

**¿OBRA DE ARTE O ESTAFA?  
UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LAS ESCULTURAS INVISIBLES A TRAVÉS  
DEL CASO SALVATORE GARAU <sup>1</sup>**

**Ignacio Zamora Santa Brígida**

*Abogado*

*Doctor en Derecho*

**Inés Ambrosio Luna**

*Especialista en Derecho del Arte*

**Resumen:**

La introducción al mercado del arte de la escultura invisible o inmaterial abre la puerta a apreciaciones jurídicas dispares, tanto en el ámbito civil como en el penal, escenario que resulta necesario analizar; no sólo por el carácter disruptivo del concepto, sino por las potenciales consecuencias que desde el Derecho se plantean. Así, mediante el presente ensayo se ofrece una aproximación a las principales cuestiones jurídicas que suscita la compraventa de las esculturas invisibles a través del caso Salvatore Garau, destacando entre los aspectos abordados si esta supuesta creación merece la consideración de obra artística a efectos jurídicos.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN; II. EL CONCEPTO JURÍDICO DE OBRA COMO PUNTO DE PARTIDA; III. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICO-CONTRACTUAL A LA COMPRAVENTA DE ESCULTURAS INVISIBLES O INMATERIALES; IV. LAS ESCULTURAS INVISIBLES O INMATERIALES Y LOS DERECHOS DE AUTOR: LA ORIGINALIDAD Y LA EXPRESIÓN COMO CÁNONES INTERPRETATIVOS; V. POSIBLES IMPLICACIONES JURÍDICO-PENALES QUE PODRÍAN VINCULARSE A LAS ESCULTURAS INVISIBLES O INMATERIALES: UN BREVE RECORRIDO DESDE EL PLAGIO HASTA LA ESTAFA; VI. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL.

**I. Introducción**

La modernidad líquida que rige el estado actual de las cosas, magistralmente descrita por el sociólogo Zygmunt Bauman, es escenario de acontecimientos con frecuencia sorprendentes.

---

<sup>1</sup> El presente ensayo ha sido reconocido con el Premio a la Innovación Jurídica 2023 del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid (ICAM) en su Sección de Derecho y Cultura.

El presente ensayo empleará como hilo conductor un caso que sólo puede ser concebido en el actual *statu quo* y que, pese a ello, genera multitud de interrogantes jurídicos.

Se trata de la noticia protagonizada por Salvatore Garau, artista italiano que recientemente ha logrado vender varias esculturas inmateriales o invisibles. El título de la primera es “*Io sono*” (Yo soy), paradójico en la medida en que, en su dimensión física, la obra carece de elemento material alguno; si bien se ayuda de un círculo o aro blanco ubicado horizontalmente en el suelo, pequeña circunferencia sobre la cual se proyecta, a juicio de su autor, la escultura inmaterial.

De acuerdo con la información que ha sido publicada<sup>2</sup>, la casa de subastas de arte moderno Art-Rite de Milán atribuyó a “*Io sono*” un precio inicial de 6.000 a 9.000 euros; siendo que, tras varias pujas, finalmente se adjudicó por un precio de 15.000 euros. También se ha publicado el correspondiente certificado por el que se garantiza la autoría de la supuesta escultura invisible, firmado y sellado por Salvatore Garau, cuyo contenido expresa -además del título- el siguiente contenido: “*Salvatore Garau. Scultura Immateriale, aprile 2020. Da collocare in abitazione privata, entro uno spazio libero da qualsiasi ingombro di circa cm 150x150.*”<sup>3</sup>.

Posteriormente, Salvatore Garau vendió su segunda escultura inmaterial, en esta ocasión por 28.000 euros<sup>4</sup>. Igualmente, el único elemento tangible en relación con la supuesta escultura es

---

<sup>2</sup> GÓMEZ FUENTES, Á., “Un artista vende por 15.000 euros una escultura inmaterial, invisible, que no existe”, *ABC Cultura*, 2021, *Un artista vende por 15.000 euros una escultura inmaterial, invisible, que no existe (abc.es)*

De conformidad con lo expuesto en el contenido del citado artículo de prensa, Salvatore Garau explicó lo siguiente: “*Más que esculturas invisibles, las definiría como esculturas inmateriales. Mi fantasía, entrenada toda mi vida para sentir diversamente lo que existe en torno a mí, me permite ‘ver’ lo que aparentemente no existe. Las esculturas inmateriales son obras que siento físicamente. En el vacío hay un contenedor de posibilidades positivas y negativas que son constantemente equivalentes; en definitiva, hay una densidad de eventos. Además, el vacío no es otra cosa que espacio lleno de energía, incluso si lo vaciamos de campos electromagnéticos, neutrinos, materia oscura, de todo... y solo queda la nada, según [en mecánica cuántica] el principio de indeterminación de Heisenberg ¡nada tiene peso! Por tanto, tiene energía que se condensa y se convierte en partículas, en fin, ¡en nosotros! La intuición que tuve como artista, en lo abstracto y lo espiritual, está respaldada por la ciencia*”. También comentó Garau que “*el éxito que ha tenido en la subasta su obra ‘Io sono’ confirma como «un hecho incontestable» el principio de indeterminación de Heisenberg*”, precisando que “*Cuando decido exponer una escultura inmaterial en un espacio determinado, ese espacio concentrará una cierta cantidad y densidad de pensamientos en un punto preciso, creando una escultura que desde mi título solo tomará las formas más variadas*”.

<sup>3</sup> La traducción al español podría ser “*Salvatore Garau. Escultura inmaterial, abril de 2020. Para colocar en un domicilio particular, en un espacio libre de aproximadamente 150x150 cm.*”.

<sup>4</sup> GÓMEZ FUENTES, Á., “La escultura invisible del artista italiano Salvatore Garau, subastada por un precio récord de 28.000 euros”, *ABC Cultura*, 2021, *La escultura invisible del artista italiano Salvatore Garau, subastada por un precio récord de 28.000 euros (abc.es)*

De acuerdo con lo expuesto en el contenido del citado artículo de prensa, Salvatore Garau comentó lo siguiente: “*«Delante de ti» es, entre todas mis esculturas inmateriales, la que considero más enigmática y, lo admito, inquietante. El tiempo que estamos viviendo no me permite fingir que no ha pasado nada y escapar de los temas que nos rodean y entran en la piel de la sociedad. Pintar ya no me basta para describir lo que está sucediendo a nuestro alrededor en todo el planeta. La ‘materia’ inmaterial de mis esculturas tiene, para mí, el poder de evocar*

el certificado de garantía, de acuerdo con el cual se titula “*Divanti a te*” y se indica lo siguiente: “*Salvatore Garau. Scultura Immateriale, aprile 2020. Da collocare in uno spazio da qualsiasi ingombro di circa cm 200x200.*”<sup>5</sup>

Existen conceptos como el de patrimonio cultural inmaterial -referido a expresiones culturales vivas heredadas de nuestros antepasados que, pese al transcurso del tiempo, han sido conservadas- que se consideran, con independencia de su inmaterialidad, bienes merecedores de protección. Una práctica jurídica que se asienta en la verdad de los elementos culturales incluidos en el ámbito aplicativo del concepto; pues, como nos recuerda con frecuencia el filósofo y jurista Javier Gomá, hay verdades que no pueden probarse empíricamente y acaban imponiéndose en sociedad por su evidencia moral.

Sin embargo, el asunto que nos disponemos a analizar -la compraventa de esculturas invisibles- constituye un acto jurídico que cuestiona las nociones convencionales de propiedad y apreciación artística, planteando en consecuencia interesantes interrogantes, los cuales serán tratados en las páginas que siguen.

En primer lugar, partiremos de la conceptualización jurídica del término “obra de arte”, para plantear a la luz del mismo la principal problemática que puede surgir a efectos contractuales en relación con la compraventa de las esculturas inmateriales y finalizar con la exposición de las consecuencias jurídicas más significativas que a nuestro juicio se podrían derivar de esta práctica contractual, tanto en el ámbito de la propiedad intelectual como en el jurídico-penal.

## **II. El concepto jurídico de obra como punto de partida**

La obra de arte queda conceptualizada bajo el término más genérico de “obra”, y es el artículo 10 de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante, LPI)<sup>6</sup> el que dicta qué debemos entender, en términos jurídicos, por obra:

*“Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro [...]”*

---

*en estos tiempos, como ninguna otra, el miedo que nos invade al pensar en nuestro futuro. La ausencia, más que la presencia, enfatiza nuestros dramas”.*

<sup>5</sup> La traducción al español podría ser “*Salvatore Garau. Escultura inmaterial, abril de 2020. Para colocar en un espacio de aproximadamente 200x200 cm.*”.

<sup>6</sup> Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

A continuación, la LPI enumera, a modo ejemplificativo, una serie de creaciones que podrían quedar subsumidas en el citado artículo. Entre éstas, encontramos las esculturas.

El artículo 10 hace exclusiva referencia a la propiedad intelectual de las obras, pero ello no es óbice para que la misma sea compatible, independiente, acumulable y separable de, entre otras, la propiedad industrial y la propiedad material. Así, los derechos de autor se predicen del contenido de la obra, aquello que contiene la idea *-corpus mysticum-*, mientras que el resto de los derechos ordinarios de propiedad se predicen de su continente o forma material *-corpus mechanicum-*<sup>7</sup>. Ambos conceptos se encuentran íntimamente ligados, si bien resulta imprescindible distinguirlos a la hora de analizar los distintos tipos de facultades que pueden derivar de una concreta obra.

En cuanto a los derechos de autor, si se incumpliere el requisito de originalidad sería imposible que, en términos jurídicos, la creación tuviera la consideración de obra. En este sentido, dado que el ordenamiento jurídico no nos ofrece una definición de originalidad, como señala el catedrático y abogado Rafael Sánchez Arísti hemos de atender a la jurisprudencia que sobre este asunto se ha ido forjando<sup>8</sup>.

La Audiencia Provincial de Barcelona reconoce en su Sentencia de 6 de marzo de 2020 que *“no cualquier diseño merece esa doble protección sino que para merecer la protección como propiedad intelectual es preciso que tenga el grado de creatividad y de originalidad necesario para ser protegido como obra artística”*, precisando a continuación que *“cuál sea ese grado de creatividad y originalidad ha sido una cuestión que ha dividido a la doctrina”*.

Por un lado, la Audiencia Provincial de Barcelona expone que *“un sector cualificado vino entendiendo que era exigible una altura creativa mayor que la que, con carácter general, exige el art. 10 TRLPI en relación con cualquier otro tipo de obra, al exigir que integre una "obra artística". Es lo que se ha dado en llamar sistema de acumulación parcial o restringida que ha de llevar a distinguir entre los diseños propiamente dichos o creaciones formales y aquellos otros que constituyen "obras de arte aplicadas a la industria". De forma que solo los segundos tendrían el doble ámbito de protección”*.

---

<sup>7</sup> GARCÍA SEDANO, T., “Análisis del criterio de originalidad para la tutela de la obra en el contexto de la ley de propiedad intelectual”, *Anuario Jurídico y Económico Esculariense*, XLIX, 2016, 251-274, p. 253.

<sup>8</sup> SÁNCHEZ ARÍSTI, R., “La propiedad intelectual sobre las obras musicales”, *Editorial Comares*, Granada, 1999, p. 251.

Por otro lado, señala la citada Audiencia Provincial que “*otro sector de nuestra doctrina, en cambio, había venido sosteniendo que no cabe exigir en este tipo de obras un grado de creatividad u originalidad más elevado que para cualquier otro tipo de obra*”.

A este respecto, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha concluido, en su Sentencia de 26 de abril de 2017, lo siguiente:

*“Aunque en ciertas épocas prevaleció la concepción subjetiva de originalidad (y este mismo criterio pueda ser aplicable en principio a algunas obras de características muy especiales como es el caso de los programas de ordenador; art. 96.2 de la Ley de Propiedad Intelectual), actualmente prevalece el criterio de que la originalidad prevista por el art. 10.1 TRLPI exige un cierto grado de altura creativa. Esa concepción objetiva permite destacar el factor de reconocibilidad o diferenciación de la obra respecto de las preexistentes, imprescindible para atribuir un derecho de exclusiva con aspectos morales y patrimoniales, lo que requiere que la originalidad tenga una relevancia mínima suficiente.”*

En razón de lo anterior, debe entenderse exigible a toda obra de arte -para ser merecedora a efectos jurídicos de tal condición, así como de los inherentes derechos y obligaciones- un cierto grado de altura creativa; una exigencia que, como será objeto de comentario a continuación, resulta esencial en el análisis jurídico relativo a las esculturas invisibles o inmateriales que nos disponemos a realizar.

### **III. Una aproximación jurídico-contractual a la compraventa de esculturas invisibles o inmateriales**

En un mundo cada vez más digital y abstracto, el arte contemporáneo ha explorado territorios desconocidos, dando lugar en la actualidad a obras de arte -al menos, en términos comerciales- que carecen de presencia física, cuya compraventa podría generar *prima facie* efectos jurídicos y económicos.

Las esculturas invisibles o inmateriales representan -al menos, en lo referido a su dimensión comercial- una forma de arte conceptual que pone el énfasis en la idea y el concepto detrás de la obra en lugar de vincular el objeto de la obra a su materialización física. Conceptualizar una escultura invisible, pues, implica transmitir una idea, un concepto o una representación abstracta a través de medios no tangibles.

Esto plantea ciertos interrogantes jurídicos sobre si pudiere ser conforme a Derecho, en su caso, la compraventa de una obra de arte inmaterial que carece por completo de presencia física.

A decir de los insignes civilistas Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, *“pueden ser objeto del contrato de compraventa tanto las cosas corporales como incorpóreas, y han de reunir las siguientes condiciones: 1.ª Existencia actual o futura (...). 2.ª La cosa ha de ser determinada”*, a lo cual añade que *“en la compraventa ha de cumplirse lo que preceptúa el artículo 1.273 respecto al objeto de todo contrato, que debe recaer en una cosa determinada «en cuanto a su especie», significándose así que la determinación equivale a una fijación o señalamiento de modo que no se confunda con otras”*<sup>9</sup>.

En este sentido, cabe destacar el contenido del artículo 1.272 del Código Civil, según el cual *“no podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles”*, así como el artículo 1.445 del Código Civil, de conformidad con el cual *“por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente”*. Con la interpretación sistemática de ambos preceptos normativos es posible delimitar el concepto de “cosa” en el ámbito contractual, al cual se exige en primer lugar que ésta exista, ya sea un bien corporal o incorpóreo, y en segundo lugar que sea determinada o determinable en cuanto a su especie. Ahora bien, la duda razonable reside en la posibilidad de que exista una escultura invisible -tratándose en principio de una *“contradictio in terminis”* - y en su determinación a efectos de evitar la confusión con otra cosa.

En primer término, su naturaleza incorpórea no sería problemática en lo que a la *traditio* se refiere, puesto que está previsto en el artículo 1.464 del Código Civil que *“respecto de los bienes incorpóreos, regirá lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 1.462”*<sup>10</sup>, añadiéndose a continuación que *“en cualquier otro caso en que éste no tenga aplicación se entenderá por entrega el hecho de poner en poder del comprador los títulos de pertenencia, o el uso que haga de su derecho el mismo comprador, consintiéndolo el vendedor”*. Así, en la medida en que la escultura invisible cuente con su correspondiente título de pertenencia y éste se entregue al comprador con el consentimiento del vendedor, se entendería perfeccionada la compraventa con independencia de la inmaterialidad de la escultura; siempre y cuando, naturalmente, los

---

<sup>9</sup> DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., “Sistema de Derecho Civil. Volumen II”, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 260-261.

<sup>10</sup> De conformidad con el párrafo segundo del artículo 1.462 del Código Civil: *“Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario”*.

elementos esenciales del contrato antes citados -cosa posible y determinada o determinable- se entienda que concurren en la referida transacción.

Una vez sentado lo anterior, resulta relevante realizar una aproximación a la cuestión desde el requisito normativo de obligarse a entregar una *“cosa determinada”* y la inmaterialidad e indeterminación subyacente en la compraventa de esculturas invisibles; pues, si bien es cierto que no todo bien inmaterial resulta indeterminado y/o indeterminable -como así se pone de manifiesto con el patrimonio cultural inmaterial-, el grado de abstracción y subjetividad inherente al concepto de escultura invisible podría ser a estos efectos contrario a la determinación de la cosa como *conditio sine qua non* del contrato de compraventa.

En defensa de la legalidad de este tipo de compraventas cabría alegar la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, siendo que en su Sentencia de 25 de febrero de 1997 -entre otras- se afirma que *“que para la determinación del objeto vendido no es preciso expresar sus dimensiones”*. No obstante, como razonó la propia Sala de lo Civil del Tribunal Supremo poco tiempo después, en su Sentencia de 5 de marzo de 1997, lo exigible es que todo contrato de compraventa presente un objeto *“no perfectamente determinado, sino determinable”*.

A este respecto, el Tribunal Supremo precisa en su Sentencia de 8 de marzo de 2002 que *“cosa determinada no es sinónimo de cosa individualmente concretada, sino que el requisito de determinación del artículo 1445 del Código Civil, ha de ser entendido en el sentido del artículo 1273 del mismo, cuya exégesis más autorizada distingue entre una determinación inicial que se produce en el momento de perfeccionarse el contrato y la determinación posterior producida por las partes en el propio contrato, siendo suficiente, a los efectos del artículo 1273 y, por tanto, del 1445 del Código Civil, que a la hora de la perfección del convenio, estén presentes unas previsiones tales que permitan la determinación definitiva sin necesidad de nuevos acuerdos”*.

En esta misma línea, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo recuerda, en su Sentencia de 5 de marzo de 2018, que *“existe pleno incumplimiento del contrato de compraventa, por inhabilidad del objeto vendido para cumplir la finalidad para la que se vendió y consiguientemente se ha producido la insatisfacción del comprador, lo que en estos casos permite acudir a la protección que dispensan los artículos 1101 y 1124 del Código civil”*.

Sin embargo, en el caso de las esculturas invisibles o inmateriales que ahora nos ocupa, no es claro que deba aplicar con carácter general el artículo 1.101 del Código Civil, de acuerdo con el cual *“quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el*

*cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas*". En primer lugar, habría que determinar con qué finalidad se adquiere, en su caso, una escultura invisible y si el comprador ha quedado insatisfecho; y, de confirmarse la eventual insatisfacción, habrá que evaluar si verdaderamente se han producido daños y perjuicios para el comprador, así como el grado de relación que éstos pudieren guardar con una conducta dolosa o negligente por parte del vendedor.

Así pues, en relación con lo exigido por el artículo 1.445 del Código Civil, podría hallarse en la determinación de la cosa objeto de compraventa, de acuerdo con lo establecido por el artículo 1.255 del Código Civil -según el cual *"los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público"*-, un elemento de contrariedad capaz de determinar una eventual nulidad del contrato; pero no es menos cierto que el principio de la buena fe contractual establecido en el artículo 7.1 del mismo Código resulta relevante en la presente ponderación.

Vinculado a la buena fe, es de especial relevancia el artículo 1.281 del Código Civil, pues inicia el Capítulo IV *"De la interpretación de los contratos"* estableciendo que *"si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas"*, añadiendo a continuación que *"si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas"*.

En términos jurisprudenciales, destaca el pronunciamiento de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 9 de octubre de 1981 sobre la autenticidad de un cuadro catalogado como de Joaquín Sorolla, de acuerdo con la cual *"al denunciarse error de derecho en la «aplicación de la prueba», por violación del artículo 1281 del C. Civ., se está planteando un problema de interpretación e invocando un precepto, que si es acorde al mismo, al tratarse de una norma de hermenéutica contractual, al no ser valorativo de prueba, no lo es, para mantener un motivo por el cauce elegido"*.

Añade la Sala Primera del Tribunal Supremo a este respecto, en la misma Sentencia de 9 de octubre de 1981, que *"no deja de ser de interés hacer hincapié en que en la especialísima cuestión debatida -autenticidad de una obra de arte- la que en verdad ha de dársele un trato muy especial, pues no cabe equiparar o asimilar con las previsiones generales contenidas en el C. Com. y en su caso, incluso Derecho común, pues su trascendencia y no menos dificultades propias que comportan, exige un trato muy especial y particular, que obliga sin más a acudir a ese artículo 2.º del C. Com. en todo cuanto a dichos problemas se refiere, que permita llegar*



*a soluciones más específicas y particulares, como buena prueba es, el sabio contenido del uso de comercio aplicado por el Juzgador de instancia, dando una solución interpretativa, para estos supuestos, en la que la equidad no ya dulcifica la que había de ser consecuencia no muy conforme con la realidad, de una rigurosa aplicación del Derecho Común, sino que además encuentra la más acertada solución para estos casos trascendentes, en los que no cabe hallar otra que lo sea más ajustada a como se presentan en la sociedad, siendo la buena fe la que impere en tales transacciones”.*

Así, a la luz de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, el principio de buena fe debería presentar especial relevancia a efectos de analizar la conformidad a Derecho de la compraventa de esculturas invisibles o inmateriales, con el fin de garantizar la válida concurrencia del primero de los elementos esenciales de todo contrato -consentimiento, objeto y causa-; cuestión distinta es, a nuestro juicio, el reconocimiento y consecuente protección de la originalidad.

#### **IV. Las esculturas invisibles o inmateriales y los derechos de autor: la originalidad y la expresión como cánones interpretativos**

Como ya fuere apuntado en el inicio de este artículo, la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo -concretada, entre otras, en su Sentencia de 26 de abril de 2017- exige de “*la originalidad una relevancia mínima suficiente*”, siendo que, para lograr la consideración de autor protegido por las normas de protección intelectual, resulta necesario que la obra presente “*cierta originalidad, es decir, que hubiera cumplido los requisitos de singularidad, individualidad y distinguibilidad*”.

Concretando más, dada la naturaleza invisible o inmaterial de la obra que es objeto del presente análisis, acudimos a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2021. Con ella, la Sala de lo Civil zanja definitivamente el asunto, pues se pronuncia sobre el caso de un matador de toros que, ante la maestría de su faena, pretende inscribirla en el Registro de Propiedad Intelectual, siendo dicha pretensión rechazada por el registrador territorial. El asunto aterriza en los tribunales y, finalmente, es resuelto por el Tribunal Supremo en los términos siguientes: por un lado, reconoce que la enumeración de tipos de obras de arte recogidos por el artículo 10 de la LPI es, en efecto, *numerus apertus* y que, en consecuencia, cabe el acogimiento de nuevas concepciones de obra de arte no especificadas en el texto legal; pero, por otro lado, el Supremo rechaza que una faena taurina pueda ser obra a efectos de la protección que brinda la normativa sobre propiedad intelectual mientras que no se ciña a los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) en el caso Cofemel.

Así pues, a la luz de la jurisprudencia que acaba de citarse, se debe cumplir con “*dos elementos cumulativos: debe existir un objeto original que constituya una creación intelectual propia de su autor; y la consideración de obra se reserva a los elementos que expresan dicha creación intelectual*”. El primero de los elementos, según el Alto Tribunal, exige que la obra “*refleje la personalidad de su autor*”. En opinión de la profesora Pilar Cámara, “*la identificación de la originalidad con la expresión de la personalidad del autor es una forma romántica de referirse a la actividad del autor. Si se quieren meter bajo un mismo paraguas obras tan distintas como un programa de ordenador, una base de datos, el cuadro de las meninas de Velázquez y el célebre «Urinario» de Duchamps, es evidente que no puede hacerse sobre la base de una pretendida personalidad del artista reflejada en cada una de esas obras. Implícitamente, cuando se exige que la obra refleje la personalidad del autor se está exigiendo un cierto grado de novedad objetiva en la obra, pues por definición la personalidad es única*”<sup>11</sup>. En cuanto al segundo, el Tribunal Supremo considera que “*es necesario precisar sobre qué se pide el reconocimiento de obra, en qué consistiría la creación intelectual, sobre qué se atribuirían al autor los derechos morales y patrimoniales consiguientes*”. Concluye el Supremo, a este respecto, que “*en cualquier caso, esta expresión formal original debería poder ser identificable con precisión y objetividad*”.

En relación con este segundo elemento, es también relevante al caso que nos atañe la Sentencia dictada por la Gran Sala del TJUE el 13 de noviembre de 2018. Con ella, el TJUE responde a la cuestión prejudicial planteada por un Tribunal de Apelación de Países Bajos, relativa a un litigio entre “*Levola Hengelo BV*” y “*Smilde Foods BV*”. Levola había previamente denunciado la infracción por parte de Smilde de sus derechos de propiedad intelectual sobre el sabor de un tipo concreto de queso. En referencia a esos elementos de precisión y objetividad, “*las autoridades que deben velar por la protección de los derechos exclusivos inherentes al derecho de autor deben estar en condiciones de conocer con claridad y precisión los objetos así protegidos. Lo mismo cabe decir de los particulares, en especial, de los agentes económicos*”. En la misma línea, “*la identificación del sabor de un alimento se basa en lo esencial en sensaciones y experiencias gustativas, que son subjetivas y variables, toda vez que dependen, en particular, de factores relacionados con la persona que prueba el producto en cuestión, como su edad, sus preferencias alimentarias y sus hábitos de consumo, y del entorno o del contexto en que tiene lugar la degustación del producto*”. En suma, el TJUE rechaza que

---

<sup>11</sup> CÁMARA ÁGUILA, MP., “La originalidad de la obra como criterio general de protección del autor en el derecho comunitario: la sentencia del TJCE de 16 de julio de 2009 que resuelve el asunto Infopaq”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* 8, 2012 p. 13.

la Directiva 2001/29 ampare la protección del sabor de un queso, en lo referente a los derechos de propiedad intelectual, con base en la ausencia de objetividad.

Por consiguiente, consideramos que, en buena lógica-jurídica, una escultura invisible o inmaterial -ejemplificada a través del caso “*Salvatore Garau*”- debería entenderse contraria al concepto de originalidad de naturaleza jurisprudencial, en cuanto que carece de los elementos de singularidad, individualidad y distinguibilidad, y ajena a cualquier manifestación suficiente; en cuanto que no se precisa sobre qué se reconoce la obra o en qué consiste la creación, no es identificable con claridad y precisión por parte de particulares ni autoridades y, como ocurre en el caso de la degustación de un queso, la identificación de la supuesta escultura invisible depende totalmente de la subjetividad de quienes traten de percibirla. Es, en consecuencia, una creación puramente subjetiva de la cual no se predica ningún elemento objetivo que permita su identificación.

La astucia de Salvatore Garau para convencer al comprador de que está adquiriendo una escultura, pese a que ésta resulte invisible o inmaterial, podría merecer -en su caso- protección jurídica a efectos contractuales, siempre que pueda probarse que el comprador efectivamente es consciente de lo que está adquiriendo y no se produce ningún tipo de error en el consentimiento; e, incluso, si la cosa llega a entenderse determinable en el marco de lo abstracto, pese a carecer de cualquier tipo de expresión material, la validez y eficacia del contrato de compraventa podría encontrar cierto fundamento jurídico. Ahora bien, la habilidad comercial del vendedor consideramos que no debe ser, en este tipo de situaciones, objeto de protección en lo que a la propiedad intelectual se refiere, en la medida en que la simple astucia -o, si se prefiere, habilidad comercial- resulta insuficiente para entender que, además, concurre un noble esfuerzo creativo de naturaleza artística.

#### **V. Posibles implicaciones jurídico-penales que podrían vincularse a las esculturas invisibles o inmateriales: un breve recorrido desde el plagio hasta la estafa**

Si bien pareciera que tal sinsentido vería en aquella compraventa su punto final, Garau fue posteriormente acusado de plagiar la idea del artista estadounidense Max Miller, que habría compartido el concepto por medio de una exposición de esculturas intangibles en 2016 titulada “Nada”<sup>12</sup>. Igualmente, desde la Fundación Boyer Tresaco se entiende que el artista español que

---

<sup>12</sup> GARCÍA, C., “Acusan de plagio al autor de la escultura invisible vendida por 15.000 euros”, *La Razón*, 2021, *Acusan de plagio al autor de la escultura invisible vendida por 15.000 euros (larazon.es)*

da nombre a la citada organización es quien inventó en 2001 la escultura invisible<sup>13</sup>. No es baladí el asunto, dadas las consecuencias penales que semejante acusación podría acarrear; y, por ende, interesa a quien suscribe analizar el tipo delictivo y su adecuación con la clase de obra que es objeto -potencialmente- de plagio.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el verbo plagiar deriva del latín tardío *plagium*, entendiéndose como tal el acto de robar uno el esclavo de otro, proviniendo éste del griego *plágios*, que quiere decir engañoso u oblicuo. Ya en tiempos romanos la Ley Fabia del Código Justiniano castigaba el delito de plagio, pero, si bien éste se consumaba cuando un hombre vendía el esclavo ajeno como propio<sup>14</sup>, el ahora artículo 270.1 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, CP), castiga a quien, buscando un beneficio económico, directo o indirecto, y en perjuicio de tercero, plagie una obra sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual. Por consiguiente, en el actual contexto jurídico-penal, plagiar implica copiar una obra ajena sin consentimiento.

No obstante, más allá de la mencionada previsión normativa, no existe una definición legal sobre lo que debe entenderse por plagio. La jurisprudencia señala que la copia ha de ser sustancial y que quien copia debe haberse atribuido una autoría que no le corresponde. Así lo advierte la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de enero de 1995. De este modo, para que una copia pueda ser denominada plagio a efectos penales, debe existir una coincidencia estructural básica sobre una parte sustancial de la obra original. En Sentencia de 26 de noviembre de 2003, la Sala Primera del Tribunal Supremo dicta que, como prerequisite, la obra que es copiada habrá de ser objeto de derechos de autor y la comparación entre obra original y copia se hará únicamente sobre aquellos elementos que gocen de protección intelectual; es decir, sobre las formas de expresión.

---

<sup>13</sup> YABEN, M., “El primer creador de arte invisible es español y no italiano: Boyer Tresaco, 20 años esculpiendo la ausencia”, *El Independiente*, 2021, *El primer creador de arte invisible es español y no italiano: Boyer Tresaco, 20 años esculpiendo la ausencia (elindependiente.com)*

Según recoge el citado artículo de prensa: “*Periódicos de toda Europa se hicieron eco de la venta de una estatua invisible por 15.000 euros en una subasta de Art Rite en Milán. La noticia ofendió a los detractores de este tipo de arte inmaterial; sin embargo, donde sentó especialmente mal fue en un rincón del sureste español, en Cartagena. Allí se encuentra la Fundación Boyer Tresaco, creada para ensalzar el legado del artista Javier Boyer Tresaco, quien desde el 2001 ha estado exhibiendo este tipo de instalaciones en todas sus exposiciones*”.

<sup>14</sup> RIBERA BLANES, B., “El derecho de reproducción del autor y sus límites”, *Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante*, 2002, pp. 15-16.

Habida cuenta de lo anterior, el concepto de “plagio”, traído al asunto que nos ocupa, únicamente podrá proyectarse -en términos legales- sobre una escultura invisible si ésta es objeto de derechos de autor; es decir, si dicha escultura fuere una obra a efectos de la LPI.

Como apuntábamos en párrafos anteriores, no consideramos que las esculturas invisibles o inmateriales de Salvatore Garau sean obras a efectos del Derecho sobre propiedad intelectual y, como corolario, no resulta necesario analizar los elementos del tipo. Asimismo, no debiera prosperar una acusación de plagio contra quienes se consideren creadores de esculturas invisibles; siendo que, de igual manera, no debería prosperar una acción de pretensiones similares por parte de Garau contra un tercero.

Ello nos conduce, ineludiblemente, a plantearnos la siguiente cuestión: ¿podría un artista ser acusado de estafa al vender una escultura invisible como obra de arte si se entendiera que dicha obra no lo es a efectos de la Ley de Propiedad Intelectual? Dicho sea, procedemos a analizar esta cuestión desde la más abstracta teoría, no siendo nuestra tarea ni intención la de determinar el elemento volitivo concreto que mueve a Salvatore Garau, sin perjuicio de que su caso sirva como hilo conductor al presente ensayo.

El artículo 248 del Código Penal, encargado de tipificar el delito de estafa, castiga a quienes “*con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno*”, existiendo además una agravante para el caso de que “*aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional*”.

A la luz de esta previsión normativa, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 9 de abril de 2003, 28 de enero de 2004 o 26 de diciembre de 2014, determina que los elementos del delito de estafa son el engaño -que ha de ser suficiente y respecto del cual se habría de analizar el nivel intelectual del ciudadano medio y el contexto-, el error del sujeto pasivo consecuencia del engaño, un acto de disposición patrimonial derivado del error, la existencia de dolo y ánimo de lucro en quien estafa -sujeto activo- y la constatación de un perjuicio sobre el estafado. De estos elementos, es crucial el engaño, que exige que el autor sea conocedor de la incongruencia existente, y siendo éste capaz de llevar a error a la persona estafada, quien a su vez hará un acto de disposición patrimonial que le provocará un perjuicio -a él o a un tercero-<sup>15</sup>. Además, la relación entre engaño y error, por una parte, y entre error y

---

<sup>15</sup> CASABÓ ORTÍ, MA., “La estafa en la obra de arte”, *Departamento de Historia Jurídica y Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad de Murcia*, 2014, p. 129.

disposición patrimonial, por otra, ha de ser de causalidad: debe ser el engaño el que produzca el error y el error el que induzca a disponer de su patrimonio a la víctima.

Si, de acuerdo con lo hasta ahora expuesto, entendemos que una escultura invisible no es una obra de arte, nos encontramos con que los compradores han abonado respectivamente una cuantía de 15.000 euros por la primera escultura y de 28.000 en el caso de la segunda, sin recibir nada por ello; al menos, desde una perspectiva física o material. En todo caso, dichas cuantías habrían servido para adquirir el certificado que garantiza la autoría de la escultura invisible. Para más inri, este certificado carecería de valor artístico en cuanto que no estaría vinculado a una obra, sino a la nada material; pese a que, en los referidos certificados, de acuerdo con lo descrito en la parte introductoria del presente artículo, se delimiten las esculturas invisibles en términos físicos (150x150 cm en la primera escultura invisible y 200x200 cm en la segunda), lo cual resulta a su vez contradictorio con la inmaterialidad que Salvatore Garau afirma hallar en ambas esculturas.

Es relevante, por ello, la cuestión que nos planteamos, puesto que, en el caso de compraventa de obra de arte, el artista podría utilizar su credibilidad como tal para inducir error en el comprador, el cual haría entrega de una suma acorde a los elevados precios que en ocasiones se alcanzan en el actual mercado del arte, sufriendo perjuicio puesto que el valor de una obra de arte -como decimos, en muchos casos elevado- es tal en la medida en que depende de una obra original o válida en términos del mercado del arte. En cuanto que una obra deja de serlo, pierde el valor que tuvo mientras era -o se creía que era- obra.

En su caso, restaría por analizar en la práctica probatoria del asunto concreto si, efectivamente, habría mediado dolo por parte del vendedor, si el comprador conocía de la incongruencia y, ante todo, el nivel intelectual del comprador; ya que, sin engaño, no habría estafa.

## **VI. A modo de reflexión final**

La compraventa de esculturas invisibles en España plantea una serie de desafíos jurídicos y contractuales únicos. En un contexto donde el arte se ha vuelto cada vez más abstracto y conceptual, la adaptación de la ley a las nuevas formas de expresión artística es esencial.

No obstante, cuando hablamos de esculturas invisibles o inmateriales no nos referimos a una nueva forma de arte contemporáneo, cuya abstracción genera con frecuencia un cierto debate sobre el verdadero contenido artístico latente en algunas de las obras que se encuadran en esta categoría; las esculturas que carecen de la más mínima materialidad son, literalmente, la nada.

Una ausencia absoluta de materia -e, incluso, de un intangible mínimamente distinguible, como el presente en el patrimonio cultural inmaterial- que conduce a la negación de cualquier grado de protección en términos de propiedad intelectual, si bien su consideración contractual puede merecer distinta conclusión.

Así pues, sin perjuicio de la relevancia jurídico-penal que la compraventa de una escultura invisible o inmaterial pudiere guardar si se entendiere que el vendedor se vale del engaño para obtener un beneficio patrimonial, puede concluirse a efectos contractuales que su objeto sea indeterminado e indeterminable dificulta la ubicación de este tipo contractual en los contornos de la conformidad a Derecho; pero es también cierto que existen elementos para sostener que, si el comprador es plenamente consciente de lo que está adquiriendo y la inmaterialidad de la obra no implica la inhabilidad de la misma, podría hallarse base jurídica en la que asentar el contrato de compraventa, especialmente la intención de las partes y la buena fe contractual.

Por consiguiente, el error consecuencia de un eventual engaño se presenta, tanto a efectos penales -posible delito de estafa- como civiles -posible vicio del consentimiento prestado por el comprador en el acuerdo de compraventa-, piedra angular del relato fáctico en el que ha de asentarse, en su caso, la correspondiente fundamentación jurídica. Es por ello que la relevancia práctica que en este tipo de asuntos guarda la observación y prueba de la intencionalidad del sujeto activo o vendedor resulta elevadísima.

Dicho lo cual, en términos filosóficos podría afirmarse que la vulgaridad contemporánea forma parte de la contrapartida por ser libres e iguales, pero esa vulgaridad no debe quedar consagrada a efectos jurídicos en el ámbito de lo artístico. Lo que se pacte entre particulares, pues, no debe confundirse con la apertura de novedosas categorías generales en la regulación de lo artístico y de los medios jurídicos disponibles para su protección.

Si bien la “crítica del gusto” presente en la teoría estética kantiana -en concreto, en la tercera Crítica- pone en cuestión la propia filosofía del arte sugiriendo una racionalidad no conceptual de las obras artísticas, a nuestro juicio el Derecho debe responder a una lógica diferente.

La existencia de un hiato entre la filosofía y la realidad no debe ser extrapolable al Derecho, donde los hechos -y, por consiguiente, la realidad- han de ser siempre el elemento referencial que determine cuál ha de ser la norma y/o principio jurídico aplicable al caso concreto. En consecuencia, la esencia pragmática del Derecho ofrece una limitada y reducida cabida -en el más favorable de los escenarios interpretativos- a las transacciones cuyo objeto son esculturas

invisibles o inmateriales, sin perjuicio de los más amplios y generosos márgenes que, en razón de su esencia especulativa, puede permitir la filosofía.

\* \* \*