

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2012
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Derecho de integridad. Conservación del soporte material. Ataques directos e indirectos a conjunto escultórico.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª

FECHA: 11-3-2011

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Texto del fallo a través del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial de España, en <http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia>. Id Cendoj: 03014370082011100135.
Actualización: 11-6-2012.

OTROS DATOS: Recurso 15/2011. Sentencia 112/2011.

SUMARIO:

“Por acuerdo del Pleno del Excmo. Ayuntamiento de El Campello de fecha 15 de julio de 1987 se aprobó el pliego de condiciones jurídicas, económico-administrativas y facultativas que había de regir la contrata de selección del redactor del estudio técnico para la construcción del conjunto escultórico al Pescador en la Puerta del Barrio de Pescadores de El Campello ...”.

“... el equipo formado por Don Belarmino y los Arquitectos Don Remigio y Don Jon presentó la documentación exigida para participar en el referido concurso, entre la que se encontraba la Memoria y en el apartado de la misma destinado a la justificación de la obra y a la obra civil se indica:

«LA PROA Y EL TIMÓN, estas son las partes que hemos convertido en símbolo y que mejor representa al hombre del mar. La PROA en la misma orilla del Mediterráneo, cara al horizonte, recibiendo el impulso que le da el TIMÓN situado en tierra, simbiosis que Campello representa con unas características peculiares al ser sus hombre, a un tiempo, pescadores y campesinos.

Conectados con la plástica de nuestro tiempo, estos símbolos escultóricos, desde el punto de vista formal, tienen el aspecto de un espigón/monolítico que emerge del mismo mar (LA PROA), con unas referencias en sus caras a la Rosa de los Vientos y el elemento situado en tierra (EL TIMÓN), como un Muro/Flecha, que nos indica el camino del Mar. Este elemento en su base con referencias culturales a

*pueblos de nuestra historia relacionados con el mar
(Fenicios, Griegos, Cartagineses, Romanos, Árabes)*

(...)

*La versión I, interpretación idealizada/sintetizada del
TIMON, se ha convertido en un muro que cierra la zona
ajardinada de la nueva plaza y la separa de las edificaciones,
creando un clima autónomo que, dada su posición, establece
un diálogo con la pieza colocada en orilla del mar (La Proa) y
la integra en el conjunto, haciendo que el mar esté presente
en el complejo urbanístico de la plaza, aunque sea visible
sólo desde un reducido ángulo.*

(...)

*«... se pretende que el objeto de la obra escultórica, El
Pescador, esté en relación con su medio básico, el mar y a la
vez esta conexión remate el final del Paseo Mtm. De tal
manera que los ciudadanos puedan disfrutar de una obra
visible a todo lo largo del Paseo Marítimo y una vez llegado al
punto donde está situado el elemento escultórico marino se
llegue a la plaza con el resto del conjunto, de tal modo que
Paseo marítimo y Plaza del Monumento al Pescador sean
una misma unidad urbana»”.*

[...]

*“... la Fundación Arte y Derecho, fundación privada de interés social creada por
VEGAP, entidad que gestiona en España los derechos de autor de los creadores visuales,
remitió carta al Alcalde del Ayuntamiento en el que le informa del estado de la obra el
Monumento al Pescador cuyo autor es Don Belarmino «que fue concebida para estar
dentro del mar y ahora está en tierra», lo cual vulnera el derecho a la integridad ...”.*

[...]

*“En fecha 24 de enero de 2008, el estado que presentaba la «Proa» es de evidente
deterioro y abandono: pintadas en todas las caras de la base; la superficie de alguna de
las piezas de cerámica se encuentra deteriorada por el impacto, al parecer, de perdigones
procedentes de escopetas de aire comprimido; rotura de los cantos de los ángulos de la
escultura; existencia de materiales (gomas de mascar, cemento) adheridos a la superficie
de la cerámica; retirada y sustracción de las piezas cerámicas originales; roturas en la
base que dejan al descubierto la instalación eléctrica que proveía de corriente al haz de
luz; están inutilizados el surtidor de agua que debería estar en funcionamiento en la parte
superior de la «Proa» y el haz de luz que debería unir visualmente por la noche las dos
piezas del conjunto escultórico ...”.*

[...]

“... los daños materiales ocasionados a la parte del Monumento al Pescador denominada la «Proa» vulneran el derecho moral a la integridad de la obra”.

“El artículo 14-4 LPI reconoce como uno de los derechos morales de autor, con el carácter de irrenunciable e inalienable, el de exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación”.

[...]

“No cabe ninguna duda de que el estado generalizado de deterioro que presenta esta parte del monumento perjudica los legítimos intereses del autor porque constituye una degradación progresiva de los elementos ornamentales de una obra emblemática en su trayectoria artística”.

“La cuestión relevante es determinar si el Ayuntamiento, en su calidad de propietario de la obra, tiene la obligación de conservación del monumento”.

“Consideramos que sobre las instituciones públicas, en cuanto garantes del patrimonio cultural, recae la obligación de conservación y mantenimiento de las obras de su titularidad”.

[...]

“... la obligación de conservación de la obra, como corolario del derecho del autor a su integridad, impone al propietario del soporte material un plus de diligencia que le hará responsable de los daños ocasionados en aquélla, y no sólo por dolo sino también por omisión del mencionado deber de diligencia en la conservación de la obra”.

“La obligación de restituir la "Proa" a su estado original mediante la reparación de todos los desperfectos que padece y la puesta en funcionamiento de sus instalaciones originales es imputable exclusivamente al Ayuntamiento ...”.

[...]

“En conclusión, se estima el recurso en este particular y, consiguientemente, se condena al Ayuntamiento a la restitución, a su costa, al estado original de la parte de la «Proa» correspondiente al Monumento al Pescador, reparando cuantos defectos presenta ... y poniendo en funcionamiento sus instalaciones originales ...”.

[...]

“En nuestra doctrina y jurisprudencia se reconocen las llamadas modificaciones indirectas que consisten en que el derecho a la integridad protege al autor no sólo frente a los atentados directos, en los que se produce una modificación tangible en la sustancia misma de la obra, sino también frente a los ataques indirectos, supuestos en los que sin

haberse producido una alteración o modificación de la obra en sí, ésta es presentada en un contexto susceptible de presentar una impresión desvirtuada de la misma. Es decir, no es necesario para que se produzca una afrenta a la integridad de la obra que ésta haya sufrido una alteración sustancial, basta con que pase a ser presentada en un contexto que altere el sentido de la obra ...”.

“En nuestro caso, no se imputa una alteración de los elementos materiales de la obra ni tampoco se denuncia una modificación de su emplazamiento. Sin embargo, sí la especial ubicación de la «Proa» fue concebida por el autor del conjunto escultórico «Monumento al Pescador» para su instalación dentro del mar, rodeada de agua, atribuyéndole una especial simbología y dotándole de singularidad artística ..., el cambio sobrevenido de las condiciones espaciales al pasar la "Proa" a estar rodeada de arena tras la ejecución del proyecto de regeneración de la playa, constituye una alteración de la obra porque desvirtúa la idea y la concepción artística que el autor atribuía a todo el conjunto escultórico”.

“...no basta con la simple alteración o modificación de la obra para concluir que se vulnera el derecho a la integridad sino que se requiere además la concurrencia del perjuicio a los legítimos intereses del autor o menoscabo de su reputación”.

“Con la doctrina científica podemos considerar como perjuicio a los legítimos intereses del autor cuando se ha producido una deformación o modificación sustancial y se alcanza este grado cuando la deformación o modificación es susceptible de transmitir un sentido diferente al que el autor buscaba en su obra o, en otras palabras, se ha producido una desnaturalización de la obra que se traduce en una alteración de su configuración artística”.

“En nuestro caso, concurre esta circunstancia que es inherente a las llamadas modificaciones indirectas y se ve acrecentada por el elevado grado de originalidad de la obra si tenemos en cuenta: a) su especial configuración: dividido en dos partes (Timón y Proa); b) su simbología: representan la presencia del pescador tanto en la tierra como en el mar; c) la especial ubicación de ambas partes en la plaza y en el mar conectados mediante un haz de luz. El posterior cambio del contexto espacial de una de las partes del conjunto, la «Proa», que pasa a estar rodeada de arena, transmite un sentido diferente al que el autor pretendía con su obra”.

[...]

“Es evidente que el proyecto de "Recuperación Ambiental del Litoral del Carrer del Mar, T.M. de El Campello (Alicante)" promovido y ejecutado por el Ministerio, ... tiene un evidente interés público pues al margen de dar solución al problema de la progresiva erosión de la playa y al continuo oleaje que alcanzaba el paseo marítimo, la ampliación de la superficie destinada a la playa, una vez terminada la obra de regeneración, reporta un importante beneficio para los ciudadanos y también potencia el sector turístico de la ciudad”.

[...]

“Podría suscitarse entonces la posibilidad de conciliar, de un lado, el derecho moral del autor a la integridad y, de otro lado, el interés público a mantener la obra de regeneración de la playa. Esta conciliación de intereses podría consistir en ofrecer al autor diferentes alternativas de nuevos emplazamientos de la «Proa» desplazándola al interior del mar en el momento en el que se sometía a información el Proyecto por parte del Ministerio o, al menos, informando al autor de las consecuencias que la obra de regeneración de la playa iba a provocar en la «Proa» pues, de estar rodeada de agua, pasaría a estar rodeada de arena, alterando su concepción y singularidad artísticas, al objeto de ser oído acerca de las propuestas asumibles para salvaguardar su derecho a la integridad de la obra”.

COMENTARIO: El derecho de integridad implica que el autor tiene el derecho inalienable e irrenunciable de prohibir toda modificación, mutilación o alteración que pueda poner en peligro su decoro o reputación y puede ejercerse, incluso, frente al propietario del objeto material que contiene la obra. Este derecho *“al respeto”* va más allá en el Convenio de Berna, que no solamente contempla las modificaciones u otras deformaciones de la creación, sino que basta con *“cualquier atentado a la misma [la obra] que cause perjuicio a su honor o reputación”*. La violación de este derecho (y el daño que genera la infracción), puede estar ligado, tanto al prestigio de la producción intelectual en sí misma (por ejemplo, el impacto favorable causado al público en su concepción original, es decir, como fue creada o a los galardones obtenidos en el sector de que se trate, que puede verse manchado frente a una reproducción mutilada del original), como al prestigio o reputación del autor, el cual puede estar íntimamente ligado, no solamente a su actividad como creador en sí, sino incluso al ambiente profesional o artístico en que se desenvuelva y que se encuentre vinculado de una u otra manera a su labor creativa. Pero, además, la expresión *“cualquier atentado”* a la obra, a que se refiere el Convenio de Berna, comprende también los denominados *“ataques indirectos a la integridad”*, por ejemplo, cuando a pesar de no realizarse mutilaciones o deformaciones a la producción intelectual en sí misma, se la utiliza en un contexto distinto a aquel para el cual fue concebida, y ese uso descontextualizado puede afectar los intereses personales del autor o el decoro de la creación intelectual. © **Ricardo Antequera Parilli, 2012.**

TEXTO COMPLETO:

En la ciudad de Alicante, a once de marzo de dos mil once.

La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, integrada por los Iltmos. Sres. Expresados al margen, actuando como Sección especializada en materia mercantil, ha visto los autos de Juicio Ordinario número 325/08, sobre derecho moral de autor, seguidos en el Juzgado de lo Mercantil Núm. 2 de Alicante, de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado por la parte actora, Don Belarmino, representada por la Procuradora Doña Francisca Caballero Caballero, con la dirección del Letrado Don

Eliseo Manuel Martínez Martínez y; como apeladas, las partes demandadas, de un lado, el Ayuntamiento de El Campello (en lo sucesivo, el Ayuntamiento), representado por la Procuradora Doña María Teresa Ripio Moncho, con la dirección de la Letrada Doña Cristina López Rojo y; de otro lado, el Ministerio de Medio Ambiente, Rural y Marino (en lo sucesivo, el Ministerio), representado y defendido por el Abogado del Estado.

I - ANTECEDENTES DE HECHO.-

PRIMERO.- *En los autos de Juicio Ordinario número 325/08 del Juzgado de lo Mercantil Núm. 2 de Alicante, se dictó Sentencia de fecha seis de octubre de dos mil diez, cuya*

parte dispositiva es del tenor literal siguiente:
"Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por doña Francisca Caballero Caballero, Procuradora de los Tribunales y de don Belarmino contra el Ayuntamiento de El Campello representado por la Procuradora de los Tribunales doña María Teresa Ripoll Moncho, y contra el Ministerio de Medio Ambiente de España sin hacer especial pronunciamiento en materia de costas".

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia se preparó recurso de apelación por la parte actora y, tras tenerlo por preparado, presentó el escrito de interposición del recurso, del que se dio traslado a las demás partes que presentaron el respectivo escrito de oposición. Seguidamente, tras emplazar a las partes, se elevaron los autos a este Tribunal donde fue formado el Rollo número 15-M01/11, en el que se admitió la prueba de reconocimiento judicial propuesta por la parte apelante cuya práctica tuvo lugar el día ocho de marzo con el resultado que consta en el presente Rollo.

Se señaló para la deliberación, votación y fallo el día nueve de marzo, en el que tuvo lugar.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Enrique García Chamón Cervera.

II - FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Pretensiones deducidas en la demanda.-

La demanda que inicia este proceso tiene por objeto, una vez ampliada frente al Ministerio y concretada tras la celebración de la audiencia previa, las siguientes pretensiones:

l) con carácter principal:

1.-) Con carácter también principal, para el caso de que se considere que las actuaciones lesivas contra la integridad de la obra son de exclusiva responsabilidad del Ayuntamiento:

a) la declaración de la infracción por parte del Ayuntamiento del derecho moral a la integridad del que es titular el actor sobre su obra "Monumento al Pescador", sita en la localidad de El Campello.

b) la condena al Ayuntamiento:

i) al cese en la vulneración de los derechos de autor del actor, restituyendo a su costa la escultura "Monumento al Pescador" a su estado original, reparando cuantos desperfectos padece y poniendo en funcionamiento sus instalaciones originales, así como devolviendo la parte del "Monumento al Pescador" denominado la "Proa" a su estado original, eliminando para ello el relleno artificial de la arena de playa que ha provocado su emergencia del mar.

ii) a indemnizar al actor, por los daños morales sufridos a causa de la vulneración de los derechos de autor, a la cantidad de 100.000.- # o, subsidiariamente, en la cuantía que el Juzgado estime oportuna.

iii) a que publique a su costa el contenido total de la resolución por la que estime la demanda en dos diarios de máxima difusión a nivel nacional, dos diarios de máxima difusión en la Comunidad Valenciana y en dos revistas especializadas en arte y/o escultura, una de difusión nacional y otra de difusión internacional o, subsidiariamente, a que se publique a su costa nota suficiente sobre la sentencia que se dicte, en la que deberá incluirse en todo caso el fallo de la misma en los mismos medios ya indicados o, a título más subsidiario, a que se publique el fallo de la sentencia que se dicte en los medios ya indicados o, a título todavía más subsidiario, en los medios que el Juzgado estime oportunos.

2.-) Subsidiaria y alternativamente, para el caso de que se considere que las actuaciones lesivas contra la integridad de la obra sean responsabilidad de las dos entidades demandadas:

a) la declaración de la infracción por parte de las entidades demandadas del derecho moral a la integridad del que es titular el actor sobre su

obra "Monumento al Pescador", sita en la localidad de El Campello.

b) la condena:

i) al Ayuntamiento al cese en la vulneración de los derechos de autor del actor, restituyendo a su costa la escultura "Monumento al Pescador" a su estado original, reparando cuantos desperfectos padece y poniendo en funcionamiento sus instalaciones originales.

ii) al Ayuntamiento y al Ministerio al cese en la vulneración de los derechos de autor del actor devolviendo la parte del "Monumento al Pescador" denominado la "Proa" a su estado original, eliminando para ello el relleno artificial de la arena de playa que ha provocado su emergencia del mar.

iii) al Ayuntamiento y al Ministerio a que indemnicen solidariamente o, subsidiariamente, de forma mancomunada, en un 75% y 25%, respectivamente, por los daños morales sufridos por el actor a causa de la vulneración de los derechos de autor a la cantidad de 100.000.- #.

iv) al Ayuntamiento y al Ministerio a la publicación en los términos ya indicados.

II) Con carácter subsidiario y de forma alternativa, para el caso de que no resulte posible y/o apropiado eliminar las arenas de relleno que han provocado la emergencia de la "Proa" de la escultura, a su vez, distingue,

1.-) Con carácter principal, para el caso de que se considere que las actuaciones lesivas contra la integridad de la obra son de exclusiva responsabilidad del Ayuntamiento:

a) la misma pretensión declarativa anterior pero sólo frente al Ayuntamiento.

b) la condena al Ayuntamiento:

i) Al cese en la vulneración de los derechos de autor del actor restituyendo a su costa la escultura "El Pescador" a su estado original, reparando para ello cuantos desperfectos padece y poniendo en funcionamiento sus

instalaciones originales, así como adentrando la "Proa" de la escultura en el mar de acuerdo con el Proyecto redactado por el Arquitecto superior Don Jon que se acompaña como documento número 22 de la demanda o, subsidiariamente, en la ubicación que se considere más adecuada por el Juzgado.

ii) a indemnizar al autor por los daños morales sufridos a causa de la vulneración de los derechos de autor en 391.258,87.- #, cantidad equivalente al coste actualizado de la escultura original (31.000.000.- de pesetas) a que se refiere la cláusula segunda del contrato de 15 de febrero de 1.988 según el Índice de Precios al Consumo, a marzo de 2007 o, subsidiariamente, en la cuantía que el Juzgado estime oportuna.

iii) a la publicación en los mismos términos ya indicados.

2.-) Subsidiaria y alternativamente, para el caso de que se considere que las actuaciones lesivas contra la integridad de la obra sean responsabilidad de las dos entidades demandadas:

a) la misma pretensión declarativa anterior frente a las dos demandadas.

b) la condena:

i) al Ayuntamiento a que cese en la vulneración de los derechos de autor del actor, restituyendo a su costa la escultura a su estado original, reparando cuantos desperfectos padece y poniendo en funcionamiento sus instalaciones originales.

ii) al Ayuntamiento y al Ministerio al cese en la vulneración de los derechos de autor del actor restituyendo a su costa la escultura "El Pescador" a su estado original, adentrando la "Proa" de la escultura en el mar de acuerdo con el Proyecto redactado por el Arquitecto superior Don Jon que se acompaña como documento número 22 de la demanda o, subsidiariamente, en la ubicación que se considere más adecuada por el Juzgado.

iii) al Ayuntamiento y al Ministerio a indemnizar solidariamente o, subsidiariamente, de forma mancomunada, en un 60% y 40%, respectivamente, por los daños morales sufridos por el actor en la suma de 391.258,87.- €, cantidad equivalente al coste actualizado de la escultura original (31.000.000.- de pesetas) a que se refiere la cláusula segunda del contrato de 15 de febrero de 1.988 según el Índice de Precios al Consumo, a marzo de 2007 o, subsidiariamente, en la cuantía que el Juzgado estime oportuna.

e) al Ayuntamiento y del Ministerio a la publicación en los términos ya indicados.

III) la condena de las demandadas al pago de las costas del proceso.

SEGUNDO.- Argumentos de la Sentencia de instancia.

La Sentencia de instancia desestimó la demanda al considerar que no se ha producido una infracción del derecho moral a la integridad de la obra del autor porque:

1.-) no se ha acreditado el incumplimiento del deber de conservación de la obra y, en todo caso, el deber de conservación "no es sinónimo de un deber de acción constante cada vez que se produzca una mínima alteración, sino que el mismo puede definirse como el deber de abordar de forma periódica una restauración de la obra de manera periódica y razonable."

2.-) la exigencia del mantenimiento de las condiciones espaciales y del entorno de la ubicación de la parte de la obra denominada la "Proa" en el mar no formaría parte del derecho moral a la integridad de la obra; prevalece frente al derecho moral del autor a la integridad de la obra el interés público de la intervención administrativa consistente en la regeneración de la playa y; ya ha transcurrido un determinado período de tiempo razonable que ha dado estabilidad a la obra.

TERCERO.- Alegaciones del recurso.-

Frente a la Sentencia de instancia se alza la parte actora quien interesa su revocación y, en su lugar, la estimación íntegra de la demanda en los términos indicados y, a tal fin, articula las siguientes alegaciones:

1.-) Infracción de normas o garantías procesales al no haberse acordado en el Juzgado de instancia la práctica de la prueba del reconocimiento judicial.

2.-) Infracción del artículo 14-4º de la Ley de Propiedad Intelectual (en lo sucesivo, LPI) porque los daños materiales ocasionados a la parte del Monumento al Pescador denominada la "Proa" vulneran el derecho moral a la integridad de la obra.

3.-) Infracción por inaplicación del artículo 14-1º LPI relativo al derecho moral a la divulgación y por inaplicación del artículo 14-4º LPI relativo al derecho moral a la integridad de la obra provocados por la "emergencia" de la "Proa" del Monumento al Pescador.

4.-) Indebida desestimación de las acciones ejercitadas por el actor en la demanda.

5.-) Solicita la condena en costas a los demandados.

CUARTO.- Hechos declarados probados.

Antes de entrar a examinar las concretas alegaciones del recurso de apelación, hemos de destacar los siguientes hechos que declaramos probados:

1.-) Por acuerdo del Pleno del Excmo. Ayuntamiento de El Campello de fecha 15 de julio de 1987 se aprobó el pliego de condiciones jurídicas, económico-administrativas y facultativas que había de regir la contrata de selección del redactor del estudio técnico para la construcción del conjunto escultórico al Pescador en la Puerta del Barrio de Pescadores de El Campello (documento número 6 de la demanda).

2.-) El día 24 de noviembre de 1987 el equipo formado por Don Belarmino y los Arquitectos Don Remigio y Don Jon presentó la documentación exigida para participar en el referido concurso, entre la que se encontraba la Memoria y en el apartado de la misma destinado a la justificación de la obra y a la obra civil se indica:

"LA PROA Y EL TIMÓN, estas son las partes que hemos convertido en símbolo y que mejor representa al hombre del mar. La PROA en la misma orilla del Mediterráneo, cara al horizonte, recibiendo el impulso que le da el TIMÓN situado en tierra, simbiosis que Campello representa con unas características peculiares al ser sus hombre, a un tiempo, pescadores y campesinos.

Conectados con la plástica de nuestro tiempo, estos símbolos escultóricos, desde el punto de vista formal, tienen el aspecto de un espigón/monolítico que emerge del mismo mar (LA PROA), con unas referencias en sus caras a la Rosa de los Vientos y el elemento situado en tierra (EL TIMÓN), como un Muro/Flecha, que nos indica el camino del Mar. Este elemento en su base con referencias culturales a pueblos de nuestra historia relacionados con el mar (Fenicios, Griegos, Cartagineses, Romanos, Árabes)

(...)

La versión I, interpretación idealizada/sintetizada del TIMON, se ha convertido en un muro que cierra la zona ajardinada de la nueva plaza y la separa de las edificaciones, creando un clima autónomo que, dada su posición, establece un diálogo con la pieza colocada en orilla del mar (La Proa) y la integra en el conjunto, haciendo que el mar esté presente en el complejo urbanístico de la plaza, aunque sea visible sólo desde un reducido ángulo

(...)

Estos dos condicionantes tratan de resolverse con el planteamiento global de la obra, que se subdivide en dos partes, una de ellas en la propia plaza y la otra en el mar, conectadas

visualmente a través de la única calle desde donde se puede establecer esta relación. A la vez se prevee la existencia de un foco luminoso que durante la noche refuerce esta conexión.

De esta forma se pretende que el objeto de la obra escultórica, El Pescador, esté en relación con su medio básico, el mar y a la vez esta conexión remate el final del Paseo Mtm. De tal manera que los ciudadanos puedan disfrutar de una obra visible a todo lo largo del Paseo Marítimo y una vez llegado al punto donde está situado el elemento escultórico marino se llegue a la plaza con el resto del conjunto, de tal modo que Paseo marítimo y Plaza del Monumento al Pescador sean una misma unidad urbana." (documento número 7 de la demanda).

3.-) En sesión plenaria del Ayuntamiento de fecha 29 de diciembre de 1987 se adjudicó definitivamente el contrato a Don Belarmino y su equipo (documento número 8 de la demanda).

4.-) En fecha 15 de febrero de 1988 se suscribió entre el Ayuntamiento y el equipo dirigido por Don Belarmino el contrato de redacción del proyecto arquitectónico y de redacción y ejecución de la obra escultórica "El Pescador" que se sujetará a los Pliegos de la convocatoria del concurso, a la propia plica presentada por el adjudicatario y al acuerdo de adjudicación definitiva de la contrata (documento número 9 de la demanda).

5.-) Como la instalación del elemento escultórico denominado "Proa" exige la ocupación del dominio público marítimo-terrestre, se solicitó por parte del Ayuntamiento al Servicio Provincial de Costas el otorgamiento de la concesión mediante escrito presentado el día 25 de enero de 1989. En el expediente administrativo incoado con ese fin constan las condiciones y prescripciones por las que podría otorgarse la concesión de ocupación de 144 metros cuadrados de mar litoral con destino a las obras de mástil del Monumento al Pescador, en la Playa del Carrer a la Mar de El Campello que fueron aceptadas mediante

acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 22 de agosto de 1990. En la cláusula 4ª de esas condiciones y prescripciones se dice: "Esta concesión no implica la asunción de responsabilidades por el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo en relación con el proyecto y la ejecución y explotación de las obras e instalaciones, tanto respecto a terceros como al concesionario" y; en la cláusula 23ª se indica que "El concesionario queda obligado a conservar y mantener las obras y terrenos concedidos en perfecto estado de utilización, incluso desde los puntos de vista de la limpieza, de higiene y estética, realizando a su cargo los trabajos de conservación y mantenimiento y cuantas reparaciones sean precisas para ello..." No consta que se otorgara la concesión por parte del Ministerio al condicionarse a la aprobación del proyecto de iluminación, circunstancia que nunca se llegó a producir. (Anexo documental número 1 de la contestación del Ministerio).

6.-) No consta con exactitud la fecha de terminación de la ejecución del conjunto escultórico del "Monumento al Pescador" pero las dos partes (Timón y Proa) que lo componen quedaron con el resultado y con la ubicación que se refleja en las fotografías adjuntas al informe del perito judicial que reproducimos a continuación:

PROA TIMÓN

7.-) Las dos partes del conjunto escultórico son de hormigón recubiertas de piezas cerámicas de alta temperatura de fusión, resistentes a cualquier cambio climatológico, humedades y salinidad (informe del perito judicial).

8.-) Don Belarmino es un destacado escultor en el ámbito nacional con una larga trayectoria en la que constan sus múltiples exposiciones individuales, sus numerosas exposiciones colectivas en todo el mundo y la exposición de obras suyas en los museos y colecciones de arte contemporáneo de varios países. Su dilatada trayectoria artística ha sido objeto de monografías y en ellas siempre destaca el conjunto escultórico del "Monumento al Pescador" como una de sus obras más

emblemáticas (documentos números 2, 3, 4, 5, 13, 14, 15, 16 y 17 de la demanda). A su vez, el conjunto escultórico del "Monumento al Pescador" se ha convertido en un signo de identidad del municipio de El Campello como se infiere de las postales y del libro de información sobre la ciudad aportados como documentos números 12 y 13 de la demanda.

9.-) En fecha 20 de julio de 2000, la Dirección General de Costas aprobó el proyecto de "Recuperación Ambiental del Litoral del Carrer del Mar, T.M. de El Campello (Alicante)" con el que se trataba de dar una solución a las erosiones que en la playa se estaban observando al presentar zonas de escasa anchura frente al muro del paseo marítimo que llegaba a ser alcanzado por algunos oleajes, lo que se llevó a cabo mediante la reconstrucción de tres espigones de escollera y el relleno de arena en las celdas resultantes. Al mismo tiempo, se acordó someter a información pública el referido proyecto y a los organismos interesados evacuando el traslado el Ayuntamiento en el sentido de informar favorablemente el mismo siempre que se llevara a cabo un plan de vigilancia "de las comunidades submarinas, en especial de la pradera de Posidonia oceánica..." (documentos números 3 y 4 de la contestación del Ministerio).

10.-) Se acordó la publicación en el Tablón de anuncios del Ayuntamiento de El Campello (del 17 de agosto al 30 de septiembre de 2000), en el Diario Información (23 de agosto de 2000) y en el Boletín Oficial de la Provincia (7 de septiembre de 2000) sin que nadie presentara alegaciones (documentos números 4 y 5 de la contestación del Ministerio).

11.-) Las obras se iniciaron en octubre de 2001 y acabaron, en cuanto al movimiento de arena, en el mes de junio de 2002, quedando la playa en condiciones de uso normal en esa fecha, sin perjuicio de su continuación para la colocación de las piezas prefabricadas, aunque ya no afectaba a la arena, culminando la regeneración en el mes de abril de 2004 (documento número 6 de la contestación del Ministerio).

12.-) Tras las obras de regeneración de la playa, la parte de la "Proa" quedó rodeada de arena conforme refleja la fotografía adjunta al informe del perito de la parte actora Don Jon (documento número 22 de la demanda) que reproducimos a continuación y cuya situación fue comprobada mediante la prueba de reconocimiento judicial practicada en esta alzada.

13.-) En fecha 6 de septiembre de 2004, la Fundación Arte y Derecho, fundación privada de interés social creada por VEGAP, entidad que gestiona en España los derechos de autor de los creadores visuales, remitió carta al Alcalde del Ayuntamiento en el que le informa del estado de la obra el Monumento al Pescador cuyo autor es Don Belarmino "que fue concebida para estar dentro del mar y ahora está en tierra", lo cual vulnera el derecho a la integridad reconocido en el artículo 14 LPI y le expresa el interés para que el asunto se resuelva a la mayor celeridad. No consta que el Ayuntamiento contestara la referida carta ni que adoptara ninguna medida respecto de la ubicación de la "Proa" (documento número 20 de la demanda).

14.-) En fecha 9 de mayo de 2007, el actor presentó reclamación previa a la vía judicial civil ante el Ayuntamiento de El Campello (documento número 21 de la demanda) sin que conste que se haya resuelto sobre la misma.

15.-) En fecha 24 de enero de 2008, el estado que presentaba la "Proa" es de evidente deterioro y abandono: pintadas en todas las caras de la base; la superficie de alguna de las piezas de cerámica se encuentra deteriorada por el impacto, al parecer, de perdigones procedentes de escopetas de aire comprimido; rotura de los cantos de los ángulos de la escultura; existencia de materiales (gomas de mascar, cemento) adheridos a la superficie de la cerámica; retirada y sustracción de las piezas cerámicas originales; roturas en la base que dejan al descubierto la instalación eléctrica que proveía de corriente al haz de luz; están inutilizados el surtidor de agua que debería estar en funcionamiento en la parte superior de la "Proa" y el haz de luz que debería unir

visualmente por la noche las dos piezas del conjunto escultórico (fotografías incorporadas al acta notarial aportada como documento número 18 de la demanda e informe del perito Don Jon aportado como documento número 19 de la demanda).

16.-) La demanda que inicia este proceso se presentó el día 4 de junio de 2008 frente al Ayuntamiento y, tras la celebración de la audiencia previa se acordó ampliar la misma frente al Ministerio. En fecha 11 de mayo de 2009, el Letrado del actor presentó reclamación previa a la vía judicial civil ante el Ministerio que fue desestimada mediante resolución de fecha 2 de diciembre de 2009.

17.-) El desplazamiento de la "Proa" desde su actual ubicación al eje del morro del espigón número 3 resulta inviable desde el punto de vista técnico y económico según ha informado el perito judicial. Éste propone como alternativa viable técnicamente el desplazamiento de la "Proa" hasta el punto B del croquis obrante a la página 31 de su informe que reproducimos a continuación.

CUARTO.- La infracción de normas o garantías procesales.

Se concreta la referida infracción, fundada en el artículo 459 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el hecho de no haberse practicado en la instancia la prueba de reconocimiento judicial cuando había sido admitida, aunque de forma condicionada, en el acto de la audiencia previa y también se había solicitado en el trámite de conclusiones orales como diligencia final.

Se rechaza la alegación porque la supuesta infracción de normas o garantías procesales tiene un cauce especial de subsanación como es la petición de la práctica de prueba en segunda instancia al amparo de lo establecido en el artículo 460.2.2ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil (pruebas propuestas y admitidas en la primera instancia que, por cualquier causa no imputable al que las hubiera solicitado, no hubieren podido practicarse, ni siquiera como diligencias finales) y esta Sala la

admitió mediante Auto de fecha 7 de febrero de 2011, cuya práctica tuvo lugar el pasado día 8 de marzo con el resultado que consta en este Rollo.

QUINTO.- *Infracción del artículo 14-4º LPI porque los daños materiales ocasionados a la parte del Monumento al Pescador denominada la "Proa" vulneran el derecho moral a la integridad de la obra.*

El artículo 14-4 LPI reconoce como uno de los derechos morales de autor, con el carácter de irrenunciable e inalienable, el de exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.

En nuestro caso, es evidente que se ha producido un atentado contra la parte de la obra denominada "Proa" pues basta con observar las fotografías incorporadas al acta notarial aportada como documento número 18 de la demanda para tener una idea muy aproximada del elevado grado de deterioro en el que se encontraba a fecha 24 de enero de 2008 (hecho probado número 15) por la actuación incívica de los usuarios de la playa.

No cabe ninguna duda de que el estado generalizado de deterioro que presenta esta parte del monumento perjudica los legítimos intereses del autor porque constituye una degradación progresiva de los elementos ornamentales de una obra emblemática en su trayectoria artística.

La cuestión relevante es determinar si el Ayuntamiento, en su calidad de propietario de la obra, tiene la obligación de conservación del monumento.

Consideramos que sobre las instituciones públicas, en cuanto garantes del patrimonio cultural, recae la obligación de conservación y mantenimiento de las obras de su titularidad. A estos efectos, la SAP Málaga (Sección 4ª) de 7 de junio de 2005, afirma: "la responsabilidad que cabe exigir al adquirente de una obra

artística por infracción del derecho moral de autor a la integridad de la misma es de distinta intensidad en atención a las características del propietario del soporte; así, no será idéntica la responsabilidad exigible al propietario particular que adquiere la obra con la única intención de integrarla en su patrimonio y disfrutarla en el ámbito de su estricta intimidad, sin especial ánimo divulgativo, que la demandable en el caso de que el propietario del soporte esté dedicado a la exhibición de obras de arte o tenga asumido como uno de sus cometidos la divulgación de la cultura con carácter general.

En este segundo caso, la obligación de conservación de la obra, como corolario del derecho del autor a su integridad, impone al propietario del soporte material un plus de diligencia que le hará responsable de los daños ocasionados en aquélla, y no sólo por dolo sino también por omisión del mencionado deber de diligencia en la conservación de la obra." A estos efectos, debe traerse a colación el amplio abanico de competencias que el artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local atribuye a los Municipios, entre las que se encuentran: patrimonio histórico-artístico, servicios de limpieza viaria, instalaciones culturales.

La obligación de restituir la "Proa" a su estado original mediante la reparación de todos los desperfectos que padece y la puesta en funcionamiento de sus instalaciones originales es imputable exclusivamente al Ayuntamiento porque: 1.-) la exigencia del principio de congruencia (artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) obliga a resolver sobre las concretas pretensiones deducidas en la demanda y en éstas sólo se interesa la condena del Ayuntamiento a la reparación de los daños sin extender esta pretensión frente al Ministerio; 2.-) ya hemos dicho que la obligación de conservación y mantenimiento recae sólo sobre el propietario; 3.-) el mismo Ayuntamiento reconoce su obligación de conservación y mantenimiento de la obra al aceptar mediante acuerdo del Pleno de 22 de agosto de 1990 la cláusula 23ª de las condiciones y prescripciones a que estaría sometida la concesión en el expediente de

otorgamiento de la concesión administrativa para habilitar la ocupación del dominio público marítimo terrestre (hecho probado número 5).

No justifica el cumplimiento de esta obligación el informe técnico aportado por el Ayuntamiento en el acto del juicio porque: 1.-) hemos de estar a la situación fáctica existente en el momento de la presentación de la demanda en virtud del principio de litispendencia (artículos 410 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil); 2.-) del referido informe se infiere que su objeto es la parte del "Timón" pues indica que se ha reparado "parte del gresite del vaso de la fuente que estaba deteriorado", elemento que no existe en la "Proa".

Se rechaza así la razón ofrecida en la Sentencia de instancia para desestimar esta pretensión cuando se argumenta que no se ha probado que el Ayuntamiento no ha abordado de forma periódica labores de conservación de la escultura y que el deber de conservación debe definirse como "el deber de abordar de forma periódica una restauración de la obra de manera periódica y razonable." Basta con comprobar el estado de deterioro generalizado que presenta la "Proa" para entender acreditado el incumplimiento de la obligación de conservación y la situación de práctico abandono a que se encuentra sometida.

En conclusión, se estima el recurso en este particular y, consiguientemente, se condena al Ayuntamiento a la restitución, a su costa, al estado original de la parte de la "Proa" correspondiente al Monumento al Pescador, reparando cuantos defectos presenta (hecho probado número 15) y poniendo en funcionamiento sus instalaciones originales con la precisión que más adelante se indicará.

SEXTO.- *Infracción por inaplicación del artículo 14-1º LPI relativo al derecho moral a la divulgación y por inaplicación del artículo 14-4º LPI relativo al derecho moral a la integridad de la obra respecto de la "emergencia" de la "Proa" del Monumento al Pescador.*

Se alega la vulneración de los derechos morales del autor a la divulgación y a la integridad de la obra como consecuencia de la situación creada por el nuevo contexto espacial en el que se encuentra ubicada la "Proa" que, habiendo sido concebida e instalada para estar rodeada de agua en medio del mar, ha pasado, de forma sobrevenida y sin autorización del autor, a estar rodeada de arena en medio de una playa artificial.

Descartamos desde el principio que el cambio del contexto espacial de la obra represente una vulneración del derecho a la divulgación de la obra reconocido en el artículo 14-1 LPI pues, de conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la misma Ley, lo que se reconoce al autor es la facultad de decidir si su obra ha de ser o no accesible al público y, en nuestro caso, ese derecho no ha sido vulnerado porque siempre fue consciente el autor de que el conjunto escultórico iba a ubicarse en un espacio público al suscribir el contrato de fecha 15 de febrero de 1988 (hecho probado número 4). Resulta forzada en exceso la interpretación del derecho moral a la divulgación contenida en el recurso aplicada a una obra escultórica sita en un espacio público en el sentido de que se encuentra permanentemente en situación de divulgación, de tal manera que se vulneraría ese derecho ante un cambio de sus condiciones espaciales porque esta interpretación se aleja del contenido atribuido al derecho a la divulgación.

Seguidamente, pasamos a examinar si concurre la vulneración del derecho a la integridad de la obra como consecuencia del nuevo contexto espacial en el que se encuentra ubicada la "Proa", pretensión que es desestimada en la Sentencia de instancia.

En primer lugar, hemos de determinar si se ha producido una deformación, modificación, alteración o atentado contra la obra.

En nuestra doctrina y jurisprudencia se reconocen las llamadas modificaciones indirectas que consisten en que el derecho a la integridad protege al autor no sólo frente a los atentados directos, en los que se produce una

modificación tangible en la sustancia misma de la obra, sino también frente a los ataques indirectos, supuestos en los que sin haberse producido una alteración o modificación de la obra en sí, ésta es presentada en un contexto susceptible de presentar una impresión desvirtuada de la misma. Es decir, no es necesario para que se produzca una afrenta a la integridad de la obra que ésta haya sufrido una alteración sustancial, basta con que pase a ser presentada en un contexto que altere el sentido de la obra. A estos efectos, el asunto del Puente Zubi Zuri de Bilbao en la SAP Vizcaya, Sección 4ª, 10 de marzo de 2009.

En nuestro caso, no se imputa una alteración de los elementos materiales de la obra ni tampoco se denuncia una modificación de su emplazamiento. Sin embargo, sí la especial ubicación de la "Proa" fue concebida por el autor del conjunto escultórico "Monumento al Pescador" para su instalación dentro del mar, rodeada de agua, atribuyéndole una especial simbología y dotándole de singularidad artística (hecho probado número 2) y esa especial ubicación fue aceptada por el Ayuntamiento tras la firma del contrato de fecha 15 de febrero de 1988, el cual la instaló en ese contexto espacial (véase la fotografía del hecho probado número 6), el cambio sobrevenido de las condiciones espaciales al pasar la "Proa" a estar rodeada de arena tras la ejecución del proyecto de regeneración de la playa, constituye una alteración de la obra porque desvirtúa la idea y la concepción artística que el autor atribuía a todo el conjunto escultórico.

En segundo lugar, no basta con la simple alteración o modificación de la obra para concluir que se vulnera el derecho a la integridad sino que se requiere además la concurrencia del perjuicio a los legítimos intereses del autor o menoscabo de su reputación.

Con la doctrina científica podemos considerar como perjuicio a los legítimos intereses del autor cuando se ha producido una deformación o modificación sustancial y se alcanza este grado cuando la deformación o modificación es susceptible de transmitir un sentido diferente al

que el autor buscaba en su obra o, en otras palabras, se ha producido una desnaturalización de la obra que se traduce en una alteración de su configuración artística.

En nuestro caso, concurre esta circunstancia que es inherente a las llamadas modificaciones indirectas y se ve acrecentada por el elevado grado de originalidad de la obra si tenemos en cuenta: a) su especial configuración: dividido en dos partes (Timón y Proa); b) su simbología: representan la presencia del pescador tanto en la tierra como en el mar; c) la especial ubicación de ambas partes en la plaza y en el mar conectados mediante un haz de luz. El posterior cambio del contexto espacial de una de las partes del conjunto, la "Proa", que pasa a estar rodeada de arena, transmite un sentido diferente al que el autor pretendía con su obra.

Además, ha de añadirse que el "Monumento al Pescador" constituye una de las obras emblemáticas de la carrera artística del autor (hecho probado número 8), lo que intensifica aún más la concurrencia del requisito del perjuicio a los legítimos intereses del autor o el menoscabo de su reputación.

En tercer lugar, debemos examinar si el autor puede verse obligado a soportar la modificación al apreciar un interés preponderante público o privado que justifique la actuación del propietario, lo cual obliga a ponderar los intereses de uno y de otro atendiendo a las circunstancias particulares del caso.

La Sentencia de instancia invoca el interés público preponderante de la obra de regeneración de la playa para justificar la modificación de la configuración espacial de la "Proa" pero no le atribuye carácter determinante pues lo esencial para la desestimación de la demanda es que el derecho moral de autor no comprende los elementos externos de la obra que interactúan con la misma.

Sin embargo, la Sala sí considera digno de especial atención el conflicto entre el derecho moral del autor a la integridad y el interés

público de la obra de regeneración de la playa promovida y ejecutada por el Ministerio.

Es evidente que el proyecto de "Recuperación Ambiental del Litoral del Carrer del Mar, T.M. de El Campello (Alicante)" promovido y ejecutado por el Ministerio, con un coste que se elevaba a 707.422.917.- pesetas, tiene un evidente interés público pues al margen de dar solución al problema de la progresiva erosión de la playa y al continuo oleaje que alcanzaba el paseo marítimo, la ampliación de la superficie destinada a la playa, una vez terminada la obra de regeneración, reporta un importante beneficio para los ciudadanos y también potencia el sector turístico de la ciudad.

Este interés público manifiesto prevalece sobre el derecho moral del autor a la integridad en cuanto se solicita la devolución de la "Proa" a su estado original "eliminando para ello el relleno artificial de arena de playa que ha provocado su emergencia del mar." Resulta absolutamente desproporcionado y oneroso que para salvaguardar el derecho moral a la integridad de la obra del actor haya que vaciar el relleno de arena de la celda donde se halla alojada la "Proa" pues el perjuicio para el interés general superaría con creces al beneficio que experimentaría el actor con la restauración de su derecho.

Podría suscitarse entonces la posibilidad de conciliar, de un lado, el derecho moral del autor a la integridad y, de otro lado, el interés público a mantener la obra de regeneración de la playa. Esta conciliación de intereses podría consistir en ofrecer al autor diferentes alternativas de nuevos emplazamientos de la "Proa" desplazándola al interior del mar en el momento en el que se sometía a información el Proyecto por parte del Ministerio o, al menos, informando al autor de las consecuencias que la obra de regeneración de la playa iba a provocar en la "Proa" pues, de estar rodeada de agua, pasaría a estar rodeada de arena, alterando su concepción y singularidad artísticas, al objeto de ser oído acerca de las propuestas asumibles para salvaguardar su derecho a la integridad de la obra.

Esta conducta encaminada a conciliar el interés público y el derecho moral a la integridad de la obra no era exigible al Ministerio aunque éste fuese el que acometió materialmente la obra de regeneración de la playa pues desconocía el significado artístico de la "Proa" porque:

1.-) es un tercero ajeno al concurso convocado para a adjudicación del Monumento al Pescador y también respecto del contrato celebrado el día 15 de febrero de 1988 entre el autor y el Ayuntamiento (artículo 1.257 del Código civil) en el que se indica expresamente que el proyecto y ejecución del conjunto escultórico se sujetaba a la plica presentada por el autor;

2.-) en el período de información pública y de informe por parte de determinados organismos públicos al que se sometió el proyecto de "Recuperación Ambiental del Litoral del Carrer del Mar, T.M. de El Campello (Alicante)" no se hizo ninguna alegación sobre las consecuencias que esa obra tendría sobre la "Proa" y el informe que emitió el Ayuntamiento tampoco se refirió a este particular. En consecuencia, ninguna responsabilidad es exigible al Ministerio respecto de la infracción del derecho moral a la integridad de la obra. Realmente, era el Ayuntamiento quien estaba en condiciones de salvaguardar la concepción artística de la obra supeditada a las características espaciales de la ubicación de la "Proa" porque: 1.-) era el propietario; 2.-) conocía la importancia que tenían las condiciones espaciales de ubicación de la "Proa" desde que adjudicó el concurso al autor; 3.-) conocía las consecuencias que iba a provocar el proyecto de obra de regeneración de la playa en la alteración de la concepción artística y significado de la "Proa".

Sin embargo, su actuación fue de completa pasividad cuando, como propietario y, con mayor motivo aún, en su calidad de Administración pública que debe velar por las instalaciones culturales del Municipio, debió salvaguardar la concepción artística de la "Proa" pues: 1.-) no informó al Ministerio de las consecuencias que el Proyecto de regeneración de la playa iba a provocar sobre

la "Proa" al objeto de que adoptara en aquel momento medidas encaminadas a su protección, aunque sí informó sobre las consecuencias que esa obra podía provocar en "las comunidades submarinas, en especial de la pradera de Posidonia oceánica"; 2.-) tampoco informó al autor de las consecuencias que la obra de regeneración de la playa iba a provocar sobre la "Proa" con el fin de ser oído sobre posibles soluciones que salvaguardaran su derecho a la integridad de la obra; 3.-) aún más, cuando fue requerido mediante el escrito de la Fundación Arte y Derecho no contestó ni se puso en contacto con el objeto de remediar de algún modo las consecuencias de las nuevas condiciones espaciales de la "Proa".

Esta pasividad en la protección del mantenimiento de la concepción y singularidad artísticas de la "Proa" cuando podía y debía hacerlo convierte al Ayuntamiento en responsable de la infracción del derecho a la integridad de la obra sin que pueda exonerarle el hecho de que la regeneración de la playa la ejecutara el Ministerio en el ejercicio de la competencia estatal sobre el dominio público marítimo-terrestre.

SÉPTIMO.- Indebida desestimación de las acciones ejercitadas por el actor en la demanda.

Seguidamente, debemos examinar la procedencia de las acciones ejercitadas en la demanda que sólo pueden dirigirse frente al Ayuntamiento al ser éste el único responsable de la infracción.

En primer lugar, procede estimar la acción declarativa (admitida implícitamente en el artículo 138 LPI al decir "sin perjuicio de otras acciones que le correspondan") en el sentido de afirmar que el Ayuntamiento ha infringido el derecho moral a la integridad de la obra del actor al no haber cumplido su obligación de conservación y al no haber adoptado medidas encaminadas a la salvaguarda de la concepción y singularidad artísticas de la "Proa" como consecuencia de la regeneración de la playa.

En segundo lugar, bajo la cobertura de la acción de cesación (artículo 139 LPI) lo que se pretende en la demanda es restaurar la "Proa" a su estado original y así se interesa: 1.-) la eliminación de las arenas de la playa aportadas que han ocasionado la "emergencia" del mar; 2.-) subsidiariamente, el desplazamiento de la "Proa" al mar; 3.-) la reparación de todas las partes dañadas de la escultura, poniendo en funcionamiento sus instalaciones originales.

1.-) La primera de las medidas reparadoras ya la hemos descartado antes al declarar la prevalencia del interés público de la regeneración de la playa sobre el derecho moral a la integridad de la obra del actor por resultar manifiestamente desproporcionado y excesivamente oneroso.

2.-) Subsidiariamente, se interesa el desplazamiento de la "Proa" al mar. Se trataría de conciliar el interés público que deriva de la importante obra de regeneración de la playa y el derecho del autor sobre la integridad de su obra.

No podemos acceder a la petición inicial de desplazamiento de la "Proa" al eje del morro del espigón número 3 como propone el perito de la parte actora, Don Jon, en su informe aportado como documento número 22 de la demanda, al resultar inviable técnica y económicamente según el informe emitido por el perito judicial, Sr. Llobregad Espuch, auxiliado por el Ingeniero de Caminos Sr. Aganzo Lisón.

El informe del perito judicial propone otras ubicaciones alternativas en los puntos B y A del croquis incorporado al folio 31 de su informe que sí resultarían viables desde el punto de vista técnico aunque no concreta cuál sería el coste de la retirada, desplazamiento e instalación de la "Proa" en la nueva ubicación al objeto de poder determinar si sería manifiestamente desproporcionada la compleja operación de reinstalación de la "Proa" en el mar.

Aún soslayando la ausencia del presupuesto, nos encontramos con un problema adicional y

es que el cambio de la ubicación de la "Proa" requiere del previo otorgamiento por el Ministerio de una concesión administrativa conforme establece la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas al constituir una ocupación del dominio público marítimo-terrestre. No puede una resolución jurisdiccional del orden civil suplir el expediente y el acto administrativo de la concesión porque significaría invadir competencias de la Administración, ni siquiera a título prejudicial (artículo 42 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pues no estamos ante un razonamiento que está fundado en el Derecho Administrativo que contribuye como un antecedente lógico a dictar la resolución en el presente proceso sino que sería la misma resolución al condenar al desplazamiento de la "Proa" al mar la que sustituiría a la concesión administrativa.

Para superar el problema anterior, podría limitarse el objeto de la condena a que el Ayuntamiento promoviera el expediente administrativo dirigido a la previa obtención de la concesión. Sin embargo, nadie puede asegurar que se otorgue la concesión y buena prueba de ello es que no se llegó a otorgar la concesión para la instalación de la "Proa" en su ubicación originaria como se desprende del anexo documental número 1 de la contestación del Ministerio. La incertidumbre en el otorgamiento de la concesión administrativa podría convertir en imposible la condena al desplazamiento de la "Proa" al mar, lo que nos lleva a desestimar esta pretensión que se transformará en una indemnización del daño moral del autor que debe soportar la alteración definitiva de la concepción y singularidad artísticas del conjunto escultórico.

3.-) La tercera pretensión dentro de la acción de cesación es la de reparación de todas las partes dañadas de la "Proa", poniendo en funcionamiento sus instalaciones originales. A estos efectos se entienden por daños los relacionados en el hecho probado número 15. Esta condena a la reparación ya ha sido acogida en el ordinal quinto de la fundamentación jurídica de la presente Sentencia pero debe hacerse una precisión y es que no procede la puesta en funcionamiento

del chorro de agua porque esta instalación tiene su significado si la "Proa" se encuentra ubicada en el mar y, no, cuando se encuentra rodeada de arena.

Seguidamente, hemos de abordar la acción de indemnización de daños y perjuicios por el daño moral causado al actor (artículo 140 LPI).

El Ayuntamiento opuso la excepción de prescripción al amparo de lo dispuesto en el artículo 140.3 LPI: "La acción para reclamar los daños y perjuicios a que se refiere este artículo prescribirá a los cinco años desde que el legitimado pudo ejercitarla." Se desestima la excepción porque el dies a quo del plazo para el ejercicio de la acción indemnizatoria hay que fijarlo en la fecha en que terminan los trabajos de relleno de arena (mes de junio de 2002) y el requerimiento de la Fundación Arte y Derecho, de fecha 6 de septiembre de 2004, tiene la naturaleza de acto interruptivo (artículo 1.973 del Código civil), de tal manera que cuando se presenta la demanda el día 4 de junio de 2008 no había prescrito la acción. No puede fijarse como dies a quo el día de la publicación en el BOP en el que se somete a información pública el proyecto de regeneración de la playa porque no permite conocer el alcance real del efecto del relleno de la arena en el espacio ocupado por la "Proa". Es evidente que el escrito de la Fundación Arte y Derecho tiene naturaleza interruptiva del plazo de prescripción porque actúa en calidad de representante del autor y porque concreta el acto de infracción y requiere al Ayuntamiento a adoptar alguna solución (hecho probado número 13).

Salvado el obstáculo de la prescripción, hemos de considerar que procede la indemnización de daños y perjuicios como consecuencia del daño moral (artículo 140.2.a LPI) sufrido por el actor causado por la degradación que presenta la "Proa" ante el estado de práctico abandono en el que se encuentra y por la alteración de la concepción y singularidad artísticas propia de todo el conjunto escultórico al privar a una de sus partes de la simbología característica por no quedar ya situada en el mar sino rodeada de arena. La prueba de la existencia del daño moral cuando se ataca el derecho a la

integridad en las circunstancias examinadas no es exigible porque es inherente a la infracción o, en otros términos, ex re ipsa loquitur.

Respecto de la cuantía de la indemnización de daños y perjuicios rechazamos: a) la cantidad de 100.000.- # que se solicita en el caso de retirar el relleno de la arena porque es infundada pues no especifica ningún parámetro objetivo sino que establece una cantidad alzada sin más; 2.-) la cantidad de 391.258,87.- # que se solicita en el caso de que se modifique el emplazamiento de la "Proa" porque no se acierta a ver la relación que existe entre la cantidad actualizada del coste de la ejecución de la obra y el daño moral que se indemniza.

Hemos de partir de los honorarios percibidos por el proyecto e instalación del conjunto de la obra pues es la compensación económica aceptada por el autor y su equipo en pago de su creación artística y de la ejecución de la obra. En la plica presentada al concurso se concretó como honorarios a percibir la suma de 9.975,84.- # pero esa cuantía fijada en el mes de noviembre de 1987 debe actualizarse a la fecha de presentación de la demanda (junio de 2008) mediante la aplicación del incremento experimentado por el IPC en ese período según el INE (126,3%), lo que da como resultado la suma de 22.575,33.- #.

Atendiendo a los criterios cuantitativos previstos en el artículo 140.2.a LPI (circunstancias de la infracción y gravedad de la lesión) consideramos que la cuantía deber reducirse en un 50% porque, a efectos indemnizatorios, no puede equipararse la retribución de la creación del conjunto de la obra y su ejecución a la sola alteración de la concepción y singularidad artísticas de una obra que permanece materialmente. Es un concepto de inferior valor económico la alteración del significado de la obra respecto del proceso creativo y ejecución del conjunto escultórico que permaneció incólume durante un período aproximado de diez años. En consecuencia, se fija la indemnización en la suma de 11.287,67.- #

No procede la aplicación del criterio cuantitativo referido al grado de difusión ilícita de la obra pues se acogerá a continuación la acción de publicación y difusión de la Sentencia.

Por último, en cuanto a la acción de publicación y difusión de la Sentencia (artículo 138 LPI) procede su estimación porque en el hecho probado número 8 consta el grado de difusión de la obra en revistas especializadas y en monografías y, además, porque se trata de un conjunto escultórico accesible al público general si tenemos en cuenta el lugar en que se encuentra (playa de una ciudad turística). En consecuencia, al objeto de reparar el daño moral sufrido por el actor ante el elevado grado de difusión de la obra en forma distinta a su originaria concepción artística procede condenar al Ayuntamiento a que, a su costa, publique el Fallo de la presente Sentencia en la página impar de un periódico de difusión nacional ocupando una cuarta parte de su extensión y, además, en una revista especializada de arte y/o escultura de difusión nacional en las mismas condiciones de ubicación y extensión.

OCTAVO.- *Costas causadas en la instancia.*

Al haberse articulado de manera subsidiaria y alternativa el conjunto de pretensiones deducidas en la demanda, hemos de concluir que se ha producido una estimación sustancial de la misma frente al Ayuntamiento quien deberá soportar las costas causadas al actor en la instancia en virtud del criterio del vencimiento objetivo (artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Estamos ante una estimación sustancial porque: 1.-) se ha declarado la infracción del derecho moral a la integridad de la obra, lo cual constituye el hecho neurálgico del conjunto de pretensiones deducidas en la demanda; 2.-) si no se ha acogido la condena a desplazar la "Proa" al interior del mar es por la incertidumbre de su ejecución; 3.-) si no se ha acogido la cuantía indemnizatoria solicitada se debe a la aplicación de un criterio distinto al utilizado por el actor.

No procede imponer al actor las costas causadas al Ministerio pues aunque se desestima la demanda dirigida frente a él, concurren serias dudas de hecho y de Derecho que lo justifican según la excepción prevista en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al criterio objetivo del vencimiento. La ampliación de la demanda estaba justificada al tener conocimiento el actor en el curso del proceso que el ejecutor material del relleno de la arena no había sido el Ayuntamiento sino el Ministerio y porque la pretensión de dejar la parte de la "Proa" en su estado original mediante el vaciado de la arena o su desplazamiento al mar podía afectarle al tener encomendadas las potestades administrativas sobre el dominio público marítimo-terrestre.

NOVENO.- Costas causadas en esta alzada.

No procede efectuar especial imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en esta alzada al haber sido estimado en parte el recurso de apelación según establece el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

DÉCIMO.- Destino del depósito constituido para la preparación del recurso.

Se acuerda la devolución del depósito constituido al estimarse en parte el recurso según prevé la Disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

VISTAS las disposiciones citadas y demás de general y pertinente aplicación.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español.

III - PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS: Con estimación parcial del recurso de apelación deducido contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Alicante de fecha seis de octubre de dos mil diez, en las actuaciones de que dimana el presente Rollo, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS la mencionada resolución y, en su lugar,

1.-) que estimando sustancialmente la demanda promovida por la Procuradora Doña Francisca Caballero Caballero, en nombre y representación de Don Belarmino, contra el Excelentísimo Ayuntamiento de El Campello, debemos

A) declarar y declaramos que el Excelentísimo Ayuntamiento de El Campello ha infringido el derecho moral a la integridad de la obra del actor al no haber cumplido su obligación de conservación y al no haber adoptado medidas encaminadas a la salvaguarda de la concepción y singularidad artísticas de la "Proa" perteneciente al conjunto escultórico del "Monumento al Pescador" sito en la localidad de El Campello.

B) debemos de condenar y condenamos al Excelentísimo Ayuntamiento de El Campello a:

i) reparar todas las partes dañadas de la parte denominada la "Proa" del conjunto "Monumento al Pescador" relacionadas en el hecho probado número 15 y la instalación del haz de luz que une visualmente por la noche las dos piezas del conjunto escultórico.

ii) indemnizar al actor por los daños morales sufridos en la suma de ONCE MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE EUROS CON SESENTA Y SIETE CÉNTIMOS (11.287,67.- #), más los intereses moratorios procesales desde la fecha de la presente resolución hasta su completo pago.

iii) publicar, a su costa, el Fallo de la presente Sentencia en la página impar de un periódico de difusión nacional ocupando una cuarta parte de su extensión y, además, en una revista especializada de arte y/o escultura de difusión nacional en las mismas condiciones de ubicación y extensión anteriores.

iv) el pago de las costas causadas al actor en la instancia.

2.-) que desestimando la demanda promovida por la Procuradora Doña Francisca Caballero Caballero, en nombre y representación de Don Belarmino, contra el Ministerio de Medio

Ambiente, Rural y Marino, debemos absolver y absolvemos a éste de todas las pretensiones deducidas en su contra, sin efectuar especial imposición a ninguna de las partes de las costas causadas al Ministerio en primera instancia.

3.-) no procede efectuar especial imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en esta alzada.

4.-) se acuerda la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso.

Notifíquese esta Sentencia en forma legal y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia junto con los documentos números 2, 3, 4, 5 y 13 de la demanda más los documentos aportados con el escrito de contestación del Ministerio así como el documento aportado por esa misma parte mediante escrito presentado el día 2 de febrero de 2010, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otra al Rollo de apelación.

La presente resolución no es firme y podrá prepararse el recurso de casación, en los términos establecidos en el artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el recurso

extraordinario por infracción procesal, respecto de aquellas resoluciones que sean susceptibles de casación.

Sólo podrá prepararse el segundo recurso, sin formular el de casación, en los supuestos en que este último sería admisible, en los casos previstos en los números 1º y 2º del apartado segundo del artículo 477 mencionado.

De dichos recursos conocerá la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (Disposición Final 16ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y deberán prepararse ante esta Sección en el término de cinco días siguientes a la notificación, constituyéndose previamente a la preparación del recurso de casación y/o del extraordinario por infracción procesal DEPÓSITO para recurrir por importe de 50 # por cada recurso que se ingresará en la Cuenta de Consignaciones de esta Sección Octava abierta en Banesto, sin cuya acreditación no será admitido (LO1/2009, de 3 de noviembre).

Así, por esta nuestra Sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día ha sido leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr. Ponente que la suscribe, hallándose la Sala celebrando Audiencia Pública. Doy fe.-