

Expediente Núm. 302/2016
Dictamen Núm. 2/2017

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 12 de enero de 2017, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 2 de diciembre de 2016 -registrada de entrada el día 13 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Castrillón formulada por, por los daños ocasionados a una de las obras destinadas a exhibirse en la exposición organizada por un centro cultural municipal.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 23 de mayo de 2016, el interesado presenta en una oficina de correos una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños ocasionados por un operario municipal a una de las obras que iban a mostrarse en una exposición fotográfica durante el montaje de la exhibición.

Refiere que “entre el 2 de octubre y el 23 de diciembre de 2015 el Centro Cultural (...), dependiente del Patronato Municipal de Actividades Culturales de Castrillón, exhibió en sus salas la exposición de fotografías (...) cuyo autor es el que suscribe”.

Manifiesta que, “con fecha 29 de septiembre de 2015, el Director del Patronato de Cultura me comunicó por correo electrónico (...) que uno de los operarios, en el proceso de montaje, perforó una de las fotografías, acompañando fotos de la misma y solicitándome una valoración económica para hacérsela llegar a su seguro (...). Por mi parte se contestó alegando que lo sucedido era incomprensible, por cuanto en el marco de cada una de las fotografías ya existían dos orificios dispuestos para poner unas hembrillas y colgarlas. Igualmente se le comunicó al Director que la valoración ascendía a 16.000 €, se trata de un díptico irremplazable (...). Hasta la fecha no se ha obtenido una respuesta a mi reclamación, por lo que me veo en la obligación de iniciar este expediente”.

Solicita una indemnización por importe de dieciséis mil euros (16.000 €), según valoración que aporta.

Adjunta a su escrito, entre otros, los siguientes documentos: a) Documento extraído de la página web del Centro Cultural, a modo de anuncio de la exposición, en la que se efectúa una descripción del objeto de la obra que incluye y se detalla la trayectoria profesional del fotógrafo. b) Texto del correo electrónico remitido por el interesado el día 29 de septiembre de 2015 al Director del Patronato Municipal de Cultura de Castrillón, en el que expone que “se trata de dos copias analógicas que me hicieron en un laboratorio que cerró en 2008 por el paso al digital. Son irremplazables (son pruebas de artista, como te indiqué en las informaciones técnicas), ya que el laboratorista se retiró. Y no tiene sentido la una sin la otra./ Si las equiparamos al precio que ese formato tendría en una edición de 5 (que no es el caso, dado que son obras únicas) el monto por el díptico es de 8.000 €. Al ser pruebas de autor el precio se incrementa en un 100% (según me informa mi galería de Madrid), por lo que su valoración para el seguro es de 16.000 €./ Es una

verdadera lástima haber perdido esas obras, tenían un gran valor emocional para mí y para la coleccionista que me las ha prestado". c) Informe de valoración económica de la obra dañada, suscrito el 26 de marzo de 2016 por un galerista que dice ser, además, representante del fotógrafo, en el que señala que aquella, que asciende a 16.000 €, "corresponde a su actual valor de mercado".

2. Mediante Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Castrillón de 31 de mayo de 2016, notificada a la aseguradora y al reclamante con fechas 6 y 7 de junio de 2016, respectivamente, se designan instructora y secretaria del procedimiento. En la misma resolución, se identifica la fecha en que la solicitud ha sido recibida por el órgano competente, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución del procedimiento y los efectos del silencio administrativo.

3. Con fecha 2 de junio de 2016, la Instructora del procedimiento solicita un informe sobre la reclamación al Director del Patronato Municipal de Actividades Culturales de Castrillón.

El día 10 del mismo mes, el citado Director informa que "el lunes 24 de septiembre de 2015 llegaron las obras (...) a Centro Cultural debidamente embaladas en un transporte (...) procedente de Madrid (...). A continuación procedí junto con los conserjes a desembalar todas las fotografías, comprobando (una a una) que (...) se encontraban en perfectas condiciones (...). El viernes 29 de septiembre comencé el montaje de la exposición junto con los dos conserjes (...). El Concejal de Cultura me había dicho con anterioridad que para el montaje de la exposición no se disponía de dinero para contratar a ninguna empresa especializada. Vi al comenzar el montaje que, tanto por el peso de las fotografías como por las herramientas que precisábamos y de las cuales no disponíamos, no podíamos acometer la tarea nosotros solos, por lo cual se llamó al Servicio de Obras, quedando que enviarían personal para la realización de esa tarea./ Esa misma mañana dos

operarios de Obras y Servicios comenzaron el montaje de la exposición bajo mis instrucciones. Primero se realizó la distribución y ordenación de las fotografías en el espacio de la sala y luego señalándose la altura a la que se deberían colgar las fotografías y la distancia entre las mismas./ Cuando faltaban dos fotografías por colocar (...), viendo (...) que la tarea era la misma que se realizó a lo largo de la mañana (...), me ausenté para comer (...). Desde uno de los operarios me llama al móvil y me informó que una de las fotografías había sido perforada con una taladradora. Llamé en ese momento a la (...) Alcaldesa, al no localizar al Concejal (...), para exponerle los hechos que me había relatado el operario y me indicó que me pusiera en contacto con el seguro, como así lo hice”.

4. El día 20 de junio de 2016, la Instructora del procedimiento solicita un informe sobre la reclamación a la Unidad de Obras y Servicios.

Con fecha 23 de junio de 2016, la Jefa de Obras, Servicios y Medio Ambiente del Ayuntamiento de Castrillón informa que “por parte de este Servicio se procedió a la colocación de las fotografías, no siendo los operarios que realizaron los tajos especialistas en este tipo de montajes”, y que “a la finalización de los mismos los operarios que realizaron el tajo comunicaron al Encargado Municipal de Obras un incidente con una de las fotografías de la exposición”.

5. Mediante escrito notificado al interesado el 9 de septiembre de 2016, la Instructora del procedimiento le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, y le adjunta una relación de los documentos que obran en el expediente.

6. Con fecha 26 de septiembre de 2016, el perjudicado presenta en una oficina de correos un escrito de alegaciones en el que se ratifica en su pretensión inicial.

7. El día 2 de diciembre de 2016, la Instructora del procedimiento formula propuesta de resolución en sentido parcialmente estimatorio. En ella señala, respecto de la legitimación del reclamante, que del expediente “se deduce que la propiedad intelectual de la obra dañada corresponde al (autor), dado que conforme al Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (...), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación”.

Considera acreditadas la realidad del resultado lesivo y la relación de causalidad con el funcionamiento del servicio público y, en razón de ello, entiende que la reclamación ha de ser estimada; sin embargo, considerando que la obra puede ser reparada, evalúa el daño indemnizable en 700 €, monto que comprendería el coste de restauración de la obra (400 €), más el precio del transporte de la misma con tal objeto (300 €). Dicha valoración se corresponde con la remitida por la compañía aseguradora al Ayuntamiento, por correo electrónico, el 24 de noviembre de 2016.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 2 de diciembre de 2016, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Castrillón objeto del expediente núm., adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo,

aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud de la Alcaldía del Ayuntamiento de Castrillón, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

En el despacho de la presente consulta tomamos en consideración la entrada en vigor el día 2 de octubre de 2016 de las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. La disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, sobre régimen transitorio de los procedimientos -que carece de equivalente en la Ley 40/2015, salvo para los procedimientos de elaboración de normas en la Administración General del Estado-, determina que "A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior".

A estos efectos, en el supuesto analizado el procedimiento se inició mediante reclamación del interesado presentada en una oficina de correos el día 23 de mayo de 2016, lo que nos remite a la redacción entonces vigente de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), y al Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LRJPAC, hemos de examinar, en primer lugar, la legitimación activa del interesado para formular la reclamación de responsabilidad patrimonial que da origen al procedimiento en curso. Consta en el expediente que el reclamante es el autor de la fotografía dañada, y que en tal calidad ejercita su pretensión.

Establece el artículo 2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante TRLPI), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996,

de 12 de abril, que “La propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley”.

El artículo siguiente de la misma norma distingue entre los derechos de autor y “la propiedad y otros derechos que tengan por objeto la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual”, significando que ambas clases de derechos son “independientes, compatibles y acumulables”.

Lógicamente, mientras el autor conserva la titularidad de la obra ostenta sobre ella la totalidad de los derechos reconocidos por la Ley, ya sean de carácter personal o bien de naturaleza patrimonial, contándose entre los últimos los derivados de la propiedad del soporte en el que se recoge la creación artística. Sin embargo, la enajenación de la obra conlleva la ruptura de tal acumulación de facultades, de forma que el autor conservará a partir de ese momento, al menos, los de carácter personal o moral que enuncia el artículo 14 del TRLPI como “irrenunciables e inalienables”.

En el asunto que analizamos opera esta disociación de derechos, pues en el momento en el que se produce el daño la obra afectada ya no se encuentra en propiedad del autor, sino que pertenece a una “coleccionista” que se la habría “prestado”, tal y como refiere el propio interesado en el correo electrónico que adjunta a la reclamación. Por esta razón ha de entenderse que mediante la solicitud el reclamante pretende obtener el resarcimiento de un daño atinente a su esfera moral, por más que al evaluar económicamente tal lesión haya tomado como equivalente el valor de mercado de la obra. En este sentido, cabe destacar que el autor se habría referido ya a un perjuicio de tal naturaleza en el correo electrónico antes citado, en el que alude al “gran valor emocional” que para él tendría la fotografía.

Tratándose de una obra fotográfica, y al objeto de determinar si el interesado se encuentra legitimado *ad causam* para solicitar el resarcimiento del derecho que reclama, debemos comenzar por el análisis de la protección que la Ley de Propiedad Intelectual confiere a los autores de fotografías.

El TRLPI menciona dentro de las creaciones intelectuales objeto de protección por el derecho de autor "las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía" -artículo 10.1, letra h)-. El autor de una obra fotográfica, al igual que el creador de cualquier obra literaria, artística o científica, ostenta sobre ella todos los derechos -tanto de carácter personal o moral como de naturaleza patrimonial- reconocidos en el Libro I del TRLPI, por lo que podemos decir que su protección es plena. Tales derechos son distintos de los que corresponden al realizador de las identificadas en el artículo 128 del TRLPI como "meras fotografías", cuya protección, distinta y más reducida, se ciñe al "derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública, en los mismos términos reconocidos en la presente Ley a los autores de obras fotográficas". Por ello, como vienen señalando reiteradamente la doctrina y la jurisprudencia, los realizadores de meras fotografías no serían titulares de los derechos de carácter personal o moral que el Libro I del TRLPI reconoce a los autores de obras literarias, artísticas o científicas. La interpretación sistemática del TRLPI abundaría en esta tesis, pues el artículo 128 del TRLPI está incluido en el Libro II de la norma, rubricado "De los otros derechos de propiedad intelectual y de la protección `sui generis` de las bases de datos".

La distinción entre las obras fotográficas y las meras fotografías pivota en torno al carácter original de la obra al que se refiere el artículo 10.1 del TRLPI. Para distinguir entre ambos tipos de creaciones, puesto que el TRLPI no ofrece una definición de lo que deba entenderse por creación original, puede recurrirse al canon interpretativo que ofrece el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, ratificado por España mediante Instrumento de 2 de julio de 1973, que, tras ser publicado oficialmente en el Boletín Oficial del Estado de 4 de abril y 30 de octubre de 1974, forma parte de nuestro ordenamiento interno. A dicho Convenio alude la Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, en cuyo considerando 17 se establece que "una obra fotográfica con arreglo al Convenio

de Berna debe considerarse original si constituye una creación intelectual del autor que refleja su personalidad, sin que se tome en consideración ningún otro criterio tal como mérito o finalidad". Por consiguiente, puede concluirse que la creación fotográfica original objeto de protección plena por el TRLPI, incluyendo la tutela del derecho moral del autor, va más allá de la mera reproducción de la realidad, implicando la transformación del elemento fotografiado en resultado artístico mediante la intervención de la capacidad creativa del fotógrafo.

En el caso que analizamos, del documento publicado en la página web del Centro Cultural que obra en el expediente puede deducirse la cualidad original de la obra afectada. Por tanto, hemos de concluir, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LRJPAC, que está el interesado activamente legitimado para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

El Ayuntamiento de Castrillón está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que "En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo." En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 23 de mayo de 2016, habiendo tenido lugar los hechos de los que trae origen el día 29 de septiembre de 2015, por lo que es claro que fue formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, y, en su desarrollo, en el Reglamento de Responsabilidad Patrimonial.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

La propuesta que se somete a nuestra consideración tiene carácter parcialmente estimatorio; sin embargo, los actos de instrucción practicados por la Administración no han contribuido a aclarar una cuestión decisiva para decidir sobre la cuantificación del daño reclamado, cual es si la obra fotográfica afectada ha resultado destruida a causa del percance sufrido de modo que es "irremplazable" -según afirma el interesado- o si, por el contrario, es posible su reparación como propone la Administración.

Por otro lado, consideramos que el principio de reparación integral del daño reclamado -que es de naturaleza moral, según señalamos en la consideración segunda- exige algo más que el abono del coste de restauración de la fotografía que ofrece el Ayuntamiento por toda indemnización, y que debería comprender también la cuantificación de los daños producidos en la esfera moral del autor a que se refiere el artículo 14 del TRLPI, destacadamente el que afecta al derecho de preservación de la integridad de la obra. Como venimos manifestando de forma constante, la finalidad de la instrucción del procedimiento no es otra que la de proporcionar al órgano competente para resolver los elementos de juicio imprescindibles para dictar una resolución acertada, de forma que al término de la instrucción estén claros tanto los hechos y las circunstancias en las que se produjo el daño como los fundamentos con arreglo a los cuales habrá de pronunciarse la resolución. En el caso que analizamos faltan elementos de juicio imprescindibles para determinar si la cuantía que se propone satisfacer es o no acertada, para lo cual resulta necesario establecer, en primer lugar, si la obra es susceptible o no de reparación y, en segundo término, valorar la lesión producida al derecho moral del autor, para lo cual deberá tenerse en cuenta si el daño causado resulta o no reversible. Por último, puesto que el presupuesto de restauración de que se dispone comprende una partida referida al "transporte" que asciende a 300 €, debería justificarse la procedencia de tal cuantía por referencia a la ubicación de la obra y del taller en que podría realizarse aquella.

La decisión sobre los aspectos que se acaban de indicar requiere la retroacción del procedimiento al objeto de recabar los informes que resulten

oportunos para determinar los pormenores de la técnica de reparación a aplicar y valorar el derecho moral afectado, pero no podrá adoptarse sin otorgar nueva audiencia al interesado para que pueda conocer los actos de instrucción indicados, controvertir en su caso el carácter reparable del daño y aportar las pruebas que estime convenientes en defensa de su posición.

En suma, no es posible en el estado actual de tramitación del procedimiento un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada, por lo que habrán de retrotraerse las actuaciones al objeto de realizar las actuaciones que resulten oportunas para aclarar las cuestiones señaladas; una vez completada la instrucción deberá sustanciarse un nuevo trámite de audiencia y, librada nueva propuesta de resolución, habrá de someterse nuevamente a la consideración de este Consejo.”

V. I., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

ILMA. SRA. ALCALDESA DEL AYUNTAMIENTO DE CASTRILLÓN.