

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2011
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Derecho de integridad. Obra artística. Mural. Mutilación.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Venezuela

ORGANISMO: Juzgado Séptimo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil Bancario con Competencia Nacional y sede en la Ciudad de Caracas

FECHA: 21-11-2006

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Texto del fallo en <http://falcon.tsj.gov.ve/decisiones/2006/noviembre/2122-21-01474-.html>

OTROS DATOS: Expediente 01474

SUMARIO:

“A inicios del año 1986, el BANCO ..., por intermedio de los arquitectos ..., quienes para la fecha eran los arquitectos encargados de la construcción del edificio sede del Banco ..., encomendó a ... la realización de una obra artística, consistente en un relieve mural de concreto, para ser colocado en la fachada oeste del Edificio de la sede principal del Banco ...”.

[...]

“En el mes de octubre de 1999, el accionante observó que el mural relieve de su autoría había sido mutilado al habersele eliminado, sin su autorización el antiguo logotipo del Banco ..., dejando en su lugar un enorme hueco, burdamente rematado con cemento, en un acto evidentemente violatorio del derecho moral de su autor”.

[...]

“... aunque el banco encargó la obra al artista y canceló unos honorarios por su elaboración, incluía inicialmente el logotipo que lo caracterizaba, y que invoca le pertenece, pero en todo caso nada le autorizaba para removerle, en todo caso debió contemplarse la situación de que el logotipo pudiera ser alterado en el futuro o cambiar drásticamente alguna vez, para no incluirsele, o en todo caso pactar con el artista qué hacer en el caso de ocurrir, o contar con su autorización al menos. Quedó desvirtuado en la secuela del proceso, con la declaración de los testigos expertos, que el mural de concreto fuere una obra arquitectónica, sino que fue, y lo sigue siendo una obra de arte”.

“Aun en el supuesto, no demostrado, que el logotipo retirado, fuere una marca comercial que le pertenece a la entidad bancaria demandada, caso en el cual hubiera podido hacer lo que a bien tuviere con ella, claro está, sin afectar el ámbito de los derechos del autor del artista de la obra, éste es precisamente su límite, que no fue

respetado (el derecho de integridad de la obra de arte) y ello ocasionó un daño, pues al faltarle uno de los elementos de la obra en su concepción, además que afecta estéticamente el trabajo, afecta moralmente a su autor, a quien se le produce un malestar, por la inconsulta acción, cuyo resarcimiento reclama mediante la presente acción., en consecuencia se declara con lugar la demanda y así se decide”.

TEXTO COMPLETO:

“VISTOS” CON INFORMES DE LAS PARTES.

PARTE ACTORA: HARRY ABEND, venezolano, mayor de edad, arquitecto-escultor, titular de la cédula de identidad N° 1.873.395.

APODERADOS JUDICIALES DE LA PARTE ACTORA: OSWALDO PADRÓN AMARE, RAFAEL GAMUS GALLEGO, FRANCISCO ÁLVAREZ PERAZA, JOSÉ RAFAEL GAMUS, OSWALDO PADRÓN SALAZAR, LIZBETH SUBERO RUIZ, RAFAEL PIRELA MORA y ANA MARIA PADRÓN SALAZAR, venezolanos, mayores de edad, de este domicilio, inscritos en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo los Nos. 4.200, 1.589, 7.095, 37.756, 48.097, 24.500, 62.698 y 69.505, respectivamente.

PARTE DEMANDADA: BANCO PROVINCIAL, S.A, BANCO UNIVERSAL, sociedad mercantil originalmente inscrita por ante el Registro de Comercio llevado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Mercantil del Distrito Federal el día 30 de septiembre de 1952, anotado bajo el N° 488, Tomo 2-B, transformado en Banco Universal según se evidencia de asiento inscrito ante el Registro mercantil Primerote la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda el día 03 de diciembre de 1996, bajo el N° 56, Tomo 337-A Pro y cuyos estatutos sociales modificados están contenidos en un solo texto, según se evidencia de asiento inscrito ante el mencionado Registro Mercantil el día 21 de noviembre de 1997, bajo el N° 21, Tomo 301-A Pro y en fecha 14 de abril de 1998, bajo el N° 4, Tomo 78-A Pro.

APODERADOS JUDICIALES DE LA PARTE DEMANDADA: JAIME HELI PIRELA RUZ, ALEXANDRA ALVAREZ MEDINA y ASTRID

JOSEFINA MORALES MÉNDEZ, abogados en ejercicio, venezolanos, mayores de edad, de este domicilio e inscritos en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo los Nos. 16.291, 55.264, 64.267, respectivamente.

MOTIVO: INDEMNIZACION POR DAÑOS MORALES.

I

Se inicia el presente juicio mediante escrito libelar presentado por los abogados RAFAEL GAMUS Y OSWALDO PADRO SALAZAR quienes en representación del demandante alegan:

A inicios del año 1986, el BANCO PROVINCIAL, por intermedio de los arquitectos PEDRO MENDOZA Y CARLOS RENGEL, quienes para la fecha eran los arquitectos encargados de la construcción del edificio sede del Banco Provincial, encomendó a su mandante (Harry Abend), la realización de una obra artística, consistente en un relieve mural de concreto, para ser colocado en la fachada oeste del Edificio de la sede principal del Banco ubicada entre las Avenidas Este y Vollmer de la Urbanización San Bernardino, a un lado de la entrada principal del Edificio. A tales, efectos, el accionante remitió al banco una carta misiva, donde hace una somera explicación de la obra a ser realizada, el monto de los honorarios profesionales, la forma de su pago y el tiempo estimado de ejecución, en cuyo texto consta expresamente que quedaba entendido entre las partes que el emblema del Banco sería incorporado a la obra.

Una vez aprobado el proyecto con la presentación de los planos y maquetas correspondientes y siguiendo con las negociaciones, HARRY ABEND envió al Banco una misiva de fecha 24 de marzo de 1986, HARRY ABEND especifica al Banco las obras

a realizar para los efectos de la ampliación de la obra artística ya ejecutada.

En el mes de octubre de 1999, el accionante observó que el mural relieve de su autoría había sido mutilado al habersele eliminado, sin su autorización el antiguo logotipo del Banco Provincial, dejando en su lugar un enorme hueco, burdamente rematado con cemento, en un acto evidentemente violatorio del derecho moral de su autor.

Ante tal abuso, el ciudadano HARRY ABEND hizo diversas gestiones ante el BANCO PROVINCIAL a objeto no solo de solicitar explicación sino de tratar de obtener una solución satisfactoria, habiendo recibido una comunicación, fechada 2 de marzo de 2000, mediante la cual dicha institución, por intermedio de su Consultora Jurídica, Doctora Aura Marina Kolster, en la cual manifiesta su discrepancia con los reclamos del autor.

Con posterioridad a dicha carta, y en vista de los alegatos esgrimidos por la Consultoría Jurídica del Banco, remitieron en nombre y representación de HARRY ABEND, una carta de fecha 26 de junio de 2000 al Presidente Ejecutivo del Banco, Sr. JUAN ZORRILLA, solicitándole una solución amistosa al penoso asunto, que a la fecha no ha sido objeto de respuesta alguna.

En el capítulo identificado con el N° II “EL DERECHO A LA INTEGRIDAD DE LA OBRA COMO DERECHO MORAL DEL ARTISTA”. Señalan que:

Si bien es cierto, como lo afirmase la correspondencia del Banco, que el logotipo del Banco “no es creación ni propiedad del constructor de la obra, sino del mismo Banco”, no es jurídicamente correcta, por el contrario, la afirmación de que, por tal motivo éste “no puede formar parte de una obra artística, puesto que dicho logotipo es una marca comercial, sujeto a las leyes de Propiedad Industrial, y no a las de derecho de autor”. Que disienten porque, de hecho, por solicitud expresa del Banco, el logotipo formaba parte de la obra artística cuya integración entre dos obras determinó que fuera estéticamente valiosa, al menos para el Banco Provincial,

desde que dicho banco, no solo la encargó, sino que, además la aceptó, la colocó en lugar prominente de su fachada principal, pagó por ella e impuso como condición el que el logotipo se incorporara a la obra.

Por cuanto no es admisible la distinción entre marca y derechos de autor, en razón de que cualquier marca antes de ser signo distintivo (marca comercial) es una creación del ingenio, y el hecho de que, por razones de su utilización (más que por diferencias en su concepción) estén regidos por estatutos jurídicos distintos, ello no autoriza desconocer las realidades jurídicas.

En efecto, la marca no es mas “... que el resultado tangible del signo...” en el sentido de que para que el signo sea marca debe ser distintivo por contener “...cualidades adicionales...” que permitan distinguir un origen, y referirse “... a un bien con valor económico...”. Esos criterios obedecen, como es apenas obvio, más bien al destino dado al signo que a su cualidad primigenia como obra del ingenio, por manera que la marca envuelve, únicamente, un problema de utilización plenamente diferenciado de la creación en si misma considerada por su destino como identificador de una fuente (Cfr. Bentata Victor, Reconstrucción del Derecho Marcario, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1994, Pág. 28). Ello significa, que cohabitan en el signo dos estadios claramente definidos: uno, el signo en si mismo considerado como producto de un ingenio creador, y el otro, su cualidad identificadora y que obedece a su utilización, de manera que se trata de dos aspectos de un mismo problema y con un origen común.

Toda obra “... es cualquier producción del entendimiento en ciencias, letras y artes...; es toda creación intelectual original expresada en forma reproducible o apta para su divulgación por cualquier medio o procedimiento”, y la originalidad, que es el aspecto medular en base al cual disgrega (inicialmente) el derecho marcario del derecho de autor “...apunta a su individualidad...” en el sentido de “...que el producto creativo de su forma de expresión, tenga suficientes características propias como para distinguirlo de cualquiera del mismo

género...” (Cfr. Antequera Parilli Ricardo, Ob. Cit, Pág 31).

Esa originalidad o individualidad se encuentra, también, en cualquier logotipo, porque, evidentemente, es un producto creativo con suficientes características para distinguirlo, de manera que lo único en lo cual parecen separarse es en el hecho de que el derecho de autor "...no tiene por objeto la identificación de una fuente...". Sin embargo, esta afirmación sólo tiene incidencia formal más que sustancial, en el sentido de que mientras el derecho de autor fija su protección en el aspecto creativo de la obra, el derecho marcario protege la misma obra en función del producto al que distingue, lo que equivale a decir que ambos criterios jurídicos giran en torno a una obra pero se individualizan en función a su objeto, en cuyo caso parece evidente que ambos son compatibles e interdependientes y no se excluyen.

La Ley sobre el Derecho de Autor, en su artículo 2°, reconoce la protección de las obras de arte aplicado. Estas obras son aquellas de carácter artístico que se expresan para ser utilizadas en objetos de uso práctico como ... las producidas a escala industrial...”.

La Ley condiciona la tutela a que no sean meros modelos y dibujos industriales. Ello quiere decir que si el dibujo o modelo, además de la eficacia distintiva, requisito para la tutela en el campo del derecho marcario, tiene características de 'originalidad' desde el punto de vista artístico -óptica del derecho de autor- puede gozar de la protección acumulada de ambas disciplinas, pero si se trata de un mero modelo o dibujo industrial, capaz de identificar a un producto, pero ayuno de originalidad, no es objeto del derecho de autor”, lo que significa que las marcas regidas por la Ley de Propiedad Industrial pueden invocar la protección del derecho de autor, no así los modelos y dibujos industriales, salvo que de dichos modelos o dibujos pueda desprenderse las notas características de ambos estatutos de protección, a saber: la eficacia distintiva y la originalidad. (Cfr. Antequera Parilli, Ricardo, Ob. Cit. Pag. 142 y 143)

El derecho de autor reconoce, como se ha

indicado, la existencia de obras compuestas donde convergen dos obras distintas, una obviamente preexistente y la otra, que surge de la incorporación del concepto creador previo a la obra compuesta, pero con la particularidad, muy importante por cierto, de que la obra compuesta nace en consideración y en función de la preexistente, en el sentido de que la obra preexistente no se contrapone ni se incorpora en la obra compuesta por simple ubicación en el espacio sino por el resultado de ciertas consideraciones estéticas que hacen que la obra aunque compuesta sea un todo indivisible.

En nuestro caso particular, la obra tiene equilibrio en tanto y en cuanto tiene incorporado el logotipo del banco; su eliminación significa su destrucción, mutilación o modificación. Ni más ni menos.

Que si, como han sosteniendo, el logotipo puede encuadrar perfectamente dentro del concepto de obra artística, la obra realizada por su mandante se corresponde ciertamente con el supuesto regulado en el artículo 9° de la Ley sobre el Derecho de Autor.

En estos casos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 11 ejusdem, el derecho de autor sobre la obra compuesta corresponde al autor que la haya realizado, quedando a salvo, claro esta, los derechos del autor de la obra preexistente. Lo que indica que, por el solo hecho de que decidiera cambiar su logotipo, el Banco Provincial no estaba autorizado a eliminarlo del mencionado relieve mural, bajo la premisa de que el logotipo era de su propiedad.

Muy al contrario, ni siquiera en dicho caso el Banco pudo haber tomado una determinación como la narrada sin violentar, de manera flagrante, los derechos morales que por esencia le corresponden al autor de la obra.

El argumento del Banco Provincial respecto de su titularidad sobre el logotipo, es decir, la marca, podría dar pié a imaginar, v. gr, que los propietarios de la marca comercial de Sopas CAMPBELL'S o del refresco Coca Cola estarían autorizados a retirar de las respectivas obras de ANDY WARHOLL que las reproducen, las representaciones de sus latas o de sus botellas de refrescos su logotipo.

¿Conservaría la obra algún sentido sin tales elementos? Ninguno, obviamente, no solo por la violación de la ley sino por el atentado al arte pictórico, que se cometería contra uno de sus importantes exponentes.

Es bueno recordar que el artista tiene sobre la obra, aun en el supuesto de su enajenación, derechos morales que no son cesibles ni pueden ser infringidos ni violados, porque como bien lo ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia universal, inclusive la propia legislación autoral en el artículo 1° de la Ley, la creación del ingenio y los derechos que de ella derivan subsisten perfectamente diferenciadas del soporte material sobre el cual se fija la obra, en cuyo caso, el artista puede prohibir toda modificación que pueda poner en entredicho su decoro o reputación a tenor de lo dispuesto en el artículo 20 ejusdem.

En el capítulo identificado como “EL DAÑO MORAL”, expusieron:

Para cualquier artista -y HARRY ABEND no es precisamente un artista cualquiera, pues se trata de un Premio Nacional de Escultura, cuya obra se encuentra representada no solo en importantísimos museos y galerías, tanto nacionales como del exterior y en numerosas colecciones privadas, sino también en lugares públicos, tan o más importantes que la fachada del Banco Provincial,- no puede haber duda que la integridad de su obra es un activo moral importante, porque tal cual fue concebida, refleja el carácter creador, su talento y el manejo de una técnica determinada, siendo testimonio vivo de una específica época de su actividad creadora y de un estilo definido.

Y no solo es importante por ello, sino por el hecho de que «el artista tiene y siente la necesidad de expresar su inspiración a través de sus obras con el fin de que éstas perduren hasta sobrevivirlo en el tiempo, con el propósito de que su nombre sea recordado junto a su obra.

Ese es indudablemente un activo valioso para todo artista plástico, el que quizás, en definitiva, tenga más importancia en su carrera. De allí que la legislación le reconozca determinados derechos como el de la

integridad, consagrado en el artículo 20 de la Ley sobre el Derecho de Autor, y determinadas garantías para el ejercicio de éstos, como por ejemplo, el derecho de inspección de la obra, aún después de enajenada, previsto en el artículo 22 ejusdem.

Es obvio, ciudadano juez, que en el caso que denunciamos ocurrió una mutilación de la obra; una amputación muy grave puesto que se trata del desprendimiento, visible y ostensible, de una parte importante de ella, donde incluso se observan a simple vista los agujeros donde encajaba la parte mutilada, sellados éstos burdamente con cemento, por lo que no es cierto de que se trata de un "comentario de índole valorativo, sujeto al gusto y parecer individual, intrascendente en cuanto al derecho".

Porque es evidente que la obra ha resultado totalmente descompensada, a tales extremos que el manejo del espacio, lo que le daba importancia y majestuosidad, ha perdido su armonía al presentar semejante hueco de tan enormes dimensiones, en proporción al tamaño del mural, que choca a cualquier vista y deja en el espíritu la sensación de una obra sin sentido, una especie de ruina, en la que no se puede determinar, hoy en día y a ciencia cierta, si se trata de una obra inconclusa o de una parodia de un artista de mal gusto, con el agravante de que los restos de la misma mantienen el estilo inconfundible de HARRY ABEND, con lo que la identidad del autor no podrá nunca ser disimulada, de modo de evitarse el estigma público.

Recalaron la circunstancia de que el mencionado mural se encuentra en la fachada principal del edificio sede principal del BANCO PROVINCIAL, el cual está ubicado en una zona muy concurrida de la ciudad, estando expuesto a la vista del público en general, tanto de clientes del Banco como de los simples transeúntes o peatones que de manera ocasional o diariamente circulan por esa calle tan céntrica, siendo lógico suponer que la mutilación no puede tener la misma entidad o gravedad cuando la obra está expuesta a la vista del público en general que cuando es colocada solo para el disfrute íntimo de su adquirente, de manera que el agravio en los

casos de exposición pública es frente a todos y no para un número reducido y determinado de personas.

El daño moral es todavía más grave si se toma en consideración que HARRY ABEND, además de haber sido distinguido con el Premio Nacional de Escultura, es, sin duda, uno de los más importantes artistas plásticos del país, siendo esa, seguramente, la razón por la que el BANCO PROVINCIAL decidió encomendarle la realización del mural para ser exhibido permanentemente en lugar tan prominente como la fachada principal de su sede central, lo que determina que su protesta y reclamos no puedan ser contradichos con argumentos tan impertinentes y falaces, como el que expresara la Consultoría Jurídica del Banco, de que se trata de un "comentario de índole valorativo, sujeto al gusto y parecer individual, intrascendente en cuanto al derecho". Intrascendente para el derecho es sin duda el criterio del Banco, porque lo que si es indudable, valga la insistencia, es que el único "parecer individual" o "comentario valorativo" que tiene trascendencia en materia de derecho de autor, es, precisamente el del autor mismo y su propio "gusto", y ello es lo que se desprende de lo dispuesto en el dispositivo contenido en el artículo 20 de la Ley sobre el Derecho de Autor.

Por todo cuanto antecede, y con fundamento en los artículos de la Ley sobre el Derecho de Autor y del Código Civil a que hicieron referencia, ocurrieron para demandar a la sociedad mercantil BANCO PROVINCIAL, S.A. BANCO UNIVERSAL para que, de conformidad con lo establecido en el artículo 109 de la Ley sobre el Derecho de Autor, en concordancia con lo establecido en los artículos 1.196 del Código Civil:

1.- Convenga o en su defecto así sea declarado por este Tribunal, en que su representado tiene derecho a la integridad de la obra compuesta a que se refiere el libelo de demanda;

2.- Convenga en permitir la restauración de dicha obra y en sufragar los gastos de su restauración bajo la supervisión de su mandante; o, en su defecto que el tribunal

ordene su remoción y destrucción, todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 116 ejusdem;

3.- Convenga o en su defecto a ello sea condenado por este tribunal, en indemnizar a HARRY ABEND los daños morales que le han sido infligidos con la mutilación de la que ha sido objeto su obra, estimados en la suma de DOSCIENTOS MIL DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US \$; 200.000,00) que a los solos efectos de cumplir con lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley del Banco Central de Venezuela equivalen a la cantidad de CIENTO CUARENTA Y UN MILLONES DE BOLÍVARES SIN CÉNTIMOS (Bs. 141.000.000,00), calculado al tipo de cambio de Setecientos Cinco bolívares sin céntimos (Bs. 705,00), por dólares de los Estados Unidos de América.

4.- Solicitaron que de conformidad con lo establecido en el artículo 113 de la Ley sobre el Derecho de Autor, se ordene la publicación del dispositivo de la sentencia en dos (2) diarios de circulación nacional.

Se admitió la reforma de la demanda, el 20 de marzo del 2001, se ordenó la citación del BANCO PROVINCIAL, S.A, BANCO UNIVERSAL, en la persona de su Representante Judicial ciudadano René Toro Cisneros.

El Tribunal admitió la demanda mediante auto del 20-3-2001.

Al resultar infructuosas las gestiones realizadas tendientes a practicar la citación personal de la parte demandada y sin que hubiere comparecido a darse por citada en la oportunidad señalada en el cartel de citación, el Tribunal previo pedimento procedió a designarle defensor judicial, recayendo la misión en la persona de la abogada MARIA JOSÉ CARRILES.

En fecha 12/12/2001, la abogada Astrid Morales Méndez, consignó poder que acredita la representación del Banco Provincial.

El 14/02/2002, los abogados JAIME HELI PIRELA RUZ, ALEXANDRA ÁLVAREZ MEDINA y ASTRID MORALES MÉNDEZ, apoderados judiciales de la parte demandada, consignaron escrito de contestación a la demanda, haciéndola bajo los siguientes términos:

Afirmaron y reconocieron que el BANCO PROVINCIAL, S.A, BANCO UNIVERSAL, le encomendó la realización de una obra, consistente en un relieve mural de concreto, para ser colocado en la fachada Oeste del Edificio de la sede principal del Banco, ubicada entre las Avenidas Este "O" y Vollmer, de la Urbanización San Bernardino, a un lado de la entrada Principal del Edificio y que a maqueta del proyecto definitivo aprobado, quedaría en propiedad del BANCO PROVINCIAL.

Que su representado niega haber aceptado o convenido que el emblema del banco sería eventualmente incorporado a la obra, como formando parte de ella, que es, precisamente, lo que el demandante pretende afirmar o concluir en la demanda. Que el banco en ningún momento convino, ni aceptó, que su emblema fuese incorporado a la obra, en el sentido que en el libelo, pretende señalar el demandante. El denominado anexo "B", acompañado al libelo, fue una manifestación de voluntad, expresada en forma unilateral, por el demandante, la cual por ende nunca tuvo carácter vinculante para el banco.

Igualmente negaron que el relieve mural objeto del encargo haya sido nunca una obra compuesta, de aquellas a las cuales se refieren el artículo 9 de la ley sobre el Derecho de Autor y el ordinal 12 del artículo 2 del Reglamento de dicha Ley. Además, en razón de que el logotipo y el relieve habían sido, en todo caso separables, lo cual constituye otra razón para negar al relieve mural, el carácter de obra compuesta. (En ese orden de ideas, definieron que es una Obra Compuesta.)

El logotipo o emblema del Banco es una simple figura geométrica abstracta, cuya pertenencia el propio demandante reconoce al banco y además consta del anexo marcado "C", del cual se evidencia la fecha y demás datos de

Registro de las diversas clases que distingue el logotipo o emblema del banco, ante el Registro de la Propiedad Industrial. Que en autos ni fuera de autos, existe evidencia por no se ello cierto, que el Banco hubiese encargado una obra que una vez realizada pudiera tener el carácter de compuesta. De las relaciones contractuales que pudieron existir entre el banco y el demandante no se puede deducir ni interpretar que el banco hubiese tenido la voluntad o intención de que el demandante ejecutase, para el banco, una obra compuesta. En efecto toda empresa comercial o industrial puede tener un signo distintivo, llámese emblema o logotipo. Puede ocurrir que la empresa decida, por ejemplo en el tiempo, modificar su logotipo y aún dejar de utilizarlo. Ello es absolutamente posible.

Negaron además, que el relieve mural encargado, al cual se refiere la demanda, haya sido modificado o mutilado en forma alguna.

En el caso negado de que el relieve mural hubiese sido una obra compuesta y en el supuesto negado de que el banco hubiese decidido hacerle alguna modificación, el demandante no habría podido impedirlo legalmente, particularmente, por la clase de obra de la cual se trata, respecto de la cual son inaplicables las normas legales invocadas por el demandante.

Es incierto y expresamente niegan que el banco en momento alguno haya atentado, ni violado ningún derecho moral que hubiere podido corresponder al demandante, ni ha realizado conducta alguna que pudiera afectar su decoro o reputación.

Que el demandante, por las razones que han sido expuestas, no tiene el Derecho a la integridad que invoca en la demanda, ni nunca lo tuvo.

El mural no ha sido modificado. El banco no conviene en ninguno de los pedimentos contenidos en el libelo, los cuales son contrarios a derecho. Al banco en ningún caso, puede el Tribunal ordenarle la remoción o destrucción del relieve mural, pues ello es absolutamente contrario a derecho.

Que el caso planteado no corresponde, en modo alguno, a los supuestos contemplados en el artículo 116 de la Ley Sobre el Derecho de Autor, norma que, por otra parte, se refiere a la remoción o destrucción de un ejemplar reformado. No esa en modo alguno la situación planteada. Por lo demás y por otra parte, el artículo 116 invocado por el demandante, se refiere a la remoción o destrucción de un ejemplar, expresión estas que según el artículo 3 de la Decisión 351 que regula el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (G.O N° 4720 Extraordinaria de fecha 5 de mayo de 1.994), se refiere al soporte material que contiene la obra, como resultado de un acto de reproducción. No es este el caso de autos, como se desprende de los mismos, pues el mural sería, a lo sumo, un ejemplar único, sin que se haya planteado su reproducción.

Es evidente que el encargo se refirió a la realización de un relieve mural de concreto, el cual no puede asimilarse a un ejemplar o copia que son precisamente, las cosas u objetos a los cuales si se refieren el artículo 116 de la Ley citada, el 58 del reglamento y el artículo 3 de la Decisión 351.

Es igualmente contrario a derecho la petición que formula el demandante con base, supuestamente, en el artículo 113 de la ley sobre el derecho de autor. Observamos que el demandante, en el petitorio de su libelo, señala que procede conforme a lo establecido en el artículo 109 de la Ley sobre el Derecho de Autor, en concordancia con el artículo 1196 del Código Civil.

El primero de dichos artículos se refiere al titular de cualquiera de los derechos de explotación, contemplados en esa ley. Conforme a ella, en el caso de obras, realizadas por encargo, como lo ha sido aquella a la cual se refiere el libelo, se presume que el autor ha cedido al encargante, el derecho de explotación, por lo que mal podría el demandante invocar esa norma.

Pero y aún en el supuesto negado que ello no fuese así sería necesario que hubiese un desconocimiento de derecho o una violación

realizada, nada de lo cual ha ocurrido en este caso, motivo por el que igualmente contradijeron la demanda.

En cuanto al artículo 1196 del Código Civil, dicha norma supone la comisión de un acto ilícito, con motivo del cual hubiesen podido causarse daños morales.

Negaron haber cometido acto ilícito alguno y, por tanto negaron haber causados daños morales al demandante, quien no los ha sufrido, en ningún caso, ni en modo alguno.

Contradijeron la demanda en todo lo demás alegado en ella, tanto en los hechos como en el derecho.

Seguidamente, el 02 de abril 2002, la abogada Alexandra Álvarez Medina, apoderada judicial del Banco Provincial, S.A, Banco Universal, presentó escrito de promoción de pruebas en el cual: *Reprodujo el mérito favorable de los autos y muy especialmente la contestación a la demanda. * De conformidad con lo establecido en el artículo 472 del Código de Procedimiento Civil solicitó al Tribunal se traslade y se constituya en la sede principal del BANCO PROVINCIAL, S.A, BANCO UNIVERSAL, para dejar constancia de los siguientes hechos: 1.- si en la fachada Oeste del Edificio CENTRO FINANCIERO PROVINCIAL, existe un relieve mural adherido y formando parte integrante de dicha fachada, que es la pared oeste del referido edificio. 2.- si en la pared inferior derecha del referido relieve mural aparece el nombre de HARRY ABEND.

Posteriormente, el 04/04/2002, los ABOGADOS RAFAEL GAMUS, FRANCISCO ÁLVAREZ Y LOURDES NIETO, apoderados judiciales de la parte actora, presentaron escrito de promoción de pruebas mediante el cual promovieron las siguientes: * Invocaron el mérito favorable que se desprende de los autos a favor de su mandante. * como prueba instrumental , promovieron marcado "1", comunicación de fecha 02 de marzo de 2000, constante de un folio, emitida por el BANCO PROVINCIAL dirigida a HARRY ABEND. El objeto de dicha prueba es demostrar que

contrariamente a lo afirmado en el escrito de contestación de la demanda, el BANCO PROVINCIAL sí retiró el antiguo logotipo que se hallaba dentro del relieve mural. Que en dicha comunicación el banco confiesa que la obra mural parece “diferente” al no encontrarse incorporado dentro del relieve mural el antiguo emblema del BANCO PROVINCIAL. * De conformidad con el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, la prueba libre de testigos expertos. Siendo las siguientes personas: 1. RAFAEL PIZANI, escultor, titular de la cédula de identidad N° 1.747.457, domiciliado en Caracas. 2. MARÍA TERESA TORRAS, escultora, titular de la cédula de identidad N° 2.067.984, domiciliada en Caracas. 3. FREDDY CARREÑO, arquitecto, titular de la cédula de identidad N° 3.252.809, domiciliado en Caracas. 4. PEDRO BRICEÑO, escultor, titular de la cédula de identidad N° 992.853, domiciliado en Caracas. 5. IVANOVA DECÁN, titular de la cédula de identidad N° 3.883.827, Directora del Museo Soto, domiciliada en Caracas. 6. VÍCTOR GUEDEZ, titular de la cédula de identidad N° 3.239.480, Crítico de Arte, domiciliado en Caracas. 7. BÉLGICA RODRÍGUEZ, titular de la cédula de identidad N° 2.147.198, Crítico de Arte, domiciliada en Caracas. 8. GUSTAVO ARNTEIN, titular de la cédula de identidad N° 2.140.462, Director Nuevo Mundo Israelita, domiciliado en Caracas.

La promoción de los referidos testigos expertos tiene por objeto probar el tipo de obra realizada por HARRY ABEND, si la obra fue alterada o modificada en su concepción artística y los efectos de su alteración. * De conformidad con el artículo 436 del Código de Procedimiento Civil, promovieron la prueba de exhibición y solicitaron que la parte demandada exhiba: 1.- Carta misiva de HARRY ABEND dirigida al Banco Provincial, acompañada al libelo de la demanda marcado “B”. 2.- Carta misiva de HARRY ABEND al BANCO PROVINCIAL, de fecha 24 de marzo de 1986, acompañada al libelo de la demanda marcada “C”. 3.- Carta misiva de HARRY ABEND al BANCO PROVINCIAL, de fecha 18 de septiembre de 1986, acompañada al libelo de la demanda marcada “D”. Solicitaron la intimación de la demandada a los fines de que la exhibición sea practicada en la persona de su representante

judicial, ciudadano René Toro Cisneros, o en su defecto en la persona de su representante judicial suplente, ciudadana Aura Marina Kolster de Parra. * De conformidad con el artículo 472 del Código de Procedimiento Civil, promovieron una inspección judicial sobre la obra artística consistente en un relieve mural de concreto realizada por HARRY ABEND, solicitando el traslado del Tribunal a la sede principal del banco, a los fines de que se deje constancia de lo siguiente: 1.- de la existencia del relieve mural de concreto ubicado en la Fachada Oeste del Edificio sede principal del banco. 2.- de la existencia o no del antiguo emblema del BANCO PROVINCIAL incorporado dentro del relieve mural. 3.- de la existencia de un espacio vacío dentro del relieve mural en su parte izquierda. * De conformidad con el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, las siguientes fotografías: 1.- marcadas “2” y “3”, fotografías en las cuales se evidencia el antiguo emblema del BANCO PROVINCIAL (el cual aparece plasmado en el anexo “C” consignado por la parte demandada en su contestación a la demanda), incorporado dentro del relieve mural realizado por HARRY ABEND. 2.- marcadas “4”, “5”, “6” y “7”, fotografías en las cuales se evidencia la alteración del relieve mural realizado por HARRY ABEND, ya que no se encuentra incorporado dentro del relieve mural el antiguo emblema del Banco Provincial.

El 24 de abril de 2002, el Tribunal admitió las pruebas promovidas por ambas partes.

El 20 de noviembre de 2002, los abogados ALEXANDRA ÁLVAREZ MEDINA y ASTRID MORALES MÉNDEZ, apoderados judiciales del BANCO PROVINCIAL, S.A, presentaron escrito de informes, en el que resumen lo acontecido en el juicio. En fechas 17/12/2002 y 07/01/2003, comparecieron los apoderados judiciales de la parte actora y demandada respectivamente, y presentaron escritos de informes y observaciones a los presentados por la parte contraria.

II

Para decidir el Tribunal hace las siguientes consideraciones:

ANÁLISIS PROBATORIO:

DOCUMENTALES:

Cursa al folio 29, marcado "B" carta misiva ejemplar en copia al carbón , dirigida al BANCO PROVINCIAL, S.A, por parte de los ingenieros JOSÉ PÉREZ LUNA Y PEDRO MENDOZA, se observan dos firmas autógrafas en original, ilegibles en tinta azul, ilegibles, y sello húmedo sobre una de ellas en el que se lee:" oficina de arquitectura Mendoza, Avila y Asociados"

Del folio 90 al 108, marcado "C" cursan datos del Registro de Marcas ante el Registro de la Propiedad Industrial.

Los fotostatos y reproducciones mecánicas analizados , se desestiman a tenor de lo que dispone el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, no es del tipo de documento que exige la norma procesal para que producidos en fotostatos surtan efectos probatorios, ya que no son reproducciones de documentos públicos ni autenticados o tenidos legalmente por reconocidos.

A los folios 30 y 31, cursa carta misiva sin firma, de fecha 24 de marzo de 1986, en papel membrete en el que se lee:" HARRY ABEND arquitecto- av. Barquisimeto- qta rela- planta baja-urb. Las palmas-telf.74.21.22" dirigida al Banco Provincial, S.A, a la atención de los arquitectos José Rafael Pérez Luna, Pedro Mendoza y Carlos Rengel, estableciendo la descripción de una obra mural en concreto para la fachada oeste de la nueva oficina principal del banco.

La carta analizada debe ser desestimada de conformidad con lo previsto en el artículo 444 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto aunque se observó el nombre del demandante, carece de firma que le atribuya su autoría, además de carecer de sello y firma de recibo de la parte demandada que demostraría que

conoce de su existencia , por lo que no produce sus efectos probatorios.

A los folios 32 y 33, cursa carta misiva, de fecha 18 de septiembre de 1986, en papel membrete en el que se lee:" HARRY ABEND arquitecto- av. Barquisimeto- qta rela- planta baja-urb. Las palmas-telf.74.21.22" dirigida al Banco Provincial, S.A, a la atención de los arquitectos José Rafael Pérez Luna, Pedro Mendoza y Carlos Rengel, describiendo la ampliación de mural en concreto para la fachada oeste de la nueva oficina principal del banco, costo, tiempo de ejecución y condiciones de pago, cuenta con firma autógrafa en la que se lee "Abend" y cuenta con sello húmedo en tinta azul que reza "BANCO PROVINCIAL S.A.I.C.A RECIBIDO 18 SEP 1998 OFICINA DE COORDINACION DE OBRAS " y sobre éste una media firma en tinta de color negro.

Al folio 34, cursa original de carta misiva de fecha 02 de junio de 1986, suscrita por el Ing. José Pérez-Luna en papel membrete del Banco Provincial, dirigido al señor HARRY ABEND, indicando la aprobación de la oferta para la construcción de mural en concreto para la fachada oeste de la nueva oficina principal del banco.

Se acogen las probanzas analizadas a tenor de lo previsto en el artículo 510 del Código de Procedimiento Civil, que deben ser adminiculadas con otras probanzas aportadas al proceso para que puedan producir efectos probatorios.

Al folio 35, marcado "F" cursa carta misiva ejemplar en fotostato, emanada de la vicepresidencia ejecutiva consultoría jurídica del Banco Provincial, de fecha 02/03/2000, dirigida al ciudadano HARRY ABEND, en la que negando el deterioro de la obra a no ser por el natural desgaste al estar expuesta a la intemperie.

Marcado "G" cursante de a los folios 36 y 37, carta misiva ejemplar en fotostato, suscrita por el Escritorio Jurídico ALVAREZ, GAMUS & PADRÓN, dirigida al Presidente Ejecutivo del Banco Provincial, de fecha 26/06/2000, en la

que reclaman la mutilación de la obra a la institución bancaria.

Al folio 120 cursa marcado “1”, cursa original de comunicación fechada el 02/03/2000, dirigida al ciudadano Harry Abend, por la Vicepresidencia Ejecutiva Consultor Jurídico del Banco Provincial, de fecha 02/03/2000, dirigida al ciudadano HARRY ABEND, en la que negando el deterioro de la obra a no ser por el natural El Tribunal acoge la documental analizada a tenor de lo previsto en el artículo 444 del Código de Procedimiento Civil, sin que fuera desconocida ni impugnada por la parte demandada, por lo que produce sus efectos probatorios.

INSPECCIONES JUDICIALES:

El Tribunal fijó a las 10:00 a.m., del día 06 de mayo de 2002, para la práctica de la Inspección Judicial. Se trasladó y constituyó en la avenida Volmer con Avenida Este “O”, Edificio Centro Financiero Provincial, San Bernardino, Caracas, acompañado de los abogados Oswaldo José Padrón Salazar, Lourdes Nieto Ferro, apoderados actores y Alexandra Álvarez Medina, apoderada de la parte demandada. Los apoderados judiciales de la parte actora expusieron: “Nos oponemos al particular primero promovido por la parte demandada en su inspección en virtud de lo siguiente, la parte demandada solicita que deje constancia por vía de Inspección Judicial que el mural realizado por el Arquitecto Harry Abend se encuentra adherido y formando parte integrante de la fachada del edificio Centro Financiero Provincial lo cual es improcedente a través de la vía de Inspección Judicial ya que dejar constancia de lo solicitado será como señalar que el referido relieve mural no puede ser desmontado o desincorporado y esto requerirá los conocimientos de un experto el cual no fue promovido con la inspección asimismo dejar constancia que el relieve mural se encuentra adherido y forma parte integrante de la fachada forma una apreciación del juez o un juicio de valor lo cual está prohibido de conformidad con el artículo 475 del Código de Procedimiento Civil, por consiguiente solicito que el Tribunal deje constancia de la existencia del relieve mural colocado en la fachada del Edificio Centro Financiero Provincial y que se

abstenga de señalar que esta adherido formando parte integrante de la fachada en virtud de que tal señalamiento sólo puede ser señalado por un experto y significaría una apreciación por parte del Juez. Es todo”

El Tribunal expuso: “Seguidamente el Tribunal vista la anterior exposición así como la exposición de la contraparte, acuerda evacuar la prueba con estricta sujeción a la norma legal reservándose la oportunidad de pronunciarse acerca de la oposición planteada al dictar la decisión definitiva: Dejó constancia de los siguientes particulares: “ Al Primero: el Tribunal deja constancia de que en la fachada del Banco Provincial que da su frente a la avenida Volmer, se observa un mural en la pared que se encuentra ubicado entre las dos puertas de acceso del Edificio. Al Segundo: el Tribunal deja constancia que en la parte inferior derecha del mural objeto de inspección se lee lo siguiente “Autor: HABEND”. Es todo, terminó, se leyó y conformes firman. ”La Inspección Judicial terminó a las 11:50 a.m.

Admitida la prueba se fijó a las 12:00 del mediodía del 10 de mayo del 2002. En la oportunidad fijada por el Tribunal éste se trasladó y constituyó en el edificio Centro Financiero Provincial, San Bernardino, Caracas, se hizo la designación de un práctico fotógrafo, el Tribunal dejó constancia de: “la existencia de un mural ubicado en la entrada de la Torre Banco Provincial que da su frente a la Avenida Volmer de la Urbanización San Bernardino, ello respecto al primer particular señalado en el escrito de promoción de la parte actora, en su capítulo IV. Al segundo particular el Tribunal deja constancia de que no se observa dentro del mural emblema alguno. Al Tercero: el Tribunal deja constancia de que se observa en el mural en su parte lateral izquierda un espacio que no cuenta con los modulares que componen el lugar. El práctico fotógrafo realizó fotos las cuales cursa en el expediente del folio 150 al 158. Fotografías: del folio 121 al 126 cursan fotografías marcadas con los nos. “2”, “3”, “4”, “5”, “6” y “7”, respectivamente.

El Tribunal acoge las probanzas analizadas a tenor de lo estatuido en el artículo 472 del Código de Procedimiento Civil, en

concordancia con lo establecido en el artículo 1428 del Código Civil resultando el propósito del legislador consagrar esta práctica judicial con el fin único de hacer constar las circunstancias o el estado de las cosas o lugares, y verificar las circunstancias que rodeen lo inspeccionado. Por lo que la inspección judicial, en conformidad con el principio procesal de inmediatez, supone el reconocimiento o examen directo y personal del juez, a través de sus sentidos, de los hechos que le hayan sido solicitados, sin avanzar opinión ni formular apreciaciones sobre lo practicado. En relación a la oposición formulada por la representación judicial de la parte actora en la primera inspección judicial, en relación a determinar si la obra era desmontable o no, el tribunal se ciñó sólo a los elementos que podía percibir observando, por lo que tal circunstancia no fue asentada en actas al requerirse auxilio especializado que no fue solicitado y por ello no se contaba con éste al momento de ser practicada la inspección.

TESTIFICALES:

Testigos Expertos. El Tribunal admitió la prueba y fijó las 11:00 a.m. y 1:00 p.m. del tercer día para que los ciudadanos RAFAEL PIZANI y MARIA TERESA TORRAS, rindieran declaración testimonial. El quinto día para la declaración de los ciudadanos FREDDY CARREÑO y PEDRO BRICEÑO. El séptimo para la comparecencia de IVANOVA DECAN y VÍCTOR GUEDEZ y El noveno día para la comparecencia de los ciudadanos BÉLGICA RODRÍGUEZ y GUSTAVO ARNSTEIN, todos días de despacho siguientes al -24/04/2002 fecha en que se admitieron las pruebas. CESARON.

RAFAEL GUILLERMO PIZANI UZCATEGUI.

El día 2 de mayo de 2002, siendo las 11:00 a.m., compareció un ciudadano que dijo ser y llamarse RAFAEL GUILLERMO PIZANI UZCATEGUI, venezolano, mayor de edad, titular de la cédula de identidad N° 1.747.457, domiciliado en Urbanización Parque Residencial Loma Larga, Quinta Los Bucares, Nro. 42, Sector Oripoto, El Hatillo, Estado Miranda, de profesión Escultor. Contestó de la

siguiente manera al interrogatorio que le fue formulado: Al Primero: que se sentía escultor de profesión y oficio. Al Segundo: Que tenía de 8 a 9 años trabajando como escultor; Al Tercero: que conocía la obra realizada por el arquitecto Harry Abend , consistente en un relieve mural de concreto en la fachada del Banco Provincial entre las avenidas Este 0 y Volmer, San Bernardino; Al cuarto: que la obra es de gran formato, modular, módulos vaciados en concreto, de tamaños variables, y originalmente tenía un elemento que no tiene ahora, así fue como la conocí.. Al Quinto: Que antes tenía un elemento que ahora no tiene; Al Sexto: que no era la misma obra que había realizado Harry Abend; Al Séptimo: que le falta el logotipo del Banco Provincial que formaba parte de la obra y ahora en lugar de eso hay un hueco.". Al Octavo: que en la obra original se encontraba incorporado el antiguo emblema o logotipo del Banco Provincial; Al Noveno contestó: que éste era parte de la obra. AL Décimo: que ha visto la obra actualmente; AL Décimo Primero: que actualmente la obra no lo tiene; Al Décimo segundo: que ello alteró la obra; Al Décimo Tercero: que fue alterada la obra porque se le cambia la concepción; Al Decimoquinto: Que puede ser desmontada porque es modular y pre-fabricada. Fue repreguntado por los apoderados de la parte demandada y contestó: A la Primera: Que no conoce la maqueta y los diseños de la obra; Al Segundo: Que no sabe quien es el propietario de la obra; Al Tercero: que si el logotipo era del Banco Provincial se imagina que es propiedad del Banco Provincial". Al Cuarto: Que cuando conoció la obra el logotipo estaba incorporado; Al Quinto: que es un mural de concreto de gran formato que en mi opinión muy personal embellece la fachada del Edificio. Al Séptimo: "En primer lugar esta adherido al edificio, como bien dice el señor, y en la segunda parte de la pregunta me parece que si mejora su Arquitectura. Al Octavo: que es una obra de arte más que de arquitectura; Al Noveno: que por obra de arte entiende la conjugación de emociones conocimientos y destrezas y la arquitectura es una disciplina con cierto rigor académico que requiere unos estudios sistemáticos y una normativa; A la Décima: "que se aprecian fracturas." Décima primera: "En algunos de los módulos del mural y el logotipo que falta". A la Décima Segunda: Que

no sabe como sacaron de la obra el logotipo; Decimatercera: "Que conoce al Arquitecto Harry Abend, parte de su obra, no es íntimo de Harry Abend, ni del Escultor ni del Arquitecto, sabe quien es. A la Decimocuarta: "Que lo contactó el doctor Rafael Pirela y el mural lo vi por última vez esta mañana al pasar por el frente cuando se dirigía a las Oficinas de ellos..."

MARIA TERESA RECODER DE TORRAS:

El 2 de mayo de 2002, siendo la 1:00 p.m., compareció una ciudadana que dijo ser y llamarse MARIA TERESA RECODER DE TORRAS, venezolana, mayor de edad, domiciliada en la Calle Boconó, Quinta Las Moradas, Lomas de Colinas de Bello Monte, Municipio Sucre del Estado Miranda, titular de la cédula de identidad N° 2.067.984, debidamente juramentada y sin impedimento para declarar, contestó de la siguiente manera al interrogatorio que le fue formulado: Al Primero : Que es Escultora. Al Segundo: Que desde hace 50 años; Al Tercero: que conocía la obra realizada por el arquitecto Harry Abend , consistente en un relieve mural de concreto en la fachada del Banco Provincial entre las avenidas Este 0 y Volver, San Bernardino. AL Cuarto: Bueno es un mural de concreto, son piezas prefabricadas, yo lo he conocido en dos (2) versiones, una cuando tenía el logotipo del Banco y posteriormente yo he pasado y veo que tiene un vacío un hueco. AL Quinto: que ha tenido una alteración donde estaba el logotipo del banco provincial; AL Sexto: que la obra está modificada; Al Séptimo: Bueno que sacaron el logotipo y en el no hay nada, hay un vacío, en eso es que consiste. Al Noveno: Por supuesto, es parte integral de la obra. AL Décimo: Que vio la obra esta mañana; Al Undécimo: Que no tiene emblema del banco; AL Duodécimo: que supuestamente la falta del logo la ha alterado totalmente; Al Décimo Tercero: que si al sacar un logotipo me he imaginado que siempre iban a colocar el nuevo logotipo; Al Décimo cuarto: Estoy completamente segura que puede ser desmontado de la fachada en la que se encuentra. Al Decimo quinto: Porque eso se utiliza una base metálica que puede ser desmontada y llevársela para otro lado. AL Décimo Sexto: Que por el conocimiento que tiene una obra de arte no puede ser alterada,

mutilada o modificada sin el consentimiento del artista; Al Décimo séptimo: Considera que esta compuesta por las dos cosas la obra de arte, que se imagina que el Banco Provincial lo contrató para que hiciera el logo, ya que va una cosa con la otra, porque sino no tiene sentido si lo hace solamente, el logo esta premeditado desde el momento que se hace el mural. Fue repreguntada por los apoderados de la parte demandada y contestó: Al Primero: Que no conoce la maqueta y los diseños de la obra. Al Segundo: Supone que es el Banco Provincial, ahora Banco Bilbao Vizcaya. Al Tercero: que supone que debe ser del banco que tanto no llega a saber; Al Cuarto: que entiende que hicieron, se hizo el mural para incluir el logo del Banco, eso es lo que supone. Que lo conoció con el logo siempre. Al Quinto: Que el arquitecto Harry Abend ejecutó una obra de arte, primero hicieron el edificio y luego el mural; Al Sexto: " es una obra que se puso estando el edificio hecho e hicieron la obra de arte para adherirla a la pared del edificio, el edificio estuvo hecho mucho tiempo sin la obra de arte. ... es una obra de arte que embellece la fachada, ahí no hay vuelta de hoja. Al Séptimo: Es una mejora no tiene nada que ver con la arquitectura; Al Octavo: La obra de arte no tiene nada que ver con la arquitectura , el mural es una obra que ha hecho el artista; AL Décimo: No el como artista realizó el mural. El necesito de obreros que conocieran el encofrado para realizar la obra como obra de arte, la prueba está de que no esta incluida en la arquitectura porque lo sacan y lo pueden llevar a otro lado. Al Undécimo: Hay un hueco donde estaba el logotipo, Al Duodécimo: que lo cataloga como ruptura del mural. Que no la unen al artista ni lazos de trabajo o amistad; que la contactaron para declarar de un bufete de abogados el Dr Gamus y Pirela. CESARON.

FREDDY CARREÑO:

El 08/05/2002, siendo las 11:00 a.m., oportunidad fijada por el Tribunal para la declaración testimonial del ciudadano FREDDY CARREÑO, quien compareció y manifestó ser venezolano, mayor de edad, domiciliado en la Urbanización Chalbaud, Calle Los Jabillos, 67-20 y titular de la cédula de identidad N° 3.252.809, quien debidamente juramentado dijo no tener impedimento para declarar. Contestó

de la siguiente manera al interrogatorio que le fue formulado: Al Primero: que es arquitecto y licenciado en Artes Plásticas. A la segunda: que lleva 28 años como arquitecto y 17 años en las artes plásticas. A la Tercera: que conocía la obra realizada por el arquitecto Harry Abend, consistente en un relieve mural de concreto en la fachada del Banco Provincial entre las avenidas Este 0 y Volver, San Bernardino. A la Cuarta: es un relieve realizado en concreto, articulada a partir de varios cubos, con entrantes y salientes adosada a la fachada del Edificio. A la quinta: que conoce la obra desde que estaba conformada por cubos de concreto y el logotipo del Banco Provincial; A la Sexta: "que la ha visto muchas veces y ella cambio porque ahora no tiene el logotipo del Banco y aparece un vacío... un espacio libre. A la Octava: Si lo era, al incorporar el artista el emblema o logotipo a su obra se convierte en parte integrante de la misma, la obra solo puede entenderse por una totalidad". A la Novena: que ha visto la obra actualmente; A la Décima: "No, no lo tiene". A la décimo primera: que una obra de arte es un objeto artístico que al perder uno de ellos la obra pierde su integridad, su condición de obra de arte; A la Décimo segunda: Por su puesto, constituye una alteración de la obra ya no es lo que inicialmente fue por lo tanto esta totalmente destruida. A la Décimo Tercera: Que está claro que ésta es una obra hecha por piezas que se instaló en la fachada del edificio, que de la misma manera puede ser colocada en otra parte. A la Décimo cuarta: Técnicamente es imposible que ella forme parte del edificio, por sus características formales es una obra realizada y colocada con posterioridad a la edificación de la construcción. A la Décimo Quinta: que le consta por su condición de arquitecto y por su experiencia; A la Décimo Sexta: Una obra como esa se hace por partes o módulos se construyen por moldes, y después fijados al muro o pared, por diferentes técnicas, una de ellas puede ser por fijación o una estructura metálica que puede ser apernada; Al Décimo Séptimo: Otra obra es el relieve de la fachada del Teatro Teresa Carreño que en este caso no son cubos son bandas de diferente grosor y profundidad adosado a la pared. A la Décimo séptima: Bueno, por tratarse de una obra por partes o por componentes independientes, puede ser

retira, ahora su colocación en otro lugar pasa por una adaptación a ese nuevo lugar. Fue repreguntado por los apoderados de la parte demandada y contestó: Al primero: que adosar es fijar un elemento constructivo o de otro tipo a una superficie.

A la Quinta: que le ha constado es que el formaba parte del mural, eso es lo que recuerda. A la Novena: Si no ha sido previsto por el artista si el espacio libre no está concebido originalmente dentro de la misma puede considerarse como modificación a fondo o destrucción de la obra. A la Décimo primera: Que ha visto la obra desde que se instaló y desde ese momento la obra estaba conformada por el relieve y el logotipo, que no conoce los planos ni la maqueta. AL Duodécimo: que no tiene relación de amistad ni profesional con Abend; Al Décimo Tercero: Que lo llamó una señorita de parte de la Dra Nieto del Bufete Alvarez Padrón solicitándole compareciera sobre un tema que tenía que ver con obras de arte y como ese era su área de experiencia CESARON.

PEDRO LUÍS BRICEÑO:

El 08/05/2002, tuvo lugar la declaración testimonial del ciudadano PEDRO LUÍS BRICEÑO, quien dijo ser venezolano, mayor de edad, domiciliado en la Av. Principal Los Chorros, Residencias San Carlos, Apartamento 62, Chuao, Caracas, titular de la cédula de identidad N° 992.853, quien debidamente juramentado manifestó no tener impedimento alguno para declarar, contestó de la siguiente manera al interrogatorio que le fue formulado: al Primero: que era escultor. Al segundo: que lleva 48 años como escultor; Al tercero: que conocía la obra realizada por el arquitecto Harry Abend, consistente en un relieve mural de concreto en la fachada del Banco Provincial entre las avenidas Este 0 y Volver, San Bernardino. Al cuarto: que es un relieve realizado con módulos prefabricados, forma geométrica que crea un efecto visual con un sentido rítmico que se despliega a través de toda la superficie del mismo."Al Quinto: Que la conoció en su estado original, es una obra inscrita dentro de la tendencia constructivista geométrica y predomina en ella el sentido de textura visual como un efecto de luz y sombra.

Al Noveno: "Si y al ser retirado se siente que se perdió el sentido de totalidad de la obra quedando esta mutilada o chucuta, con un sentido no serio lo que llamaba Leonardo Da Vinci un efecto "non-finito" o inconcluso. Que la obra esta incompleta. Al Decimotercero: Sí, de inmediato se siente que hay algo que falta en ese mural, toda vez que no fue la intención del artista al crearlo dejar esa zona en completo vacío. Fue repreguntado por los apoderados de la parte contraria, a lo que contestó: A la Primera: A fines de los años 80. A la Quinta: No lo conozco. A la Séptima: Creo que los patrones que comisionaron la obra. A tal efecto, debe constar en la contratación de dicha obra. Decimosegunda: En 1978 publiqué un libro bajo el patrocinio de Lagoven "Escultura Escultores", y en el mismo Harry Abend aparece así como sus figuras y sus obras en aquel momento figuran, es decir que mi conocimiento es a través de su obra de su trabajo. A la Décimo Tercera: que lo habían contactado el Dr Gamus y la Dra Nieto para venir a declarar. CESARON.

GUSTAVO MAX ARNSTEIN BREUER:

El día 16 de Mayo de 2002, siendo la una de la tarde, compareció el ciudadano GUSTAVO MAX ARNSTEIN BREUER, en la oportunidad acordada por este Tribunal para la declaración testimonial. Quien dijo ser venezolano, mayor de edad, domiciliado en la Urbanización Montalbán, Calle 32 A, Conjunto Residencial Sector C, Edificio Nro. 13063, Apartamento A, Parroquia La Vega, Municipio Libertador, Caracas, de Profesión Profesor Universitario y titular de la Cédula de Identidad N° 2.140.462 , sin impedimento para declarar, contestó de la siguiente manera al interrogatorio que le fue formulado : A la Primera: Que es profesor universitario y director de Cultura de la Universidad Central de Venezuela y Secretario del Consejo Nacional de la Cultura , miembro de la Directiva del Museo de Arte Contemporáneo Jesús Soto. A la Segunda: Que lleva trabajando en el área cultural 30 años; A la tercera: que conocía la obra realizada por el arquitecto Harry Abend , consistente en un relieve mural de concreto en la fachada del Banco Provincial entre las avenidas Este 0 y Volmer, San Bernardino. Al Cuarto: A grandes rasgos es un mural

estructurado por módulos de concreto; Al Quinto: En la actualidad he visto esa obra y entiendo que ha tenido una severa alteración. Al Sexto: En la actualidad es visible la ausencia de el logo del Banco Provincial que debería ir en un boquete apreciable que tiene en estos momentos el mural. Al Octavo: Como estudioso y coleccionista de arte por definición una obra de arte sea cual sea su configuración final está concebido desde el principio por su autor como un todo, en el caso de la obra del escultor Harry Abend, a la que venimos refiriéndonos además de cumplirse esa premisa universal sobre una obra de arte es visible que él concibió ese mural con el estilo que le es conocido como escultor en un mundo artístico venezolano alrededor de un centro de gravedad estético, que era precisamente donde se encontraba el logotipo, luego al desaparecer ese logotipo la obra queda conceptualmente vacía. Al Décimo segundo: Bueno, por su puesto no diría la verdad si dijera que la vi el primer día que la instalaron, pero recuerdo en su forma original cuando estaba el emblema, el logotipo del Banco Provincial, la recuerdo con la misma vivacidad en mi memoria como recuerdo su obra monumental en la fachada externa del Teatro Teresa Carreño, la cual he seguido viendo por pasar frecuentemente por ese lugar con esto quiero decir que cuando uno observa una obra de un artista genuino, y Harry Abend lo es, aunque uno por torpeza artesanal no lo pueda dibujar si puede asegurar que nunca la olvidara y por eso si se le altera y uno la ve entonces alterada al verla sin que nadie se lo advierta uno se da cuenta de que está alterada. Fue repreguntado por los apoderados de la parte contraria contestando : A la Segunda: Por un hecho puramente factual porque vió la obra antes y después de ese daño que se le hizo a la obra, cuando dejó de estar el logotipo. A la Sexta: Que no es una obra de arquitectura. Que lo que si puede asegurar es que como obra de arte enriquece la arquitectura de la edificación, dentro de su contexto visual. A la Séptima: Tiene que ser así porque esa obra fue incorporada posteriormente a la finalización de la edificación, o sea no es un elemento inseparable de esa edificación, lo cual no implica que no la enriquezca si se vuelve a su estado natural la obra de arte concebida por Harry Abend, que se atrevería decir para

finalizar, que si no se restablece la obra en ese estado original por respeto al artista debería desincorporarse de la edificación .CESARON.

Los testigos expertos IVANOVA DECAN y BÉLGICA RODRÍGUEZ, no comparecieron a declarar en las oportunidades fijadas por el Tribunal (14 y 16 de mayo de 2002, respectivamente).

El Testigo Experto está concebido para asistir Al Tribunal es un auxiliar que éste necesita en casos donde se necesita un conocimiento especializado en algunos temas, como el que nos ocupa. Su deber primordial implica dar su opinión profesional de manera objetiva independientemente de quien lo hubiere traído al proceso, en consecuencia por cuanto los dichos de los testigos expertos supra analizados evidencian opiniones profesionales acerca de la obra realizada por el demandante, se acogen sus dichos por aplicación analógica de los artículos 477 al 498 del Código de Procedimiento Civil, ya que habiendo sido repreguntados por la parte contraria no incurrieron en contradicciones, ni se evidenció vinculación con el demandante que desmereciera sus dichos.

EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS:

En la oportunidad que el Tribunal admitió la prueba fijó las 11:00a.m, del tercer día de despacho siguiente a la intimación de la parte demandada para que exhibieran los documentos a los que se contrae la prueba.

Se llevó a cabo la evacuación de la prueba el día 08 de Octubre de 2002, siendo las 11:00 a.m., oportunidad y hora fijadas por el Tribunal, y comparecieron al acto los abogados LOURDES NIETO FERRO y ANTONIO LEGORBURU, apoderados judiciales de la parte actora y demandada respectivamente. Del acta cursante en el expediente al folio 194 se lee: "...apoderado judicial de la parte demandada, quien seguidamente expone: Con respecto a la Prueba de Exhibición de Documentos promovida por la representación de la parte actora, cumpro en informar que no es posible exhibir tales documentos contenido de cartas misivas en vista de que los originales

no reposan en los archivos de la Institución. Es posible que dichos originales se encuentren en el archivo central del Banco, ubicado en el estado Lara, es todo. Acto seguido la apoderada de la parte actora expone: En virtud de lo expuesto por el apoderado judicial del BANCO PROVINCIAL, pido que el texto de los documentos objeto de exhibición se tengan como exactos de conformidad con lo establecido en el artículo 436 del Código de Procedimiento Civil, es todo.

La palabra exhibición proviene del latín exhibere, que significa, mostrar, poner a la vista, enseñar en público. Al respecto Carnelutti, define la prueba de exhibición como: "Un acto de adquisición procesal en el cual se pone a una persona o una cosa a disposición del órgano judicial para que pueda servirse de ella en un proceso."

Por su parte, el procesalista Santana Mujica la define como: "Es un mecanismo procesal accionado por el interesado, parte o Juez, en lograr que se vea en el proceso, obteniéndolo de la conducta del adversario o del tercero por decisión judicial, una cosa, un instrumento, o cualquier cosa por ser el objeto principal o accesorio del juicio, o que fuere necesario para hacer prueba en el." (Santana Mujica Miguel. La exhibición en el Derecho Procesal de Venezuela. Ediciones Síntesis Jurídica. Caracas 1.965, Pág. 8).

En consecuencia por cuanto el apoderado judicial de la parte demandada no negó en el acto, que estuvieran los originales en poder de su representada una vez intimado para dicho acto, y no presentó los documentos a exhibirse, en consecuencia se tiene como exacto el texto de los documentos a ser exhibidos, de conformidad con lo que en su tenor estatuye el artículo 436 del Código de Procedimiento Civil.

Se observa que con la acción incoada se pretende un resarcimiento por daños y perjuicios.

En efecto, el daño sea material o moral debe provenir del hecho ilícito por lo que hay que corroborar que el ente a quien se demanda incurrió en tal ilícito civil, así consista este en

un hecho voluntario o no, imprudente, negligente o en un acto abusivo del derecho.

En tal sentido el tratadista Henry De Page (Traité Élémentaire du Droit Civil Belge, tomo 2º página 846) al tratar de la opinión dominante en la materia, asienta: “Es indudable que en la cuestión de las relaciones entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad aquiliana, la mayor parte de la doctrina y en esta mayoría se incluyen los mejores civilistas, se pronuncian a favor de la separación de las dos responsabilidades. La responsabilidad aquiliana no se presenta si las partes están unidas por los vínculos de un contrato.....Las cualidades de parte contratante y de tercero son inconciliables: o se es uno o se es otro. Luego la responsabilidad aquiliana no concierne sino a los terceros.....”

En esta misma opinión, se encuentra el maestro Josserand.

No obstante nuestro Máximo Tribunal de Justicia ha establecido el criterio que pueden acumularse las dos responsabilidades, y en fallo de fecha 05-05-1998 consideró “ la presencia de una relación contractual entre las partes no impide que la ocurrencia de un hecho ilícito genere una indemnización derivada del mismo”, de manera que para que proceda la reclamación planteada , la actividad probatoria debe estar dirigida a evidenciar el incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Para que exista esa responsabilidad es preciso demostrar la comisión de un hecho ilícito penal o civil. Los hechos ilícitos civiles son el resultado de una acción u omisión consideradas por nuestro legislador como ofensivas de un derecho ajeno, de naturaleza ilícita, por ser contrarias al normal desenvolvimiento de las relaciones de los hombres en sociedad, resultando sancionadas con la acción de reparación.

Sin embargo, la materia que nos ocupa resulta de carácter especial y considera conveniente el Tribunal determinar que el derecho de autor es el conjunto de facultades morales y patrimoniales que corresponden en forma

exclusiva al quien concibe una obra o a quien corresponda la titularidad de estos derechos por haberle sido transmitidos por el autor, o por disposición legal. Por su parte el logotipo es un gráfico que le sirve a una entidad o un grupo de personas para representarse, y éste integraba la obra de arte que ornamenta una de las fachadas de la entidad bancaria demandada.

Establece la Ley Sobre Derechos de Autor, lo siguiente:

Artículo 9º: “Se considera obra hecha en colaboración aquélla a cuya creación han contribuido varias personas físicas. Se denomina compuesta la obra nueva en la cual esté incorporada una obra preexistente sin la colaboración de autor de esta última”.

Artículo 22: “El autor puede exigir al propietario del objeto material el acceso al mismo, en la forma que mejor convenga a los intereses de ambos, siempre que ello sea necesario para el ejercicio de sus derechos morales o los de explotación”.

Artículo 20: “El autor tiene, incluso frente al adquirente del objeto material de la obra, el derecho de prohibir toda modificación de la misma que pueda poner en peligro su decoro o reputación. El autor de obras de arquitectura no puede oponerse a las modificaciones que se hicieran necesarias durante la construcción o con posterioridad a ella. Pero si la obra reviste carácter artístico, el autor tendrá preferencia para el estudio y realización de las mismas. En cualquier caso, si las modificaciones de la obra arquitectónica se realizaren sin el consentimiento del autor éste podrá repudiar la paternidad de la obra modificada y quedará vedado al propietario invocar para el futuro el nombre del autor del proyecto original.

Artículo 109: “El titular de cualquiera de los derechos de explotación previstos en esta Ley que tuviere razón para temer el desconocimiento de sus derechos o que se continúe o se reincida en una violación ya realizada, podrá pedir al Juez que declare su derecho y prohíba a la otra persona su violación, sin perjuicio de la acción por

resarcimiento de daños morales y materiales que pueda intentar contra el infractor. Para la efectividad de la prohibición el Juez conminará en la sentencia con multa al ocurrir una contravención. El Juez impondrá la sanción a solicitud de la parte agraviada. La multa no excederá del equivalente a veinte veces el salario mínimo urbano fijado por el Ejecutivo Nacional, conforme a la Ley Orgánica del Trabajo, y es convertible en arresto proporcional a razón de quinientos bolívares por cada día de arresto. En caso de reincidencia, se podrá imponer el doble de la multa”.

Artículo 116: “En defensa de los derechos relativos a la integridad de la obra, producto o producción, no se decretará la remoción o destrucción del ejemplar deformado, mutilado o modificado de cualquier manera, sino cuando sea imposible restaurarlo a la forma primitiva, a costa de la parte interesada en evitar la remoción o la destrucción, y siempre que dicho ejemplar haya sido producido con el consentimiento del titular del derecho respectivo.

De lo anterior se concluye que aunque el banco encargó la obra al artista y canceló unos honorarios por su elaboración, incluía inicialmente el logotipo que lo caracterizaba, y que invoca le pertenece, pero en todo caso nada le autorizaba para removerle, en todo caso debió contemplarse la situación de que el logotipo pudiera ser alterado en el futuro o cambiar drásticamente alguna vez, para no incluirsele, o en todo caso pactar con el artista que hacer en el caso de ocurrir, o contar con su autorización al menos. Quedó desvirtuado en la secuela del proceso, con la declaración de los testigos expertos, que el mural de concreto fuere una obra arquitectónica, sino que fue, y lo sigue siendo una obra de arte.

Aun en el supuesto, no demostrado, que el logotipo retirado, fuere una marca comercial que le pertenece a la entidad bancaria demandada, caso en el cual hubiera podido hacer lo que a bien tuviere con ella, claro está, sin afectar el ámbito de los derechos del autor del artista de la obra, éste es precisamente su límite, que no fue respetado (el derecho de integridad de la obra de arte) y ello ocasionó un

daño, pues al faltarle uno de los elementos de la obra en su concepción, además que afecta estéticamente el trabajo, afecta moralmente a su autor, a quien se le produce un malestar, por la inconsulta acción, cuyo resarcimiento reclama mediante la presente acción., en consecuencia se declara con lugar la demanda y así se decide.

III

Por los razonamientos anteriormente expuestos, éste JUZGADO SÉPTIMO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL Y MERCANTIL BANCARIO CON COMPETENCIA NACIONAL Y SEDE EN LA CIUDAD DE CARACAS, (EN TRANSICIÓN) Administrando Justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por la Autoridad que le confiere la Ley, de conformidad con lo establecido en los artículos 12, 242, 243,506 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con lo estatuido en los artículos 1185 y siguientes del Código Civil Y 109 DE LA Ley Sobre Derechos de Autor, DECLARA: CON LUGAR la demanda incoada por el ciudadano HARRY ABEND CONTRA BANCO PROVINCIAL S.A BANCO UNIVERSAL por indemnización de Daños y Perjuicios, todos identificados en la primera parte de ésta decisión.

En consecuencia se declara:

PRIMERO: que el ciudadano HARRY ABEND tiene derecho a la integridad de la obra compuesta a que se refiere el libelo de demanda.

SEGUNDO: LA PARTE DEMANDADA DEBE PERMITIR la restauración de dicha obra, sufragar los gastos de su restauración bajo la supervisión del demandante.

TERCERO: EN CASO DE NEGATIVA SE ACUERDA SU REMOCION DEL SITIO EN EL QUE SE ENCUENTRA, PERO PARA SU DESTRUCCION DEBE CONTAR CON EL CONSENTIMIENTO EXPRESO DE LA ENTIDAD BANCARIA DEMANDADA PUES FUE ENCARGADA POR ESTA PARA ORNAMENTAR SU FACHADA.

CUARTO: SE ACUERDA indemnizar a HARRY ABEND los daños morales que le han sido infligidos con la mutilación de la que ha sido objeto su obra, QUE EL TRIBUNAL FIJA EN LA SUMA DE CUATROCIENTOS TREINTA MILLONES DE BOLIVARES (Bs. 430.000.000,00) que es el equivalente en moneda nacional a la indemnización solicitada en divisa norteamericana por el demandante, sin embargo por estar vigente un régimen de control cambiario que impide tal condenatoria y en ejercicio de la atribución que confiere al Juez la fijación del quantum del daño moral, así queda establecido.

QUINTO: De conformidad con lo establecido en el artículo 113 de la Ley sobre el Derecho de Autor, se ordena la publicación del dispositivo de la sentencia en dos (2) diarios de circulación nacional.

De conformidad con lo previsto en el artículo 274 del Código de Procedimiento Civil, se condena en costas a la parte demandada, por vencimiento total.

Se deja constancia de que la presente decisión se dicta con medios provenientes del peculio particular del Juez, quien voluntariamente y en

la medida de sus posibilidades suple voluntariamente la omisión del órgano obligado por la ley de proveer los medios necesarios para prestar e servicio de justicia. La anterior situación impide que las sentencias puedan ser proferidas dentro de la oportunidad legal pertinente.

NOTIFIQUESE.

Publíquese, Regístrese y déjese copia.

Dada, sellada y firmada en Caracas a los VEINTIUN (21) DIAS DEL MES DE NOVIEMBRE del Dos Mil Seis. Años: 196° Y 147°.

LA JUEZ,

MERCEDES HELENA GUTIERREZ.

LA SECRETARIA TITULAR,

YAMILET ROJAS.

En la misma fecha, siendo las TRES DE LA TARDE (3:00 p.m) se publicó la anterior decisión en la Sala del Despachos del Tribunal.