

LA LESIÓN DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES Y MORALES DEL AUTOR DE UNA OBRA PLÁSTICA TRAS SU FALLECIMIENTO. (Comentario a la Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1998)

Por M.^a Pilar CÁMARA ÁGUILA
Profesora Doctora Ayudante de Derecho Civil.
Universidad Autónoma de Madrid.

SUMARIO: I. HECHOS. II. COMENTARIO. 1. LA ACCIÓN REIVINDICATORIA SOBRE EL SOPORTE MATERIAL DE LA OBRA Y LA DESTRUCCIÓN DEL SOPORTE ORIGINARIO. 2. LA INFRACCIÓN DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR. 3. LA LESIÓN DEL DERECHO DE DIVULGACIÓN DE LA OBRA. 4. LA LEGITIMACIÓN PARA INTERVENIR ANTE LA LESIÓN DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES Y MORALES DEL AUTOR.

I. HECHOS

La Sentencia que nos disponemos a analizar es la primera del Alto Tribunal español que viene a reconocer una infracción del derecho de divulgación tras la muerte del autor. Además, constituye un buen objeto para el análisis, al suscitar cuestiones tan importantes como la distinción entre la propiedad intelectual y la propiedad material sobre una obra; la transmisión de los derechos de explotación y las reglas a las que debe quedar sometida, y la lesión del derecho de divulgación tras el fallecimiento del autor.

Los hechos que dan lugar a la litis son los que a continuación se relatan.

En 1915, el escultor Don Lorenzo Coullaut-Varela realizó un boceto en yeso para un monumento a Cervantes, del que formaban parte las figuras de Don Quijote y Sancho Panza. Dicho boceto fue presentado a un concurso nacional organizado al efecto, resultando ganador. Con base en ese boceto construyó el monumento a Cervantes sito en la Plaza de España de Madrid, pudiéndose apreciar entre ambas obras notorias diferencias estéticas.

Don Lorenzo falleció intestado en agosto de 1932, siendo declarados herederos sus ocho hijos, con reserva a su viuda, Doña María Teresa, de la cuota legal usufructuaria.

Tras el fallecimiento de su esposo, Doña María Teresa entregó el citado boceto a Don Lorenzo Coullaut Mendigutia, uno de ocho sus hijos. A la muerte de éste, acaecida en 1967, el boceto quedó en manos de su viuda y única heredera.

ra, Doña Mercedes Barón García. En 1974, ésta se lo entregó a Don Carlos Coullaut-Varela Ariño, uno de sus sobrinos, y nieto del escultor. En 1975, Don Carlos encargó la realización de una copia en bronce de las figuras de Don Quijote y Sancho Panza, lo que originó la destrucción del yeso original, muy deteriorado.

En el mes de febrero de 1990, Don Carlos Coullaut-Varela cedió la reproducción en bronce del boceto original, con todos los derechos, a Kenton S.A., para que ésta pudiera fabricar y vender reproducciones del mismo tamaño, todo por un precio de cinco millones de pesetas. Don Carlos certificaba que las dos esculturas transmitidas eran los únicos bronces basados en el boceto de Don Lorenzo, y que no se habían hecho más copias del boceto originario. Posteriormente, la citada empresa ofreció en exclusiva a los titulares de tarjetas de crédito *American Express*, 499 réplicas del proyecto original del monumento, numeradas y certificadas.

Ante estos hechos, Doña Mercedes, y varios nietos del escultor, hijos y herederos respectivamente de dos de los coherederos ya fallecidos, demandan a Don Carlos y a la mercantil Kenton S.A. Los cuatro hijos restantes de Don Lorenzo que aún viven, no son parte en el proceso. Se da la circunstancia de que los derechos patrimoniales del autor han permanecido en estado de indivisión.

Los demandantes interponen dos tipos de acciones. Por un lado, en ejercicio de la acción reivindicatoria, reclaman la propiedad del boceto originariamente realizado por el escultor. Por otro, ejercen acción por infracción de los derechos de propiedad intelectual.

En primera instancia, el Juzgado núm. 35 de Madrid, en sentencia de 23 de febrero de 1993, desestimó la demanda en todos sus pedimentos. La Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia el 11 de noviembre de 1994, por la que revoca la resolución anterior y acoge parcialmente el recurso interpuesto por los demandantes. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 20 de febrero de 1998, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados, y estima parcialmente el interpuesto por los demandantes.

II. COMENTARIO

En primer lugar, debemos señalar que la ley aplicable a este caso es la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 (Ley 22/1987, de 11 de noviembre), en vigor en el momento en que tienen lugar los hechos que originan la demanda (vid. Disposición transitoria Decimocuarta del actual Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, de 12 de abril de 1996, que reenvía a su vez a las Disposiciones transitorias del Código Civil). Desde el punto de vista sustantivo, y por lo que respecta a las normas que aquí resultan de aplicación, sólo cabe apreciar una diferencia entre la LPI de 1987 y el actual Texto Refundido de la LPI de 1996, y es la elevación del plazo para ejercer el derecho de divulgación

tras la muerte del autor, de sesenta (art. 15.2 LPI 1987) a setenta años (actual art. 15.2 LPI 1996).

Centrándonos en el análisis de la Sentencia de 20 de abril de 1998, se plantean cuatro cuestiones principales, cuyo tratamiento realizaremos de forma separada: 1.º la acción reivindicatoria sobre el soporte material de la obra y la destrucción del soporte originario; 2.º la lesión del derecho patrimonial del autor; 3.º la lesión del derecho moral del autor; 4.º la legitimación para intervenir ante la lesión de los derechos patrimoniales y morales del autor.

1 LA ACCIÓN REIVINDICATORIA SOBRE EL SOPORTE MATERIAL DE LA OBRA
Y LA DESTRUCCIÓN DEL SOPORTE ORIGINARIO

1. La acción reivindicatoria la ejercen los demandantes sobre el boceto originario realizado por Don Lorenzo, si bien éste se había destruido en 1975 al efectuarse la copia en bronce. Como queda sentado en todas las instancias, la acción reivindicatoria no puede prosperar, pues falta el requisito sustancial de identidad de la cosa reivindicada con la que se dice ser titular (Fundamento de Derecho II de la Sentencia del Tribunal Supremo). En el caso hipotético de que el boceto en yeso hubiese subsistido, los demandantes sólo podrían reivindicarlo si probasen que son sus propietarios, y que el poseedor actual no ha ganado el dominio sobre la cosa mediante ninguno de los modos de adquirir la propiedad reconocidos en nuestro Derecho.

2. Los demandantes no reivindicán la copia en bronce, aunque, de haberlo hecho, su pretensión tampoco habría prosperado. En este caso, la Audiencia Provincial (Fundamento de Derecho V) considera que Don Carlos la usucapió con base en el art. 1955 C.c., con la consiguiente prescripción de la acción reivindicatoria de su propietarios (art. 1962 C.c.). Recuérdese que Don Carlos posee la copia desde que se realiza, en 1975, y es en 1990 cuando éste la entrega a Kenton S.A. para que proceda a su comercialización.

No obstante, aunque no es objeto del proceso, creemos conviene poner de relieve que Don Carlos, al efectuar la copia en bronce en el año 1975, infringió los derechos patrimoniales del autor. Como acto de explotación que es la reproducción, hubiese requerido la autorización de los coherederos del autor, con base en el art. 7 de la LPI de 1879 entonces en vigor («Nadie puede reproducir obra ajenas sin permiso de su propietario..»), en relación con el art. 6 del mismo cuerpo legal («La propiedad intelectual corresponde a los autores durante su vida y se transmite a sus herederos testamentarios o legatarios por el término de ochenta años»). Téngase en cuenta, además, que el art. 9 LPI de 1879 ya distinguía la propiedad material sobre la obra de la propiedad intelectual: «La enajenación de una obra de arte, salvo pacto en contrario, no lleva consigo la enajenación del derecho de reproducción, ni de exposición pública de la misma, los cuales permanecen reservados al autor o a sus derechohabientes».

3. La realización de la copia ofrece además otra importante particularidad. Con ella desaparece el yeso originario, convirtiéndose en el único ejemplar existente de la obra. Esto nos lleva a plantear dos cuestiones: en primer lugar, la infracción del derecho a la integridad de la obra y, en segundo lugar, el derecho de acceso al ejemplar único o raro de la obra, con base en el art. 14.7 LPI de 1987.

a) Como hemos señalado, cuando se efectuó la copia en bronce se encontraba vigente la LPI de 1879, que no reconocía el derecho moral del autor. Cualquier acción que se hubiese pretendido ejercer en ese momento, en defensa de la integridad de la obra, probablemente (y salvo cambio en la jurisprudencia) habría corrido la misma suerte que la interpuesta por el escultor Pablo Serrano¹. En síntesis, el Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de junio de 1965 (R.A. 670), consideró inaplicable el art. 6 bis.1 del Convenio de Berna², precepto que se había introducido en la Conferencia de Roma en 1928 y que España había ratificado mediante Ley de 21 de julio de 1932. Para el Alto Tribunal, «mientras los acuerdos de la citada conferencia no se desenvuelvan en disposiciones posteriores, son conceptos meramente programáticos, que no pueden servir de fundamento a un tribunal para hacer declaraciones de derecho».

En cambio, si la copia en bronce se hubiese realizado tras la entrada en vigor de la LPI de 1987, la demanda por lesión de la facultad contenida en el art. 14.4 LPI habría prosperado. En virtud de este precepto, el autor tiene derecho a exigir el respeto a la integridad de la obra y a impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo de su reputación. Tras la muerte del autor, se encuentran legitimados para actuar en defensa de la integridad de la obra los sujetos señalados en los arts. 15 y 16 LPI (persona expresamente designada por el autor al efecto, los herederos del autor, y las entidades públicas).

En el caso de autos se opera una modificación en la obra al cambiar el material originariamente elegido por el autor (yeso por bronce); lo que sin duda produce una sensación estética diferente a cualquier receptor de la obra. Aunque la obra no ha sido destruida (lo que desaparece es el *corpus mechanicum* originario, no el *corpus mysticum*), es claro que esa modificación comporta un atentado a su derecho a la integridad, a la luz del citado art. 14.4 LPI. Obsérvese que este precepto no exige que la modificación o alteración de la obra suponga un perjuicio al honor o reputación del artista, a diferencia de lo que sucede en otros países de nuestro entorno, o en el propio Convenio de Berna (art.

¹ Tampoco hubiese sido otra la solución de acaecer los hechos tras la entrada en vigor de la Constitución, a la luz de la segunda STS recaída en este asunto, en fecha de 9 de diciembre de 1985 (R.A. 6320). Véase, para un enjuiciamiento crítico de esta resolución, R. BERCOVITZ, «Derecho de autor y destrucción de la obra plástica», *ADC*, 1986, pág. 225 y ss.

² Art. 6 bis 1.º: «Independientemente de los derechos patrimoniales del autor e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación».

6 bis). Lo que protege el art. 14. 4 LPI es el interés legítimo del autor de conservar la obra tal y como la creó. Además, no concurre en el propietario de la obra ninguna causa que justifique la destrucción del soporte material de la misma, amén de suponer en este caso una reproducción ilícita de la obra.

b) Aunque la acción reivindicatoria no prospere, *los titulares de los derechos de explotación* (en este caso los coherederos) *pueden acceder al ejemplar único o raro de la obra*, con base en el art. 14.7 LPI. La aplicación del art. 14, así como la de los arts. 15 y 16 LPI, se fundamenta en la Disposición transitoria 4ª LPI de 1987 (actual Disposición transitoria 6ª de la LPI de 1996), según la cual «Lo dispuesto en los artículos 14 a 16 de esta Ley será de aplicación a los autores de las obras creadas antes de su entrada en vigor».

Volviendo al derecho de acceso, el art. 14.7 LPI atribuye al autor el derecho a acceder al ejemplar único o raro de la obra, «cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercer el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda». Para hacerlo efectivo, el legislador impone unos criterios que intentan conciliar los intereses de los propietarios de las obras con los de los autores, y así «Este derecho no permitirá exigir el desplazamiento de la obra y el acceso a la misma se llevará a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor, al que se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios que se le irroguen».

Ahora bien, como ya se habrá percatado el lector, no sólo existe un único ejemplar de la obra (la copia inicial en bronce), sino que en el momento de interposición de la demanda se habían efectuado 499 réplicas de la misma, numeradas y certificadas, que habían sido ofrecidas a titulares de tarjetas de crédito *American Express*. Ello nos lleva a cuestionar las posibilidades de éxito de los titulares de los derechos de explotación para acceder a cualquiera de ellas, a fin de ejercer sus derechos.

En nuestra opinión, las circunstancias concretas de este caso avalan una respuesta favorable al ejercicio del art. 14.7 LPI por parte de los titulares de los derechos de explotación. El tipo de reproducción que se realiza de la obra (se trata de una edición limitada, y dirigida no al público en general, sino exclusivamente a determinados sujetos en los que concurra la condición de titulares de un tipo de tarjeta de crédito), permite incluir en la categoría de *raros* los ejemplares que conforman la tirada³. Si el autor —en este caso los coherederos— no puede adquirir en el mercado una réplica de su obra, no tiene otra vía que acudir a la facultad de acceso para ejercer sus derechos. Dicho de otra forma, lo que pretende evitar el art. 14.7 LPI es que un autor, al que no es factible acceder a un ejemplar de su obra (no está en el mercado), se vea impedido para explotarla, por la negativa de los propietarios de los ejemplares existentes de la misma.

³ A este respecto CAFFARENA LAPORTA, «Comentario al art. 14.7 LPI», *Comentarios a la LPI* (R. BERCOVITZ coord.), Tecnos, 1989, 1ª ed., pág. 296, ha señalado, siguiendo a la doctrina alemana, que cabe entender dentro del supuesto descrito por el art. 14.7 LPI, el del libro otrora publicado con una tirada reducida de la que queden escasos ejemplares.

Por último, debemos aclarar que, aunque el art. 15 LPI no prevé el ejercicio del derecho de acceso una vez que el autor ha fallecido, cabe entender que tal ejercicio es factible, en la medida en que la facultad de acceso es instrumental con respecto a la divulgación y explotación de la obra⁴.

2. LA INFRACCIÓN DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR

1. En primera instancia, el Juzgado entendió que, al explotarse la copia en bronce y no la obra originaria realizada en yeso por el escultor, no se lesionaban los derechos de explotación de los coherederos, con el argumento de que éstos no ostentan ningún derecho sobre la copia (Fundamento de Derecho VI).

En cambio, tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Supremo consideran que en el caso de autos sí se ha producido un atentado a los derechos de explotación de la obra. Como premisa, valga señalar que los derechos de explotación de esta obra se extinguirán pasados ochenta años desde la muerte del autor, de acuerdo con la Disposición transitoria 1^a LPI⁵.

La Audiencia Provincial desvirtúa la interpretación mantenida por el Juzgado de Primera Instancia, con la siguiente argumentación (Fundamento de Derecho VII):

«No es de recibo la tesis del demandado Don Carlos, de no existir infracción del derecho de explotación de la obra artística por estarse reproduciendo una copia en bronce del boceto original, pues se olvida que tanto esa copia en bronce como las reproducciones realizadas por la empresa, son todas reproducciones de la obra artística, cuyos derechos de explotación pertenecen a los herederos del escultor. Otro entendimiento —prosigue la Audiencia— llevaría a la conclusión, carente de la más mínima lógica de que la primera reproducción del original supondría una infracción de los derechos de propiedad intelectual, pero las reproducciones obtenidas después de la primera copia serían libres...».

En el recurso de casación interpuesto por los demandados se alega infracción del art. 10.1 LPI, en relación con lo dispuesto en los arts. 3.1, 18 y 56 del mismo cuerpo legal⁶. Los recurrentes estiman que la sentencia de instancia extiende el objeto de protección de la Ley de Propiedad Intelectual —la creación artís-

⁴ Vid., a este respecto R. BERCOVITZ, «Comentario al art. 15 y 16 LPI», *Comentarios a la LPI* (R. BERCOVITZ coord.), Tecnos, 1997, (2^a ed.), pág. 265; RAMS, «Comentario a los arts. 15 y 16 LPI», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. V, vol. 4.º-A, Edersa, 1994, pág. 343.

⁵ En virtud de este precepto «Los derechos de explotación de las obras creadas por autores fallecidos antes de la entrada en vigor de esta Ley, tendrán la duración prevista en la legislación anterior».

⁶ El art. 10.1 LPI establece 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.. e) Las esculturas y las obras de pintura, dibujo..., así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas». Por su parte el art. 3. declara que «Los derechos de autor son independien-

tica original— a la copia, que no goza del requisito de originalidad. A su juicio, tal desplazamiento no tiene cabida, particularmente, en materia de artes plásticas como la escultura, donde la creación artística original se identifica inseparablemente con la materia que el escultor elige, no existiendo más creación artística protegida por la LPI que la que existe en la obra original o ejemplar único creado por el propio escultor.

El Tribunal Supremo desestima este motivo del recurso, fundamentando su argumentación en la distinción existente entre la propiedad material y la propiedad intelectual, distinción que le lleva a concluir lo que sigue (Fundamento de Derecho IV):

«... sobre el boceto transmitido y diferente al original deben pervivir los derechos sobre su explotación a favor de los actores porque, se insiste, de lo contrario aquel cambio material del boceto causado por el recurrente derivaría en la lesión de los derechos así reconocidos, lo que es absolutamente improcedente... Por todo ello, son inútiles las elucubraciones del recurso sobre el juego de las exigencias de originalidad, que se afirma no concurre en el boceto actual de bronce, porque por lo razonado, debe funcionar el mismo, en especial en lo relativo a los derechos de explotación, como una especie de subrogación real del primitivo original de yeso, y, por ende, produciendo los mismos efectos entre el titular y sus causahabientes, derivados de la tutela de los derechos de propiedad intelectual...».

En efecto, aunque el material originario empleado por el autor haya desaparecido, la obra no se ha destruido, al conservarse una copia de la misma. Dicho de otro modo, el *corpus mysticum* permanece en la copia mecánica realizada en bronce, no obstante haberse destruido el soporte originario en yeso⁷. Otra conclusión llevaría al absurdo de entender que existe una obra sin autor (si no lo es el escultor, desde luego quien reproduce mecánicamente una obra no tiene por ese hecho tal condición, pues no realiza creación original alguna). O bien, que las esculturas en bronce de Don Quijote y Sancho Panza no son obras y, por tanto, no resultan objeto de protección de la LPI, solución esta última a la que llega el Juzgado de Primera Instancia (Fundamento de Derecho VI).

2. Aclarado que los coherederos del autor son titulares de los derechos de explotación de la obra en bronce, procede analizar si habían consentido o no su cesión a Kenton S.A. En el caso de autos, la parte demandada esgrime un acta notarial de 16 de octubre de 1990, a la que se incorporan sendas cartas de los cuatro hijos de Don Lorenzo que viven aún, señalando dos de ellos su

tes y compatibles con: 1.º La propiedad y otros derechos que tengan por objeto la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual». Como explicitación del precepto anterior, el art. 56.1 LPI establece que «El adquirente de la propiedad del soporte a que se haya incorporado la obra no tendrá por ese solo título, ningún derecho sobre esta última». Por último, el art. 18 define la reproducción como «la fijación de la obra que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella».

⁷ Para un estudio exhaustivo de la obra plástica y su problemática, véase G. BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Tecnos, 1997.

expresa conformidad con la edición de las réplicas, y limitándose los otros dos a manifestar que les había gustado mucho el folleto ilustrativo de la referida edición.

a) La primera cuestión a dilucidar es si el acto de cesión realizado por Don Carlos ha de considerarse *un acto de disposición o de administración*. La Audiencia Provincial estima que en este caso se produce una total y definitiva transmisión de los derechos de explotación de la obra; transmisión que no se encuentra comprendida en los art. 43 y ss. LPI. Tales negocios —prosigue la Audiencia— se rigen por sus propias reglas no contenidas en la LPI. Al ser un acto de disposición, la Audiencia concluye que se requiere la unanimidad de todos los coherederos (Fundamento de Derecho IX).

El Tribunal Supremo no vuelve sobre este asunto, pues ninguno de los motivos del recurso interpuesto por los demandantes entra a discutir la decisión adoptada en este punto por la Sala de instancia.

No obstante, la interpretación mantenida por la Audiencia merece ser comentada.

A la hora de determinar si cabe o no enajenar los derechos de explotación del autor, la doctrina se muestra dividida. Mientras algunos autores consideran factible la aplicación de las normas sobre transmisión de la propiedad contenidas en el C.civil⁸, otro sector doctrinal, que en la actualidad se perfila mayoritario, entiende que la venta de los derechos de explotación resulta contraria a la finalidad misma de la LPI⁹. En efecto, como ya hemos tenido ocasión de mantener¹⁰, existen diversos factores que impiden defender la venta o enajenación de los derechos de explotación del autor. En primer lugar, el autor dispone de la facultad moral de retirar la obra del comercio —art. 14.6 LPI—. De ejercer el autor esta facultad, el adquirente vería vaciada de contenido la titularidad dominical que ostenta sobre los derechos de explotación de la obra: sería titular de un derecho que no puede ejercer.

En segundo lugar, la transmisión de los derechos de explotación no alcanza a las modalidades de utilización o medios de difusión, inexistentes o desconocidos al tiempo de la cesión (art. 43.5); lo que implica que el autor ostenta siempre una propiedad residual sobre los derechos de explotación de su obra.

⁸ Cfr., entre otros, R. BERCOVITZ, «El derecho de remuneración del artículo 90.2 de la Ley de Propiedad Intelectual y su irrenunciabilidad», *Homenaje a Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, págs. 95 a 100.

⁹ Vid., en este sentido, RODRÍGUEZ TAPIA, *La cesión en exclusiva de los derechos de autor*, Centro de Estudios Ramón Areces, 1992, pág. 192; DELGADO PORRAS, *Panorámica de la protección civil y penal de la propiedad intelectual*, Civitas, 1988, pág. 60; ESPÍN ALBA, *El contrato de edición literaria*, Comares, 1994, pág. 142 y ss.

¹⁰ Vid. CÁMARA ÁGUILA, *El derecho moral del autor (con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor)*, Comares, 1998, págs. 57 y 58.

b) En consecuencia, creemos que Don Carlos realiza un acto de administración, no de disposición, sometido a los arts. 43 y ss. LPI¹¹. De ahí que resulte de interés considerar si existía o no acuerdo de la mayoría de los coherederos que validara el acto de cesión. Para ello debemos acudir al art. 398 del C.c., que resulta aplicable a la comunidad hereditaria a falta de normativa propia que regule su funcionamiento. En relación con este precepto, un sector de la doctrina, así como la jurisprudencia¹², han considerado innecesaria una junta comunitaria para tomar acuerdos que afecten a la administración de la cosa común; lo importante es que la mayoría se revele inequívocamente en determinado sentido. Esta interpretación no es unánime y, así, un importante sector doctrinal se muestra partidario de citar a todos los comuneros para la adopción del acuerdo¹³.

En este caso, la forma en que se manifiesta la voluntad de los cuatro hijos supérstites —recordemos que dos de ellos se limitaban a manifestar que les gustaba el folleto ilustrativo de la edición—, no revela inequívocamente que éstos deseaban la explotación de la obra en los términos en que se hizo.

3. LA LESIÓN DEL DERECHO DE DIVULGACIÓN DE LA OBRA

1. Aunque las instancias inferiores no lo reconocen, el Tribunal Supremo estima que con la explotación de la obra se ha producido un atentado al derecho de divulgación.

La Audiencia Provincial no apreció infracción del derecho moral de autor, al entender, según se hace constar en el Fundamento de Derecho XII, que el autor mismo había divulgado la obra al participar con ella en el concurso nacional celebrado en 1915.

En cambio, el Tribunal Supremo, en argumentación que no compartimos, admite que tal lesión sí se ha producido. El Tribunal se limita a señalar que la obra escultórica definitiva es distinta a la obra ejecutada para el concurso público, añadiendo a continuación, que la obra se ha divulgado a través de las posteriores conductas de las codemandadas, sin el consentimiento del autor; por lo que resulta indiscutible el atentado al derecho moral (Fundamento de Derecho II).

¹¹ En este caso no se ha indicado el tiempo ni el ámbito temporal al que afecta la cesión. De ahí que resulte de aplicación el art. 43.2 LPI, en virtud del cual, «La falta de mención del tiempo limita la transmisión a cinco años y la del ámbito territorial al país en el que se realice la cesión». Además, de acuerdo con el art. 48 LPI, para considerar que tal cesión se ha realizado en exclusiva, debería haberse señalado así expresamente, lo que tampoco sucede en el caso de autos.

¹² Vid., STS de 12 de diciembre de 1983 (R.A. 6931). En la doctrina, MIQUEL GONZÁLEZ «Comentario al art. 398 del C.c.», *Comentarios al C.civil y Compilaciones forales*, t. V, vol. 2.º, Edersa, 1985, pág. 406.

¹³ Vid. entre otros, BELTRÁN DE HEREDIA, *La comunidad de bienes en el derecho español*, Ed. Revista de derecho privado, pág. 315; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil III*, Tecnos, 1988, pág. 85; LACRUZ, SANCHO REBULLIDA y otros, *Elementos de Derecho Civil III*, Bosch, 1991, pág. 472.

Ciertamente, la obra escultórica que aparece en la Plaza de España es distinta del boceto en yeso realizado inicialmente por el autor, pudiéndose apreciar entre ambas notorias diferencias estéticas, como consta en el relato de hechos probados. De ahí que aquella deba considerarse obra derivada respecto de la originariamente realizada por el escultor. Pero este solo hecho no sirve para determinar si la obra originaria se encuentra o no divulgada. El Tribunal Supremo debería haber entrado a analizar si, contrariamente a lo mantenido por la Audiencia Provincial, la presentación de la obra a un concurso público implicaba su divulgación, a la luz de los arts. 4 y 14.1 LPI.

De acuerdo con el art. 4 LPI, se entiende por divulgación de una obra toda expresión de la misma que, con el consentimiento del autor, la haga accesible por primera vez al público, en cualquier forma. Y, según el art. 14.1 LPI, corresponde al autor el derecho a decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma.

En nuestra opinión, el autor que envía una obra a un concurso público está consintiendo implícitamente su divulgación. Ahora bien, una cosa es consentir la divulgación y otra que esa divulgación llegue a materializarse; esto es, que efectivamente la obra acceda al público. Cuando el autor consiente la divulgación de la obra está ejerciendo su derecho de divulgación; pero como la divulgación es un acto material, la obra sólo debe entenderse divulgada cuando acceda al público. El problema es determinar qué debemos considerar como público. En nuestra doctrina se ha venido entendido que para considerar divulgada la obra no basta con que ésta se haya comunicado a unas pocas personas, en un ámbito restringido como puede ser la lectura ante unos amigos, unos críticos entendidos en la materia...etc. El público al que se dirija la obra ha de ser un número indeterminado de personas, con independencia de que, efectivamente, sean pocas las personas que lleguen a conocerla¹⁴. Siguiendo esta interpretación, creemos que el jurado que compone un concurso no debe considerarse como público, pues conoce de las obras en un ámbito restringido: para su valoración a efectos del citado concurso.

En definitiva, aunque efectivamente la obra no hubiese accedido al público (dato que desconocemos, pues es posible que tras ganar el concurso la obra se hubiese publicitado de alguna manera), lo que sí parece claro es que el autor consintió la divulgación. El autor ejerció positivamente el derecho de divulgación en vida, de modo que los que sean titulares de los derechos de explotación *post mortem* podrán explotar la obra sin requerir el consentimiento de las personas señaladas en el art. 15 ó 16 LPI. Habiendo consentido el autor la divulgación, a nadie corresponde decidir tras su muerte si la obra debe divulgarse o permanecer inédita. De ahí que quepa concluir que el escultor ejerció el derecho de divulgación en vida, y la posterior reproducción de su obra no ha supuesto un atentado al derecho de divulgación.

¹⁴ Vid., a este respecto, RIVERO HERNÁNDEZ, «Comentario al art. 4 LPI», *Comentarios a la LPI* (2ª ed.), *op.cit.*, pág. 79 y ss.

2. No queremos finalizar este punto sin hacer otra reflexión. Como hemos señalado, las figuras de Don Quijote y Sancho Panza que aparecen en la Plaza de España de Madrid, constituyen una obra derivada respecto del boceto ganador del concurso.

Este hecho nos lleva a cuestionar si cabe entender que la obra originaria (el boceto en yeso) ha sido divulgada a través de su transformación.

En relación con esta cuestión se pronunció el Tribunal Supremo en Sentencia de 2 de marzo de 1992 (RA 1834). En autor de una novela cedió el derecho de transformación a un productor para que se elaborase un guión cinematográfico con base en ella. El Tribunal entendió lesionado el derecho moral del autor de la novela al no realizarse el film proyectado. Además de otras consideraciones, en el comentario de esta sentencia, R. BERCOVITZ pone de manifiesto lo discutible que resulta entender, dentro del derecho de divulgación, la posibilidad de obligar al productor cinematográfico a divulgar la obra originaria bajo una nueva versión u obra derivada¹⁵.

A nuestro juicio, la conclusión a la que se llegue dependerá del tipo de obra derivada ante el que nos encontremos. Si la obra derivada resulta ser una obra compuesta (de acuerdo con el art. 9.1.º LPI, «Se considerará obra compuesta la obra nueva que incorpore una obra preexistente sin la colaboración del autor de esta última; sin perjuicio de los derechos que a éste correspondan y de su necesaria autorización»), entonces cabe entender divulgada la obra originaria al divulgar la obra derivada. En cambio, cuando la obra derivada resulta de una transformación en la obra originaria (como sucede en este caso), en rigor, aunque conozcamos los caracteres esenciales de la obra originaria a través de la obra derivada, no por ello cabe entender que el público *la* conoce y, en consecuencia, que ha sido divulgada.

4. LA LEGITIMACIÓN PARA INTERVENIR ANTE LA LESIÓN DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES Y MORALES DEL AUTOR

1. Como los derechos de explotación permanecen todavía indivisos, se encuentran legitimados para ejercer la acción por lesión de tales derechos los coherederos del autor, entendiendo que esta condición concurre tanto en los hijos de Don Lorenzo, como en sus nietos (que heredan de sus hijos fallecidos) y nuera, única heredera de otro de sus hijos también fallecido.

2. En cuanto al derecho de divulgación, debemos acudir a los arts. 15 y 16 LPI para determinar quiénes están legitimados para intervenir ante una lesión de este derecho. En primer lugar lo está la persona física o jurídica que el autor haya designado expresamente al efecto por disposición de última voluntad. En segundo lugar, a falta de que el autor hubiese señalado a alguien, corres-

¹⁵ Vid. CCJC, enero-marzo 1992, pág. 200.

ponde decidir la divulgación a los herederos del autor. Finalmente, a falta de todos ellos, o si se encontraran en paradero desconocido, la legitimación pertenece al Estado y demás entidades públicas mencionadas en el art. 16 LPI.

Especialmente complejo resulta determinar quién ha de considerarse *heredero* a efectos del art. 15 LPI. Tanto en nuestra doctrina como en la foránea se ha planteado si por tales hay que entender solamente los herederos directos del autor causante, o, en cambio, el llamamiento comprende también a los que lo sean de segunda o ulterior generación. En nuestra opinión, existen varios argumentos en favor de la limitación del llamamiento a la primera generación de sucesores. En primer lugar, creemos que no cabe hablar de sucesión, si quiera sea *sui generis*, del derecho moral del autor. El derecho moral del autor no se transmite por vía sucesoria, de modo que la llamada de los herederos no supone transmisión alguna del derecho moral en su favor. A nuestro juicio, el derecho moral se extingue tras la muerte del autor, y surge en los herederos un derecho *ex novo*, *similar* al que aquél tenía. La Ley concede a los herederos derechos similares a los que correspondían al autor, a fin de proteger los intereses que aquéllos pudieran tener en la obra por su relación con él¹⁶.

De esta forma, si las facultades morales del autor no integran la masa de bienes que se transmiten de acuerdo con las normas generales del derecho sucesorio, tampoco van a formar parte del patrimonio de los sujetos a los que la voluntad del causante, o la Ley en su defecto, atribuya su ejercicio¹⁷.

En segundo lugar, compartimos con un sector de la doctrina la idea de que si por herederos hubiese que entender también los de segunda o ulterior generación, en ningún caso se podría producir el supuesto de no existencia de «las personas mencionadas en el artículo anterior» al que se refiere el art. 16 LPI pues, en última instancia, siempre hereda el Estado¹⁸.

Por ello, en este caso, entendemos que sólo se encuentran legitimados para ejercer la acción en defensa del derecho de divulgación los herederos directos del autor-causante. Y, precisamente, ninguno de los demandantes ostenta tal condición. De ahí que, en nuestra opinión, los demandantes carezcan de legitimación activa por lo que respecta al ejercicio de la acción en defensa del derecho de divulgación de la obra.

3. Para concluir, debemos hacer algunas consideraciones en torno a los destinatarios de la indemnización obtenida por lesión del derecho de divulgación.

El Tribunal Supremo reconoce a los actores una indemnización por lesión del derecho moral, con base en el art. 125.2 LPI de 1987 (actual art. 140.2 LPI),

¹⁶ Vid. *El derecho moral del autor..op.cit.*, pág. 115.

¹⁷ Vid. nuestra obra, *El derecho moral del autor..op.cit.*, págs. 214 y ss.

¹⁸ Vid., a este respecto, R. BERCOVITZ, «Comentario a los arts. 15 y 16 LPI», *Comentarios a la LP* (2ª ed.), *op.cit.*, pág. 256; DÍAZ ALABART, «Comentario al art. 41 LPI», *Comentarios al C.civil y Compilaciones forales, op.cit.*, págs. 666 y 667.

cuya valoración se determinará en ejecución de sentencia (Fundamento de Derecho II). Ello nos lleva a plantear qué función cumple esta indemnización, y quiénes deben ser sus beneficiarios. En nuestra opinión, la indemnización por lesión de las facultades morales *post mortem* cumple una función compensatoria¹⁹. De ahí que sólo quepa indemnizar a los actores en la medida en que se entienda que han sido perjudicados por la divulgación incontestada. A este respecto, no resulta baladí recordar que la protección del derecho de divulgación disminuye considerablemente cuando el autor ha fallecido: una divulgación incontestada no perjudica de igual forma al autor que a sus herederos²⁰. Así se desprende de forma clara del art. 40 LPI, en virtud del cual, el Juez podrá intervenir si, a la muerte del autor, sus derechohabientes ejerciesen su derecho a la no divulgación de la obra, en condiciones que vulneren el art. 44 de la Constitución. Además, a diferencia de lo que sucede con el derecho a la paternidad y a la integridad de la obra, el ejercicio del derecho de divulgación se encuentra limitado temporalmente a un plazo de sesenta años en el caso de autos (en la actualidad de setenta), a contar desde el día primero de enero del año siguiente al del fallecimiento del autor²¹.

¹⁹ Vid. el tratamiento que hacemos de esta cuestión en *El derecho moral del autor...op.cit.*, pág. 418 y ss.

²⁰ Así lo mantenemos en *El derecho moral del autor...op.cit.*, págs. 422 y ss.

²¹ De acuerdo con el art. 15.2 LPI de 1987, «Las mismas personas señaladas en el párrafo anterior y en el mismo orden que en él se indica, podrán ejercer el derecho previsto en el número 1.º del artículo 14, en relación con la obra no divulgada en vida de su autor y durante un plazo de sesenta años desde su muerte o declaración de fallecimiento, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 40». Este plazo deberá contarse desde el día primero de enero del año siguiente al de la muerte del autor (art. 30 LPI).