



Universidad Autónoma
de Madrid

Biblos-e Archivo
Repositorio Institucional UAM

Repositorio Institucional de la Universidad Autónoma de Madrid

<https://repositorio.uam.es>

Esta es la **versión de autor** del artículo publicado en:
This is an **author produced version** of a paper published in:

Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte 2018 (2018): 251-292

Copyright: © 2018 Fundación Profesor Uría / Thomson Reuters Legal Limited

El acceso a la versión del editor puede requerir la suscripción del recurso
Access to the published version may require subscription

Las obras plásticas creadas por un artista casado en régimen de sociedad de gananciales¹

NIEVES MORALEJO IMBERNÓN

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. UN NECESARIO PUNTO DE PARTIDA: EL CARÁCTER GANANCIAL O PRIVATIVO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL. 2.1. *Los primeros trabajos sobre el tema.* 2.2. *La Ley francesa de propiedad intelectual de 11 de marzo de 1957 y su influencia en los planteamientos de LACRUZ BERDEJO.* 2.3. *Los derechos de propiedad intelectual son derechos inherentes a la persona del autor en el sentido del artículo 1346.5º CC.* 2.4. *El “redescubrimiento” del principio de subrogación real del artículo 1346.3º CC.* 2.5. *La postura actual de nuestra doctrina y jurisprudencia en relación con la naturaleza de los derechos de propiedad intelectual.* 3. ESPECIALIDADES DE LA OBRA PLÁSTICA RESPECTO DEL RESTO DE CREACIONES INTELECTUALES. 4. LOS ORÍGENES DE LA DISCUSIÓN ACERCA DE LA GANANCIALIDAD DE LA OBRA PLÁSTICA. 4.1. *Los conocidos affaires Bonnard, Picabia y Krémègne.* 4.2. *Breve repaso al Derecho comparado.* 5. ¿CUÁL ES LA NATURALEZA DE LA OBRA PLÁSTICA CREADA POR AUTOR CASADO EN RÉGIMEN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES? 5.1. *Primera tesis: las obras plásticas son gananciales, independientemente de si están o no divulgadas.* 5.2. *Segunda tesis: las obras plásticas son privativas, incluso aunque hubieran sido divulgadas.* 5.3. *Tercera tesis: las obras plásticas son privativas, hasta el momento de su divulgación.* 5.4. *Cuarta tesis: las obras plásticas son gananciales, pero el autor conserva su derecho a divulgarlas.* 6. CONCLUSIONES

1.- INTRODUCCIÓN

La creación intelectual constituye normalmente la actividad individual de un solo sujeto, la cual determina el surgimiento de un objeto –la obra- perteneciente a la categoría de las cosas o derechos dotados de un valor patrimonial que, en el caso de autores consagrados, puede llegar a ser muy elevado. Esta individualidad de la creación artística resulta más acusada en el caso particular de las obras plásticas, las cuales no suelen ser fruto de la colaboración entre dos o más autores, ni menos aún el resultado de un trabajo colectivo efectuado bajo la iniciativa y coordinación de un director.

Al mismo tiempo, e incluso aunque la explotación de esta obra hubiera sido cedida a un tercero (*v. gr.*, a través de la firma de un contrato de edición literaria), el autor sigue manteniendo con ella un ligamen que, a nivel legislativo, ha quedado plasmado con el reconocimiento de unas facultades morales que sólo él puede ejercitar, tales como el derecho a exigir el reconocimiento de su condición de autor (derecho de paternidad), o el derecho a impedir cualquier deformación de la obra (derecho de integridad). Estas facultades morales se encuentran especialmente moduladas en el caso de las obras de arte,

¹ El original de este artículo fue publicado por la revista Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte Año 2018, Thomson Reuters Aranzadi, 2018 (pp. 251-292).

cuyo original se encuentra normalmente en manos de un tercero, propietario material del soporte físico de la obra².

Cuando el mismo proceso de creación intelectual tiene como protagonista a una persona casada bajo el régimen legal de sociedad de gananciales, regulado en los artículos 1344 y ss de nuestro Código civil (“CC”), surge inevitablemente una tensión entre la aplicación de la regla según la cual los resultados del trabajo o industria se hacen comunes a ambos cónyuges y la que previene que los derechos inherentes a la persona son de carácter privativo, ya que así como no es dudoso que los *royalties* provenientes de la propiedad intelectual se inscriban en la primera categoría, los derechos morales del autor, que responden a la impronta que este personalmente deja en su creación y al vínculo que permanece entre ambos, encajarían más bien en la segunda.

Existe un añejo debate doctrinal acerca del carácter ganancial o privativo de los derechos de propiedad intelectual (facultades patrimoniales *versus* morales), aunque no necesariamente centrado en la singular problemática de las obras plásticas creadas por uno de los cónyuges durante la vigencia de su sociedad de gananciales. Los ordenamientos que dedican alguna norma a la ganancialidad o privatividad de la propiedad intelectual (entre ellos, Francia, Luxemburgo, Bélgica o Portugal) han obviado efectuar referencias específicas al supuesto de la obra plástica.

En nuestro país, sin embargo, los pocos pronunciamientos judiciales recaídos sobre esta cuestión han estado protagonizados por artistas plásticos, que –tras su divorcio- se involucraban con sus ex cónyuges en una discusión acerca de si debía primar la aplicación del artículo 1347.1º CC, que declara comunes los *bienes adquiridos por el trabajo o industria de los cónyuges* o del artículo 1346.5º CC, en virtud del cual deben recibir la consideración de privativos los *bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona* de uno de ellos³.

Más allá del debate puramente jurídico, en esta discusión afloran a menudo –como sucede en general con los temas de Derecho de familia- argumentos de corte más sociológico o incluso ético, que inclinan a dar el tema de la naturaleza de las obras plásticas creadas por autores casados en sociedad de gananciales una solución (la comunitaria o ganancial) que sea acorde con la colaboración que ambos cónyuges mantienen durante su unión.

En efecto, basta dedicar un rato a visualizar alguna de esas conocidas galas de entrega de premios en el ámbito del cine o la televisión para darse cuenta de lo mucho que los creadores intelectuales deben frecuentemente a sus parejas. Esta colaboración puede haberse limitado (y no es poco) a la mera atención doméstica o apoyo personal del autor, mientras este se hallaba imbuido en el proceso de creación de la obra, incluso a veces a costa de renunciar el otro a su propia promoción profesional como artista (si fuera el caso). Pero en otros casos puede tratarse de una contribución mucho más concreta a la creación intelectual como sucede cuando el cónyuge del artista se convierte en su musa, aporta ideas o termina influyendo en el estilo artístico de este.

Como ejemplo de la primera situación cabe citar a los pintores Lee Krasner y Jackson Pollock. Cuentan que fue Krasner la que introdujo a Pollock en los círculos intelectuales

² Sobre la singularidad de los conflictos de derecho moral entre el autor y el propietario material de una obra de arte, puede verse R. SÁNCHEZ ARISTI, “La propiedad trenzada”. *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2015. Fundación Profesor Uría. Civitas. Thomson Reuters. Madrid, 2015, pp. 23-109.

³ SAP Málaga (Sección 6ª) 27.11.2001 (JUR 2002/62196); AAP Madrid (Sección 9ª) 9.9.2005 (AC 2005, 1780); SAP Madrid 16.3.2007 (JUR 2007, 149110); SAP Lugo (Sección 1ª) 3.3.2009 (JUR 2009, 187215); SAP Navarra 28.10.2009 (AC 2010, 804); SAP Ciudad Real (Sección 1ª) 11.11.2010 (JUR 2011/35578).

que ella frecuentaba, apoyándole e impulsándole hasta que su carrera terminó despegando. Sólo después de que Pollock falleciera en un accidente de tráfico, Lee pudo retomar la pintura, alcanzando entonces un gran éxito internacional⁴. De igual modo, en este primer o más genérico nivel de colaboración con el autor, podemos referirnos a la fotógrafa portuguesa Helena Almeida, recientemente fallecida, cuyo marido –Artur Rosa, arquitecto- era el encargado de darle al botón de disparo de la máquina fotográfica después de que ella hubiera decidido el objeto a fotografiar (normalmente, su propio cuerpo)⁵. En España, podemos referirnos también al matrimonio formado por Rafael Alberti [que tiene, como es sabido, una conocida dimensión como artista plástico] y María Teresa León, escritora, que –como explica su biógrafo José Luis FERRIS- prefirió postergar su carrera literaria para apoyar la de su marido si bien la falta de reconocimiento de su obra constituyó siempre para ella un motivo de íntima tristeza⁶.

La musa del artista constituye igualmente un arquetipo clásico que todos tenemos en mente y que refleja un nivel más avanzado de contribución del cónyuge del artista a la creación intelectual de este. Paradigma de esta segunda situación podría ser Bella, esposa de Marc Chagall, de la que el autor dice lo siguiente en su biografía *Mi vida*: “Abrí la ventana y junto con Bella entraba en mi cuadro azul cielo, amor y flores. Vestida toda de blanco o de negro aparece desde hace tiempo ya en mis cuadros, como guía de mi arte”⁷. En España es muy conocida también la influencia que Gala Éluard tuvo en la obra de Salvador Dalí. El pintor llegó incluso a firmar sus cuadros con el nombre de ambos, justificándose de esta manera: “Firmando mis obras como Gala-Dalí no hago más que dar nombre a una verdad existencial, porque no existiría sin mi gemela Gala”⁸.

Con un mayor grado de involucración, hasta el punto de poder hablar de una coautoría de “ideas” o de “estilo” [que no sería, por supuesto, una auténtica coautoría intelectual] podemos referirnos a aquellos supuestos en que ha sido el cónyuge del autor quien ha proporcionado la idea de la obra o ha dado consejos sobre cómo ejecutarla o incluso ha terminado de alguna forma influyendo en su estilo si ambos son artistas.

Ilustra muy bien esta situación Ángeles Santos Torroella, pintora española nacida en Portbou (Gerona), en/ 1911. Como explica su biógrafa, después de sus primeras y más conocidas obras (*Un mundo*, 1929 y *La tertulia*, 1929, ambas expuestas en el Museo nacional Reina Sofía de Madrid), “la pintura de Ángeles Santos entra en una etapa abiertamente inquietante, desolada. Se pierde la voluntad del sentido armónico, espiritual de *Un mundo* y crece el aislamiento trágico. La evolución de la figura acaba en la deformación física, cromática y temática”⁹. Constituyen una muestra de esta segunda fase

⁴ Vid., E. LIMÓN, “Ámame como Krasner amó a Pollock”. *Cultura colectiva.com*, 18 abril 2016, <https://culturacolectiva.com/amame-como-krasner-amo-a-pollock/lee-krasner-pollock/>. I. ARELLANA, “Lee Krasner: la artista relegada a ser «la mujer de Jackson Pollock»”. *Broadly*, 19 mayo 2016, <https://broadly.vice.com/es/article/9k9gmz/lee-krasner-artista-pollock>.

⁵https://elpais.com/elpais/2015/04/21/eps/1429633739_515620.html; https://es.wikipedia.org/wiki/Helena_Almeida; <http://www.helgadealvear.com/web/index.php/helena-almeida/#bio>

⁶ J.L. FERRIS, *Palabras contra el olvido. Vida y obra de María Teresa León (1903-1988)*. Fundación José Manuel Lara. Sevilla, 2017, p. 283.

⁷ M. ARQUEROS, “Bella Rosenfeld, la hada del maestro Chagall”. *Diario Judío*, Agosto, 2012 <https://diariojudio.com/opinion/bella-rosenfeld-la-hada-del-maestro-chagall/38076/>

⁸ S. APARICIO, “Mi gemela Gala”. *Diario El Mundo*, 2013, <http://www.elmundo.es/especiales/2013/cultura/dali/gala.html>

⁹ VINYET PANYELLA, *Ángeles Santos*. I.G. Viladot, S.L. Barcelona, 1992, p. 54.

obras como *Cena familiar* (1930, Museo nacional Reina Sofía de Madrid) y *Lilas y calavera* (1930, Museo nacional Reina Sofía de Madrid). No obstante, su estilo se transforma completamente al conocer y contraer matrimonio, en 1936, al también artista Emilio Grau Sala.

Así lo relata VINYET PANYELLA: “[e]l encuentro con Emili Grau Sala es un acontecimiento esencial para Ángeles Santos, y no sólo por su matrimonio. Desde 1935 revisó todo lo que había sido hasta entonces su producción plástica, y cambió casi completamente sus esquemas conceptuales y artísticos. En poco tiempo, la pintura de Ángeles Santos tomó un cariz no tan agreste, más suave; la temática fue más aliviada y menos trascendente”¹⁰.

En una entrevista que la pintora concedió en 1999, al ser preguntada por la influencia que su marido había tenido en su cambio de estilo, contestaba de esta forma: “Los cuadros de Emilio Grau Sala me gustaban más que los míos. Tenía mucho talento, pero él jamás me dijo cómo tenía que pintar. Seguramente también cambiaría mi pintura con el nacimiento de mi hijo Julián. Ya no tuve imaginaciones. Pintaba figuras, retratos, sobre todo de niñas y de mi hijo, y algún retrato de señora, pero también hacía flores, bodegones y paisajes”¹¹.

En último término, la situación de mayor colaboración entre los cónyuges se produce, como es lógico, en los casos de coautoría intelectual (coautoría en sentido técnico), que –aunque es menos usual en el campo de la obra plástica, como antes apuntábamos- no debe ser descartada como hipótesis. En relación con esta última forma de colaboración cabe traer a colación el ejemplo de Frida Kahlo, si fueran ciertas las afirmaciones que la hija de Diego Rivera realizó hace unos años en una entrevista, en la que sostenía que era su padre quien terminaba los cuadros de su esposa¹². Naturalmente, en este caso, se trataría de una coautoría no declarada o reconocida por los interesados. En la misma línea, aunque en el ámbito de la propiedad industrial, cabe mencionar a Mariano Fortuny y Henriette Nigrin¹³.

Todos estos ejemplos reflejan, a nuestro modo de ver, la importancia que pueden llegar a adquirir los cónyuges de los artistas en las creaciones intelectuales que estos producen durante el transcurso de su unión conyugal. Si el régimen matrimonial que ambos comparten es de corte comunitario –como sucede con nuestra sociedad de gananciales- a los argumentos sociológicos o éticos que podrían sustentar la caracterización de las obras como bienes comunes de ambos cónyuges habría que añadir también los jurídicos que apuntábamos al comienzo.

En este trabajo analizaremos la especial situación del creador plástico para tratar de averiguar qué naturaleza (privativa o ganancial) cabe asignar al soporte tangible al que se halla incorporada la obra plástica. No obstante, antes de examinar este supuesto concreto, nos referiremos –como necesario punto de partida- al régimen aplicable a los derechos de

¹⁰ VINYET PANYELLA, *op. cit.*, p. 54.

¹¹ “La pintora Ángeles Santos Torroella”, entrevistada por N. RIUS VERNET, DUODA, *Revista d’Estudis Faministes*, núm. 16-1999, pp. 177-193.

¹² “Diego Rivera en el recuerdo: entrevista a Guadalupe Rivera Marín: «Mi padre le terminaba los cuadros a Frida porque ella era muy perezosa»”. *Clarín.com*. 27.09.2009 https://www.clarin.com/ediciones-antteriores/padre-terminaba-cuadros-frida-perezosa_0_Sy4X4cu0pKg.html

¹³ *Vid.* el trabajo “Estudio sobre algunos aspectos jurídicos en la vida y en la obra de Mariano Fortuny y Henriette Nigrin”, de Silvia Bañares Vilella, publicado en este mismo número.

autor (derechos patrimoniales y derechos morales) también desde la perspectiva del cónyuge casado en régimen de sociedad de gananciales.

2.- UN NECESARIO PUNTO DE PARTIDA: EL CARÁCTER GANANCIAL O PRIVATIVO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

2.1. Los primeros trabajos sobre el tema

Los tratadistas de la primera mitad del siglo pasado se decantaron por afirmar la naturaleza ganancial de los derechos de propiedad intelectual sin reparar en la impronta personal que el autor deja en su obra y que la hace de algún modo inherente a él¹⁴. Debe recordarse que en aquel entonces casi ninguna legislación reconocía el elenco de prerrogativas morales del autor, por lo que todo el contenido del derecho de autor se consideraba de naturaleza económica. Hay que esperar a la revisión del Convenio de Berna efectuada en Roma en el año 1928 para encontrar la primera plasmación a nivel internacional de dos facultades morales del autor: la de paternidad y la de integridad.

En una segunda etapa, por influjo de la jurisprudencia francesa¹⁵, empezó a distinguirse ya entre los derechos morales, los de explotación y los rendimientos económicos derivados de esa explotación. Mientras que los primeros podían considerarse derechos personales del autor -y, por consiguiente, privativos-, los otros dos debían entrar en el patrimonio ganancial como productos del trabajo de uno de los cónyuges.

Este modo de dar solución al problema de la *compatibilidad* entre un régimen comunitario y unos derechos con una marcada impronta personal, desde una óptica *dualista*, estaba ya perfectamente consolidada en la jurisprudencia francesa. Nos referimos a las dos sentencias de su Corte de casación, de fecha 25 de junio de 1902 y 14 de mayo de 1945, recaídas respectivamente en los conocidos *affaires Lecoq y Canal*¹⁶.

En el primero de ellos, el supuesto fáctico planteado era el siguiente: el señor Lecoq, compositor musical, se había casado con la señora Cinquin bajo el régimen económico matrimonial *convencional* de la comunidad reducida a las adquisiciones (*communauté réduite aux acquêts*), según el cual sólo se hacían comunes a ambos cónyuges los bienes muebles que hubieran sido adquiridos durante el matrimonio, a diferencia de lo que imponía el régimen supletorio legal vigente en aquel momento. En efecto, según la llamada *comunidad de muebles y adquisiciones*, todos los bienes muebles adquiridos por los cónyuges *tanto antes como después del matrimonio* debían entrar en el patrimonio común conyugal. Cuando el señor Lecoq y la señora Cinquin se divorciaron, el notario liquidador atribuyó las obras musicales publicadas durante el matrimonio al marido,

¹⁴ Dentro de esta primera corriente cabe citar a J.M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*. Tomo IX. Quinta edición. Madrid, 1904, p. 574; Q. MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil concordado y comentado*. Tomo XXII. Artículos 1392 a 1444. Madrid, 1905, pp. 193-194 o M. ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de familia*. Sevilla, 1949, p. 201, para quienes para quienes la propiedad intelectual ingresaba en la masa ganancial por aplicación del antiguo artículo 1401.2º CC, que declaraba comunes los bienes obtenidos “*por la industria, sueldo o trabajo de los cónyuges o de cualquiera de ellos*”.

¹⁵ Dentro de esta segunda etapa, podemos destacar autores como F. PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho civil. Familia y Sucesiones*. Tomo V. Pamplona, 1972, p. 201; J.M. REYES MONTERREAL, *El régimen legal de gananciales*. Madrid, 1962, pp. 162-163 y J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*. Tomo IV. Vol. 1. Barcelona, 1967, p. 635.

¹⁶ De hecho, el germen de la distinción entre derechos de explotación y derechos morales se sitúa por la doctrina francesa precisamente en esta jurisprudencia sobre régimen económico matrimonial. *Vid.* en este sentido, P. SIRINELLI, *Code de la propriété intellectuelle, Commenté*. 12 édition. Dalloz, 2012, p. 132.

partición que fue impugnada judicialmente por la señora Cinquin, que estimaba que debían ser consideradas bienes comunes en razón de su naturaleza mobiliaria. El Tribunal civil de la Seine falló a favor de esta última en su sentencia de 21 de mayo de 1898¹⁷, declarando que la propiedad intelectual debía ser considerada un bien común *ex* artículo 1401 *Code civil*¹⁸. En apelación, la Corte de París revocó este pronunciamiento en su sentencia de 1 de febrero de 1900, optando en cambio por el carácter privativo de los derechos de autor con base en el vínculo personal que unía al creador con su obra, aunque todavía no se establecía ninguna distinción entre los derechos morales y los patrimoniales¹⁹. En último término, la Corte de Casación francesa, en su sentencia de 25 de junio de 1902²⁰, si bien se mostró favorable a reconocer a la masa común el *monopolio de explotación* sobre las obras publicadas durante el matrimonio, reconoció también que “*la puesta en común de este emolumento no puede menoscabar la facultad del autor de introducir modificaciones en su obra o incluso de suprimirla, siempre que no actúe con el fin de perjudicar a su cónyuge o a los representantes de este último*”.

En el *affaire Canal* los hechos eran algo diferentes. En primer lugar, la autora era la esposa, doña Marie Marguerite Canal, que había compuesto multitud de obras musicales, tanto antes como después de haber contraído matrimonio. Y, por otro lado, el régimen económico matrimonial aplicable era, aquí sí, el entonces supletorio legal de la comunidad de muebles y adquisiciones en virtud de la cual todos los bienes de esta naturaleza ingresaban en la masa común, independientemente de su fecha de adquisición (esto es, también los adquiridos antes). El matrimonio, formado por la señora Canal y el señor Maxime Jamin, se divorció en marzo de 1929, renunciando la esposa a la comunidad que hasta entonces compartía con su cónyuge (posibilidad que le brindaba el antiguo artículo 1492 *Code civil*). Esta circunstancia fue aprovechada por su marido para comenzar a explotar las obras musicales que su esposa había publicado con anterioridad al matrimonio. Por esta razón, la señora Canal interpuso una demanda contra él en la que alegaba que todas sus obras musicales debían recibir la calificación de bienes privativos suyos, al margen de cuál hubiera sido su fecha de creación. En primera instancia, el Tribunal civil de la Seine acogió las pretensiones de la demandante en su sentencia de 1 de abril de 1936 al entender que “*la concepción y la elaboración de las obras literarias y musicales pone en juego únicamente las facultades intelectuales y las cualidades personales del escritor o del compositor; que estas obras no son sino la expresión del pensamiento y genio propios de su autor; que participan tan íntimamente de su intimidad o personalidad, de las que no son más que una emanación*”²¹. Esta sentencia fue confirmada por la Corte de apelación de París, en su resolución de 23 de febrero de 1938²². No obstante, la Corte de Casación estimó el recurso interpuesto por el señor Jamin, el 14 de mayo de 1945, y adoptó la misma postura que había sostenido en el caso *Lecoq*, a saber: declarar el carácter común de los derechos de explotación (del monopolio de explotación) en aplicación del antiguo artículo 1401 *Code civil*, si bien reconociendo al cónyuge autor (en este caso, la señora Canal) la facultad de modificar o suprimir su

¹⁷ *Recueil Sirey*, 1900, pp. 121-126, en la que se encuentra también repertoriada la sentencia de la Corte de apelación de París de 1 de febrero de 1900, recaída en este mismo procedimiento.

¹⁸ Según este precepto, *font partie de l'actif de la communauté légale, les biens mobiliers qui appartenait aux époux avant leur union, ou qui leur son échus depuis, ainsi que les revenus de biens, échus ou perçus pendant le mariage*.

¹⁹ *Recueil Sirey*, 1900, pp. 121-126.

²⁰ *Dalloz* 1903, pp. 5-14.

²¹ *Recueil Sirey*, 1938, pp. 169-172.

²² *Recueil Sirey*, 1938, pp. 169-172.

creación [identificable con los derechos morales de modificación y arrepentimiento], siempre que actuara de buena fe²³.

2.2. La Ley francesa de propiedad intelectual de 11 de marzo de 1957 y su influencia en los planteamientos de LACRUZ BERDEJO

En Francia el debate sobre la naturaleza común o privativa de la propiedad intelectual quedó zanjado cuando fue publicada la Ley especial de 11 de marzo de 1957, cuyo artículo 25 disponía lo siguiente:

“Para todos los regímenes matrimoniales y so pena de nulidad de todas las cláusulas en contrario contenidas en el contrato matrimonial, el derecho de divulgar la obra, de fijar las condiciones de su explotación y de defender su integridad seguirá siendo propio del cónyuge autor o de aquel de los cónyuges a quien hayan sido transmitidos tales derechos. Este derecho no podrá darse en dote ni ser adquirido por la comunidad como bienes gananciales. Los productos pecuniarios procedentes de la explotación de una obra intelectual o de la cesión total o parcial del derecho de explotación de una obra intelectual o de la cesión total o parcial del derecho de explotación estarán sometidos a las reglas aplicables a los bienes muebles, conforme al régimen matrimonial adoptado, únicamente cuando hayan sido adquiridos durante el matrimonio; lo mismo sucederá con las economías/ahorros efectuadas en dichos casos”.

Este precepto venía a contradecir la jurisprudencia anterior, puesto que la ley atribuía ahora al cónyuge creador no sólo las facultades morales del derecho de autor (derecho de divulgar la obra y de defender su integridad), sino también los derechos patrimoniales sobre la obra, tal y como se deducía de la referencia a su prerrogativa para “fijar las condiciones de su explotación”. Sólo los productos económicos derivados de tal explotación, y sólo en cuanto se hubieran percibido durante el matrimonio, ingresaban en la masa común. Entre ellos debía incluirse también el precio obtenido por la cesión total de una obra intelectual, esto es, por la transmisión de los derechos patrimoniales a un tercero.

Con todo, la dicción de la norma (ahora contenida en el artículo L-121-9 de su Código de la Propiedad Intelectual) es confusa y, de hecho, no ha faltado quien ha señalado que en realidad se está refiriendo de manera exclusiva a las facultades morales y no a los derechos de explotación. Sólo de este modo cabría justificar –se apunta– que el precepto otorgue el mismo trato a la titularidad originaria del derecho de autor que a una adquisición derivativa (en ambos casos, privativa)²⁴. No obstante, frente a esto también puede argüirse que, si la norma estuviera aludiendo exclusivamente a las prerrogativas morales (que no son derechos patrimoniales que puedan ser incluidos en una masa o patrimonio determinado) carecería por completo de sentido pues es obvio que estas son personales del autor²⁵. Además, ¿cómo podría explicarse que, siendo gananciales los

²³ Dalloz, 1945, pp. 285-288.

²⁴ G. BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Los derechos inherentes a la persona en la sociedad de gananciales*. Thomson-Aranzadi. Cizur Menor, 2003, p. 163.

²⁵ Vid. H. DESBOIS, *Le droit d’auteur en France*. Troisième édition. Dalloz, 1978, p. 279, que alega que de otro modo el precepto no tendría razón de ser, pues el derecho moral ya se encuentra excluido de la masa común en virtud de otras disposiciones. En el mismo sentido, B. PARISOT, “Les droits d’auteur et l’oeuvre d’art en régime de communauté”. Dalloz, 1967, p. 191; M. CRIONNET, *Les droits intellectuels et les régimes matrimoniaux en Droit français*. LGDJ. París, 1975, p. 178. Más recientemente, vid. C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*. 9ª edición. Dalloz. París, 1999, p. 212; A. LUCAS, H-J LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*. 4 édition. Lexis Nexis. París, 2012, p. 164; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*. 8ª ed. Puf Droit. París,

derechos de explotación de acuerdo con la tesis seguida hasta ese momento por la jurisprudencia francesa, sólo ingresarán en la masa común –como indica la propia norma– los rendimientos obtenidos *durante el matrimonio*?

Unos años después, la Ley de 13 de julio de 1965 introdujo en el Código civil francés una segunda norma de importancia para el tema que nos ocupa. Nos referimos al artículo 1404 *Code civil*, que declara bienes propios de uno de los cónyuges en razón de su naturaleza “*tous les biens qui ont un caractère personnel et tous les droits exclusivement attachés à la personne*”. A juicio de la doctrina de este país, esta norma no hacía más que confirmar o servir de refuerzo a la solución que previamente había ofrecido del problema la Ley de propiedad intelectual de 1957, pues estos derechos debían ser calificados como *inherentes* a la persona de su autor²⁶. En cambio, las facultades morales quedaban al margen de cualquier masa de bienes, en razón de su carácter extrapatrimonial [esto es, no podían considerarse ni gananciales ni privativas].

En nuestro país, LACRUZ BERDEJO importó estas teorías al tratamiento de este tema, desarrollándolas en dos marcos normativos distintos: por un lado, el Derecho foral de Aragón y, por otro, el Derecho común plasmado en el Código civil²⁷.

En el Derecho foral aragonés la comunidad conyugal comprendía, como sucedía en el Derecho tradicional francés, los bienes muebles de los cónyuges, cualquiera que fuera el momento –anterior o posterior al matrimonio– en que hubieran sido adquiridos. En cambio, los inmuebles (*sitios*) que tuvieran antes del matrimonio permanecían propios del cónyuge adquirente y no se comunicaban a la masa común.

La propiedad intelectual quedaba asimilada al régimen de los inmuebles y, por tanto, al margen del patrimonio común salvo pacto en contrario, en el artículo 39 de la Compilación de Derecho foral de Aragón de 1967. Además, el artículo 38.2º del mismo Texto legal incorporaba expresamente la norma del Código civil francés [artículo 1404], según la cual debían considerarse privativos “[l]os bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los intransmisibles inter vivos, mientras conserven estos caracteres”²⁸.

2012, pp. 382-383; P. SIRINELLI, *op. cit.*, p. 132; N. BINCTIN, “Le régime matrimonial de l’auteur”. *RIDA*, núm. 232, Avril 2012, p. 71.

²⁶ N. BINCTIN, *op. cit.*, p. 61. En el mismo sentido, antes que éste, *vid.* H. DESBOIS, *op. cit.*, p. 283; B. PARISOT, *op. cit.*, p. 191; J. PATARIN & G. MORIN, *La réforme des régimes matrimoniaux*. Tomo I. 2ª edición. Répertoire du Notariat Defrenois. París, 1971, p. 138.

²⁷ Lo hizo a través de una serie de trabajos, en los que este autor se sumaba a la solución que finalmente había consagrado el legislador francés en su Ley de propiedad intelectual de 11 de marzo de 1957: J.L. LACRUZ BERDEJO, “El régimen matrimonial de los fueros de Aragón”. *Anuario de Derecho aragonés*, 1946, III; “Bienes comunes y bienes privativos en el régimen matrimonial aragonés”. *RDN*, julio-diciembre, 1956; “El Derecho de familia en la nueva Compilación aragonesa”. *ADC*, XX, 1967; “Los bienes privativos de los cónyuges en la comunidad legal aragonesa”. *Temis*, núm. 25, 1967; J.L. LACRUZ BERDEJO y M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*. Editorial Bosch. Barcelona, 1963.

²⁸ Aunque, con arreglo a ambos preceptos, la solución a la que se llegaba era la misma [los derechos de propiedad intelectual quedaban encuadrados entre los bienes privativos de los cónyuges], no faltó quien apuntara que la mención expresa a la propiedad intelectual en el artículo 39 de la Compilación se debía precisamente a la falta de inherencia personal de los derechos de propiedad intelectual a su autor. Así, J. ESCUDERO CLARAMUNT, “Comentario de los artículos 37 a 39 de la Compilación de Aragón”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. Tomo XXXIII, Vol. 1º (dir. M. Albaladejo). EDERSA. Madrid, 1986, pp. 421-422. En efecto, la inclusión de la propiedad intelectual entre los sitios (inmuebles) del matrimonio podía deberse más a razones relacionadas con su valor económico que al hecho

Sostenía LACRUZ BERDEJO que la especial naturaleza de los derechos de propiedad intelectual conducía a excluirlos, pese a su carácter mobiliario, de la masa común de los cónyuges casados bajo el régimen de comunidad foral y a considerarlos, por el contrario, bienes privativos dados “*los estrechos vínculos que lo atan a la personalidad de su gautor*”. Ahora bien, proseguía este autor, “[c]omo fórmula práctica para conjugar los opuestos intereses del autor y del consorcio, cabe pensar que el derecho patrimonial de autor sólo se hace común en el momento en que se traduce, para su titular, en consecuencias pecuniarias, y sólo en cuanto a estas consecuencias, entendiéndose que, una vez agotada, la obra ha vuelto a su estado de manuscrito”. Así pues, siguiendo el Derecho francés, LACRUZ concluía que sólo el *emolumentum*, esto es, los productos económicos o beneficios derivados de la explotación de la obra podían ingresar en la masa común.

En relación con nuestro Código civil, su versión originaria carecía no ya de la más mínima referencia a la cuestión de la naturaleza ganancial o privativa de los derechos de propiedad intelectual [situación que permanece hoy en día], sino incluso a la posibilidad de dejar al margen del patrimonio ganancial aquellos derechos que fueran inherentes a la persona de uno de los cónyuges. Por lo demás, nuestra legislación de propiedad intelectual no contemplaba entonces los derechos morales de autor, si bien existía ya en nuestra doctrina una fuerte inclinación a dar importancia a esta parcela más personalista de la propiedad intelectual. No en vano, los derechos morales habían sido objeto de un reconocimiento legal expreso a nivel internacional en el artículo 6 *bis* del Convenio de Berna durante la Conferencia celebrada en Roma del 7 de mayo al 2 de junio de 1928.

Por ello, y en razón también de la influencia del itinerario legislativo seguido en Francia, LACRUZ BERDEJO, al que terminaron sumándose otros muchos autores, defendió la inherencia de los derechos de propiedad intelectual a su autor y, con ello, la imposibilidad de reconocerles un carácter común dentro del régimen matrimonial de sociedad de gananciales. El artículo 1111 CC prestó no pocos auxilios a esta tesis, pues se estimaba que del mismo modo que los acreedores quedaban impedidos para agredir los derechos inherentes a la persona del deudor, tampoco tales derechos podían transmitirse a la comunidad conyugal que un sujeto determinado compartiera con su consorte²⁹. En cambio, cualquier producto pecuniario derivado de la explotación de la obra, incluido el precio obtenido por su cesión a tercero, debía ingresar en el patrimonio común como resultado del trabajo o industria de uno de los cónyuges (antiguo artículo 1401 CC)³⁰.

Finalmente, con motivo de la reforma del Código Civil por Ley 11/1981, de 13 de mayo, que modificó el régimen económico matrimonial en nuestro país, se introdujo el vigente artículo 1346.5º CC que, de modo prácticamente similar a sus precedentes francés y aragonés, declara privativos de uno de los cónyuges “*los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles inter vivos*”.

de que fueran inherentes a su autor. Lo confirman dos argumentos. En primer lugar, el carácter dispositivo de esta norma, que predica esta solución *salvo pacto en contrario*. En segundo lugar, la inclusión dentro del precepto de la propiedad industrial, que no lleva asociada ninguna clase de prerrogativa moral.

²⁹ J.L. LACRUZ BERDEJO y M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho de familia...*, cit., p. 505; G. GARCÍA CANTERO, *Derecho civil español, común y foral. Tomo V. Derecho de familia. Vol. 1º. Relaciones conyugales*. Madrid, 1987, p. 410.

³⁰ Según este precepto del Código civil español, son bienes gananciales “*los obtenidos por la industria, sueldo o trabajo de los cónyuges o de cualquiera de ellos*”.

A la vista de esta norma de nuestro Derecho positivo, ubicada ya dentro de la regulación de la sociedad de gananciales, podemos interrogarnos acerca de si realmente cabe concluir que los derechos de explotación son privativos del cónyuge autor en cuanto inherentes a su persona, o si esa inherencia únicamente se predica de los derechos morales, que nuestra vigente Ley de propiedad intelectual ya reconoce, desde su aprobación en 1987, dotándolos de un carácter inalienable.

2.3. Los derechos de propiedad intelectual son derechos inherentes a la persona del autor en el sentido del artículo 1346.5º CC

El artículo 1346.5º de nuestro Código civil, siguiendo la estela del Derecho aragonés, se refiere a los derechos *patrimoniales* inherentes a la persona, lo cual resulta lógico pues – como antes se ha comentado – sólo los derechos que tienen un contenido económico pueden verdaderamente integrarse en una de las masas de bienes del matrimonio. Los derechos morales, en cambio, siendo derechos personales del autor, no podrían en rigor considerarse ni gananciales ni privativos.

¿Puede sostenerse entonces que las facultades patrimoniales, también llamados derechos de explotación en el artículo 17 LPI (reproducción, distribución, comunicación al público, transformación) son inherentes a la persona de su autor?

La primera aportación que puede hacerse en relación con este interrogante deriva del modo en que la facultad moral de divulgación interfiere normalmente en el ejercicio de los derechos de explotación. Divulgar es hacer accesible al público una obra por vez primera y el hacerlo o no (derecho al inédito), así como la forma en que ha de hacerse (no sólo la manera de facilitar ese conocimiento público de su obra, sino hacerlo con el nombre del autor, bajo seudónimo o signo o anónimamente) es algo que corresponde decidir de manera exclusiva al titular originario de la obra (art. 14.1º y 2º LPI).

Así pues, podría concluirse que dado que la divulgación es la llave que abre la puerta a la explotación de la obra, los derechos patrimoniales, esto es, las facultades de explotación deben seguir la misma suerte que el derecho de divulgación, a saber, permanecer su titularidad (y, con ello, su ejercicio) en manos del cónyuge autor, sin posibilidad de comunicación al otro.

Sin embargo, también cabe sostener la tesis opuesta, según la cual, superado el obstáculo de la divulgación, esto es, una vez que la obra se ha puesto por el autor voluntariamente en conocimiento del público, no debería existir ya ningún impedimento para la inclusión de los derechos de explotación dentro de la masa común. El creador habría cortado así el cordón umbilical que lo unía a su obra y, una vez salida esta de la esfera reservada de aquel, la explotación (entendida como titularidad de los derechos y decisiones sobre la gestión) podría ser asumida ya por ambos cónyuges. Algo así como el cumplimiento de una condición suspensiva que hubiera entorpecido hasta ese momento la entrada de esos derechos en la comunidad, cuando esta era la vocación a la que habrían estado llamados desde su nacimiento [esto es, desde la creación de la obra] como producto de la *industria* de uno de los cónyuges (artículo 1347.1º CC).

De hecho, tal es el planteamiento que -sin duda- subyacía en los dos casos señeros de la jurisprudencia francesa a los que antes hemos hecho referencia. En los *affaires Lecoq y Canal* la Corte de casación francesa se decantó más fácilmente por el carácter ganancial del monopolio de explotación, por una razón muy simple: en ambos casos estábamos ante obras que habían sido objeto de divulgación por el artista antes de la disolución de su

matrimonio. Dicho de otro modo, no se suscitaban los problemas que conlleva la interferencia de la facultad de divulgación en la comunicación de tales derechos al consorcio conyugal³¹.

Sea como fuere, en ambos asuntos la Corte de Casación francesa resolvió la cuestión de manera salomónica: los derechos patrimoniales debían ingresar en la comunidad y las facultades morales (modificación y supresión de las obras) permanecían en manos del autor con el límite de la prohibición del abuso de derecho. Y ello porque no tuvo que enfrentarse –como hemos indicado– con el derecho de divulgación o, lo que es lo mismo, porque entendió que, una vez divulgadas las obras, no había ningún obstáculo que impidiera la comunicación de tales derechos patrimoniales también al cónyuge del autor.

En la doctrina francesa, H. DESBOIS fue un gran defensor de esta solución, que enraíza claramente con una aprehensión *dualista* de la naturaleza de la propiedad intelectual, según la cual son perfectamente separables las facultades patrimoniales de las morales, con la consecuencia de que cada una de ellas puede ser asignada a titulares distintos (ambos cónyuges en el caso de las patrimoniales y, exclusivamente al autor, en el caso de las morales). De hecho, para DESBOIS, la divulgación constituía un hito fundamental en la vida de las creaciones intelectuales, pues producía su entrada en la esfera de los valores patrimoniales. Hasta ese momento, los derechos de propiedad intelectual [en alusión a las facultades de explotación] debían considerarse *meras expectativas (virtualités)* o *bienes fuera del comercio*, respecto de los cuales no podía predicarse un carácter común³².

Es conocida la polémica que este autor mantuvo con otro gran tratadista francés M. NAST, defensor de una concepción *monista* de la propiedad intelectual, para quien existía una tan íntima relación entre la obra y la persona de su creador, así como una tal absoluta preeminencia de la vertiente moral (genuino derecho de autor) sobre la patrimonial, que ni siquiera la publicación de aquella podía dar por terminada tal relación³³.

H. DESBOIS consideraba que este radical planteamiento de M. NAST, del que obviamente derivaba que los derechos de propiedad intelectual [también los patrimoniales] quedaran al margen de la comunidad matrimonial, conducía a unas consecuencias inaceptables. Entre ellas, que “*sería imposible para un novelista despojarse a favor de un tercero de la facultad de editar una de sus novelas, y con mayor razón aún, de todas sus producciones, actuales o futuras...*”³⁴. De igual modo, los derechos de autor serían inembargables: “*incluso cuando el escritor ha decidido publicar su obra –apuntaba DESBOIS–, los acreedores no podrán embargar y sacar a pública subasta el derecho de reproducción, que no tiene en sí mismo valor económico, sino solamente embargar los rendimientos pactados con el editor en la ejecución de un contrato concluido con anterioridad*”³⁵.

Estas “consecuencias inaceptables” a las que, a juicio de DESBOIS, conducía el planteamiento de la inseparabilidad entre facultades morales y derechos de explotación, con la ya sabida consecuencia dentro del ámbito en el que nos hallamos, se encuentran

³¹ Como sí sucedería más adelante en otros dos famosos asuntos de la jurisprudencia francesa –los conocidos *affaires Bonnard* y *Picabia*– referidos ya concretamente a las obras plásticas, sobre los que después volveremos.

³² H. DESBOIS, *op. cit.*, p. 236.

³³ M. NAST, “Comunidad legal”, en M. PLANIOL y G. RIPERT, *Tratado práctico de Derecho civil francés. Tomo VIII. Régimen económico matrimonial*. Traducción española M. Díaz Cruz, con la colaboración de E. Le Riverend Brusone. La Habana, 1945, p. 242.

³⁴ H. DESBOIS, *op. cit.*, p. 236.

³⁵ H. DESBOIS, *op. et loc. cit.*

hoy en día completamente aceptadas y legislativamente plasmadas, entre otros, en los artículos 43.3 y 53.2 de nuestra ley de propiedad intelectual. Según el primero de estos preceptos, “*será nula la cesión de derechos de explotación respecto del conjunto de las obras que pueda crear el autor en el futuro*”. A ello cabría añadir también la limitación temporal que acompaña a la cesión de los derechos en el artículo 43.2 LPI [5 años], que no cabe hallar –en cambio– en cualquier otra transmisión de la titularidad dominical sobre un bien tangible. En último término, el artículo 53.2 LPI señala que “[l]os derechos de explotación correspondientes al autor no son embargables, pero sí lo son sus frutos o productos, que se considerarán como salarios, tanto en lo relativo al orden de prelación para el embargo, como a retenciones o parte inembargable”.

Esto nos debe llevar a pensar que la inherencia que para algunos representa exclusivamente el ejercicio por el autor de su facultad moral de divulgación *en realidad no es el único ligamen que justifica la inseparabilidad de la obra a su persona*. Téngase en cuenta que los aspectos antes mencionados del régimen jurídico de la propiedad intelectual (el carácter limitado de la cesión y la inembargabilidad de los derechos de explotación) se predicen también, y esto es muy importante, de las obras *ya divulgadas* pues la ley no establece ninguna distinción al efecto [*ubi lex non distinguit*].

Así pues, la línea divisoria entre la faceta personal de la propiedad intelectual y su vertiente patrimonial parece no coincidir exactamente con la tradicional distinción entre los derechos morales (de manera especial, el de divulgación) y los patrimoniales, sino que va más allá, expresándose en otros aspectos del régimen jurídico de esta propiedad especial como son las limitaciones que se aprecian en la transmisión de estos derechos (mencionadas anteriormente), la imposibilidad de que el cesionario pueda volver a transferirlos si no es con consentimiento del titular originario (artículo 49 LPI), la inembargabilidad de las facultades de explotación (artículo 53.2 LPI), la fijación de la duración de tales derechos con arreglo a la vida del autor independientemente de su titularidad (artículo 26 LPI) o, en general, la atribución a aquel de cualquier decisión sobre la explotación de la obra que vaya más allá del estricto ejercicio de su facultad de divulgación (v. gr., artículos 58 y 74 LPI).

Todos ellos reflejan un estatuto especial de la obra, pese a su indudable caracterización como *res intra commercium*, en el que lo más destacable sería el mantenimiento de un cierto grado de dependencia con la persona del autor que no se identifica sin más con el derecho de divulgación o el resto de prerrogativas morales.

Aun después de que la obra se haya puesto en conocimiento del público, los derechos de explotación seguirían siendo inembargables, la cesión a terceros estaría limitada material y temporalmente y las decisiones sobre los sucesivos actos de explotación deberían continuar siendo adoptadas por el autor.

Lo apuntaba magistralmente otro gran tratadista francés, R. SALEILLES, que consideraba que la obra ya publicada no se convertía en un simple valor pecuniario, sino que permanecía ligada a la personalidad de su autor, a quien correspondía *decidir cualquier nueva publicación de la obra, suprimirla en tanto no hubiera cedido su derecho o modificarla por completo*³⁶. No en vano alguna doctrina de este país ha sostenido que, junto a los derechos patrimoniales y a los puramente extrapatrimoniales, cabe reconocer

³⁶ R. SALEILLES, “Comentario de la Sentencia de la Corte de apelación de París de 1 de febrero de 1900”. *Recueil Sirey*, 1900, pp. 121-122.

una tercera categoría de *derechos patrimoniales de carácter estrictamente personal*, dentro de la cual estarían incluidos los derechos de propiedad intelectual³⁷.

Desde esta perspectiva, resultaría difícilmente justificable hacer partícipe al cónyuge del autor de las decisiones relacionadas con la explotación de la obra en virtud de la regla general de la cogestión que se aplica en los regímenes matrimoniales comunitarios o, lo que es más incomprensible aún, depositarlas exclusivamente en él en el hipotético caso de que el matrimonio se separara o divorciara y los derechos terminaran siendo adjudicados al no autor en la liquidación de la masa común.

En nuestro país, estas ideas fueron retomadas por LACRUZ BERDEJO, que las expresaba del siguiente modo: “... *el derecho patrimonial de autor sólo se hace común en el momento en que se traduce, para su titular, en consecuencias pecuniarias, y sólo en cuanto a estas consecuencias, entendiéndose que, una vez agotada, la obra ha vuelto a su estado de manuscrito*”³⁸. Esto es, el autor es el único que puede decidir si quiere divulgar la obra, pero también el único a quien corresponde pronunciarse sobre los sucesivos actos de explotación y, lo que es más importante aún, acerca del modo en que tal explotación debe ser llevada a cabo.

Desde que LACRUZ BERDEJO resolviera de este modo la ecuación, esta es la tesis que ha predominado en nuestra doctrina, a saber, la propiedad intelectual sobre las obras pertenece privativamente al autor casado con sociedad de gananciales, porque se trata de un derecho inherente a su persona. Pero, junto a ello, cualquier rendimiento o producto económico que se derive de su explotación pasará a formar parte del patrimonio común en cuanto resultado de la industria de uno de los cónyuges (artículo 1347.1º CC)³⁹. Y, de hecho, tal es la solución por la que se han decantado también la mayoría de ordenamientos jurídicos que han abordado esta cuestión⁴⁰.

De esta manera se lograba aparentemente la “cuadratura del círculo”, resolviéndose en principio el problema jurídico planteado por la incompatibilidad entre lo que es regla general dentro de la sociedad de gananciales y el carácter personal de la propiedad intelectual, que se resiste a ser sometida a una regla de cogestión como la plasmada en nuestro artículo 1375 CC o a la eventualidad de que sea adjudicada al cónyuge no autor cuando la sociedad de gananciales se disuelve por separación o divorcio de los cónyuges (artículos 1392 y ss CC).

De igual modo, con esta solución se lograban resultados más conformes con la justicia, pues el cónyuge que hubiera acompañado a su consorte durante todo el periplo creador – prestándole asistencia doméstica o engrosando el patrimonio común con sus propios rendimientos profesionales- podía participar en los productos económicos derivados de

³⁷ M.M. CACHIA, “Les droits patrimoniaux a caractère personnel dans le régime de communauté”. *RTDC*, tomo XLVIII, 1950, p. 269, siguiendo a NERSON.

³⁸ J.L. LACRUZ BERDEJO y M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho de familia...*, cit., p. 506.

³⁹ *Vid.* T. GIMÉNEZ DUART, “Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981”. *RCDI*, núm. 548, 1982, pp. 125-126; J.A. MARTÍNEZ SANCHÍZ, “Casos dudosos de bienes privativos y gananciales”. *AAMN*, tomo XXVI, p. 399; V. TORRALBA SORIANO, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*. Volumen II. Editorial Tecnos. Madrid, 1984, p. 1594; J. RAMS ALBESA, “Bienes privativos personalísimos (Análisis del art. 1346. 5º y 6º CC)”. *Revista de Derecho Registral*, 1987, p. 60; A.M. SANZ VIOLA, “La sociedad de gananciales y el derecho de autor tras la Ley de 11 de noviembre de 1987”. *Actualidad Civil* 1992-I, pp. 101-102; M.P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, “Naturaleza privativa o ganancial de la propiedad intelectual”. *RGD*, núms. 628-629. Enero-febrero 1997, p. 39.

⁴⁰ Artículo 1401 del Código civil belga o Artículo 1404 del Código civil de Luxemburgo.

esa creación intelectual, entre los cuales se hallaba también el precio obtenido por su cesión exclusiva a terceros.

Todo ello hasta que se produjo el “redescubrimiento” por nuestra doctrina del principio de subrogación real del artículo 1346.3º CC.

2.4. El “redescubrimiento” del principio de subrogación real del artículo 1346.3º CC

El principio de subrogación real dentro de la sociedad de gananciales está formulado en dos preceptos de nuestro Código civil, a través de los cuales se pretende que ninguna de las masas patrimoniales que coexisten dentro de ella (la ganancial y la privativa de cada uno de los cónyuges) quede fagocitada por las otras dos mientras se halle vigente este régimen matrimonial.

En lo que respecta a los bienes privativos de los cónyuges, el artículo 1346.3º CC señala que tienen este carácter “[l]os adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos”.

Así pues, de conformidad con este principio, el precio obtenido por la cesión de los derechos de explotación sobre una obra creada durante el matrimonio, si se considera que estos son privativos, debería ingresar también en el patrimonio del autor.

Esta conclusión resulta bastante clara a la vista de la llamada *cesión exclusiva* de los derechos de autor, que tantas similitudes guarda con la compraventa de bienes tangibles, dado que esta explotación –aunque temporal y eventualmente limitada *ratione materiae*– viene a agotar prácticamente las potencialidades económicas de la obra⁴¹.

Y, si esto es así, ¿cómo se puede afirmar –como venía haciendo la doctrina mayoritaria– que *cualquier rendimiento, producto o beneficio económico* que derive de la explotación de la obra durante el matrimonio ingresará sin más en la masa común?

Esta es, desde luego, la solución que ofrece el Derecho francés actualmente, ya que el antiguo artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de marzo de 1957 ha quedado recogido en el vigente artículo L. 121-9 de su Código de la Propiedad Intelectual, a pesar de que el Código civil francés también contempla el principio de subrogación real en su artículo 1406.II⁴².

Nuestra doctrina, sin embargo, se tomó bastante en serio esta objeción –rescatada por C. ROGEL VIDE⁴³– hasta el punto de que, en aras del rigor jurídico, nuestros autores terminaron modificando sus postulados iniciales para entender, de forma casi unánime,

⁴¹ Así lo entiende G. BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Los derechos inherentes a la persona...*, cit., p. 179, frente a la opinión mantenida por A.M. SANZ VIOLA, *op. cit.*, p. 104, que considera que también la cesión exclusiva constituye un contrato cercano al arrendamiento o aparcería, de tal modo que el importe obtenido por dicha cesión debe considerarse fruto.

⁴² Según este precepto, “[f]orment aussi des propres, par l’effet de la subrogation réelle, les créances et indemnités qui remplacent des propres, ainsi que les biens acquis en emploi ou remploi, conformément aux articles 1434 et 1435”.

⁴³ C. ROGEL VIDE, “Bienes gananciales, bienes privativos y propiedad intelectual”. *Centenario del Código Civil (1889-1989)*. Tomo II. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1990, pp. 1862-1866, siguiendo la tesis antes formulada por J. ESCUDERO CLARAMUNT, *op. cit.*, p. 423; R. SALEILLES, *op. cit.*, p. 123 y M. CRIONNET, *op. cit.*, p. 180.

que el precio de la cesión exclusiva de los derechos de explotación del autor casado debe integrarse en la masa privativa de este⁴⁴.

Pese a su rigor, este resultado se aceptó con cierta resignación, pues se oponía a los principios que inspiran la sociedad de gananciales que, como se ha dicho, abocan a la compartición de las ganancias obtenidas por los cónyuges. Entre ellas, y podríamos decir que de modo prevalente, las derivadas de su trabajo o industria.

2.5. *La postura actual de nuestra doctrina y jurisprudencia en relación con la naturaleza de los derechos de propiedad intelectual*

La postura mayoritaria que actualmente mantiene nuestra doctrina es la de considerar que los derechos de explotación sobre las obras intelectuales creadas por un autor casado en régimen de gananciales son privativos de este, en aplicación del artículo 1346.5º CC, con independencia de que la obra se cree antes o constante la sociedad de gananciales, y que los ingresos derivados de la cesión exclusiva de tales derechos también son privativos, en aplicación del principio de subrogación real artículo 1346.3º CC⁴⁵ (en cambio, los rendimientos derivados de la cesión no exclusiva serían frutos y, por tanto, gananciales *ex* artículo 1347.2º CC)⁴⁶.

Minoritariamente se ha intentado otra aproximación al tema, desarrollada por G. BERCOVITZ ÁLVAREZ, que importa a nuestro país y a la discusión que nos ocupa la conocida doctrina francesa del *titre* (titularidad) y la *finanze* (valor económico)⁴⁷.

Esta construcción se debe principalmente a J.-E. LABBÉ⁴⁸ y a R. SALEILLES⁴⁹, que sostenían que dentro del matrimonio había determinados bienes que constituían el *producto capitalizado del trabajo de los cónyuges* y que se caracterizaban por su naturaleza mixta o compleja, dado que -por un lado- resultaban inherentes al cónyuge que había generado ese valor económico, pero -por otro- tenían un contenido patrimonial que no debía ser sustraído a la comunidad.

Esta tesis fue desarrollada sobre todo en relación con los llamados *oficios ministeriales*, que eran cargos públicos personales e intransferibles concedidos por el Gobierno a cambio de una contraprestación económica, en los que la designación del sucesor correspondía a la persona que anteriormente los hubiera ostentado. Aunque el titular estuviese casado bajo el régimen de comunidad legal, sólo él podía decidir la transmisión, así como elegir al cesionario con el beneplácito del gobierno, todo ello en ejercicio de una facultad personalísima. No obstante, como por otro lado este cargo podía haber sido

⁴⁴ En este sentido, J. RAMS ALBESA, *La sociedad de gananciales*. Editorial Tecnos. Madrid, 1992, p. 86.

⁴⁵ *Vid.* por todos, J. RAMS ALBESA, *La sociedad de gananciales, cit.*, p. 86; M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentario del Código civil*. Tomo II. Ministerio de Justicia. Madrid, 1993, p. 641; J. BARCELÓ DOMENECH, *El régimen económico del matrimonio* (Comentarios al Código civil) (coord. J. Rams Albesa y J.A. Moreno Martínez). Dykinson. Madrid, 2005, p. 279; A. REBOLLEDO VARELA, *Comentarios al Código civil*. Tomo VII (*dir.* R. Bercovitz Rodríguez-Cano). Tirant lo Blanch. Valencia, 2013, pp. 9521-9522.

⁴⁶ G BERCOVITZ, *Los derechos inherentes a la persona..., cit.*, p. 193, matiza esta conclusión, señalando que el precio de las cesiones no exclusivas será fruto en la medida en que no comprometa el valor de la *res frugífera*.

⁴⁷ G. BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Los derechos inherentes a la persona..., cit.*, pp. 192-193.

⁴⁸ J.-E. LABBÉ, "Comentario de la Sentencia de la Corte de Casación de 6 de enero de 1880". *Recueil Sirey*, 1881, I, pp. 49-51.

⁴⁹ R. SALEILLES, *op. cit.*, pp. 121 y ss.

adquirido con fondos comunes y, lo que es más importante, haber aumentado su valor con motivo del buen hacer de la persona que lo ocupaba, el precio o contraprestación obtenidos por su cesión a tercero debían considerarse comunes (*finance*), aunque la titularidad del oficio (*titre*) fuera privativa.

R. SALEILLES tuvo el acierto de trasladar este análisis a la propiedad intelectual de los cónyuges, alegando que sería simplista resolver la naturaleza de los derechos de autor en el régimen de comunidad legal a través de un planteamiento radical de *todo o nada: privativos* en razón de su inherencia al autor o *comunes* por tratarse de productos del trabajo de los cónyuges. En su opinión, mientras se respetara la esfera personal del autor (que coincidía no sólo con la divulgación, sino con cualquier otra decisión que pudiera adoptarse en relación con la explotación de la obra), todo valor pecuniario que representara un producto de la actividad creadora debía entrar en la comunidad⁵⁰. En cuanto al acomodo normativo de este planteamiento, este autor lo encontró en el artículo 1437 *Code civil*, según el cual la comunidad tiene derecho a reembolso por los gastos de conservación o mejora que se hayan hecho en los bienes privativos con fondos comunes⁵¹.

Se trata prácticamente de la misma previsión que contempla nuestro artículo 1359 CC, en la que también se apoyó G. BERCOVITZ ÁLVAREZ para concluir que el valor o contenido económico de los derechos de explotación debía ingresar en el consorcio conyugal, aunque su titularidad quedara en manos del autor⁵².

De hecho, según entiende alguna doctrina en Francia, el artículo L-121-9 *Code Propriété Intellectuelle*, que recoge la norma del antiguo artículo 25 de su ley de 11 de marzo de 1957, contempla esta misma distinción entre el *titre* y la *finanze*⁵³. Y, ciertamente, esta es la única explicación posible que cabe dar a un precepto que tan abiertamente contradice el principio de subrogación real del artículo 1406.II *Code civil*⁵⁴.

En nuestra opinión, y pensando en una futura reforma legislativa, dos son las opciones posibles que la ley podría adoptar en relación con el problema de la naturaleza de la propiedad intelectual.

La primera es, siguiendo la estela del Derecho francés, la atribución de la titularidad de los derechos de explotación al cónyuge autor y de su contenido económico a la sociedad de gananciales de acuerdo con la teoría del título y la finanza. La ley de propiedad intelectual francesa parece, sin embargo, haberse quedado a medio camino, ya que sólo prevé el ingreso en la comunidad de los productos pecuniarios de la propiedad intelectual, mientras dure el matrimonio. En caso de separación o divorcio, el autor retendrá sus derechos de explotación (en cuanto bienes privativos suyos), pero la comunidad no recibirá reembolso alguno (a diferencia de la solución a la que aboca la aplicación del artículo 1437 *Code civil*, similar a nuestro artículo 1359 CC). Situación que contrasta,

⁵⁰ R. SALEILLES, *op. cit.*, p. 123.

⁵¹ R. SALEILLES, *op. cit.*, p. 123. Según este precepto, “[t]outes les fois qu’il est pris sur la communauté une somme soit pour acquitter les dettes ou charges personnelles à l’un des époux, telles que le prix ou part du prix d’un immeuble à lui propre ou le rachat des services fonciers, soit pour le recouvrement, la conservation ou l’amélioration de ses biens personnels, et généralement toutes les fois que l’un des deux époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit la récompense”.

⁵² G. BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Los derechos inherentes a la persona...*, *cit.*, pp. 192-193.

⁵³ J. BOULANGER, en M. PLANIOL & G. RIPERT, *Traité pratique de Droit Civil Français*. 2^a édition. Paris, 1957, p. 389; A.-LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *op. cit.*, p. 165.

⁵⁴ En cambio, autores como M. CRIONNET, *op. cit.*, pp. 237, 248 y 251 y N. BINCTIN, *op. cit.*, p. 143, entienden que después de la introducción, en 1965, del principio de subrogación real en el Código civil francés, el precepto ya no podía seguir siendo interpretado del mismo modo.

además, con el derecho de usufructo sobre los derechos de explotación de los que el autor no haya dispuesto en vida que se reconoce en favor del cónyuge superviviente en caso de disolución del matrimonio por fallecimiento de aquel (si no hubiera recaído previamente una sentencia de separación matrimonial) (artículo L-123-6 *Code de la propriété intellectuelle*)⁵⁵.

La otra solución es la que ha adoptado el legislador argentino en su nuevo Código civil de 2014⁵⁶, en el que se declaran bienes gananciales las obras publicadas o interpretadas durante el matrimonio, así como las obras artísticas concluidas también durante la vigencia de la sociedad [artículo 464.o]⁵⁷. Para garantizar que las decisiones sobre explotación permanezcan en manos del autor, pese a la titularidad conjunta de tales derechos, la ley establece la gestión individual a favor del autor (artículo 470) y le reconoce asimismo un derecho de adjudicación preferente en la disolución de la sociedad, que podrá ejercer también aunque el valor de su lote fuera inferior mediante el pago de las compensaciones dinerarias oportunas (artículo 499). No obstante, si se acoge esta otra solución la intervención legislativa debería, en nuestra opinión, ir incluso algo más allá. Si la adjudicación preferente no fuera posible por exceder el valor de los derechos de explotación de lo que corresponde al autor en la partición y carecer este de numerario con el que hacer efectivas esas compensaciones, en ningún caso deberá propiciarse la adjudicación de estos derechos al otro sino mantenerse en una situación de indivisión en la que las decisiones sobre la explotación de la obra siguieran correspondiendo en todo caso al autor. Algo similar a lo que sucede con los establecimientos comerciales fundados durante el matrimonio a costa del caudal común, que sólo pueden ser gestionados por aquel de los cónyuges que posea la cualificación necesaria o que sea titular de la licencia administrativa que permite llevar a cabo tal actividad (*v.gr.* en el caso de las oficinas de farmacia)⁵⁸.

3.- ESPECIALIDADES DE LA OBRA PLÁSTICA RESPECTO DEL RESTO DE CREACIONES INTELECTUALES

La obra plástica es una creación intelectual que surge, como apunta R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, cuando se da forma o color a materias preexistentes⁵⁹. Dentro de

⁵⁵ “Pendant la période prévue à l'article L. 123-1, le conjoint survivant, contre lequel n'existe pas un jugement passé en force de chose jugée de séparation de corps, bénéficie, quel que soit le régime matrimonial et indépendamment des droits qu'il tient des articles 756 à 757-3 et 764 à 766 du code civil sur les autres biens de la succession, de l'usufruit du droit d'exploitation dont l'auteur n'aura pas disposé. Toutefois, si l'auteur laisse des héritiers à réserve, cet usufruit est réduit au profit des héritiers, suivant les proportions et distinctions établies par l'article 913 du code civil. Ce droit s'éteint au cas où le conjoint contracte un nouveau mariage”.

⁵⁶ Hasta el año 2014, el Código civil argentino se decantaba por la solución opuesta en su artículo 1272, último párrafo, según el cual “[l]os derechos intelectuales, patentes de invención, o diseños industriales son bienes propios del autor o inventor, pero el producido de ellos durante la vigencia de la sociedad es ganancial”.

⁵⁷ Este precepto declara bienes propios de los cónyuges “la propiedad intelectual, artística e industrial, si la obra intelectual ha sido publicada o interpretada por primera vez, la obra artística ha sido concluida, o el invento, la marca o el diseño industrial han sido patentados o registrados antes del comienzo de la comunidad. El derecho moral sobre la obra intelectual es siempre personal del autor”.

⁵⁸ Entre otras, *vid.* la STS 10 octubre 2017 (RJ 5129).

⁵⁹ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Comentario del artículo 10 LPI”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano). Cuarta edición. Editorial Tecnos. Madrid, 2017.

esta categoría cabe agrupar manifestaciones tan diversas como la pintura, el dibujo, la escultura, los grabados, los tapices o la arquitectura, por citar sólo algunos.

Suele decirse que la obra plástica presenta ciertas peculiaridades respecto del resto de obras. De manera particular puede apreciarse en ella una relación más estrecha entre la creación intelectual (*corpus mysticum*) y el soporte (*corpus mechanicum*) a la que ha sido incorporada, hasta tal punto de que sin este último la primera no podría tener existencia y, por otro lado, aunque sea objeto de sucesivas copias, la percepción de estas nunca puede suplir a la del soporte original⁶⁰.

No obstante, a pesar de esta íntima conexión, tampoco en el caso de la obra plástica es posible identificar plenamente el bien inmaterial que es la creación intelectual con su soporte, pues incluso si este quedara destruido, aquella podría seguir siendo percibida a través de las copias que se hubieran realizado de ella [si bien no de idéntico modo, como antes señalamos]. Tal distinción entre el bien inmaterial y el medio tangible al que ha sido incorporada aparece plasmada –en relación con toda clase de obras– en nuestra legislación de propiedad intelectual, en dos preceptos distintos. Nos referimos –por un lado– al artículo 3.1 LPI (independencia entre los derechos de autor y la propiedad de la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual) y al artículo 56.1 LPI (el adquirente del soporte no tiene, por este solo título, ningún derecho de explotación sobre la obra). Si bien, en relación ya exclusivamente con las obras plásticas, el artículo 56.2 LPI señala que “[n]o obstante el propietario del original de una obra de artes plásticas o de una obra fotográfica tendrá el derecho de exposición pública de la obra, aunque ésta no haya sido divulgada, salvo que el autor hubiera excluido expresamente este derecho en el acto de enajenación del original. En todo caso, el autor podrá oponerse al ejercicio de este derecho, mediante la aplicación, en su caso, de las medidas cautelares previstas en esta Ley, cuando la exposición se realice en condiciones que perjudiquen su honor o reputación profesional”.

La explotación de la obra plástica se reduce prácticamente a la enajenación de su soporte a un tercero. No en vano se ha justificado la existencia del llamado *droit de suite* en la necesidad de compensar al artista plástico por los escasos medios de obtención de beneficios que le brinda normalmente su creación⁶¹.

Aclarado esto, trataremos de averiguar si el carácter tangible del soporte en el que uno de los cónyuges ha realizado una pintura o una escultura, por citar dos ejemplos, estando vigente su régimen de sociedad de gananciales, puede influir en la calificación de este bien mueble tan estrechamente ligado a la obra como cosa ganancial, al margen de la calificación privativa que han recibido en cambio los derechos de explotación. Por otro lado, veremos si el hecho de que sólo el precio obtenido de la enajenación del soporte de la obra plástica represente normalmente el rendimiento que cabe esperar de su explotación podría constituir un argumento en pro de su carácter común.

⁶⁰ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Manual de Propiedad Intelectual*. Octava edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2018, p. 65.

⁶¹ El *droit de suite* es el derecho de participación en el precio de la reventa de originales de obras plásticas en la que intervienen profesionales del mercado del arte, que se reconoce a favor de dichos autores. Este derecho de participación se encuentra regulado a nivel europeo en la Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original (en cuyo considerando 3 encontramos la justificación antes expuesta). En España, este derecho está regulado por la Ley 3/2008, de 23 de diciembre.

Hacemos la advertencia de que cuando nos refiramos, a partir de ahora, a la obra plástica, queremos aludir al soporte original al que el *corpus mysticum* (la obra en sentido inmaterial) se encuentra incorporado.

4.- LOS ORÍGENES DE LA DISCUSIÓN ACERCA DE LA GANANCIALIDAD DE LA OBRA PLÁSTICA

4.1. Los conocidos affaires Bonnard, Picabia y Krémègne

Al igual que sucedió con los derechos de explotación, cabe situar el punto de partida de la discusión acerca del carácter ganancial o privativo de la obra plástica en Francia y, más concretamente, en los pronunciamientos de sus tribunales.

En este caso debemos referirnos a los célebres casos *Bonnard, Picabia y Krémègne*, resueltos por la Corte de casación francesa en las sentencias de 4 de diciembre de 1956, 4 de junio de 1971 y 12 de mayo de 2011, respectivamente.

El supuesto de hecho del primero era el siguiente: el señor Bonnard había contraído matrimonio con la señora Boursin en 1925, después de una convivencia de treinta años. El matrimonio no tuvo hijos. Tras la muerte de su esposa, en enero de 1942, el pintor –temiendo verse despojado de sus obras por los parientes de su mujer- falsificó un supuesto testamento ológrafo de ella en el que se le nombraba legatario universal de todos sus bienes. El pintor falleció en 1947 y los herederos de su esposa –que eran unos familiares lejanos suyos- reclamaron, de acuerdo con la legislación vigente en aquel momento, que se aplicara la sanción civil correspondiente a la falsificación de un testamento, que era la atribución exclusiva a su favor de los cuadros del pintor que no hubieran sido enajenados a terceros (artículos 792 y 1477 *Code civil*). Los demandados eran los herederos de Pierre Bonnard, sobrinos del pintor, que alegaron que los cuadros que se hallaban en el taller de su tío en el momento de su fallecimiento no podían considerarse bienes comunes a ambos cónyuges pues se trataba de obras sin divulgar.

En primera instancia, el Tribunal Civil de la Seine, en Sentencia de 10 de octubre de 1951⁶², dio la razón a los herederos de la señora Boursin, declarando que los cuadros eran bienes muebles, de tal forma que debían integrarse en el activo de la comunidad en aplicación del antiguo artículo 1401 *Code civil*⁶³. A juicio de este tribunal, el autor no había manifestado en ningún momento su deseo de excluirlas del conocimiento público, ni había ejercitado su derecho de modificación o arrepentimiento. De esta forma, cabía concluir que, tras su fallecimiento, las obras quedaban liberadas de esa suerte de “hipoteca intelectual” con la que habrían estado gravadas hasta ese momento (en referencia a la vinculación de la obra a la persona del autor).

En apelación, la Corte de París, en su sentencia de 19 de enero de 1953⁶⁴, acogió un criterio diverso, pues hizo depender la entrada de las obras en comunidad de la circunstancia de que estas estuvieran *acabadas* en el momento del fallecimiento del artista y, para determinar este hecho, nombró una comisión de tres expertos⁶⁵. A juicio de este

⁶² *JCP, La semaine Juridique*, 1952, II, p. 7240.

⁶³ Como antes se señaló, el precepto hacía entrar en comunidad todos los bienes muebles adquiridos por los cónyuges, independientemente de su fecha de adquisición.

⁶⁴ *Gaz. Pal.* 1953 I, pp. 99-107; *Dalloz*, 1953, p. 405.

⁶⁵ Como explica M.R. NERSON, “Le sort des oeuvres picturales, non divulguées, au jour de la dissolution de la communauté”. *RIDA*, 1972, p. 123, las nociones de obras terminadas y de obras no divulgadas no

tribunal, no resultaba admisible que sólo después de la enajenación o, al menos, de la puesta en venta o explotación del cuadro [en referencia, en los tres casos, a la divulgación de la obra por su autor] cupiera conferir a las obras de Bonnard el carácter de bienes comunes de ambos esposos, pues –de ser así– su naturaleza dependería de la voluntad discrecional del autor. Los bocetos y esbozos, por el contrario, le pertenecían en cuanto constituían para él un instrumento del trabajo, “la expresión provisional de un pensamiento artístico que todavía ha de definirse o formularse”⁶⁶.

La Corte de Casación resolvió el recurso revocando el pronunciamiento de la instancia, en su Sentencia de 4 de diciembre de 1956⁶⁷, en la que –con base nuevamente en el artículo 1401 *Code civil*– declaró que formaban parte de la comunidad los cuadros pintados por Bonnard [naturalmente, aquellos que no hubieran sido enajenados a terceros]. En su opinión, la distinción sentada por el órgano de apelación entre obras terminadas y no terminadas era arbitraria. Las obras, tanto si estaban acabadas como si se trataba de meros bocetos, debían tener un carácter común. No obstante, esta naturaleza tenía que ponerse en consonancia con la existencia de determinadas facultades morales, que el autor podía ejercer hasta el momento mismo de la disolución de su comunidad matrimonial. En concreto: 1) El derecho a introducir modificaciones en su obra, de terminarla e incluso de suprimirla, antes de que se hubiera verificado la partición, siempre que no actuara con el propósito de perjudicar a su cónyuge o a los representantes de este último; 2) Solicitar la adjudicación, salvo el derecho de compensación si hubiera lugar, de las obras que juzgara inacabadas o que estimara necesarias para la terminación de sus trabajos; 3) Velar por que no fueran desnaturalizadas.

Dado que la sentencia fue casada, la Corte de Orleans dictó en reenvío una nueva sentencia, el 18 de febrero de 1959, en la que declaró que las obras no divulgadas no entraban en la comunidad matrimonial, sino que debían considerarse bienes fuera del comercio que no se incorporaban a la masa partible de la comunidad disuelta con motivo del fallecimiento del autor. Y, para determinar si había existido divulgación o no en cada caso concreto, el órgano judicial designó una comisión de tres expertos. A juicio del tribunal, entre los modos de divulgación cabía mencionar “la venta, la puesta en venta, la exposición para la venta o la reproducción a título oneroso”. En definitiva, lo que se valora es si el artista tuvo la intención de consentir la divulgación de la obra, aunque el conocimiento público no se hubiera producido efectivamente⁶⁸. *A priori*, podría parecer un criterio muy similar al de las obras terminadas, pero no es así. Una obra que el autor quiere divulgar es una obra que este considera acabada. Pero la afirmación contraria no siempre es cierta. El autor puede considerar una obra suya como terminada, pero no querer divulgarla por razones distintas como desear mantenerla como recuerdo o para servirle de inspiración en ulteriores trabajos.

Cuando la cuestión tenía que haber vuelto de nuevo a la Corte de casación, las partes llegaron a un acuerdo transaccional.

Como puso de relieve C. COLOMBET, el procedimiento *Bonnard* permitía vislumbrar hasta cuatro soluciones distintas en relación con la naturaleza de las obras plásticas creadas durante el matrimonio: son bienes comunes en razón de su carácter mobiliario

coinciden, porque una obra divulgada es, en principio, una obra que el artista considera acabada pero la afirmación contraria no es correcta.

⁶⁶Apunta M. CRIONNET, *op. cit.*, p. 93, que se trata de una tesis atrayente pero de difícil aplicación práctica.

⁶⁷ *Gaz. Pal.* 1957, I, pp. 56 y ss; *RTDC*, 1957, p. 368.

⁶⁸ M.R. NERSON, *op. cit.*, pp. 123-124.

(primera instancia); son bienes comunes en tanto se trate de obras terminadas (apelación); son bienes comunes, tanto si han sido terminadas como si no, pero el autor tiene derechos morales [entre los que no se menciona, por cierto, el de divulgación, sino sólo la vertiente negativa de tales derechos] (casación) y, por último, son bienes fuera del comercio hasta el momento de su divulgación por el autor (reenvío)⁶⁹.

En el *affaire Picabia*, el pintor, que había fallecido el 30 de noviembre de 1953, había contraído matrimonio en dos ocasiones. El litigio enfrentaba a los cuatro hijos de su primera esposa con la segunda, Olga Mohler, con la que Picabia se había casado bajo el régimen legal de comunidad de muebles y adquisiciones.

Formaban parte de su sucesión, además de mobiliario carente de valor, 67 cuadros y 187 diseños, que los hijos sostenían que debían quedar excluidos de la comunidad por tratarse de obras no divulgadas. La viuda estimaba, en cambio, que eran bienes comunes.

En la liquidación notarial, el notario dio la razón a la señora Mohler, por lo que todos los cuadros fueron incluidos en el patrimonio común de los esposos. Esta solución fue confirmada, en primera instancia, por el Tribunal civil de la Seine, en su sentencia de 8 de julio de 1967.

En apelación, sin embargo, la Corte de París se decantó, en su Sentencia de 24 de mayo de 1969, por la tesis de que una obra pictórica no divulgada forma parte del patrimonio moral del autor, que tiene -por ello- derecho a modificarla e incluso destruirla si no hubiera tomado la decisión de comunicarla al público por vez primera. Para el órgano de apelación -siguiendo la tesis de la Corte de Orleans en el *affaire Bonnard*- la obra no divulgada debía ser considerada un bien fuera del comercio. Y, una vez fallecido el autor, a pesar de convertirse ya en un bien patrimonial, no podía ingresar en la masa común pues el régimen económico se habría disuelto por fallecimiento de uno de los cónyuges.

En último término, la Corte de Casación, en su Sentencia de 4 de junio de 1971⁷⁰, revocó el pronunciamiento anterior, confirmando la doctrina del caso *Bonnard*: las obras pictóricas, creadas por el autor durante su unión pero no divulgadas, debían entrar en su comunidad matrimonial por aplicación del artículo 1401 *Code civil*, siempre que aquel no hubiera manifestado su voluntad de modificarlas o destruirlas.

En definitiva, en ninguna de las dos sentencias mencionadas la Corte de Casación dio mayor importancia al hecho de la divulgación, algo que fue muy criticado por la doctrina francesa al entender que ello venía a privar al autor plástico de esta prerrogativa moral y a colocarlo, por tanto, en peor posición que los autores de obras literarias y musicales según la jurisprudencia recaída en los *affaires Lecoq y Canal*⁷¹. Parece ser que, en la base de la decisión *Picabia*, se encontraban las especiales circunstancias fácticas del caso, pues muchas de las obras del pintor habían sido ya divulgadas en vida de este mediante su inclusión en catálogos de exposiciones y el tribunal no quería entrar en distinciones⁷².

El último de los asuntos judiciales a que vamos a hacer referencia es el llamado *affaire Krémègne*, resuelto por la más reciente Sentencia de la Corte de Casación de 12 de mayo

⁶⁹ C. COLOMBET, *op. cit.*, p. 209.

⁷⁰ *Dalloz*, 1971, pp. 585 y ss.

⁷¹ M. CONTAMYNE-RAYNAUD, "De l'existence du droit moral des artistes mariés sous le régime de la communauté (A propos de l'arrêt de la 1^a Chambre civile rendu dans l'affaire Francis Picabia)". *Chronique XXXVII, Dalloz* 1971, p. 252; M. CRIONNET, *op. cit.*, pp. 96-97; C. COLOMBET, *op. cit.*, p. 210.

⁷² LINDON, *op. cit.*, p. 588.

de 2011. El pintor Pinchus Krémègne transmitió a su muerte a su hijo único, casado bajo el régimen legal de comunidad de muebles y adquisiciones, unas obras pictóricas no divulgadas. Su hijo (Alfred) había contraído matrimonio el 27 de diciembre de 1955 bajo el régimen legal de comunidad de muebles y adquisiciones, vigente en aquel momento. Alfred recibió las obras de su padre por herencia durante el transcurso de su unión conyugal, pero se divorció de su mujer el 20 de octubre de 1997. En abril de 2000, Alfred legó a su hija Jeannette por testamento ológrafo el derecho moral y el derecho patrimonial sobre las obras que le había dejado su padre. Poco tiempo después fallece y su ex mujer emplaza a sus herederos para la realización de las operaciones de cuenta, liquidación y partición de la comunidad existente entre ellos [que todavía se hallaban pendientes tras el divorcio]. Planteada judicialmente esta disputa, el TGI consideró que los cuadros podían ser incluidos dentro del activo de la comunidad y la Corte de apelación de París, el 3 de febrero de 2010, confirmó esta tesis, a pesar de no estar divulgadas. El argumento en que se basó la Corte de Apelación fue el art. 1401 *Code Civil*, en su redacción anterior a la ley de 13 de julio de 1965 –aplicable a este supuesto por razón de la fecha de celebración del matrimonio–, según el cual la comunidad se componía de todo el mobiliario adquirido por los cónyuges durante el matrimonio a título de sucesión o incluso de donación, salvo que el donante hubiera dispuesto otra cosa [recordemos que el marido había recibido las obras plásticas en herencia de su padre, el pintor Pinchus Krémègne]. Según la Corte de apelación, el soporte material es independiente de los derechos y entra dentro de la comunidad en tanto que bien mueble corporal. Por lo tanto, el hecho de que la hija de Alfred hubiera resultado adjudicataria del derecho moral y de los derechos patrimoniales de las obras de su abuelo, por herencia de su padre, no impedía la consideración de los soportes tangibles (los cuadros) como bienes de la comunidad matrimonial de este. Al contrario, reforzaba esta naturaleza común, pues Alfred habría llevado a cabo tal legado precisamente porque sabía que los cuadros (soportes) habían entrado en la comunidad que compartía con su esposa. La Corte de Casación confirma este criterio en su Sentencia de 12 de mayo de 2011, en la que vuelve a acoger de nuevo la doctrina de los *affaires Bonnard y Picabia*.

4.2. Breve repaso al Derecho comparado

Como señalamos al comienzo de este estudio, los legisladores no suelen ocuparse de la naturaleza común o privativa de la obra plástica creada por un autor casado con un régimen económico matrimonial de corte comunitario, como es –en nuestro país– la sociedad de gananciales.

Y aquellos ordenamientos que sí lo han hecho en relación con los derechos de explotación no prestan una atención especial a la obra plástica. Nos referimos a sistemas normativos como el Derecho francés, belga, luxemburgués, portugués o peruano, por citar sólo algunos. O, en España, el Derecho foral aragonés. Como excepción cabe citar la legislación argentina que recientemente ha calificado como ganancial la obra artística que hubiera sido concluida durante el matrimonio por cualquiera de los cónyuges casados en régimen de sociedad de gananciales. Lo que, *a sensu contrario*, significa que debe atribuirse carácter privativo a la que no cumpla este último requisito.

Las razones por las que cabe apreciar tal desinterés legislativo hacia el caso particular de las obras plásticas han sido apuntadas por algunos autores. Así, se ha sugerido que, tratándose de bienes corporales, no es preciso indicar que entran en la masa común o se ha explicado que la ausencia de mención coincide con el escaso tratamiento del que, en

general, es objeto la obra plástica en las legislaciones de propiedad intelectual de nuestro entorno jurídico⁷³.

En cualquier caso, esta falta de reflejo legal o, precisamente debido a ella, no ha impedido a la doctrina manifestarse sobre esta cuestión, con soluciones tan diversas como las que hemos podido hallar en relación con los derechos de explotación en la primera parte de este estudio.

Procederemos a continuación a examinar cada una de ellas.

5.- ¿CUÁL ES LA NATURALEZA DE LA OBRA PLÁSTICA CREADA POR AUTOR CASADO EN RÉGIMEN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES?

5.1. Primera tesis: las obras plásticas son gananciales, independientemente de si están o no divulgadas

Esta es la tesis mantenida por la Corte de casación francesa en los tres pronunciamientos que antes hemos examinado (*Bonnard, Picabia y Krémègne*).

En síntesis, esta doctrina jurisprudencial defiende la entrada en la comunidad de unos bienes que no dejan de ser cosas corporales producto del trabajo de uno de los cónyuges y que, además, son jurídicamente independientes de los derechos del autor sobre el *corpus mysticum*. Hasta el punto de que, como dispone el artículo L-111-3 de su Código de la Propiedad intelectual, de un modo similar a nuestro artículo 3 LPI, “[l]a propriété incorporelle définie par l'article L. 111-1 est indépendante de la propriété de l'objet matériel”.

Esta calificación no estaría reñida con el respeto a la esfera moral del autor, no concretamente a través del reconocimiento explícito de su facultad de divulgar, pero sí de modificar e incluso de suprimir la obra, si es que no estuviera satisfecho con el resultado y siempre antes de la disolución de su régimen económico.

Esta solución ha sido, como señalamos, criticada por la mayoría de la doctrina francesa, por lo que supone de privación al autor casado de esa prerrogativa moral que es la de decidir si divulga o no su obra. Si bien algún autor ha sugerido que la Corte de casación habría asumido en cierto modo en estos pronunciamientos que el cónyuge que contrae matrimonio bajo este régimen económico estaría otorgando de manera anticipada su consentimiento a la divulgación de las obras creadas durante su unión⁷⁴.

Se ha apuntado que la mayor ventaja de esta primera tesis es que evita muchos problemas de aplicación práctica, cosa que no sucede con otras alternativas de interpretación que veremos a continuación⁷⁵, y que, de hecho, la Corte de casación francesa se habría inclinado por esta posición para evitar así las distinciones entre obras divulgadas o no u obras terminadas o no, que habían entretenido a los órganos judiciales de instancia en estos procedimientos.

No obstante, a ella cabe objetar que la facultad de divulgación es, como todos los derechos morales del autor, indisponible e irrenunciable, por lo que no parece correcto sostener que el cónyuge autor casado pueda quedar privado de ella ni tampoco asumir que este haya

⁷³ Vid. la primera en N. BINCTIN, *op. cit.*, p. 161 y la segunda en P.-Y GAUTIER, *op. cit.*, p. 385.

⁷⁴ M. CRIONNET, *op. cit.*, p. 124.

⁷⁵ M. CRIONNET, *op. cit.*, p. 124.

prestado su consentimiento anticipado a la divulgación (en realidad, renunciando a su derecho al inédito) de todas las obras plásticas que crease durante el matrimonio.

5.2. Segunda tesis: las obras plásticas son privativas, incluso aunque hubieran sido divulgadas

La antítesis del postulado anterior sería que las obras plásticas de los artistas casados deben ser consideradas en todo caso bienes privativos del autor.

La justificación que se ha dado para ello reside en el también carácter privativo que también se atribuye a los derechos de autor, de lo que se infiere que –por la misma razón– debe reconocerse la misma naturaleza al soporte físico original al que la obra plástica hubiera sido incorporada⁷⁶.

En nuestra doctrina esta es la postura que sostienen algunos autores sobre la base de que no es posible afirmar la existencia de un derecho privativo de propiedad intelectual del artista plástico sobre un bien que no pertenece a su patrimonio personal, sino al ganancial⁷⁷.

No obstante, frente a este planteamiento cabría señalar que nuestro ordenamiento se encarga expresamente de desmentir tal identificación entre la obra y su soporte, esto es, entre el *corpus mysticum* y el *corpus mechanicum*. Nos referimos –cómo no– a los artículos 3 y 56.1 de nuestra ley de propiedad intelectual, que confirman que la titularidad de los derechos de explotación puede no coincidir con la propiedad del soporte. De hecho, en Francia –que cuenta con normas similares como la contenida en el artículo L-111-3 de su Código de la Propiedad Intelectual⁷⁸– uno de los razonamientos en los que se basó su Corte de casación en el *affaire Krémègne* fue que Alfred Krémègne se había limitado a legar a su hija los derechos de explotación y la facultad de divulgación sobre los cuadros heredados de su padre, precisamente porque era consciente de que la propiedad de los soportes originales pertenecía a su sociedad de gananciales.

Es justo lo contrario a lo que sucedió con el caso de la sucesión de la pintora española Remedios Varo Uranga, exiliada en Méjico, cuya sobrina llegó a ser declarada heredera intestada única y universal de los cuadros de su tía por los tribunales de ese país. Todo ello hasta que fue aportado en juicio –por quien había sido la pareja de hecho de su tía durante diez años– un contrato de cesión gratuita de “*todos los derechos sobre sus obras pictóricas y sus escritos*”. Bastó el citado contrato para terminar con las aspiraciones de la sobrina, a pesar de que en él sólo se hacía constar –hasta donde tenemos conocimiento– el destino de los *derechos de autor* y no de los *soportes originales* de las obras⁷⁹.

⁷⁶ Vid. primera parte de este trabajo.

⁷⁷ C. ROGEL VIDE, *op. cit.*, p. 1849; M.P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 47. Dentro de la llamada jurisprudencia menor, vid. SAP Málaga (Sección 6ª) 27 noviembre 2001 (JUR 2002/62196), SAP Lugo (Sección 1ª) 3 marzo 2009 (JUR 2009/187215), SAP Navarra (Sección 2ª) 28 octubre 2009 (AC 2010/804).

⁷⁸ Con todo, J.-M. BRUGIÈRE, “Comentario de la Sentencia de la Corte de Casación de 12 de mayo de 2011”. *Propriétés Intellectuelles*, 2011, pp. 287-289, señala que el precepto distingue la obra de su soporte por una razón: proteger mejor al autor. En cambio, aplicado al régimen económico matrimonial se llega precisamente a lo contrario: se despoja al autor del cuadro otorgándole el carácter de *acquêt* (bien común).

⁷⁹ “La historia olvidada de Remedios Varo. La pintora española que encabezó el surrealismo en México” https://www.abc.es/historia/abci-historia-olvidada-remedios-varo-pintora-espanola-encabezo-surrealismo-mexico-201804080148_noticia.html; L. VEGA GARCÍA, “¿De quién son los cuadros de Remedios Varo?”. *Vlex*, núm. 220, agosto 2017, <https://doctrina.vlex.com.mx/vid/es-dueno-cuadros-remedios-690914701>

Desde esta perspectiva, no habría, pues, ningún problema *a priori* para atribuir la titularidad de los derechos de explotación sobre la obra al cónyuge autor (el contenido económico iría a parar a la masa común) y, en cambio, la propiedad del soporte a la sociedad de gananciales, como producto de la *industria* de uno de los cónyuges (artículo 1347.1° CC).

Los derechos de autor, como sostuvimos en la primera parte de este trabajo, son inherentes a su persona en el sentido del artículo 1346.5° CC, pero en cambio el soporte original de la obra plástica no lo es, puesto que puede ser enajenado y también ser objeto de embargo por los acreedores, siempre que la obra haya sido divulgada (cosa que no sucede, como sabemos, con los derechos de explotación *ex* artículo 53.2 LPI)⁸⁰.

Esta es, pues, la pieza clave, que ha dado lugar a las dos últimas teorías que pasamos a exponer y que constituyen, por así decirlo, la síntesis entre la tesis y la antítesis anteriores.

5.3. Tercera tesis: las obras plásticas son privativas, hasta el momento de su divulgación

Esta fue la postura adoptada por la Corte de Orleans y de la Corte de apelación de París en los asuntos *Bonnard* y *Picabia*. Sin divulgación no puede producirse la entrada de la obra plástica en la comunidad, pero –como hasta entonces– su comercialización resultaría imposible sin el consentimiento del autor, había que concluir que se trataba de *bienes fuera del comercio*. Esto es, ni privativos ni gananciales⁸¹.

Como en el momento en que ambas sentencias vieron la luz todavía no había entrado en vigor la ley francesa de propiedad intelectual de 11 de marzo de 1957, que reconocía a los herederos del autor la facultad de divulgación de sus obras, la jurisprudencia tendió a ofrecer una distinta solución al problema de la suerte de las creaciones plásticas en función de que la disolución de la comunidad del artista casado [que es cuando normalmente se plantean estas discusiones] tuviera lugar con motivo del fallecimiento del artista o por cualquier otra causa.

En el primer caso sus obras quedaban liberadas de esa “hipoteca intelectual”, se convertían en bienes patrimoniales, aunque –al hallarse la comunidad ya disuelta por razón de este fallecimiento– la Corte de apelación de París decidió, en el asunto *Picabia*, que debían quedar al margen de la masa común. Al contrario, si la disolución de la comunidad hubiera tenido lugar por muerte del cónyuge del artista o por separación o divorcio, el autor de la creación intelectual se apropiaría de los soportes originales de la obra, que mantendrían su condición de *res extra commercium* hasta que él decidiera divulgarlos⁸².

Con la entrada en vigor, primero, de la ley de propiedad intelectual de 11 de marzo de 1957 [que reconocía a los herederos el derecho a divulgar] y, posteriormente, con la reforma del Código civil francés de 1965, que introdujo el artículo 1404, la tesis que ha

⁸⁰ A juicio de G. BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*. Tecnos. Madrid, 1997, pp 214 y ss. hasta que el autor no ha tomado la decisión de divulgar y de comercializar la obra (ejercicio de su derecho de distribución) no sería embargable el soporte por los acreedores, dada la relación de accesoriadad que este mantiene el *corpus mysticum*, a no ser que la materia fuera de mayor valor o se tratara de una obra arquitectónica cuya construcción conlleva la divulgación.

⁸¹ M. CONTAMINE-RAYNAUD, *op. cit.*, p. 252; M.R. NERSON, *op. cit.*, p. 127; C. COLOMBET, *op. cit.*, p. 211; J.-M. BRUGIÈRE, *op. cit.*, pp. 287-289.

⁸² Ha seguido esta misma tesis M. CONTAMINE-RAYNAUD, *op. cit.*, p. 254.

terminado predominando en la doctrina francesa -en contra de la postura monolítica de su Corte de casación- es la del *carácter privativo* de la obra plástica *no divulgada*⁸³.

Esta formulación parte de la base de que la obra plástica es un bien inherente a la persona del autor, pero que tal inherencia cesa en el momento en que aquél toma la decisión de divulgarla. A partir de entonces la obra plástica entra dentro de la masa patrimonial que el artista comparte con su consorte. Por ello, si la divulgación se produce después de la disolución, la comunidad sólo tiene un derecho de reembolso por los gastos hechos en la creación de la obra y no por el valor de mercado de esta⁸⁴. No obstante, si tal divulgación se hubiera retrasado maliciosamente en espera de que se produjera la separación o el divorcio, podría recurrirse a la doctrina del abuso de derecho para hacer entrar la obra en la comunidad⁸⁵.

En su doble –aunque próxima- formulación (bienes extra comercio o bienes privativos, antes de la divulgación), la tesis recién apuntada merece –como principal crítica- el hecho de que priva al cónyuge no artista de los resultados de la actividad de su consorte. Situación que resulta todavía más difícil de aceptar cuando son los herederos los que terminan recibiendo las obras no divulgadas, para a continuación divulgarlas y enajenarlas apropiándose en exclusiva del precio obtenido de la venta. De hecho, como ya se ha comentado, la propia jurisprudencia francesa daba un tratamiento distinto a la suerte de las obras plásticas tras la disolución de la comunidad en función de que tal disolución se debiera a la muerte del artista o a cualquier otra razón (separación, divorcio o fallecimiento de su cónyuge).

Junto a ello, también cabe reprochar a este planteamiento el que introduzca una gran incertidumbre en relación con la naturaleza jurídica de los bienes del matrimonio⁸⁶.

En efecto, hacer depender la entrada en comunidad de una decisión del autor produce la consecuencia de que la calificación definitiva de esos bienes quede a expensas exclusivamente de su voluntad, a pesar de que estos constituyen –no se olvide- el resultado del trabajo o de la actividad desarrollada por uno de los cónyuges durante el matrimonio. De hecho, la solución que finalmente acogió la Corte de casación francesa en el *affaire Picabia* respondía más a la dificultad de distinguir unas obras de otras (las ya divulgadas y las que todavía no lo habían sido), que a la estricta aplicación de los principios de Derecho matrimonial.

En nuestra sociedad de gananciales, a pesar de no contar con una norma específica sobre los derechos de autor o la obra plástica, ese objetivo de seguridad jurídica se halla también presente en preceptos como los artículos 1356 y 1357 CC sobre las adquisiciones de bienes a plazos durante el matrimonio, que constituyen una derogación del principio general de subrogación real, a través de la cual se pretende asegurar que estos bienes puedan ser considerados como gananciales o privativos desde el momento mismo en que se abona el primero de sus plazos. Del propio tenor literal del artículo 1346.5º CC deriva también, en nuestra opinión, otro argumento en la misma línea. Así, mientras la norma homóloga del Derecho foral aragonés, examinada en otro lugar de este estudio, se refiere al carácter privativo de los bienes inherentes a la persona de uno de los cónyuges

⁸³ M. CRIONNET, *op. cit.*, p. 117; H. DESBOIS, *op. cit.*, p. 286; B. PARISOT, *op. cit.*, pp. 192-193, que considera que son privativas hasta que el autor decide ponerlas en venta; A. LUCAS, H-J LUCAS, A. LUCAS SCHLOETTER, *op. cit.*, pp. 168-169, P-Y GAUTIER, *op. cit.*, p. 386.

⁸⁴ N. BINCTIN, *op. cit.*, p. 167; A. LUCAS, H-J LUCAS, A. LUCAS SCHLOETTER, *op. cit.*, p. 170.

⁸⁵ A. LUCAS, H-J LUCAS, A. LUCAS SCHLOETTER, *op. cit.*, p. 170; P-Y GAUTIER, *op. cit.*, p. 387.

⁸⁶ En efecto, puede verse este argumento en N. BINCTIN, *op. cit.*, p. 163.

“*mientras conserven estos caracteres*”, el precepto de nuestro Derecho común omite esta última referencia. La razón pudiera ser que se hubiera querido evitar que los bienes adquiridos durante el matrimonio fueran variando su naturaleza en función de que se perdiera o relajara el vínculo de inherencia que mantenían con su titular.

Ello no significa, como es lógico, que estemos privando al autor de su prerrogativa moral de divulgación. Al contrario, este debe poder seguir contando con ella en todo momento, sin que la regla de la cogestión de la sociedad constituya un impedimento para ello (*lex specialis derogat legi generali*).

Ahora bien, de la divulgación no podrá depender la calificación del soporte original de la obra como ganancial o, para ser más exactos, como bien *con vocación de ganancialidad*, pendiente del cumplimiento de una condición suspensiva (la divulgación) para entrar en el mundo de los bienes patrimoniales. Sostener otra cosa supondría sustraer al cónyuge del artista de los resultados de una actividad desarrollada durante el matrimonio en contra de lo que es regla general de la sociedad de gananciales, Y, además, para permitir a renglón seguido que sean sus herederos los que se apropien de este resultado en caso de disolución de la sociedad por fallecimiento del artista, pues estos quedan investidos – como sabemos- de esta misma facultad de divulgación (artículo 15 LPI). En definitiva, bajo el pretexto del respeto a las prerrogativas morales del autor, lo que debería haber entrado en el patrimonio de ambos cónyuges terminaría desviándose exclusivamente a manos de los herederos de uno de ellos⁸⁷.

5.4. Cuarta tesis: las obras plásticas son gananciales, pero el autor conserva su derecho a divulgarlas

El soporte original de una obra plástica debe ser considerado ganancial en cuanto que producto de la *industria* de uno de los cónyuges (artículo 1347.1º CC).

Esta es la tesis que entendemos debe acogerse, pues si en el caso de los derechos de explotación podían existir ciertos inconvenientes para que la titularidad pudiera recaer en la sociedad de gananciales (en ambos cónyuges), tales objeciones no se mantienen en el caso de los soportes de obras plásticas⁸⁸.

Los cuadros, esculturas pueden ser transmitidos a terceros en un régimen de propiedad plena, que apenas se verá amenazado por la conservación por el autor de sus prerrogativas morales, pues, frente al nuevo propietario, el autor no podrá hacer valer su derecho de modificación ni de arrepentimiento⁸⁹.

Obviamente, la divulgación sigue correspondiendo al autor, lo mismo que las prerrogativas morales de arrepentimiento, *mientras dure el matrimonio*, que podrá ejercer sin necesidad de contar con el consentimiento de su consorte pues se trata de un régimen

⁸⁷ Esta contradicción fue apuntada por el Abogado general LINDON, *Dalloz*, 1971, pp. 585 y ss, al hilo de la decisión de la Corte de Orleans en el *affaire Bonnard*. En España, formula esta misma crítica G. BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Los derechos inherentes a la persona...*, *cit.*, p. 211.

⁸⁸ En nuestra doctrina sostienen que la obra plástica es ganancial, RAMS ALBESA, “Bienes privativos...”, *cit.*, p. 76, desde el momento en que la obra está acabada; A.M. SANZ VIOLA, *op. cit.*, p. 106; G. BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Los derechos inherentes a la persona...*, *cit.*, pp. 184-185. En la llamada jurisprudencia menor, *vid.* SAP Ciudad Real (Sección 1º) 11 noviembre 2010 (JUR 2011, 35578).

⁸⁹ D. ESPÍN CÁNOVAS, *Los derechos del autor de obras de arte*. Civitas. Madrid, 1996, p. 114; J.J. HUALDE SÁNCHEZ, “El derecho moral del artista plástico”, en AA. VV, *Derechos del artista plástico* (coord. A. Bercovitz Rodríguez-Cano). Aranzadi editorial. Elcano (Navarra), 1996, pp. 53-55.

especial que se superpone sobre el general de la sociedad de gananciales. El límite del arrepentimiento está situado –creemos- en la doctrina del abuso de derecho y, en ocasiones, ni siquiera será preciso recurrir a ella si la destrucción del soporte original de la obra plástica se hubiera producido interviniendo dolo pues procederá la aplicación del artículo 1390 CC⁹⁰.

La venta del cuadro sólo podrá ser decidida por el artista, no sólo porque implica el ejercicio de su derecho de distribución, sino también porque puede conllevar la divulgación de la obra si el autor no ha hecho reserva de su derecho de exposición (artículo 56.2 LPI). No obstante, una oposición injustificada a la enajenación de la obra ya divulgada –v. gr., cuando esté en juego el cumplimiento de su deber de aportar a las cargas de la familia- podría ser considerada abusiva⁹¹.

En el momento de disolución de la sociedad, la obra plástica no divulgada podrá ser adjudicada al otro cónyuge, si bien este no podrá comercializar con ella, pues la obra queda –por así decirlo- *neutralizada* o convertida en un mero *souvenir* de la familia [como decía la doctrina francesa]⁹². Más o menos la misma situación que se produce cuando el artista plástico se hubiera opuesto en vida a la divulgación de sus obras, habiendo incluso manifestado su deseo de que permanecieran inéditas a través de una disposición testamentaria expresa.

Naturalmente, en el reparto de las obras no divulgadas entre ambos cónyuges, podría suceder que el cónyuge artista divulgara las que él hubiera recibido en la partición y se negara a hacer lo propio con las adjudicadas a su ex cónyuge. No obstante, careciendo las obras no divulgadas de valor venal, o teniéndolo solamente de un modo virtual o potencial, no debe olvidarse que el cónyuge adjudicatario las habría recibido en su lote a cambio de nada, esto es, como meros *souvenirs* que no habrían impedido que le fueran adjudicados otros bienes patrimoniales. Y siempre cabría –además- la posibilidad de que los herederos del artista las terminaran divulgando, tras su muerte, salvo que él se hubiera opuesto expresamente a ello.

Si la disolución se produce por fallecimiento del autor, sus herederos tendrán –en efecto- la facultad de divulgación y, ejercida esta, la mitad del precio obtenido por la venta de la obra deberá ser adquirido por el consorte en razón de su naturaleza ganancial. De hecho, en la doctrina francesa se ha defendido que debería invitarse a los herederos a pronunciarse sobre la divulgación⁹³.

6.- CONCLUSIONES

A modo de epílogo, cabe señalar que la naturaleza de las creaciones intelectuales realizadas por los cónyuges casados en régimen de sociedad de gananciales pone en pugna dos intereses diferentes, cada uno de ellos sustentado por la correspondiente norma de Derecho positivo.

⁹⁰ J. RAMS ALBESA, *La sociedad de gananciales...*, cit., p. 90. Según este precepto, “[s]i como consecuencia de un acto de administración o de disposición llevado a cabo por uno solo de los cónyuges hubiere éste obtenido un beneficio o lucro exclusivo para él u ocasionado dolosamente un daño a la sociedad, será deudor a la misma por su importe, aunque el otro cónyuge no impugne cuando proceda la eficacia del acto”.

⁹¹ G. BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Los derechos inherentes a la persona...*, cit., p. 209.

⁹² M.R. NERSON, *op. cit.*, p. 127; N. BINCTIN, *op. cit.*, p. 167; G. BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Los derechos inherentes a la persona...*, cit., p. 209.

⁹³ M. CRIONNET, *op. cit.*, p. 124.

Tales intereses son, por un lado, los de la comunidad en hacerse con los réditos de la actividad de uno de los cónyuges, sea profesional o no, de acuerdo con la lógica de este régimen comunitario (artículo 1347.1° CC). De otro lado, los intereses del creador en seguir controlando el destino de su obra, de la que se dice que es emanación de su personalidad y, por consiguiente, un bien inherente a su persona (artículo 1346.5° CC).

Esta inherencia no termina con el ejercicio por el autor de su facultad de divulgación, por lo que no es posible zanjar esta discusión con la atribución sin más de los derechos de explotación a la masa común una vez que la obra haya sido puesta en conocimiento del público. La cogestión de estos derechos, derivada de la cotitularidad ganancial, no es compatible con esa vinculación personal (artículo 1375 CC), como tampoco lo es su atribución al no titular en la disolución de la sociedad de ganancial (artículos 1392 y ss CC).

En esta tesitura, y pensando en una futura regulación de esta cuestión, nuestro legislador tiene dos alternativas ante sí. La primera, atribuir la titularidad privativa de los derechos de explotación al cónyuge autor, pero hacer ingresar en la comunidad cualquier rendimiento o producto económico que derive de ellos. La segunda, seguida recientemente por el legislador argentino, consiste en reconocer a tales derechos un carácter ganancial, aunque estableciendo unas medidas que garanticen que las decisiones de gestión quedarán siempre en manos del autor incluso tras la disolución de su sociedad de gananciales.

En el caso de las obras plásticas, la más íntima identificación entre la obra (*corpus mysticum*) y su soporte (*corpus mechanicum*) hace todavía menos plausible la atribución de la propiedad privativa del soporte al cónyuge autor. Piénsese que nuestra ley de propiedad intelectual permite que uno y otro se hallen en diferentes manos (artículos 3.1 y 56.1 LPI), lo que dejaría abierta la posibilidad de que –incluso si se optara por la privatividad de los derechos de explotación sobre la obra– el soporte entrara en la masa común como producto de la *industria* de uno de los cónyuges (artículo 1347.1° CC).

Esta última es la tesis que aquí se defiende, si bien preservando el ejercicio por el autor de su prerrogativa moral de divulgación, que no impediría sin embargo que las obras pictóricas no divulgadas pudieran ser adjudicadas al no autor en el momento de la disolución de la sociedad de gananciales.