

I CONFERENCIA SOBRE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN EN ARTE Y PATRIMONIO CULTURAL

El pasado 14 de junio de 2018 se celebró en la Corte de Arbitraje de Madrid la **I Conferencia sobre Arbitraje y Mediación en Arte y Patrimonio Cultural**, organizada por la Corte de Arbitraje de Madrid, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), el Centro de Mediación Empresarial de Madrid (CMEM) y Cámara de Madrid, bajo la dirección académica de Ramón y Cajal Abogados ARTE.

El evento reunió a un elenco de los más reputados especialistas españoles e internacionales, que transmitieron a un público cualificado formado por juristas, académicos, estudiantes y profesionales del mundo del arte y la cultura –tanto del sector público como del privado- sus reflexiones sobre las ventajas que aportan los medios alternativos de resolución de conflictos en un sector tan singular, sensible, transfronterizo y poco regulado en algunos países como es el mercado del arte y el patrimonio cultural.

El sector es consciente de las dificultades que entraña la resolución judicial de conflictos cuando la materia a tratar requiere en la mayor parte de casos soluciones rápidas, flexibles, interactivas, muy discretas, con un alto grado de cualificación del experto y calidad de los medios de prueba que escogen las partes. El arte y la cultura tienen un componente emocional, un valor intangible mucho más allá de su valor económico –al menos para el verdadero amante del arte- que debe entenderse y tenerse en cuenta a la hora de llegar a una solución satisfactoria para todos.

Son conflictos habituales en el mercado del arte y el patrimonio cultural los derivados de la autenticidad (falsificaciones, atribuciones erróneas o inexactas ...), la falta de documentación que acredite la titularidad, procedencia y pago de las obras, las restricciones para la exportación de bienes culturales, la restitución de bienes culturales entre estados y la dificultad de aplicación del derecho internacional, la intermediación y comisiones en la compraventa, daños y robos de obras de arte y bienes culturales, plagios y otros problemas relativos a los derechos de autor, etc.

Tales conflictos pueden resolverse –así lo afirmaron unánimemente los ponentes- de una manera mucho más confidencial, eficaz y eficiente acudiendo a mecanismos como la negociación, la conciliación, la mediación o el arbitraje, siendo más adecuado uno u otro según la dimensión del conflicto y número de partes implicadas, así como su presupuesto.

Por ello nace este evento anual, que ha gozado de gran aceptación en su primera edición, con el propósito de romper con las limitaciones y la lentitud derivada de la concepción más litigiosa, conservadora y nacionalista del Derecho, abogando por tener en cuenta la dimensión psicológica, espiritual e internacional en materias que como el arte, así lo requieren.

A continuación recogemos algunas de las ideas más importantes que aportaron los intervinientes:

Primera Mesa: Mapa de conflictos relacionados con Arte y Patrimonio Cultural

Yolanda Bergel Sainz de Baranda, Profesora ayudante doctor de Derecho Civil de la Universidad Carlos II de Madrid.

Limitaciones legales en venta de obras de arte

La profesora Bergel expuso que los principales conflictos en materia de compraventa de obras de arte, con origen en limitaciones legales, son los siguientes:

- Conflictos entre artista y propietario del soporte por derechos de propiedad intelectual pertenecientes al autor que pudiera explotar el propietario. En España, el comprador de una obra de arte sólo adquiere el derecho de exposición pública, pero ningún otro derecho de explotación de la obra que no se haya cedido en el contrato de compraventa (art. 56 LPI), por lo que no podrá, por ejemplo, reproducirlo sin consentimiento del artista.
- Conflictos entre los intereses del propietario de la obra y la Administración derivados de las limitaciones legales a la transmisión o exportación de obras de arte establecidas en la Ley de Patrimonio Histórico Español. Sería muy deseable (sobre todo para el procedimiento de solicitud de exportación) el establecimiento de la posibilidad de mediación en estos conflictos en la Ley de Procedimiento Administrativo. A falta de esto, permitir la interacción de las partes (*v.gr.* audiencia al propietario que solicita el certificado de exportación antes de tener que acudir al procedimiento contencioso) sería muy conveniente.
- Conflictos entre el propietario desposeído y el adquirente de buena fe en casos de tráfico ilícito de bienes culturales. En estos conflictos los procedimientos de ADR son en muchos casos muy convenientes para poder tener en cuenta, en la resolución de los mismos, distintos intereses (culturales, éticos, políticos, morales, etc) y no sólo soluciones rígidas que se atengan sólo a Derecho. Dependiendo del caso concreto y de sus circunstancias (se busca una solución rígida o flexible; el coste de litigar es alto o bajo en esa jurisdicción; importa la confidencialidad o no; es necesario interrumpir la prescripción o no; necesitamos una solución rápida o no; etc.) esta puede ser una vía mejor que la judicial.

Las mayores ventajas de un procedimiento de ADR en este campo son (i) que tendremos a profesionales expertos en conflictos culturales resolviendo la cuestión; (ii) que podremos mantener la confidencialidad del procedimiento y no afectar por lo tanto a la reputación de las partes; y (iii) que podrán alcanzarse soluciones flexibles que tengan en cuenta todos los intereses en juego y no beneficien únicamente a una de las partes (indemnización en vez de devolución; copropiedad, devoluciones recíprocas, reparto, elaboración de réplicas exactas, reconocimiento de propiedad con posterior donación, etc.)

Antonio Roma Valdés, Profesor Asociado de Sistemas Judiciales de la Unión Europea

Autenticidad, atribución, origen y titularidad

Antonio Roma explicó que los conflictos relacionados con el patrimonio cultural presentan unas características especiales derivadas del interés social que acompaña a determinados objetos: además del derecho real sobre el objeto, generalmente susceptible de titularidad particular, existe un interés social colectivo superior en una previsión que encontramos en España y en numerosas leyes de nuestro entorno a pesar de las muchas diferencias en el régimen jurídico.

Los aspectos culturales protegidos en las diferentes normativas de aplicación van mucho más allá de las creaciones sujetas a un régimen de propiedad intelectual. En realidad, las normas sobre el patrimonio cultural son muy variadas en el derecho comparado y el objeto de protección y la forma de articularse son tremendamente dispares.

Cuando se trata de conflictos entre naciones distintas o entre naciones y sujetos particulares, el aspecto identitario del patrimonio cultural se encontrará muy presente y se da la circunstancia de que lo que se protege en una ley nacional no se protege en otra. De la misma manera, encontraremos supuestos en que distintas leyes otorguen el carácter de patrimonio cultural distinto en relación con un mismo objeto. Un conflicto sobre la titularidad sin duda es complicado de solucionar y obliga a considerar soluciones imaginativas.

Otra fuente de conflictos procede de la propia normativa de patrimonio cultural al establecer situaciones que afectan de diferente manera a distintas personas.

Los conflictos entre los particulares son asimismo muy variados, en particular presentes en los casos de ventas públicas o privadas. Uno de los más importantes deriva de la falsificación de obras de arte o de su alteración. En otros casos, encontramos ventas públicas de objetos que algún estado puede considerar exportadas ilegalmente o bien que han sido sustraídas a un particular en fechas próximas o remotas. En estos casos, junto a la falsificación, exportación o sustracción de las obras, la práctica señala casos de falsificación del correspondiente certificado de autenticidad o de exportación. En estos casos, junto a las normas jurídicas, las propias normas éticas establecen para el intermediario un deber específico de diligencia cada vez más potenciado por la normativa internacional.

No debe olvidarse que el valor cultural debe servir de criterio para resolver cualquier conflicto sino también para que este alto interés social siga intacto en el futuro.

Javier Fernández-Lasquetty, Socio de Elizaburu, Abogados y Consultores, Propiedad Industrial e Intelectual

Copyright y otros asuntos relacionados con la propiedad intelectual y nuevas tecnologías en el ámbito del arte y el patrimonio cultural

Al hablar de conflictos en materia de Derechos de Autor, señaló Javier Fernández-Lasquetty, que hay que partir del hecho de que la obra plástica se caracteriza por la unicidad, la inseparable unión entre el *corpus mysticum* y el *corpus mechanicum*, lo cual condiciona su protección y genera tensiones entre el autor y el propietario de la obra.

Así, el propietario no adquiere con la obra los derechos de explotación de la misma (reproducción, distribución, comunicación pública y transformación) sino que existe un marco de protección específico establecido en la Ley de Propiedad Intelectual con la finalidad de equilibrar los derechos del autor y los del propietario de la obra. De ese marco específico forman parte el llamado “derecho de exposición” a favor del propietario y el *droit de suite* como un derecho específico del autor de obra plástica

Otro conflicto es el que resulta del ejercicio de los derechos morales, que en obras plásticas, específicamente las escultóricas y las arquitectónicas, pero también las pictóricas (murales y otras análogas) se ve condicionado por la llamada “excepción de panorama”, cuando están situadas en la vía pública. También motivos de interés público han dado lugar a transformaciones de obras (relocalizaciones, reformas y rehabilitaciones) en las que el derecho moral de integridad de la obra ha decaído.

Evidentemente, el plagio es uno de los conflictos más frecuentes. El análisis cuantitativo y cualitativo hace de estos conflictos algo complicado, pues son inevitables juicios subjetivos. Por otro lado, el fenómeno del apropiacionismo reivindica la reinterpretación como una forma de arte, añadiendo más subjetivismo a los conflictos.

Un apunte final sobre el futuro obliga a mencionar la inteligencia artificial. Actualmente ya encontramos ejemplos de colaboración artista-máquina en la creación de obras, incluso de obras “creadas” por entes artificiales, que están obligando a revisar el derecho de autor en materia de autoría y originalidad y generarán nuevos conflictos.

Segunda Mesa: Mediación y arbitraje de los conflictos relacionados con Arte y Patrimonio Cultural

Antonio Hierro, Socio Director de Hierro Estudio Legal, S.L.P.

Antonio Hierro moderó la segunda mesa y expresó las siguientes reflexiones sobre las ventajas del arbitraje en la materia que nos ocupa:

La negociación, la mediación y el arbitraje son, por su naturaleza, instrumentos más adecuados que los tribunales de justicia nacionales para dar solución a los conflictos nacidos en el mercado del arte y del patrimonio cultural.

El arbitraje comercial internacional carece de límites geográficos y ofrece un foro neutral que evita que al menos una de las partes involucradas en la disputa tenga que acudir a un tribunal extranjero, que aplicará normas y seguirá procedimientos con los que no está familiarizada. Al margen de ello, los laudos arbitrales son ejecutables en cualquier país del mundo, exactamente en los 159 países que a fecha de hoy han ratificado la Convención de Nueva York, sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. En cambio, y eso es bien sabido, las sentencias judiciales “viajan mal”.

Además, el procedimiento arbitral es más rápido y se desarrolla en un ambiente más propicio a los acuerdos y transacciones; es flexible y más fácil de compatibilizar con soluciones ADR previas como la negociación o la mediación; puede favorecer soluciones imaginativas, en equidad o de otro tipo, si se faculta al árbitro para ello, lo que es trascendental en este ámbito; y es confidencial.

Por último, en el caso de reclamaciones frente a un Estado, lo que es harto frecuente en materia de arte y patrimonio cultural, existiendo un convenio arbitral, cabe entender que éste ha renunciado implícitamente a la inmunidad de jurisdicción, y probablemente también a la inmunidad de ejecución.

Pedro Alemán, Socio de Pedro Alemán Abogados

Negociación-Mediación-Arbitraje en Arte

Pedro Alemán habló de la negociación, la mediación y el arbitraje desde el punto de vista de las necesidades del mercado del arte en España.

Tras describir algunos rasgos específicos de ese mercado que hacen que la negociación sea el método más adecuado para resolver los conflictos que se dan en él, explicó cómo la mediación puede ayudar en caso de fracaso de la negociación.

En último lugar, habló sobre el coste del arbitraje, y la adecuación desde esa perspectiva de los procedimientos abreviados para el mercado español. Concluyó subrayando la utilidad de las cláusulas escalonadas en los contratos en el sector del arte: negociación-mediación-arbitraje (o, en su caso, jurisdicción).

Ignacio de Castro Llamas, Director Adjunto del Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI

Mediación, Arbitraje y Decisión de Experto, ejemplos, colaboración ICOM-OMPI

El Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (el “Centro de la OMPI”) representada por su Director adjunto, Ignacio de Castro, presentó una ponencia sobre los servicios de mediación, arbitraje, arbitraje acelerado y la decisión de experto (“mecanismos ADR”) que presta el Centro de la OMPI en materia de resolución de controversias relativas a la propiedad intelectual y en particular arte y patrimonio cultural.

En la ponencia se explicaron las principales ventajas de los distintos mecanismos ADR del Centro de la OMPI, incidiendo en las diferencias procedimentales entre mediación, arbitraje y arbitraje acelerado, así como las ventajas de los mecanismos ADR en las controversias de arte y patrimonio cultural.

Las controversias sobre arte y patrimonio cultural son altamente específicas y en ellas subyacen aspectos no sólo legales sino también de naturaleza comercial, cultural, e histórica entre otros. Las partes involucradas en este tipo de disputas a menudo provienen de diferentes jurisdicciones y contextos, y suelen necesitar mecanismos flexibles y confidenciales.

En este sentido, en la ponencia se explicó cómo los mecanismos ADR del Centro de la OMPI consideran dichas cuestiones, permitiendo a las partes elegir un mediador, árbitro o experto con experiencia específica en arte y patrimonio cultural, ayudando a la adopción de soluciones sostenibles en el tiempo, con alcance internacional, y basadas en intereses que muchas veces exceden del conflicto meramente jurídico y que tienen también en cuenta los aspectos comerciales y culturales.

Asimismo, se comentaron las principales ventajas para el sector del arte y del patrimonio cultural que plantea el uso de una cláusula escalonada en la que las partes acudan a mediación seguida en ausencia de solución de la controversia al arbitraje.

Finalmente, se cerró la ponencia exponiendo ejemplos de casos de arte y patrimonio cultural que fueron administrados por el Centro de la OMPI.”

Tercera Mesa: Debate sobre las ventajas comparativas de la mediación y del arbitraje en la resolución de conflictos relacionados con arte y patrimonio cultural

José Luis de Castro, Profesor titular de Derecho Mercantil en la Universidad Autónoma de Madrid. Socio en De Castro Morenilla Estudio de Abogados.

El profesor de Castro comenzó su intervención con un análisis jurídico sobre el complicado caso Cassirer, relativo al cuadro de Camile Pissarro expoliado por los nazis, cuya restitución reclaman los herederos de la familia Cassirer al museo Thyssen-Bornemisza, asunto que tras 17 años de enfrentamiento en los tribunales norteamericanos, aún está pendiente del procedimiento judicial de fondo.

A continuación y con dicho asunto como referencia, extrajo las siguientes conclusiones:

- La concurrencia de uno o varios elementos de derecho extranjero en los litigios relativos a la recuperación de la propiedad de obras de arte determina la especial complejidad de los correspondientes procesos jurisdiccionales, provocando también las consecuencias negativas derivadas de dicha complejidad en lo que se refiere a la dilación de dichos procesos y a los costes económicos que han de soportar los litigantes.
- Cuando los elementos de derecho extranjero determinan que los tribunales de un Estado deban resolver el litigio aplicando el derecho de otro Estado, suelen producirse errores graves de interpretación del derecho aplicable, errores que por lo general proceden de no tener en cuenta las exigencias del principio básico de aplicación integral del derecho (en el caso, de aplicación integral del derecho extranjero).
- Tanto las desventajas relativas al tiempo necesario para obtener una resolución definitiva y a los costes del proceso jurisdiccional, como las que proceden de la aplicación parcial del derecho aplicable por parte de jueces no familiarizados con el ordenamiento jurídico de otro Estado considerado en su conjunto, pueden superarse acudiendo a los métodos alternativos de resolución de controversias (mediación y arbitraje).

María Bacas Malo, Abogada, negociadora y mediadora empresarial. Socia en Mind the Law

La confidencialidad en la mediación

En los conflictos en el entorno del arte y del patrimonio cultural intervienen, según expuso María Bacas, *stakeholders* de diversos perfiles, necesidades e intereses, cuya marca, el valor de la misma y el valor de la obra en cuestión son intangibles muy considerados, donde confluyen no sólo aspectos artísticos, económicos, comerciales y legales, sino también emocionales, personales.

Por ello, la mediación desde el punto de vista de la confidencialidad se puede entender:

1.- hacia dentro del proceso de mediación mismo, en tanto todo aquello que se sustancie en las sesiones privadas es confidencial para la otra/s parte/s no presentes en dicha sesión, salvo que la parte emisora de la información autorice expresamente al mediador a comunicarlo a la otra parte.

2.- hacia afuera del propio proceso: lo que ocurre en la mediación, ahí queda. No podrá ser usado en otro proceso distinto. Aunque en España el privilegio procesal de prueba no está regulado, lamentablemente, los tribunales aprecian negativamente las violaciones de confidencialidad respecto a información manejada en procesos de mediación.

La mediación desde la piedra angular de la confidencialidad es muy aconsejable en entornos en los cuales intervienen actores con alto grado de sensibilidad hacia su imagen y reputación y a preservar las relaciones, sean del tipo que sean. Suelen ser muy exitosas las mediaciones en conflictos sobre renovaciones por motivos de orden empresarial de edificios con protección integral, obras artísticas en vía pública, colecciones y patrimonio de *family offices* con doble vinculación, empresarial y artística.

Carlos González-Bueno, Socio fundador de González-Bueno, S.L.P.

Carlos González-Bueno defendió con firmeza la negociación y mediación en la resolución de conflictos tan sensibles y con implicaciones afectivas como los relacionados con arte. Nos ilustró en concreto sobre la idoneidad de la negociación por su carácter directo, rápido y discreto, describiendo un caso de éxito en el que intervino como negociador, en un conflicto entre particulares y una importante casa de subastas.

Intervención del Dr. Guido Carducci, Profesor de Derecho en París, Abogado en Roma. Árbitro y Experto en Derecho del Arte. Ex Jefe de la Sección de Normas Internacionales de la UNESCO

Restitución, Arbitraje y Mediación – El caso de los mármoles del Partenón

Podemos resaltar las siguientes reflexiones de la intervención del profesor Carducci:

- Existe una gran diferencia entre el arbitraje y la mediación: se debe elegir uno u otro método analizando la especificidad de cada controversia.
- El árbitro necesita un conocimiento jurídico para cada controversia, el mediador lo necesita menos pero no puede mediar sin conocimiento jurídico.
- El árbitro y el mediador necesitan también un conocimiento histórico – cultural para los bienes culturales, y artístico para las obras de arte contemporáneas.
- El derecho y los Estados están más presentes en las controversias relativas a los bienes culturales que en el ámbito del arte contemporáneo.
- Los estados tienen recursos y expertos, así necesitan menos que el sector privado la intervención de una tercera persona (árbitro o mediador)

Intervención de Gregor Kleinknecht LLM MCIArb, Socio de Hunters, Londres. Árbitro y Mediador en ArtResolve:

Art & cultural heritage disputes – the case for alternative dispute resolution

Gregor Kleinknecht defendió los métodos alternativos para la resolución de disputas en materia de arte y patrimonio cultural. Describió los dolores de cabeza que producen la duración y el coste de los procedimientos judiciales y el hecho que éstos a menudo destruyen la relación entre las partes en la disputa. Citó el ejemplo de un caso denunciado ante el Tribunal de Apelación Inglés, en el que el coste para las partes excedió ampliamente el valor de la reclamación. Por otra parte, el mercado del arte internacional continúa creciendo y con ello el número y valor de las disputas. A continuación expuso un mapa de los tipos de conflictos que típicamente afloran en el contexto del arte y el patrimonio cultural, incluyendo cuestiones de autenticidad y atribución, título, propiedad y procedencia de las obras de arte; reclamaciones históricas, transfronterizas y con pluralidad de partes. Después Gregor se centró en la mediación, describiendo las formas de llegar a ella, sus ventajas y un número de casos que resultaron en soluciones creativas que no podrían haberse logrado en la vía judicial. No obstante, también surgieron en estos casos problemas potenciales, como la cuestión de si la mediación seguía siendo un proceso voluntario ante los Tribunales ingleses o de hecho se había convertido en algo obligatorio y el problema del poder de negociación desigual de las partes.

Por último el Letrado tocó brevemente otros mecanismos de ADR antes de concluir con una referencia a los casos de restitución del Holocausto, que son tratados en el Reino Unido por el Panel Consultivo de la Explotación, utilizando lo que de hecho era un proceso de ADR.