ARQUITECTURA DE AUTOR: UN ANÁLISIS DE CIERTOS PROBLEMAS SUSCITADOS EN TORNO A LA OBRA ARQUITECTÓNICA Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Juan A. CUERVA DE CAÑAS¹
Luis CASTELLVÍ LAUKAMP²
Abogados, Clifford Chance

«La originalidad consiste en el retorno al origen; así pues, original es aquello que vuelve a la simplicidad de las primeras soluciones».

Antoni Gaudí (1852-1926)

TÍTULO: ARQUITECTURA DE AUTOR: UN ESTUDIO DE LA PROBLEMÁTICA GENERADA EN TORNO A LA OBRA ARQUITECTÓNICA Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL

RESUMEN: Este trabajo analiza la problemática generada en España en torno a la obra arquitectónica y la propiedad intelectual con la perspectiva que otorgan las más de dos décadas de andadura de la LPI. Doctrina y Tribunales han confirmado en los últimos años que la obra arquitectónica, pese a no estar expresamente mencionada en el artículo 10 LPI, es objeto de derechos de autor. En consecuencia, el arquitecto goza de las facultades morales y patrimoniales que conlleva el hecho de ser autor de una obra objeto de propiedad intelectual. La funcionalidad propia de la obra arquitectónica plantea conflictos en la práctica en los que su alteración podrá suponer una infracción del derecho moral a la integridad de la obra. En estos supuestos el derecho moral deberá ponderarse caso por caso con el derecho de propiedad ordinaria sobre la construcción y, en su

¹ Juan A. Cuerva de Cañas es también profesor de la Facultad de Economía y Empresa de la Universitat de Barcelona y de los Estudios de Ciencias de la Información y de la Comunicación de la Universitat Oberta de Catalunya. Correo electrónico: juan.cuerva@cliffordchance.com. El autor desea dedicar este trabajo a L. Bauzá Velasco, constructora de sueños y ejemplo diario de jurista perseverante.

² Luis Castellví Laukamp colabora habitualmente en la preparación de los equipos de la Universitat de Barcelona que participan en el *ELSA Moot Court Competition on WTO Law* (competición internacional sobre derecho internacional económico). Correo electrónico: luis.castellvi@cliffordchance.com. El autor dedica este trabajo a J. Carretero Zafra, con afecto, por todo su apoyo.

caso, con el interés público. El presente trabajo presta especial atención, igualmente, a la indemnización por daños y perjuicios derivados de la infracción del derecho a la integridad de la obra, analizando los requisitos legales y el *quantum* indemnizatorio fijado por nuestros Tribunales en supuestos similares. Finalmente, se plantea la problemática de una cuestión que es posible que nuestros Juzgados y Tribunales tengan que resolver en un futuro próximo, esto es, la posible aplicación del artículo 40 bis LPI para delimitar determinados usos lucrativos de la obra arquitectónica realizados al abrigo del límite contenido en el artículo 35.2 LPI (obras situadas en vías públicas).

PALABRAS CLAVE: Propiedad intelectual. Obra arquitectónica como objeto de derechos de autor. Derecho moral a la integridad de la obra. Conflicto entre el derecho moral, la propiedad ordinaria y el interés público. Daños y perjuicios, con especial referencia al daño moral. Obras situadas en vías públicas.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA OBRA ARQUITECTÓNICA EN EL PUNTO DE MIRA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. 1. LA OBRA ARQUITECTÓNICA OBJETO DE PROTECCIÓN POR LA PROPIEDAD INTELECTUAL. EL ORIGEN DE LA CONTROVERSIA: UNA OBRA INACABADA POR EL LEGISLADOR ESPAÑOL DE 1987. 2. LA DOCTRINA HA ASENTADO LOS CIMIENTOS Y LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES HAN CONSTRUIDO UNA JURISPRUDENCIA QUE CONSIDERA A LA OBRA ARQUITECTÓNICA CREACIÓN INTELECTUAL. 3. ALGUNAS CUESTIONES QUE SE DERIVAN DE LA CONSIDERACIÓN DE LA OBRA ARQUITECTÓNICA COMO CREACIÓN INTELECTUAL. III. EL CONFLICTO ENTRE EL DERECHO MORAL DE AUTOR, EL DERECHO DE PROPIEDAD ORDINARIA SOBRE LA OBRA ARQUITECTÓNICA Y EL INTERÉS PÚBLICO. 1. OBRA ARQUITECTÓNICA, DERECHO MORAL Y PROPIEDAD ORDINARIA: DEL CONFLICTO VIS-À-VIS AL TRIÁNGULO DE INTERESES. 2. TRIÁNGULO DE INTERESES: PROPIEDAD ORDINARIA, DERECHO MORAL A LA INTEGRIDAD DE LA OBRA ARQUITECTÓNICA E INTERÉS PÚBLICO. 3. OBRA ARQUITECTÓNICA, ENCLAVE EN EL QUE SE UBICA Y DERECHO A LA INTEGRIDAD. IV. OBRA ARQUITECTÓNICA Y DAÑOS Y PERJUICIOS. ESPECIAL REFERENCIA AL DAÑO MORAL. 1. INTRODUCCIÓN. OBRA ARQUITECTÓNICA E INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS. 2. LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 140 LPI Y EL DAÑO MORAL. 3. LOS ELEMENTOS DEL ARTÍCULO 140.2 LPI PARA LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL. V. LÍMITE DE LAS OBRAS SITUADAS EN VÍAS PÚBLICAS. 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL LÍMITE DE LAS OBRAS SITUADAS EN VÍAS PÚBLICAS. 3. EL LÍMITE AL LÍMITE: ¿APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 40 BIS LPI? VI. CONCLUSIÓN VII. BIBLIOGRAFÍA. VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS.

TITLE: DESIGNER ARCHITECTURE: AN ANALYSIS OF THE PROBLEMS ARISING IN RELATION TO ARCHITECTURAL WORKS AND COPYRIGHT

SUMMARY: This article analyses the problems arising in Spain in relation to architectural works and copyright, from the perspective of the more than two decades of existence of the Spanish Copyright Act (*Ley de Propiedad Intelectual*) («LPI»). Legal opinion and court decisions have confirmed in recent years that architectural works, despite not being expressly mentioned in Article 10 LPI, are subject to copyright. Consequently, the architect benefits from the moral and financial aspects entailed by being the author of a work which is the object of copyright. The functionality of the architectural work presents conflicts in practice, in which the alteration of said functionality could imply a breach of the moral right to the integrity of the work. In these cases, the moral right must be weighed case by case with the right to ordinary property over the construction and, where appropriate, with the public interest. This article pays special attention, likewise, to the indemnification for loss and damage deriving from the infringement of the right to the integrity of the work, analysing the legal requirements and the indemnification amounts set by our courts in similar cases. Lastly, it examines the problems behind an issue which the Spanish courts may have to resolve in the near future, that is, the possible application of Article 40 bis LPI in determining certain lucrative uses of architectural works created within the limits contained in Article 35.2 LPI (works located on public roadways).

KEY WORDS: Copyright. Intellectual property. Architectural works as the object of copyright. Moral right to the integrity of the work. Conflict between the moral right, ordinary property and the public interest. Loss and damage, with special reference to moral damages. Works located on public places.

CONTENTS: I. INTRODUCTION. II. ARCHITECTURAL WORKS AS COPYRIGHT SUBJECT MATTER. 1. ARCHITECTURAL WORKS PROTECTED BY COPYRIGHT. THE SOURCE OF THE CONTROVERSY: AN UNFINISHED WORK BY THE SPANISH LAWMAKER OF 1987. 2. LEGAL SCHOLARSHIP HAS SET THE FOUNDATION AND THE COURTS AND TRIBUNALS HAVE CREATED CASE LAW WHICH CONSIDERS ARCHITECTURAL WORKS TO BE COPYRIGHT SUBJECT MATTER. 3. SOME QUESTIONS ARISING AS A RESULT OF ARCHITECTURAL WORKS BEING CONSIDERED COPYRIGHT SUBJECT MATTER. III. THE CONFLICT BETWEEN THE AUTHOR'S MORAL

RIGHT, THE RIGHT TO ORDINARY PROPERTY OVER THE ARCHITECTURAL WORK AND THE PUBLIC INTEREST. 1. ARCHITECTURAL WORKS, MORAL RIGHT AND ORDINARY PROPERTY: FROM THE CONFLICT VIS-À-VIS TO THE TRIANGLE OF INTERESTS. 2. TRIANGLE OF INTERESTS: ORDINARY PROPERTY, MORAL RIGHT TO THE INTEGRITY OF THE ARCHITECTURAL WORK AND THE PUBLIC INTEREST. 3. ARCHITECTURAL WORKS, THE AREA WHERE SUCH WORKS ARE LOCATED AND THE RIGHT TO THE INTEGRITY OF THE WORK. IV. ARCHITECTURAL WORK AND LOSS AND DAMAGE. REFERENCE IN PARTICULAR TO MORAL DAMAGE. 1. INTRODUCTION. ARCHITECTURAL WORK AND INDEMNIFICATION FOR LOSS AND DAMAGE. 2. THE NEW WORDING OF ARTICLE 140 LPI AND MORAL DAMAGE. 3. THE ELEMENTS OF ARTICLE 140.2 LPI FOR THE QUANTIFICATION OF MORAL DAMAGE. V. LIMIT OF WORKS LOCATED ON PUBLIC PLACES. 1. INTRODUCTION. 2. THE LIMIT OF WORKS LOCATED ON PUBLIC PLACES. 3. TAKING THE LIMIT TO THE LIMIT: APPLICATION OF ARTICLE 40 BIS LPI? VI. CONCLUSION. VII. BIBLIOGRAPHY. VIII. INDEX OF JUDGMENTS CITED.

I. INTRODUCCIÓN

No le faltaba razón al provocador escritor irlandés O. WILDE cuando afirmó que «*con una naturaleza confortable, la humanidad no hubiera inventado nunca la arquitectura*»³.

El arquitecto e ingeniero romano VITRUBIO fijó ya en el siglo I a.C. las tres condiciones que debía cumplir la arquitectura: «*Firmitas, utilitas, venustas*». Es decir, firmeza o resistencia, utilidad o funcionalidad y, por supuesto, belleza. No en vano cinco de las siete maravillas del mundo clásico fueron obras de arquitectura⁴.

Con el paso del tiempo, han evolucionado las formas, pero no la esencia. La fórmula de VITRUBIO sigue siendo plenamente aplicable hoy en día.

Aunque también se ha producido, como es lógico, un cambio significativo en la manera de entender la *autoría* en este arte: mientras que el nombre de muchos arquitectos e ingenieros de la Roma clásica ha pasado al olvido, actualmente los grandes arquitectos reclaman su condición de *autor* e, incluso, con cierto halo de romanticismo, de artistas.

³ La cita completa en el original reza como sigue: «*If Nature had been comfortable, mankind would never have invented architecture, and I prefer houses to the open air*».

⁴ Sólo perdura una de ellas, la gran pirámide de Giza (también conocida como pirámide de *Keops*) que es, paradójicamente, la más antigua.

El olvido del *autor* romano contrasta con el momento actual en el que ciertos arquitectos están más presentes que nunca. Si en el mundo del teatro solía decirse tras cada estreno «¡Que salga el autor!», en el ámbito de la arquitectura no hace falta pedirle al autor que lo haga: su obra se erige ante el mundo como testigo de su potencial creador.

De todos es conocido el reciente fenómeno de los *starchitects* o arquitectos-estrella, omnipresentes en toda ciudad global que se precie. Nos referimos a autores como Calatrava, Foster, Gehry, Isozaki, Nouvel, Piano y un largo etcétera, cuyas *obras* han pasado a formar parte en los últimos años del paisaje urbano, provocando, en algunos casos, transformaciones asombrosas⁵. Por citar un ejemplo, piénsese en el conocido *Efecto Guggenheim* o cómo un único edificio, sin duda, *original*, puede llegar a revitalizar la ciudad en la que se encuentra y la percepción que el mundo tiene de ella.

Hasta tal punto es así que el icono más emblemático de algunas de las principales ciudades del mundo es una construcción o una obra de ingeniería *original*⁶: *el Empire State* en New York, la *Torre Eiffel* en París o la *Sagrada Familia* en Barcelona son buenos ejemplos de ello, sin perjuicio de alguna excepción notable como el *Manneken Pis* de Bruselas o la *Sirenita* de Copenhague⁷.

No sólo el sector público ha impulsado la arquitectura como forma de creación intelectual. También las grandes empresas están demostrando estar interesadas en contar con una *obra arquitectónica* que potencie su identidad corporativa

⁵ No obstante, la crisis económica ha supuesto un duro revés para la arquitectura icónica diseñada por los arquitectos-estrella. En este sentido, puede verse el artículo «De las estrellas al suelo», publicado por L. MOIX el 18 de marzo de 2009 en el suplemento «Cultura/s» de *La Vanguardia*.

⁶ Vid. **Sentencia de 21 de mayo de 2008 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao** [AC 2008\1145] (Caso Nagel), Fundamento de Derecho Séptimo, en el que el juzgador se cuestionaba si la escultura de A. Nagel conocida popularmente como «La Patata» se había convertido en un símbolo del municipio de Amorebieta: «*Éste del simbolismo es un debate sugerente, pues habría que analizar si la escultura del demandante no se ha convertido, quizá, en un elemento tan peculiar que ha llegado a simbolizar la ciudad en la representación pública de los ciudadanos de Bizkaia. No es la primera vez que una obra escultórica o arquitectónica polémica en cuanto a su concepción estética se convierte en tal. Es bien sencillo hacer el ejercicio de representarse casos en que se simboliza una ciudad con una creación artística que en su día fue objeto de diatriba y algún debate público sobre su bondad estética*». En su anterior **Sentencia de 23 de noviembre de 2007** [AC 2007\2062] (Caso Calatrava), Fundamento de Derecho Cuarto, el mismo **Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao** afirmó respecto al puente *Zubi Zuri* que «[...] *es un puente, sin ninguna duda, y a esa función sirve. Pero constituye también una obra artística singular, como lo son muchas otras obras, modernas y antiguas, de la villa. Es una edificación que permite identificar a Bilbao, que es perfectamente reconocible como un singular puente, que ha sido reseñada en numerosas publicaciones especializadas y en innumerables revistas de divulgación, publicaciones periódicas, semanarios y otros medios de comunicación*».

⁷ El nombre real de la *Sirenita* es *Den Lille Havfrue* (La Pequeña Señora del Mar). Pueden verse más ejemplos de esculturas representativas de las ciudades que las albergan en la revista *Paisajes desde el tren*, número 214, agosto de 2008, páginas 24-29. Incluso en estos casos, el denominador común es que se trata de obras plásticas, como la obra arquitectónica.

y que aporte un valor añadido. En nuestro país son buena muestra de ello la Torre Agbar, el Hotel Marqués de Riscal, o la sede de Gas Natural. Acaso este fenómeno se explique, entre otros motivos de mayor calado, porque un elegante y exclusivo edificio diseñado por una celebridad da mucho más *glamour* a una empresa que una gris e insípida oficina, como la retratada por Lars Von Trier en su comedia *El jefe de todo esto*.

No obstante, el reciente apogeo que viven la arquitectura y la ingeniería de la mano de los *starchitects* no está exento de problemas jurídicos, muchos de los cuales exigen respuesta por parte de la propiedad intelectual. En nuestro país, el supuesto más destacado hasta la fecha ha sido el conocido como *Caso Calatrava*, que ha enfrentado al célebre arquitecto con el consistorio bilbaíno con motivo de las modificaciones efectuadas sobre el puente *Zubi Zuri*⁸.

De ahí el interés por el presente estudio, que hemos estructurado alrededor de cuatro cuestiones. En primer lugar, la consideración de la obra arquitectónica como creación intelectual. En segundo lugar, los conflictos (no siempre fáciles de resolver) que se plantean entre el titular dominical del inmueble (corpus mechanicum), el derecho moral del autor y el interés público. Seguidamente, como extensión de esta cuestión previa, la indemnización por daños y perjuicios al autor, con especial consideración a la indemnización por daño moral. Finalmente, se aborda el límite de las obras situadas en las vías públicas, proponiendo su reinterpretación a la luz del nuevo artículo 40 bis de la Ley de Propiedad Intelectual («LPI»)⁹. Todas estas cuestiones, de las que pasamos a ocuparnos a continuación, se analizan —dada nuestra condición de juristas eminentemente prácticos— a la vista de las resoluciones que nuestros Juzgados y Tribunales han dictado sobre la materia en los últimos veinte años.

⁸ Por su importancia en la materia, el *Caso Calatrava* será uno de los *leitmotiv* del presente trabajo.

⁹ Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (BOE número 97, de 22 de abril de 1996).

II. LA OBRA ARQUITECTÓNICA EN EL PUNTO DE MIRA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

«Wenn die Künstler so reich sind [...] so sagen Sie mir doch: wie kann man sich niemals aus der Form eines kleinlichen Obeliskens, einer abgestutzten Säule und eines Aschenkrugs herausfinden?
Anstatt der tausend Erfindungen, deren Sie sich rühmen, habe ich immer nur tausend Wiederholungen gesehen»¹⁰.

Johann Wolfgang von Goethe (1749-1832)
Die Wahlverwandtschaften

1. LA OBRA ARQUITECTÓNICA OBJETO DE PROTECCIÓN POR LA PROPIEDAD INTELECTUAL.
EL ORIGEN DE LA CONTROVERSIA: UNA OBRA INACABADA POR EL LEGISLADOR ESPAÑOL DE 1987

En el mundo del arte es una cuestión pacífica —apoyada en una larga tradición— que las denominadas *artes plásticas* engloban el clásico trinomio «pintura, escultura y arquitectura»¹¹ al que habría que añadir algunas otras artes menores¹², tales como el grabado (se habla entonces de artes gráficas), la cerámica, la alta costura o, incluso, la joyería (se habla entonces de artes decorativas y artes industriales)¹³. No obstante, la propiedad intelectual, *compañera infatigable* en el *viaje* de la creación artística, que debía cubrir con su manto de protección jurídica a las artes plásticas, no siempre ha caminado de la mano de una de ellas, la arquitectura.

Así, la vieja Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879¹⁴ nunca incluyó de forma expresa en su artículo 1º a la obra arquitectónica, si bien ésta hubiera podido entenderse comprendida en la amplitud de los términos «*obras artísticas [...] que pueden darse á luz por cualquier medio*». El Reglamento de

¹⁰ «Si los artistas son tan ricos [...] dígame entonces, ¿por qué no abandonan la forma de un pequeño obelisco, de una columna truncada y de una urna cineraria? En vez de los mil inventos que usted alaba, lo único que yo he visto siempre son miles de repeticiones». Johann Wolfgang von Goethe, *Las afinidades electivas*, Madrid, Cátedra, 2008, traducción al español de Manuel José González y Marisa Barreno.

¹¹ «Junto con la pintura y la escultura, la arquitectura forma la tríada de las artes mayores». L. BE-NEVOLO, *Historia de la arquitectura moderna*, Barcelona, Editorial Gustavo Gili, 1979, página 22.

¹² «Las artes visuales incluyen todas aquellas artes que constan, fenomenalmente, de percepciones visuales. Su reclamo se dirige de forma primaria a la vista. Las artes visuales incluyen gran variedad de géneros: pintura, escultura, arquitectura y virtualmente todas las artes útiles». M.C. BEARDSLEY y J. HOSPERS, *Estética. Historia y fundamentos*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1976, páginas 115 y 116.

¹³ Un análisis minucioso y detallado, desde el punto de vista jurídico, de algunas de las obras plásticas puede verse en G. BERCOVITZ, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Madrid, Tecnos, 1997, páginas 38-64.

¹⁴ Gaceta de Madrid número 12, de 12 de enero de 1979.

1880¹⁵ no ayudó en esa labor interpretativa pues, de entre los numerosos ejemplos de *obra* que contenía su artículo 1º, no se aludía a la obra arquitectónica.

Años más tarde el Convenio de Berna¹⁶ sí incluyó en su artículo 2º.1 una referencia expresa —entre el amplio listado ejemplificativo (*numerus apertus*)— a la obra arquitectónica, junto a otras obras plásticas¹⁷. Este hecho llevó a que algunos de nuestros mejores tratadistas se posicionaran a favor de una interpretación de la Ley de 1879 en línea con las obligaciones internacionales asumidas por el Reino de España¹⁸ considerando, así, incluida en el ámbito de protección de la Ley de Propiedad Intelectual a la obra arquitectónica¹⁹.

Andando el tiempo, llegados al año 1986, tuvo entrada en el Congreso de los Diputados el Proyecto de Ley de la que posteriormente sería, una vez aprobada, la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual²⁰ («**LPI de 1987**»). Con ella se pretendía adaptar la legislación sobre Propiedad Intelectual a las nuevas circunstancias, fruto de «*las profundas transformaciones sociales sobrevenidas y, más en particular, las consecuencias del desarrollo de los medios de difusión de las obras de creación*». En consecuencia, la nueva LPI de 1987 contenía «*con carácter unitario y sistemático, un nuevo régimen jurídico de la propiedad intelectual, que tiene por finalidad que los derechos sobre las obras*

¹⁵ Real Decreto de 3 de septiembre de 1880, por el que se aprueba el Reglamento para la Ejecución de la Ley de 10 de enero de 1879 sobre Propiedad Intelectual (Gaceta de Madrid número 250, de 6 de septiembre de 1880).

¹⁶ Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, en vigor para España desde el 5 de diciembre de 1887, revisado en París el 24 de julio de 1971, e Instrumento de Ratificación de 2 de julio de 1973 (BOE número 81, de 4 de abril de 1974 y número 260, de 30 de octubre).

¹⁷ «Los términos «*obras literarias y artísticas*» comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como [...]; **las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía**; [...] *las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias*». Debe hacerse notar la diferente dicción del Convenio de Berna con la del Artículo I de la Convención Universal de los Derechos de Autor (revisada en París el 24 de julio de 1971; Instrumento de Ratificación de 7 de marzo de 1974; BOE número 13, de 15 de enero de 1975) que, ratificada un año más tarde que la revisión de Berna de 1971, se refiere —a modo de enumeración ejemplificativa— a algunas obras plásticas pero omitiendo la obra arquitectónica: «*las obras literarias, científicas y artísticas tales como los escritos, las obras [...] de pintura, grabado y escultura*».

¹⁸ Desde hace años, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido proclamando la supremacía o primacía del Derecho Internacional Convencional en caso de conflicto o incompatibilidad con el ordenamiento jurídico interno español. Vid. **Sentencia de 18 de julio de 1996 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo)** [RJ 1996\6152]; **Sentencia de 28 de julio de 2000 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil)** [RJ 2000\6204] y **Sentencia de 24 de abril de 2001 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo)** [RJ 2001\3422].

¹⁹ Entre ellos, J. LÓPEZ QUIROGA, *La propiedad intelectual en España. Estudio Teórico y práctico de la Ley y Reglamento Vigentes*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1918, página 37. Vid. también J. MOLAS VALVERDE, *Propiedad Intelectual. Suma para la práctica forense*, Barcelona, Nauta, 1962, páginas 14-16 y H. BAYLOS CORROZA, *Tratado de Derecho Industrial*, Madrid, Civitas, 1978, página 513, autor éste último que —aunque sin negar su carácter de obra— atribuye a la obra arquitectónica el carácter de reproducción de la *creación*, que propiamente lo serían los planos del edificio o construcción.

²⁰ BOE número 275, de 17 de noviembre de 1987.

de creación resulten real, concreta y efectivamente reconocidos y protegidos de acuerdo con las exigencias de nuestra época»²¹. Qué duda cabe que el texto de 1987 dio, en buena parte, debido cumplimiento a aquellos propósitos a los que estaba llamado. No resulta necesario ahondar ahora en las *luces y sombras* de un texto normativo que en su globalidad ha demostrado, tras veinte años de andadura, que sus bondades eran superiores a sus defectos.

Se ha dicho que el *futuro* es, para unos, lo *inalcanzable*, para otros, lo *desconocido* y, para los *valientes*, la *oportunidad*²².

Pues bien, no anduvo muy *valiente* nuestro legislador que, gozando de la *oportunidad* de zanjar la cuestión de si la obra arquitectónica merecía ser o no objeto de tutela por la propiedad intelectual, dejó escapar esa *oportunidad*, como tantas otras veces sucede, con base a la promesa —que a estas alturas puede calificarse de *incumplida*— de remitir esta cuestión a la que sería la futura Ley de Edificación²³, norma que posteriormente no ha incluido mención alguna al respecto. De este modo, el *futuro* de la obra arquitectónica pasaba a formar parte del segundo grupo, el de lo *desconocido* o, en otras palabras, el de lo incierto.

Sin embargo, es justo decir que en la mente del legislador de 1987 el *futuro* de la obra arquitectónica, como objeto de la propiedad intelectual, no era algo *inalcanzable*. Muestra de ello lo fue que durante la tramitación de la LPI de 1987²⁴ se presentaron diversas enmiendas al texto del Proyecto de Ley del Gobierno referentes todas ellas a las obras plásticas.

La primera de estas enmiendas, la enmienda número 117 de adición, presentada en el Congreso por el Grupo CDS²⁵ que, posteriormente, sería reproducida ante el Senado como enmienda número 1 por el Grupo Parlamentario Mixto²⁶, pretendía la extensión de la protección dispensada a los «*proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería*» a todas las ramas de la técnica y no sólo a las dos contempladas (arquitectura e ingeniería), así como a los otros campos de la creación al margen de la técnica.

²¹ Vid. Preámbulo de la LPI de 1987.

²² Cita que se atribuye al padre fundador de la *Association Littéraire et Artistique* (ALAI), el poeta y novelista francés VÍCTOR HUGO (1802-1885). En términos literales, la cita reza: «*Le futur a beaucoup de noms. Pour les faibles, c'est l'inaccessible. Pour les peureux, l'inconnu. Pour les courageux, c'est l'opportunité*».

²³ Ley 38/1999, de 5 de noviembre (BOE número 266, de 6 de noviembre de 1999).

²⁴ La totalidad de la tramitación parlamentaria de la LPI de 1987 puede ser consultada en el sitio web del Congreso de los Diputados (www.congreso.es), en la sección «iniciativas», III Legislatura, 1986-1989. Todas las páginas web citadas en el presente trabajo fueron visitadas por última vez el 26 de octubre de 2010.

²⁵ Firmante: Antonio Garrosa Resina. BOCG, Congreso de los Diputados, III Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 11 de febrero de 1987, número 14-6, página 67.

²⁶ BOCG, Senado, III Legislatura, Serie II: Textos Legislativos, 7 de septiembre de 1987, número 94 (c) [Congreso de los Diputados serie A, número 14], página 37.

La segunda enmienda, la número 217 del Grupo Coalición Popular²⁷, proponía una modificación en la redacción del artículo 10.1 f) del texto de 1987 en los siguientes términos: «*Son objeto de protección intelectual todas las creaciones originales [...], comprendiéndose entre ellas: f) **Las obras de arquitectura e ingeniería, sus proyectos, planos, maquetas y diseño***». Es claro que, de haber salido adelante esta enmienda se habrían ahorrado posteriormente ríos de tinta a favor de la protección de la obra arquitectónica como creación intelectual. Lamentablemente, por las razones que luego se dirán, no fue así.

En todo caso, es de notar que la enmienda modificativa del Grupo Popular —en contraste con la actual redacción del artículo 10.1 f)— pretendía desplazar el punto de gravedad de la protección intelectual hacia la *obra*, entendida como construcción y edificación materializada («*las obras de arquitectura*») dejando en un segundo plano «*sus proyectos, planos, maqueta y diseños*», que serían materiales de algún modo preparatorios de aquélla. De hecho, a esa lógica es a la que parece responder, por otra parte, la actual redacción del artículo 10.1 e) de la LPI referente a las obras plásticas donde se coloca en primer lugar a la obra terminada (esculturas, pinturas, dibujos, grabados, litografías, historietas gráficas, comics) respecto de «*sus ensayos o bocetos*». Por tanto, la propuesta además de atajar el debate de la obra arquitectónica parecía acertada, al menos, desde el punto de vista sistemático.

Pero dejando al margen ahora lo que no constituyen sino meras apreciaciones, el hecho es que ninguna de las anteriores enmiendas al texto del Proyecto salió al paso²⁸. De ahí que el actual artículo 10.1 f) LPI no mencione expresamente a la obra arquitectónica.

²⁷ BOCG, Congreso de los Diputados, III Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 11 de febrero de 1987, número 14-6, página 92. Dicha enmienda fue reproducida en el Senado como enmienda número 42. Vid. BOCG, Senado, III Legislatura, Serie II: Textos Legislativos, 7 de septiembre de 1987, número 94 (c) [Congreso de los Diputados serie A, número 14], página 57.

²⁸ Dichas enmiendas fueron rechazadas en la Ponencia, si bien respecto de la enmienda 217 del Grupo de Coalición Popular en el Informe de la Ponencia se aseguraba que la cuestión sería abordada más adelante en el proceso de tramitación parlamentaria, en los siguientes términos: «[...] *tampoco han tenido mejor suerte las enmiendas números [...] y 217, del G. P. Coalición Popular, si bien la Ponencia promete que el problema que suscitan dichas enmiendas se estudiará de cara a ulteriores trámites*» (Informe de la Ponencia, BOCG, Congreso de los Diputados, III Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 11 de febrero de 1987, número 14-7, página 144). Sin embargo, sería el propio Grupo de Coalición Popular quien, posteriormente, ante la Comisión de Educación y Cultura retiraría la enmienda 217 por las razones que exponía el Sr. Huidobro Díez y que citamos a continuación: «*Se inicia este artículo 10, diciendo que constituye objeto de propiedad intelectual; es una definición de carácter general. Las enumeraciones que vienen a continuación no son más que supuestos que no son limitativos y, por tanto, no cierran el número de posibles objetos de propiedad intelectual. Por ello, las enmiendas que había presentado a estos apartados tenía el fin de perfeccionar la redacción que en las mismas se contenía. Solamente hay una que tiene entidad propia, que es la del artículo 10, número 1, letra f), que dice que son objeto de propiedad intelectual los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería. No cabe duda ninguna de que hay obras arquitectónicas y obras de ingeniería que tienen verdadero carácter de objeto de la propiedad intelectual. No cabe duda ninguna, como se indicó en Ponencia, que el incluir las obras de ingeniería y arquitectura en una ley como la de propiedad intelectual*

No obstante, sí parece oportuno recalcar, como idea final, que en los trabajos parlamentarios de la LPI de 1987 el debate en torno a la obra arquitectónica no giró tanto alrededor de si la misma debía ser o no objeto de protección por la propiedad intelectual —parecía aceptarse la premisa de que lo era— sino de si (i) era necesaria una mención específica a la obra arquitectónica en el apartado f), a pesar de la amplitud de los términos del párrafo 1 del artículo 10 LPI; y si (ii) tal previsión debía estar contenida en la LPI de 1987 o, en cambio, en la futura Ley de Edificación²⁹.

A pesar de que, como hemos adelantado, las enmiendas al Proyecto de 1987 no prosperaron, ninguna de las ulteriores reformas legislativas en materia de propiedad intelectual ha incluido previsión alguna sobre la obra arquitectónica. La Ley de Edificación que, finalmente, fue aprobada en 1999 tampoco regula esta cuestión, a pesar de la buena voluntad que mostró el Gobierno en 1987³⁰. El legislador dejó, por tanto, su obra *inacabada*.

podría crear graves problemas que no se pueden resolver en una ley tan estricta como ésta. Se habló en Ponencia de que esta materia debiera ser resuelta en una ley de la construcción; ley de la construcción de la que, por otra parte, ya se ha hablado en determinadas ocasiones que sería necesaria para resolver este problema. Por tanto, a la vista de que hay una definición general que comprendería toda obra del intelecto que reuniera los requisitos de este número 1 del artículo 10, que lo otro son simples enumeraciones y que parece ser que está en la mente del Gobierno la posibilidad de traer una ley sobre la construcción a esta Cámara, retiramos las enmiendas 217 y 218». (BOCG, Congreso de los Diputados, III Legislatura, año 1987, número 128, Sesión de la Comisión de Educación y Cultura celebrada el 12 de mayo de 1987, página 4820). Posteriormente ante el Senado, la enmienda número 217 se reiteró como enmienda número 54 y fue, igualmente, rechazada tanto en la Ponencia como en el Pleno. Así, el Sr. Calvo Calvo defendía dicha enmienda ante el Pleno del Senado en los siguientes términos: «[...] Los proyectos, planos, maquetas y diseños, que sí se declaran objeto de propiedad intelectual en el texto de la Ponencia, son precisamente los trabajos previos que conducen a la creación original, que es la obra arquitectónica misma. No es lógico que se niegue a ésta, por exclusión, el carácter de obra objeto de propiedad intelectual, si se han declarado tales los medios y las ideas para llegar a ella. Ello sería congruente con lo que se dice en el párrafo anterior de este mismo artículo, en la letra e), en relación con las esculturas, etcétera, obras que naturalmente se reconocen objeto de propiedad intelectual, así como sus bocetos y maquetas. Nada más. Muchas gracias». El Sr. Barral Agesta se oponía a la defensa del Sr. Calvo Calvo de la enmienda 54 como sigue: «Con respecto a la enmienda relativa a la inclusión de la obra arquitectónica, anticipándola a los proyectos y bocetos o proyectos y planos a los que da lugar, en realidad, esa exclusión sí ha sido prevista por el legislador, en tanto que está pendiente una ley de la edificación, que atendería esa cuestión, pues se supone que la idea y el proceso de creación, como se dijo antes, están incluidos en esos bocetos y planos. Por tanto, nos oponemos también. Muchas gracias.» (BOCG, Diario de Sesiones del Senado, III Legislatura, número 46, Sesión plenaria número 46, celebrada el 7 de octubre de 1986, página 1766). Consecuentemente, la enmienda fue rechazada de entre un total de 164 votos, por 130 votos en contra, 30 a favor y 4 abstenciones.

²⁹ Esta misma opinión la comparte la **Sentencia de 23 de noviembre de 2007 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao** [AC 2007\2062] (Caso Calatrava), Fundamento de Derecho Cuarto: «*Quiere esto decir que, si se va a usar el argumento de la tramitación legislativa y rechazo de las enmiendas que proponían la protección de la obra arquitectónica ya finalizada para justificar la inexistencia de protección, habrá que matizar la afirmación, porque en el Congreso de los Diputados no se vota, y en el Senado se rechaza no porque se considere que la obra arquitectónica no deba ser protegida, sino porque se considera que tiene que ser una futura «Ley de la edificación» la que regule esta materia específicamente».*

³⁰ La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (BOE número 266, de 6 de noviembre de 1999), no trata en absoluto temas de Derecho de Autor. En opinión de J. ORTEGA

Así las cosas, el *futuro* de la obra arquitectónica, como objeto de la Propiedad Intelectual, quedaba en manos de la doctrina y de los Tribunales quienes, tras veinte años de andadura han demostrado ser aquellos *valientes* a los que se refería VÍCTOR HUGO para los que el *futuro* equivale a *oportunidad*.

2. LA DOCTRINA HA ASENTADO LOS CIMIENTOS Y LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES HAN CONSTRUÍDO UNA JURISPRUDENCIA QUE CONSIDERA A LA OBRA ARQUITECTÓNICA CREACIÓN INTELECTUAL

El vigente artículo 10.1.f) LPI se refiere a «[l]os proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería» pero no a la obra arquitectónica ya construida.

Ante este silencio legal y tomando el testigo del legislador, nuestra doctrina y Tribunales se han visto abocados —necesariamente— a *culminar* a través de una labor hermenéutica la obra que dejó *inacabada* el legislador de 1987. En este sentido, merecen ser traídas a colación las palabras de la **Sentencia de 3 de noviembre de 1992 de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 1ª)** que, en un pleito sobre destrucción de un mural de cerámica de la fachada de un edificio³¹, señalaba que «[...] es bueno y saludable que sea la doctrina quien estudie, elucubre y abra caminos a sus interrogantes, para que a partir de ésta sea el cualificado magisterio del T. S. quien vaya dando soluciones jurisprudenciales con el carácter y autoridad que le son inherentes»³².

Actualmente existe unanimidad entre la doctrina en que la obra arquitectónica, como obra plástica, puede ser objeto de propiedad intelectual a pesar de no estar expresamente mencionada en el listado del artículo 10 LPI³³. En palabras

DOMÉNECH, dicha omisión «[...] sirvió de excusa para no otorgar protección por el derecho de autor a la obra construida, al edificio, víctima hoy en día de una feroz especulación, la cual se vería claramente mermada si se protegiesen excesivamente los derechos de los arquitectos», en J. ORTEGA DOMÉNECH, *Arquitectura y Derecho de Autor*, Madrid, Reus, 2005, página 39. Tampoco el reciente Código Técnico de la Edificación, aprobado por el Real Decreto 314/2006, de 17 marzo (BOE número 74, de 28 de marzo de 2006; rect. BOE número 22, de 25 de enero de 2008) trata esta materia.

³¹ Recordemos que conforme al artículo 334.4 del Código Civil, son bienes inmuebles las «*estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de uso u ornamentación, colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo*».

³² **Sentencia de 3 de noviembre de 1992 de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 1ª)**, Fundamento de Derecho Primero, La Ley 12413/1992.

³³ Así, CASAS VALLÉS afirma que la doctrina de España considera de forma unánime que la obra arquitectónica acabada es objeto de derechos de autor, en R. CASAS VALLÉS, «Obra arquitectónica y derecho de autor: el caso Calatrava», *Pe.i. Revista de Propiedad Intelectual*, número 27, Madrid, Comentarios, Bercal, S.A., 2007, página 78. Este mismo autor se muestra a favor de la protección de la obra arquitectónica en «El Derecho de participación de los artistas plásticos (Droit de suite) en la Ley de Propiedad Intelectual: Bases teóricas», en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Derechos del artista plástico*, Pamplona, Aranzadi, 1996, páginas 113 y 114. Confirmando la unanimidad doctrinal que apunta el profesor CASAS, pueden verse a favor de la protección de la obra arquitectónica acabada R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley*

del profesor BERCOVITZ, «[h]ay que entender que las obras arquitectónicas y de ingeniería [...] deben ser consideradas como obras arquitectónicas cuando tengan un grado de originalidad suficiente»³⁴. De este modo, la consideración de la obra arquitectónica como creación intelectual, como sucede con cualesquiera otras creaciones, dependerá del solo cumplimiento de las exigencias legales que impone el primer párrafo del artículo 10.1 LPI, pues lo relevante desde el prisma de la propiedad intelectual no es el soporte («cualquier medio o soporte») sino la *originalidad* de la creación. Son varios los argumentos, además, que abonan la tesis a favor de la protección de la obra arquitectónica por el Derecho de Autor.

El primer argumento deriva de las obligaciones internacionales asumidas por el Reino de España. El Convenio de Berna, del cual España es parte, incluye a las obras arquitectónicas en el primer apartado de su artículo 2, relativo a las obras protegidas³⁵. En consecuencia, España está obligada en virtud de dicho Convenio a proteger dentro de su territorio las obras arquitectónicas de autores extranjeros. Así, «[...] resultaría absurdo, y contrario al principio de igualdad, no dispensar el mismo trato a las obras arquitectónicas de los arquitectos españoles»³⁶.

En segundo lugar, una interpretación literal de los términos del artículo 10.1 LPI conduce a la misma solución. Como es bien sabido, dicho precepto no contiene una enumeración cerrada (*numerus clausus*) de las obras que son objeto de

de Propiedad Intelectual, Madrid, Tecnos, 2ª edición, 1997, páginas 183 y s.s.; J.J. MARÍN LÓPEZ, «El conflicto entre el derecho moral del autor plástico y el derecho de propiedad sobre la obra», *Cuadernos de Aranzadi Civil*, número 26, Pamplona, 2006; C. ROGEL VIDE, «Comentario al artículo 10 LPI», en M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Madrid, tomo V, vol. 4ªA, Edersa, 1994, página 207; R. SÁNCHEZ ARISTI, «Las ideas como objeto protegible por la propiedad intelectual», *Pe.i. Revista de Propiedad Intelectual*, número 4, Madrid, Estudios, Bercal, S.A., 2000, páginas 51-53; J.M. RODRÍGUEZ TAPIA y F. BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Civitas, 1997, página 57; J.M. RODRÍGUEZ TAPIA (Dir.) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Civitas, 2007, páginas 102 y 103; G. BERCOVITZ, op. cit., páginas 42-45; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Manual de Propiedad Intelectual*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 3ª edic., 2006, página 67 y M.A. ESTEVE PARDO (Coord.), *Propiedad Intelectual. Doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, página 73.

³⁴ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 3ª edición, 2007, página 178. En el mismo sentido, MARÍN LÓPEZ sostiene que «[...] pese a la literalidad de la letra f) del artículo 10.1 LPI, es incuestionable que también las obras arquitectónicas o de ingeniería están protegidas en cuanto tales obras y con independencia de los mencionados proyectos, planos, maquetas y diseños, siempre que, como es lógico, sean originales [...] La protección de las obras de arquitectura y de ingeniería por el derecho de autor está unánimemente admitida por la doctrina y reconocida por la jurisprudencia» en J.J. MARÍN LÓPEZ, op. cit., páginas 197-198.

³⁵ Véase la nota 16.

³⁶ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*, disponible en el sitio web http://www.e-coac.org/innoserver/3patent/pi_cscae/Bercovitz%20Propiedad%20intelectual%20Dictamen%20obra%20arquitectonica.htm, párrafo 7. También con base al Convenio de Berna se muestra a favor de la protección de la obra arquitectónica J.M. RODRÍGUEZ TAPIA y F. BONDÍA ROMÁN, op. cit., página 57.

propiedad intelectual sino que contiene un listado meramente ejemplificativo de obras («entre ellas»). Así pues, el hecho de que la obra arquitectónica no esté mencionada expresamente en ninguno de los nueve apartados del artículo 10.1 no puede ser utilizado como un argumento para negar su protección por la LPI.

Un tercer argumento descansa en una interpretación sistemática del artículo 10.1 LPI en relación con el artículo 19.5 LPI del mismo cuerpo legal³⁷. Por medio de este último precepto nuestra LPI excluye expresamente de los derechos de alquiler y préstamo a los *edificios* y a las *obras de arte aplicadas*. Parece evidente que la exclusión del alquiler y préstamo de los *edificios* sólo tiene sentido si, como antecedente lógico, se acepta que el edificio es *obra* sobre la cual existen derechos de explotación. En otras palabras, no es posible excluir (*alquiler y préstamo*) del ámbito de la propiedad intelectual aquello que previamente no está incluido. De donde se desprende que la obra arquitectónica, cuando original, debe ser considerada *obra* a efectos de la LPI.

Finalmente, puede utilizarse el argumento (sin duda de mayor debilidad frente a los órganos jurisdiccionales) del Derecho comparado. Es común a los ordenamientos de nuestro entorno considerar como objeto del Derecho de Autor, además de los materiales preparatorios de obras arquitectónicas y de ingeniería (proyectos, planos, maquetas y diseños), a dichas obras cuando ya han sido erigidas³⁸, habiéndose planteado en algunos países conflictos entre propietarios de inmuebles y creadores que han dado lugar a una interesante jurisprudencia en la que se ha reconocido la condición de *obra* a las construcciones en liza³⁹.

Pues bien, a partir de los cimientos *asentados* por nuestra doctrina, nuestros Juzgados y Tribunales se han encargado de *construir* una jurisprudencia —esencialmente menor— que, en base a los argumentos expuestos, confirma que la

³⁷ A través de dicho precepto se ha transpuesto en España el artículo 2.3 de la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992 sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual (DOL número 346, de 27 de noviembre de 1992). Vid. J.J. MARÍN LÓPEZ, op. cit., página 198.

³⁸ J. ORTEGA DOMÉNECH afirma que «[e]n la actualidad, la práctica mayoría de las leyes de propiedad intelectual recogen la protección del derecho de autor, tanto de los planos arquitectónicos como de la obra construida [...]», op. cit., página 19 e ilustra esta afirmación con un exhaustivo listado de las Leyes de Propiedad Intelectual de decenas de países, desde Alemania hasta Zambia (J. ORTEGA DOMÉNECH, op. cit., nota al pie de la página 14).

³⁹ Véase al respecto, por ejemplo, la **Sentencia de 18 de abril de 2006 de la Cour du Québec**, disponible en www.canlii.org/qc/jug/qccq/2006/2006qccq3428.html. En este caso, relativo al plagio de una vivienda, el tribunal quebequés reconoció la obra arquitectónica como objeto de propiedad intelectual (párrafo 23: «*Cette protection [de la Ley de derecho de autor canadiense] s'étend [...] à la construction de la maison*») y sostuvo que el titular de derechos de autor sobre la obra es el autor de los planos y no el constructor (párrafo 51: «*Le titulaire du droit d'auteur dans la maison modèle elle-même est l'auteur des plans et non le constructeur*»). También resulta de interés la **Sentencia de 7 de enero de 1992 de la Corte de Casación** francesa (Caso Bonnier vs. Bull), disponible en: <http://legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007027431&fastReqId=523805890&fastPos=1>.

obra arquitectónica es merecedora de tutela por la propiedad intelectual cuando se trate de una creación original⁴⁰. A efectos ilustrativos, merece ser citada la **Sentencia de 28 de marzo de 2006** (Caso Sagrada Familia) dictada por la **Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona**⁴¹, que es la Sección especializada en asuntos de propiedad intelectual:

«Si bien dentro del artículo 10.1 f) y e) se incardinan tanto los planos, proyectos y esculturas cuya tutela se pretende, no ocurre otro tanto respecto a la obra arquitectónica. Es cierto que la misma no encuentra, dentro de la dicción literal de aquel precepto, mención específica alguna pero ello no obsta como alega la demandada que la obra arquitectónica carezca de tutela en el seno de la LPI. Esa falta de mención expresa no priva que, como obra plástica, se extienda la protección de la propiedad intelectual cuando la obra arquitectónica goce de un grado originalidad suficiente. Este grado de originalidad suficiente el Templo de la Sagrada Familia lo tiene, sin duda, con creces. La enumeración que hace el artículo 10 al respecto es una enumeración no cerrada, sino meramente enunciativa [...]. Si se protegen los planos y proyectos no puede dejarse de proteger su resultado salvo que el mismo sea producto de una ostensible modificación o alteración de aquéllos. Además el citado Convenio de Berna en su artículo 2 recoge expresamente dentro de su ámbito de aplicación las obras de arquitectura. Por lo que sí están dentro del concepto de obra protegible que genéricamente señala el artículo 10, las obras arquitectónicas ha de quedar protegidas por la legislación de propiedad intelectual como obras plásticas aplicadas que son».

Pero, sin duda, el caso que ha servido para confirmar la opinión de los autores, así como la doctrina adoptada en resoluciones judiciales anteriores, ha sido el que ha enfrentado al arquitecto Santiago Calatrava con el Ayuntamiento del Municipio de Bilbao⁴² con ocasión de las modificaciones efectuadas sobre la

⁴⁰ Entre las más significativas, pueden verse la **Sentencia de 13 de octubre de 2003 de la Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección 1ª)** [AC 2004\369], Fundamento de Derecho Segundo, y la **Sentencia de 4 de mayo de 2004 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª)** [JUR 2004\221419], Fundamento de Derecho Quinto, que se pronuncia en el siguiente sentido: «*Aunque el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual no declara expresamente protegibles las obras de arquitectura (consta que el legislador no las quiso mencionar, a diferencia del Convenio de Berna, que sí se refiere a ellas como obras objeto de protección), sino tan sólo los elementos preparatorios de las mismas (el art. 10.1.f de la LPI declara explícitamente protegibles los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas), el sentir de la doctrina mayoritaria es favorable a la consideración de la obra arquitectónica como obra protegida, siempre que posea un grado de originalidad suficiente (conforme al art. 10 TRLPI)*».

⁴¹ Fundamento de Derecho Séptimo [AC 2006\1723].

⁴² También fueron partes demandadas las empresas ejecutoras de la pasarela y de las obras sobre el puente, Lariam 95, S.L. y Vizcaína de Edificaciones, S.A. El tercero en discordia que se encuentra a faltar en el pleito, paradójicamente, es el japonés Isozaki que ni fue parte demandada, ni decidió intervenir en virtud del artículo 13 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE número 7, de 8 de enero de 2000) («**LEC**»), ni tampoco fue llamado al mismo conforme

barandilla del puente *Zubi Zuri* (*Puente Blanco*), al conectarlo con la pasarela diseñada por el arquitecto japonés Arata Isozaki (el conocido como *Caso Calatrava*).

El Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao en su Sentencia de 23 de noviembre de 2007⁴³ concluye que la obra arquitectónica merece ser objeto —obra— de protección por la propiedad intelectual⁴⁴. No está de más decir, a mayor abundamiento, que los argumentos empleados por el Juzgado Mercantil de Bilbao son aquellos que desde hacía tiempo habían sido empleados por nuestra doctrina para alcanzar esa misma solución.

Así, en el Fundamento de Derecho Cuarto el Juzgado bilbaíno estima que el listado de *obras* del artículo 10 LPI es meramente enunciativo con lo que la LPI deja la puerta abierta a otras creaciones expresadas a través de soportes alternativos a los enumerados por el texto legal; una de estas otras obras sería la obra arquitectónica, siempre que cumpla con la exigencia de la *originalidad*⁴⁵.

al artículo 14 LEC (intervención provocada). De hecho, el desencuentro entre Isozaki y Calatrava trae cola. Se remonta a la década de los noventa cuando el japonés y el valenciano construyeron con ocasión de los Juegos Olímpicos de Barcelona el Palau Sant Jordi y la Torre de Telecomunicaciones de Montjuïc, respectivamente. En aquel entonces, según el propio arquitecto japonés, fue animado por su entorno a demandar a Calatrava por entender que la Torre desvirtuaba el diseño de su pabellón, aunque Isozaki decidió no hacerlo, como puede verse en la entrevista disponible en el siguiente enlace del diario *El Correo*: http://www.elcorreodigital.com/vizcaya/prensa/20070301/vizcaya/pude-demandar-calatrava-otra_20070301.html.

⁴³ AC 2007\2062.

⁴⁴ Recordemos que en el *Caso Calatrava* las entidades demandadas cuestionaron la competencia objetiva del Juzgado Mercantil mediante la oportuna declinatoria a favor del orden contencioso-administrativo que, acertadamente, fue desestimada. Consecuencia de lo anterior, el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao tuvo que entrar, como presupuesto para resolver sobre la declinatoria, a enjuiciar si el *Zubi Zuri* era *obra*. Así, el **Auto de 26 de abril de 2007** [AC 2007\660] resolviendo sobre la declinatoria ya avanza, en cuanto a este extremo, cuál sería el pronunciamiento contenido en la Sentencia del procedimiento principal sobre la base de los argumentos que, posteriormente, se reproducen en la **Sentencia de 23 de noviembre de 2007** [AC 2007\2062].

⁴⁵ Fundamento de Derecho Cuarto de la **Sentencia de 23 de noviembre de 2007 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao** [AC 2007\2062]: «Cierto es que el art. 10.1.f) LPI sólo ampara «los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería». No obstante el precepto comienza enunciando en su apartado primero que «Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas...», desgranando a continuación diversos casos. Respecto a si el *Zubi Zuri* podría entenderse comprendido en la definición general del art. 10.1 LPI lo primero que hay que destacar es que la norma no ha establecido un sistema de *numerus clausus*, sino que deja abierta la posibilidad de protección a cualquier creación artística que por su originalidad la merezca. Entre ellas, las que enumera en los apartados a) a i), pero precisamente por utilizar una preposición, admite otras. «Entre», del latín *inter*, denota según la Real Academia Española la situación o estado en medio de dos o más cosas. También significa dentro de, en lo interior, estado intermedio, y en la cuarta de sus acepciones «como uno de», es decir, una posibilidad de muchas, que es la forma en que se emplea por el art. 10.1 LPI. Esta forma de describir un concepto jurídico no es excepcional en nuestro ordenamiento. Se da una definición genérica, y se enumeran diversas posibilidades que quedarían comprendidas en aquella, lo que no impide que otros supuestos que el legislador dejó de prever no tengan cabida. Al ejemplificar se facilita la comprensión del concepto general, como en cualquier intento intelectual de exponer un

Y, en el Fundamento de Derecho Quinto, añade que carecería de lógica considerar protegidos los materiales preparatorios de la obra arquitectónica (planos, maquetas, etc.) y no así la obra ya edificada cuando, además, las obligaciones internacionales asumidas por España así lo exigen e, igualmente, constituye una práctica común en las legislaciones de Estados miembros de la Comunidad Europea⁴⁶.

Apelada la **Sentencia de 23 de noviembre de 2007 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao**, la **Sentencia de 10 de marzo de 2009 de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª)** [AC 2009\225] ha confirmado, en Sentencia que actualmente ya es firme, la consideración de obra del puente *Zubi Zuri*⁴⁷.

argumento o facilitar una explicación. Un ejemplo visualiza la idea abstracta que contiene la definición, de manera que si se exponen varios, se facilita la percepción acerca de lo que se ha pretendido expresar. En este caso el art. 10.1 LPI dispone la protección de cualquier creación original, sea literaria, artística o científica, cualquiera sea el medio o soporte en que se exprese, siempre que sean originales, disponiendo a continuación un elenco no taxativo de posibilidades diversas. Ese carácter enumerativo no excluyente es admitido por el F. 7ª de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, especializada como es sabido en asuntos mercantiles, en su SAP Barcelona de 28 de marzo de 2006 (AC 2006, 1723) [...] Volviendo al análisis de la norma, el art. 10.1 LPI protege la creación artística original. Lo hace en un soporte no previsto en los casos que explicita más adelante, pero que vendría amparado por la previsión general que permite que se sustente en cualquier medio soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro. En este caso, en hornigón blanco, acero y cristal que son materiales característicos de casi toda la obra del demandante».

⁴⁶ Fundamento de Derecho Quinto de la **Sentencia de 23 de noviembre de 2007 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao** [AC 2007\2062]: «Además de todo lo dicho hasta aquí, como ya dijo el juzgado en su día, es incoherente proteger la obra planificada y no la edificada. Ese criterio se mantiene también por la mencionada SAP Barcelona de 28 de marzo de 2006, que indica «Si se protegen los planos y proyectos no puede dejarse de proteger su resultado salvo que el mismo sea producto de una ostensible modificación o alteración de aquéllos». Cierto es que se podrán producir dificultades a la hora de coordinar los derechos de propietarios (art. 3.1 LPI) y creadores, igual que acontece otro tanto con la utilidad pública o privada que han de cumplir y el derecho subjetivo del autor. Pero que existan dificultades para esa ponderación, como ocurre en tantos ámbitos de la vida social y jurídica, no impide apreciar la falta de lógica de proteger lo menos relevante, el proyecto, plano, maqueta o diseño, y dejar de hacerlo a lo esencial, que es la obra erigida. En el ámbito internacional las dudas que genera nuestra LPI no concurren. El art. 2.1 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y artísticas, revisado en París el 24 de julio de 1971 y ratificado por España por instrumento de 2 de julio de 1973, dice que «los términos «obras literarias y artísticas» comprenden... las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía». [...] En el derecho comparado pueden citarse varios ejemplos de protección de derecho de autor en obras arquitectónicas. Muy significativo es que el art. 1.1 de la Ley de Propiedad Intelectual de Portugal, que cita expresamente la eventualidad de que un conjunto urbanístico pueda tener en su conjunto la consideración de obra protegida por la norma. La misma norma en su art. 10.1.e) protege las obras arquitectónicas y de ingeniería como obras plásticas aplicadas. También el art. 112-2 de la Ley Francesa ampara como obra plástica la obra arquitectónica. En nuestro entorno jurídico más inmediato, la Unión Europea, no es extraño, como se aprecia, que los ordenamientos jurídicos nacionales otorguen protección a la obra arquitectónica ya edificada».

⁴⁷ Véase al respecto el Fundamento de Derecho Quinto. Pocas veces puede decirse, además, que existe una comunión tal entre doctrina y Tribunales como en el caso de la obra arquitectónica. Un ejemplo de ello es la **Sentencia de 10 de marzo de 2009 de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª)** (Caso Calatrava) [AC 2009\225] que llega a hacer propias, quebrando viejas tradiciones de nuestros Tribunales y con cita literal de sus autores, las opiniones de los profesores R. BERCOVITZ y J. J. MARÍN LÓPEZ.

Vistos los antecedentes, puede decirse que, tras una andadura de veinte años, la obra que dejó *inacabada* el legislador de 1987 ha sido efectivamente culminada y se asienta sobre una sólida estructura teórica *construida* por la doctrina y los Tribunales. Actualmente se acepta como cuestión pacífica —dejando al margen los servilismos que impone la práctica del Derecho consecuencia de la defensa de intereses contrapuestos ante los Tribunales— que la obra arquitectónica, en tanto que creación original, tiene cabida en el artículo 10 LPI, beneficiándose sus autores de las consecuencias que de ello se desprenden, esto es, del doble haz de facultades morales y de explotación que confiere la propiedad intelectual⁴⁸.

3. ALGUNAS CUESTIONES QUE SE DERIVAN DE LA CONSIDERACIÓN DE LA OBRA ARQUITECTÓNICA COMO CREACIÓN INTELECTUAL

El hecho que la obra arquitectónica *original*, una vez erguida, pueda ser considerada *obra* a los efectos de la LPI traslada todo el peso del debate hacia la idea de *originalidad* del artículo 10 LPI. Así, sólo la obra arquitectónica *original* será creación intelectual legalmente protegida y protegible.

«Sólo hay una pequeña parte de la arquitectura que pertenezca al arte: el monumento funerario y el monumento conmemorativo. Todo lo demás, lo que sirve para un fin, debe quedar excluido del reino del arte»⁴⁹. Aunque el «arte» no implica indefectiblemente «originalidad», puede aceptarse que habitualmente es así. Las palabras del célebre arquitecto austríaco A. LOOS llevadas a la práctica conducirían a negar la condición de *obra* a la gran mayoría de construcciones que se erigen hoy en nuestras ciudades, pues todas ellas sirven para un fin.

En realidad, el debate planteado por A. LOOS pasado por el tamiz de la LPI no se da entre *funcionalidad* de la obra arquitectónica y *arte*, sino entre *funcionalidad* y *originalidad*. El hecho que una construcción responda o sirva para satisfacer un fin es absolutamente irrelevante. La *funcionalidad* —como tal— no es un requisito que imponga la LPI para dar protección a una obra arquitectónica. De modo que, atendiendo a su *funcionalidad*, es dable imaginar distintos escenarios en los que un edificio o construcción será objeto de protección por la propiedad intelectual y otros, en cambio, en los que no:

- a) Una construcción *funcional* pero *no original*: no será objeto de propiedad intelectual;

⁴⁸ Si bien, como luego veremos, los derechos de explotación se hallan sometidos a importantes límites que han dado lugar a interesantes controversias judiciales.

⁴⁹ En el original: «Nur ein ganz kleiner Teil der Architektur gehört der Kunst an: Das Grabmal und das Denkmal. Alles andere, alles, was einem Zweck dient, ist aus dem Reiche der Kunst auszuschließen» (A. LOOS, 1870-1933).

- b) Una construcción *no funcional y no original*: tampoco merecerá la tutela de la LPI;

En cambio:

- a) Una construcción *no funcional pero original*: sí será obra a los efectos de la LPI; e igualmente,
- b) Una construcción *funcional y original*: también será creación intelectual.

Siendo claro, por tanto, que desde un punto de vista puramente teórico no puede aceptarse el planteamiento de A. LOOS, en la práctica dicho planteamiento no ha corrido mejor fortuna ya que nuestros Juzgados se han pronunciado claramente a favor de la compatibilidad entre *funcionalidad y originalidad* en la obra arquitectónica⁵⁰.

En cualquier caso, a pesar de que la *funcionalidad* no es una exigencia legal para conceder la protección que dispensa la LPI, sí parece que pueda ser utilizada como un criterio:

- a) En cierta medida y en algunos casos, para medir el grado de originalidad de una obra arquitectónica (a mayor funcionalidad, menor originalidad y viceversa)⁵¹; y

⁵⁰ Véase a este respecto la **Sentencia de 23 de noviembre de 2007 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao** (Caso Calatrava) [AC 2007\2062], Fundamento de Derecho Cuarto: «*Al margen de la protección de proyectos, planos, maquetas y diseños, la obra ya erigida podría venir amparada por la norma si reúne las exigencias legales, aunque su función sea procurar vivienda, facilitar un lugar de trabajo, fomentar la espiritualidad, ofertar un espacio cultural o servir a las comunicaciones. Una obra arquitectónica puede tener otras funciones, y nadie la negará al patrimonio artístico del que gozan muchos países. Quizá sea a partir de la época romana cuando mejor se refleje esa compatibilidad entre funcionalidad y valor artístico, puesto que encontraríamos numerosos ejemplos de obras de ingeniería que hoy se cuidan con el esmero dedicado a las obras de arte*». Del mismo parecer es la **Sentencia de 10 de marzo de 2009 de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª)** (Caso Calatrava) [AC 2009\225], Fundamento de Derecho Quinto.

⁵¹ A este respecto, puede verse la **Sentencia de 28 de marzo de 2006 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª)** (Caso Sagrada Familia) [AC 2006\1723], Fundamento de Derecho Séptimo: «*Cuando se trata de obras arquitectónicas carentes de funcionalidad práctica o que son de carácter representativo, las posibilidades de una creatividad original aumentan. De ahí que una obra arquitectónica como la que nos ocupa, con una innegable originalidad, no pueda dejarse al margen de la tutela que otorga la LPI*». En este orden de cosas y ligado a la *funcionalidad* debe tenerse en consideración que cuando la obra arquitectónica responde a un fin, en la mayor parte de los casos, por no decir en todos, estará sometida a la normativa urbanística, lo cual podrá reducir notablemente el margen para la originalidad, tal y como hacía notar la **Sentencia de 30 de junio de 1997 de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 3ª)** [AC 1997\1399], Fundamento de Derecho Primero: «*Precisamente cuando se trata de obras arquitectónicas las similitudes son mayores que las invenciones, teniendo en cuenta los avances técnicos y, sobre todo, el sometimiento de las obras arquitectónicas a las normas y reglamentos urbanísticos. Es más fácil el plagio en creaciones puramente intelectuales que en creaciones técnicas. Resulta ilustrativo que los edificios actualmente existentes no se caracterizan precisamente por su originalidad, especialmente cuando se trata de zonas*

- b) Para juzgar la existencia de una infracción del derecho moral a la integridad de la obra⁵².

Igual de irrelevante que el criterio de la *funcionalidad* es la catalogación de la concreta construcción como obra de *arquitectura* o de *ingeniería*. La LPI en su artículo 10.1 f) menciona expresamente los materiales preparatorios de las «*obras arquitectónicas y de ingeniería*» lo que convierte el debate sobre esta cuestión en estéril, pues los argumentos utilizados para sostener la protección de la obra arquitectónica deben llevar igualmente a admitir la protección de la obra de ingeniería. Cuestión distinta es que, por tradición y por los propios condicionantes técnicos que implica cada una de esas concretas ciencias del saber, se tienda por los justiciables a llevar la disputa al campo de la arquitectura⁵³ que, *a priori*, parece ofrecer un mayor margen creativo y, por ende, mayor espacio para la originalidad⁵⁴.

En definitiva, una construcción, *funcional* o no, obra arquitectónica o de ingeniería, será objeto de propiedad intelectual siempre y cuando tenga un grado de *originalidad* suficiente, tal y como viene siendo entendida ésta por nuestro Alto Tribunal⁵⁵.

residenciales. Todo ello se debe en gran parte a las propias limitaciones impuestas por la normativa urbanística y a la política impulsada por los Promotores».

⁵² De esta misma opinión es G. BERCOVITZ, op. cit., página 43.

⁵³ En el Caso Calatrava, el objeto sobre el que giraba la disputa —el *Zubi Zuri* (Puente Blanco)— es, técnicamente hablando, una obra de ingeniería y no una obra de arquitectura. No obstante, la parte demandante siempre alegó que el *Zubi Zuri* es una obra de arquitectura.

⁵⁴ *Ingeniería* se define en el Diccionario de la Real Academia Española como «[e]studio y aplicación, por especialistas, de las diversas ramas de la tecnología». Por su parte, *arquitectura* está definida como «[a]rte de proyectar y construir edificios». Mientras que la *ingeniería* procura, esencialmente, soluciones técnicas (aunque las mismas pueden estar revestidas de originalidad en la forma externa en que se materializa el puente, presa, muro, etc.), la arquitectura, aun sometida a las leyes de la física —un edificio debe sostenerse— permite al arquitecto crear sin otras limitaciones (salvo las urbanísticas y las impuestas por el encargo que le ha sido realizado). A este respecto se refiere la **Sentencia de 23 de noviembre de 2007 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao** (Caso Calatrava) [AC 2007/2062], Fundamento de Derecho Cuarto, cuando afirma, respecto de la arquitectura, que «[a]unque sin duda es una disciplina científica, que obliga a unos conocimientos técnicos ajenos a la creación artística, lo cierto es que también tiene alguna relación con el arte. Y es tan intensa, que la Real Academia Española define la arquitectura como el «Arte de proyectar y construir edificios». Nótese que la palabra *arte*, como destacó el **Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao** en su **Auto de 26 de abril de 2007** [AC 2007/660], Fundamento de Derecho Tercero, parece expresar igualmente la idea de que la *funcionalidad* de una obra arquitectónica no impide que pueda considerarse al mismo tiempo una obra artística que, por tanto, sería merecedora de amparo legal.

⁵⁵ Como es sabido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende que la originalidad puede apreciarse tanto en términos objetivos (novedad) como subjetivos (reflejo de la personalidad del autor) sin que sea ni siquiera necesario que exista una *Gestaltungshöhe* (según la doctrina alemana) o altura creativa. A este respecto pueden verse las **Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 26 de octubre de 1992** [RJ 1992/8286], **de 7 de junio de 1995** [RJ 1995/4628], **de 30 de enero de 1996** [RJ 1996/540], **de 20 de febrero de 1998** [RJ 1998/971] y **de 13 de mayo de 2002** [RJ 2002/6744].

Lo más difícil para un autor, arquitecto o ingeniero, es alcanzar un *estilo* propio, personal e inconfundible que permita al público asociar una determinada construcción a su creador. Un claro ejemplo de ello lo encontramos en arquitectos como Gehry y Calatrava, cuyas construcciones gozan de un *estilo* característico fácilmente reconocible. No obstante, *estilo* y *originalidad* no deben ser confundidos.

El hecho de que una obra arquitectónica responda a un *estilo* determinado no la priva de *originalidad*. No parece lógico privar a una obra de protección por el mero hecho de que guarde cierta similitud estética con otras creaciones del mismo autor. ¿O es que acaso a alguien se le ocurriría negar la originalidad de *Los tres músicos* de Pablo Picasso por el hecho de pertenecer al mismo estilo que las demás obras de su etapa cubista? Lo mismo puede ser aplicado a la obra arquitectónica. De no ser así, resultaría incluso paradójico que fuese el propio esfuerzo creativo del arquitecto —que es el que le permite forjarse un *estilo*— el que le privase de la protección legal que se dispensa a las creaciones originales.

Por otra parte, resulta oportuno precisar que el *estilo* como tal al que responde una construcción no es protegible por la propiedad intelectual. La **Sentencia de 10 de marzo de 2009 de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª)**, refiriéndose al carácter original del *Zubi Zuri*, contiene un pronunciamiento que, quizás, por su ambigüedad, pudiera interpretarse en el sentido contrario: «*Es, asimismo, una obra «original» como lo es el estilo particular de su autor*»⁵⁶. Para que ese *estilo particular* al que se refiere la Audiencia Provincial de Vizcaya sea protegible por el Derecho de Autor es preciso que se materialice en una obra arquitectónica concreta que sea, además, original. De modo que, técnicamente, lo que pasará a protegerse no es el *estilo* sino la obra —creación intelectual— que incorpora dicho *estilo*. Lo anterior no impide, claro está, que el *estilo* sí pueda ser protegido a través de cauces legales distintos de la propiedad intelectual⁵⁷.

Por lo demás, la consideración de la obra arquitectónica como obra intelectual conlleva, finalmente, consecuencias de carácter material. Admitir la condición

⁵⁶ AC 1997\1399. Fundamento de Derecho Quinto.

⁵⁷ Básicamente, el mecanismo legal será la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (BOE número 10, de 11 de enero de 1991), en la redacción dada por la Ley 29/2009, de 30 diciembre, por la que se modifica el Régimen Legal de la Competencia Desleal y de la Publicidad para Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios (BOE número 315, de 31 diciembre 2009). De esta misma opinión es R. CASAS VALLÉS, «Obra arquitectónica...», op. cit., página 79, nota al pie número 6: «[e]l *estilo* de Calatrava, por supuesto, carece de protección a través del derecho de autor. Si algún día alguien lo imitara, cabría plantearse acciones de competencia desleal. No, desde luego, al amparo de la legislación de propiedad intelectual». Igualmente, puede verse G. BERCOVITZ, op. cit., página 129: «[e]l artista será así protegido sólo como intérprete plástico respecto de la ejecución concreta [...] El *estilo* se concibe como una factura, un método del conjunto de la producción del artista o de una escuela, gracias a la cual puede descubrirse el origen de una obra sea cual sea el tema». En el mismo sentido, basándose en la **Sentencia de 26 de octubre de 1992 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil)** [RJ 1992\8286], M.A. ESTEVE PARDO (Coord.), op. cit., página 68.

de obra de la obra arquitectónica, implica de forma inmediata hablar de *autoría*, ya sea de un único creador o de varios, organizados alrededor de una obra colectiva (construcción creada bajo la iniciativa y coordinación, por ejemplo, de un estudio de arquitectura) o de una obra en colaboración⁵⁸ (varios arquitectos diseñan un proyecto ejecutado conjuntamente) o, incluso, de obras compuestas cuando dos arquitectos participen sucesivamente en el tiempo en la construcción de una obra arquitectónica compleja. Teniendo un sujeto o varios sujetos creadores será a éstos a quienes se les atribuya la titularidad de los derechos morales y de explotación, por la duración legalmente prevista, sin que la obra arquitectónica presente singularidades relevantes respecto del resto de obras plásticas, más allá de los límites que le son específicamente aplicables y a los que nos referiremos más adelante.

Finalmente, desde una perspectiva procesal, baste mencionar que la consideración de la obra arquitectónica como obra intelectual atribuye competencia objetiva a los Juzgados y Tribunales del Orden Civil para conocer de aquellos casos en los que el objeto de la controversia se fundamente en la infracción de derechos de propiedad intelectual, ya sean morales o de explotación⁵⁹.

⁵⁸ Este fue uno de los puntos tratados por la **Sentencia de 28 de marzo de 2006 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª)** [AC 2006\1723] en cuyo Fundamento de Derecho Octavo declara que el Templo Expiatorio de la Sagrada Familia es obra colectiva.

⁵⁹ La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE número 157, de 2 de julio de 1985; rect. BOE número 264, de 4 de noviembre de 1985) («**LOPJ**») dispone en su artículo 9.2 que corresponde a los órganos del orden civil conocer, además de las materias que les son propias, «de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional», especificando el artículo 86 ter:2 que los Juzgados de lo Mercantil conocerán de «las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a [...] propiedad intelectual». Por su parte, el artículo 37.2 de la LEC, siguiendo el dictado del artículo 9.6 de la LOPJ, dispone que los Tribunales Civiles se abstendrán de conocer «cuando se les sometan asuntos de los que corresponda conocer a los tribunales de otro orden jurisdiccional de la jurisdicción ordinaria». Y dicha abstención deberá producirse de oficio al ser consecuencia directa del carácter improrrogable de la jurisdicción. En este orden de cosas, en algunos supuestos en los que estaba implicada una administración pública, la parte demandada ha cuestionado la competencia objetiva mediante declinatoria a favor de los Juzgados del Orden Contencioso-administrativo (artículos 39 y 63 de la LEC). Este fue el caso de la **Sentencia de 8 de febrero de 1999 de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 1ª)** [AC 1999\312], donde se estimó la competencia de los Juzgados Contenciosos-administrativos respecto del Ayuntamiento de A Coruña (Fundamento de Derecho Primero). En el *Caso Calatrava*, en cambio, el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao desestimó, con buen tino, la declinatoria planteada por el Ayuntamiento de Bilbao y Vizcaína de Edificaciones, S.A. en su **Auto de 26 de abril de 2007** [AC 2007\660] al considerar que no se trataba de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración, sin que las pretensiones de Calatrava supusieran dejar sin efecto el cumplimiento de Planes Generales de Ordenación Urbana, de Detalle u otros actos administrativos dictados en cumplimiento del planeamiento urbanístico de la villa de Bilbao (Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto).

III. EL CONFLICTO ENTRE EL DERECHO MORAL DE AUTOR, EL DERECHO DE PROPIEDAD ORDINARIA SOBRE LA OBRA ARQUITECTÓNICA Y EL INTERÉS PÚBLICO

«Ein Mann in einem Mietshaus muss die Möglichkeit haben [...] das Mauerwerk abzukratzen. Und es muss ihm gestattet sein, mit einem langen Pinsel [...] alles rosa zu bemalen, so dass man [...] von der Straße, sehen kann: Dort wohnt ein Mensch, der sich von seinen Nachbarn unterscheidet [...] Auch muss er die Mauern zersägen und allerlei Veränderungen vornehmen können, auch wenn dadurch das architektonisch-harmonische Bild eines sogenannten Meisterwerkes der Architektur gestört wird, und er muss sein Zimmer mit Schlamm oder Plastilin anfüllen können»⁶⁰.

F. Hundertwasser (1928-2000) *Verschimmelungsmanifest gegen den Rationalismus in der Architektur*

1. OBRA ARQUITECTÓNICA, DERECHO MORAL Y PROPIEDAD ORDINARIA: DEL CONFLICTO VIS-À-VIS AL TRIÁNGULO DE INTERESES

Es un hecho habitual que la propiedad de una obra arquitectónica, salvo en casos muy contados, no suele recaer sobre su creador. El arquitecto concibe y crea la obra por encargo de un tercero que, la mayor parte de las veces, será el propietario efectivo de la construcción. De modo que, como regla general, en el caso de la obra arquitectónica se producirá una separación, en dos personas distintas, de:

- a) La propiedad ordinaria sobre la construcción misma (*corpus mechanicum*) en la que se ha materializado la obra (*corpus mysticum*)⁶¹; y
- b) La propiedad intelectual, en su doble dimensión patrimonial⁶² y moral.

Esta realidad, por otra parte, no es ajena a la LPI en cuyo artículo 3 se admite la independencia, compatibilidad y acumulación de la propiedad ordinaria (ar-

⁶⁰ «Un arrendatario debe tener la posibilidad de transformar el exterior de su vivienda. Y debe permitírsele que pinte todo de rosa con una larga brocha, para que desde la calle se pueda ver que ahí vive un hombre que se diferencia de sus vecinos. También debe consentirse que sierre los muros y haga cambios de toda clase, incluso cuando ello perturbe la armonía arquitectónica de una así llamada obra maestra, y debe poder llenar su habitación de barro o plastilina». F. HUNDERTWASSER, *Manifiesto del enmohecimiento contra el racionalismo en la arquitectura*, leído en la Abadía de Seckau el 4 de julio de 1958 [traducción libre al idioma español].

⁶¹ A la distinción entre *corpus mysticum* y *corpus mechanicum* se refiere expresamente la **Sentencia de 17 de julio de 2000 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil)** [RJ 2000\6806], Fundamento de Derecho Segundo, y la **Sentencia de 23 de noviembre de 2007 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao** [AC 2007\2062], Fundamento de Derecho Séptimo.

⁶² Sin perjuicio, claro está, del derecho de exposición pública que el artículo 56.2 LPI reconoce al propietario de la obra, salvo pacto en contrario con el autor.

título 348 del Código Civil) con los derechos de propiedad intelectual (artículos 428 y 429 del Código Civil y LPI). Así, mientras que el propietario de la construcción gozará de todas aquellas facultades y prerrogativas que le otorga el más potente de los derechos del Derecho Civil, la propiedad⁶³, el autor (arquitecto o ingeniero) gozará por su lado de las facultades morales y patrimoniales que le concede la LPI⁶⁴.

Junto a esta primera realidad, la obra arquitectónica presenta otra peculiaridad: la *funcionalidad*. La mayor parte de las obras arquitectónicas son destinadas a satisfacer las necesidades de sus propietarios, ya sea como residencia, en otros casos como lugar de trabajo, producción o fabricación, o incluso la satisfacción de intereses generales. Éste último sería el caso de hospitales, museos, edificios de universidades, bibliotecas, edificios de la administración y un largo etcétera.

Consecuencia directa de la *funcionalidad* es la necesidad constante —con mayor o menor distancia en el tiempo— de adaptar las construcciones a las necesidades reales de sus propietarios en cada momento. Al margen del deterioro natural que sufre una construcción como consecuencia de las inclemencias meteorológicas, la *funcionalidad* conlleva, además, que la obra arquitectónica sufra desperfectos por el mero uso.

Estas circunstancias inherentes a la obra arquitectónica hacen que la feliz declaración de compatibilidad del artículo 3 LPI entre propiedad ordinaria (propietario de la construcción) y propiedad intelectual (creador) se vea sometida en la práctica a tensiones en las que afloran los derechos morales y, muy especialmente, el «derecho a exigir el respeto a la integridad» (artículo 14.4 LPI)⁶⁵ que protege a la obra frente a «cualquier deformación, modificación, alteración

⁶³ Nótese que el artículo 348 del Código Civil impone como limitaciones a las facultades de gozar y disponer que otorga el derecho de propiedad aquellas «establecidas en las leyes». De forma que uno de los límites al derecho de propiedad lo será el conjunto de derechos reconocidos en la LPI. Otro límite importante sería la *función social* del artículo 33.2 de la Constitución Española.

⁶⁴ A excepción hecha de aquellos supuestos en los que contractualmente el autor ceda al propietario de la construcción los derechos de explotación sobre la obra arquitectónica. No obstante, incluso en estos últimos casos, el autor conservará los derechos morales, «irrenunciables e inalienables» (ex artículo 14 LPI), lo que no impedirá que se puedan producir conflictos como los que más adelante expondremos. Al respecto, el Tribunal Supremo ha declarado expresamente que los derechos morales son ejercitables por el autor frente a todos, incluidos los adquirentes de la obra. Vid. **Sentencia de 3 de junio de 1991 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil)** [RJ 1991\4407], cuya doctrina ha sido acogida igualmente por la **Sentencia de 13 de octubre de 2003 de la Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección 1ª)** [AC 2004\369].

⁶⁵ A este tensión se refiere la **Sentencia de 23 de noviembre de 2007 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao** (Caso Calatrava) [AC 2007\2062], Fundamento de Derecho Noveno, en los siguientes términos: «Hay que resaltar que el hecho de que la obra en conflicto tenga una utilidad práctica, no impide que sigan operando los derechos que se reconocen a todo autor en el conjunto del ordenamiento jurídico. Cierto es que puede resultar más difícil compatibilizar ambos derechos —el de propiedad sobre el puente, y el de autor sobre la creación artística original que supone—, que en otros casos en que se trata de obras artísticas creadas sólo para el disfrute y contemplación».

o atentado contra ella que suponga perjuicio» a los legítimos intereses o menoscabe la reputación del autor⁶⁶.

En definitiva, la problemática que encierra la obra arquitectónica en relación con los derechos morales se circunscribe al «choque» que en determinadas circunstancias se producirá entre dos propiedades⁶⁷: el propietario de la construcción que desea llevar a cabo determinadas actuaciones (reparaciones, adaptaciones, modificaciones, etc.) sobre la obra que el autor —titular de los derechos morales— considera perjudiciales para sus intereses o para su reputación⁶⁸.

⁶⁶ Nótese que el Reino de España ratificó la versión del Convenio de Berna que ya incorporaba el artículo 6 *bis* 1.3, introducido con motivo de la revisión de Roma en 1928 (ratificada mediante la Ley de 21 de julio de 1932, Gaceta de 5 de agosto de 1932) que se refería a «*cualquier deformación, mutilación, u otra modificación de la misma que cause perjuicio a su honor o reputación*». Posteriormente, con la revisión de Bruselas de 1948, ratificada por el Reino de España mediante Decreto-Ley de 29 de marzo de 1951 se introdujo la nueva redacción «*o a cualquier atentado a la misma*» lo que supuso ampliar los supuestos que podían dar lugar a una violación del derecho a la integridad. Con relación al artículo 14.4º LPI y el derecho a la integridad de la obra puede verse el excelente trabajo de M^a P. CÁMARA ÁGUILA, *El Derecho moral del autor con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor*, Granada, Comares, 1998. Igualmente, destacan los siguientes trabajos sobre la materia, P. MARTÍNEZ ESPÍN, «Comentario al artículo 14», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 2ª edición, 1997, páginas 215-244 y el mismo autor, «Comentario al artículo 14», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 3ª edición, 2007, páginas 209-237; C. LÓPEZ SÁNCHEZ, *La transformación de la obra intelectual*, Madrid, Dykinson, 2008, páginas 33-48 y M.A. ESTEVE PARDO (Coord.), op. cit., páginas 119-135.

⁶⁷ En la obra arquitectónica se produce *mutatis mutandis* lo que sucede respecto de la obra plástica en la que obra y soporte se funden indisolublemente. Sin embargo, *stricto sensu*, existirá acuerdo en que, a partir de los planos o, incluso sin ellos, la obra arquitectónica puede ser reproducida.

⁶⁸ En parecidos términos se pronuncia la **Sentencia de 13 de octubre de 2003 de la Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección 1ª)** [AC 2004369], Fundamento de Derecho Segundo: «[...] hay que reconocer que la concurrencia de ambos derechos, en cuanto que la integridad de la obra constituye un límite al dominio del propietario material del soporte, puede originar una colisión de intereses, el del autor que puede pretender legítimamente que se respete su creación y el del titular del medio en que se ha plasmado la obra a quien puede interesar su modificación, [...]». La formulación legal del artículo 14.4 LPI entraña que no toda «*deformación, modificación, alteración o atentado*» contra la obra supondrá una infracción del derecho a la integridad sino sólo aquella que perjudique los legítimos intereses del autor o menoscabe su reputación, tal y como ha declarado expresamente la **Sentencia de 5 de marzo de 2004 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª)** [AC 2004479]: «*Señalábamos en nuestra sentencia de nueve de enero (JUR 2004, 52542) que para que se entienda violentado el derecho de autor al respecto de la integridad de su obra, tanto si consiste en un ejemplar único, como si es repetible, resulta necesario, por imponerlo el artículo 14.4 de LPI, que amplía la previsión contenida en el artículo 6 bis. 1 del Convenio de Berna (al que siguió, debe añadirse, el artículo 20 de la Ley de la Propiedad Intelectual italiana, pues ambas normas establecen como límites el atentado al honor y a la reputación de su autor), que la deformación, la modificación o la alteración suponga un perjuicio a los legítimos intereses del autor o menoscabe su reputación. En la citada sentencia añadíamos que a diferencia de lo que sucede con la violación del derecho patrimonial a la transformación, para que se produzca la de este derecho moral no es preciso que el resultado de la deformación, modificación o alteración sea una obra nueva, sin embargo, es necesario que se produzca con ella la lesión de los legítimos intereses o reputación del autor. Por ello, siendo diferentes los bienes (jurídicos) protegidos en los artículos 14.1 y 21 LPI, no resulta contradictorio negar la lesión del derecho patrimonial por falta de prueba de la creación de la obra diferente y afirmar la del derecho moral [...]*».

En estos supuestos en los que se produce un conflicto *vis-à-vis* o de «*doble dimensión*» (propiedad ordinaria vs. propiedad intelectual, entendida como derechos morales) la solución al problema apuntada por la doctrina⁶⁹ y empleada por nuestros Juzgados y Tribunales⁷⁰ ha pasado por ponderar prudentemente ambos derechos de propiedad caso por caso, en la medida en que están situados en un mismo plano de igualdad⁷¹.

No obstante, aunque la regla de la ponderación puede ser considerada como el «protocolo de actuación» que deberá seguirse en supuestos en los que se produzca un conflicto entre el derecho de propiedad ordinaria y el derecho

⁶⁹ En nuestro país, sin duda, la obra de referencia sobre esta cuestión es la del profesor J.J. MARÍN LÓPEZ que, si bien referida en general a la obra plástica contiene reflexiones extensibles a la obra arquitectónica. Igualmente algunas de sus páginas están dedicadas específicamente a la problemática de la obra arquitectónica apuntando criterios que podrán ser empleados como pautas en la actividad de ponderación de ambos derechos de propiedad. Vid. J.J. MARÍN LÓPEZ, op. cit. Con relación a la obra plástica y al derecho de integridad pueden verse las interesantes reflexiones de J.J. HUALDE SÁNCHEZ, «El derecho moral del artista plástico», en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Derechos del artista plástico*, Pamplona, Aranzadi, 1996, páginas 19-52. Por su parte, J. ORTEGA DOMÉNECH ha estudiado específicamente la problemática que suscita el derecho a la integridad en el caso de la obra arquitectónica, haciendo un repaso de algunas controversias suscitadas en el Derecho comparado, vid. J. ORTEGA DOMÉNECH, op. cit., páginas 388-464. Una de esas controversias es la resuelta por la **Sentencia de 7 de enero de 1992 de la Corte de Casación** (Caso Bonnier vs. Bull), disponible en: <http://legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007027431&fastReqId=523805890&fastPos=1>. En este caso, el arquitecto Bonnier demandó a la sociedad Bull, propietaria de un edificio que él mismo había diseñado, por haberlo modificado. El arquitecto consideraba que las modificaciones desnaturalizaban su obra y suponían un atentado a sus derechos morales de autor. La Corte de Casación francesa, que en ningún momento cuestionó que la obra arquitectónica fuese objeto de propiedad intelectual, sostuvo que «[...] la vocation utilitaire du bâtiment commandé à un architecte interdit à celui-ci de prétendre imposer une intangibilité absolue de son oeuvre, à laquelle son propriétaire est en droit d'apporter des modifications lorsque se révèle la nécessité de l'adapter à des besoins nouveaux». («La vocación utilitaria de un edificio encargado a un arquitecto le impide pretender imponer una intangibilidad absoluta de su obra, en la que el propietario tiene derecho a introducir modificaciones cuando sea necesario adaptar el edificio a nuevas necesidades») [traducción libre al idioma español].

⁷⁰ Al criterio de la ponderación de ambos derechos de propiedad se refieren expresamente, entre otras, la **Sentencia de 5 de abril de 2006 de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 4ª)** [JUR 2006\152719], la **Sentencia de 23 de noviembre de 2007 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao** (Caso Calatrava) [AC 2007\2062], la **Sentencia de 21 de mayo de 2008 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao** (Caso Nagel) [AC/2008/1145] y la **Sentencia de 10 de marzo de 2009 de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª)** (Caso Calatrava) [AC 2009\225], si bien es la fórmula que está latente en todas las resoluciones judiciales dictadas hasta la fecha.

⁷¹ Existe unanimidad entre la doctrina en considerar que el anclaje constitucional tanto de la propiedad ordinaria como de la propiedad intelectual es el artículo 33 de la Constitución Española. Esta cuestión fue objeto de las Jornadas de Estudio ALAI «Derecho de Autor y Libertad de Expresión», 19 y 20 de junio de 2006 en Barcelona. Vid. al respecto las correspondientes Actas y para el caso del Derecho español, R. CASAS VALLÉS, «El derecho de autor: ¿motor u obstáculo de la libertad de expresión?», páginas 188-204 (disponible en español, francés e inglés). La unanimidad doctrinal ha tenido reflejo en la **Sentencia de 9 de diciembre de 1985 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil)** [RJ 1985\6320] y en diversas resoluciones posteriores, como la **Sentencia de 9 de septiembre de 1995 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3ª)** [AC 1995\1583] y la **Sentencia de 28 de julio de 2009 de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª)** [JUR 2009\360954].

moral a la integridad de la obra, lógicamente los intereses y circunstancias a ponderar dependerán de cada caso concreto. Por lo que no puede establecerse una *golden rule* que, a modo de panacea, permita resolver cualquier supuesto, sino que deberá estarse al caso concreto⁷².

Recientemente han sido llevadas ante los Tribunales diversas contiendas en las que al tradicional conflicto «*bidimensional*» (propiedad ordinaria vs. propiedad intelectual) se ha sumado un tercer elemento en discordia, el *interés público* al que sirve la obra arquitectónica. Este tercer elemento ha venido a matizar los criterios de ponderación que hasta la fecha habían sido aplicados por nuestros Juzgados y Tribunales. De ahí la relevancia de esta cuestión.

2. TRIÁNGULO DE INTERESES: PROPIEDAD ORDINARIA, DERECHO MORAL A LA INTEGRIDAD DE LA OBRA ARQUITECTÓNICA E *INTERÉS PÚBLICO*

Se acepta por lo común que para que pueda existir una vulneración del derecho moral a la integridad de la obra debe producirse la comunión de tres circunstancias:

- a) Una alteración de la obra arquitectónica;
- b) Dicha alteración no debe haber sido realizada con el consentimiento y/o intervención del autor; y
- c) Fruto de esa alteración, debe producirse un perjuicio a los intereses del autor y/o un menoscabo de su reputación⁷³.

A diferencia de aquellos casos en los que se produce una colisión entre propiedades *privadas*, el derecho de propiedad del dueño de la construcción, por una parte, y

⁷² Esto no ha impedido, sin embargo, la identificación de algunos criterios recogidos en las resoluciones judiciales de nuestros Juzgados y Tribunales y que han sido sistematizados por nuestra doctrina. Al respecto, vid. J.J. MARÍN LÓPEZ, op. cit. páginas 181 y siguientes.

⁷³ Nótese que el profesor F. BONDÍA se muestra partidario de suavizar la prueba del perjuicio a los intereses del autor cuando se produzca un deterioro o destrucción de la obra plástica, en J.M. RODRÍGUEZ TAPIA y F. BONDÍA ROMÁN, op. cit., página 76. Por su parte J. PLAZA parece entender que, en aquellos supuestos donde se produce una identificación entre *corpus mysticum* y *corpus mechanicum*, el solo daño a la obra permite presumir la existencia de perjuicio a los intereses del autor, vid. J. M. RODRÍGUEZ TAPIA (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2007, páginas 140 y 141. Solución similar a la que propone J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, quien se ha pronunciado a favor de considerar que, en los casos antes referidos, la infracción del derecho moral no queda condicionada a la causación de un perjuicio a los intereses legítimo o un menoscabo a la reputación del autor. Faltaría por ver si la solución que propone el profesor J. M. RODRÍGUEZ TAPIA pasaría por aplicar *mutatis mutandis* una suerte de presunción, similar a la doctrina de los daños «*ex res ipsa*» (J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, conferencia impartida en el marco del II Seminario de Arte y Derecho, celebrado en Barcelona los días 18 y 19 de junio de 2010 bajo los auspicios del Iltr. Colegio de Abogados de Barcelona).

los derechos morales del autor de la obra arquitectónica, por otra, es posible que esa colisión «*bidimensional*» adquiriera una «*triple dimensión*» por la existencia de un *interés público* al que da servicio una construcción concreta⁷⁴. Así, en estos casos tendremos sobre la balanza, en lugar de dos, tres elementos a ponderar:

- 1) El derecho dominical del propietario de la construcción;
- 2) El derecho moral a la integridad de la obra del autor; y
- 3) El concreto *interés público* al que responde la obra arquitectónica y al que está llamada a satisfacer⁷⁵.

En España, no abundan las resoluciones judiciales sobre obra arquitectónica en las que se haya tenido que resolver un conflicto a tres bandas como el expuesto⁷⁶. El único supuesto del que tenemos conocimiento en el que esta cuestión ha sido tratada con profundidad es el conocido como *Caso Calatrava*.

Al margen del *Caso Calatrava*, la **Sentencia de 6 noviembre de 2006 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil)**⁷⁷ resolvió un supuesto en el que,

⁷⁴ Un ejemplo de ello sería la reciente modificación y adaptación del Hospital de la Santa Creu i Sant Pau (www.santpau.es), declarado Patrimonio de la Humanidad por la UNESCO en 1997. Otro supuesto que, además, ha tenido resolución judicial sería el del puente *Zubi Zuri* de Bilbao objeto de la controversia del conocido *Caso Calatrava*. La **Sentencia de 23 de noviembre de 2007 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao** (Caso Calatrava) [AC 2007\2062] se ha referido a la actividad de ponderación cuando media el interés público en los siguientes términos: «[...] en el caso del *Zubi Zuri* el conflicto trasciende de la lógica entre autor y propietario. Porque este último es una institución pública, que da al puente una utilidad pública, no privada.»

⁷⁵ Normalmente *interés público* formará binomio con *administración pública*, en cualquier de sus niveles de organización estatal, pues, por principio, la administración pública y, por ende, sus construcciones están llamadas a servir a los intereses generales de los ciudadanos. De ahí que, normalmente, el propietario de la obra arquitectónica que satisface un *interés público* será una administración o entidad pública.

⁷⁶ En el caso de Francia, es célebre el supuesto del estadio de fútbol de Beaujoire en la ciudad de Nantes. Los hechos fueron los siguientes. La ciudad de Nantes renovó el estadio de Beaujoire para ampliar su capacidad con motivo del mundial de fútbol de Francia de 1998. El arquitecto demandó al Ayuntamiento alegando, entre otros motivos, la vulneración del derecho moral a la integridad de su obra. La **Resolución de 11 de septiembre de 2006 del Consejo de Estado** (disponible, en francés, en la base de datos de su web <http://www.conseil-etat.fr/cde/>) consideró que las obras de renovación del estadio habían comportado la desnaturalización del diseño interior de las gradas, causando un daño a la obra («*les travaux réalisés [...] ont eu pour effet de dénaturer le dessin de l'anneau intérieur des gradins et de porter ainsi atteinte à l'oeuvre*»). Asimismo, el Consejo de Estado afirmó que los imperativos técnicos y de seguridad pública invocados por el Ayuntamiento no permitían justificar el carácter indispensable del daño causado, pues el dictamen pericial indicaba que existían otras soluciones para aumentar la capacidad del estadio sin desnaturalizar el diseño interior de las gradas («*le rapport d'expertise indique qu'il existait d'autres solutions [...] pour accroître la capacité du stade sans dénaturer le dessin de l'anneau des gradins*»). En consecuencia, se condenó al Ayuntamiento de Nantes a indemnizar al arquitecto por el daño moral. Adviértase que esa misma lógica está latente en la **Sentencia de 10 de marzo de 2009 de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª)** [AC 2009\225].

⁷⁷ RJ 2006\8134.

sin hacerse referencia expresa al interés público, la existencia de este elemento, sin embargo, inclinó la balanza a favor de la parte demandada. Los hechos eran los siguientes. La Cooperativa Agraria de A Coruña convocó un concurso de pintura en junio de 1985 y el mural ganador fue ejecutado sobre uno de los muros de un edificio propiedad de dicha cooperativa. Unos años más tarde el edificio en cuestión es vendido a una entidad que, debido al estado ruinoso en el que hallaba la construcción, procede a restaurarla siendo necesario en ese proceso la demolición del muro, lo que comporta la destrucción del mural. En este supuesto nuestro más Alto Tribunal resolvió que el «*atentado*» contra la obra no era antijurídico —esto es, no lesionaba los legítimos intereses de sus autores ni menoscababa su reputación— pues existía una causa justificativa que excluía la ilicitud. La circunstancia justificativa a la que se refiere la Sala Primera del Tribunal Supremo es la situación de deterioro de la construcción hasta tal punto que exigía su reconstrucción para garantizar el sostenimiento de la misma en condiciones de seguridad para sus usuarios⁷⁸. Por tanto, el *interés público* de preservar la seguridad de las personas debe prevalecer —como valor superior— sobre el derecho moral de los autores en un caso, además, en el que por las circunstancias resultaba imposible salvaguardar las pinturas:

«[O]bviamente, en principio, la demolición del muro en el que se encuentra la obra [...] puede ser constitutivo de una violación del derecho moral del autor, y dar lugar a una compensación económica de la lesión producida. Sin embargo, habida cuenta las circunstancias concurrentes en el caso no cabe estimar que se ha producido un acto antijurídico porque concurre una causa de justificación que excluye su hipotética ilicitud. En orden a tal punto son singularmente relevantes las circunstancias del muro y del edificio, cuya situación de deterioro exigía la reconstrucción, de la que no cabía prescindir sin riesgo para la seguridad de las personas, resultando imposible la conservación de las pinturas»⁷⁹.

En estos supuestos en los que el conflicto adquiere esa triple dimensión nuestros Juzgados y Tribunales han utilizado también —como técnica para resolver

⁷⁸ Es bien sabido que el Recurso de Casación no es una tercera instancia que permita revisar los hechos declarados probados por los tribunales de instancia, sin que se admita partir en Casación de hechos distintos a los probados, pues de lo contrario se incurre en el conocido vicio de hacer supuesto de la cuestión (Vid. **Sentencia de 9 de diciembre de 2008 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil)** [RJ 2009\15]; **Sentencia de 2 de julio de 2007 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil)** [RJ 2007\3916] y **Sentencia de 27 de febrero de 1999 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil)** [RJ 1999\1417]). Las concretas circunstancias de hecho sobre las que tuvo que resolver el Tribunal Supremo fueron aquellas que se estimaron probadas en la **Sentencia de 8 de febrero de 1999 de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 1ª)**, que declaró que resultaba acreditado el deterioro de la obra pictórica, así como el deficiente estado de conservación de la edificación. Vid. **Sentencia de 6 noviembre de 2006 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil)** [RJ 2006\8134], Fundamento de Derecho Primero.

⁷⁹ Fundamento de Derecho Quinto.

el conflicto— la regla de la ponderación de los diversos intereses en juego, si bien haciendo la reserva de que las conclusiones que se podrían alcanzar cuando sólo de intereses particulares se tratara podrán quedar matizadas como consecuencia de ponderar intereses privados e *intereses públicos*⁸⁰. *Esta ha sido la solución observada en el Caso Calatrava*, tanto por la **Sentencia de 23 de noviembre de 2007 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao**, como por la **Sentencia de 10 de marzo de 2009 de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª)**.

Aceptar este planteamiento comporta, como paso previo a la actividad ponderativa, la necesidad indefectible de identificar:

- a) Cuáles son los intereses privados de cada una de las partes, lo que normalmente resultará relativamente sencillo; y, en segundo lugar,
- b)Cuál es el *interés público* al que se encuentra vinculada la obra arquitectónica⁸¹.

Dar respuesta a esta segunda cuestión no siempre resultará tarea fácil, siendo necesario descender a cada caso concreto⁸². No obstante lo anterior, cabe imaginar, como ejemplos de *interés público* al que podrá responder una obra arquitectónica, el de la «seguridad ciudadana»⁸³, las concretas «necesidades de servicio», como, por ejemplo, consentir que el acceso de un hospital sea adaptado para permitir la entrada y salida de ambulancias o, incluso, «intereses técnicos», como podría ser la necesidad de adaptar un puente a exigencias técnicas para permitir que sea atravesado por el ferrocarril. Por el contrario, no podrán considerarse «*interés público*» aquellas deformaciones, modificacio-

⁸⁰ Vid. **Sentencia de 23 de noviembre de 2007 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao** (Caso Calatrava) [AC 2007/2062], Fundamento de Derecho Noveno: «*De haberse planteado el conflicto entre dos intereses privados, como ocurriría si la obra propiedad del municipio se destinara a un uso particular o privado, la recíproca limitación de derechos podría determinar el abuso que se produce por una alteración que, en palabras del Tribunal Supremo, «altera la concepción artística que tuvo el autor» (STS de 15 de diciembre 1998 [RJ 1998, 10149]). Dos intereses privados merecen semejante protección, y si el propietario de la obra o el autor padecen menoscabo de su derecho merecen ser amparados. Pero en este caso el uso a que se destina la creación del demandante es público, aunque ello se cuestione por el actor. [...]»*. A esta actividad ponderativa se refiere también I. VIVAS TESÓN, «La propiedad intelectual de la obra arquitectónica (A propósito de la SJMER de Bilbao de 23 de noviembre de 2007 sobre el puente Zubi Zuri)», *Revista de Derecho Patrimonial* número 20, 1 parte Comentario, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2008, página 374.

⁸¹ La **Sentencia de 23 de noviembre de 2007 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao** se pronuncia en su Fundamento de Derecho Noveno en estos términos: «*Es preciso por ello analizar si efectivamente hay o no tal interés y, de existir, ponderar el conflicto que surge entre el derecho de autor y el interés público que deriva de la finalidad que atiende el puente, de comunicación entre las dos orillas de la ría, dentro del entramado urbano de la villa de Bilbao.*» El Fundamento de Derecho Décimo contiene íntegramente los razonamientos jurídicos en los que se concreta dicha ponderación.

⁸² Al problema de la determinación/identificación del *interés público* en cada caso concreto se refiere el profesor R. CASAS VALLÉS en «Obra arquitectónica...», op. cit., página 83.

⁸³ Vid. **Sentencia de 6 noviembre de 2006 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil)** [RJ 2006/8134].

nes o alteraciones basadas en «razones puramente estéticas»⁸⁴, de «coste de mantenimiento»⁸⁵ o para procurar una mayor «comodidad»⁸⁶.

En el *Caso Calatrava* el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao:

- a) Apreció la existencia *in casu* de un *interés público*, consistente en «facilitar el tránsito peatonal» a los bilbaínos de una a otra orilla de la ría del Nervión;
- b) Admitió que se había producido una alteración de la obra arquitectónica⁸⁷; y
- c) Consideró que en el conflicto con el derecho moral a la integridad de la obra, debía prevalecer el *interés público*.

⁸⁴ Vid. la **Sentencia de 21 de mayo de 2008 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao** (Caso Nagel) [AC/2008/1145], Fundamento de Derecho Séptimo, vid. nota 99. No obstante adviértase que la **Resolución de 11 de septiembre de 2006 del Consejo de Estado** francés (disponible, en la base de datos de su web <http://www.conseil-etat.fr/cde/>) se aparta de este criterio y parecería admitir como causa exoneradora de la ilicitud de la modificación, deformación, alteración o atentado las motivaciones estéticas: «[...] *l'architecte qui l'a conçu [un stade] ne peut prétendre imposer au maître de l'ouvrage une intangibilité absolue de son oeuvre, ce dernier ne peut toutefois porter atteinte au droit de l'auteur de l'oeuvre en apportant des modifications à l'ouvrage que dans la seule mesure où elles sont rendues strictement indispensables par des impératifs esthétiques, techniques ou de sécurité publique, légitimés par les nécessités du service public et notamment la destination de l'ouvrage ou son adaptation à des besoins nouveaux*». Traducción libre al idioma español: «[...] el arquitecto que lo ha concebido [un estadio] no puede pretender imponer al dueño de la obra una intangibilidad absoluta de la misma. Sin embargo, este último no puede atentar contra el derecho del autor introduciendo modificaciones en la obra, salvo cuando resulten estrictamente indispensables **por imperativos estéticos, técnicos o de seguridad pública, legitimados por las necesidades del servicio público y, especialmente, por el destino de la obra o su adaptación a nuevas necesidades**».

⁸⁵ A este particular se alude indirectamente en la **Sentencia de 23 de noviembre de 2007 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao** (Caso Calatrava) en su Fundamento de Derecho Tercero, al referirse al argumento empleado por las codemandadas según el cual la reparación de las losetas de vidrio del suelo del *Zubi Zuri* había supuesto un gasto de 200.000 € para el consistorio bilbaíno.

⁸⁶ Vid. **Sentencia de 10 de marzo de 2009 de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª)** [AC 2009\225], Fundamento de Derecho Séptimo.

⁸⁷ **Sentencia de 23 de noviembre de 2007 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao**, Fundamento de Derecho Octavo: «*El Zubi Zuri ha dejado de ser una obra que acaba en sí misma. Ahora tiene un añadido que altera su indudable personalidad. La visión desde cualquiera de los numerosos puntos de vista que se produjo durante el reconocimiento judicial (folios 1.365 a 1.371 del Tomo V de los autos) acredita que se ha unido otro objeto que nada tiene que ver con la obra preexistente. Era un puente acabado, ligero, que resolvía los seguramente complejos problemas de apoyo de forma imperceptible, sin la densidad con la que otros muchos puentes en Bilbao han abordado la comunicación entre ambas márgenes. Ahora se aprecia, sin embargo, que tiene una prolongación cuya sujeción debe calificarse de rotunda: unos soportes de hormigón de diámetro apreciable que sustentan la pasarela son la continuación de un puente en el que los apoyos casi no se notan. Se ha colocado una junta a otro, para hacer posible el paso peatonal pretendido, de modo que se ha alterado la integridad de la obra. [...] El Zubi Zuri ha sufrido alteración porque se ha retirado parte de su balastrada, porque se ha colocado, en un estilo completamente diferente —ahí coinciden unánimemente los peritos—, un anexo que nada tiene que ver con la obra primitiva, y porque se ha optado por una forma de sustentación que rompe la idea del demandante. Ese conjunto de circunstancias permiten constatar que se ha alterado la obra, una de las formas de afectación a la que alude el art. 14.4 LPI*».

Por todo ello, se declara que no ha existido infracción del derecho moral a la integridad de la obra porque la modificación sobre el *Zubi Zuri* no perjudicaba los intereses del autor. Esto es, aunque se ha producido una alteración de la obra, Calatrava está obligado a soportarla por la existencia de un interés superior que (i) prevalece sobre su derecho moral y (ii) elimina la antijuricidad de la alteración ejecutada sobre el *Zubi Zuri*⁸⁸:

«Si se ponderan ambos intereses, el público debe prevalecer sobre el privado, aunque este último merezca toda la consideración. [...] No obstante, los legítimos derechos del autor del Zubi Zuri, demandante en este procedimiento, han de medirse no sólo por el conflicto que mantiene con el propietario de la obra, el Ayuntamiento de Bilbao, sino atendiendo al interés público al que se destina su creación. Su existencia matiza el alcance de los derechos morales de autor, al situarse en la balanza algo más que intereses privados. Y en tal tesitura, pese a la alteración de la obra, no se considera vulnerado el derecho a la integridad que asiste al autor conforme al art. 14.4 LPI, por lo que se desestima la demanda.»

Esta habría sido la solución alcanzada si la controversia hubiera quedado zanjada en este punto. Sin embargo, la **Sentencia de 10 de marzo de 2009 de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª)** da un paso más allá en la labor ponderativa entre propiedades privadas e *interés público* efectuada por el Juzgado de instancia⁸⁹.

La Audiencia Provincial considera que, efectivamente, el *interés público* al que sirve el *Zubi Zuri* es facilitar el tránsito peatonal a los ciudadanos de Bilbao de un lado a otro de la ría del Nervión. Sin embargo, dicho *interés público* es «limitado», en el sentido de que:

- a) La *posibilidad* de transitar de un lado al otro de la ría queda satisfecha y garantizada por el *Zubi Zuri* en sí mismo; y

⁸⁸ Vid. **Sentencia de 23 de noviembre de 2007 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao** (Caso Calatrava), Fundamento de Derecho Décimo. Dicha Sentencia ha sido objeto de numerosos comentarios doctrinales entre los cuales pueden verse los trabajos de R. CASAS VALLÉS, «Obra arquitectónica...», op. cit., páginas 75-83; J.J. MARÍN LÓPEZ, «En los Tribunales: tender puentes entre los derechos morales y la utilidad pública», *Revista de la OMPI*, Febrero de 2008, disponible en http://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2008/01/article_0004.html; I. VIVAS TESÓN, op. cit., páginas 357-374; P. ARRIBAS DEL HOYO e I. TEMIÑO CENICEROS, «Obra arquitectónica como creación artística. Utilidad pública versus derechos de autor» en *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, IDEI, número 50, abril-junio 2008, páginas 125-136.

⁸⁹ Sobre dicha resolución pueden verse las reflexiones contenidas en los trabajos de R. CASAS VALLÉS «El Caso Calatrava o Zubi Zuri ¿Una victoria pírrica en apelación?», *Boletín informativo*, Instituto Interamericano de Derecho de Autor, abril de 2009, en http://www.iidautor.org/documents/doctrina/2009/09_abril_casas_valles.pdf. y P. ARRIBAS DEL HOYO e I. TEMIÑO CENICEROS, «Obra arquitectónica como creación artística. Utilidad pública versus derechos de autor (2ª parte), Comentario a la SAP de Vizcaya de 10 de marzo de 2009» en *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, IDEI, número 54, abril-junio 2009, páginas 64-76.

- b) Aquellas alteraciones realizadas sobre la obra arquitectónica —retirada de la balaustrada y aneji3n de la pasarela Isozaki—, que pretenden hacer m3s *c3modo* el tr3nsito de los ciudadanos por la r3a, no legitiman la lesi3n del derecho a la integridad de la obra⁹⁰.

En definitiva, la distinci3n que efect3a la **Sentencia de 10 de marzo de 2009 de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Secci3n 4^a)** entre *posibilidad* (de cruzar la r3a) y *comodidad* (al cruzar la r3a salvando desniveles y cotas de terreno) supone introducir en el proceso de ponderaci3n de derechos privados con el *inter3s p3blico* un nuevo elemento o, si se prefiere, desdoblar el proceso ponderativo en lo que a *inter3s p3blico* respecta en dos fases: (i) ponderaci3n frente a las propiedades privadas concurrentes y (ii) valoraci3n de la soluci3n concreta seguida para preservarlo.

De este modo, conforme a la doctrina jurisprudencial contenida en la **Sentencia de 10 de marzo de 2009 de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Secci3n 4^a)**, para apreciar si se ha vulnerado el derecho a la integridad de la obra como consecuencia de las alteraciones efectuadas sobre la misma, deber3 darse respuesta a un «test» de tres preguntas:

- a) La primera cuesti3n ser3 si en el supuesto concreto existe un *inter3s p3blico* al que responda la obra arquitect3nica (identificaci3n).
- b) Si la respuesta es afirmativa, deber3 responderse a la segunda cuesti3n: en el conflicto entre propiedad ordinaria, propiedad intelectual (derechos morales) e *inter3s p3blico*, ¿debe prevalecer el inter3s p3blico?
- c) Si la respuesta a esta segunda cuesti3n tambi3n es afirmativa, entonces quedar3 por responder una 3ltima pregunta, ¿la alteraci3n operada sobre la obra preserva el *inter3s p3blico* de la forma menos lesiva posible para los derechos morales de autor?⁹¹ Si la respuesta es afirmativa no existir3 infracci3n del derecho moral a la integridad de la obra. Por el contrario, si la respuesta es negativa, pues exist3an otras soluciones imaginables, razo-

⁹⁰ Vid. Fundamento de Derecho S3ptimo de la **Sentencia de 10 de marzo de 2009 de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Secci3n 4^a)** (Caso Calatrava) [AC 2009\225]. N3tese el acierto del profesor CASAS VALL3S, quien al comentar la **Sentencia de 23 de noviembre de 2007 del Juzgado de lo Mercantil n3mero 1 de Bilbao** (Caso Calatrava) ya se refiere al factor *comodidad* en R. CASAS VALL3S, «Obra arquitect3nica...», op. cit., p3ginas 82 y 83.

⁹¹ Esta es precisamente la raz3n por la que la **Sentencia de 10 de marzo de 2009 de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Secci3n 4^a)** (Caso Calatrava) revoca la **Sentencia de 23 de noviembre de 2007 del Juzgado de lo Mercantil n3mero 1 de Bilbao** al considerar que exist3an otras formas de haber posibilitado el tr3nsito *c3modo* de los ciudadanos de Bilbao —especialmente de aquellos con movilidad reducida— sin haber retirado la balaustrada del *Zubi Zuri*, tales como rampas, escaleras, ascensores, etc. Vid. al respecto su Fundamento de Derecho S3ptimo. El mismo razonamiento subyace en el Fundamento de Derecho S3ptimo de la **Sentencia de 21 de mayo de 2008 del Juzgado de lo Mercantil n3mero 1 de Bilbao** (Caso Nagel) [AC 2008\1145].

nables y viables que sin ser tan agresivas sobre la obra permitían preservar su integridad, en tales casos, sí existirá una violación del derecho moral del autor.

Lógicamente el planteamiento anterior traslada todo el peso del debate a valorar si la concreta solución adoptada es la menos lesiva sobre la obra y, por ende, sobre los derechos morales del autor. Este será el reto al que deberán enfrentarse nuestros Juzgadores en aquellos supuestos en los que el conflicto se plantea a tres bandas (propiedad ordinaria, intelectual e interés público). En todo caso, razones de prudencia y de coherencia con la lógica interna de la LPI aconsejan que, cuando se vaya a acometer una modificación de una obra arquitectónica, también en estos supuestos, se cuente con el autor de la obra, bien sea encargándole directamente la reforma, bien acometiéndola con su consentimiento⁹².

3. OBRA ARQUITECTÓNICA, ENCLAVE EN EL QUE SE UBICA Y DERECHO A LA INTEGRIDAD

Más allá de la vulneración del derecho a la integridad de la obra arquitectónica a partir de actos ejecutados o llevados a cabo sobre la obra misma, cabe plantearse la posible vulneración de este derecho moral mediante la alteración del entorno en el que se encuentra situada la obra arquitectónica. Numerosas construcciones han sido concebidas por sus autores para estar situadas en un enclave específico («*site-specific works*»). ¿Supone en esos casos el cambio de ubicación de la obra arquitectónica una vulneración del derecho moral a la integridad?⁹³

⁹² Este fue el principal reproche que, tanto el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao, como la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) efectúan al Ayuntamiento de Bilbao en el *Caso Calatrava*. Vid. Fundamento de Derecho Décimo *in fine* de la **Sentencia de 23 de noviembre de 2007 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao** [AC 2007\2062] y Fundamento de Derecho Séptimo *in fine* de la **Sentencia de 10 de marzo de 2009 de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª)** [AC 2009\225].

⁹³ Por extraño que pueda parecer, no son pocas las obras arquitectónicas que han sido trasladadas del lugar inicial donde fueron construidas a un nuevo enclave. Quizás el ejemplo más conocido sea el del Pabellón Nacional de Alemania para la Exposición Internacional de Barcelona de 1929 de L. Mies van der Rohe que, tras la clausura de la Exposición, fue desmontado en 1930. A partir de la iniciativa de Oriol Bohigas, los arquitectos Ignasi de Solà-Morales, Cristian Cirici y Fernando Ramos se encargaron de la reconstrucción del Pabellón en su localización actual (1986). Otro ejemplo es el de la iglesia de San Juan de Portomarín, municipio de la provincia de Lugo, situado al lado del río Miño. En 1955, la decisión de ampliar la presa de Belesar suponía la inundación del viejo Portomarín y la subsiguiente construcción del nuevo municipio en una loma cercana denominada el «Monte de Cristo». En este contexto, se acordó el traslado y montaje en el nuevo enclave del municipio de Portomarín de los edificios de importancia histórico-artística, entre los que figuraba la iglesia de San Juan. Sobre esta experiencia puede verse el trabajo de F. J. OCAÑA EIROA, «Traslado y Restauración de la Iglesia Románica de San Juan de Portomarín», disponible en [http://www.academiagallegabellasartes.org/gestor/archivos/02\(021-050\)FranciscoJOcana.pdf](http://www.academiagallegabellasartes.org/gestor/archivos/02(021-050)FranciscoJOcana.pdf). La Antigua Carnicería de Baeza, que algunos miembros de ALADDA tuvimos la ocasión de visitar tras las Jornadas de Estudio del 20 de junio de 2008 en Úbeda, fue trasladada piedra a piedra

Entre la doctrina, aquellos autores que se han planteado esta cuestión han ofrecido una respuesta positiva aunque no de modo absoluto. Se acepta que el cambio de ubicación de la obra pueda suponer un atentado contra el derecho a la integridad pero no siempre y en todo caso. Así, el profesor CASAS VALLÉS ha sostenido —refiriéndose a las obras plásticas, aunque tal razonamiento sería extensible a la obra arquitectónica— que «[e]n ciertos casos, puede tener tal consideración [de atentado contra la obra] la modificación del emplazamiento o su exhibición en consideraciones que la hagan desmerecer», si bien «[e]n relación con las obras concebidas para un espacio determinado [...], el cambio de emplazamiento puede estar sobradamente justificado en ciertas situaciones»⁹⁴.

En la medida en que nuestros Juzgados y Tribunales vienen aceptando que «la modificación, alteración o deformación no sólo puede ser material sino que también puede resultar de aquellos cambios que, sin suponer una alteración material, representen una mutación en el sentido de la obra»⁹⁵, en principio, no parece que haya problema en aceptar que, cuando una construcción ha sido erguida para estar situada en un lugar concreto y, precisamente, ese lugar ha sido tomado en consideración por el autor como una parte integrante de su obra, su traslado a otra ubicación pueda suponer una infracción del derecho moral de integridad. En cualquier caso, debe aceptarse que ese derecho moral sólo quedará cercenado cuando el cambio a la nueva ubicación «suponga un perjuicio a los legítimos intereses del autor o menoscabo a su reputación» y no en otro caso.

En nuestro país, esta cuestión ha sido llevada ante los Tribunales a raíz —no de una obra arquitectónica sino— de una obra plástica (una escultura). El Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao, el mismo que conoció del comentado *Caso Calatrava*, tuvo que resolver el llamado *Caso Nagel*.

desde su emplazamiento original hasta la Plaza de los Leones bajo la dirección de Francisco Pons-Sorolla. En Barcelona, el palacio gótico conocido como Casa Padellàs, inicialmente situado en la calle Mercaders, fue trasladado a la Plaça del Rei en los años treinta del pasado siglo debido a las obras de apertura de la Vía Layetana, de tal forma que hoy cierra el perímetro de la plaza en la que también se encuentran la capilla de Santa Àgueda, el Palacio Real Mayor y el Palacio del Lugarteniente. No puede olvidarse, tampoco, el singular regalo que hizo Egipto a nuestro país cuando donó el Templo de Debod, que tras más de dos mil años a orillas del Nilo fue transportado al Parque del Oeste de Madrid.

⁹⁴ R. CASAS VALLÉS, «La protección de los artistas plásticos en el Derecho español», en *I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual (Madrid, 28-31 de octubre de 1991). Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000*, Madrid, vol. I, 1991, página 269 y nota al pie 35. Por su parte, ORTEGA DOMÉNECH ha sostenido que «[...] si la obra fue creada para ubicarse en un lugar determinado, el respeto a su situación nos conduce al respeto a su integridad», en J. ORTEGA DOMÉNECH, op. cit., página 402. También parece aceptar esta posibilidad, P. CÁMARA AGUILA, «El derecho moral del autor», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Manual de Propiedad Intelectual*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 3ª edic., 2006, página 127.

⁹⁵ **Sentencia de 5 de marzo de 2004 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª)** [AC 2004479].

Brevemente, los hechos del *Caso Nagel* son los siguientes. El Ayuntamiento de Amorebieta (Vizcaya) contactó al escultor Andrés Nagel para que elaborase una escultura. Ambas partes suscribieron un contrato de encargo de obra para la posterior ubicación de la escultura en una rotonda central del municipio. Nagel elaboró una escultura de bronce de «*poderosa apariencia*», de dos toneladas y media, más de ocho metros de altura y dos de anchura, conocida popularmente como «La Patata». Realizada y entregada la obra, llegó a oídos del escultor que el Ayuntamiento de Amorebieta pretendía llevar a cabo una modificación urbanística que implicaría retirar la escultura del enclave en el que, en virtud del contrato, se hallaba ubicada, para trasladarla a otro lugar del municipio (todavía pendiente de determinar) en el que sería instalada de nuevo⁹⁶. Así las cosas, Andrés Nagel decidió demandar al Ayuntamiento (i) por incumplimiento de las obligaciones contractuales y (ii) por atentar contra el derecho moral a la integridad de su obra (artículo 14.4 LPI), que había sido creada para estar situada en el enclave concreto de Amorebieta donde se encuentra instalada actualmente.

La **Sentencia de 21 de mayo de 2008 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao**⁹⁷, por la que se resolvió la controversia en primera instancia, estimó parcialmente la demanda a favor del escultor, pero recondujo la cuestión al terreno puramente contractual: declara que no se han infringido los derechos morales del artista, pero sí las obligaciones contractuales asumidas en el contrato suscrito entre las partes. Recurrída la Sentencia en apelación por Nagel, la **Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª)** se pronunció al respecto en su **Sentencia de 28 julio de 2009**⁹⁸, que confirmó la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil íntegramente en lo que ahora nos interesa.

A pesar de que el *Caso Nagel* ha sido resuelto bajo parámetros estrictamente contractuales delimitados por el acuerdo firmado entre el escultor y el Ayuntamiento de Amorebieta, de las Resoluciones recaídas en este procedimiento es posible extraer algunas consideraciones de importancia, desde el punto de vista de la propiedad intelectual:

⁹⁶ Obsérvese que a diferencia del *Caso Pablo Serrano* (**Sentencia de 21 de junio de 1965 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil)** [RJ 1965\3670]) aquí no se trata del desmontaje de la escultura para su posterior almacenaje por piezas, sino del «[d]esmontaje de escultura existente en el centro de la rotonda, realizado con medios mecánicos y grúa, incluso cimentación de la misma, protección de la escultura, retirada y carga a medio de transporte, transporte a lugar a determinar por el Ayuntamiento y posterior reubicación de la misma» (Hecho Probado Séptimo de la **Sentencia de 21 de mayo de 2008 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao** (Caso Nagel) [AC/2008/1145]).

⁹⁷ AC/2008/1145.

⁹⁸ JUR 2009\360954. En el momento de redacción de este trabajo la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) de 28 de julio de 2009** ha sido recurrida en casación por Andrés Nagel. Recurso que ha sido admitido a trámite por la Sala Primera del Tribunal Supremo mediante **Auto de 29 de julio de 2010** al considerar que concurren los requisitos del artículo 477.2,3º de la LEC (existencia de interés casacional). De modo que el último capítulo en el Caso Nagel está todavía por escribir.

1. Ambas Sentencias coinciden en aceptar en el plano teórico que —aunque no fuese el caso de la escultura de Nagel— el concepto de «*deformación*», «*modificación*», «*alteración*» o «*atentado*» no queda constreñido a la obra.
2. Consecuentemente, ambas resoluciones admiten y coinciden en que «*la ubicación es relevante*» y el traslado y reubicación de una obra, de su actual enclave a un nuevo emplazamiento, puede suponer un atentado al derecho a la integridad⁹⁹.
3. Sin embargo, para poder entrar a valorar si el traslado de una obra supone una infracción del derecho moral será preciso conocer de antemano:
 - a) La existencia cierta de una decisión por parte del propietario del *corpus mechanicum* de trasladar la obra;
 - b) El lugar a dónde se la pretende trasladar para su re-instalación¹⁰⁰; y
 - c) Las determinadas circunstancias en las que se producirá el traslado.
4. Por tanto, el cambio de ubicación de una obra no supondrá siempre y en todo caso un atentado a su integridad. Únicamente en aquellos supuestos en los que el traslado y cambio de ubicación de la obra cause un perjuicio a los intereses del autor o menoscabe su reputación existirá una violación del derecho a la integridad.

A propósito de este último extremo merece ser citado en términos literales el Fundamento de Derecho Sexto de la **Sentencia de 28 julio de 2009 de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª)** (Caso Nagel)¹⁰¹:

⁹⁹ Fundamento de Derecho Quinto de la **Sentencia de 21 de mayo de 2008 del Juzgado de lo Mercantil 1 de Bilbao** (Caso Nagel) [AC/2008/1145]: «*Lo que podría suponer una alteración sustancial sería el cambio de ubicación, porque la obra está concebida para un lugar de enorme desorden visual, en expresión del propio Sr. Juan Luis [debe leerse Andrés Nagel], de modo que la colocación en otro modifica la concepción del autor, específica para la zona en que actualmente se encuentra. Es el cambio y ubicación en otro lugar el que podría determinar la alteración que vulnera el derecho moral a la integridad de la obra*». Y no «*puede desconocerse que en ocasiones, como este caso, la escultura se idea y concibe para estar situada en un lugar. De colocarse en otro quizá no se atenga a la idea para la que se creó, alterando su esencia y por lo tanto, el derecho a la integridad de la obra del autor*».

¹⁰⁰ Fundamento de Derecho Sexto de la **Sentencia de 28 julio de 2009 de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª)** (Caso Nagel) [JUR 2009\360954]: «*[...] se da la circunstancia de que ningún cambio de ubicación se ha producido todavía, aún dándose por sentado en la sentencia de instancia que el mismo va a tener lugar en el futuro, es imposible en el momento actual pronunciarse sobre esa afección al derecho moral a la integridad y sobre la causación de un concreto perjuicio a los intereses o a la reputación del autor, cuando se ignora cuál va a ser el destino final de la escultura*».

¹⁰¹ Obsérvese que la **Sentencia de 28 julio de 2009 de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª)** (Caso Nagel) [JUR 2009\360954] vendría a sumarse en este extremo a las consideraciones efectuadas por el profesor CASAS VALLÉS hace más de una década; vid. R. CASAS VALLÉS, «La protección de los artistas plásticos...», op. cit., página 269.

«[...] resulta muy discutible que el mero cambio de ubicación de la escultura de que se trata suponga siempre y en todo caso una afrenta a su integridad en términos de «modificación» o «alteración» de la obra; y aún es más discutible que ese cambio de lugar de la escultura suponga, igualmente en todo caso, un perjuicio para los legítimos intereses o un menoscabo a la reputación del Sr. A.N.T. [Andrés Nagel Tejada], que son requisitos que también deben de concurrir de forma imprescindible, a tenor del artº 14-4 LPI, para que la afrenta al derecho moral del autor se produzca; tal vez así ocurriría, si la escultura fuera arrinconada en las profundidades de un pabellón u otra dependencia municipal, cuando fue proyectada y construida con destino a un cruce de calle concreto de Amorebieta;» [...] pero «[...] no hay datos concluyentes ni prueba efectiva de que, aun dando por sentado que la escultura vaya a modificar su ubicación en el futuro, ello vaya a suponer siempre y en todo caso la violación del derecho moral del Sr. A.N.T a la integridad de la obra, lo que dependerá de las circunstancias del traslado, la nueva ubicación de la escultura, el entorno que presida, la posibilidad exhibitoria respecto de los ciudadanos, etc. etc., detalles que son imposibles de determinar por pertenecer a un futuro incierto e indeterminado y que aconsejan en todo caso llegar a la misma conclusión desestimatoria acordada por el juzgador de instancia.»

Finalmente, también en el caso del cambio de emplazamiento de un «*site-specific work*», para apreciar la existencia de vulneración del derecho moral a la integridad de la obra, deberán ponderarse oportunamente las razones concretas que motivan su traslado.

Tratándose de obras arquitectónicas, lo habitual será que el traslado de una construcción venga impuesto por razones urbanísticas, lo que hace rebrotar de nuevo la cuestión del *interés público* en el juego ponderativo con el derecho moral.

Siguiendo la doctrina del *Caso Calatrava*, la existencia de un *interés público* no podrá servir de parapeto para legitimar un cambio de ubicación en cualquier caso, sino que dicho cambio de localización estará justificado sólo en aquellos casos en los que el sacrificio de los intereses del autor (actual lugar de ubicación) sea la única forma de dar satisfacción al interés público o, aun habiendo otras formas posibles, éstas se muestren desproporcionadas o especialmente gravosas (complejidad técnica, coste económico, etc.)¹⁰². Por descontado, entre

¹⁰² En el *Caso Nagel*, la **Sentencia de 21 de mayo de 2008 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao** [AC/2008/1145], Fundamento de Derecho Séptimo, rechazó que el pretendido *interés público* (necesidades urbanísticas) justificase el traslado de la obra en los siguientes términos: «Sin embargo no puede compartirse que la peatonalización o reforma del lugar suponga, necesariamente y por razones de utilidad pública, la retirada de la escultura, como sostiene el demandado [...] Que la escultura siga en ese lugar puede constituir, sin duda, un obstáculo visual. Puede también constituir un elemento de primacía, pero no hay razones de interés público para retirarla, como no las hay para

las causas justificativas del cambio de ubicación no se encuentran las razones puramente estéticas.

En definitiva, deberá buscarse —como desiderátum— la convivencia pacífica entre el interés general y el derecho moral. Sólo cuando ello no sea viable deberá autorizarse el cambio de ubicación de la obra, siendo deseable en estos últimos casos contar con el autor —en la medida de lo posible— para decidir el nuevo lugar en el que deberá ser instalada la obra.

Esto último nos lleva, como idea final, al terreno a la libertad contractual como mecanismo para evitar posibles controversias entre creadores y titulares de la obra arquitectónica (solución que igualmente valdrá para las obras plásticas). De modo que, será aconsejable:

- 1) Siendo la opción preferible, que en el momento de formalizarse la relación contractual entre el creador de la obra arquitectónica y el que será su propietario se alcancen acuerdos en los que se haga constar expresamente (i) si la obra ha sido concebida por el autor como un «*site-specific work*»; (ii) las razones que justificarían un cambio de ubicación; y (iii) el procedimiento que deberá observarse en tal supuesto¹⁰³.
- 2) En defecto de la primera opción, cuando se haya decidido trasladar la obra, independientemente de si goza de la naturaleza de «*site-specific work*», pactar en lo posible con el autor (i) las condiciones del traslado y (ii) el nuevo punto de enclave.

dejarla donde está. Los argumentos del dictamen permiten concluir que nos encontramos con razones esencialmente estéticas. Si la escultura no estuviera el conjunto sería más homogéneo, no habría contraste, se permitiría cierta unidad visual entre la Herriko plaza y el Parque y Centro Zelaieta. Pero con ello no se satisface un interés público. Lo habría si fuera imperativo pasar por el lugar un vial, una línea de autobuses o tranvía, atender necesidades que superen la simple coherencia del proyecto [...] sólo cabe concluir que una obra escultórica de las dimensiones de la que es objeto de polémica (dos metros de ancho y ocho de alto), en absoluto puede impedir la reforma integral, la peatonalización, la reorganización de viales, la reserva de espacios para el transporte público o cualquiera de las necesidades que el Ayuntamiento pretenda atender. La función social que el art. 33.2 CE atribuye a la propiedad no obliga, en un caso como éste, a ese cambio de ubicación. Por su tamaño la escultura puede permanecer en el lugar sin obstaculizar el tránsito peatonal o cualquier otra finalidad que persiga la actuación urbanística que acomete el demandado. No se impide atender esa finalidad pública, por lo que tal razón no es obstáculo para dejar en el lugar la obra del actor [...].

¹⁰³ Obsérvese que dicho acuerdo no plantea problemas desde el punto de vista civil, siendo las únicas limitaciones a la libertad de pactos las impuestas por el artículo 1.255 del Código Civil. De hecho, la conveniencia de alcanzar este tipo de acuerdos se deja entrever en el Fundamento de Derecho Tercero de la **Sentencia de 21 de mayo de 2008 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao** (Caso Nagel) [AC/2008/1145]: «Éstos concretan su libertad contractual respecto a materias que son disponibles por no venir afectadas por normas imperativas. Es por lo tanto sumamente relevante lo estipulado libremente respecto al encargo de creación, elaboración y ubicación de la escultura, y las consecuencias que se derivan del contrato aunque no estén expresamente previstas en sus cláusulas, siempre que sean conformes a la buena fe, el uso y la ley, por así disponerlo para cualquier clase de convención el art. 1.258 CC».

Lógicamente, los casos más problemáticos serán aquellos en los que no es posible alcanzar este acuerdo (por ejemplo, porque el autor impone condiciones desproporcionadas o existen limitaciones marcadas por la normativa urbanística). En tales supuestos, deberá estarse a la regla general que impone la ponderación de derechos caso por caso.

Esta problemática, por otra parte, no es exclusiva de nuestro país. En lo que respecta a la jurisprudencia extranjera debemos referirnos al célebre *Caso Richard Serra*, resuelto por la **Sentencia de 27 de mayo de 1988 de la Corte de Apelación del Segundo Circuito**¹⁰⁴.

Los hechos son los siguientes. La *United States General Services Administration* («GSA») encargó al escultor Richard Serra que realizase una escultura para ser ubicada en la Federal Plaza de Manhattan. El escultor concibió una obra llamada *Titled Arc*, una suerte de muro de acero de 36 metros de longitud y 3 metros y medio de altura. Tras recibir numerosas protestas de los usuarios de los edificios aledaños, la GSA decidió retirar la obra. Serra, que afirmaba haber concebido su escultura exclusivamente para la Federal Plaza («*site-specific work*») demandó a la GSA y al Sr. William A. Diamond, su administrador. En su opinión, cambiar la ubicación de *Titled Arc* equivalía a destruir la obra tal y como había sido concebida.

El *District Court* desestimó la demanda. Serra interpuso recurso de apelación alegando la vulneración de su derecho a la libertad de expresión y de su derecho a la tutela judicial efectiva. El *United States Court of Appeals for the Second Circuit* desestimó el recurso por los siguientes motivos:

- 1) En primer lugar, Serra decidió libremente vender su escultura al GSA, que como propietario de la obra tenía derecho a darle el uso que estimase oportuno. Si Serra hubiera querido retener algún tipo de control sobre *Titled Arc*, debería haberlo negociado en el contrato de compraventa¹⁰⁵, argumento que reincide en la importancia de alcanzar acuerdos expresos sobre este particular, tal y como hemos expuesto.
- 2) En segundo lugar, la principal razón por la que la obra fue retirada fue evitar la obstrucción en la plaza y facilitar el acceso de los ciudadanos, en definitiva, para preservar un *interés público*: «*the sculpture interfered with the public's use of Federal Plaza [...] GSA's decision to relocate the structure was undertaken for functional purposes- in order to regain the openness of the plaza*»¹⁰⁶.

¹⁰⁴ *United States Court of Appeals for the Second Circuit*, 847 F.2d 1045; 93 A.L.R.Fed. 897.

¹⁰⁵ «Serra relinquished his own speech rights in the sculpture when he voluntarily sold it to GSA; if he wished to retain some degree of control as to the duration and location of the display of his work, he had the opportunity to bargain for such rights in making the contract for sale of his work».

¹⁰⁶ Aparece, de nuevo, el *interés público*. No obstante, dada la generosidad con que fue interpretado dicho interés, todo parece apuntar que en nuestro país, quizás, la escultura de Richard Serra

- 3) Finalmente, dado que la Administración Pública puede ser un importante mecenas de las artes, debía evitarse un excesivo intervencionismo por parte de los artistas en cuanto al destino de sus obras, pues intromisiones de este tipo obstaculizarían la labor de la Administración¹⁰⁷.

Es evidente que un motivo de este calado no podrá servir, más allá de apuntalar el argumento real y de peso con consideraciones económico-sociológicas, para resolver dentro de nuestras fronteras una controversia de este tipo. Sin embargo, sí que puede ser útil para plantearnos una última cuestión antes de acabar con este apartado.

Si, como decíamos, la modificación del emplazamiento de una obra puede suponer en ciertos casos la vulneración del derecho moral a la integridad, cabe preguntarse si sería posible dar *otra vuelta de tuerca* al planteamiento: ¿Podría un arquitecto alegar la vulneración del derecho moral a la integridad de su edificio por habersele construido enfrente otra obra que lo desmerece?¹⁰⁸ En definitiva, se trataría de invertir el planteamiento de los *Casos Nagel y Richard Serra*.

Entre nuestra doctrina algunas de las voces más autorizadas se han pronunciado a favor¹⁰⁹. Aunque *a priori* no pueda descartarse este planteamiento, parece que encontrará mejor acomodo en el supuesto de proyectos urbanísticos públicos. Sin embargo, podría plantear mayores problemas, especialmente de índole constitucional (limitación de la propiedad privada ajena y función social de la propiedad), cuando se trate de conflictos entre sujetos de derecho privado. No en vano, supondría condicionar gran parte de la actividad urbanística privada al acomodo de los intereses del arquitecto que primero construyó en el predio vecino¹¹⁰. He aquí una difícil cuestión que, en su caso, deberá ser resuelta por los Tribunales si se plantea la ocasión.

habría corrido mejor suerte, a la vista de la **Sentencia de 21 de mayo de 2008 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao** (Caso Nagel) [AC/2008/1145] y de la **Sentencia de 28 julio de 2009 de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª)** (Caso Nagel) [JUR 2009/360954].

¹⁰⁷ «Government can be a significant patron of the arts. Its incentive to fulfill that role must not be dampened by unwarranted restrictions on its freedom to decide what to do with the art it has purchased.»

¹⁰⁸ De hecho, este supuesto «de laboratorio» estuvo a punto de materializarse a propósito de la polémica surgida en el año 1992 cuando S. Calatrava erigió su Torre de las Telecomunicaciones de Montjuïc a pocos metros del Palau Sant Jordi, concebido por Isozaki. Vid. al respecto la nota 42 de este trabajo.

¹⁰⁹ J.J. MARÍN LÓPEZ, op. cit., pág. 182: «[...] la integridad de una obra arquitectónica puede verse alterada como consecuencia de la modificación del contexto urbanístico o paisajístico contemplado por el autor para su creación [...]». En términos similares, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Los derechos...*, op. cit., página 21.

¹¹⁰ Sobre esta particular cuestión, con relación a la actuación de la administración (local) se ha pronunciado la **Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª)** en su **Sentencia de 28 julio de 2009** (Caso Nagel): «Como remate y por añadidura, tampoco aparece como de recibo la argumentación del recurrente de que se debe de mantener el entorno actual que conforma el centro de Amorebieta donde su escultura está instalada y en consideración al cual se ideó y proyectó pues,

IV. OBRA ARQUITECTÓNICA Y DAÑOS Y PERJUICIOS. ESPECIAL REFERENCIA AL DAÑO MORAL

«[...] cuando de compensar daños morales se pretende hemos de intentar [...] que aquella fijación tenga su fundamento en algún dato objetivo en evitación de incurrir en subjetivismos o tener que acudir a «criterios de moderación y equidad», de suerte que de ser así podamos conseguir el objetivo de justicia y alejar tanto el denunciado peligro de que «la compensación por daños morales pueda convertirse en el más inmoral de los negocios» como su contrario».

Sentencia de 3 de noviembre de 1992 de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 1ª), FD 6º, Ponente: Ilmo. Sr. Marcial Helguera Martínez.

1. INTRODUCCIÓN. OBRA ARQUITECTÓNICA E INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

Las propias características de la obra arquitectónica hacen que ésta goce de una mayor impermeabilidad frente a determinados actos de explotación no consentidos a los que, por el contrario, se hallan expuestas en mayor medida otras creaciones intelectuales, como por ejemplo las creaciones musicales y audiovisuales. A ello debemos sumar, además, los límites legales que afectan a la obra arquitectónica y que dotan de legitimidad a determinados actos que, de otro modo, serían ilícitos.

No obstante, aunque limitados y menos fáciles de ejecutar, son igualmente posibles los actos de infracción de los derechos de explotación. Así, por ejemplo, es habitual la reproducción incontestada de réplicas a escala de obras arquitectónicas y obras plásticas originales¹¹¹. Otro ejemplo, aunque de materialización más difícil en la práctica, sería el de la construcción a tamaño real

de lo contrario, quedaría violentado en cualquier caso su derecho moral a la integridad de la obra, tal afirmación supondría dejar en manos del Sr. A.N.T., como contemplación a sus derechos privados, la configuración urbanística de Amorebieta, de ahora y para siempre; esto es, que el cruce de las calles Sabino Arana, Carmen, San Miguel y San Pedro debería perpetuarse in aeternum tal y como está ahora, lo mismo que las edificaciones que lo rodean, el parque inmediato, etc., todo inmóvil y supeditado a la presencia de la escultura y los derechos intelectuales de su autor; semejante pretensión es inasumible, cuando las competencias y obligaciones de orden administrativo local, entre ellas las que atañen a la concreta urbanización del territorio, son de titularidad exclusivamente municipal, y el velar por la comodidad y bienestar de los vecinos también; sin que se aprecien motivos suficientes para que todo ello quede supeditado al derecho intelectual dimanante de una obra plástica [...]».

¹¹¹ Pensemos, por ejemplo, en las reproducciones a escala de un edificio que se venden en las tiendas de souvenirs de cualquier ciudad española. Aunque para el caso de una obra escultórica, véase la doctrina contenida en la **Sentencia de 5 de abril de 2006 de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 4ª)** (Caso Raqueros) [JUR 2006\152719], que entendemos resulta extensiva a la obra arquitectónica y vendría a confirmar nuestra posición.

de una réplica de un edificio previo ya construido. Es decir, la construcción de un segundo edificio igual a otro ya existente¹¹².

Pero, sin lugar a dudas, las infracciones *estrella* de las que pueden ser víctimas las creaciones de los denominados *starchitects* son —como hemos visto— las del derecho moral sobre sus obras y, más concretamente, del derecho a la integridad. Lo cual, por otra parte, no deja de ser lógico pues «*une maison est une machine-à-habiter*»¹¹³ y, como tal, está sometida a las constantes adaptaciones que requieren las necesidades de su propietario. Es ahí donde tienen origen normalmente los actos de infracción del derecho moral.

Siendo esto así, parece oportuno detenerse un instante en la indemnización de los daños y perjuicios, centrándonos especialmente en aquéllos derivados de la infracción del derecho moral de la obra arquitectónica.

2. LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 140 LPI Y EL DAÑO MORAL

La redacción del actual artículo 140 LPI procede de la Ley 19/2006¹¹⁴. Dicho precepto se aplica tanto a las infracciones de derechos morales como de explotación

¹¹² Sirva de ejemplo —dotado de una gran carga histórica— el *Pabellón de la República* para la Exposición Internacional de París de 1937 (*Exposition internationale des arts et techniques dans la vie moderne*), encargado al arquitecto J. L. SERT. Tras su destrucción, el Ayuntamiento de Barcelona, con motivo de los Juegos olímpicos de 1992, encargó la construcción de una réplica en el barrio de Horta de la ciudad de Barcelona. El mencionado Pabellón ha sido cedido a la Universidad de Barcelona y actualmente alberga el Centro de Estudios Históricos Internacionales y una biblioteca que posee uno de los fondos más importantes a nivel mundial sobre Segunda República, guerra civil, franquismo, exilio y transición en España, especialmente, en Cataluña. Una breve descripción de la historia del Pabellón de la República puede encontrarse en: www.bib.ub.edu/es/bibliotecas/pabellon-republica/expos/pabellon-republica/. En estos casos se plantean diversas cuestiones. La primera es que, desde un punto de vista puramente teórico, nada impediría al titular de los derechos de autor sobre el edificio, salvo que esta posibilidad se haya limitado contractualmente, reproducir de nuevo una misma obra arquitectónica. Distinto es que en la práctica, los estudios de arquitectura luchan por reservarse los derechos de propiedad intelectual no sólo sobre los materiales preparatorios (planos, maquetas, etc.) sino también sobre la propia obra erigida, y el arquitecto, como creador, carece de interés alguno en «copiarse» a sí mismo. No obstante, el hipotético caso de una reproducción no consentida de un edificio a tamaño real supondrá normalmente una infracción de los derechos de explotación, no sólo del edificio en sí sino también —porque normalmente el infractor habrá tenido acceso lícito o ilícito a los mismos— de los planos de la construcción. Sobre esta última cuestión, pueden verse las **Sentencias de 12 de mayo de 2005 de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 2ª)** [ARP 2005\323], **de 4 de abril de 2001 de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 1ª)** [ARP 2001\434] y **de 30 de junio de 1997 de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 3ª)** [AC 1997\1399].

¹¹³ Cita atribuida a C. É. JEANNERET-GRIS, conocido como LE CORBUSIER (1887–1965).

¹¹⁴ Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios (BOE número 134, de 6 de junio de 2006). La Ley 19/2006 es a su vez transposición de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual (DOL número 157, de 30 de abril de 2004; Corrección de errores en DOL número 195, de 2 de junio de 2004).

y tanto si existe una base contractual (extralimitación en los términos de una licencia o cesión de derechos)¹¹⁵, como si no existe ningún tipo de acuerdo, tratándose estos últimos casos de puros supuestos de responsabilidad extracontractual.

De este modo, en aquellos casos en los que determinados actos no queden amparados por un límite legal, el titular de los derechos de propiedad intelectual sobre la obra arquitectónica estará legitimado activamente para ser resarcido con las distintas partidas indemnizatorias a las que se refiere el artículo 140 LPI¹¹⁶: daño emergente, lucro cesante y, además, en su caso, el daño moral.

En la formulación del actual artículo 140 LPI daño patrimonial y daño moral son partidas independientes¹¹⁷, lo que tiene consecuencias relevantes desde el punto de vista procesal (*ex* artículo 218 LEC):

- a) En el escrito de demanda podrán solicitarse ambos —daño moral y daño patrimonial— o bien sólo uno de ellos. Esta cuestión tendrá especial trascendencia porque de un mismo hecho pueden derivarse simultáneamente (i) daños materiales que repercuten directamente en los derechos de explotación pero también, (ii) daños morales que alcanzan otras realidades extra-patrimoniales en razón del «*sufrimiento y lesión a la sensibilidad artística al ver mermada la integridad de la obra*»¹¹⁸.
- b) El demandante deberá optar en su escrito de demanda por uno de los dos criterios de fijación del daño patrimonial, pues así se lo impone el artículo 399 de la LEC;
- c) Si sólo se solicita el daño patrimonial, la Sentencia no podrá conceder el daño moral. Y viceversa, si sólo se solicita el daño moral, no podrá concederse el daño patrimonial (*incongruencia extra petita*);

¹¹⁵ Tal sería el caso de la **Sentencia de 3 de junio de 1991 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil)** [RJ 1991\4407] y la **Sentencia de 8 de noviembre de 2000 de la Audiencia Provincial de Huelva (Sección 1ª)** [RJ 2001\143932].

¹¹⁶ La nueva redacción del artículo 140.2 a) LPI ha dado lugar a un intenso debate doctrinal que deberá ser resuelto por los Juzgados y Tribunales pues, al incluir entre las partidas indemnizables el lucro cesante «y» los «*beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita*» parecería estar duplicándose una de las partidas indemnizables. El Considerando 26 de la Directiva 2004/48/CE tampoco viene a proporcionar una solución pues en lugar de utilizar la conjunción «y» se expresa en términos disyuntivos, «o». Sobre esta cuestión pueden verse A. CARRASCO PERERA, «Comentario a los artículos 138 a 141 LPI», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 3ª edición, 2007, páginas 1691 y s.s. y M. CLEMENTE MEORO, «Comentario al artículo 140 de la LPI», en J. M. RODRÍGUEZ TAPIA (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2007, páginas 805 y s.s.

¹¹⁷ J. M. RODRÍGUEZ TAPIA y F. BONDÍA ROMÁN, *op. cit.*, página 514.

¹¹⁸ **Sentencias de 23 de noviembre de 2001** [RJ 2001\8660] y **28 de enero de 2000** [RJ 2000\455] **del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil)** y **Sentencia de 13 de octubre de 2003 de la Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección 1ª)** [AC 2004\369].

- d) Si el *petitum* del demandante incorpora ambas peticiones, no habrá incongruencia si se conceden las dos o sólo una de ellas (por haberse desestimado la otra); y, finalmente,
- e) Si se solicitan separadamente, la Sentencia, en rigor, deberá pronunciarse por separado con relación al daño moral y al daño patrimonial¹¹⁹.

Más allá de su ubicación dentro del cuerpo legal, la regulación de la indemnización por daño moral no ha sufrido modificaciones a pesar de las múltiples reformas operadas sobre la vigente LPI¹²⁰.

Actualmente, la indemnización del daño moral se halla prevista en el art. 140.2 a) LPI cuyo segundo inciso dispone que «[e]n el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra».

La redacción del actual artículo 140 LPI y la del antiguo artículo 135 LPI son idénticas en lo que respecta a la indemnización por el daño moral. No obstante, la actual regulación del daño moral dentro del apartado a) del artículo 140.2 LPI podría llevar a considerar que el titular de los derechos sobre la obra arquitectónica sólo tendrá derecho a reclamar el daño moral si opta por la partida indemnizatoria consistente en «la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita» y no cuando opte por la regalía del artículo 140.2 b) LPI.

Esta última interpretación, a nuestro juicio, debe ser desechada pues, como hemos adelantado, ambas indemnizaciones (por daño moral y daño patrimonial) son independientes y responden a daños de naturaleza diversa (**Sentencias de 23 de junio de 2005 y 5 de marzo de 2004 de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona**)¹²¹. Además, no hay razón alguna para excepcionar la letra b) del artículo 140.2 LPI de:

- a) La regla general en la LPI, que permite reclamar tanto el daño emergente, como el daño moral¹²²; ni tampoco de

¹¹⁹ Así lo dispone el artículo 218.3 de la LEC: «Cuando los puntos objeto del litigio hayan sido varios, el tribunal hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos».

¹²⁰ Inicialmente, la indemnización por daño moral se encontraba regulada en el artículo 125.2 de la LPI de 1987. Posteriormente, pasó a integrarse en el artículo 135.2 del Texto Refundido de la misma, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 2 abril. Finalmente, se ha ubicado en el actual artículo 140 tras la reenumeración que supuso la Ley 5/1998, de 6 marzo, de incorporación al Derecho español de la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos (DOL número 77, de 27 de marzo de 1996).

¹²¹ AC 2006\117 y AC 2004\479, respectivamente.

¹²² M. CLEMENTE MEORO, op. cit., página 816 y A. CARRASCO PERERA, op. cit., página 1700.

- b) La que constituye la regla general en materia de daños y perjuicios en Derecho civil.

En efecto, como se ha dicho, la fórmula empleada por el artículo 140.2 a) LPI guarda cierta semejanza con la del artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 («LOHIP»)¹²³, aunque las soluciones de una y otra norma no conducen a resultados coincidentes. Así, la LPI:

- a) No presume el daño moral, por lo que será precisa su prueba, recayendo el *onus probandi* sobre el actor, conforme al artículo 217 LEC. A este respecto, el Tribunal Supremo ha resuelto que «[e]s cierto que conforme al artículo invocado *«en caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico»*, pero ello no significa que la acción encaminada al reconocimiento del derecho conduzca siempre a la producción aneja de un daño moral, porque *éste ha de constatarse en la instancia»*¹²⁴. Esta doctrina ha sido igualmente acogida por los Tribunales inferiores, en el sentido que «[e]l art. 140 LPI permite la indemnización del daño moral, pero *no lo presume en todo caso, por lo que debería acreditarse»*¹²⁵, sin perjuicio de que los términos absolutos de la regla general deban ser atemperados en aquellos supuestos en los que la naturaleza de los hechos permita presumir la existencia del daño moral, conforme a la doctrina *ex res ipsa loquitur*¹²⁶.
- b) Presume, una vez acreditado el daño moral, la existencia de perjuicio económico, que deberá indemnizarse conforme a los criterios acumulativos contenidos en el artículo 140.2 a) LPI *in fine*.

En cualquier caso, debemos aceptar que la redacción del artículo 140.2 LPI no es la más acertada desde el punto de vista técnico, pues no aclara tampoco cuándo existe daño moral. Existirá acuerdo en que la sola infracción de un derecho patrimonial no conlleva necesariamente la existencia de daño moral ni, en consecuencia, la prueba del daño patrimonial implica la existencia de

¹²³ Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen (BOE número 115, de 14 de mayo de 1982). Su artículo 9.3 dispone que «[l]a existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido».

¹²⁴ **Sentencia de 14 de diciembre de 1993 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil)** [RJ/1993/9886].

¹²⁵ **Sentencia de 23 de junio de 2005 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª)** [AC 2006\1174]. Para un pronunciamiento semejante véase la **Sentencia de 5 de marzo de 2004 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª)** [AC 2004\479], la **Sentencia de 9 de enero de 2004 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª)** [JUR 2004\52542] y la **Sentencia de 2 de diciembre de 2002 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9ª)** [JUR 2003\126629].

¹²⁶ Dicha doctrina ha sido aplicada, entre otras, por la **Sentencia de 13 de octubre de 2004 de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 3ª)** [JUR 2004\303499] y por la **Sentencia de 28 de mayo de 2003 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª)** [AC 2003\960].

daño moral¹²⁷. No obstante lo anterior, a la vista de las resoluciones judiciales sobre la materia, sí parece que puede establecerse una suerte de regla general conforme a la cual la vulneración de un derecho moral permite presumir la existencia de daño moral¹²⁸.

3. LOS ELEMENTOS DEL ARTÍCULO 140.2 LPI PARA LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL

El artículo 140.2 LPI establece tres elementos para la cuantificación del daño moral: (i) *las circunstancias de la infracción*; (ii) *la gravedad de la lesión* y (iii) *el grado de difusión ilícita de la obra*.

Dicho precepto, también en este extremo, guarda cierta semejanza con el artículo 9.3 LOHIP, que igualmente proporciona criterios para cuantificar el daño moral: (i) *las circunstancias del caso* y (ii) *la gravedad de la lesión*. La diferencia entre uno y otro precepto radica en que mientras que el artículo 140.2 a) LPI proporciona, para cuantificar el daño moral, tres elementos autónomos situados a un mismo nivel, en el artículo 9.3 LOHIP el criterio de la *difusión* sirve para valorar los otros dos (*las circunstancias del caso* y *la gravedad de la lesión*)¹²⁹.

Del análisis de las resoluciones judiciales dictadas hasta la fecha sobre obra arquitectónica (y obras plásticas) se desprende que nuestros Juzgados y Tribunales tienen en cuenta dichos criterios a la hora de fijar la indemnización por daño moral pero, en la mayoría de los casos, lo hacen de un modo genérico¹³⁰. Es

¹²⁷ **Sentencias de 23 de junio de 2005** [AC 2006\1174] y **5 marzo de 2004** [AC 2004\479] de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª).

¹²⁸ En este sentido, A. CARRASCO PERERA, quien ha criticado firmemente la actual redacción del artículo 140 LPI, ha propuesto la siguiente interpretación del artículo: «*Producida la infracción de un derecho moral de los enumerados en el artículo 14 [...] se presumirá que esta infracción de un derecho moral produce un daño moral*», op. cit., página 1701. La regla propuesta también parece admitirla M. CLEMENTE MEORO, op. cit., página 814. Vid. al respecto la **Sentencia de 10 de septiembre de 2003 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª)** [AC 2003\1894], la **Sentencia de 9 de junio de 2003 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª)** [AC 2003\2345] y la **Sentencia de 28 de enero de 2000 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª)** [AC 2000\134].

¹²⁹ Nótese que la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE número 152, de 23 de junio de 2010), que entró en vigor el día 23 de diciembre de 2010, ha venido a modificar a través de su Disposición Final Segunda la actual redacción del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo. En su nueva redacción el artículo 9.3 elimina cualquier referencia al «*beneficio que haya obtenido el causante de la lesión*» como elemento de valoración. Por el contrario, dicho beneficio ha pasado a incorporarse al nuevo artículo 9.2 por el que se le otorga al perjudicado el derecho a apropiarse «*del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos*».

¹³⁰ Véanse, a modo de ejemplo y sin ánimo de exhaustividad, la **Sentencia de 23 octubre de 2001 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil)** [RJ 2001\8660], **Sentencia de 22 abril de 1998 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil)** [RJ 1998\2598], **Sentencia de 28 de marzo de 2006 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª)** [AC 2006/1723], **Sentencia de 17 noviembre de 2004 de Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª)** [AC 2005\86], **Sentencia de 13 octubre de 2003 de la Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección 1ª)** [AC 2004\369],

decir, fijan el monto indemnizatorio por daño moral con base a dichos criterios, pero sin efectuar un análisis pormenorizado *in casu* de cada uno de ellos¹³¹.

En contraste con lo anterior, no son pocas las Sentencias en las que se aprecia un notable esfuerzo de los órganos jurisdiccionales por fundamentar y llenar de contenido, ante un supuesto concreto, cada uno de los tres conceptos jurídicos indeterminados que emplea el dictado del artículo 140.2 a) LPI («*las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra*»).

En lo que se refiere al primero de los elementos, el de las «*circunstancias de la infracción*», éstas han sido empleadas en algunos casos por nuestros Tribunales como un factor mitigador de la gravedad de la lesión producida y, por ende, como un elemento atenuante de la responsabilidad derivada de la infracción¹³². Mención especial a este respecto merece la **Sentencia de 13 octubre de 2004 de Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 3ª)**¹³³, sobre la **reproducción no consentida de obras escultóricas en publicidad, en la que la pasividad —aquiescencia— del actor durante ocho meses se tuvo en cuenta como una de las «circunstancias de la infracción»** y condujo a la Audiencia Provincial a reducir la indemnización fijada en la instancia¹³⁴. Un

Sentencia de 30 mayo de 2003 de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 5ª) [AC 2003\1517] y **Sentencia de 28 de mayo de 2003 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª)** [AC 2003\960].

¹³¹ CARRASCO PERERA parece interpretar que esta realidad responde al juicio de prudencia que el Juzgador realiza en cada caso conforme a sus máximas de experiencia, de ahí que «[n]o hay que prestar excesiva importancia a la interpretación literal de este tipo de normas. Es claro que en este terreno la jurisprudencia operará con el mismo nivel de discrecionalidad que ha puesto de manifiesto en el ámbito de los bienes de la personalidad», op. cit., página 1703. Al respecto, puede verse también la **Sentencia de 13 de octubre de 2004 de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 3ª)** [JUR 2004\303499] cuyos términos parecen apuntar en esa misma dirección: «*En esta materia, dado que la indemnización comprende tanto los perjuicios económicos como el daño moral, se hace inevitable cierto grado de discrecionalidad judicial, valorando conceptos jurídicos indeterminados legales tales como «las circunstancias de la infracción», «gravedad de la lesión» y «grado de difusión de la obra» cuya utilización no ha sido autorizada por el autor.*».

¹³² En la **Sentencia de 12 de julio de 2004 de la Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1ª)** [AC 2004\1737], relativa a la restauración no consentida por el autor de una imagen destinada a estar expuesta en una capilla y para procesiones de Semana Santa, la Audiencia tuvo en cuenta la circunstancia de que «[...] *al tiempo de la restauración del año 2001 [el autor] no estaba en condiciones de restaurarla ni de dirigir las correspondientes operaciones.*». En consecuencia, la Audiencia mantuvo la cuantía indemnizatoria fijada prudencialmente en consideración de las circunstancias concurrentes por el Juzgado de Primera Instancia.

¹³³ JUR 2004\303499.

¹³⁴ En el mencionado *Caso Calatrava* la parte demandada también alegó la pasividad del actor, pero no como elemento a tener en cuenta dentro de las «*circunstancias de la infracción*» a la hora de fijar la indemnización, sino como base para argumentar que la acción de Calatrava había prescrito. En efecto, antes de que el Ayuntamiento de Bilbao instalase la pasarela de Isozaki origen del litigio, durante unos meses se instaló una pasarela provisional de mecanotubo que supuso la eliminación de parte de la barandilla del puente *Zubi Zuri*. Calatrava toleró la pasarela *provisional* y solamente interpuso su demanda cuando se instaló la pasarela *permanente* de Isozaki. En consecuencia, la parte demandada alegó que, al haberse producido la alteración de la obra en 1997, la acción indemnizatoria ejercitada por el actor estaría prescrita en virtud de lo dispuesto en el artículo 140.3

segundo ejemplo es la **Sentencia de 3 de noviembre de 1992 de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 1ª)**¹³⁵, relativa a la destrucción de un mural cerámico adherido a una fachada con ocasión de la transformación de un edificio (antes hospital) en hotel. En este caso, la Audiencia Provincial tuvo en cuenta «como circunstancia mitigadora de la antijuridicidad el instinto —fallido— [...] de salvar la integridad del mural cuyo valor especial al menos se intuía». En otros supuestos, en cambio, las «circunstancias de la infracción» han servido para confirmar la valoración del daño moral efectuada en la instancia¹³⁶.

En el *Caso Calatrava*, de los tres elementos mencionados para calcular el montante de la indemnización, el de las «circunstancias de la infracción» fue, sin duda, el más favorable a los codemandados pues la alteración operada en la balaustrada del *Zubi Zuri* no obedeció a cuestiones puramente estéticas o a la libérrima voluntad del Ayuntamiento de Bilbao, sino que vino motivada «[...] por la ejecución de un plan administrativo sobre ordenación urbanística de la ciudad que facilitara el paso de los ciudadanos y les acercara al centro de la villa, lo que a la postre era un servicio público [...]»¹³⁷. La alteración de la obra en ejecución de un plan urbanístico para atender a un interés público es una *circunstancia*

LPI y el artículo 1.969 del Código Civil. La **Sentencia de 10 de marzo de 2009 de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª)** [AC 2009\225] ratificó la decisión desestimatoria del Juzgado de instancia por sus propios fundamentos. Tras recordar «[...] el tratamiento restrictivo que, en general, hay que dar a la excepción de prescripción [...]», la Audiencia consideró que cuando se instaló el mecanotubo «[...] el plazo prescriptivo del artº 1.969 del Código Civil no podía darse todavía como iniciado». En definitiva, tal y como hizo el Juzgado de instancia, la Audiencia Provincial fijó el *dies a quo* «[...] en el momento en que se concluye la ejecución definitiva de la obra proyectada por el Sr. Isozaki, a la que se atribuye la conculcación del derecho moral de autor del accionante» (FJ 4º SAPV). Cuando se instaló la pasarela provisional de mecanotubo que causó el daño a la barandilla del *Zubi Zuri* no tenía por qué descartarse que el Ayuntamiento «[...] solicitara de nuevo la colaboración profesional del Sr. Calatrava para el levantamiento del resto del acceso peatonal definitivo hasta la Alameda de Mazarredo» (FJ 4º SAPV). Por eso carecía de sentido que Calatrava hubiera ejercitado su acción en aquel momento. Una vez se consumó la alteración de la obra, esto es, una vez se construyó la pasarela permanente de Isozaki, el actor pudo ejercitar su acción. El hecho de que tolerase el mecanotubo estaba plenamente justificado. Hubiera carecido de sentido castigarle con la prescripción de su acción por una inactividad que le imponía la propia ley.

¹³⁵ La Ley 12413/1992.

¹³⁶ Tal es el caso de la **Sentencia de 13 octubre de 2003 de la Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección 1ª)** [AC 2004\369] que confirmó la indemnización fijada por el Juez de Primera Instancia en los siguientes términos (Fundamento de Derecho Tercero): «En el caso presente, en atención a los criterios expuestos, no procede acoger el motivo de impugnación aducido [...], por lo que sus argumentaciones no desvirtúan la cuantificación de la instancia habiendo procedido la juez a moderar la apuntada por el perito en relación con las circunstancias objetivas concurrentes, las cuales afloran de los propios hechos que se estimaron acreditados, a saber, prestigio del actor como artista, importancia de la obra desaparecida en sí misma considerada y en la trayectoria artística del demandante, total destrucción de aquélla, publicidad y notoriedad de dicho atentado, datos que revelan la trascendencia del ataque a la integridad de la obra y, por ende, al derecho moral de autor del apelado; [...]».

¹³⁷ Vid. Fundamento Jurídico Noveno de la **Sentencia de 10 de marzo de 2009 de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª)** (Caso Calatrava) [AC 2009\225].

que indudablemente pesó en la decisión de la Audiencia Provincial de Vizcaya al fijar el montante de la indemnización por daño moral.

La «*gravedad de la lesión*», segundo elemento para cuantificar el daño moral, también ha sido tomada en consideración en algunas de las contiendas que han tenido que resolver nuestros Tribunales. Tal es el caso de la **Sentencia de 14 de octubre de 2003 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª)**, a propósito de unas fotografías realizadas como homenaje a la mujer cubana utilizadas de forma no consentida para ilustrar un artículo de la revista *Tiempo* sobre la prostitución en Cuba, en la que la *gravedad de la lesión* sobre el mural fotográfico fue la razón fundamental para incrementar considerablemente la indemnización fijada en instancia¹³⁸. Contrasta esta resolución con la **Sentencia de 28 de enero de 2000 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª)**¹³⁹ en la que, a pesar de pronunciarse y admitir expresamente la *gravedad de la lesión* (omisión del nombre del autor y publicación de dos fotografías de forma invertida) el *quantum* indemnizatorio fue reducido notablemente.

Por el contrario, en aquellos otros casos donde la entidad del daño moral ha sido mínima, la escasa *gravedad de la lesión* ha comportado que las condenas indemnizatorias hayan sido confirmadas o rebajadas, según el caso. A este respecto pueden verse, entre otras, la **Sentencia de 2 de diciembre de 2002 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9ª)**¹⁴⁰ y la **Sentencia de 17 de febrero de 1996 de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 2ª)**¹⁴¹.

En el *Caso Calatrava* el criterio de la «*gravedad de lesión*» fue debidamente ponderado por la Audiencia Provincial de Vizcaya, que acabó considerando —o así

¹³⁸ AC 2004\833, Fundamento de Derecho Octavo: «[...] la *gravedad de la lesión* es relevante pues se cambia totalmente el espíritu de la obra y se arroja una imagen sobre la misma, y por tanto sobre su autor, muy poco gratificante, hecho que ha condicionado las perspectivas artísticas del demandante que ha visto obstaculizada su idea de culminar la serie de murales de personajes, que el mismo denomina «paisajes humanos», que estaba llevando a cabo en Cuba».

¹³⁹ AC 2000\134, Fundamento de Derecho Noveno: «[...] la *gravedad de la lesión* resulta evidente. Un buen número de titulares de derechos intelectuales cedería más gustosamente los derechos pecuniarios derivados de su obra que los morales, y ello sucedería en este supuesto en el que, a buen seguro, la actora perseguía, no tanto la contraprestación económica pactada, como la notoriedad que el calado del proyecto iba a representarle».

¹⁴⁰ JUR 2003\126629. Dicha Sentencia, relativa a la aparición no consentida de un cuadro en una película, rebajó la cuantía de la indemnización fijada en la instancia al considerar, en el Fundamento de Derecho Cuarto, que «[...] la *visión de la película* evidencia que la *pintura* no ha recibido ningún trato vejatorio, humillante, desconsiderado o de carácter peyorativo [...] por lo que el único quebrando anímico o espiritual apreciable [...] se circunscribe la aparición del cuadro de manera diferente a la por ella deseada [...] *daño moral* atendible pero mínimo».

¹⁴¹ AC 1996\386. Aunque sin hacer referencia expresa al criterio de la *gravedad de la lesión*, así se infiere, *sensu contrario*, de los términos empleados en el Fundamento de Derecho Cuarto: «[...] como precisa la *sentencia recurrida*, fundamento jurídico 7, no hay dato alguno del que se infiera perjuicio a los intereses del autor o a su buena reputación, toda vez que la *talla* se encuentra actualmente en su estado original, sin que las manipulaciones que se recogen en el informe pericial puedan ser percibidas a simple vista por persona no especialista en la materia».

se infiere de su Sentencia— que la lesión a la integridad de la obra, consistente en la destrucción de parte de la barandilla del *Zubi Zuri* y en el adosamiento al puente de la pasarela de Isozaki, no revestía especial *gravedad*, lo que permitía vaticinar ya una indemnización por daños morales de escasa cuantía. Así, la Audiencia Provincial de Vizcaya declara que «[...] *el puente ideado por el Sr. Calatrava ha sido objeto de la alteración, con la pérdida de su integridad y el confusionismo de estilos arquitectónicos que objetivamente constan y que han sido declarados tanto por el Juzgado de instancia como por esta Sala*», esto es, la existencia de la lesión al derecho a la integridad. No obstante lo anterior, estima que la lesión sobre el *Zubi Zuri* no reviste *gravedad*: «[...] *aún siendo esto así, también es verdad que no ha sido afectado ni en su trazado, ni en la mayor parte de su estructura, ni en sus accesos mediante rampa y escaleras en ambas orillas, ni en su denominación habitual de «Puente Zubi Zuri» o «Puente de Calatrava» haciendo expresa referencia a su autor*»¹⁴². Por todo lo cual, acaba sentenciando que «[...] *en su consecuencia, el vocablo «gravedad» en relación a la infracción que la pasarela Isozaki comporta, hay que llevarlo a sus justos términos*»¹⁴³.

Finalmente, el tercero de los elementos para cuantificar el daño moral, el «*grado de difusión ilícita de la obra*», ha sido empleado igualmente en numerosas Sentencias en las que el mayor o menor importe indemnizatorio fijado está en relación directa con el mayor o menor alcance territorial y grado de difusión entre el público del concreto medio infractor empleado (en su mayoría, revistas y periódicos)¹⁴⁴. Así, podemos presumir que la reproducción de una obra

¹⁴² Aunque así fuese en este supuesto, no puede descartarse *a priori* que una alteración aislada sobre uno de los elementos sustanciales y más característicos de una obra afecte a la obra tal y como fue concebida en su conjunto y, por tanto, modifique el efecto perseguido por el autor en su creación. Así, por poner un ejemplo, si se destruyera el delgado cayado de la escultura *El profeta* de Pablo Gargallo, dicha alteración, si bien lo sería sólo de una parte de esta colosal figura metálica de más de dos metros de altura, modificaría sustancialmente el impacto que produce la obra en su conjunto. La sensación de firmeza, decisión y autoridad que transmite la escultura se vería irremediamente afectada, por no hablar de la pérdida de las connotaciones religiosas y culturales que el bastón o cayado confiere a la obra.

¹⁴³ Vid. Fundamento Jurídico Noveno de la **Sentencia de 10 de marzo de 2009 de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª)** (Caso Calatrava) [AC 2009\225].

¹⁴⁴ La **Sentencia de 10 de septiembre de 2003 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª)** [AC 2003\1894], relativa a la publicación no consentida y sin mencionar al autor de unas fotografías subacuáticas manipuladas, valoró «*la importancia del medio en el que se efectuó la difusión (el semanal Blanco y Negro, editado por Prensa Española, SA), cuya tradición, importancia y asentamiento en el mercado determina que la obra cuyos derechos se infringieron fuese puesta a disposición de un gran número de lectores*». En esta misma línea, la **Sentencia de 10 de octubre de 2003 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª)** [AC 2003\1895], sobre la inserción no consentida por el autor de la fotografía de un zorro manipulada para ridiculizar a una Ministra del Gobierno de España, tuvo en cuenta el medio en que efectuó la difusión de la infracción, la revista *El Jueves*, «[...] *cuya tradición y asentamiento en el mercado determina que la obra cuyos derechos se infringieron fuese puesta a disposición de un gran número de lectores*». Por el contrario, la mencionada **Sentencia de 14 de octubre de 2003 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª)** [AC 2004\833], sobre las fotografías de mujeres cubanas, consideró que «[...] *al analizar el grado de difusión de la lesión es el único punto que nos hace ser más parcios en la indemnización, pues [...] la revista no se comercializa fuera de España y no podemos negar que*

arquitectónica «deformada», «modificada» o «alterada» en una revista técnica altamente especializada será «castigada» con una menor indemnización por daño moral que si dicha reproducción tiene lugar en el suplemento dominical de cualquier diario de tirada nacional y viceversa.

En el *Caso Calatrava*, dada su condición de arquitecto e ingeniero de reconocido prestigio, como es de ver en sus «[...] *más de 20 galardones internacionales y sus 14 investiduras como Doctor Honoris Causa*»¹⁴⁵ que él mismo se había encargado de resaltar en su escrito de demanda, cabía imaginar —aparentemente— que el «*grado de difusión ilícita de la obra*» debería jugar a su favor. Sin embargo, lo cierto es que no fue así.

Y no podía ser así porque no deben confundirse en esta cuestión dos extremos distintos: (i) el grado de difusión de la obra, con (ii) el grado de *difusión ilícita de la obra*, que es lo que parece exigir el artículo 140.2 a) *in fine* LPI.

De ahí que a la dirección letrada de Calatrava no le correspondiera acreditar que el *Zubi Zuri* es un puente notoriamente conocido, ni tampoco los méritos académicos y profesionales acumulados por su autor, sino el grado de difusión de la infracción, a saber, la alteración del *Zubi Zuri* al haber sido retirada parte de su balaustrada.

No habiendo sido así, la **Sentencia de 10 de marzo de 2009 de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª)** reprocha al actor no haber aportado —pues a él le correspondía *ex* artículo 217 LEC— ningún tipo de prueba para acreditar este hecho. Así las cosas, fácilmente se comprende que la Audiencia Provincial de Vizcaya concluya que «[...] *a falta de la correspondiente prueba, parece que la divulgación del ataque a su derecho moral sobre la obra se ha extendido al entorno de la ciudad de Bilbao en el que aquella se ubica y poco más; y, si no era así, se insiste en que el Sr Calatrava era el obligado a probarlo por lo que la falta de las pruebas sobre la real difusión del perjuicio sólo al recurrente ha de perjudicar*»¹⁴⁶.

No obstante, a pesar del notable esfuerzo de nuestros Juzgados y Tribunales por dotar, como hemos visto, de contenido a cada uno de los elementos del artículo 140.2 a) *in fine* LPI para cuantificar el daño moral, en lo que respecta a la fijación de la cuantía de la indemnización por este concepto no es posible

este aspecto evitó la agravación del daño [...]». Finalmente, la **Sentencia de 25 de noviembre de 2002 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª)** [JUR 2003\72797], relativa a la reproducción no consentida de una fotografía tomada por el actor, fijó prudencialmente una indemnización de 300,51 € al tener en cuenta, entre otros factores, «[...] *lo limitado de la divulgación del periódico en el que se insertó, con difusión restringida a visitantes o residentes de habla sueca en la isla de Tenerife*».

¹⁴⁵ Vid. **Sentencia de 23 de noviembre de 2007 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao** (Caso Calatrava) [AC 2007\2062], Fundamento de Derecho Segundo.

¹⁴⁶ Vid. **Sentencia de 10 de marzo de 2009 de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª)** [AC 2009\225], Fundamento de Derecho Noveno.

en la práctica apuntar siquiera una regla general o cuantía mínima, pues dependerá de las circunstancias concretas de cada caso y del juicio prudente del Juez predeterminado por la Ley.

A continuación, en la siguiente tabla reproducimos algunos de los casos más recientes sobre obra arquitectónica (y obra plástica) en los que se ha estimado la vulneración del derecho moral a la integridad de la obra. La tabla muestra (cuando dicha información está disponible) las cifras relativas a (i) la cuantía reclamada por la parte actora en su escrito de demanda; (ii) la cuantía finalmente otorgada, como indemnización, por el órgano jurisdiccional; y (iii) la relación porcentual entre ambas cifras:

<i>Sentencia</i>	<i>Cuantía reclamada</i>	<i>Cuantía otorgada</i>	<i>Porcentaje</i>
Sentencia de 28 enero 2000 del Tribunal Supremo	55.500.000 pesetas (por daños materiales y morales)	4.200.000 pesetas (3.700.000 por daño material y 500.000 por daño moral)	7,5%
Sentencia de 15 diciembre 1998 del Tribunal Supremo	10.500.000 pesetas	Valoración se determinará en ejecución de sentencia	—
Sentencia de 22 abril 1998 del Tribunal Supremo	50.000.000 pesetas	7.000.000 pesetas	14%
Sentencia de 20 febrero 1998 del Tribunal Supremo	Precio del contrato (5.000.000 pesetas)	Valoración se determinará en ejecución de sentencia	—
Sentencia de 3 junio 1991 del Tribunal Supremo	Petición indemnizatoria cuya fijación se deja a discrecionalidad del juzgador.	1.000.000 pesetas	—
Sentencia de 10 marzo 2009 de la Audiencia Provincial de Vizcaya	3.000.000 €, si la pasarela se mantenía en pie	30.000 €	1%
Sentencia de 28 marzo 2006 de la Audiencia Provincial de Barcelona	349.657 € (por daños materiales y morales)	90.714 €	25,9%
Sentencia de 12 julio 2004 de la Audiencia Provincial de Salamanca	48.100 €	6.000 €	12,5%
Sentencia de 14 octubre 2003 de la Audiencia Provincial de Madrid	90.000 €	42.000 €	46,6%
Sentencia de 13 octubre 2003 de la Audiencia Provincial de Guadalajara	Sólo consta que era superior a la otorgada	300.000 €	—

<i>Sentencia</i>	<i>Cuantía reclamada</i>	<i>Cuantía otorgada</i>	<i>Porcentaje</i>
Sentencia de 10 octubre 2003 de la Audiencia Provincial de Barcelona	3.000.000 € (por daños materiales y morales)	3.005,06 €	0,1 %
Sentencia de 10 septiembre 2003 de la Audiencia Provincial de Barcelona	6.010,02 €	6.010,02 €	100%
Sentencia de 28 mayo 2003 de la Audiencia Provincial de Barcelona	10.000.000 pesetas	10.000.000 pesetas	100%
Sentencia de 9 octubre 2000 de la Audiencia Provincial de Madrid	No consta	1.000.000 pesetas	—
Sentencia de 28 enero 2000 de la Audiencia Provincial de Barcelona	14.000.000 pesetas	1.000.000 pesetas	7,1 %
Sentencia de 3 noviembre 1992 de la Audiencia Provincial de Cantabria	5.000.000 pesetas	150.000 pesetas	3%

El contenido de esta tabla, interpretado a la vista de las resoluciones judiciales existentes sobre la materia, permite alcanzar dos conclusiones. La primera es que, en la mayor parte de los casos, la amplitud petitoria de la partes por daño moral se ve notablemente reducida por nuestros órganos jurisdiccionales, existiendo una cierta tendencia de las Audiencias Provinciales a rebajar las condenas por daño moral fijadas en instancia. La segunda es que no existe un *corpus* jurisprudencial consolidado que haya definido un patrón básico sobre cuánto debe otorgarse, como indemnización por daño moral, al autor en caso de vulneración del derecho a la integridad, sino sólo pronunciamientos puntuales que, más allá del amplio margen para la discrecionalidad judicial, responden a las circunstancias concretas de cada caso. Lo cual, por otra parte, resulta comprensible, atendido el dictado del artículo 140.2 a) LPI.

Sirva de ejemplo de lo anterior el *Caso Calatrava*, en el que la Audiencia Provincial de Vizcaya fijó a favor del actor una indemnización por daño moral de 30.000 € o, lo que es lo mismo, el 1% de lo reclamado (3.000.000 €). Aunque los criterios legales para la cuantificación del daño moral están claros, quedarán a la sombra de lo desconocido las concretas razones¹⁴⁷ que llevaron a

¹⁴⁷ Obsérvese que el artículo 43.5 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (BOE número 294, de 8 de diciembre de 2001) establece una presunción legal de daños y perjuicios en caso de violación de una marca equivalente al 1% de la cifra de negocios del infractor en los siguientes términos: «El titular de la marca cuya violación hubiera sido declarada judicialmente tendrá, en todo

la Audiencia Provincial de Vizcaya a estimar adecuada, prudente y ponderada una indemnización a favor de Calatrava del 1% de lo reclamado que convierte su victoria más en *moral* que en real¹⁴⁸.

V. LÍMITE DE LAS OBRAS SITUADAS EN VÍAS PÚBLICAS

«C'est ici, c'est l'église de Balbec. Cette place qui a l'air de savoir sa gloire est le seul lieu du monde qui possède l'église de Balbec. Ce que j'ai vu jusqu'ici c'était des photographies de cette église, et, de ces Apôtres, de cette Vierge du porche si célèbres, les moulages seulement. Maintenant c'est l'église elle-même, c'est la statue elle-même, ce sont elles; elles, les uniques: c'est bien plus»¹⁴⁹.

Marcel Proust (1871-1922)

À l'ombre des jeunes filles en fleurs

1. INTRODUCCIÓN

Los japoneses sienten una atracción irresistible por Antoni Gaudí¹⁵⁰. Fruto de esta fascinación por el arquitecto catalán nace el fenómeno, conocido por todos los que vivimos en Barcelona, de los numerosos grupos de turistas nipones que, *armados* con sus cámaras de tecnología punta, fotografían continuamente obras como la Pedrera, la Sagrada Familia y el Parc Güell, poderosos reclamos turísticos.

caso y sin necesidad de prueba alguna, derecho a percibir en concepto de indemnización de daños y perjuicios el 1 por 100 de la cifra de negocios realizada por el infractor con los productos o servicios ilícitamente marcados. El titular de la marca podrá exigir, además, una indemnización mayor si prueba que la violación de su marca le ocasionó daños o perjuicios superiores, de acuerdo con lo dispuesto en los apartados anteriores». Acaso la Audiencia Provincial de Vizcaya, ante la comentada falta de prueba del actor, se inspirase en el prudente criterio del legislador marcario.

¹⁴⁸ Vid. al respecto R. CASAS VALLÉS, «El Caso Calatrava o Zubi Zuri ¿Una victoria pírrica en apelación?», *Boletín informativo*, Instituto Interamericano de Derecho de Autor, abril de 2009, en http://www.iidautor.org/documents/doctrina/2009/09_abril_casas_valles.pdf.

¹⁴⁹ «Ésta, ésta es la iglesia de Balbec. Este sitio, que parece consciente de su gloria, es el único lugar del mundo que posee la iglesia de Balbec. Hasta ahora lo que he visto no eran más que fotografías de esta iglesia, de estos Apóstoles, de esa Virgen del pórtico, tan célebres, o vaciados. Pero ahora veo la iglesia misma y las estatuas de verdad; son ellas, las únicas, y esto ya es ver mucho más». Marcel Proust, *A la sombra de las muchachas en flor*, Madrid, Alianza Editorial, 2006, traducción de Pedro Salinas.

¹⁵⁰ Con motivo del Año Internacional Gaudí 2002, la Casa Asia organizó una exposición en Barcelona titulada «Gaudí visto por la retina japonesa» que examinó las relaciones entre Gaudí y el Japón. El prestigioso arquitecto Arata Isozaki colaboró en la elaboración del catálogo de la exposición. Por lo visto, si bien Gaudí ya era conocido por los arquitectos nipones a mediados del siglo pasado, el espectacular reconocimiento de su obra en el Japón se produjo en los años ochenta a raíz de un popular anuncio de televisión que sugería analogías entre la obra del arquitecto catalán y la tradición japonesa. Para más información al respecto, véase la información sobre exposiciones en la página web de Casa Asia (<http://www.casaasia.es/>).

Desde el punto de vista de la propiedad intelectual y en concreto, de la obra arquitectónica, este fenómeno plantea una cuestión interesante. ¿Pueden reproducirse libremente las obras arquitectónicas ubicadas en la vía pública? ¿Infringe los derechos de autor un turista que fotografía la Torre Agbar? ¿Un artista que retrata el puente *Zubi Zuri*? ¿Un comerciante que vende postales del Museo Guggenheim Bilbao?

En el ámbito internacional, el artículo 9.2 del Convenio de Berna contiene una remisión a las legislaciones de los Estados Miembros en cuanto a la posibilidad de permitir en casos de este tipo la libre reproducción de obras protegidas. En el Derecho comparado existen varias normas que contienen este límite a los derechos de autor, si bien con distinto alcance y matices¹⁵¹. En España, pensando en situaciones de este tipo se redactó el artículo 35.2 LPI que prevé un límite a los derechos de explotación susceptible de ser aplicado a la obra arquitectónica.

2. EL LÍMITE DE LAS OBRAS SITUADAS EN VÍAS PÚBLICAS

El artículo 35.2 LPI ha permanecido inalterado en su redacción en los últimos 20 años¹⁵². Durante la tramitación parlamentaria de la LPI de 1987 se propusieron dos enmiendas de supresión¹⁵³ que fueron desestimadas¹⁵⁴ y, tras un

¹⁵¹ Muchas leyes de propiedad intelectual extranjeras mencionan expresamente las obras arquitectónicas en sus artículos equivalentes a nuestro artículo 35.2 LPI. Sin ánimo de exhaustividad, destacamos las siguientes: Alemania (Ley sobre derecho de autor y derechos vecinos de 1965 -artículo 59); Australia (Ley de derecho de autor de 1968 -Parte III, División 7, Sección 66); Austria (Ley sobre el derecho de autor de 1936 -artículo 54); Canadá (Ley de derecho de autor de 1985, -artículo 32.2(1) (b)); Colombia (Ley sobre derechos de autor de 1982 -artículo 39); Dinamarca (Ley sobre derecho de autor de 1995 -Sección 24 (3)); Estados Unidos (Ley de derecho de autor de 1976 —Capítulo 1, Sección 120—, tras la reforma introducida por la Ley de protección de las obras de arquitectura de 1990); India (Ley sobre derecho de autor de 1957 -artículo 52); Japón (Ley sobre derecho de autor de 6 de mayo de 1970 -artículo 46); Portugal (Código de derecho de autor y derechos conexos de 1985 -artículo 75) y Reino Unido (Ley de derecho de autor, diseños y patentes de 1988 -artículo 62).

¹⁵² Ahora bien, el artículo 35 de la vieja Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987 (BOE número 275, de 17 de noviembre de 1987) regulaba únicamente el límite de las obras situadas en vías públicas. La Ley 5/1998, de 6 de marzo, de incorporación al Derecho español de la Directiva 96/9/CE, de 11 de marzo de 1996, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la protección jurídica de las bases de datos (BOE número 57, de 7 de marzo de 1998), supuso la incorporación del primer apartado del vigente artículo 35 (anteriormente ubicado en el artículo 34), relativo a las informaciones sobre acontecimientos de la actualidad.

¹⁵³ BOCG, Congreso de los Diputados, III Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 11 de febrero de 1987, número 14-6, páginas 58 y 126. Las enmiendas 82 y 335 se presentaron en el Congreso por A. IU-EC (Grupo Mixto) y el Grupo Minoría Catalana (firmante: Miquel Roca i Junyent) con la misma Justificación: «Atenta directamente contra el derecho de propiedad intelectual».

¹⁵⁴ Vid. el Informe de la Ponencia, BOCG, Congreso de los Diputados, III Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 22 de abril de 1987, número 14-7, página 147: «Mantiene la Ponencia el texto por no haberle convencido el criterio que, favorable a la supresión, constaba en las enmiendas números 82, del G. P. Mixto (A. IU-EC), y 334, del G. P. Minoría Catalana».

interesante debate¹⁵⁵, el artículo fue aprobado con idéntico texto por la Comisión de Educación y Cultura del Congreso¹⁵⁶. Ante el Senado tampoco sufrió modificación alguna¹⁵⁷, siendo aprobado definitivamente por el Congreso de los Diputados¹⁵⁸ en su texto vigente:

«Las obras situadas permanentemente en parques, calles, plazas u otras vías públicas pueden ser reproducidas, distribuidas y comunicadas libremente por medio de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales».

La primera cuestión que suscita la obra arquitectónica es si a la misma le resulta de aplicación el límite de las *obras situadas en la vía pública* previsto en el artículo 35.2 LPI.

La respuesta a esa cuestión pasa por interpretar qué debe entenderse por «obra» a los efectos del artículo 35.2 LPI. A la consideración que debe merecer la obra arquitectónica como creación intelectual ya nos hemos referido anteriormente en este trabajo, por lo que no resulta necesario ahora extenderse de nuevo en ello. Hoy en día es cuestión pacífica entre la doctrina que el límite del artículo 35.2 LPI incluye también la obra arquitectónica¹⁵⁹. No obstante, sí resulta

¹⁵⁵ Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Educación y Cultura, III Legislatura, 12 de mayo de 1987, número 128, página 4847. El señor García Fonseca, de Izquierda Unida, afirmó: «No vemos su necesidad y pensamos, por el contrario, que puede ser atentatorio contra los derechos de propiedad intelectual». A lo que el señor Jover Presa, del Grupo Minoría Catalana, respondió: «Obviamente, si aquí se establece una limitación y ésta desaparece, quiere decir que se mantiene la regla general y que, por lo tanto, estas obras que están permanentemente en parques públicos no podrían ser reproducidas si no es con la autorización del autor. Obviamente, eso quiere decir la enmienda, y me parece que si se aceptase esta enmienda conduciría a una norma de imposible aplicación. No vamos a poner un policía en cada estatua, en cada escultura que haya en cualquier vía pública para impedir que un turista la fotografíe. Me parece que es una norma de absoluta imposibilidad de aplicación y creo yo que, por sí misma, excluye su votación favorable».

¹⁵⁶ BOCG, Congreso de los Diputados, III Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 25 de mayo de 1987, número 14-10, página 191.

¹⁵⁷ BOCG, Senado, III Legislatura, Serie II: Textos Legislativos, 23 de septiembre de 1987, número 94 (d), página 119: «En el artículo 35, la enmienda número 113 es rechazada por unanimidad». La enmienda 113 se había presentado en el Senado por el Grupo Parlamentario de Convergencia i Unió (firmante: Ramón Trias i Fargas) con la siguiente Justificación: «Atenta directamente contra el derecho de propiedad intelectual». Vid. BOCG, Senado, III Legislatura, Serie II: Textos Legislativos, 7 de septiembre de 1987, número 94 (c), página 82.

¹⁵⁸ BOCG, Congreso de los Diputados, III Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 2 de noviembre de 1987, número 14-13, página 270.

¹⁵⁹ Vid., por todos, C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «Comentario a los artículos 35 a 37 LPI», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 3ª edición, 2007, página 620. Es cierto que, en su momento, sí existió cierta polémica doctrinal. Así, R. DE ÁNGEL YAGÜEZ entendió que era lícita la utilización ocasional y accesoria de una obra arquitectónica, no al amparo del artículo 35 LPI (que no la menciona expresamente, al contrario que otras legislaciones) sino por las exigencias de la buena fe y la prohibición del abuso de derecho (artículo 7 Código Civil) en R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, «Comentario al artículo 35», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 1ª edición, 1988, página 555.

oportuno traer a colación dos argumentos adicionales que se han esgrimido a favor de su inclusión:

- a) Los términos del artículo 35.2 LPI son tan genéricos que su propia letra permite considerar incluida a la obra arquitectónica, en tanto que *obra*; y
- b) En segundo lugar, la dicción de la Directiva 2001/29, cuyo artículo 5.3.h) se refiere expresamente a las obras de arquitectura como aquéllas a las que puede afectar la excepción, avalaría la anterior interpretación¹⁶⁰.

Las obras a las que se refiere el artículo 35.2 LPI serán normalmente obras plásticas situadas al aire libre¹⁶¹. Por tanto, obras concebidas para resistir las inclemencias del tiempo, como podrán serlo las esculturas hechas de piedra y metal, pero también las obras de arquitectura o ingeniería¹⁶² —como obras plásticas aplicadas¹⁶³— pues, por más que deba hacerse una interpretación restrictiva del límite, nada impide la inclusión de éstas últimas¹⁶⁴. De hecho, en esta línea, es el propio artículo 35.2 LPI el que impone la exigencia de que la obra esté situada en una *vía pública*, lo que en la mayoría de los casos supondrá un emplazamiento al aire libre. Pero, ¿qué debe entenderse por «*vía pública*»?

El propio artículo 35.2 LPI realiza una enumeración («*parques, calles, plazas*») que debe entenderse como ejemplificativa por la propia cláusula de cierre con la que concluye su dictado: «*u otras vías públicas*». En un esfuerzo por siste-

¹⁶⁰ En este sentido, vid. S. MARTÍN SALAMANCA, «Comentario al artículo 35», en J. M. RODRÍGUEZ TAPIA (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2007, página 293. Recordemos, por otra parte, que, de conformidad con la jurisprudencia sentada por el **Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas** desde su **Sentencia de 13 de noviembre de 1990** (Caso Marleasing) [TJCE 1991/78], «el Juez nacional [...] está obligado a interpretar su Derecho nacional a la luz de la letra y de la finalidad» de las Directivas.

¹⁶¹ S. DÍAZ ALABART, «Comentario a los artículos 30, 31, 35 a 37, 39 y 41 LPI», en M. ALBALA-DEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Madrid, tomo V, vol. 4^o-A, Edersa, 1994, página 583.

¹⁶² Como puede verse, el límite del artículo 35.2 LPI se aplica a las obras plásticas y, por ende, a las obras de arquitectura. No ocurre lo mismo, en cambio, respecto de otras instituciones. Por ejemplo, la doctrina ha rechazado que los arquitectos puedan disfrutar del *droit de suite*, que reconoce a los artistas plásticos el «[...] derecho a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa que de [sus obras de artes plásticas] se realice» (artículo 24 LPI), bajo ciertas condiciones. CASAS VALLÉS considera que, a pesar del silencio de la LPI, debe entenderse que el *droit de suite* no es aplicable a las obras de arquitectura ni a las de ingeniería. «Lo contrario obligaría a recurrir al dictamen de expertos para establecer tanto el valor artístico de las construcciones como quiénes deben considerarse autores, algo terriblemente complicado y costoso». Vid. R. CASAS VALLÉS, «El Derecho de participación...», op. cit., página 114. G. BERCOVITZ se ha expresado en el mismo sentido. Vid. G. BERCOVITZ, op. cit., página 367.

¹⁶³ Vid. **Sentencia de 13 de octubre de 2003 de la Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección 1^o)**, Fundamento de Derecho Segundo [AC 2004\369].

¹⁶⁴ Del mismo parecer es G. BERCOVITZ, según el cual «[...] aunque el artículo 35 de la LPI no mencione expresamente las obras arquitectónicas, no creemos que deba plantear dudas su inclusión dentro de esta excepción. La ratio es la misma en ese caso, y las normativas de otros países que acojan este límite incluyen sin problemas los edificios y las obras de arquitectura», op. cit., página 404.

matizar esta cuestión, la doctrina ha barajado diversos criterios para determinar cuáles son las «*otras vías públicas*» a las que se refiere dicho precepto.

Por un lado, se ha señalado que el criterio que debe servir para determinar el carácter público de la ubicación debe ser el del *acceso público*, esto es, la posibilidad de tener acceso a la obra arquitectónica sin «*exigir ningún requisito o contrapartida*», si bien el límite se haría extensivo al caso de obras arquitectónicas que «*aún no encontrándose en un lugar público, son visibles total o parcialmente desde algún lugar público*»¹⁶⁵, pues forman parte del paisaje urbano. De acuerdo con este planteamiento:

- 1) Tanto el exterior como el interior de una obra arquitectónica de acceso público quedarían amparados por el límite del artículo 35.2 LPI; e, igualmente,
- 2) La obras arquitectónicas que no son de acceso público sólo estarían amparadas en cuanto a su exterior e interior, si éstos son visibles desde un lugar público¹⁶⁶.

Otro sector doctrinal, en cambio, considera que, aunque el criterio del *acceso público* podrá ser de utilidad en ciertos casos, será la *titularidad* del lugar (pública o privada) en el que se encuentra situada la obra la que determine su inclusión en el límite del artículo 35.2 LPI¹⁶⁷. Este criterio llevaría, por ejemplo, a excluir de la aplicación de dicho límite el interior de las iglesias, sin perjuicio de que la entrada a las mismas sea libre¹⁶⁸. No obstante lo anterior, no podemos dejar de señalar que, aunque ambas teorías se sobrepone en algunos casos, en otros, llevadas al extremo, podrían conducir a soluciones contradictorias.

A la vista de las diversas teorías propuestas, el énfasis del debate doctrinal parece haber recaído en el adjetivo utilizado por el artículo 35.2 LPI («*públicas*»), dejando en un segundo plano el sustantivo al que se califica, que nos parece fundamental: «*vías*»¹⁶⁹. Por otra parte, es importante advertir que el artículo 5.3.h) de la Directiva 2001/29/CE¹⁷⁰, a diferencia del artículo 35.2 LPI:

¹⁶⁵ S. DÍAZ ALABART, op. cit., páginas 585 y 586.

¹⁶⁶ En este sentido parece pronunciarse la **Sentencia de 28 de marzo de 2006 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª)** [AC 2006/1723], Fundamento de Derecho Décimo.

¹⁶⁷ De este parecer es C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO según la cual, si bien «[...] *el requisito de la onerosidad o gratuidad del acceso podrá servir de ayuda en ciertos casos [...] la condición esencial requerida por la Ley en este punto se circunscribe no tanto al acceso en sí mismo considerado, sino más bien a la propia titularidad del lugar en que se encuentra la obra*», vid. C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO «Comentario a los artículos 35 a 37 LPI», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 3ª edición, 2007, página 621. A esta opinión se adhiere S. MARTÍN SALAMANCA, «Comentario...», op. cit., página 294. En este mismo sentido, J.M. RODRÍGUEZ TAPIA y F. BONDÍA ROMÁN, op. cit., página 184.

¹⁶⁸ En apoyo de este criterio, vid. la **Sentencia de 28 de marzo de 2006 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª)** (Caso Sagrada Familia) [AC 2006, 1723].

¹⁶⁹ La Real Academia Española define «*vía*» como «*camino, por donde se transita*».

¹⁷⁰ Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información

- a) No emplea el término (más restrictivo) «*vías*» sino el (más amplio) de «*lugares*»¹⁷¹; y, además,
- b) Parece trasladar el peso del límite al elemento volitivo, esto es, cuál era la voluntad al concebir la obra («*obras [...] realizadas para estar situadas de forma permanente en lugares públicos*»)¹⁷², mientras que la LPI española atiende únicamente al elemento locativo de la obra («*obras situadas permanentemente*»)¹⁷³.

En consecuencia, cabría sostener, en una interpretación literal, que el límite, tal y como ha sido previsto por el legislador español, tiene un ámbito de aplicación más restringido, dando cobertura únicamente a aquellas obras arquitectónicas situadas en lugares por los que el público en general puede transitar, como por ejemplo, caminos, cañadas o carreteras públicas («*vías*»). Por otra parte, nada impide conjugar esta propuesta con el criterio de la *titularidad*, que parece ser el mayoritario. Además, esta alternativa estaría en plena consonancia con el artículo 56.2 LPI, con lo cual se resolvería el problema en lo que respecta al interior de las obras arquitectónicas sobre las que el correspondiente propietario tendrá el derecho de exhibición pública (a cambio de un precio o gratuitamente) salvo que el arquitecto autor «*hubiera excluido expresamente este derecho*»¹⁷⁴.

(DOCE, L. 167/10, de 22 de junio de 2001).

¹⁷¹ El Código de Derechos de Autor de Portugal también se refiere en su artículo 75.2 a «*locais públicos*».

¹⁷² En la versión inglesa «[...] works, such as works of architecture or sculpture, *made to be located permanently in public places.*»

¹⁷³ Sobre la base de estas dos observaciones cabría plantearse la incorrecta transposición de la Directiva 2001/29/CE por el Reino de España, aunque nada obsta que las diferencias entre ambos textos puedan ser salvadas por vía interpretativa. En cualquier caso, aunque sea a efectos meramente dialécticos, nótese que la redacción de la Directiva permitiría plantearse la aplicación del límite a obras que «fueron realizadas para estar situadas en lugares públicos» pero que, finalmente, no lo están. Posibilidad esta última que nunca podría plantearse con relación al artículo 35.2 LPI puesto que, para el texto español deben —indefectiblemente— estar «situadas» en vías públicas, independientemente de cuál fue el lugar para el que fueron concebidas.

¹⁷⁴ Vid. **Sentencia de 4 de mayo de 2004 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª)** [JUR 2004\221419], Fundamento de Derecho Quinto. Nótese que admitir la aplicación del límite del artículo 35.2 LPI al interior de la obra arquitectónica vaciaría de contenido el artículo 56.2 LPI en el caso de obras de titularidad pública, en el sentido de que el autor no podría excluir el derecho de exposición pública de la obra cuando la enajenase. Si lo intentara, en tales casos el propietario de la obra siempre podría invocar a su favor el límite del artículo 35.2 LPI. A favor de la solución de excluir el interior de algunas obras arquitectónicas concretas, como las iglesias, se ha manifestado S. DÍAZ ALABART, op. cit., página 585, nota al pie 18. También G. BERCOVITZ, partidario del criterio del *acceso público*, considera no obstante que deben excluirse del ámbito de aplicación del límite «[...] las escaleras, pinturas del techo, vistas internas de obras arquitectónicas [...] No estarían tampoco incluidas dentro de este supuesto el interior de una iglesia o museo, aunque el acceso sea público», op. cit., página 404. Igualmente, este parece ser el criterio seguido por la **Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona** en su **Sentencia de 28 de marzo de 2006** (Caso Sagrada Familia) [AC 2006, 1723], Fundamento de Derecho Décimo.

La tercera exigencia que impone el artículo 35.2 LPI es la «permanencia», requisito que no se refiere tanto a la *resistencia* de la obra (materiales con que está construida) como a la voluntad de destinarla a un determinado lugar, no de forma ocasional o esporádica, sino de forma indefinida¹⁷⁵. Dicho requisito impediría, por ejemplo, que pudieran utilizarse libremente obras ubicadas en vías públicas en una exposición transitoria¹⁷⁶. No obstante, este requisito por lo general deberá tenerse por cumplido, pues plantea una problemática que excepcionalmente se suscitará en el caso de obras arquitectónicas o de ingeniería¹⁷⁷.

Finalmente, el artículo 35.2 LPI enumera taxativamente aquellos usos permitidos de la obra: «*reproducidas, distribuidas y comunicadas libremente por medio de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales*», sin que en ningún caso quede amparada la transformación¹⁷⁸. Por contra, el artículo 35.2 LPI sí parece dar cabida *a priori* tanto a actos inocuos, como a aquellas reproducciones, distribuciones o comunicaciones públicas de una obra arquitectónica efectuadas con ánimo de lucro, lo cual ha suscitado la crítica entre la doctrina ante la amplitud de su redacción¹⁷⁹. Sin embargo, tras la

¹⁷⁵ G. BERCOVITZ, op. cit., página 403.

¹⁷⁶ Con motivo de la exposición «Manolo Valdés en Barcelona. Esculturas monumentales», celebrada en Barcelona del 16 de mayo al 15 de junio de 2008, la Rambla de Cataluña se convirtió en un «museo a cielo abierto» en el que se expusieron 17 esculturas de grandes dimensiones del artista valenciano. Dichas esculturas no hubieran podido ser utilizadas libremente al amparo del artículo 35.2 LPI por no darse el requisito de «permanencia». Para más información al respecto, véase <http://www.revistadearte.com/2008/05/14/17-esculturas-monumentales-de-valdes-en-la-rambla-de-catalunya/>.

¹⁷⁷ PÉREZ DE ONTIVEROS comenta, para las obras plásticas no arquitectónicas, el interesante supuesto de obras ubicadas con vocación de permanencia en la vía pública que, tras un período de tiempo que excede al circunstancial u ocasional, son retiradas a un lugar privado. En su opinión, la interpretación restrictiva que debe hacerse del artículo 35.2 LPI «[...] *inclina a considerar que la lícita utilización pervive durante el estricto período de tiempo en que la citada creación intelectual se encuentra ubicada en un lugar público*», en C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO «Comentario a los artículos 35 a 37 LPI», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 3ª edición, 2007, página 621. Piénsese, por ejemplo, en la retirada de monumentos comunistas en la Europa del Este. En Hungría, a pocos kilómetros de Budapest, se encuentra el Szoborpark o Parque de las Estatuas, en el que se exhiben multitud de estatuas que durante la era soviética se encontraban en las vías públicas húngaras. Para más información, véase <http://www.szoborpark.hu/>. Para la obra arquitectónica o de ingeniería, quizás pudiera imaginarse el caso de ciertas construcciones de naturaleza claramente transitoria, como pudiera serlo la estructura provisional de mecanotubo antecesora de la pasarela de Isovaki en el *Caso Calatrava*. Aunque en este caso, cabría plantearse la originalidad de una estructura de mecanotubo.

¹⁷⁸ Precisamente, éste fue el caballo de batalla en la **Sentencia de 28 de marzo de 2006 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª)** [AC 2006/1723].

¹⁷⁹ M. SERRANO FERNÁNDEZ, «Obras situadas permanentemente en vías públicas. La falta de ánimo de lucro como posible restricción a la libre utilización del art. 35.2 LPI», en C. ROGEL VIDE (Coord.), *Los límites del derecho de autor*, Madrid, Editorial Reus, 2006, páginas 227-228. PÉREZ DE ONTIVEROS manifestó que, por más que pueda parecer desproporcionado, «*el artículo 35 de la LPI configura la excepción que afecta a este tipo de obras con tal amplitud que queda legitimada legalmente la concurrencia con el autor en la explotación económica de la obra*», en «Comentario a

incorporación del artículo 40 bis LPI, nada parece impedir que a través de esta cláusula de cierre del sistema de límites puedan corregirse comportamientos abusivos o desproporcionados que nunca estuvieron en la mente del legislador de 1987.

3. EL LÍMITE AL LÍMITE: ¿APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 40 BIS LPI?

En el ámbito de la arquitectura, el reciente fenómeno de los *starchitects* ha provocado la proliferación de toda una serie de productos de mercadotecnia relacionados con sus obras arquitectónicas. Se trata, como es sabido, de una fuente de ingresos nada despreciable que bien pudiera considerarse, a día de hoy, como otra forma de «*explotación normal de las obras*». Así, es frecuente la venta en lugares adyacentes a estos edificios de postales, pósters, dibujos, calendarios fotográficos, etc. que reproducen obras arquitectónicas y cuyo principal reclamo es, precisamente, la obra arquitectónica en sí misma. Sería el caso, por ejemplo, del Museo Guggenheim de Bilbao.

Esta realidad lleva a plantearse en el marco del límite del artículo 35.2 LPI si dichos actos de reproducción, distribución y comunicación pública «*por medio de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales*» efectuados con ánimo de lucro deben quedar amparados por el límite de las obras situadas en la vía pública.

De la tramitación parlamentaria parece desprenderse que la *ratio* del artículo 35.2 LPI pretendía excluir de la esfera de los derechos de exclusiva únicamente aquellas actuaciones que resultaran inocuas para el autor de la obra¹⁸⁰. En consecuencia, no resultaría acorde con dicho precepto permitir que terceros pudiesen utilizar las obras expuestas en las vías públicas con ánimo de lucro amparándose en el artículo 35.2 LPI.

Con anterioridad a la introducción en nuestra LPI del artículo 40 bis, la profesora PÉREZ DE ONTIVEROS ya en el año 1997, intuyendo los posibles abusos a los que podría conducir una interpretación excesivamente amplia del límite de las obras situadas en la vía pública, abogaba por una interpretación restrictiva

los artículos 31 a 37 LPI», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 2ª edición, 1997, página 637.

¹⁸⁰ R. CASAS VALLÉS, «La protección de...», op. cit., página 276. R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, en cambio, ha sostenido que «[e]l dueño de la obra, mediante el acto de colocación, lleva a cabo una manifestación tácita [...] de renuncia al uso exclusivo de las facultades de índole material que la propiedad en general o en su caso la propiedad intelectual entraña», op. cit., página 554. Por su parte, G. BERCOVITZ considera que el fundamento del precepto es la «*introducción en la vida pública, en la vida de la comunidad de modo tal que pasa a pertenecer (se incorpora como por accesión) necesariamente a la noción de las personas sobre ese lugar público, sobre su ciudad, sus plazas, sus calles, etc.*», op. cit., página 401.

del dictado del artículo 35.2 LPI¹⁸¹. Opinión que fue compartida, igualmente, por DÍAZ ALABART y CASAS¹⁸².

Tras la introducción en nuestro ordenamiento del artículo 40 bis LPI¹⁸³, la doctrina que se ha ocupado de esta cuestión se ha pronunciado unánimemente en contra de permitir, al amparo del artículo 35.2 LPI, la utilización de obras ubicadas en la vía pública cuando haya fines lucrativos¹⁸⁴.

En lo que respecta al estado de la cuestión en los países de nuestro entorno, cabe decir que no son pocos los Estados cuyas legislaciones sobre propiedad intelectual prohíben expresamente la concurrencia con el autor en la explotación económica de la obra a través de una previsión legal al efecto¹⁸⁵.

¹⁸¹ C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «Comentario a los artículos 31 a 37 LPI», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 2ª edición, 1997, página 637: «[I]os excesos con los que se configura [el artículo 35 LPI], sólo podrán compensarse mediante una interpretación restrictiva de las condiciones exigidas legalmente para su validez».

¹⁸² S. DÍAZ ALABART, op. cit., página 586 y R. CASAS VALLÉS, «La protección de...», op. cit., página 276: «Bien está que las obras y edificios en la vía pública vengan tratados como lo que son (paisaje urbano), pero no tendría sentido que, al amparo del art. 35.1 LPI, alguien pudiese utilizar como emblema una escultura o comercializar reproducciones de la misma sin el consentimiento del autor». En el mismo sentido se ha pronunciado J. GUTIÉRREZ VICÉN, Director General de VEGAP en «VEGAP Habla» (http://www.vegap.es/ES/VEGAP/Noticias/VegapHabla_49). Un ejemplo de la postura contraria lo encontramos en la **Sentencia de 9 de septiembre de 1995 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3ª)** [AC 1995\1583], Fundamento de Derecho Segundo, en la que se desestimó la demanda del autor del grupo escultórico *Los Nueve Menceyes Guanches de Tenerife* frente al autor de las reproducciones fotográficas de la obra, destinadas a su distribución como postales.

¹⁸³ El artículo 40 bis fue introducido en la LPI por la Ley 5/1998, de 6 de marzo, de incorporación al Derecho español de la Directiva 96/9/CE, de 11 de marzo de 1996, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la protección jurídica de las bases de datos (BOE número 57, de 7 de marzo de 1998). El artículo 6.3 de la Directiva 96/9/CE contiene la conocida como *regla de los tres pasos*. J.M. RODRÍGUEZ TAPIA recuerda que dicho artículo 40 bis «[...] afecta a todo tipo de obras y pretende, por vía interpretativa, moderar el alcance pernicioso que pudiera tener para la explotación de las obras, una generosa aplicación de los límites al monopolio de explotación de los titulares reconocidos, a favor de sus beneficiarios y en detrimento injustificado de los titulares». Vid. J.M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 40 bis de la LPI», en J. M. RODRÍGUEZ TAPIA (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2007, página 339.

¹⁸⁴ Vid. al respecto C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «Comentario a los artículos 35 a 37 LPI», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 3ª edición, 2007, página 622; J. ORTEGA DOMÉNECH, op. cit., página 280; S. MARTÍN SALAMANCA, «Comentario...», op. cit., página 295; y la misma autora en «Límites a los derechos de explotación (II)», en M.A. ESTEVE PARDO (Coord.), op. cit., página 236. VEGAP, por su parte, ha reclamado una reforma del artículo 35.2 de la LPI debido a su «pésima redacción» en «VEGAP Habla» (http://www.vegap.es/ES/VEGAP/Noticias/VegapHabla_21).

¹⁸⁵ Tal sería el caso de Dinamarca (Ley sobre derecho de autor de 1995 -Sección 24) y Finlandia (Ley de derecho de autor de 1961 -artículo 25a), países en los que está permitida la reproducción de una obra de arte ubicada en la vía pública solamente cuando (i) la obra no sea el «motivo principal» de la reproducción; y (ii) dicha reproducción se haga sin ánimo de lucro. Por otra parte, las legislaciones de ambos países permiten la reproducción pictórica de edificios. Como se desprende del apartado (i) anterior, tanto Dinamarca como Finlandia siguen el criterio de la *accesoriedad*, también contenido en la Ley de Propiedad Intelectual de Bélgica (Ley sobre derechos

En contraste con la escasa jurisprudencia existente en España al respecto¹⁸⁶, los Tribunales franceses y alemanes han tenido ocasión de pronunciarse en repetidas ocasiones sobre esta cuestión, estableciendo una jurisprudencia del máximo interés a propósito del límite objeto de estudio. Así, en Francia, si bien el Código de la Propiedad Intelectual no contiene un artículo equivalente a nuestro artículo 35.2 LPI¹⁸⁷, los Jueces han aplicado el criterio de la *accesoriedad*, admitiendo formas de explotación de la obra ubicada en la vía pública cuando ésta aparece como un elemento secundario o accesorio del paisaje urbano, pero no cuando es el elemento principal, como sucede en gran parte de los *souvenirs*¹⁸⁸. En Alemania, la Ley de Propiedad Intelectual sí que regula expresamente el límite objeto de estudio en su artículo 59, límite que

de autor y derechos conexos de 1994 -artículo 22.1.2). Este criterio conlleva que el límite de las obras situadas en vías públicas únicamente será de aplicación cuando la obra sea reproducida como accesorio de un paisaje o lugar público y no, en cambio, cuando sea el elemento central u objeto de la reproducción (*«le but de la reproduction»*).

¹⁸⁶ A propósito de una interpretación del artículo 35.2 LPI a la luz del artículo 40 bis LPI vid. la **Sentencia de 5 de abril de 2006 de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 4ª)** (Caso Raqueros) [JUR/2006/152719], en la que se confirma la Sentencia de instancia (aunque se reduce el montante de la indemnización) que estimó la demanda del autor del grupo escultórico *Los raqueros* contra las dos codemandadas, entidades privadas que habían reproducido y distribuido dicho grupo escultórico en forma de *souvenirs*. Quizás, lo paradójico de esta resolución sea que, a pesar de que en el razonamiento del Juzgador parece estar latente una interpretación a la luz del artículo 40 bis LPI, lo cierto es que dicha Sentencia no menciona ni una sola vez ni el artículo 35.2 ni el artículo 40 bis LPI. Igualmente puede verse la **Sentencia de 31 de enero de 2006 de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 1ª)** [ARP 2005/807] que, complementando el artículo 35.2 LPI con el artículo 40 bis del mismo cuerpo legal, rechazó que la explotación comercial de la imagen del *Toro de Osborne* pudiera ampararse en dicho límite.

¹⁸⁷ Nótese que el artículo 122-5 del *Code de la Propriété Intellectuelle* francés contiene en su apartado 9º un límite que permite la reproducción íntegra o parcial de una obra arquitectónica, pero únicamente (i) con ocasión de información de actualidad, siempre y cuando la obra reproducida esté en relación directa con dicha información (*«dans un but exclusif d'information immédiate et en relation directe avec cette dernière»*); (ii) en prensa escrita, audiovisual o en línea (*«par voie de presse écrite, audiovisuelle ou en ligne»*); (iii) si se indica claramente el nombre del autor de la obra (*«sous réserve d'indiquer clairement le nom de l'auteur»*). El límite, por tanto, no parece responder a los mismos supuestos que englobaría nuestro artículo 35.2 LPI.

¹⁸⁸ En este sentido puede verse la **Sentencia de 4 de abril de 2001 del Tribunal de Gran Instancia de Lyon (Sala 1ª)**. La plaza Des Terreaux de Lyon, recientemente reformada, fue reproducida en postales editadas por diversas sociedades. Los autores de la reforma interpusieron una demanda contra dichas sociedades por infracción de sus derechos morales y patrimoniales de propiedad intelectual. La demanda fue desestimada porque el Tribunal entendió que las reformas aparecían como elementos secundarios de las postales, cuyo objeto principal era el conjunto arquitectónico de la plaza: *«[...] aucune des cartes postales incriminées ne reproduit isolément l'oeuvre des demandeurs, laquelle n'est photographiée que comme accessoire du sujet principal représenté, à savoir la perspective d'ensemble de la place [...]»*. Otro caso es el tratado en la **Sentencia de 16 de julio de 1987 del Tribunal de Casación de París (Sala de lo Civil)**. En aquel supuesto el autor de una fuente monumental y la «Sociedad de propiedad artística y de dibujos y modelos» demandaron a una agencia de publicidad y a Peugeot por reproducir dicha fuente en carteles publicitarios del Peugeot 305. Tras el primer plano del coche, situado en la Défense, aparecía la fuente en un segundo plano. En el cartel publicitario se veía únicamente una ínfima parte de la obra (*«en arrière plan une infime partie de la fontaine monumentale»*). En consecuencia, el Tribunal concluyó afirmando que dichos carteles no suponían una reproducción ni siguiera parcial de la obra ni tampoco una comunicación al público de los rasgos característicos originales de la fuente.

los tribunales han aplicado en diversas ocasiones, permitiendo la reproducción, distribución y comunicación al público de obras ubicadas en la vía pública¹⁸⁹.

En el caso de España, las preocupaciones de los titulares de derechos nos llevan a pensar que en un futuro no demasiado lejano nuestros Juzgados y Tribunales tendrán que asumir el reto de dar respuesta a conflictos en los que se haya efectuado, con ánimo de lucro, una reproducción, distribución o comunicación pública de una obra arquitectónica a través de los medios enumerados por el artículo 35.2 LPI¹⁹⁰. En estos casos será responsabilidad del Juzgador ponderar *in casu* si los concretos actos de explotación con ánimo de lucro de la obra arquitectónica realizados al pretendido amparo del artículo 35.2 LPI respetan los requisitos establecidos por el artículo 40 bis del mismo texto legal, de manera que (i) no «causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor»; ni (ii) «vayan en detrimento de la explotación normal de las obras».

Ahora bien, como se ha destacado, la aplicación de la *regla de los tres pasos* en la actividad judicial es distinta de su aplicación en la actividad legislativa¹⁹¹.

El legislador debe regular los límites de forma que respeten cada uno de los *tres pasos* acumulativamente, pues no podrá admitirse un límite que incumpla alguno de ellos. En caso contrario, la actividad de legislador podrá ser cuestionada ante instancias internacionales como el Órgano de Solución de Diferencias («OSD») de la Organización Mundial de Comercio («OMC»)¹⁹², como ocurrió

¹⁸⁹ Puede destacarse el caso resuelto por la **Sentencia de 17 de enero de 1985 de la Audiencia Provincial (Landgericht) de Friburgo**. Se desestimó la demanda del propietario de una antigua casa con el andamiaje de madera («*Fachwerkhaus*»), típico de la región de Alsacia, interpuesta para impedir la reproducción y distribución de la misma en forma de postales. En la sentencia se cita como precedente el *Caso puerta de jardín* («*Gartentor-Entscheidung*»), resuelto por la **Sentencia de 27 de septiembre de 1973 del Tribunal Superior de Justicia (Oberlandsgericht) de Hamburgo**. El Tribunal consideró que una puerta artística (decorada con una lira) en la entrada de un jardín («*Ein künstlerisch gestaltetes Gartentor*») situada en una finca privada junto a una vía pública («*auf einem Privatgrundstück an einem öffentlichen Weg*») podía ser libremente reproducida, distribuida y comunicada al público en virtud del artículo 59 de la Ley de Propiedad Intelectual alemana («*darf nach § 59 urheberrechtsfrei vervielfältigt, verbreitet und öffentlich wiedergegeben werden*»).

¹⁹⁰ En el Caso Sagrada Familia (**Sentencia de 28 de marzo de 2006 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª)** [AC 2006/1723]) existía ánimo de lucro en la conducta de los infractores. No obstante, debido a las concretas circunstancias del pleito, la Audiencia Provincial de Barcelona no tuvo que aplicar, para resolver el litigio, el artículo 35.2 LPI en relación con el artículo 40 bis LPI.

¹⁹¹ R. CASAS VALLÉS, «Comentario al artículo 40 bis LPI», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 3ª edición, 2007, páginas 694-697.

¹⁹² La OMC es, como se dice en el argot de los especialistas en Derecho Internacional Económico, un *rules-based system*, es decir, un sistema basado en el Derecho que cuenta con un procedimiento de solución de diferencias para garantizar la efectividad de lo pactado. Como se establece en el artículo 3 (Disposiciones Generales) del Entendimiento sobre Solución de Diferencias («ESD»), dicho sistema «es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio» y «sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los

en el caso «Estados Unidos – Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos» (WT/DS160/R)¹⁹³, procedimiento instado por las Comunidades Europeas, en el que el *Grupo Especial* o *Panel* encargado de examinar el asunto llegó a la conclusión de que la parte B) del mencionado artículo 110(5) no cumplía los requisitos del artículo 13 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio («ADPIC»)¹⁹⁴. En España, la redacción actual del artículo 35.2 LPI no parece plantear problemas en este sentido, pues la controversia sobre la explotación lucrativa de las obras situadas en vías públicas es fácilmente salvable por vía interpretativa, en la medida en que dicho precepto no contiene ninguna referencia expresa a la explotación con ánimo de lucro.

Por el contrario, en lo que se refiere a su aplicación judicial, «*los jueces disponen [...] de mayor libertad al ser el artículo 40 bis [...] una norma interpretativa interna [...]*». De modo que «*[n]ada impide [...] que apliquen la prueba como una herramienta de ponderación global*»¹⁹⁵. De ahí que, al tratarse de una norma básicamente interpretativa¹⁹⁶, será deseable —además de obligado, por mor del principio de legalidad— que nuestros Juzgados y Tribunales se sirvan del artículo 40 bis LPI como —si se nos permite la expresión— una «hoja de ruta hermenéutica» para determinar el alcance de los límites contenidos en el Capítulo II del Título III del Libro I de la LPI, entre ellos, el del artículo 35.2 LPI.

En cuanto al concreto significado de los dos requisitos regulados en el artículo 40 bis LPI, para determinar cuál es la «*explotación normal de la obra*» habrá que «*considerar, en primer lugar, el mercado actual de la obra, entendiendo por tal la forma en que la obra viene siendo realmente explotada por el autor o titular*»¹⁹⁷. En segundo lugar, deberá tenerse en cuenta su mercado potencial. Tal y como se afirmó en el mencionado Informe del Grupo Especial, tendrán que examinarse, «*además de las formas de explotación que generan actualmente ingresos importantes o apreciables, las formas de explotación que, con cierto grado de probabilidad y plausibilidad, podrían adquirir considerable importancia*

acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos». Para un análisis del sistema de solución de diferencias de la OMC, vid. X. FERNÁNDEZ PONS, *La OMC y el Derecho internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

¹⁹³ El Informe del Grupo Especial de 15 de junio de 2000, que realiza un exhaustivo análisis de cada uno de los requisitos que forman la *prueba de los tres pasos*, puede encontrarse en español en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds160_s.htm.

¹⁹⁴ Anexo 1 C del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (BOE número 20, suplemento de 24 de enero de 1995; rect. BOE número 33, de 8 de febrero de 1995).

¹⁹⁵ R. CASAS VALLÉS, «Comentario...», op. cit., página 696.

¹⁹⁶ J.M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 40 bis de la LPI», en J. M. RODRÍGUEZ TAPIA (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2007, página 343.

¹⁹⁷ R. CASAS VALLÉS, «Comentario...», op. cit., página 702.

económica o práctica»¹⁹⁸. Dicho análisis, reconducido al contexto de la obra arquitectónica, permite sostener de un modo razonable que la explotación lucrativa de un edificio a través de materiales visuales y audiovisuales priva al titular de derechos del monopolio en cuanto a esas formas de explotación, por lo que se entraría en conflicto con la «*explotación normal de la obra*», a la que afectaría de un modo sustancial.

Finalmente, por lo que respecta al «*perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor*», deberá analizarse si se produce un «*daño, detrimento o lesión*»¹⁹⁹ desproporcionado al arquitecto o titular de los derechos que no tendría por qué sufrir. Asimismo, deberá examinarse la legitimidad de sus intereses, algo que en la mencionada controversia resuelta por el OSD de la OMC ninguna de las partes puso en tela de juicio²⁰⁰. A diferencia de lo que sucede con el requisito anterior, «*el ajuste puede establecerse mediante el establecimiento de una compensación económica*»²⁰¹. De manera que, por poner un ejemplo, podría considerarse que el perjuicio sufrido por un arquitecto que ve reproducidos sus edificios en postales, libros, dibujos, posters, etc. devendría razonable si percibiera una remuneración a cambio de tolerar dichos usos lucrativos de su obra. A falta de esa remuneración, podría sostenerse la inobservancia de este segundo requisito del artículo 40 bis LPI.

VI. CONCLUSIÓN

Tras más de veinte años de andadura, la *obra inacabada* por el legislador español de 1987 ha sido completada por la doctrina y por los Juzgados y Tribunales, que han *construido* una jurisprudencia en la que ya no es una cuestión controvertida que la obra arquitectónica, en tanto que *original*, es merecedora de protección por parte de la LPI pese a no estar expresamente mencionada en su artículo 10.1 apartado e) o apartado f).

El arquitecto goza, en consecuencia, del doble haz de facultades morales y patrimoniales que conlleva el hecho de ser autor de una *obra* objeto de propiedad intelectual. Ambas instituciones, *autoría* y *obra* (originalidad) dejan la puerta abierta, respecto de la obra arquitectónica, a los clásicos conflictos en el campo de la propiedad intelectual, especialmente, en aquellos supuestos en

¹⁹⁸ WT/DS160/R. N.º 6.180. En el mismo sentido puede verse la **Sentencia de 4 de mayo de 2000 del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Sur de Nueva York** (*United States District Court of the Southern District of New York*), en la que se protegió el mercado potencial de la música en MP3, al estimarse la demanda contra «MP3.COM, INC.» por ofrecer a los suscriptores de «MyMP3.com» la reproducción on-line de obras protegidas.

¹⁹⁹ *Ibid.*, N.º 6.225.

²⁰⁰ *Ibid.*, N.º 6.226.

²⁰¹ R. CASAS VALLÉS, «Comentario...», op. cit., página 706.

los que exista —al mismo tiempo o de manera sucesiva— una pluralidad de sujetos creadores sobre una misma obra.

Desde el punto de vista del Derecho de Autor, los atentados más habituales de los que será objeto la obra arquitectónica —a consecuencia de su funcionalidad— serán las deformaciones, modificaciones o alteraciones que, en su caso, podrán vulnerar el derecho moral a la integridad, como ocurrió en el comentado *Caso Calatrava*.

En supuestos de conflicto entre el derecho moral del arquitecto autor y el derecho de propiedad sobre la obra se impone una actividad ponderativa de ambas propiedades caso por caso, atendiendo a las circunstancias, motivaciones e intereses en juego, sin olvidar que, cuando exista un *interés público*, dicha actividad no podrá regirse —estrictamente— por las mismas reglas y parámetros. En estos últimos casos, deberá buscarse el mayor grado posible de convivencia entre el derecho moral y el *interés público*.

En cuanto a las indemnizaciones por daños y perjuicios en el caso de vulneración del derecho moral a la integridad, a pesar de no existir reglas estrictas —en términos de valor— para cuantificar el importe indemnizatorio, los órganos jurisdiccionales han realizado un notable esfuerzo por fundamentar y llenar de contenido cada uno de los conceptos jurídicos indeterminados que emplea el artículo 140.2 a) LPI. No obstante, queda todavía mucho camino por recorrer en lo que respecta a esta cuestión.

Creemos que la obra arquitectónica —más allá de los casos de infracción del derecho moral a la integridad— deberá afrontar un nuevo reto en su futuro más inmediato. La proliferación de numerosos productos de mercadotecnia relacionados con la arquitectura implicará, previsiblemente, que nuestros Juzgados y Tribunales deban resolver supuestos en los que el artículo 40 bis LPI sea empleado para poner cercas al —cada vez más amplio— campo del artículo 35.2 LPI. La interpretación que de este último precepto se haga a la luz del artículo 40 bis LPI será del mayor interés.

Tampoco puede descartarse —aunque no serán supuestos habituales— que la jurisprudencia tenga que dar respuesta a controversias en las que el creador de una obra arquitectónica entienda vulnerado su derecho moral a la integridad por haberse alterado el contexto físico para el que concibió su obra.

Nos gustaría terminar este trabajo con una mención al último escrito del profesor Arthur A. LEFF²⁰².

²⁰² *Southmayd Professor of Law* en la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale (1935–1981). A. A. LEFF, «Afterword», 90, *Yale Law Journal*, 1296 (1981).

En una breve e inolvidable nota de tres párrafos —redactada pocas semanas antes de su fallecimiento— el profesor LEFF se preguntaba por el concepto de «doctrina» y las causas por las que algunos dedicamos nuestro tiempo a estudiar el Derecho.

Llegaba a la conclusión de que, sin perjuicio de otras motivaciones más pro-saicas, estudiamos y escribimos por el placer que nos brindan los momentos en los que logramos decir, de manera concisa y reveladora, algo que parece ser cierto («*in some concise and illuminating way, something that appears to be true*»), pues deseamos sentir lo que uno siente cuando logra hacer muy bien algo que es enormemente difícil («*doing something very well which is very hard to do at all*»). Estudiamos y escribimos, sobre todo, por las excepcionales y felices ocasiones en las que nos es dado crear «*something true and truly put*».

Como todos los artesanos, finalizaba el profesor LEFF, ciertos estudiosos del Derecho son más afortunados que otros («*Like all craftsmen, some are luckier than others*»). Algunos no alcanzan la gracia de escribir algo particularmente bueno; la mayoría, lo logran a veces; algunos, con cierta frecuencia; nadie lo consigue a menudo. Llegados a este punto, dejamos en manos del lector la decisión del lugar que se nos debe asignar en la anterior clasificación, con la esperanza —eso sí— de que algún pasaje del presente trabajo haya merecido su interés.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ARRIBAS DEL HOYO, P. y TEMIÑO CENICEROS, I.

- «Obra arquitectónica como creación artística. Utilidad pública versus derechos de autor» en *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, IDEI, número 50, abril-junio 2008.
- «Obra arquitectónica como creación artística. Utilidad pública versus derechos de autor (2ª parte), Comentario a la SAP de Vizcaya de 10 de marzo de 2009» en *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, IDEI, número 54, abril-junio 2009.

BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho Industrial*, Madrid, Civitas, 1978.

BEARDSLEY, M.C. y HOSPERS, J., *Estética. Historia y fundamentos*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1976.

BENEVOLO, L., *Historia de la arquitectura moderna*, Barcelona, Editorial Gustavo Gili, 1979.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Coord.), *Derechos del artista plástico*, Pamplona, Aranzadi, 1996.

BERCOVITZ, G., *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Madrid, Tecnos, 1997.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.

- *Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*, en http://www.e-coac.org/innoserver/3patent/pi_cscae/Bercovitz%20Propiedad%20intelectual%20Dic-tamen%20obra%20arquitectnica.htm.

- (Coord.) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 3ª edición, 2007.
- (Coord.) *Manual de Propiedad Intelectual*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 3ª edic., 2006.
- (Coord.) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 2ª edición, 1997.
- (Coord.) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 1ª edición, 1988.
- CÁMARA, M^a. P., *El derecho moral del autor. Con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor*, Granada, Editorial Comares, 1998.
- CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 138 a 141 LPI», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 3ª edición, 2007.
- CASAS VALLÉS, R.
 - «El Caso Calatrava o Zubi Zuri ¿Una victoria pírrica en apelación?», *Boletín informativo*, Instituto Interamericano de Derecho de Autor, abril de 2009, en http://www.iidautor.org/documents/doctrina/2009/09_abril_casas_valles.pdf.
 - «Obra arquitectónica y derecho de autor: el caso calatrava», *Pe.i. Revista de Propiedad Intelectual*, número 27, Madrid, Comentarios, Bercal, S.A., 2007.
 - «Comentario al artículo 40 bis LPI», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 3ª edición, 2007.
 - «El derecho de autor: ¿motor u obstáculo de la libertad de expresión?», en *Actas de las Jornadas de Estudio ALAI «Derecho de Autor y Libertad de Expresión»*, 19 y 20 de junio de 2006, Barcelona.
 - «El Derecho de participación de los artistas plásticos (Droit de suite) en la Ley de Propiedad Intelectual: Bases teóricas», en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Derechos del artista plástico*, Pamplona, Aranzadi, 1996.
 - «La protección de los artistas plásticos en el Derecho español», en *I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual (Madrid, 28-31 de octubre de 1991). Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000*, Madrid, vol. I, 1991.
- CLEMENTE MEORO, M., «Comentario al artículo 140 LPI», en J. M. RODRÍGUEZ TAPIA (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2007.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Comentario al artículo 35 LPI», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 1ª edición, 1988.
- DÍAZ ALABART, S., «Comentario a los artículos 30, 31, 35 a 37, 39 y 41 LPI», en M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Madrid, tomo V, vol 4º-A, Edersa, 1994.
- ESTEVE PARDO, M.A. (Coord.), *Propiedad Intelectual. Doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- FERNÁNDEZ PONS, X., *La OMC y el Derecho internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- HUALDE SÁNCHEZ, J.J., «El derecho moral del artista plástico», en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Derechos del artista plástico*, Pamplona, Aranzadi, 1996.
- LÓPEZ QUIROGA, J., *La propiedad intelectual en España. Estudio Teórico y práctico de la Ley y Reglamento Vigentes*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1918.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *La transformación de la obra intelectual*, Madrid, Dykinson, 2008.
- MARÍN LÓPEZ, J.J.

- «En los Tribunales: tender puentes entre los derechos morales y la utilidad pública», *Revista de la OMPI*, febrero de 2008, disponible en http://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2008/01/article_0004.html.
 - «El conflicto entre el derecho moral del autor plástico y el derecho de propiedad sobre la obra», *Cuadernos de Aranzadi Civil*, número 26, Pamplona, 2006.
- MARTÍN SALAMANCA, S.
- «Límites a los derechos de explotación (II)», en M.A. ESTEVE PARDO (Coord.), *Propiedad Intelectual. Doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
 - «Comentario al artículo 35 LPI», en J. M. RODRÍGUEZ TAPIA (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2007.
- MARTÍNEZ ESPÍN, P.
- «Comentario al artículo 14 LPI», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 3ª edición, 2007.
 - «Comentario al artículo 14 LPI», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 2ª edición, 1997.
- MOLAS VALVERDE, J., *Propiedad Intelectual. Suma para la práctica forense*, Barcelona, Nauta, 1962.
- ORTEGA DOMÉNECH, J., *Arquitectura y derecho de autor*, Madrid, Editorial Reus, S.A., 2005.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.
- «Comentario a los artículos 35 a 37 LPI», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 3ª edición, 2007.
 - «Comentario a los artículos 31 a 37 LPI», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 2ª edición, 1997.
- RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.
- (Dir.) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Civitas, 2007.
 - En coautoría con F. BONDÍA ROMÁN, F., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Civitas, 1997.
- ROGEL VIDE, C., «Comentario al artículo 10 LPI», en M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Madrid, tomo V, vol 4ªA, Edersa, 1994.
- SÁNCHEZ ARISTI, R., «Las ideas como objeto protegible por la propiedad intelectual», *Pe.i. Revista de Propiedad Intelectual*, número 4, Madrid, Estudios, Bercal, S.A., 2000.
- SERRANO FERNÁNDEZ, M., «Obras situadas permanentemente en vías públicas. La falta de ánimo de lucro como posible restricción a la libre utilización del art. 35.2 TRLPI», en C. ROGEL VIDE (Coord.), *Los límites del derecho de autor*, Madrid, Editorial Reus, 2006
- VIVAS TESÓN, I., «La propiedad intelectual de la obra arquitectónica (A propósito de la SJMER de Bilbao de 23 de noviembre de 2007 sobre el puente Zubi Zuri)», *Revista de Derecho Patrimonial* número 20, 1 parte Comentario, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2008.

VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS

JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

Sentencia de 13 de noviembre de 1990 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas [TJCE 1991/78].

JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Tribunal Supremo

Sentencia de 9 de diciembre de 2008 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [RJ 2009\15]
Sentencia de 2 de julio de 2007 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [RJ 2007\3916]
Sentencia de 6 de noviembre de 2006 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [RJ 2006\8134]

Sentencia de 13 de mayo de 2002 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [RJ 2002\6744]
Sentencia de 23 de noviembre de 2001 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [RJ 2001\8660]

Sentencia de 23 de octubre de 2001 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [RJ 2001\8660]
Sentencia de 24 de abril de 2001 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) [RJ 2001\3422]

Sentencia de 28 de julio de 2000 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [RJ 2000\6204]
Sentencia de 17 de julio de 2000 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [RJ 2000\6806]
Sentencia de 28 de enero de 2000 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [RJ 2000\455]
Sentencia de 27 de febrero de 1999 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [RJ 1999\1417]
Sentencia de 22 de abril de 1998 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [RJ 1998\2598]
Sentencia de 20 de febrero de 1998 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [RJ 1998\971]
Sentencia de 18 de julio de 1996 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) [RJ 1996\6152].

Sentencia de 30 de enero de 1996 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [RJ 1996/540]
Sentencia de 7 de junio de 1995 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [RJ 1995/4628]
Sentencia de 14 de diciembre de 1993 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [RJ/1993/9886]

Sentencia de 26 de octubre de 1992 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [RJ 1992\8286]
Sentencia de 3 de junio de 1991 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [RJ 1991\4407]
Sentencia de 9 de diciembre de 1985 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [RJ 1985\6320]

Sentencia de 21 de junio de 1965 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [RJ 1965\3670]
Auto de 29 de junio de 2010 del Tribunal Supremo

Audiencias Provinciales

Sentencia de 28 julio de 2009 de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) [JUR 2009\360954]

Sentencia de 10 de marzo de 2009 de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) [AC 2009\225]

- Sentencia de 5 de abril de 2006 de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 4ª)
[JUR 2006\152719]
- Sentencia de 28 de marzo de 2006 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) [AC 2006\1723]
- Sentencia de 31 de enero de 2006 de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 1ª)
[ARP 2005\807]
- Sentencia de 23 de junio de 2005 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª)
[AC 2006\1174]
- Sentencia de 12 de mayo de 2005 de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 2ª)
[ARP 2005\323]
- Sentencia de 17 de noviembre de 2004 de Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª) [AC 2005\86]
- Sentencia de 13 de octubre de 2004 de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 3ª) [JUR 2004\303499]
- Sentencia de 12 de julio de 2004 de la Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1ª)
[AC 2004\1737]
- Sentencia de 4 de mayo de 2004 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª)
[JUR 2004\221419]
- Sentencia de 5 de marzo de 2004 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª)
[AC 2004\479]
- Sentencia de 9 de enero de 2004 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª)
[JUR 2004\52542]
- Sentencia de 14 de octubre de 2003 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª)
[AC 2004\833]
- Sentencia de 13 de octubre de 2003 de la Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección 1ª) [AC 2004\369]
- Sentencia de 10 de octubre de 2003 de Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª)
[AC 2003\1895]
- Sentencia de 10 de septiembre de 2003 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) [AC 2003\1894]
- Sentencia de 9 de junio de 2003 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª) [AC 2003\2345]
- Sentencia de 30 de mayo de 2003 de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 5ª) [AC 2003\1517]
- Sentencia de 28 de mayo de 2003 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) [AC 2003\960]
- Sentencia de 2 de diciembre de 2002 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9ª) [JUR 2003\126629]
- Sentencia de 25 de noviembre de 2002 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª) [JUR 2003\72797]
- Sentencia de 4 de abril de 2001 de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 1ª) [ARP 2001\434]
- Sentencia de 8 de noviembre de 2000 de la Audiencia Provincial de Huelva (Sección 1ª) [RJ 2001\143932]
- Sentencia de 28 de enero de 2000 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) [AC 2000\134]
- Sentencia de 8 de febrero de 1999 de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 1ª)
[AC 1999\312]

Sentencia de 30 de junio de 1997 de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 3ª)
[AC 1997\1399]

Sentencia de 17 de febrero de 1996 de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 2ª)
[AC 1996\386]

Sentencia de 9 de septiembre de 1995 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de
Tenerife (Sección 3ª) (AC 1995\1583)

Sentencia de 3 de noviembre de 1992 de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección
1ª) [La Ley 12413/1992]

Juzgados de lo Mercantil

Sentencia de 21 de mayo de 2008 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao [AC
2008\1145]

Sentencia de 23 de noviembre de 2007 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao
[AC 2007\2062]

Auto de 26 de abril de 2007 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao [AC
2007\660]

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

Alemania

Sentencia de 27 de septiembre de 1973 del *Oberlandsgericht* (Tribunal Superior del
Land) de Hamburgo

Sentencia de 17 de enero de 1985 del Tribunal del *Land* (*Landgericht*) de Friburgo

Canadá

Sentencia de 18 de abril de 2006 de la Cour du Québec

Estados Unidos

Sentencia de 27 de mayo de 1988 de la Corte de Apelación del Segundo Circuito (*Uni-
ted States Court of Appeals for the Second Circuit*), 847 F.2d 1045; 93 A.L.R.Fed. 897

Sentencia de 4 de mayo de 2000 del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Sur de
Nueva York (*United States District Court of the Southern District of New York*)

Francia

Sentencia de 7 de enero de 1992 del Tribunal de Casación de París (Sala de lo Civil)

Sentencia de 16 de julio de 1987 del Tribunal de Casación de París (Sala de lo Civil)

Sentencia de 4 de abril de 2001 del Tribunal de Gran Instancia de Lyon (Sala 1ª)

Resolución de 11 de septiembre de 2006 del Consejo de Estado