquier norma de esta rama del Derecho.

1.4.2. AUTORÍA Y ORIGINALIDAD EN EL DERECHO TRIBUTARIO

El Derecho tributario no entra a regular quién es el autor de una obra de arte o qué es una obra de arte original, aunque en Francia se haya utilizado esta normativa como base para la legislación que reprime el fraude en el arte y, además, su sector del arte la haya empleado para establecer el límite máximo de ejemplares que puede tener una edición de obra seriada, para que sus ejemplares se puedan considerar a efectos del mercado como obras de arte originales.⁵⁰

El Derecho tributario sólo establece los requisitos para que un determinado objeto sea considerado como obra de arte u obra de arte original apropiada para recibir ventajas o beneficios fiscales por su venta, donación o importación y así cumplir una de sus finalidades extrafiscales, la de promover el enriquecimiento del patrimonio artístico de los ciudadanos.

⁴⁹ En la normativa española esto se encuentra implícito, al exigir que se numeren los ejemplares, lo que comporta establecer el número del ejemplar dentro del total de la edición.

⁵⁰ Así, el artículo 9 del Decreto francés n.º 81-255 del 3 de marzo de 1981, sobre el control del fraude en materia de transacciones de obras de arte y objetos de coleccionismo, para establecer lo que es «original» y «reproducción» remite al artículo 71 del Código General de Impuestos de dicho país, actual artículo 98 A, sobre definición de obras de arte en los regímenes especiales del IVA, idéntico a nuestro artículo 136, Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido. Sobre la incidencia del Decreto n.º 81-255 en el sector del arte galo, véase: Gilles Perrault, «L'œuvre originale et la sculpture d'édition», 85, *Experts*, 2009, pp. 24 y ss.

Esta finalidad se opone a la fiscal, que es la de obtener ingresos, del IVA, del IRPF, del Impuesto de Sociedades y de los aranceles de aduanas.⁵¹ Igualmente, va en contra de la finalidad extrafiscal de los aranceles: proteger la actividad económica del mercado interior de la Unión Europea. Por todo ello, al legislador le interesa acotar con precisión a qué objetos concederá los beneficios fiscales que merman los recursos públicos o que pueden perjudicar a los fabricantes europeos, buscando garantizar que se trata realmente de obras de arte originales y no de objetos industriales o artesanales.

Sin embargo, es cierto que, al hacerlo así, esta normativa está adoptando de forma implícita una determinada concepción de qué es la autoría de las obras de arte y también de qué se puede considerar como obras de arte originales, concepciones éstas mucho más restrictivas que las hasta ahora apuntadas en el Derecho de la propiedad intelectual o que las seguidas por el sector del arte de la mayoría de los países.

Si analizamos la regulación del IVA y de los aranceles de aduanas, normativas armonizadas en todos los Estados de la Unión Europea, podemos observar que el legislador fiscal no dará beneficios fiscales, en forma de exenciones, deducciones o tipos de gravamen reducidos, a cualquier tipo de objeto que el mercado o los expertos en arte consideren como «obra de arte», «obra de arte de la autoría de...» u «obra de arte original». Por el contrario, deja fuera de dicha otorgación muchos objetos que para el mercado son obras de arte originales, dado que los requisitos que establece varían según que el artista esté vivo o haya muerto.

Así, la ley del IVA sólo otorga beneficios fiscales a los siguientes tipos de obras, y siempre que se cumplan los requisitos que figuran en la misma.

«2. Objetos de arte, los bienes enumerados a continuación:

a) Cuadros, *collages* y cuadros de pequeño tamaño similares, pinturas y dibujos, realizados totalmente a mano por el artista, con excepción de los planos de arquitectura e ingeniería y demás dibujos industriales, comerciales, topográficos o similares, de los artículos manufacturados decorados a mano, de los lienzos pintados para decorados de teatro, fondos de estudio o usos análogos (código NC 9701).

b) Grabados, estampas y litografías originales de tiradas limitadas a 200 ejemplares, en blanco y negro o en color, que procedan directamente de una o varias planchas totalmente ejecutadas a mano por el artista, cualquiera que sea la técnica o la materia empleada, a excepción de los medios mecánicos o fotomecánicos (código 9702 00 00).

c) Esculturas originales y estatuas de cualquier materia, siempre que hayan

⁵¹ Tributos en los que se reconocen los referidos beneficios fiscales.

sido realizadas totalmente por el artista; vaciados de esculturas, de tirada limitada a ocho ejemplares y controlada por el artista o sus derechohabientes (código NC 9703 00 00).

d) Tapicerías (código NC 5805 00 00) y textiles murales (código NC 6304 00 00) tejidos a mano sobre la base de cartones originales realizados por artistas, a condición de que no haya más de ocho ejemplares de cada uno de ellos.

e) Ejemplares únicos de cerámica, realizados totalmente por el artista y firmados por él.

f) Esmaltes sobre cobre realizados totalmente a mano, con un límite de ocho ejemplares numerados y en los que aparezca la firma del artista o del taller, a excepción de los artículos de bisutería, orfebrería y joyería.

g) Fotografías tomadas por el artista y reveladas e impresas por el autor o bajo su control, firmadas y numeradas con un límite de 30 ejemplares en total, sean cuales fueren los formatos y soportes» (Art. 136, Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido).

En esta normativa no basta que el autor de una obra de arte la haya creado intelectualmente, e incluso ejecutado, sin mayores especificaciones, sino que la relación que se exige entre el autor y la obra u objeto de arte para atribuirle beneficios fiscales es:

- En las obras únicas, tales como cuadros, *collages* y cuadros de pequeño tamaño similares, pinturas y dibujos, el artista debe haberlas realizado o ejecutado totalmente y personalmente a mano.

- En las obras seriadas, y según los tipos, se exige que:

a) el artista debe ejecutar personalmente y totalmente a mano la matriz. Es el caso de los grabados, estampas y litografías;

b) el artista debe realizar personalmente el proceso reproductivo, y si no es así, debe controlarlo él o debe haber sido controlado por sus derechohabientes;

c) según el tipo de ejemplares, éstos deben estar o no firmados. En el caso que se exija firma: lo serán por el artista o por el taller;

d) la edición debe estar limitada al número de ejemplares establecido por dicho artículo, que varía en función del tipo de obra seriada.

Se puede apreciar que el legislador fiscal demanda en muchos casos que el artista haya ejecutado totalmente la obra, incluso especificando que lo haya hecho a mano. En otros, sólo exige que la ejecución a mano sea parcial, nos referimos a las obras seriadas, en las que admite que parte del proceso de ejecución pueda ser realizado por otros, simplemente controlados por el artista y en algunos casos por sus derechohabientes.

En su conjunto, se trata de requisitos que no responden a lo que muchos expertos en arte y a lo que el mercado del arte considera como «obra de arte original». Si se adoptasen por el mercado del arte, muchas de las obras que actualmente se entienden como originales de la autoría de un artista pasarían a ser simples reproducciones, objetos que no pueden calificarse de obras de arte. Por ejemplo, entre otros motivos, debido a los números máximos de ejemplares que permite en las ediciones de obras seriadas, en contraposición a los números que se aceptan en el mercado o en el Derecho de la propiedad intelectual,⁵² o porque para los «cuadros, *collages* y cuadros de pequeño tamaño similares, pinturas y dibujos» se exige que hayan sido realizados o ejecutados sólo y totalmente a mano por el artista.

Se debe criticar el Derecho tributario, no ya porque adopte de forma implícita una concepción de autoría y originalidad más restrictiva que la del Derecho de la propiedad intelectual o del sector del arte, sino porque lo hace de forma asistemática e incoherente. Así, según el tipo de obra de arte seriada, en unos casos se exige la firma del artista y en otros la del taller; en unos casos el control de las tiradas se exige al artista y en otros se permite que también lo realicen los derechohabientes. Para las obras únicas se pide que el artista haya ejecutado totalmente la obra, incluso especificando que esta realización sea efectuada a mano, en otros, en las obras seriadas, basta una ejecución parcial a mano del artista, la que corresponde a la realización de la matriz, permitiendo en algunos casos que la reproducción de la matriz la realicen los causahabientes o no mencionando requisito alguno al respecto.

Por el contrario, la virtualidad de esta normativa es que muestra que el legislador fiscal va en la misma línea que el del reglamento de la LPI y el de la regulación del derecho de participación para reconocer la autoría de las obras de arte originales: se exige la ejecución total o parcial por el artista, que las obras seriadas pertenezcan a ediciones limitadas y que sean, con importantísimas excepciones, firmadas por el artista.

1.5. AUTORÍA Y ORIGINALIDAD EN LA VENTA, EXPOSICIÓN Y DIVULGACIÓN DE LAS OBRAS DE ARTE

La autoría de una obra de arte es una relación de dicha obra con una persona natural, que permite calificar a esta persona como autor de la mencionada obra.

La originalidad de una obra de arte es también otra relación entre la obra y una persona física por la que es dable calificar a esta obra como un original de dicha persona.

52. Véase el apartado 1.5.2.

Pero, ¿qué relaciones son las que deben darse entre una persona y una obra de arte para poder afirmar que dicha persona es su autor y que la obra es un original de la misma a efectos jurídicos en la venta, exposición y divulgación de las obras de arte?

La respuesta a esta pregunta se debe hallar en los conceptos identificados con las expresiones lingüísticas «autor de obra de arte» y «obra de arte original», que pasamos a construir, buscando con ello los objetivos apuntados en el apartado 1.1 y utilizando para este fin la metodología mencionada en dicho apartado.

Dado que las definiciones que propondremos parten de la de estos conceptos en el Derecho de la propiedad intelectual y en el Derecho tributario, y se fundamentan en ellos, todo lo afirmado en el apartado anterior sirve para justificar, complementar y hacer entender lo que pasamos a exponer.⁵³ Al mismo tiempo, también es necesario advertir que para poder disponer de un análisis completo de los requisitos o condiciones de autoría y originalidad que se encuentran sintetizados en nuestros conceptos, el lector deberá acudir ineludiblemente al siguiente capítulo, en el que dichos requisitos se valoran respecto a los supuestos concretos en los que su aplicación resulta problemática.

1.5.1. DEFINICIÓN DE AUTORÍA DE LAS OBRAS DE ARTE

En el diccionario de la Real Academia Española, «autor» es la «persona que ha hecho alguna obra científica, literaria o artística» o «persona que es causa de algo» o «persona que inventa algo».⁵⁴

Para definir qué es «autor de una obra de arte» desde un punto de vista profesional –que necesariamente deberá ser una definición menos vaga y más significativa–, deberemos remitirnos a las propias del Derecho, el arte y el mercado del arte.

Por ello, en un primer momento, podríamos utilizar la establecida en la LPI,⁵⁵ con la que además estaría de acuerdo el sector del arte,⁵⁶ que entiende que es «aquél que la ha creado».

⁵³ Las finalidades perseguidas por el Derecho de la propiedad intelectual y el Derecho tributario al crear sus definiciones no son exactamente iguales a las que debe perseguir el Derecho que regula la venta, exposición y divulgación de las obras de arte. Por ello, nos veremos en la necesidad de reformular o interpretar de forma un tanto diferente los requisitos establecidos por dichas ramas del Derecho. Por ejemplo, el grado de originalidad en su sentido de novedad objetiva que se exige en el Derecho de la propiedad intelectual, que otorga un monopolio de reproducción de una obra de arte a su autor, no tiene por qué ser exactamente el mismo que se exige en la legislación sobre defensa de los consumidores o en el mercado para reconocer la originalidad y la autoría. Véase el apartado 1.5.2.

⁵⁴ Diccionario de la Real Academia Española, 22ª edición, en <http://lema.rae.es/drae/?val=autor> (31-12-2012).

⁵⁵ Véase el apartado 1.4.1.

⁵⁶ Véanse los apartados 1.3 y 1.1 (definición de obra de arte).

Pero esta definición es indeterminada en el mismo grado que las anteriores del diccionario de la Real Academia Española. Para precisarla, respetando siempre lo que la mayoría de expertos en arte entienden sobre esta cuestión y lo que disponen otras normas del Derecho de propiedad intelectual así como la normativa del Derecho tributario, podríamos defender, tal como hemos hecho en el apartado 1.4.1, que esta creación incluye tanto la creación intelectual como la material de la obra de arte. Por lo que autor sería «aquél que la ha creado intelectual y materialmente».

En la terminología que se utiliza en Derecho de la propiedad intelectual se suele asimilar la creación intelectual de la obra de arte a simplemente su creación; mientras que la creación material se califica de ejecución de la obra.

Adoptando esta terminología, a pesar de que también consideramos igualmente válida la primera, podríamos definir «autor de una obra de arte» como «aquél que la ha creado y ejecutado».

La importancia y relevancia de que la obra de arte sea ejecutada por el artista se deduce literalmente o implícitamente de la normativa que regula la autoría en la LPI, en el derecho de seguimiento y en la normativa fiscal.⁵⁷ También, en la postura de muchos de los expertos en arte.⁵⁸

Si todo ello no fuese aún suficiente, a los anteriores argumentos se añaden dos de política jurídica. Exigir este requisito contribuye a garantizar en mejor medida el principio de seguridad jurídica instaurado por nuestra Constitución (Art. 9.3) y contribuye al buen funcionamiento del mercado del arte, pues si no se demandara que el artista ejecutase la obra entonces sería mucho más difícil, a efectos de la aplicación de la normativa vigente y del funcionamiento del mercado del arte, diferenciar entre obras de arte originales de un artista de:

- objetos que no lo son, y que son simples reproducciones artesanales o industriales de obras de arte únicas de éste o de las matrices realizadas por el mismo para dar lugar a obra seriada original,
- obras de arte de otros autores derivadas de obras de arte de dicho artista.⁵⁹

⁵⁷ Véanse, respectivamente, 1.4.1 y 1.4.2.

⁵⁸ Véanse el apartado 1.3 y el capítulo 2. Además, porque es acorde con lo que conciben los ciudadanos cuando se dice que una obra de arte es de un determinado artista. A pesar de que no tenemos ninguna fuente estadística para afirmarlo, por lo que en estos momentos actuamos tal como harían los jueces que en sus sentencias intentan plasmar el sentir popular sin tampoco recurrir normalmente a fuentes sociológicas y a estadísticas científicas, nosotros creemos que lo que presumen los ciudadanos cuando se afirma que una obra es de la autoría de un artista, es que éste también ha realizado o hecho el proceso de ejecución de la misma, ya de forma personal o con la concurrencia de otros bajo su dirección.

⁵⁹ Tal como veremos en el próximo capítulo, apartados 2.1; 2.2 y 2.3.

REQUISITOS DE LA AUTORÍA DE LAS OBRAS DE ARTE

Dos son, por tanto, los requisitos o condiciones que en nuestra opinión deben concurrir para poder calificar a una persona natural como autor de una obra de arte a efectos de la defensa de los intereses de los coleccionistas y los consumidores en las relaciones jurídicas que generan su venta, exposición y divulgación: creación o creación intelectual y creación material o ejecución.

Pero ¿cuál es el sentido que le damos a «crear» o «crear intelectualmente» la obra de arte? y ¿cuál es el de «ejecutar» o «crear materialmente» la obra de arte?

Antes de responder a estas preguntas, deseamos abordar una cuestión previa: ¿es la aceptación formal y explícita de la obra un requisito de la autoría?

La firma de la obra o una declaración expresa del artista son actuaciones que prueban que el artista ha aceptado la obra.⁶⁰

La normativa de la propiedad intelectual española⁶¹ y la tributaria⁶² no exige de forma generalizada que para considerar una obra como de la autoría y original del artista haya pruebas de que ha sido aceptada por el autor una vez terminada, una vez completado el proceso de ejecución realizado por él mismo o por otros bajo su dirección.

Sólo la normativa del derecho de participación y la tributaria lo requieren para determinados tipos de obras seriadas, al establecer la necesidad de que se firmen los ejemplares, firma que constituye un medio de prueba de la aprobación de la obra.

En el sector del arte, encontraremos también quienes juzguen esencial que las obras sean aceptadas por el autor para poder considerarlas como originales, pero ello, circunscrito tan sólo al ámbito de la obra seriada.⁶³

Ciertamente, la adopción de esta exigencia introduciría un grado mayor de seguridad jurídica.⁶⁴ Sin embargo, en nuestra opinión el requisito de que existan pruebas de la aceptación de la obra de arte no es necesario para reconocer su autoría, pues

60. La aceptación de la obra no se realiza únicamente con la firma de la obra (véase fundamento de Derecho núm. 3, sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares núm. 24/2008 de 22 enero), aunque éste sea el medio más típico en el que se prueba dicha aceptación.

61. Véanse los apartados 1.4.1 y 2.1.

62. Véase el apartado 1.4.2.

63. Véase el apartado 1.3.

64. Si se exigiera que el autor hubiera aprobado el resultado final, desaparecería en gran medida, menos en casos de estafa y análogos (véase el apartado 2.1 en su referencia a obras de arte que sólo son firmadas por los artistas), toda incertidumbre sobre la autoría y se crearía un criterio adicional muy útil para diferenciar lo que son obras de arte de simples reproducciones.

conceptualmente creemos que una obra es de la autoría de un artista en la medida en que éste simplemente la haya creado intelectual y materialmente.

Por ello, y dado además que ni en el sector del arte ni en el Derecho esta demanda se da de forma generalizada, nosotros tampoco abogaremos por demandar que exista una prueba explícita y formal de aceptación, como puede ser la firma de la obra.

Una vez dicho esto, conviene aclarar un punto que nos conduce a un resultado similar, pero no idéntico, dado que cambiamos los hechos que se deben probar. Lo que sí requerimos es que el artista decida la ejecución hasta su completa finalización, lo que comporta que una obra sólo deviene de la autoría del artista si éste ha decidido y dado por bueno el resultado final del proceso de ejecución. Por ello, a pesar de no demandar una prueba de su aceptación expresa de la obra, si concurrieran pruebas de que no ha podido aceptarla una vez finalizada, sí que negaríamos la autoría y, como veremos, también la originalidad.

CREACIÓN DE LA OBRA DE ARTE O CREACIÓN INTELECTUAL DE LA OBRA

El significado de lo que supone crear intelectualmente la obra de arte no se encuentra en el Derecho positivo, por lo que parece que debería buscarse en la doctrina y jurisprudencia de la propiedad intelectual, que es la que más se ha ocupado de esta materia.

Pero tal como hemos comprobado en el anterior apartado, ésta tampoco ha desarrollado ese requisito, centrándose en determinar qué es una «creación original», o la «originalidad».

En el sentido usual de esta palabra, «crear» algo, equivale a «hacer nacer», «dar origen», «introducir algo por vez primera» o «establecer».⁶⁵

A partir de la interpretación del sentido propio de las palabras permitida por el artículo 3.1 del Código Civil, podemos entender que crear una obra de arte es establecer *ex novo* cómo ha de ser. Es dar lugar u origen a la misma como algo nuevo. Es, en último término, concebirla.

El que crea la obra de arte nunca copia una anterior, sino que efectúa un acto de inteligencia o de personalidad propia y novedosa mediante el cual concibe y decide cómo ha de ser la obra de arte, de forma tal que necesariamente innova la realidad material, dando lugar a algo nuevo y único.

65. «Establecer, fundar, introducir por vez primera algo; hacerlo nacer o darle vida, en sentido figurado.» Diccionario de la Real Academia Española, avance de la 23ª edición, en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=crear (31-12-2012). Todas estas expresiones denotan una relación de paternidad del creador de una obra de arte respecto a dicha obra, por lo que el que crea, al igual que ocurre con el padre que concibe a un hijo, necesariamente plasma o refleja su personalidad en lo que ha creado.

Coincidiendo con la doctrina y jurisprudencia del Derecho de la propiedad intelectual referente a lo que éstas afirman respecto a la originalidad, se puede defender que la creación de una obra de arte comporta, por un lado, dar lugar a un objeto diferente a cualquier otro existente, objeto que constituye por sí mismo una novedad objetiva que puede ser apreciada por todos. Por otro, supone una expresión del intelecto, inventiva, ingenio intelectual, en definitiva: de la personalidad del autor. Expresión de la personalidad del artista que, en la medida en que crea un objeto diferente a cualquier otro, un objeto novedoso, dicha obra ha de ser a su vez también necesariamente novedosa.

Por todo ello, en nuestra opinión la consecuencia, y a la vez la mejor prueba, de que una persona, gracias a su intelecto o inventiva, ha creado intelectualmente una obra de arte, es que la misma plasma su personalidad de forma novedosa, de forma nunca antes apreciada.

Que la obra refleje la personalidad del autor y que sea una novedad son las dos notas utilizadas por la doctrina y jurisprudencia de la propiedad intelectual para identificar la originalidad de una obra. Según nuestra postura, en cambio, éstas son también notas o elementos propios, centrales e imprescindibles de la creación intelectual de la obra de arte,⁶⁶ por lo que también lo serán de la autoría.

Podríamos decir por ello, que el tema de la originalidad está subsumido e integrado totalmente en el de la autoría de la obra de arte. O, lo que es lo mismo: la originalidad es consubstancial a la autoría, por lo que toda obra de arte que sea de la autoría de un artista, será también necesariamente un original de dicho artista.

CREACIÓN MATERIAL O EJECUCIÓN DE LA OBRA DE ARTE

El autor de la obra de arte es aquel que, además de crearla intelectualmente, la crea materialmente o ejecuta.

La autoría de la obra de arte exige la creación, ejecución o realización material de la misma por su autor hasta su total finalización, dado que el autor ha de ser el responsable último de la obra, de todos los detalles de la misma, lo cual sólo se logra determinando hasta su finalización el proceso de ejecución.

La ejecución puede ser efectuada únicamente por el autor, o por éste con el concurso de otras personas bajo su dirección.

Todas estas proposiciones necesitan de un mayor desarrollo:

⁶⁶. Es decir, el sentido subjetivo, más el objetivo, de originalidad (véase el apartado 1.4.1) sirven para dar contenido al requisito de «creación» que exige el artículo 5.1 de la LPI para calificar a una persona natural como autor.

- La ejecución material de la obra es un conjunto de actos realizados por el autor o por otros bajo su dirección que plasman la concepción intelectual o las ideas del autor, en último término, su personalidad, en un medio material elegido por éste.
- La ejecución no supone la realización de la obra a mano por el autor. No consideramos necesario, tal como ocurre en el mercado del arte⁶⁷ y como admite expresamente la normativa del derecho de participación, y a diferencia de lo que establece la normativa fiscal para alguno de los tipos de obras de arte,⁶⁸ que el artista deba ejecutar personal e íntegramente a mano la obra de arte única o la matriz de la obra seriada.
- La ejecución no comporta ineludiblemente la realización de algún acto a mano del artista. El autor no tiene por qué haber realizado la ejecución material en su totalidad a mano, pero ¿se puede admitir que no haya realizado a mano ningún acto de ejecución o plasmación material de su creación intelectual? Normalmente, y esto será lo más común, se entenderá que el artista debe haber realizado a mano como mínimo algún acto o parte del proceso de ejecución, por ejemplo: dibujar los esbozos de la obra o moldear a mano la matriz en una obra seriada escultórica. Pero estos actos pueden ser incluso sustituidos, aunque esto siempre será algo excepcional, por el traslado de directrices e indicaciones verbales a ayudantes que realicen dicha plasmación en nombre del artista creador y bajo su control. Y así encontramos casos en el mercado en que se admite que existe autoría aunque haya ausencia total de «la mano» del artista. Por ejemplo, las pinturas *spin* de Hirst, en las que este artista confirma que toda la ejecución manual es realizada por sus ayudantes, pero siempre bajo su dirección.⁶⁹
- Requerir que la ejecución o creación material sea realizada por el artista comporta exigir que la realice él manualmente o que, si la realizan otros, lo hagan bajo su dirección y control último.⁷⁰ Si en la ejecución participan otras personas, las personas que colaboran en la misma deben actuar como simples instrumentos del artista, con una intervención que tenga un carácter técnico o artesanal que nunca pueda dejar traslucir su personalidad en la obra.

⁶⁷. Véase el capítulo 2, apartado 2.1.

⁶⁸. Véase el apartado 1.4.2.

⁶⁹. Véase el apartado 2.1. Recordemos que para el Derecho de la propiedad intelectual, existe creación original incluso cuando la expresión del autor se realiza mediante medios o soportes intangibles. Véase el artículo 10 LPI.

⁷⁰. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares núm. 24/2008, de 22 enero, habla de «dirección y control» y de «control superior de la ejecución». Véase esta sentencia en el apartado 2.1.

- No es necesario el control directo y presencial de todas las acciones o etapas de la ejecución, pero sí que sea el artista quien determine cualquier detalle sustancial que pueda afectar de modo relevante a cómo se traduce su concepción intelectual de la obra en el medio material.
- La ejecución por otros ha de comportar que el artista la dirija y que realice el control de la misma hasta su finalización. A nuestro entender, para ser y poder considerarse autor de la obra, si el artista no la ha realizado toda a mano personalmente, ha de haber controlado completamente el proceso de ejecución hasta el final. El autor lo es sólo de la obra ejecutada bajo su control y decisión. La introducción del requisito de que todo el proceso de ejecución material de la obra sea realizado bajo la dirección del artista hace inviable que se pueda considerar como obra de su autoría, y tampoco como obra de arte original, cualquier obra única o seriada de la que el artista no haya controlado el resultado final o que haya sido realizada post mórtem, opinión que actualmente no sería compartida por alguna parte del mercado del arte⁷¹ ni tampoco sería acorde con la concepción que subyace y acepta el Derecho tributario y la regulación del derecho de participación.⁷²

CASO PRÁCTICO

El reciente caso norteamericano *Gilbert v. Indiana*,⁷³ que afectó al artista pop norteamericano Robert Indiana, famoso por sus esculturas *Love* (1970), resulta muy interesante para discernir sobre la necesidad de que el artista cree y ejecute, o no, la obra de arte y la acepte, o no, para poder considerarlo su autor y entender que el objeto creado es, o no, una obra de arte original del mismo.

Un licenciario de Indiana, llamado John Gilbert, quería que éste se declarase autor de una escultura que ni había creado intelectualmente ni había participado en su ejecución material.

De acuerdo con su contrato de licencia, Gilbert estaba autorizado por el artista para producir objetos inspirados en las ideas y estilo de Indiana y que representasen *prem*, la palabra en sánscrito y en alfabeto latino equivalente a «amor» o *love*. En ejercicio de este derecho, encargó a uno de sus socios, Georg Friedrichs, la creación y ejecución de una escultura, inspirada en el estilo de Indiana y en una escultura concreta de éste que representaba *prem*, pero en alfabeto devanagari, el propio del sánscrito y del hindi.

⁷¹. Véanse los apartados 2.1 y 2.2. El control de realización, en cambio, se considera uno de los requisitos de la autoría y la originalidad por gran parte del sector del arte: véase el apartado 1.3, además de 2.1 y 2.2.

⁷². Véanse los apartados 1.4.1 y 2.

⁷³. *Gilbert v. Indiana*, 09 CV 6352 (KBF), NYLJ 1202544725397, at *1 (SDNY, Decided March 2, 2012).

La escultura de Friedrichs se realizó en Alemania y posteriormente fue vendida por Gilbert por 100.000 dólares, con un certificado en el que se aseveraba que la misma era una escultura auténtica de Robert Indiana. El problema entre este artista y su licenciario surgió cuando Indiana se negó a reconocer dicha escultura como una obra de su autoría.

En el juicio, el artista negó concienzudamente su autoría. No la había concebido, ni creado, ni diseñado de forma alguna. No había tampoco viajado a Alemania en el momento de su ejecución para supervisarla, ni había aceptado el resultado de todo este proceso como una obra suya. Por el contrario, consideraba que se parecía a un frigorífico y que era horrible. Incoherentemente con estas manifestaciones ante el tribunal, lo que sí era cierto es que en el año 2009 Indiana había escrito en la parte de detrás del certificado de autenticidad emitido por Gilbert: «To Tovar» (el nombre del adquirente de la pieza), firmando esta expresión, hecho éste que Indiana calificó como de realización de un simple *souvenir* y no como de aceptación de su autoría.

En palabras del tribunal:

«la teoría del demandante John Gilbert es que puede, por contrato, forzar a un artista –en este caso, el acusado Robert Indiana– a reconocer la creación de una obra que el artista no ha creado y que no le gusta; y entonces, el demandante podría y haría uso de dicho reconocimiento para vender estas obras al público como creaciones auténticas del artista. Existen numerosas razones que hacen que las alegaciones del demandante fracasen y dichas alegaciones deben desestimarse».

Desgraciadamente, la Corte no entró a discernir, argumentar y pronunciarse de manera directa y en profundidad sobre la cuestión de si la obra era un original de la autoría de Indiana, pues resolvió la demanda por otra vía: entendió que dichas esculturas no estaban amparadas por el contrato de licencia firmado entre Indiana y Gilbert, al no ser obras derivadas, y que por ello Gilbert no tenía causa legal para demandar a Indiana. Pero en cualquier caso el resultado final fue que:

«citando “la fuerte política pública en contra de intentar utilizar un tribunal de justicia para cometer un fraude al público”, un juez federal ha desestimado un intento de coaccionar a un artista para que reconociera que había creado una obra que no había creado y que no le gusta, y después vender la obra como una creación auténtica».⁷⁴

⁷⁴. John Caher, «Attempt Rejected to Force Artist to Acknowledge Work He Did Not Create», *New York Law Journal*, 03-08-2012, en http://www.newyorklawjournal.com/PubArticleNY.jsp?id=1202544757457&Attempt_Rejected_to_Force_Artist_to_Acknowledge_Work_He_Did_Not_Create&slreturn=20130229124900 (31-12-2012).

I.5.2. PROPUESTA DE DEFINICIÓN DE «OBRA DE ARTE ORIGINAL»

IMPORTANCIA Y PROBLEMÁTICA DEL ADJETIVO «ORIGINAL»

La palabra «original» es muy utilizada en el mercado del arte y tiene connotaciones muy positivas que hacen subir, o por lo menos legitimar, los precios de las obras de arte y de otros tipos de objetos que no son obras de arte.⁷⁵ Pero esta palabra no es muy significativa⁷⁶ y, debido a su polisemia, viene a introducir mayor confusión en el análisis de la realidad que estudiamos.

De hecho, nuestro discurso se complica y es más difícil de entender por culpa de abordar el tema de la «originalidad», ya que en lugar de centrarnos únicamente en el significado de autoría de una obra de arte, cosa que supondría sólo discernir sobre qué es autoría y qué es una obra de arte, también lo hacemos sobre la originalidad. Pero ello es necesario, ya que en la realidad del mercado y del arte, el término y el concepto de «original» está siempre explícita o implícitamente presente en cualquier situación en la que se proceda a la venta, exposición y divulgación de las obras de arte.

Esta confusión apenas ha sido tratada, y mucho menos resuelta, en los textos científicos que han servido de base para la elaboración de estas páginas, pues en ellos no se clarifica cuál es la relación entre «autoría» y «originalidad» de una obra de arte y viceversa. Ello se explica porque lo que ha interesado al Derecho de la propiedad intelectual y al Derecho tributario es determinar «la autoría de las obras de arte originales». Así también ha sucedido entre los expertos en arte que dictaminan sobre la autenticidad de las obras de arte.

RELACIÓN ENTRE «AUTORÍA» Y «ORIGINALIDAD»

Entre los atributos de «autoría» y «originalidad», nosotros damos preeminencia al de «autoría», dada la importancia que tiene ésta desde el punto de vista económico, estético y jurídico. Pero también por otra razón: para nosotros la originalidad está subsumida en la autoría, como acabamos de defender en el apartado anterior. Bajo nuestra postura, cuando la obra de arte es de la autoría del artista, es también un original del artista, pues la creación intelectual de la obra que se

75. «“Original” y “obra de arte” son palabras mágicas. Como tienen un gran valor en el mercado, no es de extrañar que la mayoría de abusos en la comercialización de las obras seriadas se deba al uso o mal uso de dichos términos.» L. Anderson, «Consumer Protection Legislation...», *op. cit.*, p. 55, citas omitidas.

76. «Si bien el término “original” puede ser importante para el público y para algunos profesionales, para muchos artistas y conocedores de las piezas fundidas tiene poco valor o una importancia relativa. Para los escultores y los que se dedican a comprar, aconsejar sobre la compra o escribir sobre las piezas fundidas, es más importante la información específica sobre cuándo, quién, cuántas y con qué grado de satisfacción se realizó una pieza fundida, y si está al nivel de las mejores obras del artista o no.» *Declaración sobre las normas...*, *op. cit.* Véase también nota 5 de este capítulo.

exige para que haya autoría comporta necesariamente que el artista haya reflejado en ella su personalidad de forma novedosa, cumpliéndose con ello siempre el requisito propio de la originalidad. De todo ello se deduce, por ejemplo, que si una determinada obra de arte es de la autoría de Picasso, significa que también es una obra de arte original de Picasso. Consideración esta última que igualmente compartiría el mundo del arte.

Dada la anterior conexión –autoría de una obra de arte comporta originalidad–, puede haber una tendencia a pensar que la relación a la inversa también se cumple: originalidad comporta autoría.

Pero ello en muchos casos no tiene por qué darse.

La palabra original, como se ha visto en el apartado 1.4, tiene varios significados y no todos ellos permiten asociar originalidad a la creación intelectual requerida para que se dé la autoría. Esto ocurre sólo respecto al significado de originalidad que deriva de la suma del sentido objetivo y subjetivo de esta palabra, que es el que nosotros y parte de la doctrina jurídica y la jurisprudencia de la propiedad intelectual defendemos, y no en cambio respecto al que deriva únicamente de su sentido subjetivo.⁷⁷ Por ello, si alguien calificara un objeto como original de un artista simplemente porque plasma su personalidad, ello no nos bastaría para entender que esta «originalidad» permite atestiguar la concurrencia del requisito de creación intelectual que se exige para atribuir al artista la cualidad de autor del mismo.

Además, y por otra parte, incluso aunque el objeto fuese original en el sentido subjetivo y objetivo de este término, puede no ser una obra de arte original de la autoría del mismo:

- por no cumplirse el otro requisito de autoría, que implica que el artista también debe haber ejecutado la obra de arte hasta su finalización;
- por pertenecer el objeto a una edición de obra seriada ilimitada, lo que impide en todo caso conceptuarlo de obra de arte, y por tanto, de obra de arte original de la autoría del artista;
- por ser considerado, sí, como un objeto de la autoría del artista y original del mismo, pero no, como una obra de arte por la comunidad artística, lo que le impedirá ser una obra de arte original de la autoría del mismo.⁷⁸

77. Un objeto puede plasmar la personalidad del artista, como por ejemplo lo hace cualquier reproducción fotomecánica de una obra de arte original. Se cumpliría el sentido subjetivo de la originalidad, pero no el objetivo. Por esta razón, y por no haber sido ejecutado por el artista, dicho objeto nunca podrá ser obra de arte de la autoría del artista.

78. Véase el apartado 1.4.1. Ya hemos visto en el 1.1, al analizar la definición de obra de arte, que ésta debe ser un objeto creado por un artista, pero además debe ser considerado por la comunidad del arte como obra de arte.

Una vez que hemos intentado aclarar este complejo tema, pasamos a exponer cuál es la definición que nosotros defendemos de obra de arte original, y a comentar las características propias de todo objeto incluido en esta categoría y sintetizadas en dicha definición, a efectos de la venta, exposición y divulgación de las obras de arte. Todo ello servirá para desarrollar aún más el concepto de autoría de las obras de arte, pues como repetidamente afirmamos, para nosotros la originalidad es un elemento imprescindible y propio de la autoría de las obras de arte, aunque no determinante, por sí mismo y sin más, de dicha autoría.

DEFINICIÓN DE OBRA DE ARTE ORIGINAL

Definimos obra de arte original única como «aquella que refleja de forma novedosa la personalidad del autor».

La definición de obra de arte seriada original se basará en las mismas notas, pero poniendo de manifiesto que la originalidad se predica del conjunto de la edición, no de cada uno de los ejemplares, y que la edición debe ser limitada en su número de ejemplares: «aquella que forma parte de una edición limitada que refleja de forma novedosa la personalidad del autor».

REFLEJO NOVEDOSO DE LA PERSONALIDAD DEL ARTISTA

La doctrina y la jurisprudencia española de la propiedad intelectual han establecido que una obra original ha de reflejar la personalidad del autor (sentido subjetivo de la originalidad) y ha de constituir una novedad respecto a lo que ya existía (sentido objetivo de la originalidad).

Hemos manifestado que estas dos notas que determinan lo que constituye una obra de arte original en el Derecho de la propiedad intelectual deben darse al unísono, lo que nosotros hemos traducido en que una obra de arte es original si refleja la personalidad de su autor de forma novedosa.

Para establecer qué es una obra de arte original en la venta, exposición y divulgación, también consideramos que estos son los requisitos a exigir y a figurar en la definición de dicha expresión, dado que ésta ha de ser necesariamente coherente con lo que se establece en el Derecho de la propiedad intelectual. Además, con ello se crea una definición que sirve de forma eficiente a los derechos legítimos de todos los que participan en el mercado del arte, pues aporta una regla clara para determinar qué es la originalidad de una obra y qué la diferencia de lo que constituyen simples reproducciones de ésta.⁷⁹ Por último, esta definición es apropiada, ya que es acorde

⁷⁹. Tal como podremos comprobar en los apartados 2.1; 2.2 y 2.3 del capítulo siguiente.

con la interpretación de los términos basada en su sentido propio,⁸⁰ que es uno de los métodos hermenéuticos que se pueden utilizar basándose en lo dispuesto en el artículo 3.1 del Código Civil.

Partiendo de nuestras proposiciones y de las de la doctrina y la jurisprudencia de la LPI sobre las dos notas propias de las obras de arte originales,⁸¹ podemos desarrollar lo que supone el hecho de que la obra de arte refleje de forma novedosa la personalidad del autor y pueda considerarse por tanto como «original»:

1. La obra de arte ha de reflejar o plasmar la personalidad de su autor o creador. La obra debe reflejar su inteligencia, ingenio, creatividad, aura, inventiva, forma de ser, o cualquier sustantivo que denote que es posible reconocer en la obra de arte la personalidad del autor, condición que es la prueba de que ha tenido su origen en el artista, que es una creación intelectual de éste y que no es copia idéntica de una obra de otro autor o de parte de ésta.
2. La obra ha de ser «algo nuevo, que no existía anteriormente»;⁸² es decir, una obra «que aporta y constituye una novedad objetiva frente a cualquier otra preexistente».⁸³ Por ello, nunca podrá ser la copia idéntica de otra obra de arte ya existente o de parte de ella, sea ésta de otra persona o del autor de la copia.
3. La novedad debe presentar una mínima relevancia, lo que se traduce en la posibilidad de que permita apreciar una cierta altura creativa del autor de la obra y la aportación de un esfuerzo de talento, inteligencia, ingenio,

⁸⁰. Así, el término «original» tiene que ver con los conceptos de «fuente» y «origen», y el sentido subjetivo de «originalidad» responde a que el autor es la fuente de la obra, es el que le da origen creándola, y la prueba de que la ha creado es que refleja su personalidad. Además, «origen» también tiene el sentido de primero, de nuevo, y, por tanto, único, y este significado es el cubierto con el sentido objetivo de «originalidad». Es necesario recordar que «original», según el diccionario de la Real Academia Española, es siempre algo novedoso u origen de algo posterior, es el objeto, modelo u obra primera de la que se extraen las copias. Para este diccionario, «original» significa: «1. adj. Perteneciente o relativo al origen. 2. adj. Dicho de una obra científica, artística, literaria o de cualquier otro género: Que resulta de la inventiva de su autor. Escritura, cuadro original. Ú. t. c. s. m. El original de una escritura, de una estatua. 3. adj. Dicho de cualquier objeto: Que ha servido como modelo para hacer otro u otros iguales a él. Llave original. 4. adj. Dicho de una pieza integrante de un aparato: Que procede de la misma fábrica donde éste se construyó. 5. adj. Dicho de la lengua de una obra escrita o de una película: Que no es una traducción. La película se proyecta en su lengua original. 6. adj. Que tiene, en sí o en sus obras o comportamiento, carácter de novedad. Un peinado original. Apl. a pers., ú. t. c. s. Es un original. 7. m. Objeto, frecuentemente artístico, que sirve de modelo para hacer otro u otros iguales a él. 8. m. Escrito que sirve de modelo para sacar de él una copia. 9. m. Persona retratada, respecto del retrato». <http://lema.rae.es/drae/?val=original> (31-12-2012).

⁸¹. Véase el apartado 1.4.1.

⁸². Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2004, núm. 2004/4318.

⁸³. *Ibid.*

inventiva o personalidad.⁸⁴ Sin embargo, a nuestro entender, la relevancia mínima en el ámbito civil y mercantil de la venta, exposición y divulgación de las obras de arte para determinar la originalidad de la obra, siendo coherentes con lo defendido a lo largo de este apartado, se debe considerar que existe por el simple hecho de probar que el autor ha conseguido plasmar su personalidad de forma novedosa. Ésta es la regla esencial para apreciar que existe una obra original y no la valoración del esfuerzo intelectual del autor o de la concurrencia de una relevancia genérica de la originalidad.

4. Si es una novedad, ello significará que también es una manera nueva de reflejar la personalidad del autor, de aquel que la creó y ejecutó. La expresión de la personalidad del autor en la obra se produce de forma tal, que antes no se había producido en el tiempo. Como afirmábamos, no sólo no será nunca una simple copia o reproducción exacta o mecánica de otra anterior ya existente de un tercero, sino que tampoco lo será de una obra del mismo autor.
5. «Las ideas plasmadas en la obra no necesariamente deben ser originales, lo que debe ser creación original del autor es la forma de expresión de las mismas.»⁸⁵ La novedad no tiene por qué estar necesariamente en las ideas, en los temas de las obras de arte, pero sí al menos en la forma en que estos elementos se expresan.
6. Debido a este carácter novedoso, la obra de arte original es única, no existe otra igual en el momento en que se crea y ejecuta. Esta nota tiene una importantísima excepción en el caso de las obras de arte seriadas.

OBRA SERIADA Y ORIGINALIDAD

La originalidad en el ámbito de la obra seriada se predica del conjunto de la edición limitada. Es la edición la que debe cumplir el requisito de expresar o plasmar de

⁸⁴. «La Sentencia de 24 de junio de 2004, número 542, se refiere a que no basta una novedad objetiva cualquiera sino que requiere una relevancia mínima y, en el caso que examina, aprecia que la originalidad no es suficientemente significativa para conceder protección a su autor a través de la propiedad intelectual. La apreciación [...] va a recaer en la valoración de una cierta altura creativa» (Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 214/2011, de 5 de abril). «La creatividad supone la aportación de un esfuerzo intelectual—, talento, inteligencia, ingenio, inventiva, o personalidad...» (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 214/2011, de 5 de abril).

⁸⁵. Organización Mundial de la propiedad intelectual, *Principios básicos del derecho de autor...*, p. 6. En el mismo sentido: «tal y como expresa la STS de 26 de noviembre de 2003, lo relevante es la forma original de la expresión, no tanto si la idea o datos expuestos sean conocidos o novedosos, lo que supone que la originalidad concurre cuando, en términos de la SAP de Barcelona de 10 de marzo de 2000, la forma elegida por el creador incorpora una especificidad tal que permite considerarla una realidad singular o diferente por la impresión que produce» (Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 30 de julio de 2010, núm. 2010\1442).

forma novedosa la personalidad del artista, no cada una de las piezas que la conforman. Por ello, las obras producidas mediante estas técnicas artísticas y en edición limitada se considerarán todas ellas originales, aunque sean prácticamente idénticas o muy semejantes y, en este sentido, no únicas. La noción de «única» y «original» queda disociada en la esfera de este tipo de obras. Lo que es «original» es la edición, ésta es la que es «única», y no cada uno de los ejemplares de la misma.⁸⁶

OBRA SERIADA: NECESIDAD DE QUE FORME PARTE DE UNA EDICIÓN LIMITADA

Para el sector del arte, las obras seriadas no se considerarán obras de arte originales si forman parte de ediciones que no estén limitadas a un cierto número de ejemplares.⁸⁷ Tampoco lo serán a efectos tributarios, ni de la propiedad intelectual.⁸⁸ Así la normativa de la propiedad intelectual española, de forma implícita, y la comunitaria, de forma explícita, del derecho de seguimiento, exigen que las obras de arte seriadas han de ser obras pertenecientes a ediciones limitadas para ser consideradas originales.⁸⁹

Ésta es una condición, introducida de forma convencional por el sector del arte⁹⁰ y que ha acabado siendo recogida en el Ordenamiento Jurídico, esencial para poder diferenciar las obras de arte «originales» de las «simples reproducciones», es decir, objetos que no son obras de arte. Por ello, debe figurar de forma expresa en la definición de obra de arte seriada original.

Si se incumple este requisito, aunque el artista haya ejecutado personalmente o con otros bajo su dirección una edición en la que plasme de forma novedosa su personalidad, ninguno de los ejemplares de la edición se considerará obra de arte original.

Debemos destacar que ni el legislador, ni la jurisprudencia, ni la doctrina jurídica, ni el sector del arte han aclarado de forma conveniente que la razón por la que no se pueden considerar como obra de arte original los objetos creados y ejecutados mediante técnicas de producción de obras de arte seriadas en ediciones ilimitadas no es tanto que no exista originalidad y autoría, sino que el objeto creado no es una obra de arte, por lo que tampoco puede ser una obra de arte original.

Dejando de lado esta relevante cuestión, la otra gran deficiencia que presenta la regulación y el análisis de este tema es que ni en el mercado del arte, al menos de forma

⁸⁶. Véase el apartado 2.2.1.

⁸⁷. Véase el apartado 1.4.1.

⁸⁸. Véase el apartado 1.4.2.

⁸⁹. Véase el apartado 1.4.1. Este requisito se establece de forma literal sólo en la normativa europea de este derecho.

⁹⁰. Véase el apartado 1.3.

generalizada y uniforme en todos los países, ni en el Derecho, se establece un número máximo de ejemplares para las ediciones limitadas, por lo que éste puede variar a voluntad del artista.

En España, sólo las leyes tributarias fijan un límite a efectos de establecer si la obra seriada debe disfrutar de determinados beneficios fiscales, pero en cambio no existe una legislación mercantil o civil que determine este número máximo a efectos de establecer qué son «obras de arte originales» en el ámbito de su venta, tal como por ejemplo sí se da en Francia.⁹¹

Este límite tampoco existe en el Derecho de la propiedad intelectual español, en el que se considera que la decisión sobre el número de ejemplares máximo de una edición limitada es un derecho del autor:

«Cuando la reproducción se obtiene a partir de una plancha, molde, cartón o modelo, el autor puede determinar que cierto número de reproducciones sean consideradas como originales y las que se obtengan después como simples copias. En la práctica esta diversa presentación en el mercado tiene lugar en la escultura, grabado, litografía y tapicería. Esta posibilidad de considerar varios ejemplares de la obra como originales no se encuentra regulada legalmente, pero la doctrina suele admitirla como manifestación de la facultad de divulgación que corresponde al autor. Efectivamente, las leyes que reconocen al autor la facultad de divulgación con el carácter de derecho moral, le permiten decidir la forma de llevarla a cabo. Por tanto, sólo una decisión personalísima del autor puede fijar el número de reproducciones con carácter de originales».⁹²

Regla que es acorde con alguna de las posturas del sector del arte.⁹³

DEFINICIÓN DE AUTOR DE UNA OBRA DE ARTE ORIGINAL

Integrando la definición de obra original, apartado 1.5.2, con la propia de autor de una obra de arte, apartado 1.5.1, concluiremos que en la venta, exposición y divulgación de las obras de arte, «autor de una obra de arte original» única es «el que la ha creado y ejecutado, consiguiendo reflejar de forma novedosa su personalidad en la misma».

Y, «autor de una obra de arte original seriada», es «el que la ha creado y ejecutado, consiguiendo reflejar de forma novedosa su personalidad en la edición limitada de la que ésta forma parte».

91. Véase la nota 51 de este capítulo.

92. D. Espín, *Los derechos de autor...*, *op. cit.*, p. 107, citas omitidas.

93. Véase Tercer Congreso Internacional de las Artes Plásticas, celebrado en Viena, el año 1960, en Print Council of America, *What is an original...*, *op. cit.*, p. 29.

Definiciones que, siendo coherentes con lo hasta aquí defendido, podrían sintetizarse aún más, adoptando sólo la propia de autor, pues el reflejo novedoso de la personalidad está implícito en el hecho de la creación o creación intelectual de la obra. Por ello, también se podría utilizar como definición de autor de la obra de arte original única o seriada la de «el que la ha creado y ejecutado» o «el que la ha creado intelectual y materialmente», siempre recordando que en el caso de la obra seriada, ésta debe pertenecer a una edición limitada.