

22 de marzo de 2024

ARTE Y DERECHO: ¿“TAPAR LA CAPILLA SIXTINA”?

(SOBRE LA INTEGRIDAD DE LAS OBRAS DE ARTE)

*La justicia ratificó que no se puede destruir impunemente una obra de arte.
Y recomendó que los acuerdos con artistas sean reflejados en un contrato por escrito.*

En diciembre de 2022, por este mismo medio ¹, comentamos un fallo de primera instancia en el que se dispuso indemnizar al artista Federico Bacher por la destrucción de una de sus obras.

Bacher egresó de la Escuela Nacional de Bellas Artes y se formó en Florencia, Nueva York y Shanghai. Tuvimos el honor de asesorarlo y representarlo en este asunto.

Gran parte de la obra de Federico (desarrollada en grandes murales en sitios públicos e instalaciones *site specific* en varias ciudades del mundo) refleja su interés por la naturaleza y en establecer puntos de contacto entre el ser humano y su entorno. Su trabajo es particularmente apreciado y reconocido en China, donde integra el Institute for Public Art de Shanghai y enseña en la Universidad de Xi'an.

En julio de 2013 un centro comercial en las afueras de Buenos Aires organizó un evento en el que pintores, dibujantes, escultores y músicos realizaron obras pictóricas o Escal-

tóricas, ejecutaron piezas musicales y *performances* a la vista del público.

Federico fue invitado a participar. En el centro comercial pintó un enorme mural de doce metros de altura por seis de ancho, llamado *Naturaleza*, en el hall de entrada.

“Trabajé a 12 metros de altura en una simple escalera de bomberos durante cuatro días ininterrumpidos de trabajo... Todo a cambio de que mi trabajo se viera expuesto allí, la gente lo pudiera visitar, embellecer el lugar y promover mi arte”

Poco después, sin aviso previo, la obra fue destruida y cubierta con una capa de pintura.

Federico demandó a los responsables sobre la base de que, como titular de una obra del intelecto, “la ley le otorga el derecho a su preservación, dado que debe ser conservada tal como la concibió su creador, de forma tal que *cualquier modificación, alteración, destrucción o cambio en el destino previsto por aquél, constituye un atentado contra el derecho moral que le compete a los autores*”.

Al defenderse, la empresa propietaria del centro comercial dijo que la demanda de Federico había sido planteada “con el único ob-

¹ “Sobre la destrucción de las obras de arte”, *Dos Minutos de Doctrina*, XX:1089, 30 diciembre 2022.

jetivo de obtener un beneficio económico absolutamente antijurídico e infundado”.

Pero, “en caso de que se tuviera por cierto que el artista hubiera pintado el supuesto mural en una de las paredes del centro comercial y que con posterioridad dicha obra ya no fuera exhibida”, ello “no podía ser catalogado como un accionar ilícito que pudiera dar lugar a una indemnización por daños”.

Basó dicha posición en que, según las leyes, el dominio de una cosa comprende los objetos que forman un todo con ella o son sus accesorios. Y como el mural *supuestamente* estaba pintado sobre una pared del centro comercial, el soporte no podía ser escindido ni separado de aquél, “pues se trata de la pared del *shopping center*, de forma tal que el mural pasó a ser un accesorio del inmueble”.

Agregó que el artista “no había podido probar la existencia de un contrato que lo vinculara con la demandada para poder así determinar la existencia del mural y las supuestas obligaciones a su cargo”. Por consiguiente, tampoco podía “reclamar un resarcimiento por daños por una supuesta violación a su derecho moral de autor”.

La propietaria del centro comercial añadió un curioso argumento final: como el artista había sostenido que la empresa estaba obligada a exhibir el mural, “debía entenderse que se había celebrado un contrato de locación de un espacio donde aquélla actuó como propietaria del espacio ubicado dentro del centro comercial de su propiedad y el señor Bacher gozó y usó dicho espacio para promocionar y exhibir su obra”. Por consiguiente, lo reconvino (esto es, contrademandó al artista) *por una suma mayor que la reclamada por éste*.

Bacher, ante la reconvención, debió defenderse a su vez. Explicó que nunca existió un contrato de locación. “El vínculo [que unió a

las partes] fue un acuerdo verbal, donde el artista se obligó a crear y exhibir su obra pictórica en el centro comercial y la empresa se benefició con la tenencia de la obra, el aumento de la afluencia de visitantes al centro durante la organización del evento y la participación de un artista de renombre”.

En primera instancia, en diciembre de 2022 se resolvió la cuestión a favor del artista. Y el pasado 18 de marzo la Cámara de Apelaciones confirmó la decisión ²

El tribunal explicó que, en opinión de la demandada, la sentencia anterior había partido “de una premisa insostenible para reconocer la reparación [...] en tanto el actor actuó de mala fe y desarrolló un ejercicio abusivo de su derecho de propiedad intelectual, con el exclusivo fin de lograr un beneficio económico”.

Los jueces recordaron que “la Ley de Propiedad Intelectual reglamenta el art. 17 de nuestra Constitución Nacional. Vale decir que el derecho intelectual está asimilado al derecho real de dominio, de modo que el autor goza sobre su obra de todos los derechos del propietario, entre los cuales se encuentran los de publicarla, exponerla en público y enajenarla por la vía que estime más apropiada”.

Y la obra intelectual “es toda expresión personal perceptible original y novedosa de la inteligencia, resultando de la actividad del espíritu, que tenga individualidad, que sea completa y unitaria, que represente o signifique algo, que sea una creación integral”.

En consecuencia, “el derecho de propiedad intelectual se origina a partir de la existencia de una creación, ya sea personal de un autor individual o fruto de los aportes de un equi-

² In re “Bacher c. Showcenter SA”, exp. 64131/2019; CNCiv (H), 18 marzo 2024

po de creadores confundidos en la dirección general impartida a una obra colectiva; así resulta original toda creación que no sea la simple reproducción de una obra preexistente. Por lo tanto, no habrá originalidad cuando la labor intelectual se limite a una reproducción servil o mecánica de una obra preexistente...”.

El tribunal explicó que “la originalidad es cuestión de hecho librada a la prudente apreciación judicial”, pero reconoció que “para que exista originalidad es suficiente que medie aporte personal del espíritu, de carácter intelectual, que distinga a lo creado de los elementos o ideas que se conocían que se utilizan combinándolas en un modo distinto; [...] que revele la impronta de su personalidad, sin que importe que se utilicen elementos existentes”.

Los jueces aclararon que “la Ley de Propiedad Intelectual no define qué debe entenderse por obra o producción científica, literaria o artística, ni establece los requisitos que debe reunir para que sea considerada tal y merecer la protección legal. Sin embargo, su artículo 1º tiene un contenido suficientemente genérico, no taxativo, que permite incluir *toda creación del intelecto que sea original y novedosa*”.

El tribunal añadió que “a los fines de la protección legal no tiene relevancia el mérito de la obra, su valor cultural o artístico, ni que esté destinada a un fin cultural o utilitario, como sucede con los programas de computación, las obras de publicidad, los libros de cocina, etc. [...] Sí es necesario, en cambio, que presenten las características de originalidad (o individualidad) que reside en la expresión, es decir, en la forma representativa, creativa e individualizada de la obra, aun cuando la creación y la individualidad sean mínimas”.

En el caso de la pintura, el tribunal tuvo en cuenta la denominada “materia pictórica”, esto es, “la conformación o unidad física constituida por la materia o soporte sobre la cual se pinta, sea éste lienzo sobre bastidor, tabla, panel, muro, etcétera, y los pigmentos coloreados que los pintores aplican sobre el soporte según determinadas técnicas. También se ha dicho que el material, cuando es tomado por el artista para construir con él la obra de arte, muda su naturaleza y deja de ser un material natural para convertirse en material artístico, en uno de los varios elementos plásticos que entran a formar parte de la estructura de esa obra de arte”.

Por eso, añadió, que “con los distintos materiales, y, en consecuencia, con las diferentes técnicas empleadas, el pintor elabora una materia pictórica cuyos efectos sólo son perceptibles en la contemplación directa de la obra de arte, y en modo alguno apreciables por medio de láminas o diapositivas. En efecto, aproximándonos a la superficie del cuadro, descubrimos las texturas, la disposición de la materia pictórica, entramos en el universo pictórico con sus superficies tersas y lisas, o bien pastosas y untuosas, mates o brillantes, de muy diversas cualidades texturales según los materiales y la técnica utilizados. Puede apreciarse, incluso, la pincelada y su forma de aplicarse sobre el soporte, es decir, el ‘toque’”.

Por consiguiente, para el tribunal “el toque o pincelada (o cualquier otro modo de aplicación de la materia pictórica mediante cualquier útil o bien directamente con la mano) delata la huella del artista, su gesto, su escritura personal; es la presencia cálida, la respiración petrificada en la modelación de la pasta. Con el toque el pintor subraya el efecto general de la composición; es la expresión personal del artista”.

Dicho lo cual, los jueces recordaron que en primera instancia se probó que el mural *Naturaleza* había sido pintado en una de las paredes del *shopping center* explotado por la demandada, y que luego de un estudio de los derechos intelectuales en juego se estableció una indemnización a favor del artista.

Para el tribunal, “la efectiva realización del mural en el año 2013 y su actual ausencia, reemplazado por pintura de pared y la construcción de un local, permiten concluir la existencia de la obra pictórica y su actual destrucción”.

Los jueces mencionaron que uno de los testigos, licenciado en historia del arte, expuso que “dada su intervención en un programa de difusión artística, tomó conocimiento de un evento denominado “Open Arts”, [donde] pudo constatar la concurrencia y actividad de diversos artistas, entre los cuales estaba Federico Bacher, quien realizó un mural, de grandes dimensiones, que representaba un bosque de cañas de bambú. [El testigo mencionó] que Bacher obtuvo una beca en China, y que esas imágenes exhibían la característica artística y la personalidad del autor. Advirtió asimismo que el mural se encontraba ubicado al lado de una escalera mecánica, con lo cual podía recorrerse en toda su dimensión. [El testigo dijo] que en 2019 concurrió al local por diversos motivos y vio que [el mural] ya no estaba: dijo que se sorprendió... *fue como que alguien diera la orden de tapar la Capilla Sixtina*”.

Los jueces opinaron que “más allá que la comparación del testigo entre la obra de Miguel Ángel y la de Bacher parece quizás excesiva, y comparar un fresco renacentista (expresión artística que requiere que la superficie del muro esté húmeda al momento de pintar) con un mural en seco tiene sólo similitudes respecto del soporte, es destacable que [el testigo] pudo constatar la identidad

artística del autor en la obra, con reminiscencias a su bagaje cultural y su historia, generando la impresión de su espíritu en el mural de referencia; en el caso los bosques, las cañas de bambú y su experiencia en China”.

“Al margen de esta pintoresca comparación entre las obras referidas –que quizás tuvo como objeto enfatizar la magnitud de la pérdida por la eliminación de cualquier obra de arte–, es importante destacar que el fresco (la obra de arte de Miguel Ángel aludida) tiene, por su misma impresión y labor, una condición de mayor complejidad y perdurabilidad, pues la pintura disuelta en agua de cal se impregna en la pared húmeda en su aplicación manteniendo sus colores, líneas y matices con mayor permanencia que la impresión en seco, que tiene menor durabilidad o requiere un mayor mantenimiento quizás”.

Con esta referencia el tribunal quiso remarcar “que el mural del sr. Bacher tenía una finitud temporal en su integridad, naturalmente establecida por ser un mural en seco y por el normal deterioro que sufre una pared ubicada en un centro comercial con alta frecuencia de visitantes y movimiento”. Y admitió que “una obra de arte de estas características, ubicada en un local comercial con flujo intenso de personas y bienes se encuentra inmersa en el giro mercantil de la empresa, que tiende a mantener cierta dinámica en su estética y fisonomía de los salones para captar más visitantes y consumidores”.

“Podría pues considerarse, como expuso la demandada, que el ejercicio de su derecho de dominio sobre los salones hacía presumir que, naturalmente, el mural habría de subordinarse a las necesidades propias del giro comercial del *shopping center*”.

Pero entonces, “falló el esfuerzo probatorio de la empresa”, pues, como se dijo en primera instancia, “pudo resultar capital al res-

pecto la omisión de una instrumentación de la relación jurídica entre el artista, su obra y el titular dominial del muro en el que se representó la pieza pictórica”. *En otras palabras, constituyó un error el hecho que no existiera un contrato escrito entre las partes.*

Dijo el tribunal: “llama la atención que no exista ningún contrato en el cual las partes hayan establecido las pautas de realización de la obra, sus dimensiones, características, la cesión o no de los derechos de imagen y difusión de la misma, así como la disposición o no de la obra en caso que la empresa requiera utilizar el muro con un objeto diverso”.

Un contrato semejante, según el tribunal, habría sido pertinente para “establecer las pautas concretas respecto de la relación jurídica existente a fin de acreditar frente a terceros, en el caso ante un tribunal de justicia, cuáles fueron las condiciones en las cuales el artista realizaba su obra en un muro de propiedad de la demandada, en un centro comercial”.

Para los jueces quedó claro que “el evento Open Arts tuvo una gran difusión y atrajo muchos visitantes, lo cual se tradujo en un evidente beneficio comercial [para la demandada], en función de su actividad empresarial.

También quedó claro “que el mentado evento tenía un plazo acotado de duración, y que una vez concluido, la fisonomía de los salones podía volver a su anterior composición o, en todo caso, adoptar otra diferente con alguna otra temática convocante en función de los intereses y el marketing de la demandada”.

Pero... “lo cierto es que la cualidad temporal del mural en cuestión, sujeto a esa dinámica empresarial no ha sido probada en autos, lo cual impone establecer al respecto *la vigencia del derecho moral del artista sobre el*

mural y su legitimidad para reclamar un resarcimiento en el caso de su destrucción, como es el caso.”

Lo dicho por el testigo (“tapar la Capilla Sixtina”) “genera la convicción de la dimensión artística del trabajo del sr. Bacher: esa modificación del material original, en el caso un muro, para transformarlo en una obra de arte, susceptible de tutela por parte de la Ley de Propiedad Intelectual”.

Por consiguiente, “era la demandada, en tanto sujeto de comercio –hoy más precisamente categorizada como empresaria en los términos del Código Civil y Comercial– y en su condición de organizadora del evento Open Arts y titular dominial del inmueble con explotación mercantil, quien debía reconocer la necesidad de establecer concreta e instrumentalmente las condiciones de una relación jurídica tan particular vinculada a una obra pictórica de tales dimensiones y características”.

“También sorprende que, ante la necesidad de disposición del soporte de la obra artística, no se haya comunicado fehacientemente a su autor, con prudente anticipación, la necesidad de modificar la fisonomía del muro conforme el giro comercial de la demandada”.

Los jueces aplicaron el artículo 6 bis de la Convención de Berna que establece que “independientemente de los derechos patrimoniales de autor y aun después de la cesión de dichos derechos, el autor conserva, durante toda su vida, el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de esta obra o a cualquier otro menoscabo a la misma obra, que pudiera afectar su honor o su reputación”.

Según el tribunal, “esta omisión de toda comunicación al artista acerca del destino del

mural ha sido, en definitiva, el detonante del daño moral esgrimido por el sr. Bacher”.

“Tal silente proceder, que en definitiva puede ser leído como un desprecio a la obra pictórica del actor, aparece hábil para configurar esa aflicción a su honor o reputación”.

Los jueces “no pudieron dejar de comparar la situación aquí planteada con otra que tiene connotaciones análogas, que es la destrucción del edificio donde se encuentra retratado uno de los murales más famosos del mundo de Diego Maradona, en los suburbios de Nápoles. Esa decisión, adoptada por el ayuntamiento napolitano, implica la demolición de dos edificios para la construcción de otro conjunto de viviendas más modernas, cómodas y seguras. Cuestión que si bien la adoptó quien tenía potestad de decisión sobre los inmuebles, el artista Jorit Agoch tuvo conocimiento anterior de tal disposición y pudo manifestarse al respecto”.

Y “desde el prisma del abuso del derecho, propuesto por la empresa demandada, [...] el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto; pero agrega que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos y se considerará tal al que contraríe los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.

Además, “el juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización. Así, se ha sostenido que para determinar la configuración o no de abuso del derecho, deben considerarse ciertas directivas, tales como la existencia de intención de dañar, la falta o no de interés en el ejercicio del derecho, si el acreedor ha escogido el camino

más gravoso para el deudor, la actuación de un modo repugnante a la lealtad y la confianza recíprocas, si el perjuicio ocasionado reviste carácter anormal o extraordinario”.

Pero la decisión tomó en cuenta que la mención del abuso del derecho no fue hecha en primera instancia, sino sólo ante la Cámara.

Al respecto, el tribunal recordó que las partes deben invocar en tiempo oportuno el abuso del derecho para así permitir el debate y una defensa adecuada, por lo que “la introducción ahora de este argumento resulta inaudible, pues no fue planteado ante el juez [anterior]”.

“Aun cuando podría aducirse, desde otra perspectiva, que el abuso del derecho no debía ser necesariamente invocado por el interesado para su reconocimiento, no es menos cierto que la aludida maniobra pergeñada por [Bacher] para obtener un beneficio pecuniario a costa de una persona jurídica ‘solvente’ –como la demandada se reconoció a sí misma- no encuentra basamentos probatorios que lo sostengan”.

En otras palabras, la supuesta maniobra del artista, “tendiente a ejercer su derecho de propiedad intelectual de manera abusiva y al sólo efecto de obtener una suma dineraria”, según la cual Bacher participó del concurso ‘Open Arts’ en 2013, y realizó un mural de varios metros de altura en uno de los salones del *shopping center*, al sólo efecto de aguardar que la demandada lo pinte arriba o lo destruya para después demandarla y obtener una indemnización” debió haber sido demostrada.

“Claro que todo es posible, pero la buena fe se presume en nuestro derecho, por lo cual la demandada debió probar lo contrario; ninguna prueba ha sido invocada para acreditar tal maniobra, quizás porque esta argumentación

nunca fue planteada en la contestación de demanda”.

Para poder demostrar, “al menos primariamente, un ejercicio abusivo [como el invocado por la demandada] era también importante contar con un contrato a efectos de establecer las pautas previstas en la relación jurídica, los intereses y objetivos de las partes y derivar de ello el uso irregular de los derechos”.

Por esas razones, la apelación de la empresa demandada fue rechazada, por lo que el tribunal confirmó la condena contra la empresa demandada, obligándola a resarcir el daño moral sufrido por el artista, definido certeramente como cualquier lesión en los sentimientos o afecciones legítimas de una persona, o cuando se le ocasionan perjuicios que se traducen en padecimientos físicos o, en fin, cuando de una manera u otra se han perturbado la tranquilidad y el ritmo normal de la vida del damnificado”.

Los jueces recordaron que la Ley de Propiedad Intelectual establece que “aun cuando el autor enajenare la propiedad de su obra,

conserva sobre ella el derecho a exigir la fidelidad de su texto y título, en las impresiones, copias o reproducciones, como asimismo la mención de su nombre o seudónimo como autor. De esto deriva el reconocimiento de su paternidad sobre su obra; máxime si, como es el caso, no ha sido enajenada al demandado”.

Por consiguiente, “el llamado daño moral del autor de una creación artística, científica, literaria y, en general intelectual, es un conjunto de facultades de contenido extrapatrimonial que integran el derecho de propiedad intelectual”.

Pero fuera de reconocer el derecho del artista a ser indemnizado por el daño moral sufrido, el tribunal rechazó sus reclamos por un posible daño patrimonial, por cuanto el mural había sido hecho gratuitamente.

Las posibles críticas al fallo por este último aspecto no pueden desmerecer la trascendencia de la decisión, al poner de resalto la importancia de que las relaciones entre los artistas y sus “clientes” estén adecuadamente reflejadas en un contrato.

* * *

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a np@negri.com.ar.

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**