

# EL DERECHO

## DIARIO DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

DIRECTOR: ALEJANDRO BORDA - CONSEJO DE REDACCIÓN: GABRIEL FERNANDO LIMODIO, LUIS MARÍA CATERINA, MARTÍN J. ACEVEDO MIÑO, DANIEL ALEJANDRO HERRERA, NELSON G. A. COSSARI

### NOTA

*Un caso de mutilación de una obra de arte, por Hugo Vivot*  
Cita Digital: ED-V-DCCCCLXXXIV-574

### JURISPRUDENCIA

PROPIEDAD INTELECTUAL: Obra pictórica: concepto; evento artístico; shopping; mural; destrucción; ausencia de contrato. DAÑOS Y PERJUICIOS: Indemnización: daño moral; procedencia; daño patrimonial; obra gratuita; improcedencia (CN-Civ., sala G, marzo 18-2024)

MÉDICO: Mala praxis: error en medicina. DAÑOS Y PERJUICIOS: Secuelas de sufrimiento fetal: incapacidad casi total; reparación; daño moral; responsabilidad contractual; procedencia; Convención sobre los Derechos del Niño; art. 1078 del Código Civil; inconstitucionalidad; padres; damnificados indirectos; intereses; tasa activa. SEGUROS: Límite de cobertura: oponibilidad (CNCiv., sala C, mayo 21-2024)

### DOCUMENTOS Y COMENTARIOS

*En torno a la sentencia del Tribunal Constitucional de España sobre las reformas de la ley de aborto, por María del Pilar de Olazábal*  
Cita Digital: ED-V-DCCCCLXXXIV-579



# Un caso de mutilación de una obra de arte

por HUGO VIVOR<sup>(\*)</sup>

La sentencia dictada por la Sala G de la Cámara Civil en el caso “Bacher c. Norcenter” seguramente servirá para enriquecer el no demasiado extenso repertorio de precedentes jurisprudenciales que se han referido a las bellas artes en nuestro país. Entre ellos se destacan los fallos recaídos en los casos “Medina Cámpora”<sup>(1)</sup> (acerca de la interpretación restrictiva que ha de darse a la cesión de sus derechos intelectuales por parte de un artista sobre la base del artículo 54 de la Ley de Propiedad Intelectual 11.723) y “Waveluck”<sup>(2)</sup> (que además de referirse a esa interpretación restrictiva, también hizo referencia a la extensión de los derechos morales que disfruta todo autor de una obra de arte, apoyándose en las disposiciones del art. 52 de la ley mencionada).

Por el tema en discusión, el caso “Bacher” está más próximo a este último. En efecto, el tribunal debió establecer aquí –además de ciertas cuestiones hasta cierto punto accesorias al tema principal, pero no por ello menos relevantes, como pudo ser la determinación acerca de la aplicabilidad o no del nuevo Código Civil y Comercial al diferendo entre las partes– si la destrucción de una obra de arte pudo haber dado, sin más, derecho al artista a ser indemnizado por violación de aquellos derechos.

La respuesta a esa cuestión fue positiva: la demandada procedió a “borrar” una obra pictórica realizada por el actor en el marco de un evento artístico organizado por la demandada y, en consecuencia, debió ser indemnizado por la afectación de sus derechos morales.

Tanto la sentencia recaıda en el caso “Waveluck” como la dictada en “Bacher” hacen pie en las disposiciones legales relativas a los derechos morales de los artistas que emanan de la Ley de Propiedad Intelectual 11.723 –en particular, en su artículo 52– y del artículo 6 bis de la Convención de Berna (ratificada por la Argentina mediante la ley 17.251 en 1967).

En este sentido, la solución dada por la sentencia bajo análisis no se aparta de los principios legales tradicionalmente aplicables a los casos de destrucción y mutilación de obras de arte en desmedro de su autor y que han sido objeto de estudio detenido por la doctrina<sup>(3)</sup>.

Sin embargo, es relevante tener en cuenta que, mientras la fundamentación utilizada por los tribunales en el caso “Waveluck” sobre el alcance de esos derechos morales tiene fundamentos discutibles, la del caso “Bacher” que estamos comentando es notablemente más sólida.

En efecto, el principal argumento utilizado en “Waveluck” para otorgar derechos a un artista cuya obra había sido destruida fue la Ley de Propiedad Intelectual 11.723.

Pero el artículo 52 de esta establece que “aunque 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”.

Como es evidente de la lectura de ese texto legal, resulta algo forzado deducir que de la Ley de Propiedad Intelectual surgen pautas que puedan dar al artista derecho alguno en el caso de destrucción de su obra. Sin embargo, y como bien sostiene Iturralde<sup>(4)</sup>, “para los tribunales la alteración de una obra sin el consentimiento del artista importa automáticamente la generación de un daño moral”. Ello es así pues, como sostiene la misma autora, “nuestra ley recepta sólo dos aspectos de estos derechos [morales]: el derecho a la reivindicación de la paternidad y el derecho a preservar la integridad de la obra *en los casos de representaciones, impresiones o ejecuciones*, puesto que los legisladores “sólo tuvieron en cuenta las obras literarias, musicales y dramáticas”, pero no las obras de artes plásticas<sup>(5)</sup>.

Pero hay más: han sido la doctrina y la jurisprudencia quienes “han extendido el alcance de la protección a los cuatro aspectos de los derechos morales mencionados”; esto es, no solo a la reivindicación de la paternidad y a la preservación en casos de representaciones, impresiones y ejecuciones sino también a la oposición a la deformación, mutilación u otra modificación [de la obra] o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio “al honor o reputación del artista”<sup>(6)</sup>.

Las manifestaciones críticas de Iturralde son exactas con referencia a las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual en cuanto a la enumeración de derechos que estas protegen y al tipo de obras que incluyen –solo las literarias, musicales y dramáticas–, pero omiten mencionar que, a partir de la ratificación de la Convención de Berna por parte de la Argentina por medio de la ley 17.251, cualquier obra intelectual se halla protegida también contra la deformación o mutilación o cualquier atentado *que cause perjuicio al honor y reputación del artista*<sup>(7)</sup>.

Y la sentencia recaıda en el caso bajo análisis claramente pone énfasis en las disposiciones de la Convención de Berna no solo en cuanto a otorgar derechos al artista ante la destrucción de su obra sino también cuando ocurra “cualquier atentado [...] que cause perjuicio al honor o reputación” del autor de la obra de arte.

Así interpretamos la referencia que hizo la Cámara a que “la omisión de toda comunicación al artista acerca del destino del mural [fue] 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”.

De ser exacta nuestra apreciación, entendemos que este es el primer precedente jurisprudencial argentino en el que se hace pie en esa particular referencia de la ley al honor o reputación de un artista plástico para preservar su derecho moral ante la destrucción de su obra.

Esta apreciación, nos parece, es la única que guarda correlación con el razonamiento seguido por la sentencia para condenar a la demanda. En efecto, la decisión recorrió un camino lógico que comenzó por recordar la necesidad legal de contar con una creación intelectual para dar nacimiento a los derechos del autor. Como segundo paso, la sentencia se afirmó en los dos requisitos exigidos a esa creación para otorgarle protección legal: la originalidad y el aporte personal del artista.

Con respecto al primero (la originalidad), la sentencia confirmó la irrelevancia del valor monetario o esttico de la creación. Y acerca del segundo recaudo (el aporte per-

NOTA DE REDACCIÓN: sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *El plagio: protección de los personajes y protección de la idea en el derecho de autor*, por MIGUEL ÁNGEL EMERY, ED, 234-184; *Propiedad intelectual. Mapas. Originalidad y protección*, por MIGUEL ÁNGEL EMERY, ED, 238-704; *El copyright, la propiedad intelectual y el derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas*, por MIGUEL ÁNGEL EMERY, ED, 242-686; *Disposiciones referentes al régimen de derecho de autor en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, por ANTONIO J. T. MILL, ED, 250-922; *Sustracción de una base de datos por un empleado infiel: violación de secretos comerciales, competencia desleal e infracción a la propiedad intelectual*, por PABLO A. PALAZZI, ED, 259-46; *Propiedad intelectual de las transmisiones de eventos deportivos*, por FEDERICO VIBES, ED, 259-376; *Contratos de software y consultoría profesional en la República Argentina. Redacción, análisis e implicancias legales*, por FEDERICO FRACHIA SABARIS, ED, 261-570; *Armando el rompecabezas: la propiedad industrial e intelectual en el nuevo Código Civil y Comercial*, por MARCELO GARCÍA SELLART, ED, 264-539; *Los derechos de propiedad intelectual en el marco de los ADPIC*, por BERNAN YAMILE, Revista de Derecho Penal, Tomo 2018, 5. Todos los artículos citados pueden consultarse en [www.elderechodigital.com.ar](http://www.elderechodigital.com.ar).

(\*) Quiero agradecer los invaluable y generosos aportes y contribuciones que ha hecho durante la revisión de este artículo el Dr. Juan Javier Negri, un referente del Derecho del Arte, además de un entrañable amigo.

(1) “Medina Cámpora c. Porcelana Americana y otros”, CNCiv., Sala G, 18 octubre 2010; LL online, AR/JUR/74557/2010.

(2) “Waveluck, M. C. Iglesia Ortodoxa”, JA, 1995-II:367.

(3) Negri, Juan Javier, “El dilema de Landet [ensayo sobre la destrucción y mutilación de la obra de arte y sus aspectos jurídicos] en *Derecho del Arte – Anuario Iberoamericano 2015*, Fundación Profesor Uría, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2015, pp. 111 y ss.

(4) Iturralde, María P., “Una aproximación al derecho del arte en la Argentina”, en *Derecho del Arte...*, op. cit., pp. 451 y ss.

(5) Véase *Diario de Sesiones*, Cámara de Senadores, 18 de septiembre de 1933, 39a. reunión, 28a. sesión, p. 213, cit. por Iturralde, “Una aproximación...”, loc. cit., p. 451, nota 54.

(6) Iturralde, loc. cit.

(7) En rigor, existe una disposición de la Ley de Propiedad Intelectual referida a la mutilación de obras de arte. Es el artículo 83, que establece un mecanismo de “control” de los derechos morales por parte de “cualquier habitante de la Nación” en casos de mutilación de una obra artística. Pero la disposición no establece la existencia de un derecho a favor del artista afectado sino un régimen desactualizado de multas a favor de un “fondo de fomento” actualmente inexistente.

sonal) la decisión analizó la relevancia de la *materia pictórica* para demostrar la existencia de aquel.

Ese camino llevó a los jueces a establecer que, en el caso, había existido una obra de arte y que esta había desaparecido. Y aquí, en un notable *obiter dictum* –por la erudición demostrada– el tribunal puso énfasis en que, por la técnica utilizada (que no consistió en la pintura al fresco sino “en seco”), era evidente que la obra de arte realizada por Bacher tenía *finitud temporal*.

Si a esa cualidad se agrega que la confección de un mural en un centro comercial, por definición, debía estar subordinada a las necesidades del giro de la empresa propietaria del lugar –frase que es casi reflejo de la usada en la sentencia–, era casi evidente que la obra debía ser de existencia limitada.

*Pero la demandada no probó nada al respecto.* Peor aún: incluso al tribunal llamó la atención la ausencia de un marco contractual adecuado para reflejar las conveniencias y necesidades de las partes. Frente a la falta absoluta de pruebas y *ante la naturaleza de obra de arte del objeto de la relación ocurrida entre las partes*, los jueces concluyeron que el silencio de la demandada antes de proceder a la destrucción del mural *constituyó un desprecio* para el artista, justificativo de la indemnización basada en el perjuicio al honor.

Además de los señalados, hay aspectos y detalles de la sentencia que merecen comentarios adicionales, pues echan luz sobre otros aspectos relevantes de la cuestión. Quizás convenga insistir en el reproche implícito que hace el sentenciante a la falta de un adecuado marco contractual que diera algún respaldo a lo dispuesto por las partes (que parece haberse fundado en un frágil acuerdo verbal, carente de detalle alguno).

Como corresponde, el tribunal aplicó las consecuencias de esa “desidia jurídica” a la parte que, dada su condición empresaria, estaba en mejores condiciones para establecer ese marco contractual. Fue también claro en su reproche: la demandada no solo carecía de todo respaldo contrac-

tual para rechazar una posible pretensión indemnizatoria del artista (como terminó ocurriendo), sino que tampoco aportó prueba alguna acerca del sentido o propósito de los hechos que permitieron al artista cubrir con un enorme mural el centro comercial de su propiedad.

Como dijimos, la sentencia señaló que “el ejercicio del derecho de dominio [de la empresa demandada] sobre los salones hacía presumir que, naturalmente, el mural habría de subordinarse a las necesidades propias del giro comercial del ‘shopping center’”, pero la realidad es que ante las claras disposiciones legales que protegen los derechos del autor y la inexistencia de un acuerdo con el artista al respecto, lleva a ignorar esa presunción.

Por eso en la sentencia se sostuvo que la demandada omitió “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” y probar “las pautas y condiciones de participación de los artistas en un evento como ‘Open Arts’ tampoco aportado en autos”.

Una instrumentación adecuada debería haber establecido las pautas de realización de la obra, sus dimensiones, características, la existencia o no de una cesión de los derechos de imagen y difusión de aquella, así como la disposición o no de la obra en caso de que la empresa requiera utilizar el muro con un objeto diverso.

Si bien en el caso las consecuencias negativas de esa ausencia contractual fueron razonablemente impuestas a quien tenía mayor interés en celebrar un acuerdo, el caso debería servir de alerta a quienes actúan en el mercado del arte, pues en general desechan la posibilidad de reflejar derechos y pretensiones en una base instrumental adecuada.

**VOCES: DAÑOS Y PERJUICIOS - DAÑO MORAL - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - DERECHO COMERCIAL - PROPIEDAD INTELECTUAL - LESIÓN - DAÑO - OBRA PICTÓRICA - OBRA ARTÍSTICA - CONTRATOS - - DAÑO PATRIMONIAL - DERECHO DE AUTOR - RESPONSABILIDAD CIVIL**

## Propiedad Intelectual:

Obra pictórica: concepto; evento artístico; shopping; mural; destrucción; ausencia de contrato. **Daños y Perjuicios:** Indemnización: daño moral; procedencia; daño patrimonial; obra gratuita; improcedencia.

### Con nota a fallo

- 1 – Se ha denominado como “materia pictórica” a la conformación o unidad física constituida por la materia o soporte sobre la cual se pinta, sea este 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.
- 2 – Si bien es cierto que el mural que el actor había pintado en el marco de un evento artístico en una de las paredes internas de la edificación del shopping que explota la demandada tenía una *finitud temporal* en su integridad 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 que una obra de arte de estas características 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, lo cual podría llevar a considerar 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, también lo es que –en el caso– 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 de que la empresa requiera utilizar el muro con un objeto diverso.
- 3 – La pertinencia de la instrumentación de un contrato en el cual las partes establecieran las pautas de realización de la obra, sus dimensiones, características, la cesión o no de los derechos de imagen y difusión de aquella, así como la disposición o no de la obra en caso de que la empresa requiera utilizar el muro con un objeto diverso –cosa que las partes no hicieron–, no era más que 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 accionada en un centro comercial.
- 4 – Si bien es cierto que el evento artístico en cuyo marco el actor había pintado en una de las paredes internas de la edificación del shopping que explota la demandada tuvo una gran difusión y atrajo muchos visitantes, lo cual traduce esto en un evidente beneficio comercial de la accionada, en función de su actividad empresarial, también lo es 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. Sin embargo, lo cierto es que la cualidad temporal del mural en cuestión, sujeto a esa dinámica empresarial, no fue probada en autos, lo cual impone establecer al respecto la vigencia del derecho moral del artista sobre el referido mural y su legitimidad para reclamar un resarcimiento en el caso de su destrucción.
- 5 – En virtud de lo dispuesto por el art. 6 bis de la Convención de Berna, la omisión de toda comunicación por parte de la organizadora del evento artístico en cuyo marco el actor había pintado en una de las paredes internas de la edificación del shopping por ella explotado acerca del destino del mural –en el caso, su destrucción– ha sido, en definitiva, el detonante del daño moral esgrimido por el accionante. 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.

6 – *Debe descartarse la imputación efectuada por la demandada a la actora, en virtud de la cual esta habría intentado una maniobra para ejercer el derecho de propiedad intelectual en forma abusiva, con fundamento en que habría participado en el evento artístico organizado por aquella, realizando un mural de varios metros de altura en uno de los salones del shopping por ella explotado, al solo efecto de aguardar que la accionada lo pinte encima o lo destruya para después demandarla y obtener una indemnización. Ello es así, pues, si bien es posible, como la buena fe se presume en nuestro derecho, incumbía a la accionada acreditar lo contrario y, en el caso, ninguna prueba fue invocada a tales efectos, a cuyos fines hubiera resultado importante contar con un instrumento del contrato celebrado 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.*

7 – *El llamado daño moral del autor de una creación artística, científica, literaria y, en general, intelectual no es sino un conjunto de facultades de contenido extrapatrimonial que integran el derecho intelectual o derecho de propiedad intelectual.*

8 – *Argüir con total claridad que la labor artística ha sido efectuada gratuitamente a los efectos de embellecer el lugar y promover el arte del actor y reclamar luego, ante la destrucción de la obra, una reparación por un daño patrimonial en función de la pérdida de chance por ingresos eventuales caídos o la imposibilidad posterior de cesión de los derechos transmisibles sobre la misma –en el caso, un mural– parece una contradicción en términos, subsumible en la doctrina de los actos propios, hoy consagrado en el art. 1067 del CCyCN. M.M.F.L.*

**62.127 – CNCiv., sala G, marzo 18-2024. – B., F. S. c. Showcenter S.A. s/daños y perjuicios.** (Consultar el texto completo de la sentencia comentada por Ángel Luis Moia, "Arte y derecho: la reparación de la lesión al derecho moral de autor", en ED, diario n° 15.777 del 05/07/2024 y Cita Digital: ED-V-DCCLXXIX-957).

\*\*\*