



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

El *droit de suite* de los autores de obras de artes plásticas. Análisis jurídico y efectos en el mercado del arte

Daniel Broto Pérez

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT DE BARCELONA

TESIS DOCTORAL

**EL DROIT DE SUITE DE LOS AUTORES
DE OBRAS DE ARTES PLÁSTICAS**
ANÁLISIS JURÍDICO
Y EFECTOS EN EL MERCADO DEL ARTE

Daniel Broto Pérez

Directora y tutora

Dra. M^a Asunción Esteve Pardo

Programa: *Dret i ciència política*

Línea de investigación: *Dret Civil*

Barcelona 2016

A la memòria del meu pare, Vicenç Broto i Puig
(†16-12-2015)

Deseo dar las gracias a los colegas, profesores, personal de entidades de gestión, galeristas y artistas plásticos que me han ayudado con sus consejos y explicaciones.

Asimismo, quiero expresar mi sincero agradecimiento a la Dra. M^a Asunción Esteve Pardo, quien, con su espléndida dedicación, me ha guiado para poder realizar esta tesis.

RESUMEN

El *droit de suite* es un derecho de propiedad intelectual que permite al autor de una obra de arte original participar en el precio de las sucesivas reventas de la misma en el mercado secundario, siempre y cuando las transmisiones se realicen con la intervención de un profesional del mercado del arte, esto es, una galería, una casa de subastas, un marchante u otro tipo de intermediario.

Este derecho se reguló por primera vez en Francia, en 1920, pero en España tuvimos que esperar hasta 1987 para su introducción en la Ley de Propiedad Intelectual – hoy regulado mediante ley especial–. No obstante, la dilación en su reconocimiento no resultó ser una cuestión exclusiva del legislador español, habida cuenta de que apenas seis países contaban con el *droit de suite* en sus ordenamientos jurídicos a mitad del siglo pasado. Asimismo, el mayor logro conseguido hasta ese momento por los partidarios de su expansión internacional había sido la inserción en el *Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas* de un precepto que preveía un reconocimiento facultativo del *droit de suite* por parte de los Estados de la Unión de Berna.

En los últimos años, en cambio, hemos asistido a un interés renovado por el *droit de suite*, principalmente por causa de la paulatina incorporación en el derecho de autor de los derechos de simple remuneración y, sobre todo, por un espectacular incremento del volumen de negocio del mercado del arte, lo que provoca que las potenciales regalías a percibir por los titulares de este derecho sean cada vez más importantes. En consecuencia, numerosos países han optado por legislar el *droit de suite*, como así ha hecho la Unión Europea, donde esta institución jurídica ha encontrado un baluarte desde que la *Directiva 2001/84/CE relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original* se transpuso a sus Estados miembros.

A pesar de ello, este proceso de regulación internacional no puede considerarse culminado, extremo que tiene que concebirse como un fracaso para un derecho que en el ámbito internacional se aplica conforme al principio de reciprocidad material. A diferencia de otros derechos de autor menos controvertidos, el *droit de suite* cuenta con poderosos detractores –especialmente en los países de la tradición jurídica del *copyright*–, quienes lo conciben como una amenaza para la competitividad de sus mercados artísticos. Así, de las tres potencias mundiales en este sector económico, los Estados Unidos y China se resisten, por el momento, a su implementación, mientras el Reino Unido no tuvo más remedio que aceptarla al encontrarse vinculado por el acervo comunitario.

Por otro lado, a juzgar por el aumento de la atención doctrinal dispensada al *droit de suite*, poco estudiado por los juristas tradicionalmente, el debate sobre su naturaleza jurídica y su justificación teórica parece seguir abierto, aspectos que deben ser complementados con un análisis del derecho desde una perspectiva económica, al objeto de dilucidar los efectos del mismo en el mercado del arte.

RESUM

El *droit de suite* és un dret de propietat intel·lectual que permet a l'autor d'una obra d'art original participar en el preu de les seves successives revendes al mercat secundari, sempre i quan les transmissions es realitzin amb la intervenció d'un professional del mercat de l'art, és a dir, una galeria, una casa de subhastes, un marxant o un altre tipus d'intermediari.

Aquest dret es va regular per primer cop a França, el 1920, però a Espanya vam haver d'esperar fins el 1987 per a la seva introducció a la Llei de Propietat Intel·lectual –avui regulat mitjançant llei especial–. No obstant això, la dilació en el seu reconeixement no va resultar ser una qüestió exclusiva del legislador espanyol, si es té present que tot just sis països comptaven amb el *droit de suite* als seus ordenaments jurídics a la meitat del segle passat. Tanmateix, la major fita aconseguida fins a aquell moment per part dels partidaris de la seva expansió internacional havia estat la inserció en el *Conveni de Berna per a la Protecció de les Obres Literàries i Artístiques* d'un precepte que preveia un reconeixement facultatiu del *droit de suite* per part dels Estats de la Unió de Berna.

Durant els últims anys, en canvi, hem assistit a un interès renovat pel *droit de suite*, principalment per causa de la creixent incorporació en el dret d'autor dels drets de simple remuneració i, sobretot, per un espectacular increment del volum de negoci del mercat de l'art, fet que provoca que les potencials regalies a percebre pels titulars d'aquest dret siguin cada vegada més importants. En conseqüència, molts països han optat per legislar el *droit de suite*, como així ha fet la Unió Europea, on aquesta institució jurídica ha trobat un baluard des que la *Directiva 2001/84/CE relativa al dret de participació en benefici de l'autor d'una obra d'art original* es va transposar als Estats membres.

Tot i això, aquest procés de regulació internacional no es pot considerar finalitzat, extrem que s'ha de concebre com un fracàs per a un dret que a l'àmbit internacional s'aplica conforme al principi de reciprocitat material. A diferència d'altres drets d'autor menys controvertits, el *droit de suite* compta amb poderosos detractors –especialment dels països de la tradició jurídica del *copyright*–, els quals el conceben com una amenaça per a la competitivitat dels seus mercats artístics. Així doncs, de les tres potències mundials en aquest sector econòmic, els Estats Units i la Xina es resisteixen, pel moment, a la seva implementació, mentre el Regne Unit no va tenir més remei que acceptar-la per trobar-se vinculat per la legislació comunitària.

D'altra banda, a jutjar per l'augment de l'atenció doctrinal dispensada al *droit de suite*, poc estudiat pels juristes tradicionalment, el debat sobre la seva naturalesa jurídica i la seva justificació teòrica sembla que segueix obert, aspectes que han de ser complementats amb un anàlisi del dret des d'una perspectiva econòmica, amb l'objectiu de resoldre els seus efectes al mercat de l'art.

ABSTRACT

Droit de suite is granted by copyright law and provides the author of an original work of art with the right to claim a share of the profits on the resale of his work of art. The sale must involve a professional party or intermediary, such as salesrooms, art galleries and, in general, any dealers in works of art.

This right was first regulated in France in 1920, but it was not until 1987 that *droit de suite* was recognized by the Spanish Copyright Act. Nonetheless, this late recognition also happened in many other countries. In fact, only six European countries had legal provisions for this right in the 1950s. The greatest achievement for the recognition of *droit de suite* took place when it was included in the *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works* which established optional recognition of *droit de suite* by the States of the Berne Union.

In recent years, the gradual recognition in copyright law of the so-called «rights to remuneration» and the spectacular increase in the turnover of the art market has raised the interest in *droit de suite*, as it may provide copyright holders of a work of art with higher and higher royalties. As a result, many countries have decided to introduce the *droit de suite* in their copyright legislation. Indeed, the European Union has adopted the *Directive 2001/84/EC on the resale right for the benefit of the author of an original work of art* that compels all the Member States to recognize this right.

Despite this, the international recognition of *droit de suite* cannot be considered completed. This right is only recognized in the international arena according to the principle of material reciprocity, which must be seen as a failure for its global recognition. Unlike other less controversial copyright issues, there are powerful detractors of *droit de suite*, especially the countries that follow *common law* tradition and consider this right to be a threat to the competitiveness of their art markets. The three leading countries in the global art market –United States, United Kingdom and China– have been reluctant to accept the *droit de suite*; the United States and China still offer resistance against its implementation while the United Kingdom was compelled to regulate it according to the *Directive 2001/84/EC on the resale right*.

Last but not least, there is an increasing academic interest in studying the *droit de suite*. Traditionally, scholars did not pay too much attention to this right, so its legal nature and theoretical justification seems to be open to debate. All these legal and dogmatic aspects must be studied in relation to its economic effects, so it seems necessary to analyze this right from both, the legal and an economic perspective, in order to analyze it and explain the economic effect of *droit de suite* on the art market.

ÍNDICE GENERAL

PARTE PRIMERA

ORIGEN, NATURALEZA JURÍDICA Y JUSTIFICACIÓN DEL *DROIT DE SUITE*

CAPÍTULO 1: ORIGEN HISTÓRICO

CAPÍTULO 2: NATURALEZA JURÍDICA DEL *DROIT DE SUITE*

CAPÍTULO 3: JUSTIFICACIÓN DE LA ATRIBUCIÓN DEL *DROIT DE SUITE* A LOS AUTORES DE OBRAS DE ARTES PLÁSTICAS

PARTE SEGUNDA

LA REGULACIÓN DEL *DROIT DE SUITE*

CAPÍTULO 4: EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL *DROIT DE SUITE* DESDE SU CONFIGURACIÓN INICIAL HASTA SU CONSOLIDACIÓN INTERNACIONAL

CAPÍTULO 5: ARMONIZACIÓN DEL *DROIT DE SUITE* EN LA UNIÓN EUROPEA: LA DIRECTIVA 2001/84/CE

CAPÍTULO 6: LA REGULACIÓN ESPAÑOLA DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN

PARTE TERCERA

EL *DROIT DE SUITE* Y EL MERCADO DEL ARTE

CAPÍTULO 7: INCIDENCIA DEL *DROIT DE SUITE* EN EL MERCADO DEL ARTE

CAPÍTULO 8: EFECTOS ECONÓMICOS DEL *DROIT DE SUITE*

ÍNDICE DESARROLLADO

ABREVIATURAS	14
--------------------	----

INTRODUCCIÓN	19
--------------------	----

PARTE PRIMERA

ORIGEN, NATURALEZA JURÍDICA Y JUSTIFICACIÓN DEL *DROIT DE SUITE*

CAPÍTULO 1: ORIGEN HISTÓRICO	27
------------------------------------	----

CAPÍTULO 2: NATURALEZA JURÍDICA DEL <i>DROIT DE SUITE</i>	34
---	----

1. TEORÍAS PRIMIGENIAS	34
------------------------------	----

2. RECONOCIMIENTO COMO DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL	40
---	----

3. CARÁCTER PATRIMONIAL DEL DERECHO	44
---	----

3.1. CONTRAPOSICIÓN A DETERMINADOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL .	44
--	----

a) <i>Diferencias con los derechos conexos</i>	44
--	----

b) <i>Diferencias con el derecho moral</i>	46
--	----

3.2. RASGOS PATRIMONIALES.....	52
--------------------------------	----

a) <i>Finalidad económica</i>	53
-------------------------------------	----

b) <i>Duración de su ejercicio</i>	53
--	----

c) <i>Posibilidad de transmisión mortis causa</i>	55
---	----

4. CONFIGURACIÓN COMO DERECHO DE REMUNERACIÓN.....	56
--	----

4.1. DELIMITACIÓN RESPECTO A LOS DERECHOS EXCLUSIVOS DE EXPLOTACIÓN	56
---	----

4.2. ACOMODO DEL <i>DROIT DE SUITE</i> EN LAS CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DE LOS DERECHOS DE REMUNERACIÓN	59
a) <i>Percepción de una simple remuneración</i>	61
b) <i>Origen tuitivo</i>	61
c) <i>Irrenunciabilidad, inalienabilidad y transmisión mortis causa</i>	65
d) <i>Pragmatismo y gestión colectiva</i>	70
5. SUPUESTOS DE NACIMIENTO DEL <i>DROIT DE SUITE</i>	73
5.1. DERECHO SUBJETIVO RELATIVO	73
5.2. FACULTADES DEL TITULAR DEL <i>DROIT DE SUITE</i>	74
5.3. RELACIÓN DERECHO SUBJETIVO-FACULTAD	77
a) <i>Nacimiento simultáneo in actu de derecho y facultad</i>	77
b) <i>Nacimiento del derecho con la primera trasmisión y nacimiento de la facultad con la reventa</i>	81
c) <i>Titularidad de dos derechos diferenciados</i>	82
d) <i>Nacimiento del derecho con la creación y eficacia aplazada de la facultad de remuneración</i>	83
5.4. EL CRÉDITO DE PARTICIPACIÓN	83
a) <i>Evaluación de su consideración como obligación propter rem</i>	83
b) <i>Características del crédito</i>	85
CAPÍTULO 3: JUSTIFICACIÓN DE LA ATRIBUCIÓN DEL <i>DROIT DE SUITE</i> A LOS AUTORES DE OBRAS DE ARTES PLÁSTICAS	87
1. SINGULARIDAD DE LA CREACIÓN PLÁSTICA	87
1.1. DEFINICIÓN DE OBRA DE ARTES PLÁSTICAS	92
1.2. REQUISITOS PARA LA CONSIDERACIÓN DE OBRAS DE ARTES PLÁSTICAS	95
a) <i>Corporeidad</i>	95
a.1) <i>Fijación de la expresión en soporte físico</i>	95
a.2) <i>Posibles conflictos de titularidad de la obra</i>	98
b) <i>Originalidad de las obras de artes plásticas</i>	102
b.1) <i>Contenido subjetivo</i>	102
b.2) <i>Intervención humana</i>	107
b.3) <i>Valor económico</i>	107
c) <i>Posibilidad de diferentes destinos: arte aplicado y plus de creatividad</i>	109
2. SINGULARIDAD DE LA EXPLOTACIÓN DE LAS OBRAS DE ARTES PLÁSTICAS.....	113
2.1. LAS REPRODUCCIONES IMPROPIAS DEL EJEMPLAR ORIGINAL	114

2.2. EL AGOTAMIENTO DEL DERECHO DE DISTRIBUCIÓN.....	116
2.3. LA PRESUNCIÓN DE CESIÓN DEL DERECHO DE EXPOSICIÓN PÚBLICA Y SU NORMAL EJERCICIO EN EL ÁMBITO DOMÉSTICO.....	121
a) <i>La transmisión ex lege del derecho de exposición pública</i>	122
b) <i>La exposición privada en el ámbito doméstico</i>	124
2.4. LAS RÉPLICAS REALIZADAS POR EL PROPIO AUTOR (DERECHO DE TRANSFORMACIÓN)	125
2.5. DIFICULTAD DE ACCESO AL EJEMPLAR ÚNICO PARA EJERCER EL DERECHO DE COLECCIÓN.....	126
3. EL <i>DROIT DE SUITE</i> COMO CORRECCIÓN DEL EJERCICIO MERMADO DEL DERECHO DE DISTRIBUCIÓN.....	129
3.1. FALTA DE CONEXIÓN CON LOS DERECHOS DE COMUNICACIÓN PÚBLICA, TRANSFORMACIÓN Y COLECCIÓN	130
3.2. COMPLEMENTO AL DERECHO DE DISTRIBUCIÓN POR SU AGOTAMIENTO TRAS LA PRIMERA VENTA	132

PARTE SEGUNDA

LA REGULACIÓN DEL *DROIT DE SUITE*

CAPÍTULO 4: EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL <i>DROIT DE SUITE</i> DESDE SU CONFIGURACIÓN INICIAL HASTA SU CONSOLIDACIÓN INTERNACIONAL	137
1. SISTEMAS DE PARTICIPACIÓN EN EL EJERCICIO DEL DERECHO.....	138
1.1. SISTEMA DE PARTICIPACIÓN EN LA PLUSVALÍA.....	139
1.2. SISTEMA DE PARTICIPACIÓN EN EL PRECIO	144
2. PRIMERAS INCORPORACIONES A LOS DIFERENTES ORDENAMIENTOS JURÍDICOS	146
2.1. FRANCIA Y BÉLGICA.....	146
2.2. ANTIGUA CHECOSLOVAQUIA, POLONIA Y URUGUAY	149
2.3. ITALIA	151
3. RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DEL DERECHO: INCLUSIÓN EN EL CONVENIO DE BERNA.....	152
3.1. ANTECEDENTES.....	152
3.2. PROCESO DE INCLUSIÓN DEL <i>DROIT DE SUITE</i> EN EL CONVENIO DE BERNA	154
3.3. CONTENIDO DEL ARTÍCULO 14 TER DEL CONVENIO DE BERNA.....	157
a) <i>Características esenciales del droit de suite en la regulación del Convenio de Berna</i>	158

<i>b) La reciprocidad como excepción al principio de trato nacional</i>	161
4. EXPANSIÓN INTERNACIONAL Y CONSOLIDACIÓN DEL <i>DROIT DE SUITE</i>	163
4.1. INICIATIVAS SUPRANACIONALES	165
<i>a) Organización Mundial de Propiedad Intelectual</i>	165
<i>b) Unión Europea</i>	166
<i>c) Comunidad Andina</i>	169
<i>d) Organización Africana de la Propiedad Intelectual</i>	170
4.2. OTRAS PRINCIPALES REGULACIONES INDIVIDUALES DEL <i>DROIT DE SUITE</i>	171
<i>a) Australia</i>	171
<i>b) Estado de California y otras experiencias menores (Estados Unidos)</i>	174
4.3. PANORÁMICA GENERAL DE PAÍSES CON <i>DROIT DE SUITE</i>	176
4.4. PRINCIPALES PAÍSES QUE NO HAN REGULADO EL DERECHO	180
<i>a) Estados Unidos: ámbito federal</i>	180
<i>b) China</i>	185
<i>c) Canadá</i>	186
<i>d) Suiza</i>	186
5. LEY NACIONAL APLICABLE EN CASO DE CONFLICTO DE LEYES	187

CAPÍTULO 5: ARMONIZACIÓN DEL *DROIT DE SUITE* EN LA UNIÓN EUROPEA: LA DIRECTIVA 2001/84/CE..... 197

1. DIAGNÓSTICO DE LA SITUACIÓN PREVIA A LA APROBACIÓN DE LA DIRECTIVA EN LA UNIÓN EUROPA	197
2. PROCESO DE APROBACIÓN DE LA DIRECTIVA 2001/84/CE	201
3. CONTENIDO DE LA DIRECTIVA 2001/84/CE	206
3.1. SUPUESTOS DE HECHO PARA LA GENERACIÓN DEL CRÉDITO	206
<i>a) Condiciones</i>	206
<i>b) Excepciones</i>	208
3.2. OBRAS DE ARTE OBJETO DE APLICACIÓN DEL DERECHO.....	209
3.3. BENEFICIARIOS DEL DERECHO	210
3.4. CRÉDITO DE PARTICIPACIÓN	214
<i>a) Cálculo</i>	214
<i>b) Pago</i>	215
<i>c) Gestión colectiva</i>	217
4. APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 2001/84/CE	218
4.1. DURACIÓN DEL DERECHO Y PLAZO DE PROTECCIÓN	218

4.2. TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA POR PARTE DE LOS ESTADOS MIEMBROS ...	219
4.3. REVISIÓN Y SEGUIMIENTO DE LA APLICACIÓN: INFORMES PERIÓDICOS.....	224
CAPÍTULO 6: LA REGULACIÓN ESPAÑOLA DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN.....	227
1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS	227
2. LEY 3/2008, DE 23 DE DICIEMBRE, RELATIVA AL DERECHO DE PARTICIPACIÓN EN BENEFICIO DEL AUTOR DE UNA OBRA DE ARTE ORIGINAL	232
2.1. ESTUDIO DE LAS OBRAS OBJETO DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN.....	233
a) <i>Obras incluidas</i>	234
a.1) <i>Ejemplares únicos y ejemplares múltiples.....</i>	234
a.2) <i>Clasificación de las obras enumeradas legalmente</i>	239
b) <i>Obras excluidas.....</i>	251
b.1) <i>Obras arquitectónicas</i>	251
b.2) <i>Manuscritos</i>	253
2.2. SUJETOS TITULARES DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN.....	254
a) <i>Autores</i>	255
a.1) <i>Nacionalidad</i>	255
a.2) <i>Cotitularidad</i>	257
b) <i>Derechohabientes.....</i>	260
2.3. BENEFICIARIOS DEL CRÉDITO DE PARTICIPACIÓN	262
a) <i>Beneficiarios originarios</i>	262
b) <i>Beneficiarios derivados: el Fondo de Ayuda a las Bellas Artes.....</i>	263
2.4. PRESUPUESTOS PARA LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN	266
a) <i>Reventa</i>	266
a.1) <i>Primera cesión realizada por el autor</i>	267
a.2) <i>Segunda transmisión (y sucesivas) en el mercado secundario.....</i>	270
b) <i>Intervención de profesional del mercado del arte</i>	272
b.1) <i>Transacción pública frente a transacción privada y otras excepciones legales</i>	272
b.2) <i>Definición de profesional del mercado del arte</i>	274
b.3) <i>Reventas realizadas por comercio electrónico.....</i>	279
c) <i>Umbral mínimo de aplicación</i>	279
2.5. OBLIGACIONES DEL DEUDOR Y DE LOS PROFESIONALES DEL MERCADO DEL ARTE	280
a) <i>Obligación de soportar el pago</i>	280

<i>b) Obligaciones accesorias de los profesionales del mercado del arte</i>	283
2.6. CÁLCULO DEL IMPORTE DE PARTICIPACIÓN	285
2.7. GESTIÓN COLECTIVA	287
2.8. PRESCRIPCIÓN	290

PARTE TERCERA

EL DROIT DE SUITE Y EL MERCADO DEL ARTE

CAPÍTULO 7: INCIDENCIA DEL <i>DROIT DE SUITE</i> EN EL MERCADO DEL ARTE	293
1. EL MERCADO DEL ARTE COMO CONTEXTO DEL <i>DROIT DE SUITE</i>	293
1.1. DISTINCIÓN ENTRE MERCADO PRIMARIO Y MERCADO SECUNDARIO	296
1.2. CARACTERÍSTICAS INHERENTES AL MERCADO DEL ARTE.....	300
<i>a) Predominancia de ventas privadas</i>	300
<i>b) «Mercado de herederos»</i>	303
<i>c) Concentración geográfica de ventas en el mercado secundario</i>	306
1.3. REGLAS DE MERCADO EN LA PRODUCCIÓN ARTÍSTICA.....	308
<i>a) La oferta de obras de arte</i>	308
<i>b) La demanda de obras de arte</i>	311
2. FACTORES QUE INCIDEN EN LA COMPETITIVIDAD DEL MERCADO DEL ARTE	312
2.1. CANALIZACIÓN COMERCIAL HACIA PLAZAS MÁS PRESTIGIOSAS	314
2.2. MEDIDAS INTERNAS DE CADA ESTADO.....	317
<i>a) La política de importación y exportación</i>	318
<i>b) Imposición directa: gravámenes e incentivos fiscales</i>	323
<i>c) Controles administrativos de las transacciones</i>	328
2.3. LA IMPOSICIÓN INDIRECTA: INCIDENCIA DEL IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO	330
<i>a) Relación entre el IVA y el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales</i>	330
<i>b) El IVA en las transacciones de arte</i>	331
<i>b.1) Régimen de IVA en España</i>	334
<i>b.2) El IVA en derecho comparado</i>	341
2.4. FACILIDADES PARA EL DESPLAZAMIENTO DE OBRAS DE ARTE	345
3. LA EXPERIENCIA BRITÁNICA COMO MUESTRA DEL IMPACTO DE LA IMPLANTACIÓN DEL <i>DROIT DE SUITE</i>	349
4. VALORACIÓN DE LA INCIDENCIA DEL <i>DROIT DE SUITE</i> EN EL MERCADO DEL ARTE	353

CAPÍTULO 8: EFECTOS ECONÓMICOS DEL <i>DROIT DE SUITE</i>	357
1. COSTES DE TRANSACCIÓN DEL <i>DROIT DE SUITE</i>	358
1.1. COSTES ADICIONALES.....	358
<i>a) Costes derivados del derecho de información</i>	359
<i>b) Cuantificación de los costes administrativos</i>	361
1.2. EL « <i>EFECTO CASCADA</i> »	364
2. EFECTOS ECONÓMICOS DERIVADOS DE LA RELACIÓN ARTISTA-ADQUIRENTE...	365
2.1. FIJACIÓN DE PRECIOS EN LAS PRIMERAS VENTAS DEL ARTISTA.....	367
2.2. ELEMENTO GENERADOR DE CONFIANZA	369
3. CUMPLIMIENTO ECONÓMICO DE LA FINALIDAD JURÍDICA DEL <i>DROIT DE SUITE</i>.	371
CONCLUSIONES	379
BIBLIOGRAFÍA	393
JURISPRUDENCIA	414

ABREVIATURAS

AAC	Arancel Aduanero Común
ADAGP	<i>Société des Auteurs dans les Arts Graphiques et Plastiques</i>
ADI	<i>Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor</i>
AEB	<i>Art Education of the Blind</i>
AGEDI	Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales
AIE	Artistas Intérpretes o Ejecutantes
AIPPI	Asociación Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial e Intelectual
AISGE	Artistas Intérpretes Sociedad de Gestión
ALAI	Asociación Literaria y Artística Internacional
ARR	<i>Artist's Resale Right</i>
ART	<i>American Royalties Too Act</i>
BAMF	<i>British Art Market Federation</i>
BIC	Bienes de Interés Cultural
BIRPI	<i>Bureaux Internationaux Réunis pour la Protection de la Propriété Intellectuelle</i>
BOCG	Boletín Oficial del Congreso de los Diputados

BOE	Boletín Oficial del Estado
BONO	<i>Billedkunst Opphavsrett i Norge</i>
C.c.	Código Civil
C.com	Código de Comercio
CAN	Comunidad Andina
CARFAC	<i>Canadian Artist's Representation/ Le Front des artists canadiens</i>
CB	Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas
CCC	Codi Civil de Catalunya
CE	Constitución Española
CEDRO	Centro Español de Derechos Reprográficos
CEE	Comunidad Económica Europea
cfr.	Confróntese
CIAGP	Consejo Internacional de Autores de Artes gráficas, Plásticas y Fotógrafos
CISAC	Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores
<i>cit.</i>	<i>Citatum</i> (citado)
CNMC	Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia
coord.	Coordinador
CP	Código Penal
CPI	<i>Code de Propriété Intellectuelle</i>
CRRA	<i>California Resale Royalties Act</i>
DACS	<i>Design and Artists Copyright Society</i>
DAMA	Derechos de Autor de Medios Audiovisuales
DGT	Dirección General de Tributos

dir.	Director
ECOSOC	Consejo Económico y Social de la ONU
ed.	Edición
EEE	Espacio Económico Europeo
EGEDA	Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales
ENAP	<i>Ente Nazionale Assistenza e Previdenza per i Pittori, gli Scultori, i Musicisti, gli Scrittori e gli Autori Drammatici</i>
<i>et al.</i>	<i>et alii</i> (y otros)
EVAA	<i>Equity for Visual Artists Act</i>
Frs	Francos franceses
GESAC	European Grouping of Societies of Authors and Composers
GRUR	<i>Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht</i>
GST	<i>Goods and services tax</i>
IIIC	Instituto Internacional de Cooperación Intelectual
IPO	<i>Intellectual Property Office</i>
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
ITP	Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido
LGDCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
LOPD	Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal
LORCOMIN	Ley de Ordenación del Comercio Minorista
LPBCFT	Ley de Prevención de Blanqueo de Capitales y Financiación del Terrorismo
LPHE	Ley del Patrimonio Histórico Español
LSC	Ley de Sociedades de Capital
LSSICE	Ley de Servicios de la Sociedad de Información y Comercio

	Electrónico
MECD	Ministerio de Educación, Cultura y Deporte de España
OAPI	Organización Africana de Propiedad Intelectual
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
ONCE	Organización Nacional de Ciegos Españoles
ONU	Organización de las Naciones Unidas
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i> (obra citada)
p.	Página
PHE	Patrimonio Histórico Español
pp.	Páginas
Prolitteris	<i>Société Suisse de Droits d'Auteur pour l'Art Littéraire et Plastique, Coopérative</i>
RAAV	<i>Regroupment des Artists en Arts Visuels du Québec</i>
RIDA	<i>Revue Internationale du droit d'auteur</i>
RRR	<i>Resale Royalty Right</i>
SAIF	<i>Société des auteurs des arts visuels et de l'image fixe</i>
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SAVA	Sociedad de Artistas Visuales Argentinos
SGAE	Sociedad General de Autores y Editores
SIAE	<i>Società Italiana degli Autori ed Editori</i>
SICAV	Sociedades de Inversión de Capital Variable
SNA	<i>Syndicat national des antiquaires</i>
SPADEM	<i>Société de la Propriété Artistique et des Dessins et Modèles</i>
ss.	Siguientes

STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
t.	Tomo
TAC	Territorio Aduanero Comunitario
TARIC	Tarifa Integrada Comunitaria
TEFAF	<i>The European Fine Art Foundation</i>
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLPI	Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual
TUE	Tratado de la Unión Europea
U.S.	<i>United States</i>
UE	Unión Europea
UNESCO	<i>United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization</i>
UNICEF	<i>United Nations International Children's Emergency Fund</i>
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado
UrhG	<i>Urheberrechtsgesetz</i>
USC	<i>United States Code of Laws</i>
VARA	<i>Visual Artists Rights Act</i>
VEGAP	Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos
vid.	<i>Vide</i> (véase)
VISARTE	Asociación profesional suiza de las artes visuales
vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

La génesis del *droit de suite*¹ no se entiende sin apelar a un componente sentimental. De hecho, su aparición se ha explicado como una sublevación popular ante la situación que los artistas debían soportar en Francia en los albores del siglo pasado, quienes, miserables, se veían obligados a malvender sus obras para luego comprobar que adinerados marchantes obtenían plusvalías obscenas fruto de las reventas de aquéllas. Aunque actualmente este derecho atienda a justificaciones de orden jurídico, todas ellas enmarcadas en los sistemas modernos de derechos de autor, el hecho de que su origen se encuentre especialmente ligado a la personalidad del autor ha provocado que presente reminiscencias con el derecho moral, lo que no ha hecho más que añadir confusión entre la doctrina acerca de su naturaleza jurídica.

En paralelo a la evolución legislativa del *droit de suite*, asimismo se han desarrollado con éxito los llamados derechos de remuneración. Éstos son derechos patrimoniales, complementarios a los derechos de explotación del autor, que le atribuyen la facultad única de exigir el cobro de cierta cantidad económica, despojando a su titular del característico *ius prohibendi* del derecho moral y de los derechos patrimoniales de explotación². Uno de los motivos para explicar la proliferación de esta tipología de derechos es

¹ La terminología en derecho comparado es variada para referirse a una misma institución. Internacionalmente, se utiliza el término *droit de suite*, por ser Francia el país donde nació el derecho. Ciertos ordenamientos escogieron utilizar expresiones traducidas, como el *Folge-recht* alemán, el *diritto di seguito* italiano o el *direito de sequência* portugués; mientras otros optaron por tratar de definir objetivamente su funcionamiento, como es el caso del *resale royalty right* británico o el *derecho de participación* en España. En esta tesis, cuando tratemos el derecho en su concepción teórica o bien hagamos referencia al mismo de un modo global –tratados internacionales, aspectos dogmáticos comunes, etc.–, usaremos la expresión aceptada universalmente por la doctrina, «*droit de suite*», mientras que intentaremos respetar «derecho de participación», terminología específicamente escogida por el legislador español –así como en las traducciones españolas de la normativa comunitaria–, para referirnos a la regulación concreta de este derecho en España.

² MARTÍN SALAMANCA ha estudiado en profundidad los derechos de remuneración y expresa que éstos son consecuencia de la función social de la propiedad intelectual y del fenómeno del consumo de masas de los bienes culturales, al darse una reacción pragmática del derecho de autor para la realización de las pretensiones de los propietarios intelectuales por un método indi-

la necesidad de otorgar al autor una remuneración segura de forma imperativa y eficiente en determinadas circunstancias.

La primera cuestión que aborda la presente tesis es la naturaleza jurídica del *droit de suite*. Tras una compleja trayectoria jurídica, debido a su difícil catalogación, se ha aceptado doctrinalmente que este derecho forma parte del elenco de derechos de remuneración existente en la Ley de Propiedad Intelectual. A sabiendas de que éstos surgen normalmente debido a la presunción de la cesión de alguna facultad de los derechos exclusivos o bien para reequilibrar la situación patrimonial del titular de un derecho de explotación por causa de un límite establecido en la ley³, ¿encuentra el *droit de suite*, cuya generación no obedece a ninguna de estas causas, realmente encaje en el esquema general de los derechos de remuneración⁴?

Sin embargo, esta problemática da paso a otra materia más discutida, como es la justificación que este derecho encuentra dentro la propiedad intelectual. En este aspecto, hay que partir del hecho de que estamos ante un derecho muy específico, que solamente es susceptible de ser reconocido a los autores de obras de artes plásticas. Por ello, es necesario valorar en qué modo el *droit de suite*, a pesar de la singularidad que deviene de su ámbito objetivo, cumple o no la función de complementariedad que se le presupone a un derecho de remuneración con respecto a los derechos de explotación de los autores de este tipo de obras.

En otro orden de cosas, llama poderosamente la atención que el *droit de suite* se trate de una institución polémica a nivel internacional, hasta el punto de que no haya calado en todas las legislaciones nacionales modernas y se haya producido una suerte de confrontación entre determinados países y sus sistemas jurídicos de referencia⁵. Ciertamente, en la Europa continental tuvo un asentamiento lento pero relativamente fácil,

recto (MARTÍN SALAMANCA, Sara. *Remuneración del autor y comunicación pública*. Madrid: Reus, 2004, p. 20).

³ Según A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, los límites al derecho exclusivo determinados por ley encuentran equiparación con el principio anglosajón del *fair use*, por el cual se permite que cualquier tercero lleve a cabo actos, sin previo consentimiento del titular, en relación con las obras protegidas, que se consideran lícitos por ser razonables en circunstancias determinadas (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto. «Límites al derecho de autor». En: Delgado Porrás, Antonio; Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto *et al.* *Protección y límites del derecho de autor de los creadores visuales*. Madrid: Trama, 2006, p. 86).

⁴ Entre nosotros, DELGADO PORRAS ha clasificado los derechos de remuneración en función de su origen (DELGADO PORRAS, Antonio. *Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1988, pp. 77 ss.).

⁵ Se contraponen dos tradiciones a la hora de proteger los derechos de autor: el sistema de los ordenamientos jurídicos continentales europeos o de primacía de la ley, que utilizan la expresión «*derecho de autor*» para designar el régimen de protección de las obras literarias y artísticas, y el sistema de los ordenamientos jurídicos angloamericanos, conocido como «*copyright*». Para un análisis completo de esta dialéctica, entre otros autores, *vid.* STROWEL, Alain. *Droit d'auteur et copyright: Divergences et convergences: Etude de droit comparé*. Bruselas: Bruylant, 1993, pp. 28 ss.

seguramente por tratarse de un terreno abonado para que un derecho de estas características encontrara un mejor acomodo, debido a la tradición romano-germánica iusnaturalista que inspira a los principales ordenamientos jurídicos del ámbito geográfico indicado⁶. Francia y Bélgica fueron los primeros países en legislarlo, hace casi un siglo y, con la aprobación de la *Directiva 2001/84/CE relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original*, puede actualmente considerarse un derecho totalmente consolidado en Europa. Sin duda, éste ha sido el auténtico acicate para su expansión a un mayor número de países más allá de la Unión Europea, especialmente si se tiene en cuenta que en su mercado único se halla uno de los principales mercados del arte a nivel mundial, como es el británico.

Por el contrario, en los Estados del sistema del *copyright*, donde impera una visión iuspositivista y cada derecho se somete a un juicio de utilidad, no está resultando sencilla su introducción⁷. Con todo, el *droit de suite* es un derecho que está despertando un nuevo interés en todos los sentidos –legislativo, académico y económico– y está viviendo un proceso de rápida expansión, por lo que no debe sorprendernos que países *a priori* contrarios a su regulación, como los Estados Unidos, Suiza o Canadá, se estén planteando en la actualidad su implementación. En este sentido, piénsese que lograr en un futuro cercano el reconocimiento del derecho en todos los países con mercados del arte desarrollados es de suma importancia para una aplicación universalmente efectiva del mismo, ya que el *Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*, Tratado Internacional que reconoce el *droit de suite*, lo hace de una manera facultativa para los Estados firmantes y con una aplicación del derecho por parte de éstos basado en el principio de reciprocidad material.

El *droit de suite* es un derecho controvertido a nivel doctrinal⁸, pero todavía presenta mayor enjundia el debate planteado en el seno de los propios poderes públicos

⁶ En todo caso, tal y como CASAS VALLÉS puntualiza «el *droit de suite*, huelga decirlo, no es una institución de Derecho natural. Su aparición requería un humus compuesto de dos elementos. En primer lugar, una particular concepción del Arte y las obras plásticas. En segundo, la conversión de éstas en objeto de tráfico, con la consiguiente aparición de un activo mercado secundario» (CASAS VALLÉS, Ramón. «El derecho de participación de los artistas plásticos (Droit de Suite) en la LPI». En: *Derechos del Artista Plástico*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto. Pamplona: Aranzadi, 1996, p. 80).

⁷ El Reino Unido se mostró siempre reacio a implementar el *droit de suite* en su ordenamiento jurídico, por temor a que dañara su preeminente mercado artístico. Sin embargo, debido a su pertenencia a la Unión Europea, finalmente tuvo que transponer la Directiva 2001/84/CE. Desde el año 2006, el *resale right* se encuentra vigente en ese país. Con todo, hallamos ejemplos totalmente opuestos, como es el caso de Australia, Estado miembro de la *Commonwealth* y que, sin ningún tipo de presión supranacional aprobó en 2009 la *Resale Royalty Right for Visual Artists Act*.

⁸ Vid. MERRYMAN, John Henry; ELSEN, Albert E.; URICE, Stephen K. *Law, Ethics and the Visual Art*, 5ª ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007, p. 610. Entre nosotros, también se ha criticado este derecho (vid. RAMS ALBESA, Joaquín. «Comentario al artículo 24». En: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, vol. 4-A, t. 5, dir. Albaladejo García, Manuel; Díaz Alabart, Silvia. Madrid: Edersa, 1994, p. 439). Aun así, CASAS VALLÉS

acerca de la idoneidad de su implementación, aunque en tal caso se haga desde un punto de vista económico o de mercado. Como se verá a lo largo de este trabajo, determinados países han defendido institucionalmente que el *droit de suite* puede llegar a ser contrario a los intereses del sector de las artes plásticas. Así, cuestionan la aplicación de un derecho que tan sólo lograría alterar las leyes del mercado del arte y alegan que tampoco da una verdadera respuesta ni al potencial comprador ni a la mayoría de autores de obras plásticas, que no acaban de beneficiarse con el mismo. Desde esta perspectiva, una de las principales objeciones que se le atribuyen al *droit de suite* es que pueda provocar la fuga de transacciones del mercado del arte hacia países donde el derecho no se encuentra reconocido. Y, a juicio por los esfuerzos de la Unión Europea para conseguir la armonización legislativa en esta materia entre sus Estados miembros, el riesgo indicado se tuvo por factible. Por supuesto, éste es un punto digno de estudio, ya que resulta necesario contrastar si la alarma económica que despierta este derecho en algunos sectores es fundada o, por el contrario, se construye sobre argumentos de poca solidez.

Planteadas las principales cuestiones que suscita el *droit de suite* a un estudioso del tema, nos encontramos con que en España este derecho recibe la denominación de derecho de participación y se encuentra regulado en la *Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original*, donde se configura como un derecho de propiedad intelectual de carácter patrimonial, más concretamente como un derecho de remuneración, irrenunciable e inalienable –sólo transmisible *mortis causa*– que se extingue transcurridos setenta años desde la muerte del artista. Faculta al autor de una obra de arte original y a sus derechohabientes a exigir al vendedor una participación económica, a modo de porcentaje –con un importe total resultante que no puede superar los 12.500 euros–, sobre el precio de todas aquellas ventas de sus obras que se sucedan tras la primera cesión realizada por el propio autor. No obstante, el derecho no se activa en todas las transmisiones que tengan lugar en el mercado secundario, sino básicamente en aquellas donde el precio de la transacción supere los 1.200 euros y ésta se haya llevado a cabo con la intervención de un profesional del mercado del arte –sea como comprador, vendedor o intermediario–. Por tanto, el autor o derechohabiente del derecho de participación se limita a poseer una expectativa de remuneración, que será generada cuando un tercero, propietario sucesivo del soporte donde quedó fijada la obra de arte, la enajene en las condiciones expuestas.

explica que los detractores del *droit de suite* suelen recurrir a análisis económicos del derecho para tratar de demostrar su mal funcionamiento, al considerar que su reconocimiento no está justificado más allá de una lógica dogmático-romántica (CASAS VALLÉS, Ramón. «Comentario al artículo 24». En: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 3ª ed. Madrid: Tecnos, 2007, p. 415). Asimismo, vid. RUBÍ PUIG, Antoni. «Incentivos, costes de transacción y rent-seeking». *Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, nº 38, mayo-agosto 2011. Madrid: Ed. Bercal, 2011, p. 84, y también CORNISH, W.R.; Llewelyn, David. *Intellectual property: patents, copyrights, trade marks and allied rights*, 5ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2003, p. 361.

La formulación final que el legislador español ha hecho del derecho de participación, con algunos puntos de difícil interpretación, es el resultado de la evolución jurídica que el *droit de suite* ha experimentado en derecho comparado a partir de un origen y una naturaleza largamente debatidos, así como de los recelos de ciertos sectores del mercado artístico a su implantación.

Una vez fijadas las principales cuestiones que serán objeto de desarrollo argumental en la presente tesis, se considera oportuno delimitar el planteamiento metodológico y los objetivos perseguidos. En este sentido, el análisis comparativo que se lleva a cabo a lo largo de este trabajo se realiza mediante un punto de vista eminentemente jurídico, mas sin olvidar la vinculación económica del *droit de suite* con el mercado del arte. Asimismo, cabe destacar que, ante la dificultad de hallar una extensa bibliografía sobre el *droit de suite* en nuestro país que alimentara el estudio –por tratarse de una materia con poca tradición dogmática–, hemos tenido que acudir a fondos bibliográficos internacionales, especialmente de Alemania, los Estados Unidos y el Reino Unido. Igualmente, para contrastar las últimas tendencias doctrinales y jurisprudenciales sobre la materia, hemos considerado necesario acudir a congresos nacionales donde se tratara el derecho de participación y los retos normativos que propone el mismo para el futuro.

Por otra parte, hemos consultado diferentes estudios económicos elaborados por consultoras internacionales de arte o expertos independientes, con la finalidad de que arrojaran luz sobre aspectos relacionados con la incidencia económica de este derecho en el mercado artístico. Piénsese que el entorno donde se desarrolla el *droit de suite* es el mercado del arte en su acepción más profesionalizada. Como hemos avanzado, éste sólo puede ser reclamado cuando se produce la reventa de una obra de arte original por un precio superior a un umbral mínimo –en nuestro caso, 1.200 euros–, siempre y cuando haya participado en la operación un profesional determinado –básicamente, casas de subastas o galerías de arte de cierto prestigio–⁹.

Por consiguiente, no debemos olvidar que el mercado del arte es enormemente particular, caracterizado por su alta especialización y opacidad, y en el mismo participan numerosos agentes con intereses muchas veces multimillonarios y contrapuestos. Además, el hecho de que este derecho se aplique durante la vida del creador más un limitado plazo de años *post mortem auctoris* nos lleva irremediamente a vincularlo con el arte moderno y, especialmente, con el arte contemporáneo, cuyas obras han situado las

⁹ Por lo tanto, hasta cierto punto, es normal que las pequeñas galerías o aquellas que actúan exclusivamente en el mercado primario muestren desconocimiento acerca de la existencia del derecho de participación, lo que hace más difícil el acceso a información de garantías sobre su dinámica desde la perspectiva de los profesionales sujetos al cumplimiento de las obligaciones instrumentales de este derecho.

cotizaciones del mercado artístico en uno de los puntos más álgidos de su historia¹⁰, pero, a su vez, son representativas de una burbuja de precios que recibe críticas feroces.

Así las cosas, para obtener una mejor panorámica de los puntos más críticos a nivel interpretativo, también se ha atendido a observaciones proporcionadas por parte de artistas beneficiarios del derecho, galerías nacionales de prestigio, casas de subastas y de la entidad de gestión VEGAP, orillando en ocasiones la fundamentación jurídica para dar respuesta a los objetivos que se enunciarán a continuación desde una vertiente puramente práctica.

En consecuencia, bajo nuestro punto de vista, la mejor manera de abordar metodológicamente los problemas planteados en esta introducción ha sido mediante la división de la presente tesis en tres partes. De este modo, se pretenden alcanzar, a su vez, tres grandes objetivos:

i) la determinación de la naturaleza jurídica del *droit de suite* y su justificación dentro de un sistema moderno de propiedad intelectual

En la primera parte, titulada «*Origen, naturaleza jurídica y justificación del droit de suite*» se trata de resolver el grado de incidencia del origen romántico del derecho en su desarrollo posterior como derecho de propiedad intelectual.

Aceptada su naturaleza como derecho de remuneración, se valoran sus conexiones con los derechos conexos, con los derechos morales y, especialmente, con los derechos de explotación, momento en que cabe cuestionarse cuál es la función que el *droit de suite* cumple en un sistema moderno de derechos de autor, a lo que se da respuesta a partir de los limitados –y particulares– modos de explotación económica de los que dispone un autor de obras de artes plásticas respecto a otro tipo de autores.

ii) el análisis de su evolución positiva, con la finalidad de observar su expansión internacional y realizar un examen crítico de su actual regulación

«*La regulación del droit de suite*» es el título de la segunda parte, donde primeramente se establece la contraposición entre los dos sistemas de aplicación del derecho en las leyes iniciales para examinar los motivos por los cuales uno (sistema de precio) se impuso sobre el otro (sistema de plusvalía). A continuación, se revisa el proceso de incorporación del *droit de suite* en el artículo 14 ter del *Convenio de Berna para la Pro-*

¹⁰ En el año 2014, el volumen económico del mercado del arte fue de 51.216 millones \$, sin olvidar que su crecimiento en los últimos diez años ha sido del 110% (cfr. MCANDREW, Clare. *TEFAF Art Market Report 2015*. Maastrich: The European Fine Art Foundation, 2015, pp. 22 y 23).

tección de las Obras Literarias y Artísticas, puesto que su aplicación voluntaria por los países miembros de la Unión de Berna en base al principio de reciprocidad es otro de los elementos fundamentales para comprender la irregular expansión internacional del derecho a nivel internacional.

Finalmente, se presentan la Directiva 2001/84/CE y la Ley 3/2008, que regulan el derecho de participación en la Unión Europea y en España, respectivamente. A partir de dicho contexto legal, se ahonda en cada una de las características de la regulación del derecho, tratando de posicionarnos en las cuestiones de difícil interpretación.

iii) la valoración del grado de relevancia económica del *droit de suite* en el mercado del arte, así como la incidencia de otros elementos que puedan llegar a afectar a la competitividad del mismo

En la tercera y última parte, llamada «*El droit de suite y el mercado del arte*», se examinan aspectos que han sido poco tratados por juristas del área continental europea y, en cambio, sí han sido tenidos en cuenta por la doctrina del área del *copyright*. Así, la tesis no podía completarse sin analizar la hipótesis a la que se ha apelado continuamente desde los sectores contrarios a la regulación del derecho, es decir, los supuestos efectos negativos del *droit de suite* sobre la competitividad del mercado del arte y el riesgo de deslocalización de las transacciones artísticas, por causa de su implementación, hacia otros lugares donde éste no se reconozca. Adicionalmente, se examinan los efectos del *droit de suite* en las relaciones entre el artista y el profesional, así como los costes y beneficios que se derivan para estas partes como resultado del reconocimiento del derecho.

Una vez logrados estos objetivos, las principales conclusiones de la tesis tratarán de conectar la correspondencia entre la justificación jurídica y los efectos económicos del derecho, debido a que, a nuestro juicio, tal y como hemos reiterado, deberemos valorar la eficacia del mismo al ponerlo en relación con el contexto donde se desenvuelve, el mercado del arte.

PARTE PRIMERA

ORIGEN, NATURALEZA JURÍDICA Y JUSTIFICACIÓN DEL *DROIT DE SU*

CAPÍTULO 1: ORIGEN HISTÓRICO

El mercado del arte ha evolucionado a lo largo de la historia a partir de la relación entre sus dos principales –que no únicos– actores: el artista, productor de la obra, y el cliente, destinatario de la misma. Este binomio ha estructurado la organización de la producción artística desde la Edad Media hasta la actualidad, partiendo de un sistema corporativo, en el que la demanda de obras de arte estaba monopolizada por una única tipología de cliente –los poderosos–, para transformarse en un sistema capitalista regulado por la más absoluta libertad de mercado¹¹.

En consecuencia, en ese inicial sistema corporativo, el arte fue un mero oficio, en el que los artesanos –artistas– se agrupaban en gremios¹². Éstos estaban altamente jerarquizados, así que los *maestros* se encargaban de controlar tanto el aprendizaje de sus subordinados como todos aquellos aspectos relativos al proceso productivo, desde la provisión de materiales hasta la ejecución y cumplimiento de los trabajos o la entrega de

¹¹ Para este tema, *vid.* SUÁREZ, Alicia; VIDAL, Mercè. «Cambios y transformaciones del arte en el siglo XX». En: *Historia Universal del Arte*, vol. IX, coord. Milicua Illaramendi, José. Barcelona: Planeta, 1987, pp. 14 ss. Estas autoras destacan que en los últimos siglos se han sucedido tres tipos de organización en la vida artística: el sistema corporativo, basado en la agrupación gremial de sus integrantes y el control de la producción; el académico, donde la ejecución artística se impone mediante reglas inquebrantables; y, finalmente, el mercantil, en el que se aplica al mercado del arte la ley de la oferta y la demanda. No obstante, según apunta DRAGUET, pese a ser los tres sistemas cronológicamente consecutivos, el mercantilismo imperante ha convivido en nuestra época también con un tipo de corporativismo, el de la *Bauhaus*, verdadera heredera del antiguo sistema de taller de arte aplicado alemán (DRAGUET, Michel. *Chronologie de l'art du XXe siècle*, 9ª ed. París: Flammanion, 2003, pp. 70 y 71); o –añadimos– con cierto academicismo que ha perdurado en algunas instituciones, muy especialmente en Estados no capitalistas.

¹² WOLFF considera que, antes, en Europa, «lo que llamamos trabajo artístico era realizado por gentes que trabajaban bajo las mismas condiciones que los demás trabajadores (...), que pintaban, diseñaban y construían como artesanos» (WOLFF, Janet. *La producción social del arte*. Madrid: Istmo, 1997, p. 31).

los mismos a sus destinatarios. Nadie podía considerarse artista si no pertenecía a una de estas organizaciones y había seguido una carrera profesional¹³.

El gremio atendía los encargos de sus clientes –en aquel entonces, en su gran mayoría, la Iglesia, la realeza y la nobleza– y el arte se desarrollaba únicamente en un mercado primario, puesto que resultaba improbable que el adquirente de una obra de arte la transmitiera con posterioridad. En esa tesitura, lo normal era que tales clientes decidieran la temática, la técnica que debía emplearse para su elaboración o las dimensiones del soporte¹⁴, mientras que el gremio debía centrarse simplemente en plasmar estas directrices en la obra con las mayores garantías posibles. Por supuesto, la habilidad del creador también era apreciada y contaba con un gran reconocimiento social. De no ser así, no se explicaría que numerosos monarcas nombraran a determinados artistas *pintores de la corte*, para ser sus retratistas oficiales o que ciertos artistas fueran escogidos para vivir en la propia casa del mecenas, recibiendo un salario mensual y percibiendo remuneraciones por sus obras¹⁵. De todos modos, lo realmente importante no era el genio del pintor o escultor, sino su solvencia y que su trabajo estuviera al servicio de unas finalidades específicas, como la glorificación y el ensalzamiento del comprador. Así, las obras se instalaban en emplazamientos en los que debían permanecer *ad aeternum*, ya fuera para coadyuvar al desarrollo de la fe cristiana o para enaltecer linajes familiares¹⁶.

Con la aparición del humanismo y la consolidación de la reforma protestante, el mercado artístico sufrió tal sacudida que nunca más volvería a los principios reguladores iniciales. De este modo, la Europa de los siglos XVI y XVII se dividió en dos bloques culturales: en la zona protestante –con los Países Bajos como bandera– los encargos de la Iglesia y la nobleza se redujeron de manera ostensible; mientras que, en los países de la zona católica, los artistas se beneficiaron de la reacción propagandística de la Contrarreforma, por la que tanto Roma como los monarcas absolutistas requirieron de

¹³ Vid. FREY, Bruno S. *La economía del arte*. Barcelona: Servicio de estudios de La Caixa, 2000, p. 42.

¹⁴ TATARKIEWICZ explica que, asimismo, lo común era que la Iglesia proporcionara al artista también la orientación, los temas y los medios materiales (TATARKIEWICZ, Władysław. *Historia de la estética II. La estética medieval*. Madrid: Akal, 1989, p. 119).

¹⁵ Vid. GRAMPP, William D. *Arte, inversión y mecenazgo. Un análisis económico del mercado del arte*. Barcelona: Ariel, 1991, p. 50.

¹⁶ Los poderosos –por el dinero o por la autoridad– deseaban poseer obras de arte porque era un elemento que realzaba su poder y reflejaba su *status*. Por ende, los templos y los palacios se distinguían por su esplendor artístico, ya que se consideraba que los dioses y los reyes eran merecedores de los mejores objetos artísticos (vid. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, José Luis. «El mercado del arte y el coleccionismo». En: *Estudios jurídicos sobre el patrimonio cultural de España*. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2004, p. 854).

obras monumentales de exaltación del poder –celestial y terrenal– dominante para ayudar a frenar el avance reformista y mantener sometidos a fieles y súbditos¹⁷.

Con esta fractura territorial, los reputados creadores neerlandeses perdieron a sus principales clientes, por lo que no tuvieron más remedio que comenzar a crear, básicamente, para tratar de vender sus obras. Su situación daba un giro copernicano, puesto que los encargos se limitaron a pequeños retratos y la mayoría de las obras producidas todavía no contaban con un comprador determinado *a priori*. No debe extrañar, entonces, que sus creaciones se homogeneizaran, en busca de ser susceptibles de gustar al burgués medio¹⁸. El formato de las obras se redujo para adaptarse a las viviendas de los potenciales clientes y la temática pasó a centrarse en los paisajes o los bodegones. La obra de arte se había convertido en un mero objeto de decoración¹⁹. En definitiva, los artistas hicieron todo lo posible para agradar a su nuevo público. No obstante, la oferta crecía y la demanda se empezaba a saturar, así que existía un riesgo claro: la sobreproducción²⁰. Y ésta acabó por llegar, provocando que los artistas comenzaran a colocarse de espaldas al gran público, al necesitar cada vez menos su aprobación. El arte figurativo cedió terreno a otras expresiones artísticas menos ortodoxas y las obras incomprendidas aumentaron, provocando la marginación de numerosos pintores.

En la zona católica, el proceso de ruptura entre la producción artística y el gusto de la clientela todavía tardaría casi dos siglos en llegar, pero el humanismo también había calado entre una masa de artistas, quienes, cada vez más, deseaban ser considerados creadores únicos y lograr cierta dignidad social. Para conseguirlo, exploraron la

¹⁷ CASAS VALLÉS muestra, como ejemplo, el hecho de que Rubens, que quedó en el lado católico, se paseaba por las cortes europeas inundado de encargos, mientras otro artista de la época y de análoga categoría, Hals, a duras penas lograba sobrevivir, cargado de deudas, lo que incluso le provocó su expulsión como Presidente del Gremio de Haarlem (CASAS VALLÉS, Ramón. «El derecho de participación de los artistas plásticos...», *cit.*, p. 83).

¹⁸ En los Países Bajos y en algunas zonas del norte de Italia comenzó a surgir un verdadero mercado del arte, donde aparece una clientela que permite que los artistas se independicen y no dependan de los comitentes del pasado (*vid.* ÁLVAREZ ÁLVAREZ, José Luis. «El mercado del arte...», *cit.*, p. 856). Por su parte, indica GRAMPP (*op. cit.*, p. 50) que, incluso, «*algunos pintores tenían una provisión de obras inacabadas que mostrar a compradores en potencia, los cuales, caso de interesarse por ellas, podían indicar cómo querían que fueran terminadas*».

¹⁹ *Vid.* TATARKIEWICZ, Władysław, *op. cit.*, p. 118. Para el historiador polaco, en ese momento, las temáticas y formatos cambiaron radicalmente por los motivos expuestos, por lo que «*el arte de los burgueses, creado por y para ellos, tuvo que diferir del caballeresco y el monástico: fue así un arte que carecía del romanticismo de los primeros y de la trascendencia de los segundos*».

²⁰ CASAS VALLÉS explica que la sobreproducción hundió el mercado y los artistas no tuvieron otro remedio que malvender sus obras y complementar su profesión con otros oficios para mantenerse –piénsese, por ejemplo, en el gran retratista Jan Steen, quien tuvo que trabajar en una posada para poder vivir dignamente–. A mediados del siglo XVII, el artista había perdido el favor del público, situación que muy acertadamente plasmó Pieter de Bloot en una ilustración donde se puede observar la imagen tópica del pintor pobre, tiritando de frío en su buhardilla (CASAS VALLÉS, Ramón. «Comentario al artículo 24». En: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 2ª ed. Madrid: Tecnos, 1997, p. 466).

técnica y promovieron su propio conocimiento, con ánimo de establecer unos cánones artísticos fuera de los cuales nada pudiera ser estimado como verdadero arte. Éste continuaba siendo una cuestión de oficio, pero eran ya las academias –modelo consolidado en el siglo XVII en Francia, donde se convirtieron en instituciones adscritas a la monarquía– las que establecerían la formación de pintores, escultores y arquitectos, basada en la práctica del dibujo y el estudio de materias científicas.

Sin embargo, tras un periodo tranquilo, el artista comenzó a reclamar para sí una mayor libertad creadora, aun asumiendo el riesgo de no complacer a un público acostumbrado a las pautas académicas. Así, los románticos fueron los primeros en reivindicar mayor independencia creativa²¹ y el surgimiento de la burguesía industrial extendió definitivamente el sistema mercantil capitalista a todos los ámbitos de la sociedad. Aquello que fuera excepcional acabó por convertirse, de manera gradual y sin apenas excepción, en la norma. Y esta transformación provocó un enorme distanciamiento entre creador y público, llegando a fundarse, la relación, en la hostilidad²²

En opinión de WOLFF, el artista se había individualizado plenamente: «*con la desintegración de los lazos tradicionales entre productor y consumidor artístico (Iglesias, mecenas y Academias), especialmente en Europa durante el siglo XIX, el artista es (...) un individuo que circula libremente (...). Así, las condiciones del trabajo artístico contrastan aún más con las de otros tipos de trabajo*»²³.

Ante esta circunstancia, resultaba necesario encontrar un medio de conexión entre producción y consumo de arte. Es entonces cuando la figura del marchante adquirió una importancia decisiva, puesto que fue este colectivo quien, desde la iniciativa

²¹ SUÁREZ y VIDAL (*op. cit.*, p. 18) consideran el *Salon des Refusés* como el hecho más significativo del cambio en el sistema de producción artística, en el que el creador trabajaba ya apartado del público. En 1863, el jurado académico del Salón Oficial de París rechazó más de 4.000 obras, al no considerarlas apropiadas según los cánones vigentes. La controversia fue tal que las reclamaciones de los participantes llegaron a Napoleón III, quien, en una decisión salomónica, decidió que se expusieran en salón aparte, para que pudieran ser juzgadas por todos. Asimismo, A. HAUSER, opina que, ya desde finales del siglo XVIII, se empezó a notar un descenso del apoyo estatal a los artistas, puesto que éste quedó reservado a tan sólo unos pocos privilegiados, de modo que el resto tuvo que comenzar a buscar compradores particulares (HAUSER, Arnold. *Història social de l'art i de la literatura*. Barcelona: Ed. 62, 1966, p. 125).

²² El gusto del comprador se había fijado en un sentido y algunos artistas, a pesar de no sentirse conformes con el modelo, se veían obligados a atender cierta demanda por necesidad de dinero. En el siglo XIX se abrió una verdadera hendidura entre aquellos artistas que, por condiciones y temperamento, estaban decididos a seguir los convencionalismos y aquellos otros quienes se vanagloriaban de su propio aislamiento (*vid.* GOMBRICH, Ernst Hans. *La Historia del Arte*. Barcelona: Círculo de Lectores, 1997, pp. 501-502). Eugène Boudin, pintor francés del siglo XIX, explicaba que «*mis damiselas en la costa son muy populares. Algunas personas creen incluso que hay una mina de oro en estos temas*». Esta temática ciertamente le proporcionó una gran fama y dinero, pero le desagradaba recurrir a ella una y otra vez. Hastiado, volvió a pintar trabajadores marinos, que era su pasión. No obstante, sus ventas y reconocimiento cayeron ostensiblemente (*vid.* GRAMPP, *op. cit.*, p. 53).

²³ Cfr. WOLFF, Janet, *op. cit.*, p. 32.

privada, desarrolló el mecanismo oportuno para dar a conocer las obras y asegurarse la promoción de sus artistas, imponiendo unos nuevos valores modernos a la burguesía²⁴. Así, si en el arte medieval halláramos los nombres de grandes mecenas asociados, de modo indisoluble, a pintores o escultores, a partir de finales del siglo XIX fueron los marchantes quienes adoptaron un papel principal en la comercialización de las nuevas formas estéticas, uniendo sus propios nombres a los de los más reconocidos autores – Durand-Ruel a varios impresionistas, Vollard al de Cézanne o Van Gogh y Kahnweiler a los Braque, Picasso o Gris–.

Definitivamente, los clientes artísticos individuales habían pasado de estar aislados a masificarse en grupos coherentes, con lo que la relación privada entre creador y mecenas se había convertido por completo en una relación genérica entre productores y consumidores, que tan sólo se hallaban vinculados entre sí por los intermediarios²⁵.

Con esa labor de mediación se abrieron nuevas y grandes expectativas de beneficios económicos y, si a partir del siglo XVI se comenzaron a establecer las bases para modificar el mercado primario, fue en este momento cuando se dio el paso definitivo para la creación de un verdadero mercado secundario, en el cual la cotización del artista era el elemento clave para establecer un sistema especulativo alentado por los intereses partidarios de los marchantes y otros agentes económicos interpuestos.

En conclusión, consideramos que el funcionamiento de este nuevo sistema mercantilista se fundamentó en tres condiciones: la falta de vinculación del creador de la obra plástica con el adquirente, la intervención de los mediadores como auténticos generadores de opinión²⁶ y la adquisición por parte del comprador realizada con ánimo de obtener una eventual plusvalía.

²⁴ El parisiense Paul Durand-Ruel (1831-1922) suele ser considerado el primer marchante moderno. Con él empezó la voluntad de monopolio, centrada en una producción que no tenía público objetivo, pero que él mismo se ocupaba de crear, anticipando el gusto y la demanda. Organizó exposiciones individuales y colectivas de pintura, creó revistas especializadas para generar promoción, hizo contratos con sus artistas y se dedicó a adquirir la obra por adelantado a cambio de unas cantidades de dinero regulares, con afán de conseguir total exclusividad para controlar los precios. Incluso exportó rápidamente dicho modelo a Nueva York, abriendo allí una galería (cfr. SUÁREZ, Alicia; VIDAL, Mercè, *op. cit.*, p. 18).

²⁵ Vid. HAUSER, Arnold. *Sociología del Arte*, Vol. II. Madrid: Guadarrama, 1975, pp. 162-169. El autor resume la situación, con acierto, indicando que el artista «ya no podía elegir los compradores de sus obras». Podríamos añadir que, en realidad, ni siquiera los llegaría a conocer.

²⁶ Realmente, los profesionales del mercado del arte marcaban las tendencias y éstas podían sufrir cambios bruscos o ser más o menos efímeras. Como indica VICENTE DOMINGO, algo después de haber transcurrido la mitad del siglo XIX, el público «no valoraba el movimiento impresionista y los pintores y escultores más vanguardistas, creaban y vendían para poder cubrir sus necesidades más inmediatas pues el mercado les ignoraba a ellos, tanto como ellos al mercado». Sin embargo, alrededor de 1885, gracias al poder de los intermediarios, capaces de conectar el *genio artístico* y las preferencias de los consumidores, éstas variaron y el impresionismo comenzó a valorarse. Pissarro, Manet, Monet, Sisley o Renoir causaban, de repente, verdadero furor en el mercado americano y se generaban importantes beneficios en las obras revendi-

Debido a las sucesivas diferencias al alza entre los precios de venta y los de las reventas, las obras rápidamente alcanzaron valores que sus autores siquiera hubiesen llegado a imaginar. Si a todo ello le sumamos los intereses de las grandes sociedades internacionales de principios del siglo pasado, reflejo en el ámbito artístico de las multinacionales capitalistas, obtendremos una compleja red de relaciones –galerías, crítica, subastas, ferias de arte, coleccionistas, museos– que acabarán por acercar al gran público productos que no despertaban, de por sí, gran interés, convirtiéndolos en objetos de valor y auténticas inversiones seguras. La calidad de las obras pasó a depender exclusivamente del precio, por lo que se abrió paso un mercado del arte mediatizado y manipulado, construido en los cimientos de la especulación²⁷.

En un contexto en el que los creadores no eran los beneficiarios de las plusvalías generadas por sus trabajos, se dieron los condicionantes ideales para que surgieran las primeras voces a favor del reconocimiento de un derecho específico en beneficio de los artistas, para que pudieran participar de los pingües beneficios que se producían con las transmisiones de sus obras realizadas en el mercado secundario. Y dónde mejor que en la Francia de finales del siglo XIX iban a encontrar acomodo tales reivindicaciones –piénsese que París fue la capital mundial del arte²⁸ hasta después de la Segunda Guerra Mundial, cuando fue sustituida por Nueva York–. Por consiguiente, cabe evocar dos realidades sociales simultáneas: por un lado, la de los artistas, malvendiendo sus obras a precios irrisorios por necesidad, sin poder dejar legado alguno a sus familiares en caso de fallecimiento; por el otro, la de los especuladores, quienes aumentaban sin límite su fortuna a costa de adquirir, según la mala prensa, por precios injustos, las obras a los primeros y revenderlas por cantidades exorbitantes²⁹. De todos modos, actualmente, la mejor doctrina, pese a no negar que, en ocasiones, pudiera darse esta circunstancia, ha

das (VICENTE DOMINGO, Elena. *El Droit de Suite de los artistas plásticos*. Madrid: Reus, 2007, p.64). Añade PIJOAN que, poco después, a las puertas del siglo XX, se popularizó entre la burguesía francesa el movimiento modernista –Henry Van de Velde, Maurice Denis u Odilon Redon– (PIJOAN, Josep. *Historia del Arte*, Vol. IV. Barcelona: Salvat, 1970, p. 253).

²⁷ Según A. HAUSER (*Sociología del Arte*, cit., p. 181), el artista creaba la forma de las obras y los mediadores su leyenda, basada en los altos precios de venta. Por consiguiente, las creaciones ya no se juzgaban por su valor intrínseco, sino por el nombre que colgaba de su etiqueta.

²⁸ GOMBRICH (*op. cit.*, p. 504) destaca que París acogía por entonces a artistas de todo el mundo, quienes acudían en masa para estudiar con los maestros o simplemente para intervenir en las grandes discusiones de los cafés de Montmartre.

²⁹ Vid. VALLÉS RODRÍGUEZ, Matías. «Comentario al artículo 24». En: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. Madrid: Tecnos, 1989, p. 449. Apunta este autor que se han registrado casos en que un objeto de arte ha incrementado su valor en un 300.000 por 100. En el mismo sentido, VICENT LÓPEZ, señala que «una cierta motivación ética trató de hacer partícipe al autor de las plusvalías generadas en la negociación de la obra en el mercado secundario, cuyos beneficios eran en ocasiones espectaculares, dado el bajo coste de adquisición de las obras y constituían una importante fuente de lucro y especulación» (VICENT LÓPEZ, Cristina. *Derechos de autor sobre la obra plástica enajenada*. Valencia: Ediciones Revista General de Derecho, 1999, p. 166).

venido defendiendo que la primera venta, realizada en el mercado primario y por precio acordado libremente, no es injusta, sino que responde a las leyes de la oferta y la demanda, con el riesgo inherente que ello conlleva³⁰. En caso contrario, se estaría aceptando una premisa según la cual una obra de arte tiene un valor intrínseco inicial susceptible de ser o no descubierto, cuando, más bien, pensamos que la obra se irá revalorizando debido a la evolución de la cotización al alza del autor y a la intervención en favor de *este autor* o *aquella obra* de los sujetos que participan del mercado del arte.

En cualquier caso, en la Francia de entonces, una amplia corriente de opinión trató de denunciar lo que consideró un abuso, así que reclamó un derecho irrenunciable de seguimiento de la obra (*droit de suite*), por parte del autor, que reparase ese agravio. Para lograr su cometido, se sirvieron de ejemplos propagandísticos que calaron en una sociedad y una clase política dada a posicionarse, por naturaleza, del lado más débil³¹. El más famoso de ellos³², por ser hoy citado por todos, fue el dibujo de Jean-Louis Forain, en el que se puede ver a dos niños desharrapados observando atónitos el alto precio por el cual se va a subastar un cuadro en el *Hôtel des ventes*, mientras uno de ellos exclama: «*Tiens! Un tableau de papa!*»³³.

³⁰ Lógicamente, un cuadro puede ser comprado barato y revendido más tarde a un precio más alto. Con esta actividad muchos profesionales del sector del arte ganan mucho dinero, pero, indudablemente, ello conlleva un riesgo. FREY (*op. cit.*, p. 54) argumenta que incluso los historiadores asesores de los mejores museos, quienes utilizan criterios técnicos diferentes a los de los demás compradores y vendedores en el mercado del arte, llegarán a tener *razón* en base a una mera cuestión de buena o mala suerte. Se expresan en términos parecidos CASAS VALLÉS, Ramón. «El derecho de participación...», *cit.*, p. 73 o BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán. *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*. Madrid: Tecnos, 1997, p. 357.

³¹ DESBOIS (DESBOIS, Henri. *Le droit d'auteur en France*, 3ª ed. París: Dalloz, 1978, p. 375) describe cómo se expuso a la Cámara de los Diputados francesa, por parte del diputado Léon Bérard, una serie de hechos que sirvieron para concienciar a la clase política con la finalidad de aprobar la ley que debía regular un derecho de participación para los artistas plásticos en la reventa de sus obras. El primero, emblemático, fue el de la venta del «*Angelus*» de Jean-François Millet, obra que, tras la muerte del autor, se subastó por un precio de 100.000 frs, habiendo sido malvendida por él. Su hija, mientras tanto, debía ganarse la vida vendiendo flores. El segundo fue el de la viuda de Stanislas Lepine, quien arrastraba un carro de vendedora ambulante frente al local donde se vendían las cotizadas obras de su difunto marido. Para otros ejemplos propagandísticos que se utilizaron en la época, *vid.* VICENTE DOMINGO, Elena, *op. cit.*, p. 65. Entre ellos, destaca el caso de Modigliani, pintor prolífico donde los haya, quien tuvo una vida disipada hasta el extremo de llegar a cobrar alcohol por su obra. Falleció pobre, a los 34 de edad, de una meningitis tuberculosa. Sus obras, poco después, alcanzaron precios que lo situaron entre los pintores más cotizados de la época moderna. Por otro lado, Diderot, sobre Elzheimer, observaba que «*murió consumido de pena y hundido en la miseria, casi al salir de la cárcel adonde le llevaron sus deudas. El precio actual de tres de sus cuadros le habría enriquecido*»; a su vez subrayando que Degas, tras en una subasta en la que se habían vendido varias obras suyas con una altísima cotización, afirmó sentirse como un caballo de carreras, después de «*ganar el gran premio... para su amo*» (Diderot, Denis, *apud.* CASAS VALLÉS, Ramón. «El derecho de participación...», *cit.*, p. 69).

³² *Vid.* DUCHEMIN, Jean-Louis. *Le droit de suite des auteurs*. París: Recueil Sirey, 1948, p. 17.

³³ En español, se traduciría como «*¡Vaya! Un cuadro de papá*».

CAPÍTULO 2: NATURALEZA JURÍDICA DEL *DROIT DE SUITE*

El proceso de reconocimiento del *droit de suite* generó un amplio debate político y económico, pero esta cuestión pronto dio paso a otra aún menos pacífica, como fue definir la naturaleza jurídica de un derecho que permitía a los autores plásticos participar en el precio de las reventas que se realizaran de sus obras en el mercado secundario. La doctrina francesa se sumergió pronto en una discusión dogmática que ha llegado hasta nuestros días. Las teorías fueron diversas y variadas, tratando cada una de ellas de destacar éste o aquel otro aspecto específico de la naturaleza jurídica del derecho que, a la postre, fuera determinante para su fundamentación teórica

En Francia, a principios del siglo XX, los esfuerzos de concienciación pública hicieron efecto y pronto se dieron los condicionantes necesarios para principiar el proceso de desarrollo legislativo del *droit de suite*³⁴. En ese contexto inicial, tuvieron cabida todo tipo de conjeturas acerca de la naturaleza jurídica del derecho, denominadas aquí *teorías primigenias*, que muestran la heterogeneidad en los planteamientos acerca de un derecho nuevo, complejo y con elementos reconocibles en otras instituciones. Sin embargo, estas tesis fueron rápidamente superadas cuando la doctrina aceptó –casi–unánimemente que la cuestión debía situarse exclusivamente en el ámbito de la propiedad intelectual.

1. TEORÍAS PRIMIGENIAS

Se suele reconocer al abogado francés Albert Vaunois como el primero en introducir el concepto *droit de suite* en términos legales, por un artículo publicado en 1893 en el «*Cronique de Paris*», defendiendo que resultaba injusto no poder extender los derechos clásicos de explotación a los artistas plásticos, debido a que su obra no podía repro-

³⁴ Vid. DE PIERREDON-FAWCETT, Liliane. *The droit de suite in literary and artistic property: a comparative law study*. New York: Center for Law and the Arts, Columbia University School of Law, 1991, pp. 2-5.

ducirse de un modo en que tuviera el mismo valor que el original³⁵. Igualmente, en los inicios del siguiente siglo se sucedieron una serie de hechos que coadyuvaron a que el derecho se comenzara a tener en cuenta en diferentes ámbitos públicos y privados³⁶.

El escritor Georges Lecomte, en aquel momento presidente de la *Société des Gens de Lettres*, fue el encargado de presentar un Proyecto de Ley, en 1903, a la Cámara de los Diputados de Francia, sobre la conveniencia del reconocimiento legal del *droit de suite*, con lo que se planteaba la cuestión para que fuera debatida políticamente. Asimismo, en el mismo año, el propio Lecomte creó, junto a otras personalidades del momento, la *Société des Amis du Luxembourg* –hoy denominada *Société des Amis du Musée National d'Art Modern*– que tuvo entre sus fines fundacionales la introducción del *droit de suite* en el ordenamiento jurídico³⁷. Así, políticos o profesionales del calado intelectual de Henri G. Ibels, José Thery, Lucien Klotz, Paul Boncour o André Hesse se mostraron públicamente a favor de la incorporación del derecho de manera directa en la legislación francesa, para lograr una mayor seguridad jurídica para el artista. Por lo tanto, se opusieron a quienes, a pesar de apoyar igualmente el reconocimiento del *droit de suite*, preferían incorporarlo a través de disposiciones contractuales que luego pudieran ser ejecutadas por los Tribunales. Esta disputa se resolvió a la postre en favor de la primera postura, con un gran respaldo popular, ya que se consideró que resultaría hartamente complicado sobreponerse a la posición débil de los artistas cuando trataran de introducir el derecho en las negociaciones contractuales con los galeristas, marchantes o coleccionistas, lo que seguro no ocurriría si se configuraba legalmente un derecho irrenunciable.

De ese modo, los juristas de la época comenzaron a debatir cuál era la naturaleza de aquel derecho articulado *ad hoc*, difícilmente asimilable a cualquier figura jurídica

³⁵ Cfr. DUCHEMIN, Jean-Louis, *op. cit.*, p. 35; DESBOIS, Henri. *La propriété littéraire et artistique*. Paris: Armand Colin, 1953, p. 85; o el sitio web del senado francés: SENAT DE FRANCE. *L'Accumulation de handicaps ponctuels*. § *Le Droit de Suite* [en línea]. Disponible en: <<http://www.senat.fr/rap/r98-330/r98-33012.html>> (última visita: 1 de septiembre de 2015).

³⁶ *Vid.* BLEDA NAVARRO, Gonzalo Manuel. «Análisis del derecho de participación y su evolución normativa». En: *Cuestiones Actuales de la Propiedad Intelectual*, coord. Ortega Doménech, Jorge; dir. Rogel Vide, Carlos. Madrid: Reus, 2010, p. 112. Este autor explica que no hay que olvidar que surgieron, incluso, iniciativas privadas que tenían en consideración la necesidad de que los artistas participaran de los beneficios obtenidos en las sucesivas transmisiones de sus propias obras. Destacó el grupo de inversores «*La Peau de l'Ours*», creado en 1904 por André Level, cuyos integrantes acordaron crear un fondo para comprar obras de artistas emergentes –Picasso, Van Gogh o Matisse– y poder revenderlas *a posteriori*, estipulándose que un veinte por ciento de los beneficios obtenidos corresponderían a los autores.

³⁷ ORTEGA DOMÉNECH añade que en los mismos términos se expresó el fundador del Salón de Otoño, Franz Jourdain, quien, en 1910, creó la *Société du Droit d'Auteur des Artistes*, con el fin de obtener por parte de los poderes públicos el reconocimiento del derecho mediante su inclusión en el ordenamiento jurídico como derecho irrenunciable (ORTEGA DOMÉNECH, Jorge. «El resurgimiento europeo del *droit de suite* o derecho de participación en la reventa de obra plástica». En: *Anuario de propiedad intelectual 2001*, dir. Rogel Vide, Carlos. Madrid: Reus, 2002, p. 255).

anterior. Las principales teorías primigenias fueron las que serán expuestas a continuación.

i) Naturaleza tributaria

De entre las imaginativas propuestas, destacaba aquella que defendía el carácter tributario del derecho, asimilándolo a una tasa que los poderes públicos debían imponer a las ventas en las que interviniera una casa de subastas³⁸.

De hecho, algunos autores han examinado si, en cierto modo, el *droit de suite* puede hallar afinidad con la figura de la tasa sobre ventas de obras de arte regulada en Noruega, vigente durante la segunda mitad del siglo XX en el país escandinavo³⁹. Así, DE PIERREDON-FAWCETT expone que el Parlamento noruego aprobó, en 1948, prácticamente al mismo tiempo en que el *droit de suite* se incluía en el Convenio de Berna, la comúnmente conocida como «*Lex Ulrik Henriksen*»⁴⁰, donde se estableció una tasa que gravaba todas las transmisiones onerosas de obras de arte –incluso aunque éstas fueran de dominio público–. Su finalidad era dotar económicamente un fondo común para retornar a los artistas –principalmente, a los más necesitados– una parte de las plusvalías que se generaban en el mercado del arte por las ventas de sus obras. No obstante, su naturaleza tributaria distanciada del derecho de autor, el funcionamiento colectivo del fondo y su marcado carácter social alejaban esta institución del objeto de las regulaciones del *droit de suite* que, por entonces, en derecho comparado, estaban teniendo lugar⁴¹.

También podríamos llegar a considerar un residuo de esta concepción iuspublicista el hecho de que la regulación italiana de este derecho estableciera que, a falta de herederos del autor, se aplicaran las cantidades devengadas de la reventa a fondos públicos; si bien ello tampoco sería, por sí solo, concluyente de un posible carácter fiscal de este derecho.

Estas tesis no pasaron nunca de mera especulación intelectual: que el autor fuera el beneficiario de una tasa no parece coherente con su carácter público, puesto que, en realidad, el *droit de suite* carece de un interés común⁴². También se trató de equiparar con un impuesto indirecto, pero su configuración privada y lo extraño que resulta que la

³⁸ Sin embargo, J. L. DUCHEMIN (*op. cit.*, p. 36) reveló que la tesis iuspublicista, que apareció en los proyectos de la *Société des Amis de Luxembourg*, no tuvo mayor continuidad.

³⁹ Concluyendo la semejanza entre ambas instituciones, *vid.* KATZENBERGER, Paul. *Das Folgerecht im deutschen und ausländischen Urheberrecht*. Múnich: Beck, 1970, p. 65.

⁴⁰ Noruega: *Ley de 4 de noviembre de 1948, reguladora de tasas sobre ventas de obras de arte*.

⁴¹ *Vid.* DE PIERREDON-FAWCETT, Liliane, *op. cit.*, pp. 163 ss.

⁴² *Vid. ibidem*, p. 21. Con buen criterio, esta autora expresa que el derecho no puede circunscribirse al ámbito fiscal, porque su percepción no corresponde a las autoridades tributarias en beneficio de la Hacienda Pública, sino que tiene un marcado carácter privado.

cantidad económica atribuida al autor, lejos de ser un añadido, como ocurre con estos impuestos, se detrajese del precio en perjuicio del transmitente, hacen que dicho planteamiento pierda su fundamentación⁴³. En la práctica, la naturaleza impositiva del *droit de suite* fue rápidamente desechada, ya que ni siquiera se planteó, en ningún momento, que el derecho fuera regulado en la legislación tributaria.

ii) *Contraprestación por peritaje experto*

Por su parte, José They, abogado de la Corte de Apelación de Francia, propugnó otra teoría acerca de la naturaleza del derecho basada en que el creador, mediante su propio peritaje profesional, debía encargarse de garantizar al adquirente, lego en arte, la autenticidad de la obra⁴⁴. Esta hipótesis, que fue incorporada por el mencionado jurista en el contenido del Proyecto de Ley que elaboró en 1904, convertía a este derecho en la contraprestación a un arrendamiento de servicios profesionales, donde la labor técnica se remuneraba con un porcentaje sobre el precio de reventa. De esta manera, se podría controlar la originalidad –aquí en sentido opuesto a falsificación– de las propias obras y, a la vez, pagar al autor por su trabajo de perito cualificado⁴⁵. Sin embargo, el mercado del arte ya comenzaba entonces a globalizarse, con lo que, cada vez más, las obras se desplazaban para ser mostradas y vendidas de país en país. El artista, lógicamente, no podía controlar todas las transmisiones de sus trabajos y llevar a cabo esa función pericial, así que pronto esta argumentación se reveló de imposible aplicación efectiva.

iii) *Compensación por la plusvalía generada con las reventas*

En aquel momento, en Francia, la principal preocupación de los diferentes agentes que participaban en la proposición de iniciativas legislativas para la introducción del

⁴³ Vid. SERRANO GÓMEZ, Eduardo. *Los derechos de remuneración de la propiedad intelectual*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 71. Por otro lado, SOLOW advierte que algunos análisis económicos tempranos –citando a Asimow (1971) y Colonna Colonna (1982)–, de un modo inexacto, «tratan el derecho de participación como un impuesto especial sobre la reventa de obras de arte, y evaluaron sus efectos de acuerdo con criterios de análisis de normativa tributaria» (SOLOW, John. «An Economic Analysis of Droit de Suite». *Journal of Cultural Economics*, nº 22, 1998. Heidelberg: Springer; ACEI, 1998, p. 209).

⁴⁴ J.L. DUCHEMIN (*op. cit.*, p. 26) explica que el sistema se debía basar en la creación de una suerte de oficio asimilable a un fedatario y que, incluso, el autor de la obra tendría que otorgar certificados de autenticidad para las diferentes sucesiones.

⁴⁵ Tal y como señala VICKERS, en cierto modo, el establecimiento de un sistema de autenticación ha sido tradicionalmente una de las finalidades auxiliares del *droit de suite* (VICKERS, Carole M. «The Applicability of the Droit de Suite in the United States». *Boston College International and Comparative Law Review*, nº 433, Vol. 3. Boston: Boston College Law School, 1980, p. 454).

droit de suite en el ordenamiento jurídico se centraba en articular el modo de hacer participar a los autores de los grandes beneficios que obtenían los marchantes con las ventas de los cuadros y esculturas de aquéllos. El argumento de que el artista plástico debía ser compensado o indemnizado por las plusvalías generadas se extendió notablemente entre la opinión especializada⁴⁶.

Sin embargo, tal y como expresó acertadamente, en 1919, el diputado francés Léon Bérard, en su informe previo a la legislación del *droit de suite* en este país, la plusvalía, como tal, no puede explicar la naturaleza jurídica del derecho, ya que ésta es simplemente su razón práctica⁴⁷. Por ende, el derecho no podía ser concebido como un mero mecanismo indemnizatorio generado por las hipotéticas plusvalías obtenidas por el vendedor en las siguientes transmisiones de una obra. Esta plusvalía, si acaso, podría ser la base de cálculo dispuesta legalmente para determinar la participación del artista, puesto que, con las primeras regulaciones del *droit de suite*, se confrontaron dos posturas para configurar el derecho. Así, un modelo, defendía la idoneidad de calcular un porcentaje sobre la plusvalía, mientras el contrapuesto creía más adecuado aplicarlo sobre el precio de venta⁴⁸.

iv) *Laudemio censal*

Asimismo, resulta de interés exponer que, más o menos de forma coetánea, entre la doctrina española –aunque vecina, en este caso fuera de la esfera dogmática francesa– se asimiló el *droit de suite* con la figura del laudemio censal, esto es, el derecho del censalista a percibir una cantidad –además de la posible pensión– por cada transmisión de la finca enfitéutica llevada a cabo por el censatario o enfitentea⁴⁹. Esta práctica, actual-

⁴⁶ J.L. DUCHEMIN (*op. cit.*, p. 29) indica que la compensación al artista por la plusvalía sirvió para explicar la necesidad de regular el *droit de suite*, siendo un razonamiento utilizado por muchos autores destacados. Como muestra de algunas de estas opiniones de la época, señala que el economista Pierre Massé abogaba por que el autor obtuviera una indemnización equivalente al beneficio del revendedor, que Benoit Joly justificaba el derecho como una aplicación contra el enriquecimiento sin causa; o que, por su parte, Raymond Weiss consideraba que el artista debía tener una compensación por haber aportado valor económico al patrimonio de un tercero, quien ganaba dinero con la venta de la obra.

⁴⁷ *Vid.* Bérard, Léon, *apud. ibídem*, p. 29.

⁴⁸ Esta cuestión, no obstante, se encuentra desarrollada en mayor profundidad en la segunda parte de este trabajo, al analizar la incorporación del derecho en diferentes legislaciones y por cuál de los dos sistemas optó cada país. *Vid. infra*, capítulo 4, 1.1.

⁴⁹ Se conoce como censo enfitéutico el derecho real reconocido a una persona que cede a otra el dominio útil de una finca, lo que le faculta a reservar para sí el dominio directo y el derecho a percibir del enfitentea una pensión anual en reconocimiento de ese dominio. Asimismo, también se reconocen una serie de facultades añadidas a esta institución, como la recuperación de la finca a través del comiso, el derecho a tanteo y retracto y, lo más importante aquí, el laudemio censal, como prestación adicional en supuestos de enajenación de la finca. LACRUZ BERDEJO expresa, en el sentido del artículo 1.604 C.c., que diferentes figuras pueden agrupar bajo la

mente en desuso, sí tuvo cierta relevancia en el pasado –sobre todo en Cataluña, en los siglos XVIII y XIX–, donde esta prestación proporcional al precio de la transmisión de la finca constituía, dado lo exiguo de la pensión en la mayoría de los casos, el aprovechamiento más importante del dominio directo del censalista. De este modo, éste podía participar de las mejoras aportadas al inmueble por los sucesivos enfiteutas y en las plusvalías de la propiedad⁵⁰.

Volviendo a la asimilación doctrinal entre laudemio censal y *droit de suite*, CASAS VALLÉS⁵¹ explica que en un artículo periodístico del diario «*El Sol*», en su edición de 19 de julio de 1927, se acudió al recurso del laudemio para ilustrar el funcionamiento de un nuevo derecho cuya aprobación se estaba debatiendo durante aquellos tiempos en el Senado, mediante la *Proposición de Ley sobre beneficios de ventas sucesivas de obras de arte* del senador por Barcelona Lluís Durán i Ventosa, quien apeló a la imagen «*casi inmediata para un jurista*» del laudemio censal⁵².

Otros autores también han defendido recientemente la comparación entre ambas figuras. Así, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS asevera que los autores de obras plásticas tienen «*a modo de laudemio, derecho a obtener una participación sobre el precio de las transmisiones de sus obras*»⁵³, mientras que RAMS ALBESA, igualmente, se acoge a la figura del laudemio censal para definir el porcentaje de participación del creador plástico, en los siguientes términos⁵⁴:

La participación del autor no recae sobre el beneficio, sino sobre el precio de venta, formando parte de él con la misma significación histórica y actual del laudemio en la venta del dominio útil de cosa sometida a censo, en razón de que el autor y sus causahabientes mortis causa siguen siendo titulares de la propiedad intelectual.

denominación de censos: «*es posible que el propietario de un inmueble acepte gravarlo, contra la recepción de una suma de dinero, con el pago sobre la finca de un canon o pensión; que transfiera el inmueble a otra persona a cambio de percibir periódicamente dicho canon; o que ceda casi todas las facultades dominicales sobre la finca o dominio útil, conservando para sí algunas de menos entidad o dominio directo y el derecho a cobrar la pensión, o bien, como operación inversa al negocio anterior, retenga sobre su finca el señorío útil o de mayor contenido y transfiera a otro el señorío directo y el derecho a recibir el canon o pensión*» (cfr. LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil III, Derechos Reales*, Vol. II, *Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, 3ª ed., revisada y puesta al día por Luna Serrano, Agustín. Madrid: Dykinson, 2009, p. 159).

⁵⁰ Vid. *ibidem*, p. 179.

⁵¹ Cfr. CASAS VALLÉS, Ramón. «Comentario al artículo 24», 2ª ed., *cit.*, p. 464.

⁵² Vid. *Diario de las Sesiones de Cortes*. Senado, 11 de noviembre de 1921, apéndice.

⁵³ Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. «Comentario a los artículos 428 y 429 C.c.». En: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, vol. V, t. 2, dir. Albaladejo García, Manuel. Madrid: Edersa, 1985, p. 723.

⁵⁴ Cfr. RAMS ALBESA, Joaquín. «Comentario al artículo 24», *cit.*, p. 442.

Aunque, ciertamente, se pueda encontrar una gran similitud entre el mecanismo jurídico de aplicación, por un lado, de un *derecho de participación* al autor sobre la transmisión de la obra y, por otro, de un laudemio censal –también una cantidad a remunerar– reconocido al censalista en la transmisión de la finca gravada con el censo, la naturaleza de ambas instituciones es totalmente diferente. Además de cuestiones formales más o menos secundarias que las alejan⁵⁵, en esencia, en el esquema censal difícilmente va a ensamblarse una facultad del titular de un derecho inmaterial, ya que el autor de la obra plástica no ostenta su derecho por la inicial propiedad del objeto –la obra física–, sino por el hecho de ser el creador de la misma. En cambio, sí podría asimilarse con mayor facilidad –aunque sin mayor interés que el de la comparación teórica– el laudemio con el derecho de crédito en beneficio del titular del *droit de suite*, de naturaleza civil, que se origina con cada transmisión de la obra de arte⁵⁶.

2. RECONOCIMIENTO COMO DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Retomando el clima favorable para incluir este derecho en la legislación francesa –era cuestión de tiempo–, el objeto de controversia se fue desplazando hacia la órbita de los derechos de propiedad intelectual. En ese rumbo hay que destacar un hecho que, por encima de cualquier otro, provocó que la mayoría de la doctrina atribuyera a la naturaleza del *droit de suite* características propias del derecho de reproducción, el más clásico entre los derechos patrimoniales de autor. Se trata de la aprobación, nuevamente en Francia, en el año 1910, de una ley especial relativa al derecho de reproducción de obras de arte⁵⁷, donde se estableció que, a menos que se estipulara lo contrario, la venta de una obra plástica no implicaría la transmisión del derecho de reproducción, fundamentando jurídicamente la distinción entre obra de arte y su soporte⁵⁸. En consecuencia, se aceptaba *ex lege* que el autor no se desvinculara totalmente de su creación original una vez realizada la primera transmisión, abriendo la puerta a que se regularan otros derechos de autor que reforzaran todavía más ese nexo. Si bien es cierto que dicha facultad, antes, ya se podía pactar contractualmente entre el artista-vendedor y el comprador, por vez primera se recogía en una ley. El funcionamiento del *droit de suite* era totalmente asimila-

⁵⁵ Nótese que los censos enfiteúticos sólo se pueden establecer sobre bienes inmuebles (artículo 1.628 C.c.) y normalmente se constituyen por contrato entre las partes, mientras el *droit de suite* se aplica sobre un bien mueble y se origina *ex lege*. Asimismo, la obligación de pagar el laudemio, salvo pacto en contrario, corresponde al adquirente (artículo 1645 C.c.), mientras el sujeto pasivo del *droit de suite* es el vendedor.

⁵⁶ SERRANO GÓMEZ descarta la asimilación del *droit de suite* al laudemio, pero también cree que el derecho de crédito que se genera con las condiciones fijadas por ley encajaría en su estructura (*op. cit.*, p. 71).

⁵⁷ Francia: *Ley de 9 de abril de 1910, relativa a la protección del derecho de los autores en materia de reproducción de las obras de arte*.

⁵⁸ *Vid.* DESBOIS, Henri. *Le droit d'auteur...*, *cit.*, p. 375.

ble, ya que el autor detentaría la prerrogativa de ser remunerado con una cantidad determinada cada vez que la obra se transmitiera más allá de su primera enajenación, así que por su titularidad del *corpus mysticum* de la obra –bien inmaterial protegido por la propiedad intelectual– se le respetarían derechos sobre el *corpus mechanicum* de la misma –soporte físico–.

En sentido contrario, ciertos autores franceses destacados se opusieron a este razonamiento y no se mostraron partidarios de regular un derecho de propiedad intelectual de un modo en que mantuviera su eficacia más allá del momento en el que el soporte material de la obra no perteneciera más al creador de la misma⁵⁹. En efecto, el *droit de suite* se trataba de una excepción al principio del artículo 2.119 del *Code* de Napoleón, por el cual «*muebles n'ont pas de suite par hypothèque*» (la hipoteca no puede seguir al bien mueble), que adoptó la terminología del derecho hipotecario francés para precisamente destacar y definir una situación en la que sí existiría la posibilidad de *perseguir* un bien que había salido del patrimonio del autor, en el sentido de continuar rentabilizándolo a partir del control de las transmisiones que del mismo se fueran realizando⁶⁰.

Así, el referido derecho se fue configurando como un derecho de autor, pero éste no se podía ejercer de forma plena por su titular, sino que el autor debía limitarse simplemente a reivindicar un derecho de crédito sobre las sucesivas transmisiones⁶¹, por lo que se había originado lo que doctrinalmente luego sería conocido como derechos de remuneración.

Aprovechando esta tendencia, el Gobierno francés solicitó a la Comisión parlamentaria de Enseñanza y Bellas Artes que realizara un informe de viabilidad de un proyecto de ley que regulara definitivamente el *droit de suite*. En 1914, Abel Ferry, presidente de dicha Comisión, realizó el informe, fundamentándolo en su naturaleza de derecho de autor y en la necesidad de equiparar las facultades patrimoniales de los artistas plásticos con las de los músicos o los escritores, puesto que aquéllos se veían económi-

⁵⁹ J.L. DUCHEMIN (*op. cit.*, p. 26) explica que, para reputados juristas franceses de la época, como Pouillet y Renault, esta concepción «*atentaba contra el ius utendi et abutendi del propietario*», a la vez que André Ballet consideraba que se trataba de una medida «*exorbitante que atentaba contra los principios del código civil*».

⁶⁰ La expresión *droit de suite* fue empleada ya en la primera ley francesa reguladora del derecho y sólo podía tener un significado literal y pleno entonces, por su condición excepcional frente a los principios del tráfico mobiliario. En opinión de CASAS VALLÉS («Comentario al artículo 24», 2ª ed., *cit.*, p. 464) carecería de sentido hablar hoy de un derecho que *sigue* a la obra, sobre todo una vez aceptada su naturaleza de derecho de autor, puesto que las facultades que despliega éste normalmente lo hacen. Aun así, la consolidación histórica internacional de los términos *droit de suite*, pese a su inexactitud, hacen recomendable su uso en cualquier foro, aunque, como se verá, la legislación española prefirió decantarse por la expresión *derecho de participación*, mucho más gráfica pero con menor aceptación en otros países.

⁶¹ *Vid.* DUCHEMIN, Jean-Louis, *op. cit.*, pp. 26-28. En su opinión, los juristas franceses se sirvieron de la citada Ley de 1910 para defender que en sede de propiedad intelectual era donde mejor acomodo podía encontrar un derecho cuyo creador artístico conservaba, aun vendiendo la obra, sus derechos para obtener beneficios de los mismos.

camente desprotegidos y discriminados respecto a éstos⁶². Por ello, reclamó un verdadero derecho de propiedad, «*no una limosna*», como se encargó de incluir en el preámbulo del proyecto, disponiendo el *droit de suite* como un derecho pecuniario, reconocido legalmente y con una función extensiva de los derechos patrimoniales tradicionales.

Tras un período de forzada inactividad parlamentaria debido a la Primera Guerra Mundial⁶³, en 1919, el diputado Léon Bérard se había erigido como el principal defensor del *droit de suite* y, para justificar su naturaleza jurídica como derecho de autor, en el informe previo a su aprobación legislativa, se sirvió de argumentos del prestigioso profesor y juez alemán Opet, quien había escrito en esas fechas acerca de la necesidad de definir legalmente la separación entre derechos de autor y derechos de los propietarios del bien donde se incorpora la obra, para evitar que los autores tuvieran que estar negociando la reserva de ciertas facultades en cada transmisión; sentenciando, por otra parte, que «*el droit de suite hallaba su lugar natural dentro de la legislación de derecho de autor*»⁶⁴.

El informe de Bérard prácticamente reprodujo aquel otro realizado en la anterior legislatura por Abel Ferry en cuanto a contenido necesario de los preceptos de la futura ley y las características del derecho. Sin embargo, este documento trataba de ahondar más en su naturaleza jurídica⁶⁵, entendida como una suerte de copropiedad entre el titular del *droit de suite* y el propietario del bien mueble. Bérard defendía que, como esta copropiedad no podía sostenerse en términos jurídicos, había que plantear la independencia del derecho de propiedad (intelectual) del autor respecto al derecho de propiedad del dueño de la cosa. La relación entre ambos se traduciría en una restricción impuesta por parte del ordenamiento jurídico al propietario del bien en interés del artista, operando como una especie de «*dominio eminente sobre la obra*». Debido a que el diputado francés no desarrolló en profundidad esta interesante aportación, se desconoce si fue su intención incorporar el *droit de suite* entre las atribuciones que tiene un Estado para establecer los gravámenes que considere oportunos en función de sus necesidades públicas –en cuyo caso su tesis adolecería de los mismos defectos que las que abogaban por determinar su naturaleza como tributaria–, o bien quiso definir el derecho sin abandonar el ámbito privado, donde el *dominio eminente* se explicaría porque el autor mantendría el dominio útil de la obra, entendido como la facultad para aprovechar los beneficios futuros de la misma. Con todo, esta última interpretación supondría confundir el bien inma-

⁶² Para una visión a fondo del contenido del informe de Ferry, de gran interés por establecer el contenido del futuro derecho, *vid.* DUCHEMIN, Jean-Louis, *op. cit.*, pp. 40-44.

⁶³ El debate se suspendió varios años por causa de la guerra. De todos modos, el conflicto bélico, causante de grandes pérdidas de población, seguramente también facilitó la tarea de establecer derechos sociales para las viudas de los combatientes fallecidos –entre ellos, por qué no, artistas–.

⁶⁴ Opet, Otto, *apud.* DUCHEMIN, Jean-Louis, *op. cit.*, pp. 27 y 30.

⁶⁵ *Vid.* DUCHEMIN, Jean-Louis, *op. cit.*, pp. 49-51.

terial con el ejemplar físico, minimizando la cuestión a la complementación de diferentes derechos sobre un bien mueble⁶⁶.

Sorteando escollos y debates, por fin, se aprobó la Ley francesa de 20 de mayo de 1920⁶⁷, donde se regulaba el *droit de suite* como un derecho de autor, del que se derivaban *royalties* generados a partir de las sucesivas transmisiones realizadas en ventas públicas. Al año siguiente, asimismo, se promulgó en Bélgica la Ley de 25 de junio de 1921⁶⁸, sobre el mismo objeto, que prácticamente transcribió la ley francesa, salvo alguna excepción menor⁶⁹. Por lo tanto, se contaba con dos países que ya regulaban el derecho, mas habían escogido para su legislación sendas leyes especiales, sin una ubicación formal dentro de un sistema definido de derechos de autor.

Por consiguiente, resulta de interés ver cómo los siguientes países en regular el derecho sí lo hicieron dentro de sus leyes codificadas de propiedad intelectual, proporcionándole un trato inequívoco de derecho de autor. Ése fue el caso de la antigua Checoslovaquia, que le dedicó al *droit de suite* el artículo 35 de la Ley de 24 de noviembre de 1926; el de Polonia, que lo recogió en el artículo 27 *bis* de la Ley de 22 de marzo de 1935; y el de Uruguay, que lo hizo en el artículo 9 de la Ley de 15 de diciembre de 1937. Idéntica opción tomó Italia, algo más tarde, ya que el 22 de abril de 1941 aprobó la *Ley para la protección del derecho de autor y de otros derechos conexos a su ejercicio*, en cuyos artículos 144 a 155 se reguló el *diritto dell'autore sull'aumento di valore delle opere delle arti figurative e dei manoscritti originali*, que se conoció doctrinalmente en Italia como *diritto di seguito* (derecho de seguimiento).

En Francia, sin embargo, para conseguir ese hito hubo que esperar hasta 1957, cuando el *droit de suite* fue incorporado en el artículo 47 de la *Ley n° 57-298, de 11 de marzo de 1957, sobre la propiedad literaria y artística*. En cualquier caso, durante todo ese tiempo, apenas nadie en ese país puso en duda su naturaleza como derecho de autor, como lo demuestra el hecho de que el propio Gobierno francés trató continuamente de imponer su expansión internacional y aplicación en un número mayor de Estados mediante la modificación del *Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas* de 1886, objetivo que se alcanzó parcialmente en 1948.

⁶⁶ Vid. BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán, *op. cit.*, p. 351.

⁶⁷ Francia: *Ley de 20 de mayo de 1920, relativa a un derecho en beneficio de los artistas sobre las ventas públicas de objetos de arte*.

⁶⁸ Bélgica: *Ley de 25 de junio de 1921, que grava las ventas públicas de obras de arte en beneficio de los artistas autores de las obras vendidas*.

⁶⁹ Para un mayor desarrollo del contenido de estas leyes iniciales reguladoras del *droit de suite* en derecho comparado, *vid. infra*, capítulo 4, 2.

3. CARÁCTER PATRIMONIAL DEL DERECHO

El debate acerca de cuál era la naturaleza jurídica del derecho y qué papel desempeñaba en el ordenamiento jurídico se había instalado, definitivamente y de un modo apropiado, en el espacio de la propiedad intelectual, siendo la titularidad del bien inmaterial aquello que permitió situarlo en este contexto, por la dificultad de concebir un derecho de seguimiento vitalicio a alguien que tan sólo fue aparentemente propietario originario de un bien mueble⁷⁰. Sin embargo, ello no conllevó un consenso dogmático inmediato acerca de su tipología dentro de los derechos de propiedad intelectual –en su acepción amplia, conjunto que engloba tanto los derechos de autor como los llamados derechos conexos⁷¹–. Es por este motivo que se deben analizar los elementos que alejan al *droit de suite* de ser cualquier derecho que no se incluya dentro de los patrimoniales de autor, en concreto, de los denominados derechos de remuneración, para posteriormente ahondar en sus características como integrante de esa categoría.

3.1. CONTRAPOSICIÓN A DETERMINADOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

a) *Diferencias con los derechos conexos*

Los derechos conexos –también conocidos como afines o vecinos– tienen como objeto la protección de prestaciones personales o actividades empresariales de carácter técnico, auxiliares a la creación, relacionadas con los intereses de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión. Por lo tanto, se trata de derechos altamente vinculados con la explotación de las obras, en muchas ocasiones justificados ante la necesidad de conceder a productores y artistas una defensa

⁷⁰ Un derecho que faculta a su titular a ser seguidor indefinido de la circulación del bien que no le pertenece sólo halla lógica en el campo de los derechos de propiedad intelectual. VICENTE DOMINGO (*op. cit.*, pp. 73 y 75), explica que, con arreglo al artículo 1.255 C.c., y en base a la autonomía de la voluntad, se podría llegar a permitir, mas sólo por la siguiente transmisión, incluir algún tipo de cláusulas de seguimiento en la sucesiva venta de un bien, pues ello ni sería ilícito, ni inmoral ni contrario al orden público. Esta práctica, por ejemplo, es habitual en el mercado de traspasos de deportistas, donde el club vendedor se reserva un derecho a participar del precio del posible siguiente traspaso a realizar por el club comprador a un tercer equipo.

⁷¹ En la legislación española o en la francesa, entre otras, la expresión *propiedad intelectual* también incluye los derechos conexos, además de los derechos de autor. Incluso existe una definición todavía más amplia, a la que no se recurrirá aquí, pero usada internacionalmente, que contendría también lo que se conoce como *propiedad industrial* –esto es, marcas, patentes, diseños industriales, etc.–. En este aspecto, STROWEL expone las nociones de propiedad intelectual en la doctrina clásica francesa y cómo el legislador francés terminó por definirla como «*un derecho de propiedad incorporal, que no entra ni en los derechos personales ni en los derechos reales*» (*op., cit.*, pp. 94-108).

autónoma para las actividades referentes a la utilización pública de obras de autores, como toda clase de representaciones por parte de los últimos o la transmisión al público de acontecimientos, información y emisiones audiovisuales. En consecuencia, la protección jurídica se basa en acciones que, más que con la creación, tienen que ver con la difusión de la obra, punto donde hallan conexión con el derecho de autor. Pero el lazo entre los derechos conexos y los derechos de autor también se reconoce por la similitud entre las estructuras y las facultades que se otorgan en cada supuesto a su titular, muy similares en ambos casos⁷².

De hecho, según destacan RICKETSON y GINSBURG, el propio Director de la *Oficina Internacional Reunida para la Protección de la Propiedad Intelectual*, la organización conocida por sus siglas francesas BIRPI –precedente de la OMPI–, el Dr. M. Fritz Ostertag, elaboró una propuesta para calificar el *droit de suite* como un derecho conexo, proyecto que fue estudiado por un comité de expertos en Samaden (Suiza), en 1939⁷³. Las conclusiones del proyecto de la BIRPI fueron que este derecho, por su carácter no exclusivo, no podía incluirse en materia de derechos de autor y debía regularse aparte, como un derecho estrechamente relacionado, aunque se reconocía que se trataba de un derecho personal e inalienable para el autor, que debía transmitirse *mortis causa* a sus herederos; si bien ciertos aspectos, como la duración, el método de recaudación o las garantías, tenían que dejarse a elección de los ordenamientos internos. Pero el razonamiento de Ostertag adolecía de un defecto de fondo: ante la dificultad de poder calificar el *droit de suite* como un derecho moral o como un derecho de explotación exclusivo del

⁷² Diferentes autores han analizado cuáles son esas coincidencias en cuanto a sus respectivas naturalezas. Por ejemplo, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO afirma que, en el caso de los derechos conexos, «también aquí nos encontramos con un derecho de exclusiva sobre un objeto peculiar, también inmaterial o incorporal en la medida que no existe identidad entre el objeto del derecho y el soporte en el que aquél queda recogido» (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. «Introducción a la propiedad intelectual». En: *Manual de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 28). Asimismo, ANTEQUERA PARILLI explica las similitudes y diferencias conceptuales entre ambas tipologías de derechos de propiedad intelectual mediante extractos de la Sentencia nº 22/2000 de la Corte de Casación Italiana (Secciones Unidas Penales), de 22 de noviembre de 2000. En ésta se manifiesta que «el vínculo entre autor y obra musical no puede ser desvirtuado por el hecho de que el trabajo eventual es realizado por un intérprete (o por el mismo autor, como intérprete de sí mismo), o se registre en un soporte magnético dirigido a la difusión». Para concluir que, «el hecho de que el activo intangible protegido no pueda ser explotado independientemente de su ejecución, grabación o radiodifusión», es lo que conecta los derechos de autor patrimoniales con los derechos conexos (ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Estudios de derecho de autor y derechos afines*. Madrid: Reus, 2007, p. 129).

⁷³ Cfr. RICKETSON, Sam; GINSBURG, Jane C. *International Copyright and neighbouring rights: the Berne Convention and beyond*, Vol. I, 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 675. Por otra parte, *vid.* DUCHEMIN, Wladimir. «La directive communautaire sur le droit de suite». *Revue Internationale du droit d'auteur* (RIDA), nº 191, Enero de 2002. Neuilly-sur-Seine: Association Française pour la diffusion du Droit d'Auteur, p. 9. Este autor añade que, en el proceso inicial de aprobación de la Directiva 2001/84/CE, relativa al *droit de suite*, el responsable para la investigación, la ciencia y la educación de la Comunidad, G. Brunner, presentó, en 1976, un documento de trabajo donde el derecho también se incluía entre los derechos conexos.

autor, al no poder reconocerle el *ius prohibendi*, optaba por relegarlo a la otra gran categoría estudiada de derechos de propiedad intelectual, esto es, los derechos conexos. Esta atribución más parece una solución escogida por eliminación que por certitud, debida, en parte, al hecho de que la doctrina todavía no había considerado la posibilidad de sistematizar unos derechos patrimoniales de autor diferentes a los exclusivos de explotación, como son los derechos de remuneración.

Aun así, aprovechando la similitud de configuración, se sostuvo la idoneidad de explicar la naturaleza del *droit de suite* como la de un derecho conexo de propiedad intelectual, estableciendo una analogía directa con los derechos de los intérpretes musicales. La fórmula trataba de encontrar éxito escindiendo la tutela del autor plástico de su faceta de ejecutor plástico, por cuanto el *droit de suite* protegería no la creación de la obra, sino los actos de *difusión* que se sucedieran sobre la misma, en cada momento en que ésta fuera transmitida.

Sin embargo, en nuestra opinión, aunque desde el punto de vista teórico sea adecuado diferenciar la ejecución de la obra respecto a la concepción de la misma, el caso es que los autores plásticos exteriorizan ambas acciones en unidad de acto, en el momento de crear la obra⁷⁴. Por consiguiente, no tiene sentido diferenciar estos dos momentos materialmente y tutelarlos de manera separada mediante facultades de derecho de autor y facultades de derecho conexo. El *droit de suite* se debe reconocer al creador desde el momento de la creación, como consecuencia de ésta, por lo que no cabe ninguna otra opción que no sea la de su tratamiento como un verdadero derecho de autor⁷⁵.

b) Diferencias con el derecho moral

El derecho de autor, cuyo objeto es la creación intelectual expresada en obras originales, responde a una lógica en la que su contenido abarca facultades patrimoniales

⁷⁴ BERCOVITZ ÁLVAREZ (*op. cit.*, pp. 360-365) sí advierte algunos rasgos de los derechos conexos en el *droit de suite*, basándose en la vertiente ejecutante del creador plástico. En aparente contradicción, profundiza sobre la idea de que la aplicación del *droit de suite* debe ser considerada exclusivamente sobre la ejecución plástica y no sobre la concepción de la obra: «ello es lo que hace posible la aplicación del derecho a ciertos ejemplares múltiples de obras, como en el caso del grabado», para finalmente negar de un modo taxativo su naturaleza como derecho conexo (*ibidem*, p. 351). Con todo, su propuesta de diferenciar «autor plástico» y «artista plástico» encargado de la ejecución nos parece que encuentra mejor sustento desde una perspectiva dual de la personalidad artística del creador.

⁷⁵ La relación en primera o tercera persona del sujeto respecto a la creación de la obra es básica. En opinión de SERRANO GÓMEZ (*op. cit.*, p. 71), precisamente debe desdeñarse la comparación del *droit de suite* con los derechos conexos debido a que la nota característica de éstos es que son reconocidos a sujetos que desarrollan una actividad sobre la obra intelectual creada por otro, mientras aquél se reconoce necesariamente al autor de la obra o a sus derechohabientes, no a un tercer sujeto.

y morales⁷⁶. Y aun pareciendo evidente que el *droit de suite* se trata de un derecho patrimonial, debido a su indiscutible finalidad económica, una parte de la doctrina sí se inclina por dotarlo de una parcial condición moral.

Poniendo en valor algunos de los rasgos propios del derecho moral para poder apreciar esta supuesta relación de identidad, se debe destacar que éste se trata de un derecho subjetivo absoluto, con eficacia plena ante terceros y relativo a la persona del autor, a quien corresponde su ejercicio por el hecho de haber creado una obra original. Cuestión distinta es hasta qué punto el derecho moral es un derecho de la personalidad, ya que, con frecuencia, se ha incluido en dicha categoría, debido a que sus orígenes partían de un mismo presupuesto⁷⁷. Así, ALBALADEJO GARCÍA ha defendido tradicionalmente esta postura, justificando que las facultades morales están vinculadas a la per-

⁷⁶ Sin ánimo de desarrollar aquí la cuestión de la naturaleza del derecho de autor, sí debemos apuntar la existencia de dos teorías principales acerca de la misma: la llamada *monista* defiende que el derecho de autor es único, subjetivo y mixto, al albergar facultades morales y patrimoniales a la vez; en cambio, la teoría *dualista* entiende que ambas facultades son independientes, esto es, se trata de derechos subjetivos diferenciados aunque relacionados, con naturalezas diferentes –personal y patrimonial, respectivamente–. Para un estudio comparativo de la evolución en la conceptualización de la propiedad intelectual a través de diferentes teorías y doctrinas, *vid.* BAYLOS MORALES, María. «Doctrinas sobre la naturaleza jurídica de los derechos intelectuales». En: Baylos Corroza, Hermenegildo *et al.* *Tratado de Derecho Industrial*, 3ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2009, pp. 495 ss.). Asimismo, según COLOMBET, la naturaleza jurídica del derecho de autor es híbrida, ya que considera a los derechos morales como derechos de la personalidad y a los derechos patrimoniales como derechos de la propiedad (COLOMBET, Claude. *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 9ª ed. París: Dalloz, p. 16). En cambio, RIVERO HERNÁNDEZ es partidario de matizar la cuestión para alejar el derecho de explotación del autor de los derechos reales, «*aunque se emplee la palabra propiedad*», puesto que aquél es un derecho subjetivo, de naturaleza especial y diferenciada de otros en razón de las particularidades del objeto sobre el que recae (RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. «Comentario a la Sección 2ª». En: Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 3ª ed. Madrid: Tecnos, 2007, p. 260).

⁷⁷ Los derechos de la personalidad han sido ampliamente estudiados en España. Por ejemplo, CASTÁN TOBEÑAS afirmó que los derechos de la personalidad tienen como objeto atributos físicos o morales de la persona, así que deben tratarse como verdaderos derechos subjetivos en tanto que su titular tiene el «*poder de impedir a terceros acceder a su esfera personal, protegida con la acción civil del artículo 1.902 C.c.*», que reza que «*el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*» (CASTÁN TOBEÑAS, José. «Los derechos de la personalidad». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto 1952. Madrid: Reus, 1952, pp. 17-30). Por su parte, DE CASTRO Y BRAVO señala que la protección de los derechos de la personalidad parte de un deber general de respeto a la persona y de las facultades que deben manifestar para sus libertades personales. Por lo tanto, esas facultades se configuran en un auténtico derecho subjetivo, sobre bienes de la persona, como la imagen o el propio nombre (DE CASTRO Y BRAVO, Federico, «Los llamados derechos de la personalidad». En: *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XII, nº 2. Madrid: Ministerio de Justicia, 1959, pp. 1.261-1.264). Asimismo, justifica que la condición de autor destaca como un especialísimo bien de la personalidad, que ha recibido reconocimiento legal y se manifiesta en una serie de facultades, ya que «*el hombre, en su hacer de cada día y con sus obras, va forjando su personalidad, y también la revela a los demás. (...) De ahí su posible importancia en materia de bienes de la personalidad*» (DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Temas de derecho civil*. Madrid: Rivadaneira, 1972, pp. 21 y 22).

sona y son inseparables de su autor, ilustrando este enlace con un ejemplo clásico: «*sería inadmisibile que un tercero, pagando una suma de dinero al autor, fuese autorizado a proclamarse creador de la obra*»⁷⁸. No obstante, parece que esta tesis no encuentra grandes adeptos actualmente y son multitud los autores que descartan plenamente que el derecho moral deba ser concebido como un derecho de la personalidad⁷⁹, conclusión a la que nos adherimos, indicando que aquél no forma parte intrínsecamente de la propia condición humana, ni tiene consideración de derecho fundamental como éstos, sino que se reconoce únicamente al autor desde el momento de la creación de la obra, debido a una exteriorización de su personalidad⁸⁰.

⁷⁸ Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, 16ª ed. Madrid: Edisofer, 2004.

⁷⁹ En este aspecto, el derecho moral no puede considerarse un derecho de la personalidad, debido a que el primero «*sale fuera del ser personal*» y no es más que una expresión del segundo (vid. LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil. Parte General. Vol II. Personas*, 6ª ed., revisada y puesta al día por Delgado Echeverría, Jesús. Madrid: Dykinson, 2010, p. 62). También cabe destacar la disertación en esta materia de ROSELLÓ MANZANO, porque, aunque se muestra totalmente contrario a considerar los derechos morales de autor como derechos de la personalidad, a su vez expone las características coincidentes de ambos: esenciales, en tanto que inseparables de la persona; vitalicios, porque generalmente se extinguen con el fallecimiento del titular; extrapatrimoniales, por cuanto su razón última no es su aprovechamiento económico; y absolutos, por su oponibilidad *erga omnes* (ROSELLÓ MANZANO, Rafael. *Derechos de la personalidad y derechos morales de los autores*. Madrid: Reus, 2011, pp. 69-91). Finalmente MARÍN LÓPEZ, expresa que la calificación más adecuada para el derecho moral de autor es «*como un derecho subjetivo inherente a la persona del autor*». Sin embargo, para negar su naturaleza de derecho de la personalidad construye una exposición algo enmarañada, según la cual el «*artículo 162 C. c. atribuye representación legal de los hijos a los padres que ostenten la patria potestad, pero, entre las excepciones que establece esta regla, una de ellas va referida a los actos relativos a derechos de la personalidad*». Y para justificar que, aunque ocurra lo mismo con los derechos morales de autor, sus naturalezas son distintas, apela a que ello se debe a la aplicación «*por analogía con lo que la norma dispone para los derechos de la personalidad, y en todo caso por la consideración del derecho moral como inherente a la persona menor-autor*» (MARÍN LÓPEZ, Juan José. *El Conflicto entre el Derecho Moral del Autor Plástico y el Derecho de Propiedad sobre la Obra*. Cizur Menor: Aranzadi, 2006, pp. 60-61).

⁸⁰ El derecho de autor no tiene naturaleza de derecho fundamental. El caso que mejor ilustra esta cuestión es el conocido como *Caso Pablo Serrano*, donde el Tribunal Supremo terminó aclarando lo expuesto (vid. CASAS VALLÉS, Ramón. «La protección de los artistas plásticos en el derecho español». En: *I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual*. Madrid: Ministerio de Cultura, 1996, p. 264). En resumidas cuentas, el escultor Pablo Serrano había realizado, por encargo, una obra escultórica para el vestíbulo de un hotel. Al poco tiempo, la dirección del hotel decidió retirar y almacenar la escultura, porque consideraba que no encajaba con la línea de decoración. El artista acudió a los tribunales, por considerar que el desmontaje de la obra vulneraba su derecho moral de autor. El Tribunal Supremo, en su STS (sala 2ª) de 21 de junio de 1965, desestimó en última instancia las pretensiones de Serrano. No obstante, después de la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978, el autor reprodujo su demanda, denunciando la violación del artículo 20.1.b) CE, donde se protege el derecho «*a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica*». Por lo tanto, planteaba el derecho de autor como derecho fundamental, lo que debería haber obligado a aprobar una Ley de Propiedad Intelectual con carácter orgánico. El Alto Tribunal, en la STS (sala 1ª, sección 1ª) de 9 de diciembre de 1985 volvió a resolver contra el escultor, expresando que no se podía mezclar, como así pretendía el actor, el derecho a crear –fundamental– con el derecho sobre lo creado.

Como se ha apuntado antes, según ciertos razonamientos de un sector doctrinal –a decir verdad, algo superficiales, al no ahondar en su argumentación–, el *droit de suite* se hallaría a medio camino entre el derecho moral y el derecho patrimonial, porque de éste adoptaría la mecánica correspondiente a su ejercicio, mientras que de aquél tomaría sus clásicas características de inalienabilidad *inter vivos* e irrenunciabilidad. De esta opinión es VALLÉS RODRÍGUEZ, quien propone la concurrencia en el *droit de suite* de la condición de derecho moral y, a la par, de derecho de explotación. Fundamenta esta tesis basándose en la diferenciación entre la mera existencia del derecho, apoyada en su origen histórico, por un lado, y su ejercicio económico, por el otro⁸¹. En una línea parecida, se expresa VEGA VEGA, para quien el *droit de suite* tiene una naturaleza mixta, debido a que muestra peculiaridades propias de las facultades morales y, a pesar de ello, su finalidad es económica⁸². Por su parte, MINERO ALEJANDRE también destaca que el carácter inalienable de este derecho, así como el hecho de que en las obras sujetas al mismo haya existido una relación especial con la persona del autor, acercan el *droit de suite* a los derechos morales, aunque, a la postre, no termina de posicionarse a favor de esta opción⁸³. No obstante, sí apunta una idea que nos parece interesante, ya que apoyándose en CASAS VALLÉS, vuelve a enlazar el origen histórico del derecho con una finalidad accesoria del mismo, cuando identifica la utilidad del *droit de suite* a la hora de satisfacer los presupuestos de determinados derechos morales, como es el caso del derecho de acceso y del derecho de paternidad, debido al mayor control que el autor tiene sobre su obra⁸⁴. Con todo, ello no acercaría la naturaleza de este derecho al derecho moral, sino que, en este caso, simplemente complementarías funciones dentro de un sistema integral de derechos de autor.

Aun sin compartir las aportaciones dogmáticas anteriores⁸⁵, puestos a hallar semejanzas entre *droit de suite* y derecho moral, cierto es que el nacimiento de ambos

⁸¹ Cfr. VALLÉS RODRÍGUEZ, Matías, *op. cit.*, p. 450.

⁸² Cfr. VEGA VEGA, José Antonio. *Derecho de autor*. Madrid: Tecnos, 1990, pp. 130 ss.

⁸³ Vid. MINERO ALEJANDRE, Gemma. «Comentario al artículo 14 ter». En: *Comentarios al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. Madrid: Tecnos, 2013, p. 1.237.

⁸⁴ Vid. CASAS VALLÉS, Ramón. «Comentario al artículo 24», 2ª ed., *cit.*, pp. 497 y 498.

⁸⁵ Más osado que los tres anteriores autores, calificándolo plenamente como derecho moral, aunque sin aportar más información al respecto, vid. BERGER, Bernhard. *Why resale rights for artists are a bad idea*, 2001 [en línea]. Disponible en: <http://www.law.harvard.edu/faculty/martin/art_law/why_resale_rights_for_artists.htm> (última visita: 30 de diciembre de 2015). BERGER establece, directamente, que el *droit de suite* forma parte de los derechos morales del artista, por el mero hecho de observarse una relación continua entre el artista y su obra. Resulta, asimismo, llamativo que en el informe de la U.S. Copyright Office de 2013, realizado para analizar la posibilidad de implementar en los Estados Unidos una futura legislación del *droit de suite*, se afirme que el mismo deriva de una «*amalgama de privilegios comúnmente y colectivamente conocidos como derechos morales*» (cfr. U.S. COPYRIGHT OFFICE. *Resale royalties: an updated analysis*. Washington: U.S. Government Printing, 2013, p. 4). Sin embargo, MINERO ALEJANDRE ofrece una respuesta plausible a esta última cuestión: «*posiblemente, entre las razones que conducen a tratar de relacionar droit de*

derechos coincide con la creación de la obra y que, a pesar de que el derecho moral suele extinguirse con el fallecimiento del autor, igualmente algunas facultades morales pueden sobrevivirle, como el ejercicio del derecho de divulgación, del derecho de reconocimiento de autoría o del derecho a la integridad de la obra. No obstante, un análisis más pausado de estas cuestiones nos permitirá concluir que, entre los dos conceptos, son más las diferencias que las similitudes, además siendo éstas menos y de menor entidad de lo que, *a priori*, uno pudiera pensar⁸⁶. En primer lugar, el *ius prohibendi* que contiene el derecho moral, por ser un derecho absoluto y oponible *erga omnes* incluso a quien ostente la titularidad de los derechos patrimoniales de la obra, no se manifiesta en el *droit de suite*, que tan sólo ofrece la prerrogativa de exigir una cantidad económica. En segundo lugar, para terminar de vaciar de contenido las teorías que consideran que el *droit de suite* acoge en su seno facultades morales, es necesario atacar el nudo gordiano de su principal argumento –el que parece llevar a una mayor confusión– y resolver si, realmente, la inalienabilidad *inter vivos* y la irrenunciabilidad del *droit de suite* responden a que su naturaleza contiene una parcial condición de derecho moral.

Ciertamente, el derecho moral es inalienable e irrenunciable⁸⁷. Ello es debido a su carácter de derecho inherente a la persona, aunque no sea en puridad –así lo hemos expresado– un derecho de la personalidad. Sin embargo, sus garantías sí deben ser asimilables a las exigidas por las leyes para tales derechos de la personalidad, a los cuales su titular no puede renunciar ni enajenar por su propia naturaleza jurídica, puesto que forman parte inescindible de su condición personal. Igualmente, el autor no puede transmitir ni renunciar a sus derechos morales, extremos prohibidos por el ordenamiento jurídico (artículos 6.3 y 1.271 C.c.)⁸⁸.

suite y derechos morales se encuentre el interés del legislador estadounidense, surgido tras la adhesión de este país al Convenio de Berna, de estudiar conjuntamente las posibilidades de regulación nacional de ambos tipos de protecciones» (cfr. op. cit., p. 1.237, nota 93).

⁸⁶ RICKETSON y BARRISTER exponen que el *droit de suite* se podría llegar ver como una proyección de la personalidad del artista, donde su reputación y honor tendrían su parte de relevancia. Sin embargo, se apresuran a concluir que un análisis detenido revela que no tiene sentido asimilar el *droit de suite* al derecho moral (RICKETSON, Sam; BARRISTER, Victoria. *Proposed international treaty on droit de suite/resale royalty right for visual artists*, cit., p. 17. Esta obra se halla disponible en la página web de la CISAC: <<http://www.cisac.org/Media/Studies-and-Reports/Publications-PDF-files/Resale-Right-Academic-Study>> [última visita: 30 de diciembre de 2015]).

⁸⁷ Así lo establece imperativamente el artículo 14 TRLPI.

⁸⁸ Así, el artículo 6.3 C.c. reza: «los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho» mientras el artículo 1.271 *in fine* dispone que «pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres». Por su parte, MARÍN LÓPEZ (*El conflicto entre el Derecho Moral...*, cit., p. 73) precisa que el carácter irrenunciable del derecho moral no significa que el autor no pueda renunciar al ejercicio de acciones judiciales contra los actos de violación del mismo. Por ende, no será nulo, por ejemplo, el acuerdo que el autor de un derecho moral violado haya alcanzado con el infractor en un proceso judicial.

En cambio, en el caso del *droit de suite*, su irrenunciabilidad e inalienabilidad *inter vivos* se explican por su origen tuitivo, puesto que su categorización dentro de los derechos de remuneración plantea al legislador la necesidad de proteger a la posición negociadora más débil de la relación contractual. En palabras de RUBÍ PUIG, una de las explicaciones a la inalienabilidad se asentaría en que ésta vendría a contrarrestar «*el poder monopsonico de los marchantes y galeristas –esto es, la posibilidad de que uno o unos pocos compradores puedan fijar el precio de adquisición de unas obras– y su consecuente superioridad en la negociación*»⁸⁹.

Así, cuando el legislador opta por intervenir normativamente con el objetivo de evitar esas situaciones de desequilibrio, puede establecer presunciones de cesión de derechos o su intransmisibilidad, determinando un sistema de derechos de remuneración obligatoria para paliar ciertas pérdidas patrimoniales. Como se verá más adelante, con relación a esto último, téngase en cuenta que, de entre todos los derechos de remuneración regulados en la legislación española de propiedad intelectual, la remuneración del derecho de participación es la única que no se origina por la presunción legal de cesión de los derechos exclusivos de explotación ni por la realización de utilizaciones de la obra por terceros basada en los límites reconocidos por ley⁹⁰. Por lo tanto, el hecho de que se genere por un acto independiente de las facultades morales y patrimoniales, totalmente desvinculado de la gestión colectiva obligatoria, provoca, sin duda, una mayor dificultad para definir su naturaleza jurídica.

Una última cuestión queda pendiente para acabar de distanciar el *droit de suite* del derecho moral, que es la transmisibilidad *mortis causa*. En el caso del derecho moral, cabe recurrir, de nuevo, al paralelismo con los derechos de la personalidad. Éstos se extinguen con la muerte del titular de los mismos, naciendo nuevos derechos otorgados a sujetos llamados a intervenir para continuar protegiendo elementos de la personalidad

⁸⁹ Cfr. RUBÍ PUIG, Antoni. «Incentivos, costes de transacción y rent-seeking», *cit.*, p. 88. Adicionalmente, este autor explica que la existencia sistémica de un desequilibrio patente en el poder de negociación de las partes, remediada mediante una regla de inalienabilidad, también respondería al ahorro de costes de transacción. Sin embargo, desde la perspectiva de la doctrina americana se podría llegar a calificar a los artistas como malos negociantes, en este caso, porque en el *droit de suite* no se observarían las tres reglas básicas tradicionales establecidas para la inalienabilidad: necesidad de paternalismo por parte del Estado, exigencias de justicia distributiva o freno a monopolios en los términos economicistas (*vid.* ROSE-ACKERMAN, Susan. «Inalienability and the Theory of Property Rights». *Columbia Law Review*, vol. 85. Nueva York: Columbia Law School, 1985, p. 951 [en línea]. Disponible en: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/580> [última visita: 30 de diciembre de 2015]).

⁹⁰ Según MINERO ALEJANDRE (*op. cit.*, p. 1.239) la especialidad del *droit de suite* viene dada por el conflicto de intereses surgido entre el autor de la obra plástica y el propietario del soporte en que ésta se encuentra materializada.

del fallecido que merecen ser salvaguardados⁹¹. Normalmente, se atribuye un derecho singular a determinados parientes, sin que ello tenga que ver específicamente con el fenómeno sucesorio⁹². Del mismo modo, a la muerte del autor no se produce *strictu sensu* la transmisión *mortis causa* de un derecho subjetivo en beneficio de la persona designada por éste para ejercer ciertas facultades morales, sino que se trata de simples situaciones de poder creadas en favor de determinadas personas a las que se les confiere, de un modo funcional, la legitimación de las facultades morales previstas, mas defendiendo el interés general complementariamente a la memoria del autor⁹³. Nada que ver, por supuesto, con la plena transmisión *mortis causa* del *droit de suite*, única posibilidad en que el mismo no se considera inalienable, y que obedece, en este sentido, a las reglas de los derechos patrimoniales, cuya finalidad es garantizar a los derechohabientes el disfrute de la remuneración que se derivará de cada reventa de la obra tras el fallecimiento del autor.

3.2. RASGOS PATRIMONIALES

El *droit de suite* es un derecho de autor de naturaleza patrimonial. Se puede llegar a esta conclusión por exclusión, esto es, tras haber descartado las posibilidades expuestas hasta aquí –especialmente tras contrastar que no alberga características esencia-

⁹¹ Para este tema, *vid.* CÁMARA ÁGUILA, M^a del Pilar. *El derecho moral del autor: con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor*. Granada: Comares, 1978, pp. 95 ss.

⁹² La doctrina y jurisprudencia italiana adoptaron tradicionalmente el principio de que el derecho moral de autor se extingue tras la muerte del autor, dando lugar a otro derecho, de contenido y objeto análogo, que pertenece a los parientes próximos o al Ministerio Público. Por otra parte, la idea de que el derecho moral se transmite pero transformado, resulta mayoritariamente aceptada en la doctrina francesa y parte de la española (*vid. ibidem*, pp. 96 y 106). Entre esas posiciones doctrinales que hablan de transmisión *sui generis* del derecho moral por causa de muerte, no dejando de admitir que se trataría de un derecho moral transformado, *vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. «Comentarios a los artículos 15 y 16 TRLPI». En: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. 2^a ed. Madrid: Tecnos, 1997, p. 253.

⁹³ Así, teniendo en cuenta que ciertos derechos personalísimos sobreviven a la muerte del titular, debido al interés común de que sigan estando protegidos, CÁMARA ÁGUILA sostiene que se trata de un poder jurídico y que «*teniendo en cuenta el carácter funcional que desempeña el ejercicio post mortem de las facultades morales del autor, creemos que las situaciones de poder que detentan estos sujetos pueden calificarse de potestades*» (*El derecho moral del autor, cit.*, p. 110). Esta autora se muestra favorable a considerar, sin ambages, intransmisible *mortis causa* el derecho moral de autor (cfr. CÁMARA ÁGUILA, Pilar. «Comentario a los artículos 15 y 16 TRLPI». En: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 3^a ed. Madrid: Tecnos, 2007, p. 243). Podemos hallar opiniones parecidas en: DELGADO PORRAS, Antonio. *Panorámica de la protección civil...*, *cit.*, p. 28 y ESPÍN CÁNOVAS, Diego. *Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*. Madrid: Civitas, 1991, pp. 121 y 122.

les del derecho moral en su configuración— o bien analizando sus principales rasgos⁹⁴, algunos de ellos compartidos con los derechos de explotación, prototípicos derechos patrimoniales.

a) Finalidad económica

Los derechos patrimoniales, en general, se constituyen para aprovechar las diferentes posibilidades de disfrute económico derivadas de la utilización de una obra⁹⁵. Así, los derechos de explotación permitirán a su titular, ejerciendo sus facultades de modo exclusivo, participar de manera directa o indirecta —en ese caso, por medio de cesión de sus facultades a terceros para percibir una contraprestación— de dicha utilización económica. Mientras tanto, en el caso del *droit de suite*, este aprovechamiento se practica siempre indirectamente, efecto de una concurrencia de hechos dependientes, en gran medida, de la voluntad de un tercero, debiendo el titular del derecho limitarse a cobrar una remuneración preestablecida. No obstante, en todos los casos se refleja una indiscutible finalidad económica y patrimonial.

b) Duración de su ejercicio

La duración de los derechos patrimoniales se prolonga, de conformidad con el artículo 26 TRLPI, durante «*toda la vida del autor y setenta años después de su muerte o declaración de fallecimiento*»⁹⁶. El *droit de suite* recibe idéntica consideración, en tanto

⁹⁴ KATZENBERGER (*Das Folgerecht...*, cit., p. 70) afirma que toda la doctrina alemana de referencia acepta la naturaleza del *Folgerecht* como la de un derecho patrimonial de autor. Por indicar una muestra de una opinión casi unánime entre la doctrina internacional y nacional, también se muestran a favor de su calificación patrimonial: DE PIERREDON-FAWCETT, Liliane, *op. cit.*, p. 32; SERRANO GÓMEZ, Eduardo, *op. cit.*, p. 69; VICENT LÓPEZ, Cristina, *op. cit.*, p. 175; o ESPÍN CÁNOVAS, Diego. *Cien estudios jurídicos del profesor Diego Espín Cánovas (1942-1996)*, Tomo III, *Posesión. Propiedad. Propiedad Intelectual*. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 1998, p. 1.914.

⁹⁵ RIVERO HERNÁNDEZ expone que las facultades patrimoniales se centran en la «*búsqueda y goce de un rendimiento económico a través de los diferentes procedimientos que lo permiten*», siendo el *droit de suite* un «*derecho de tipo patrimonial como los de explotación, consecuencia de la explotación de la obra*», ya que «*los derechos de los artículos 24 y 25 TRLPI (por el derecho de participación y la remuneración por copia privada)(...) son estrictamente económicos*» (RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. «Comentario a la Sección 2ª», cit., pp. 261 y 262).

⁹⁶ Este precepto se encuentra adaptado al artículo 1.1 de la *Directiva 2006/116/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines*, hasta setenta años después de la muerte del autor. El criterio de duración de los derechos patrimoniales de autor, por lo tanto, está armonizado en la Unión Europea. El considerando 12º de la Directiva/2006/116/CE alega que la fijación del derecho por setenta años tras la muerte del autor obedece al objetivo de «*lograr un nivel*

el artículo 6 de la Ley 3/2008, transponiendo la Directiva 2001/84/CE, dispone que se extinguirá transcurridos setenta años, a contar desde el 1 de enero del año siguiente al de la muerte o la declaración de fallecimiento del autor. Sin duda, que el *droit de suite* mantenga la regla general en cuanto al plazo de duración de los derechos patrimoniales resulta significativo para considerarlo como tal⁹⁷. A pesar de ello, siendo rigurosos, el artículo 15.2 TRLPI, que regula el plazo de duración del ejercicio del derecho de divulgación (moral) establece que éste podrá ejercitarse, igualmente, durante setenta años desde la muerte del autor. No obstante, ello no es motivo suficiente para quebrantar la relación de identidad entre plazo de duración y naturaleza patrimonial, puesto que estamos ante un caso, el del derecho de divulgación, en que debe primar el pragmatismo, ya que este derecho moral sólo puede hacerse efectivo a través del ejercicio de facultades de explotación, con lo que resulta coherente que, excepcionalmente, tenga el mismo plazo de duración con relación a su ejercicio⁹⁸.

Por supuesto, una vez asumida la naturaleza patrimonial del *droit de suite* en cuanto a su plazo de ejercicio, deberán aplicarse, cuando resulte procedente, las reglas comunes de duración, como en los casos de coautoría –el plazo se calculará, entonces, a

*de protección elevado, que responda a la vez a las exigencias del mercado interior y a la necesidad de crear un entorno jurídico propicio para el desarrollo armonioso de la creatividad literaria y artística en la Comunidad». La misma regla general utiliza la Resale Royalty Right for Visual Artists Act 2009 australiana, cuyo artículo 32 expresa que el derecho subsiste durante setenta años desde la muerte del artista. Sin embargo, otras legislaciones extranjeras de la esfera del *copyright*, utilizan otros criterios temporales específicos. Por ejemplo, la Sección 986 del Código Civil del Estado de California, conocida como *California Resale Royalty Act*, en su § (b) (3), dispone que el derecho se extenderá durante la vida del autor y hasta –sólo– 20 años después de la muerte de éste, plazo durante el cual serán beneficiarios del derecho sus «herederos, legatarios o representantes».*

⁹⁷ En sentido contrario, VEGA VEGA (*Derecho de autor, cit.*, p. 132), partidario de la naturaleza mixta de este derecho, entre moral y patrimonial, se muestra en desacuerdo con que el *droit de suite* pueda tener una naturaleza exclusivamente económica por el hecho de tener el mismo plazo de duración que los derechos de explotación, siendo, en su opinión, «discutible esta solución adoptada por el legislador».

⁹⁸ MARTÍNEZ ESPÍN manifiesta que «el derecho de divulgación presenta, en nuestro ordenamiento, una naturaleza híbrida, con predominio del carácter personal, pero con una clara trascendencia patrimonial», para matizar que «normalmente, el derecho de divulgación se hace efectivo a través del ejercicio de derechos de explotación; o dicho de otro modo, con la divulgación de la obra, ésta se introduce en el patrimonio del autor o se patrimonializa» (MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual. «Comentario al artículo 14». En: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 3ª ed. Madrid: Tecnos, 2007, pp. 213 y 214). En términos parecidos se expresa CÁMARA ÁGUILA, quien añade que «la coincidencia del plazo es consecuencia de la íntima relación que guarda la divulgación de la obra con su explotación, pues, en gran medida, ésta depende de su ejercicio. (...) En nuestra ley, el derecho de divulgación sufre una importante transformación en el momento de fallecer el autor (...) pasa a un primer plano la protección del interés social en la cultura, permitiendo la intervención de un Juez en aras de ese interés, por encima del ejercicio del derecho de inédito por parte de los derechohabientes del autor» (CÁMARA ÁGUILA, Pilar. «Comentario a los artículos 15 y 16 TRLPI», *cit.*, p. 239).

partir de la muerte del último autor superviviente⁹⁹ – o en los casos de obra anónima – el plazo de protección expirará setenta años después de que la obra haya sido lícitamente accesible al público¹⁰⁰–.

Asimismo, algún autor ha propugnado la necesidad de aplicar reglas de duración especiales al *droit de suite*, como fijar un plazo mayor que compensara el habitual retraso de las reventas tras la muerte del autor. Incluso, puesto que no es raro que éste empiece a ser valorado incluso tras setenta años después de su muerte, cuando la obra se escapa del derecho de explotación del titular, se llegó a especular con introducir un dominio público de pago¹⁰¹. Con todo, estas propuestas redundan en la idea de tratar el *droit de suite* de manera excepcional, mas no porque carezca de naturaleza patrimonial, sino para precisamente reforzar el aprovechamiento económico de los derechohabientes tras el fallecimiento del autor.

c) Posibilidad de transmisión *mortis causa*

La norma general indica que los derechos patrimoniales son transmisibles y que el autor puede ejercer sus facultades integrantes tanto en su propio nombre como mediante entidades de gestión colectiva. Pero el *droit de suite* es únicamente intransmisible *inter vivos*, por lo que, en sentido contrario, podrá ser transmitido *mortis causa*, básicamente para garantizar que los derechohabientes del creador plástico puedan beneficiarse de las revalorizaciones futuras de las obras de arte que, en ocasiones, suelen sucederse una vez el autor ha fallecido.

Además, ya hemos comentado que la inalienabilidad del derecho se justifica eminentemente debido al desequilibrio en la posición negociadora del artista respecto a los profesionales del mercado del arte; por lo que, cuando el carácter tuitivo no encuentra razón de ser –el autor ha fallecido–, el derecho se puede transmitir *mortis causa*, rasgo característico inherente a los derechos patrimoniales y diferenciador respecto a los

⁹⁹ Cfr. artículo 28 TRLPI.

¹⁰⁰ El artículo 27.1 TRLPI reza que «los derechos de explotación de las obras anónimas o seudónimas (...) durarán setenta años desde su divulgación lícita. Cuando antes de cumplirse este plazo fuera conocido el autor, bien porque el seudónimo que ha adoptado no deje dudas sobre su identidad, bien porque el mismo autor la revele, será de aplicación lo dispuesto en el artículo precedente». Asimismo, añade, *in fine*, que «los derechos de explotación de las obras que no hayan sido divulgadas lícitamente durarán setenta años desde la creación de éstas, cuando el plazo de protección no sea computado a partir de la muerte o declaración de fallecimiento del autor o autores».

¹⁰¹ Vid. DIETZ, Adolf. *El derecho de autor en España y Portugal*. Madrid: Ministerio de Cultura, 1992, p. 105. Asimismo, vid. CASAS VALLÉS, Ramón. «Comentario al artículo 24», 3ª ed., *cit.*, pp. 423 y 424.

morales¹⁰². En éstos, los sucesores tan sólo podrán ejercer las facultades negativas, como en los casos de los derechos a reivindicar la autoría de la obra o su integridad – excepción hecha, nuevamente, del derecho de divulgación, que se ejercerá por el titular del mismo, también una vez fallecido el autor, como una facultad de carácter positivo, lo que encuentra motivación en su naturaleza *sui generis*–.

De todos modos, si bien la regla general para la transmisión *mortis causa* de los derechos de explotación, que se encuentra en el artículo 42 TRLPI, dispone que los mismos se transmiten por su titular «*por cualquiera de los medios admitidos en derecho*»¹⁰³, ciertamente, la transmisión *mortis causa* del *droit de suite*, pese a su condición de derecho patrimonial, tendrá una serie de características propias derivadas de sus particularidades. Estos aspectos, en aras de evitar reiteraciones innecesarias, se analizarán pormenorizadamente al diseccionar sus características como derecho legislado en la *Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original*¹⁰⁴.

4. CONFIGURACIÓN COMO DERECHO DE REMUNERACIÓN

4.1. DELIMITACIÓN RESPECTO A LOS DERECHOS EXCLUSIVOS DE EXPLOTACIÓN

Los derechos patrimoniales de autor son derechos subjetivos, por cuanto a su titular se le reconoce un poder de disposición sobre la obra, con un objeto netamente económico¹⁰⁵. No obstante, en este punto, resulta necesario introducir las dos categorías

¹⁰² De todos modos, se podría apuntar una anomalía en este planteamiento. Una vez fallecido, no estaría ya justificada la protección legal al autor y podría haberse permitido al nuevo titular su renuncia o libre transmisión. Sin embargo, después de transmitido el *droit de suite mortis causa*, como la ley no expresa lo contrario, debemos entender que los derechohabientes únicamente lo podrán transmitir, a su vez, por causa de muerte. Consideramos que el legislador ha optado por esta solución para facilitar la gestión del derecho y que siga una lógica respecto a su tradicional irrenunciabilidad e inalienabilidad *inter vivos*.

¹⁰³ DE PABLO CONTRERAS expresa que la transmisión *mortis causa* de los derechos patrimoniales deberá someterse, en todo caso, a los siguientes límites: *i*) que la voluntad expresada por el causante en testamento, cuando tenga un carácter imperativo, se convierte en la ley de la sucesión, de obligado acatamiento para los instituidos; *ii*) que tal voluntad del causante encuentra su límite en la naturaleza misma de la propiedad intelectual, básicamente en cuanto a su duración de setenta años tras el fallecimiento del autor; y *iii*) que estas limitaciones deben entenderse, naturalmente, sin perjuicio de los límites derivados de las normas de sucesiones que resultan de aplicación (DE PABLO CONTRERAS Pedro. «Comentario al artículo 42». En: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 3ª ed. Madrid: Tecnos, 2007, p. 751).

¹⁰⁴ *Vid. infra*, capítulo 6, 2.

¹⁰⁵ STROWEL contrapone las visiones de los derechos patrimoniales realizadas desde los dos grandes sistemas de propiedad intelectual. Si consideramos que estamos ante una forma de propiedad natural, antepondremos la voluntad del autor a cualquier interés de tercero; si consi-

diferenciadas que componen el derecho patrimonial de autor: los derechos de explotación y los denominados derechos de remuneración o *simple* remuneración. Como se verá, el *droit de suite* encuentra encaje en esta última categoría, debido a que su titular sólo puede exigir una cantidad económica cuando se suceda la reventa de su obra.

En este aspecto, para definir conceptualmente los derechos de remuneración, antes parece necesario profundizar mínimamente en los derechos de explotación, por cuanto *a posteriori* resultará más inteligible la explicación de aquéllos por contraposición a éstos. Así, los derechos de explotación reúnen las siguientes características principales:

i) Se distinguen por su carácter de derecho subjetivo absoluto¹⁰⁶, debido al otorgamiento a su titular de una posición de preeminencia frente a cualquier tercero, *erga omnes*, proporcionando al autor la posibilidad de utilizarlos económicamente de manera exclusiva, en el sentido más amplio posible, ya sea directamente —aunque también mediante la cesión a tercero de sus derechos, asumiendo el cesionario el riesgo económico de explotación de la obra y percibiendo el titular una contraprestación— o ya sea prohibiendo a cualquiera su realización (*ius prohibendi*), exigiendo de modo universal un deber de respeto sobre la obra de su titularidad¹⁰⁷. Todo lo expuesto, sin perjuicio del

deramos, por el contrario, tal y como se hace desde la esfera del *copyright*, que estamos ante un monopolio eminentemente económico, es más sencillo aceptar que terceros puedan acceder a esos derechos a cambio de pagar una cantidad (*op. cit.*, pp. 78, 126 y 634 ss.). En cualquier caso, veremos que ambas posturas pueden converger en un esquema que dé equilibrio a ambas fundamentaciones.

¹⁰⁶ DE CASTRO Y BRAVO teorizó ampliamente acerca de los derechos subjetivos. Son definidos por este autor como un poder de disposición sobre determinado bien, cuyos actos son lícitos dentro de la esfera reconocida por ley. Además, se trata de una situación jurídica unitaria, donde se reúnen todas esas facultades de disposición. Cuando un derecho subjetivo es absoluto se caracteriza porque cualquier acto realizado por su titular sobre el objeto es lícito y, además, tendrá valor de legítimo, atribuyéndole un monopolio en su ejercicio e igualmente una facultad de prohibición frente a terceros para evitar que invadan su esfera jurídica. Sin embargo, son derechos subjetivos relativos aquellos que dan una potestad sobre la conducta ajena. En ellos, existe, junto al deber general de respeto al derecho subjetivo, una persona especialmente obligada a ello, como, por ejemplo, en los derechos de crédito (DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Derecho civil de España*. Madrid: Civitas, 1984, pp. 573-599).

¹⁰⁷ BAYLOS CORROZA afirma, con relación a la exclusividad del derecho de explotación, que «desborda los límites del dominio, toda vez que llega incluso a impedir a los otros propietarios que hagan con sus propias cosas lo que decidan libremente, al prohibirles emplearlas en materializar la creación que ejemplarizan» (BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. *Tratado de derecho industrial: propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*, 2ª ed. Madrid: Civitas, 1993, p. 239). En el mismo sentido, *vid.* CABEDO SERNA, Llanos. *El derecho de remuneración*. Madrid: Dykinson, 2011, p. 161. Esta autora apunta que la exclusividad se determina en la Ley de Propiedad Intelectual tanto en el artículo 2 TRLPI, de forma positiva (el autor tiene el «derecho exclusivo a la explotación de la obra»); como en el artículo 17 TRLPI, de forma negativa (las explotaciones «no podrán ser realizadas sin su autorización»).

derecho moral del autor y de los límites que de dichas facultades exclusivas establecen los artículos 31 a 40 TRLPI¹⁰⁸.

ii) Son derechos susceptibles de disposición y dependientes de la voluntad del titular. Debido a este principio de autonomía, se permitirá su transmisión –*inter vivos* o *mortis causa*–, así como su renuncia¹⁰⁹.

iii) Garantizan el ejercicio del derecho moral de autor, puesto que los derechos patrimoniales se encuentran sometidos a las facultades personales y morales de los autores; por lo que, aun transmitidas determinadas facultades patrimoniales de explotación, el autor siempre conservará cierto señorío sobre la obra, mediante las facultades dispuestas legalmente correspondientes al derecho moral¹¹⁰.

iv) Son presentados como un *numerus apertus*. En este sentido, debemos hacer notar el hecho de que la Ley de Propiedad Intelectual (artículo 17 TRLPI), aunque presente una relación indicativa de derechos de explotación, no excluye cualquier otra modalidad dirigida a garantizar el monopolio económico del autor sobre su obra, apelando a un derecho exclusivo de explotación universal.

¹⁰⁸ RIVERO HERNÁNDEZ explica que todo derecho subjetivo es limitado y, en el caso de los derechos de explotación, las limitaciones o restricciones vienen definidas por varios factores. En primer lugar, por el derecho moral de autor, sobre todo cuando debe ser protegido frente al cesionario de derechos de explotación cedidos. También, por el interés de la sociedad en las obras protegidas, ya que los ciudadanos tienen un derecho a la cultura «*como forma y de desarrollo de su personalidad, que nuestra Constitución pretende garantizar en el artículo 10.1 CE*». De esto último se derivan una serie de límites legales, que parten de supuestos en que se dejan de proteger ciertos derechos de explotación del autor, que en otras circunstancias sí merecerían dicha protección, «*en aras de principios o valores directamente relacionados con la obra*». Ello se traduce en actos que podrán realizar algunas personas sin la autorización del titular del derecho de explotación, al margen de su sistema de control. Estos límites son un *numerus clausus*, establecidos en la Ley de Propiedad Intelectual en los artículos 31 a 40 TRLPI –entre otros tantos, la reproducción con fines de seguridad pública o la cita e ilustración en la enseñanza– (RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. «Comentario a la Sección 2ª», *cit.*, p. 264).

¹⁰⁹ *Vid. ibidem*, p. 263. RIVERO HERNÁNDEZ aclara que, por la propia naturaleza compleja y el objeto inmaterial del derecho de autor, no puede plantearse una transmisión total de los derechos de explotación en sentido clásico. No se tratará tanto de una transferencia normal como de una cesión del derecho de uso y disfrute de los mismos, donde, por ejemplo, el cedente tendrá capacidad de revisión en algunos casos (artículo 47 TRLPI), o restringirá el ámbito territorial y temporal de la cesión. Asimismo, como otra peculiaridad, debe destacarse la inembargabilidad de los derechos de explotación –mientras pertenezcan al autor–, aunque, lógicamente, sí podrán embargarse sus frutos.

¹¹⁰ DELGADO PORRAS ilustra esta situación: «*una legislación que sólo reconociera derechos concretos de remuneración dejaría en la inoperancia el derecho moral de los autores*» (DELGADO PORRAS, Antonio. «Los derechos exclusivos en el ámbito de la creación visual». En: Delgado Porras, Antonio; Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto *et al.* *Protección y límites del derecho de autor de los creadores visuales*. Madrid: Trama, 2006, p. 23). Para ver la articulación legal entre derechos patrimoniales y morales, *vid.* BERCOVITZ ALVAREZ, Germán, *op. cit.*, pp. 185 ss.

4.2. ACOMODO DEL *DROIT DE SUITE* EN LAS CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DE LOS DERECHOS DE REMUNERACIÓN

En atención, principalmente, al hecho de que no existe en el *droit de suite* una facultad de autorizar o prohibir una determinada actuación, tanto las principales legislaciones en derecho comparado como distinguida doctrina europea lo definen como un derecho de remuneración. Entre ésta, destaca la alemana, pionera en la categorización del *Folgerecht* –voz alemana para referirse al *droit de suite*– como una facultad del autor a ser simplemente remunerado cada vez que se transmite la obra, partiendo del concepto de *Vergütungsanspruch*¹¹¹, que engloba las pretensiones particulares que se van generando sucesivamente dirigidas a obtener el crédito de participación. En este sentido, KATZENBERGER asevera que el *droit de suite* es claramente un derecho de remuneración, porque se trata de un derecho patrimonial del creador de la obra, que no puede ser considerado un derecho de explotación por la imposibilidad de ejercitarlo de manera autónoma, es decir, de acuerdo a los intereses de su titular en cada momento¹¹². En Italia, UBERTAZZI y AMMENDOLA¹¹³ definieron el *droit de suite* como un derecho *sui generis*, mas dejando clara su naturaleza patrimonial, añadiendo que el mismo no concierne al uso de la obra, sino únicamente a la facultad de ser remunerado; mientras en Francia se partió de una concepción del mismo basada en mecanismos indemnizatorios, para terminar asumiendo su carácter complementario a los derechos patrimoniales tradicionales¹¹⁴.

Entrando a definir el concepto de *derechos de remuneración*, se puede afirmar que son derechos subjetivos relativos¹¹⁵, cuyo ejercicio viene limitado respecto a sujetos legalmente determinados por ley y, a su vez, no es exclusivo –la facultad se basa en exigir un crédito–, puesto que se fundamenta únicamente en la posibilidad de obtener una remuneración consecuencia de una utilización del objeto protegido, de un modo que escapa de la discrecionalidad del titular.

Por otro lado, se trata de un concepto doctrinal, ya que no hallamos ni en nuestra legislación de propiedad intelectual ni en ninguna otra de nuestro entorno jurídico

¹¹¹ Nuestra doctrina señala que estos derechos de remuneración son una traslación de la Ley alemana de Derecho de Autor. Así, *vid.* BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán, *op. cit.*, p. 185 o MARTÍN SALAMANCA, Sara. *Remuneración del autor y comunicación pública, cit.*, p. 33.

¹¹² *Vid.* KATZENBERGER, Paul. *Das Folgerecht...*, *cit.*, p. 72.

¹¹³ *Vid.* UBERTAZZI, Luigi Carlo; AMMENDOLA, Maurizio, *op. cit.*, pp. 52 y 53.

¹¹⁴ *Vid.* LUCAS, André; LUCAS, Henri-Jacques; LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4ª ed. París: LexisNexis, 2012, pp. 424 y 425.

¹¹⁵ Recuérdesse que los derechos subjetivos relativos conceden un poder sobre la conducta de una persona, diferenciándose de los absolutos, que conceden un poder directo sobre el objeto. Así, en aquéllos existe, junto al deber general de respeto al derecho subjetivo, una persona especialmente obligada (*vid.* DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Derecho civil de España, cit.*, pp. 591 y 592).

una definición o siquiera una clasificación ordenada de los derechos de remuneración. Ello que no es óbice para encontrarlos indicados de manera taxativa a lo largo de la legislación española, lo que significa que sólo podrán ser invocados en los supuestos y de la manera en que son regulados.

En el modo en que la Ley de Propiedad Intelectual regula el contenido del derecho de autor, el derecho de participación aparece bajo el título de «*otros derechos*», desvinculado, como se ha visto, de los derechos de explotación y, por supuesto, de los derechos morales¹¹⁶. No obstante, debemos aclarar que, aunque la ley española haya estructurado de este modo el contenido del derecho de autor, no debe interpretarse como si el legislador quisiera dar a esos «*otros derechos*» una naturaleza mixta, sino que simplemente se trata de una fórmula organizativa inspirada por la reforma del año 1985 de la *Urheberrechtgesetz* (Ley Alemana de Derecho de Autor). En ella, el contenido del derecho de autor se fijó en cuatro bloques: general, derechos morales, derechos de explotación y «*otros derechos de autor*» (*Sonstige Rechte des Urhebers*), aunque este último, además de regular el *Folgerecht* y el derecho de remuneración por alquiler y préstamo, incluía el derecho de acceso, considerado en España como un derecho moral.

A pesar de ello, no debemos identificar los (otros) derechos otrora recogidos en los artículos 24 y 25 TRLPI –*droit de suite* y compensación por copia privada– con la totalidad de los derechos de remuneración. Al contrario, a lo largo de la Ley de Propiedad Intelectual encontraremos otros muchos derechos de remuneración, que también incluyen un derecho del autor a obtener una contraprestación económica por las diferentes utilidades que terceros hagan de sus obras¹¹⁷.

En cualquier caso, los derechos de remuneración presentan, en común, una serie de características propias, que serán relacionadas a continuación. Ello nos permitirá la identificación y agrupamiento de varios derechos en una tipología de derecho patrimonial específica, donde el derecho de participación encontrará encaje al compartir los rasgos esenciales de los derechos de remuneración.

¹¹⁶ Según MARCO MOLINA, esta estructura alemana parece obedecer a la dificultad por encajar en las anteriores categorías una serie de derechos patrimoniales que no estaban diseñados a partir del *ius prohibendi* (MARCO MOLINA, Juana. *La propiedad intelectual en la legislación española*. Madrid: M. Pons, 1995, p. 198).

¹¹⁷ Como se verá, más allá del derecho de participación, existen otros derechos de remuneración preceptuados en la Ley de Propiedad Intelectual, básicamente derivados de los límites al derecho exclusivo de explotación (artículos 31 y ss. TRLPI) o derechos de remuneración reconocidos a los autores de obras audiovisuales y a titulares de derechos conexos cuyas facultades de explotación se presumen cedidas (artículos 90, 108, 109 y 122 TRLPI) en diferentes modalidades.

a) Percepción de una simple remuneración

La característica principal de los derechos de remuneración es la facultad del titular para exigir de un tercero una prestación económica a partir del acaecimiento de una condición preestablecida por ley, generadora de un derecho de crédito.

Esta percepción económica se explica por la paulatina relajación del *ius prohibendi* en el derecho subjetivo patrimonial, lo que proporcionó a los titulares de la propiedad intelectual algo más que un derecho exclusivo de monopolio, en forma de derechos de remuneración. El impulso de este cambio obedeció, por una parte, a la socialización de los derechos de autor, ya que la sociedad entró como actor interesado en la cultura; y, por otra parte, a la realidad técnica de la segunda mitad del siglo XX, que provocó un acceso incontrolable a las obras por parte del gran público y, en consecuencia, una reacción pragmática del derecho de autor, consiguiéndose la realización de las pretensiones de los *propietarios intelectuales* por un método indirecto¹¹⁸.

El calificativo *simple* se incorpora frecuentemente a la descripción de estos derechos para enfatizar su oposición a los derechos exclusivos de explotación, tan amplios como el autor pueda ejercerlos; pero, sobre todo, para mostrar la desvinculación existente entre el crédito que permite acceder a la remuneración y el poder de disposición del titular sobre las utilidades de su obra¹¹⁹. Esto es, la remuneración se reconoce al titular como un beneficio económico, pero siempre ajeno a cualquier derecho exclusivo que permita el *ius prohibendi*, donde el acreedor dispone de las facultades crediticias incluso antes de la exigibilidad del pago, mientras el deudor sólo se identifica una vez se ha realizado por su parte la utilización de la obra protegida o se ha producido un determinado hecho objetivo.

b) Origen tuitivo

Los derechos de remuneración son un elenco de derechos dispersos a lo largo de la normativa, con finalidades distintas cada vez. Sin embargo, desde un plano genérico,

¹¹⁸ Vid. MARTÍN SALAMANCA, Sara, *op. cit.*, pp. 16-20. En el mismo sentido, DELGADO PORRAS («Los derechos exclusivos...», *cit.*, p. 22), señala que el derecho patrimonial de autor fue acogiendo en su seno «un número cada vez más amplio de derechos de crédito – irrenunciables, siempre, e intransmisibles inter vivos, en general–», situando la aparición de los derechos de remuneración en España a partir de 1967, año de entrada en vigor de la Ley 17/1966, de 31 de mayo, sobre derechos de propiedad intelectual en las obras cinematográficas, en cuyos artículos 4.10 y 6 se establecían derechos de remuneración por compensación equitativa.

¹¹⁹ El propio DELGADO PORRAS (*Panorámica de la protección civil...*, *cit.*, p. 30) puntualiza que la utilización económica que explota la obra no requiere obligatoriamente la concurrencia de ánimo de lucro, bastando «la repercusión que esa utilización de la obra ejerce sobre un mercado real o potencial».

todos ellos encuentran su fuente en hechos legalmente tipificados¹²⁰. Así, a pesar de las diferencias entre los derechos de explotación y los derechos de remuneración, no hay que obviar la relación existente entre ambas categorías, puesto que el origen de los derechos de remuneración parte de alguna de las siguientes situaciones jurídicas conectadas con los de explotación.

Estas situaciones han sido fijadas doctrinalmente como las siguientes¹²¹:

i) Presunción de cesión de alguna de las facultades de los derechos exclusivos, por exigencia de la ley, para facilitar la comercialización de la prestación y que cualquier tercero pueda llevar a cabo una legítima utilización¹²². En dichos supuestos, las remuneraciones lograrán que el autor reciba una retribución equitativa que corresponde a los rendimientos económicos derivados de las utilizaciones de su obra que queden fuera de sus facultades exclusivas de explotación, por haber sido transferidas.

En la Ley de Propiedad Intelectual se hallarían dentro de esta tipología los derechos de remuneración reconocidos en el artículo 90 TRLPI a los autores de obras audiovisuales, por la cesión en exclusiva al productor de los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, así como de doblaje o subtítulo de la obra (*ex* artículo 88 TRLPI) en el momento de celebrar el contrato de producción, puesto que en el productor recae la organización de la producción y su financiación. La función de estos derechos no es otra que proteger a los autores frente a posibles abusos de los productores a la hora de liquidar remuneraciones derivadas de la obra audiovisual y asegurarles una cantidad pecuniaria equitativa por el alquiler y la comunicación pública de sus obras.

Por lo tanto, la presunción de cesión legal es lo que faculta al titular de los derechos al cobro de una remuneración, en función de cada modalidad: remuneración equitativa y única a los autores de obras audiovisuales y de obras incorporadas a fonogramas por el alquiler de las mismas (artículo 90.2 TRLPI), remuneración correspondiente a un porcentaje de los ingresos de los exhibidores por la proyección –comunicación pública–

¹²⁰ En sentido contrario, BERCOVITZ ÁLVAREZ (*op. cit.*, p. 352) defiende que es un derecho sobre el objeto que genera una expectativa obligacional, la cual no se produciría *ex lege*, sino que se debería situar entre aquellas que nacen de los cuasi contratos, porque la enajenación de la obra sería un hecho voluntario, ajeno y lícito, del que surgiría la obligación del vendedor respecto del autor, amparándose en el artículo 1.887 C.c., donde se definen los cuasi contratos como los «*hechos lícitos y puramente voluntarios, de los que resulta obligado su autor para con un tercero y, a veces, una obligación recíproca entre los interesados*».

¹²¹ En estos términos se expresan MARTÍN SALAMANCA, Sara, *op. cit.*, pp. 56-63; DELGADO PORRAS, Antonio. «Los derechos exclusivos...», *cit.*, p. 22; DE ROMÁN PÉREZ, Raquel. *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*. Madrid, Reus: 2003, pp. 261-263 o SARDÁ, Mariona. «Los derechos de autor». *El futuro de la creación: los derechos de autor de los creadores visuales*, coord. Gutiérrez Vicén, Javier. Madrid: Trama, 2003, p. 102.

¹²² En este supuesto, DELGADO PORRAS (DELGADO PORRAS. *Derecho de autor y derechos afines al autor*, t. 2. Madrid: Instituto de Derecho de Autor, 2007, p. 222) considera que el acto de transferencia se realiza porque se trata de un derecho debilitado, puesto que ha sido otorgado en una «*posición contractual aún más débil de la que generalmente ostenta el autor*».

de la obra audiovisual en lugares públicos, cuando se cobra un precio por la entrada (artículo 90.3 TRLPI), remuneración por la proyección o exhibición sin exigir precio de entrada o la transmisión al público por cualquier medio, alámbrico o inalámbrico, que le sea accesible –especialmente Internet– (artículo 90.4 TRLPI); así como los derechos de remuneración derivados de derechos conexos reconocidos a artistas intérpretes y ejecutantes por la comunicación pública y alquiler de sus interpretaciones (artículos 108 y 109.3 TRLPI) o a los productores audiovisuales y de fonogramas por la comunicación pública de sus grabaciones y fonogramas (artículos 116.2 y 122.2 TRLPI).

ii) Realización de utilidades de la obra por terceros, sin autorización del titular, cuando la remuneración se reconoce a partir de un límite establecido por ley a alguna de sus facultades de explotación, tratando de corregir lo que los autores dejan de percibir, por ende reequilibrando la situación patrimonial mediante una remuneración derivada de los actos de explotación¹²³. Responden a estos parámetros los siguientes derechos de remuneración contenidos en la legislación española: el derecho de compensación por las copias privadas que los usuarios realizan de obras divulgadas (artículo 25 TRLPI) –cuya justificación se halla en el límite de copia privada para uso personal reconocido en el artículo 31.2 TRLPI, que priva al autor y otros titulares del *ius prohibendi* de impedir las–; el derecho del editor u otro titular a percibir una compensación equitativa por la puesta a disposición de público por parte de servicios electrónicos de agregación de contenidos de fragmentos divulgados en publicaciones periódicas o sitios web de actualidad, que tengan una finalidad informativa o de entretenimiento (artículo 32.2 TRLPI)¹²⁴; el derecho de autores y editores a cobrar una remuneración por *ciertas* utili-

¹²³ Según CABEDO SERNA, Llanos (*op. cit.*, p. 163) la explicación más coherente de los derechos de remuneración parte de su relación con los límites de los derechos exclusivos, que se justifican por el derecho de acceso de los ciudadanos a la cultura y el conocimiento.

¹²⁴ La Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, supuso una actualización para el entorno digital, disponiendo, entre otras medidas, un nuevo límite en el artículo 32 TRLPI (apartado 2º, párrafo I, incisos 1º y 2º) que posibilita a los prestadores de servicios de agregación de información poner a disposición del público, sin autorización de los titulares de derechos exclusivos, fragmentos de contenidos de publicaciones periódicas o similares, fijando un derecho irrenunciable de los titulares de estos derechos a percibir una compensación equitativa efectiva a través de las entidades de gestión colectiva correspondientes. CARBAJO CASCÓN precisa que este límite sólo faculta para el uso de fragmentos no principales de tales contenidos «*incluyendo así titulares de prensa (“headlines”) y fragmentos de texto (“snippets”)*». Añade que los titulares de derechos afectados por el límite son los editores de prensa online, pero también «*los editores u otros titulares de contenidos puestos a disposición del público en cualesquiera otros sitios web de actualización periódica que tengan una finalidad informativa, de creación de opinión o de entretenimiento, lo que abre extraordinariamente el espectro de titulares afectados por el límite, y, con ello, de los acreedores del derecho a percibir la compensación equitativa*» (CARBAJO CASCÓN, Fernando. «Enlaces de prensa (*press linking*): entre la flexibilización y la regulación del derecho de autor en la era digital». *Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, nº 47, mayo-agosto 2014. Madrid: Ed. Bercal, 2011, p. 63). Este derecho de remuneración ha sido conocido como *Tasa Google*, puesto que principalmente afectaba al servicio de *press linking* de esta com-

zaciones de obras de su titularidad realizadas por centros universitarios u organismos de investigación (artículo 32.4 TRLPI); el derecho del autor a cobrar la remuneración acordada o, en su caso, la que se estime equitativa por la difusión de sus trabajos y artículos de actualidad, siempre que no se hubiese hecho constar en origen la reserva de derechos, difundidos por medios de comunicación (artículo 33 TRLPI); el derecho del autor a cobrar una remuneración por los préstamos de sus obras, a satisfacer por parte de los titulares de los establecimientos donde se presten las obras (artículo 37.2 TRLPI y *Ley 10/2007, de la lectura, del libro y de las bibliotecas*).

Algunos autores han defendido que los derechos de remuneración que hemos incluido en este apartado incorporan una finalidad indemnizatoria y, por ello, se diferenciarían tanto de aquellos que parten de la presunción de cesión legal de ciertas facultades de los derechos exclusivos para facilitar su comercialización y utilización por parte de terceros como del propio *droit de suite*, que respondería al cumplimiento de una condición preestablecida legalmente, basada en una conducta ajena. En este sentido, DELGADO PORRAS argumenta que los derechos de remuneración que encuentran su origen en la finalidad de reequilibrar la situación patrimonial del autor por la existencia de un límite a su derecho general de explotación tienen una naturaleza compensatoria. Así, concluye este autor que la compensación por copia privada del artículo 25 TRLPI se trataría de un verdadero supuesto de responsabilidad civil objetiva, como consecuencia del daño que las copias privadas ilícitas provocan al titular de los derechos de propiedad intelectual¹²⁵. A nuestro juicio, el esquema indemnizatorio planteado podría llegar a ajustarse a algunos derechos de remuneración. Efectivamente, por ejemplo, a la «com-

pañía, *Google News*. El mismo estaba totalmente basado en su motor de búsqueda –hasta el punto en que apenas se aprecian diferencias respecto a una búsqueda habitual–. La gran diferencia entre las legislaciones de otros países y España es que la Ley de Propiedad Intelectual contempla la *tasa* como irrenunciable. La compañía americana, al no estar de acuerdo con esta regulación española, suspendió el servicio de *Google News* en España en diciembre de 2014. Para justificar esta decisión, Richard Gringras, responsable de *Google News*, declaró que «lamentablemente, como consecuencia de la nueva ley española de Propiedad Intelectual, en breve tendremos que cerrar *Google Noticias en España* (...). Dado que *Google News* es un servicio que no genera ingresos (no mostramos publicidad en el sitio web), este nuevo enfoque resulta sencillamente insostenible» (cfr. *La Vanguardia*, 12 de diciembre de 2014, p. 32).

¹²⁵ Vid. DELGADO PORRAS, Antonio. *Panorámica de la protección civil...*, cit., pp. 77 ss. En la misma línea, pero con alguna ligera diferencia, se expresa MARTÍN VILLAREJO, quien califica de derechos compensatorios, como categoría independiente, tanto al *droit de suite* como al derecho a la compensación por copia privada, arguyendo que, a diferencia de los otros derechos de remuneración, «no comportan ningún monopolio de explotación para su titular ni una remuneración vinculada a la explotación de las creaciones» (MARTÍN VILLAREJO, Abel, «El ejercicio de los derechos de propiedad intelectual en el ámbito de las nuevas tecnologías». En: *Nuevas tecnologías y propiedad intelectual*, coord. ROGEL VIDE, Carlos, Madrid: Reus, 1999, p. 137). De todos modos, no podemos compartir que el *droit de suite* tenga una naturaleza compensatoria. Tampoco nos parece una buena solución tratar de agrupar a este derecho y a la compensación por copia privada como una categoría opuesta a otros derechos de remuneración en función de este supuesto mecanismo indemnizatorio, ya que, precisamente, este rasgo podría intuirse en otros derechos y, en cambio, no en el *droit de suite*.

pensación» por copia privada o al derecho del titular a percibir una «*compensación*» equitativa por los servicios electrónicos de agregación de contenidos (*tasa Google*)¹²⁶, pero no creemos que pueda elevarse a la categoría de regla general para todos aquellos derechos de remuneración que parten de un límite legal, porque difícilmente se va a poder justificar una naturaleza compensatoria clásica de los mismos estableciendo una relación de causalidad entre el causante del daño y el responsable del pago de la correspondiente cantidad económica.

iii) Cumplimiento de un acto independiente a la facultad de explotación, verificado individualmente, que la complementa por estar ésta agotada o extinguida, para garantizar la titularidad de un derecho patrimonial general. Éste el caso del *droit de suite*, por cuanto su titular se limita a poseer una expectativa, irrenunciable. Ésta sólo se generará cuando un tercero revenda la obra y concurren los presupuestos necesarios dispuestos legalmente, sin que el autor pueda contar con la capacidad de negociación de los derechos de explotación.

En definitiva, todos los derechos de remuneración son ideados a partir de una valoración de los intereses enfrentados en la explotación de una determinada obra. Se trata, al fin y al cabo, de una decisión política de derogar *el ius prohibendi* fundamentada en criterios de equidad y protección social, con un esquema que, entre nuestra doctrina, se ha llegado a asemejar al de la expropiación forzosa¹²⁷.

c) Irrenunciabilidad, inalienabilidad y transmisión mortis causa

Anteriormente, se ha mencionado la finalidad tuitiva del carácter irrenunciable e inalienable *inter vivos* –por lo tanto, transmisible *mortis causa*– del *droit de suite*. Y estos rasgos son configuradores e inherentes a la naturaleza de los derechos de remuneración, a pesar de que, debido a la deficiente técnica legislativa de la Ley de Propiedad Intelectual, ello no se haya expuesto explícitamente en el contenido de los artículos que los regulan¹²⁸. Salvo alguna contada excepción con relación a la posibilidad de transmisión *inter vivos* –como es la disponibilidad del derecho de remuneración a autores y

¹²⁶ La Ley emplea en estos dos casos la palabra «*compensación*» para definir el derecho de remuneración, mientras otras veces prefiere emplear «*remuneración equitativa*» (por ejemplo artículo 32.4 TRLPI) o simplemente «*remuneración*» (por ejemplo, artículo 37.2 TRLPI).

¹²⁷ Asimismo, la resistencia de los Estados a conceder los derechos de remuneración a extranjeros cuyos Estados de origen no los reconocen, según DELGADO PORRAS (*Derecho de autor y derechos afines...*, *cit.*, pp. 222-224) refuerza el componente político de esta tipología de derechos, muy especialmente en el caso del *droit de suite*.

¹²⁸ También opinan que los derechos de remuneración son, en su conjunto, irrenunciables e indisponibles –por diferentes cauces–: GUTIÉRREZ VICÉN, Javier. «Comentario al artículo 24». Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, coord. Roodríguez Tapia, José Miguel. Cizur Menor: Aranzadi, 2007, p. 199; MARTÍN SALAMANCA, Sara, *op. cit.*, p. 105 y SERRANO GÓMEZ, Eduardo, *op. cit.*, p. 46.

editores por las utilizaciones de sus obras en centros universitarios (artículo 32.4 TRLPI)¹²⁹ o la posibilidad de transmitir a operador extranjero, a cambio de una cantidad alzada, el derecho de remuneración por la proyección de obras audiovisuales en lugares públicos con precio en la entrada (artículo 90.3.II TRLPI)¹³⁰, la irrenunciabilidad y la inalienabilidad serán condiciones propias de los derechos de remuneración, establecidas para evitar que las presiones sobre el titular imposibiliten su ejercicio por causa de renuncias o cesiones más o menos forzadas.

Ciertamente, sorprende que la redacción de los artículos que incluyen los derechos de remuneración en la Ley de Propiedad Intelectual sea tan dispar e imprecisa, únicamente indicando de modo expreso conjuntamente el carácter irrenunciable e intransmisible *inter vivos* del derecho de remuneración en los casos del artículo 90 TRLPI. Por otro lado, sólo destaca la irrenunciabilidad de los derechos regulados en los artículos 25, 32.2 y 109.3 TRLPI. Finalmente, en el resto de casos, simplemente hace referencia a la gestión colectiva obligatoria de los mismos, lo que puede interpretarse como una restricción a la transmisión *inter vivos*.

Con todo, la regulación del *droit de suite* es una verdadera excepción por su concreción, donde se destacan sus finalidades tuitivas de manera clara y expresa¹³¹. Para adentrarse en la cuestión, véase que tanto el artículo 1 de la *Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001*, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original; como el artículo 6 de la *Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del*

¹²⁹ En el derecho de remuneración del artículo 32.4 TRLPI se regula expresamente su libre disposición, lo que debe tomarse como una verdadera excepción dentro de los derechos de su categoría, seguramente incluida por la dificultad de negar esta posibilidad a autores vinculados con los propios centros universitarios o la docencia y la investigación en general: «*en defecto de previo acuerdo específico al respecto entre el titular del derecho de propiedad intelectual y el centro universitario u organismo de investigación (...), los autores y editores de éstas tendrán un derecho irrenunciable a percibir de los centros usuarios una remuneración equitativa*», pero la adición expresa al precepto de que el cobro se hará efectivo a través de las entidades de gestión sí puede interpretarse acorde a la intransmisibilidad del derecho.

¹³⁰ En el artículo 90.3.II TRLPI se reconoce también una excepción al principio de intransmisibilidad *inter vivos* de los derechos de remuneración relacionados con la comunicación pública, exclusivamente para el supuesto de las exhibiciones bajo precio de entrada. Así, la Ley permite que este derecho sea cedido a cambio de una cantidad alzada, cuando la obra sea exportada para su exhibición a un país donde el ejercicio del derecho sea imposible o gravemente dificultoso. Para mayor información sobre la justificación de esta excepción, así como su idoneidad, *vid.* MARTÍN SALAMANCA, Sara, *op. cit.*, p. 374 ss.

¹³¹ Sin embargo, tal y como indica RUBÍ PUIG (*op. cit.*, p. 91, nota 42), se encuentran otros ejemplos en el TRLPI, ajenos a los derechos de simple remuneración: «*no pueden desconocerse las facultades que pueden corresponder a otros para participar de los beneficios de un éxito sobrevenido que en algunos casos tienen naturaleza inalienable. El artículo 47 TRLPI permite en los supuestos de cesión a tanto alzado de derechos de explotación, que el autor solicite una revisión del sistema de remuneración pactado en el contrato en los diez años siguientes a la cesión si lo considera desproporcionado y obtener, con ello, una remuneración equitativa, ya sea complementando el precio contractual o introduciendo algún sistema de porcentaje*».

autor de una obra de arte original, establecen que el *droit de suite* es inalienable e irrenunciable¹³². También el artículo 14 *ter* del *Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas* destaca su naturaleza inalienable. De hecho, la inalienabilidad ya fue incluida en la Ley francesa de 1920, siendo la regla aplicable tanto para las transmisiones onerosas como gratuitas, lo que la doctrina francesa valoró en función de la necesidad de proteger al artista frente a la especulación del mercado¹³³.

En este caso, el objetivo de la inalienabilidad e irrenunciabilidad incluidas en la norma, como derecho de remuneración en un sistema continental de derecho de autor, no es otro que proteger los intereses patrimoniales del mismo, evitando que en una clara posición de desequilibrio negocial, el adquirente condicionara su compra a que se le transmitiera el derecho o a que el creador plástico renunciara por anticipado al mismo. El derecho, indisponible *inter vivos*, se convierte intencionadamente en *res extra commercium*, en un ilícito objeto de contrato a tenor del artículo 1.271 C.c., a pesar de ser un derecho patrimonial de autor¹³⁴. Por consiguiente, su indisponibilidad *inter vivos* regirá ante cualquier forma de transmisión de la obra¹³⁵.

Ciertamente, se tendría que juzgar si el legislador podría haberse mostrado menos proteccionista en este extremo en el caso del *droit de suite*. Seguramente hubiera sido suficiente con restringir dicha protección a la primera transmisión, esto es, a aquella realizada por el autor en el mercado primario, cuando su posición negociadora es más débil, con lo que el autor podría renunciar o transmitir su facultad *a posteriori*, según su interés y sin que ello pudiera suponer que ha sido *obligado* a hacerlo por las circunstancias de desequilibrio que supuestamente envuelven toda primera venta de la obra de un autor plástico.

Asimismo, la renuncia o enajenación del derecho podrían llegar a ser admitidas en supuestos en que se adquiere la obra por encargo o relación laboral mediante. En

¹³² El artículo 1 de la Directiva 2001/84/CE impone a los Estados miembros la regulación de «un derecho de participación definido como un derecho inalienable e irrenunciable, incluso por adelantado», mientras el artículo 6 de la Ley 3/2008 dispone literalmente que «el derecho de participación es inalienable, irrenunciable, se transmitirá únicamente por sucesión mortis causa».

¹³³ Vid. DESBOIS, Henri. *La propriété littéraire et artistique*, cit., p. 86. También opina LUCAS (op. cit., p. 424) que la irrenunciabilidad se concebía, en todo caso, como una cualidad inherente a la inalienabilidad.

¹³⁴ Vid. VICENTE DOMINGO, Elena, op. cit., p. 84. Recuérdese que el artículo 1.271 C.c. dispone que «pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras»; así como «todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres».

¹³⁵ Por su lado, la doctrina anglosajona ha debatido en profundidad la idoneidad de la intransmisibilidad del *droit de suite* desde un punto de vista económico, cuestionando el interés del autor por conservar un derecho de remuneración en caso de una potencial reventa de su obra si ello puede llegar a suponer una rebaja en el precio de la primera venta que realiza en el mercado primario. Este tema se desarrolla en la presente tesis al realizar el análisis de los efectos del *droit de suite* en el mercado del arte. Vid. *infra*, capítulo 8, 2.1.

primer lugar, el ordenamiento jurídico español –y aquellos de su misma esfera– no permite la atribución originaria de los derechos de autor al comitente de la obra realizada por encargo al autor. En particular, los derechos patrimoniales de las obras plásticas no se presumirán nunca cedidos ni tan siquiera con una interpretación finalista del contrato de encargo¹³⁶. Sin embargo, no sería descabellado plantear que se pudiera pactar en el contrato expresamente la cesión o la renuncia al *droit de suite*, del mismo modo que ocurre con las facultades de explotación, puesto que la aceptación del encargo por parte del autor, en sí misma, debería suponer la limitación de la posibilidad de que dicho creador tuviera que verse obligado a malvender la obra –ateniéndonos la justificación original e histórica del derecho–, ya que en un momento inicial, antes de la creación, está negociando y presupuestando la contraprestación económica. En cualquier caso, ello iría en contra del actual marco normativo establecido. Nótese que la Directiva precisa que se trata de un derecho irrenunciable «*incluso por adelantado*» –a pesar de ser una fórmula que el legislador español ha obviado–. Dicha apreciación, sin duda, debe ser interpretada a partir del gran interés de la norma por evitar que, de modo genérico y vinculante, un autor pudiera verse privado del goce del derecho en toda su obra futura tan sólo porque se viera condicionado a renunciar a él en un momento puntual. No obstante, huelga decir que el carácter irrenunciable del derecho no excluye la posibilidad del autor de renunciar a la percepción del crédito particular generado con la enajenación, ya que libremente podrá decidir no exigir la remuneración derivada de cada reventa¹³⁷.

El ámbito de los autores asalariados es un terreno abonado para volver a discutir la justificación de la inalienabilidad del *droit de suite*. El artículo 51 TRLPI¹³⁸ regula el supuesto de la transmisión de derechos patrimoniales de explotación por parte de trabajadores empleados por cuenta ajena y, en este sentido, se debe concluir que la cesión de los derechos patrimoniales debe realizarse preferentemente por escrito, aunque no en virtud del propio contrato de trabajo, sino mediante una autónoma transmisión realizada

¹³⁶ Para este tema, *vid.* EVANGELIO LLORCA, Raquel. *El encargo de la obra intelectual*. Dykinson: Madrid, 2006, pp. 144 ss. Puntualiza la cuestión BONDÍA ROMÁN, especificando que el derecho de propiedad intelectual pertenece *ex origine* al autor, tanto si éste es un autor libre como si crea la obra en cumplimiento de las obligaciones que se derivan del contrato de trabajo (BONDÍA ROMÁN, Fernando. «Los autores asalariados». *Revista de Derecho del Trabajo*, nº 19. Madrid: Civitas, 1984, pp. 421-422).

¹³⁷ En la doctrina alemana el derecho ha de distinguirse del crédito de participación que se genera con la reventa, puesto que éste puede fijarse mediante relación contractual, mientras el derecho debe ser considerado ley (cfr. KATZENBERGER, Paul. «Folgerecht». *Urheberrecht: Kommentar*, coord. Schrickler, Gerhard; Loewenheim, Ulrich. Múnich: Beck, 2010, p. 542).

¹³⁸ El artículo 51 TRLPI establece que «1. La transmisión al empresario de los derechos de explotación de la obra creada en virtud de una relación laboral se regirá por lo pactado en el contrato, debiendo éste realizarse por escrito. 2. A falta de pacto escrito, se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral».

por parte del titular originario al empresario, que deberá ser *ad hoc*, ya sea incluida en el contexto del contrato laboral, o bien formalizada con posterioridad al mismo, al tratarse de dos relaciones jurídicas diferentes¹³⁹. En consecuencia, podría llegar a considerarse como razonable que el autor cediera el *droit de suite* a su empleador durante el período de vigencia del contrato laboral, puesto que el autor asalariado ya recibe su contraprestación económica, en teoría, por la transmisión total de los resultados de su trabajo al empleador¹⁴⁰.

A pesar de ello, nuevamente, debemos concluir que una renuncia o cesión del derecho por adelantado, incluso en el marco de una relación laboral, infringiría la legislación de derecho de autor. Del mismo modo, la cesión sistemática por parte del autor al empleador de los posibles frutos que el *droit de suite* generara durante el período limitado de tiempo que durara el contrato de trabajo debería ser asimilada a una transmisión *inter vivos* encubierta y, por ende, dicho pacto tendría que ser considerado nulo.

Para terminar, reiteramos que el principio de irrenunciabilidad e intransmisibilidad *inter vivos* debe continuar aplicándose, en este caso, por los sucesores del autor, tras la transmisión *mortis causa* del *droit de suite*. Compartimos con CASAS VALLÉS¹⁴¹ que el legislador podría haber dejado que el sucesor dispusiera libremente de un derecho que pertenecía al autor por su condición y que, durante su vida, tenía un marcado carácter tuitivo; pero la ley nada dice al respecto, por lo que se deberá interpretar necesariamente que el derechohabiente no podrá renunciar ni ceder, en vida, el derecho a terceros¹⁴².

¹³⁹ Vid. RODRÍGUEZ HIDALGO, José Gustavo; ÁLVAREZ CUESTA, Henar. *La siempre conflictiva relación del trabajador intelectual y un apunte específico para el creador de software*. Universidad de León. Secretariado de Publicaciones y Medios Audiovisuales: León, 2004, p. 47. Estos dos autores opinan que los derechos de explotación, en todo caso, deben ser cedidos expresamente por escrito, ya que, en caso contrario, no haría falta que la Ley de Propiedad Intelectual regulara su transmisión. BONDÍA ROMÁN («Los autores asalariados», *cit.*, p. 420) matiza que la relación laboral por la que se ceden los derechos de explotación no es puramente un contrato de trabajo, de actividad, sino un arrendamiento de servicios accesorio que tiene como objetivo un resultado.

¹⁴⁰ RODRÍGUEZ TAPIA defiende que la causa misma de la cesión de los derechos de explotación se encuentra en la propia relación laboral que, como en el resto de ordenamiento jurídico, implica que los frutos del trabajo del asalariado sean utilizados por el empleador (RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel. «Transmisión de los derechos del autor asalariado». En: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Civitas: Madrid, 1997, p. 840). Por su parte, RODRÍGUEZ HIDALGO y ÁLVAREZ CUESTA (*op. cit.*, pp. 52 y 53) aclaran que los derechos de explotación se limitan al tiempo, en defecto de pacto, durante el que el trabajador está vinculado al empleador por el contrato de trabajo.

¹⁴¹ Cfr. CASAS VALLÉS, Ramón. «Comentario al artículo 24», 3ª ed., *cit.*, p. 423. Este autor abre el debate destacando que en el preámbulo de la Ley 20/1992, que admitió la transmisión *mortis causa*, se indicaba que, si el derecho pudiera transmitirse *inter vivos*, le haría perder su carácter irrenunciable y perjudicar a la finalidad de incentivo a la creación de obras plásticas. Así, argumenta, *sensu contrario*, que «una vez fallecido el autor, dicha finalidad carece de sentido, por lo que es lógico admitir su transmisión por causa de muerte»

¹⁴² Por su parte, RUBÍ PUIG (*op. cit.*, p. 113) opina que sería razonable la libre transmisibilidad del derecho *post mortem*, pero que el aumento en costes de información que conllevaría

d) Pragmatismo y gestión colectiva

Los derechos de propiedad intelectual de carácter patrimonial normalmente son gestionados por entidades de gestión colectiva¹⁴³. Tal actividad de gestión puede realizarse mediante una encomienda negocial voluntaria, como sucede con frecuencia con los derechos exclusivos de explotación, o bien partir de una legitimación legal, debido a que los derechos administrados sean de gestión colectiva obligatoria porque así se determine legalmente. En tal caso, se asiste a una verdadera colectivización del sistema de gestión y recaudación, por imponerse ésta por ley.

Cada vez más, nos movemos en un entorno en que se observan razones prácticas para que el autor no pueda decidir u oponerse a la realización de ciertas utilizaciones de su obra, sobre todo en el caso en que éstas puedan ser masivas¹⁴⁴. En concreto, fruto de

la libre transmisibilidad del derecho por los derechohabientes hace recomendable mantener la inalienabilidad. A su vez, *vid.* MINERO ALEJANDRE, Gemma, *op. cit.*, p. 1.221. En la doctrina americana, en términos muy parecidos, ya se había expresado DE PIERREDON-FAWCETT (*The droit de suite...*, *cit.*, pp. 41 ss.).

¹⁴³ En nuestro país, las entidades de gestión colectiva encuentran su fundamentación legal en los artículos 147 a 159 TRLPI. Estas entidades, que actúan en representación de los titulares de los derechos de autor y derechos conexos, no pueden tener ánimo de lucro y se constituyen como asociaciones especiales, por cuanto deben estar reconocidas por el Gobierno e inscritas en el correspondiente registro público. Hasta la fecha, en España, el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte ha autorizado las entidades de gestión que se indican a continuación: *Sociedad General de Autores y Editores* (SGAE), que gestiona los derechos de autores de obras musicales, audiovisuales –argumentistas, guionistas y directores–, teatrales y de coreografía; *Centro Español de Derechos Reprográficos* (CEDRO), que se encarga de los derechos de editoriales –también de publicaciones periódicas–, así como de autores de todo tipo de obras literarias –incluyendo científicas, periodísticas, técnicas, educativas, de información, divulgación, etc.–; *Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos* (VEGAP), que administra la gestión de los derechos de los autores de obras plásticas; y *Derechos de Autor de Medios Audiovisuales* (DAMA), entidad de gestión especializada en los derechos de autor de obras audiovisuales y cinematográficas –básicamente, directores y guionistas–, que nació, en este caso, como alternativa a SGAE en ese ámbito. Además de las cuatro entidades de gestión de autores referidas, existen dos entidades colectivas de artistas intérpretes o ejecutantes: *Artistas Intérpretes o Ejecutantes* (AIE) –enfocada a intérpretes de obras musicales, como cantantes o directores de orquesta– y *Artistas Intérpretes Sociedad de Gestión* (AISGE) –dirigida a actores, dobladores, bailarines y directores de escena–. Finalmente, completan el panorama de entidades de gestión españolas las que representan derechos de los productores: *Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales* (AGEDI), enfocada a los productores de fonogramas y que actúa conjuntamente con AIE, y *Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales* (EGEDA), especializada en los derechos de productores de obras audiovisuales. Se pueden consultar los informes de gestión, los reglamentos y otras cuestiones de interés de todas las entidades de gestión en el sitio web del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, disponible en: <<http://www.mecd.gob.es/cultura-mecd/areas-cultura/propiedadintelectual/gestion-colectiva.html>> (última visita: 30 de diciembre de 2015).

¹⁴⁴ La forma de explotación se determinará teniendo en cuenta una serie de aspectos prácticos –las utilizaciones en masa o la imposibilidad material de que el titular negocie directamente con los usuarios–. En esta cuestión, AYLLÓN SANTIAGO opina que, para favorecer la comercialización de las obras, en esos supuestos se aplicará un modo de explotación que pueda

la dificultad de control, ciertos derechos de propiedad intelectual han ido evolucionando hacia la figura de la remuneración por uso de tercero, debido a que técnicamente resulta prácticamente imposible intentar ejercer el *ius prohibendi* en un ámbito tan desarrollado como es Internet, donde la vigilancia escapa a la capacidad del titular, especialmente en cuanto a los derechos de reproducción y comunicación. Por ello, se asiste a un nuevo escenario, basado en el uso de licencias legales u obligatorias¹⁴⁵, difícil de aceptar, de entrada, por el autor, pero que, en realidad, le salva de una marginación en cuanto a los aprovechamientos comerciales de su propia obra¹⁴⁶. Para facilitar este control, lo aconsejable es la incorporación de estos derechos de remuneración a la gestión de las entidades colectivas que permiten el desarrollo de este tipo de derechos, ya que, además de facilitar su tramitación, son necesarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones por parte de los cesionarios y quienes realizan las utilizaciones referidas de las obras¹⁴⁷.

cubrir incontables actos llevados a cabo por incontables usuarios (AYLLÓN SANTIAGO Héctor S. *El derecho de comunicación pública directa*. Madrid: Reus, 2011, pp. 250-252). En los mismos términos, mas tratando específicamente los derechos de remuneración, se expresan MARCO MOLINA (*La propiedad intelectual...*, cit., pp. 187 ss) para quien «los otros derechos patrimoniales –remuneración– son derivados de la utilización masiva e incontrolada de la obra intelectual» y DELGADO PORRAS, para quien el autor «no tendrá posibilidad de controlar las utilizaciones de su obra sin una organización que vigile tales utilizaciones y perciba de los usuarios la remuneración prevista en la ley» (DELGADO PORRAS, Antonio. «Gestión colectiva de los derechos de autor». En: *Estudios sobre derecho industrial. Homenaje a Hermenegildo Baylos. Colección de trabajos sobre propiedad industrial e intelectual y derecho de la competencia*. Barcelona: Grupo Español de la AIPPI, 1992, p. 210).

¹⁴⁵ CABEDO SERNA (*op. cit.*, pp. 164-165) expone que, en las llamadas licencias legales, la legislación concede una autorización para utilizar una obra protegida mediante el pago de unos derechos de autor. La tarifa económica de esta utilización viene fijada por ley y se autoriza directamente al usuario, sin necesidad de que éste realice una previa solicitud de concesión ni tan siquiera una mera notificación. La llamada licencia obligatoria, por su lado, es una forma especial de permiso, que debe concederse obligatoriamente, en la mayoría de los casos, por las autoridades competentes o entidades colectivas, en las condiciones definidas para esa utilización y mediante la fijación, por acuerdo, de la tarifa económica que legitimará al pagador.

¹⁴⁶ CASAS VALLÉS apunta que «un desplazamiento del peso específico de la institución (derechos de autor) al ámbito de los derechos de remuneración o, si se quiere, al de las licencias obligatorias, daría lugar a un panorama muy diferente. No es lo mismo tener que contar con una autorización que puede ser negada que poder prescindir de ella teniendo que pagar». Sin embargo, los prestadores deben ver la otra cara de la moneda y aceptar que, en cierto modo, la comercialización de sus obras y *productos* pasa necesariamente por adaptarse a las reglas de juego de esa misma tecnología que les amenaza, ya que ello les permite acceder a un público mucho más amplio. En resumen, a la par, también «los autores sueñan con un mundo en el que podrán comunicarse directamente con el público, sin necesidad de mediadores industriales» (CASAS VALLÉS, Ramón. «Propiedad Intelectual». En: *Derecho y nuevas tecnologías*, coord. Peguera Poch, Miguel Ángel. Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya, 2005, p. 296 y 315).

¹⁴⁷ *Vid. ibidem*, p. 295, La creciente importancia de los derechos de remuneración está ligada a otro elemento que permite su desarrollo, como son las entidades de gestión colectiva, que, aparte de facilitar su tramitación a los autores y permitirles asociarse, son totalmente necesarias «para evitar que sus derechos queden en papel mojado».

La existencia de derechos de remuneración que sólo pueden ejercitarse de modo colectivo por estas entidades lleva a los titulares de tales derechos a estar adheridos a las mismas, convirtiendo la libertad de asociación en una suerte de deber de asociación. De hecho, por mandato legal, la entidad representará *de facto* a titulares de derechos que no se han adherido expresamente como miembros¹⁴⁸. Sin embargo, cabe destacar que si éstos están asociados a la entidad e identifican correctamente las obras sobre las que reivindican sus derechos ello facilitará, sin duda, la administración de los mismos, lo que interesa, más que a nadie, al correspondiente autor, intérprete ejecutante o derechohabiente¹⁴⁹.

A pesar de las ventajas de la gestión colectiva, la Ley 3/2008 no la dispuso como obligatoria para el *droit de suite*, así que la gestión por parte de VEGAP de este derecho es voluntaria¹⁵⁰. Pero incluso en este caso, razones prácticas desaconsejan cualquier gestión del mismo que no sea la colectiva¹⁵¹, si se desea hacer efectivo un derecho que sería imposible concebir sin los métodos de recogida de información y reparto de percepciones económicas de las entidades de gestión. En este aspecto, el comité de expertos en las disposiciones tipo de la OMPI, resolvió la conveniencia de que el *droit de suite* fuera de gestión colectiva obligatoria¹⁵².

¹⁴⁸ Respecto a los derechos de remuneración de gestión colectiva obligatoria, una vez autorizada una entidad por el Ministerio de Cultura, la misma asume la gestión de esos derechos exclusivamente con base en lo dispuesto en la Ley. Según indica MONTERO AROCA, no se precisa que los titulares le cedan la gestión ni le confieran mandato para la misma. La gestión por la entidad no depende de la voluntad de los titulares en los derechos de esta naturaleza (MONTERO AROCA, Juan. *La legitimación colectiva de las entidades de gestión de la propiedad intelectual*. Granada: Comares, 1997, p. 138).

¹⁴⁹ La condición de titular no puede negarse por la entidad, si bien las percepciones de aquél vendrán dadas porque haya una exteriorización de tal circunstancia. Así, los titulares tienen que estar «*identificados, de ahí la necesidad no legal pero sí práctica de su incorporación a la entidad, pero la celebración de un contrato entre el titular y la entidad no tiene utilidad alguna*» (cfr. *ibidem*, p. 139).

¹⁵⁰ Cfr. artículo 7.1 de la Ley 3/2008. A pesar de ello, cabe destacar que la Directiva 2001/84/CE, que la Ley 3/2008 transpuso al ordenamiento español, dejaba abierta la posibilidad de que los Estados miembros escogieran si querían hacer del *droit de suite* un derecho de gestión colectiva obligatoria o no. En este sentido, el artículo 6.2 de la Directiva establecía que «*los Estados miembros podrán prever la gestión colectiva opcional u obligatoria del derecho*».

¹⁵¹ Vid. GUTIÉRREZ VICÉN, Javier. «La gestión de los derechos de autor en las artes plásticas». En: *I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual*. Madrid: Ministerio de Cultura, 1996, p. 253).

¹⁵² En un mundo globalizado, con relación al derecho de información que tienen, en última instancia, los titulares de los derechos de propiedad intelectual sobre los usos de sus creaciones —especialmente, en el caso del *droit de suite* para conocer las condiciones y transmisiones de sus obras—, es fundamental la colaboración entre entidades de gestión de diferentes países. En este sentido, hay que destacar la labor de la *Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores* (CISAC), que es la primera red de entidades de autores del mundo, con un total de 230 entidades miembros en 120 países, permitiendo a las organizaciones de gestión colectiva representar con transparencia a los creadores en todo el mundo y garantizar que los derechos se revierten a los autores por el uso de sus obras en cualquier parte. Así, por

5. SUPUESTOS DE NACIMIENTO DEL *DROIT DE SUITE*

Al diseccionar la configuración interna y el funcionamiento del *droit de suite*, nos encontramos con la necesidad de diferenciar entre tres conceptos interrelacionados, mas que no deben ser confundidos. Por un lado, el derecho de remuneración propiamente dicho, por otro, la facultad que emana del derecho y, finalmente, el crédito de participación generado a partir del ejercicio de ésta.

Con el primer concepto nos referimos al derecho subjetivo, cuya finalidad es reforzar el sistema dominical del autor sobre su obra, al complementar los otros derechos patrimoniales. Este derecho, irrenunciable e intransmisible, tiene su eficacia aplazada hasta que se cumplan los presupuestos recogidos *ex lege* –principalmente, la confirmación de una conducta ajena, como es la decisión del propietario del soporte de revender la obra–, momento en el que el titular ostentará la facultad de exigir una remuneración al revendedor de su creación. Con ello, finalmente, se generará una relación obligacional entre ambos sujetos, que proporcionará al autor o derechohabiente un crédito de participación económica sobre el precio de transmisión en el mercado secundario.

5.1. DERECHO SUBJETIVO RELATIVO

En general, los derechos de autor tienen una naturaleza especial, *sui generis*, y presentan una serie de particularidades respecto a la estructura clásica de monopolio. Pero ello no es obstáculo para considerar la propiedad intelectual como un supuesto dentro de los derechos subjetivos, puesto que el sistema de derechos de autor instaura un poder jurídico de disposición sobre un determinado bien, en este caso, la obra protegida¹⁵³.

Como se ha mencionado, se distingue científicamente entre derechos subjetivos absolutos y derechos subjetivos relativos¹⁵⁴, por cuanto obedecen a principios rectores

medio de identificadores internacionales de obras y de una red mundial de bases de datos, ayudan a sus miembros a documentar las obras protegidas, conceder licencias de explotación y recaudar y repartir las regalías de derechos de autor. Información obtenida en el sitio web de CISAC, disponible en: <<http://es.cisac.org>> (última visita: 1 de septiembre de 2015).

¹⁵³ BAYLOS MORALES expone que la inmaterialidad no es motivo suficiente para excluir el derecho de propiedad del autor como derecho subjetivo. Simplemente, hay que atender a sus especificidades, como su duración limitada o el hecho de que sean «*al mismo tiempo e inseparablemente un resultado personal y una norma objetiva, impersonalmente actuable*» (BAYLOS MORALES, María. «Concepto y tipología general de las creaciones espirituales». En: Baylos Corroza, Hermenegildo *et al.* *Tratado de Derecho Industrial*, 3ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2009, p. 633).

¹⁵⁴ A pesar de ser uno de los autores que mejor ha delimitado la disparidad entre derechos subjetivos absolutos y relativos, DE CASTRO Y BRAVO reconoce que entre ambos conceptos no hay que establecer una «*contraposición tajante*», siendo el principal punto diferenciador

dispares. Aplicado al ámbito de la propiedad intelectual, en los primeros, el titular cuenta con un poder de disposición total sobre el objeto inmaterial protegido, mientras que, en los segundos, el titular del derecho sólo puede limitarse a exigir una acción determinada de un tercero relacionado con dicho objeto. Particularmente, dentro de los derechos patrimoniales del autor, los derechos exclusivos de explotación son claramente derechos subjetivos absolutos, de carácter real, porque el titular puede realizar cualquier acto sobre la creación intelectual, con completa legitimidad para el ejercicio de facultades que le atribuyen un monopolio o señorío pleno, incluyendo igualmente la facultad de prohibición frente a cualquier tercero para impedir que su esfera jurídica sea invadida.

El *droit de suite*, en cambio, como derecho de remuneración, carece tanto del aspecto positivo absoluto en los términos expresados como del *ius prohibendi*. En este caso, el ordenamiento jurídico protege al autor de otro modo, para que sus intereses se vean igualmente satisfechos; esto es, mediante la facultad de exigir a un tercero la realización de una prestación o cumplimiento de una obligación. Por consiguiente, como derecho subjetivo relativo, sólo posee el aspecto positivo de exigencia sobre la conducta de una persona determinada. Mientras el poder jurídico en los derechos absolutos actúa *erga omnes*, el *droit de suite* solamente puede dirigirse al obligado al pago de la remuneración, puesto que no actúa de modo remisivo al objeto, sino simplemente describiendo la realidad futura que se podrá exigir¹⁵⁵.

Por otro lado, a pesar de que ley determina aquello que puede hacer el titular del derecho y establece las conductas que deben ser desplegadas –para evitar, al fin y al cabo, una intromisión del titular en la voluntad y libertad del deudor– el poder jurídico, al ser relativo, sólo puede ser concebido como una facultad de exigir que se cumpla con la obligación, aun con el riesgo de que el tercero obligado no lo haga, al tratarse de una simple potestad sobre el comportamiento ajeno.

5.2. FACULTADES DEL TITULAR DEL *DROIT DE SUITE*

La discusión acerca de qué facultades aporta el *droit de suite*, entendido como derecho de remuneración, al titular de los derechos subjetivos de autor, la originó la doctrina alemana, tras la aprobación en dicho país de la Ley de Derecho de Autor de 9 de septiembre de 1965 (en adelante, UrhG), cuando, debatiendo acerca de la naturaleza del *Folgerecht*, concluyó que los derechos de remuneración estaban dotados de una

que los derechos subjetivos relativos aparecen polarizados en una relación entre personas determinadas (cfr. *Derecho civil de España, cit.*, p. 592).

¹⁵⁵ Vid. BAYLOS MORALES, María. «Concepto y tipología general...», *cit.*, p. 636.

«doble naturaleza»¹⁵⁶. Esta dualidad se traducía en la coexistencia de dos derechos diferentes: por un lado, se le otorgaría al titular del *droit de suite* la denominada *Vergütungsbefugnis*, esto es, el derecho de autor raíz, aquel que le permite, en abstracto, ser remunerado por una determinada utilización de la obra por parte de tercero; por otro lado, ostentaría una *pretensión* individualizable, *Vergütungsanspruch*, remuneración derivada del derecho, cuya finalidad es hacer valer esta facultad, aun sin consumirla, configurando la posición del acreedor en una auténtica relación crediticia respecto a una deuda concreta. No obstante, antes de continuar, se debe recordar que, tal y como explica MARTÍN SALAMANCA, el concepto *pretensión* no halla correspondencia en el derecho español. Para la dogmática alemana, la pretensión (*Anspruch*) es algo que difiere del derecho (*Recht*) y del concepto de facultad (*Befugnis*), y esencialmente «sirve para hacer valer una facultad, aunque no la agote, exigiendo de un tercero un hacer o un no hacer»¹⁵⁷.

En cualquier caso, este esquema parte del contenido del §26 UrhG, regulador del *Folgerecht*¹⁵⁸, por cuanto en el mismo se reconoció expresamente al autor –ya en su redacción inicial y en las revisiones posteriores– una verdadera expectativa jurídica (*Anwartschaft*), que delimitaba el ámbito de poder de su titular con una oponibilidad concreta, incluso aunque todavía no se hubieran dado las circunstancias legales necesarias para exigir las pretensiones determinadas. Por tanto, se desprende de dicha estructura que el titular del *Folgerecht* disfrutaría de dos facultades diferenciadas: i) facultad para participar en la revalorización de sus obras, sin atender a la identidad de los sucesivos propietarios del soporte la obra de arte y ii) pretensión que hace valer la facultad a cobrar una cantidad determinada consecuencia de la anterior, concretándose, finalmente, en un derecho de crédito¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Vid. SCHRICKER, Gerhard; LOEWENHEIM, Ulrich. «Kommentar zum 29». *Urheberrecht: Kommentar*, coord. Schricker, Gerhard; Loewenheim, Ulrich. Múnich: Beck, 2010, pp. 620 ss. Asimismo, para un estudio pormenorizado sobre la teoría de la estructura doble de los derechos de remuneración, vid. MARTÍN SALAMANCA, Sara, *op. cit.*, pp. 69 ss.

¹⁵⁷ Vid. MARTÍN SALAMANCA, Sara, *op. cit.*, p. 33. Este planteamiento es difícilmente extrapolable al derecho español, puesto que el concepto no halla una correlación exacta con nuestras figuras de derecho civil. Vid. la explicación dada por Küfner, Peter, *apud.* MARTÍN SALAMANCA, Sara, *op. cit.*, pp. 69-70. Así, el *Befugnis*, no es un paso previo o un cumplimiento limitado del derecho, sino que recibe un trato de auténtica facultad, originada con la creación de la obra. Por su parte, la *Anspruch* alemana se refiere a una pretensión que puede ser repetida indefinidamente, para hacer efectiva, tantas veces como sea necesario, la facultad definida por el derecho raíz.

¹⁵⁸ El §26 UrhG expresa, primeramente, que «el autor no puede renunciar por anticipado a esta remuneración. La expectativa no queda sujeta a la ejecución forzosa; la disposición sobre la expectativa es ineficaz», mientras que, posteriormente, con relación al ejercicio de la facultad de remuneración del titular, dispone, indicando un plazo diferenciado de prescripción del *Folgerecht*, que «las pretensiones del autor prescriben a los 10 años».

¹⁵⁹ Vid. ROSSBACH, Claudia. *Die Vergütungsansprüche im deutschen Urheberrecht: praktische Wahrnehmung, Rechtsverkehr und Dogmatik*, vol. 23. Baden-Baden: Nomos-Verlag-Ges, 1990, pp. 65 ss.

Con dicho planteamiento, existiría la posibilidad de que la mencionada facultad que tiene el autor plástico a ser remunerado por las revalorizaciones de sus obras se mantuviera latente durante toda su existencia o, cuando menos, hasta que la intervención de tercero permitiera el ejercicio concreto del poder del titular frente a sujeto determinado. Sin embargo, los juristas alemanes parten de la premisa de que el titular, desde la creación de la obra, ya está en disposición de consolidar todos los requisitos legales para la existencia del derecho, puesto que disfruta de una posición asegurada, realizada parcialmente, a la espera de su total cumplimiento. Durante ese periodo, el autor es ya titular de una expectativa jurídica, con su particular eficacia *erga omnes*¹⁶⁰.

No obstante, hablar de expectativa tutelada, desde la óptica del derecho español, para calificar la situación jurídica del titular del derecho de participación¹⁶¹ antes de que suceda la reventa resulta inerte, puesto que nuestro ordenamiento jurídico ya reconoce un derecho desde la creación de la obra. Aun así, es cierto que en nuestra doctrina también existen tesis que asimilan el supuesto planteado al concepto de *Anwartschaft*, las cuales, sin poder compartir todo su desarrollo, se apoyan en el concepto doctrinal de *expectativa jurídica*¹⁶². Según las mismas, la facultad ya existiría antes del supuesto

¹⁶⁰ Vid. ZEISBERG, Hans-Joachim et al. *Urheberrecht*, 3ª ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2013, pp. 135 ss. En el derecho alemán, la *Anwartschaft* (expectativa) tiene la protección del derecho de autor, según lo previsto legalmente.

¹⁶¹ El hecho de emplear, en adelante, en el presente capítulo, la expresión española *derecho de participación*, en lugar de *droit de suite*, obedece a nuestra pretensión de oponerle a regulaciones y concepciones doctrinales extranjeras de este mismo derecho.

¹⁶² En sus estudios sobre la expectativa jurídica, DE CASTRO Y BRAVO distingue entre ésta, como la probabilidad de un derecho, y la existencia plena de otro como estructura perfecta; sosteniendo que el nacimiento de un derecho puede exigir la concurrencia de varios requisitos sucesivos que, una vez se van cumpliendo o realizando, alcanzan un mayor grado de desarrollo subjetivo. Así, cuanto mayor sea el número de requisitos, mayor será el desarrollo del derecho hasta alcanzar su existencia definitiva. Sin embargo, mientras se va formando ese derecho subjetivo, se asiste a una expectativa de derecho, que la Ley protege expresamente frente a terceros para lograr que se produzcan plenamente sus efectos. En todo caso, hay que distinguir entre el concepto de expectativa jurídica y el de *mera expectativa*, ya que ésta no recibe protección legal, porque implica únicamente una valoración subjetiva de unos intereses que el sujeto, en el futuro, pretende alcanzar, sin que este proceso sea tutelado específicamente (DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Compendio de Derecho civil. Introducción y derecho de la persona*, 5ª ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1970, pp. 136 ss.). En derecho comparado también se han ocupado de la cuestión. Así, ALESSANDRI aporta otro punto de vista conceptual, describiendo la situación a partir de un derecho eventual que se desdobra, a su vez, en un derecho provisional y otro definitivo, siendo el cometido de aquél preparar la adquisición de éste. Así, la posibilidad de nacer del derecho futuro depende de la realización de una eventualidad, pero el derecho latente es puro y simple, teniendo existencia propia. El derecho eventual, sin embargo, no es retroactivo, sino que opera desde el día en que se realiza la eventualidad, esto es, la verificación del supuesto (ALESSANDRI, Arturo et al. *Tratado de derecho civil. Partes preliminar y general*, Tomo I. Santiago: Editorial jurídica de Chile, 1998, pp. 320 ss.). Por otro lado, en la doctrina italiana, para una visión clásica de esta materia, vid. SCOGNAMIGLIO, Renato. «Aspettativa di diritto». En: *Enciclopedia del Diritto*, vol. III. Milano: Giuffrè, 1958, pp. 226 ss.; y, entre las obras más modernas, destacan TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*, 19 ed. Milán: Giuffrè, 2011, p. 50 (para quien la expectativa supone adquirir un derecho depen-

generador, aunque el carácter futuro del derecho le impida el despliegue de su eficacia, lo que consideraría que la situación jurídica existente desde la creación de la obra hasta la reventa de ésta es el de la expectativa jurídica, donde un derecho en formación se convertirá plenamente en un derecho subjetivo cuando se cumplan la totalidad de los requisitos sucesivos, esto es, la primera enajenación y las ulteriores reventas públicas.

Por una parte, resulta difícil encajar categorías de otras tradiciones jurídicas – como la de *pretensión* o la de *expectativa jurídica*– a la propia; por otra, opinamos que del derecho de participación, en realidad, sólo se deriva una única facultad, como es la de exigir una remuneración, donde el autor carece de control de manera total, ya que es una conducta externa, la reventa, la que determinará la posibilidad de su ejercicio.

Por todo ello, preferimos dar explicación a la situación jurídica pendiente que se observa desde la creación de la obra hasta la generación del crédito de participación en base al aplazamiento, hasta el momento de la reventa, de la eficacia de la facultad única a exigir una remuneración que ostenta el titular del derecho.

5.3. RELACIÓN DERECHO SUBJETIVO-FACULTAD

Las esferas de ambos conceptos, lógicamente, están conectadas. La facultad de exigir la remuneración de tercero siempre halla su fundamento primario en la propia titularidad del derecho por parte del autor. A mayor abundamiento, merece atención examinar la dimensión temporal de dicha conexión, esto es, cuándo el autor adquiere la titularidad del *droit de suite* y a partir de qué momento puede ejercer su única facultad positiva.

Para situar la cuestión cuyo análisis se propone, se revela de gran utilidad acudir a los esquemas utilizados por la doctrina española para el derecho de participación. Aunque es cierto que se ha manifestado parcamente acerca del tema, nos permite, de entrada, establecer cuatro grandes grupos en función de cómo se consideren los *momentos* y el grado de sincronía entre eficacia y atribución al autor del derecho subjetivo.

a) *Nacimiento simultáneo in actu de derecho y facultad*

Esta concepción propugna que el autor no es titular del derecho de participación desde la creación de la obra, sino que éste nace *in actu*, esto es, en un momento poste-

diendo de la verificación de un hecho, tratándose de un derecho en creación); y ASTON, Maria. *L'aspettativa e le tutele. Contributo allo studio degli effetti preliminari nelle situazioni di pendenza*. Milan: Giuffrè, 2006, p. 4. Esta última autora, repasando algunas tesis sobre la expectativa, señala aquella que lo identifica con un derecho de crédito, aduciendo que éste no sería otra cosa que una expectativa tutelada de la consecución del objeto de la prestación por parte del deudor).

rior, con la realización de la reventa. Por ello, hasta que no se observa el cumplimiento de la conducta ajena, el autor no puede ejercer la facultad de remuneración, porque hasta ese instante, en realidad, ni siquiera era titular del derecho. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, valedor de esta tesis, argumenta que la situación jurídica comprendida desde la creación de la obra hasta la segunda transmisión de la misma responde a la ostentación –si se puede ostentar algo que no existe– por parte del autor de un «*derecho potencial*», lo que debe entenderse como una mera expectativa sin ningún tipo de tutela jurídica¹⁶³.

MARTÍN SALAMANCA ha criticado de esta postura que desproteja la situación jurídica previa a la reventa, considerando que la titularidad de los derechos de remuneración se adquiere con la creación de la obra y que, antes de que se genere la relación crediticia por la verificación del supuesto de hecho correspondiente, estos derechos son ya derechos subjetivos de carácter real, puesto que el autor ocupa una posición jurídica donde goza de monopolio y poder de exclusión –el que condiciona la licitud de la utilización de la obra o prestación a la satisfacción de la obligación impuesta–. «*Una consideración diferente –añade– dificultaría la comprensión de que el derecho de remuneración (completo) pueda ser objeto de transmisión mortis causa*»¹⁶⁴.

Aunque compartimos totalmente con esta autora que el origen de este derecho se encuentra en la creación de la obra, no podemos mostrarnos de acuerdo en que el derecho de participación sea un derecho subjetivo absoluto de carácter real, que se acaba actualizando en un derecho de crédito. En primer lugar, aceptar dicho extremo supondría tener que partir del modelo de la doble naturaleza asentado en la doctrina alemana, pero de tan difícil encaje en nuestro ordenamiento jurídico. Además, tampoco consideramos su naturaleza como derecho real –o derecho real limitado por hallarse en el ámbito de propiedad intelectual¹⁶⁵–, puesto que no se observan en él las facultades que se le atribuiría al titular de un derecho absoluto de esas características: inmediatez, ya que el titular no puede ejercer su derecho de manera inmediata y directa sobre el objeto, y eficacia *erga omnes*, cuando claramente su eficacia se restringe a un solo sujeto. Tampoco creemos que su naturaleza real pueda justificarse en última instancia porque el derecho

¹⁶³ Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, 3ª ed. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 1999, p. 381.

¹⁶⁴ MARTÍN SALAMANCA (*op. cit.*, pp. 79-81) concluye que «*parece evidente es que su titularidad no se reconduce exclusivamente al momento de su oponibilidad*». De todos modos, piénsese que esta autora defiende la aplicabilidad en España de la teoría de la doble naturaleza de la dogmática alemana, mediante una reinterpretación del concepto doctrinal de expectativa jurídica: «*tomando el prisma de la expectativa como el más correcto para describir la situación jurídica del derecho de remuneración, mientras no se desarrolle el crédito o remuneración*» (*op. cit.*, 103).

¹⁶⁵ Esta opción ha sido descartada por KATZENBERGER (*Das Folgerecht...*, *cit.*, p. 67) y en los mismos términos de rechazo se expresan BERCOVITZ ÁLVAREZ (*op. cit.*, p. 351) o VICENTE DOMINGO (*op. cit.*, p. 72). Aprovechamos para indicar que la concepción como derecho real limitado sí encajaría muy bien para definir la propiedad del adquirente del soporte físico de la obra.

se pueda transmitir *mortis causa* o, incluso, porque pueda gozar de acciones de preservación. En realidad, ni una cosa ni otra son incompatibles con los derechos subjetivos relativos, cuya base se encuentra en el cumplimiento de una obligación por parte de tercero. En efecto, como derecho de autor patrimonial, según se ha visto anteriormente, se puede transmitir al fallecimiento del autor. Igualmente, cabría pensar que el titular del derecho de participación está legitimado para interponer una acción declarativa cuya finalidad fuera la protección de su posición jurídica frente a terceros –imagínese una disputa entre herederos–. En principio, nada impide una protección judicial mediante acción declarativa para afirmar y conservar el propio derecho subjetivo¹⁶⁶, aunque, mientras no se genere la relación obligacional, su finalidad se limitaría al mantenimiento y afirmación de la concreta posición jurídica.

Muy relacionado con esto último, sí habría que preguntarse si es posible aceptar una acción indemnizatoria en caso de que el titular se viera perjudicado por darse ciertas circunstancias que impidieran la segunda transmisión o ulteriores de la obra y, en consecuencia, la imposibilidad de cobrar hipotéticas remuneraciones futuras. Dos situaciones plausibles podrían presentarse para provocar el supuesto de hecho: *i*) que un adquirente de la obra nunca quisiera revenderla o *ii*) que alguien provocara un daño material al ejemplar original que imposibilitara su reventa. En realidad, ambas situaciones deben tratarse del mismo modo. El adquirente, propietario del *corpus mechanicum* de la obra, podrá tomar las decisiones que considere oportunas sobre el ejemplar –por ejemplo, no enajenarla nunca o hacerlo *inter privatos*, supuesto que tampoco generaría el crédito–, debido a que entra dentro de sus facultades. Por otra parte, es posible que la obra fuera destruida por cualquier causa, imputable o no a un sujeto determinado¹⁶⁷, donde el principal perjudicado sería, asimismo, el propietario.

¹⁶⁶ Más restrictivo se muestra CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, quien es de la opinión de que, en el caso del *droit de suite*, el titular sólo está facultado «*para ejercitar las acciones que procedan en reclamación de su remuneración –la acción que corresponda– pero no puede extenderse además el cese de la actividad que da origen a la remuneración (la reventa en pública subasta de obras)*». Sin embargo, con relación a los derechos de remuneración en general, sí hay sentencias que, además de exigir remuneración, reclaman el cese de la actividad. Entre éstas, el autor cita: SAP Zaragoza de 2 de mayo de 1991, SAP Valladolid de 24 de septiembre de 1992 o SAP Salamanca de 1 de febrero de 1993. En cualquier caso, concluye que el cese sólo es posible en aquellos derechos de simple remuneración que exijan el consentimiento previo –por ejemplo, artículo 90.3 TRLPI–, con lo que podrán hacerse efectivos ante el infractor –aquellos que no han abonado el canon– por los cauces íntegros de la acción de cesación. Así, es el consentimiento lo que diferencia entre violación de derecho de propiedad intelectual y actividad ilícita (CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Antonio. *El plagio y otros estudios sobre derecho de autor*. Madrid: Reus, 2009, pp. 18 y 19).

¹⁶⁷ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ expresa el tratamiento diferente que recibiría un propietario de la obra en función de si éste es un particular que la adquirió para su disfrute en la estricta intimidad o bien es una entidad dedicada a la exhibición o promoción artística. Respecto a aquél afirma que «*no le será exigible comportamiento alguno dirigido a la conservación de la obra, ni vendrá obligado a costear una eventual restauración de la misma*». Sin embargo, con relación a éste, se presupone un mayor grado de diligencia en el deber de conservación de la obra y

En ninguno de los casos se podría valorar una eventual realización futura de los créditos, porque estos cálculos estarían basados en hipótesis y el autor no puede considerar realmente lesionado su derecho a remuneración cuando el perjuicio no puede ser determinado¹⁶⁸. Obviamente, si el daño o destrucción al original proviniera de una acción u omisión de tercero, o incluso del propio propietario, no se excluye que pueda existir responsabilidad civil contractual o extracontractual, debido a la lesión de otros derechos de autor concurrentes afectados por el hecho causante.¹⁶⁹

respeto a la integridad de la misma (CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. «Los derechos de autor sobre la obra plástica», dir. Concepción Rodríguez, José Luis. *La protección de la propiedad intelectual*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001. pp. 69-73). Con todo, consideramos que se requerirá un análisis individualizado para cada supuesto. Así las cosas, *vid.* SAP Barcelona (sección 15ª) de 29 de septiembre de 2000, relativa a un litigio en el que una entidad financiera guardó en su sótano los originales de unas fotografías que se deterioraron por una inundación. La sentencia expresa que la doctrina suele decantarse «*por considerar que el dueño del corpus mechanicum tan sólo debe un comportamiento omisivo o de non facere para cumplir aquella norma y por reclamar un componente subjetivo intencional o doloso para considerar producida la exlimitación con su comportamiento*», para añadir que «*se muestra más adecuado prescindir de discutibles distinciones entre modalidades de comportamientos positivos o negativos, a veces resultantes de visiones intercambiables y de consideraciones subjetivistas, tan difíciles de definir en cada caso, para valorar la exlimitación conforme a criterios marcadamente objetivos, con independencia de que se produzca por acción o por omisión, dolosa o culpablemente*». Otro ejemplo lo hallamos en la STS (sala 1ª, sección 1ª) de 3 de junio de 1991, donde el alto tribunal condenó al organizador de una exposición a indemnizar al autor por generar daños materiales en los cuadros cedidos para la misma. Relacionado con este tema, cabe destacar que la posible infracción de este u otros derechos de autor deberá ser ponderada también por otras circunstancias, no sólo por causa del sujeto infractor. Por ejemplo, la STS (sala 1ª) de 18 de enero de 2013, con relación al derecho moral a la integridad de la obra por un caso en que un Ayuntamiento quería trasladar una escultura a otro emplazamiento, a pesar de que el Alto Tribunal reconoció este derecho al autor, expresó que «*no ha lugar a prohibir la modificación de su emplazamiento de forma absoluta y en ninguna circunstancia, debiendo en cada caso ponderar los intereses concretos*».

¹⁶⁸ En este sentido, *vid.* KATZENBERGER, Paul. *Das Folgerecht...*, *cit.*, pp. 72-74 y COLOMBET, Claude. *Propriété littéraire et artistique...*, *cit.*, p. 217. Ambos defienden que el derecho, a efectos prácticos, está situado a expensas de la voluntad del propietario, con lo que si éste decidiera ocultar la obra o incluso eliminarla, el derecho continuaría existiendo, mas no llegaría nunca a generarse el crédito en favor del autor. Sin embargo, es de la opinión contraria VICENT LÓPEZ (*op. cit.*, pp. 71-72), argumentando que la destrucción del soporte causa «*perjuicios económicos en su explotación patrimonial, con la extinción de importantes derechos económicos del autor, como el derecho a participar en el precio de la reventa*».

¹⁶⁹ Con la destrucción de la obra podrían lesionarse derechos morales del autor, como el derecho de integridad, de divulgación o de paternidad. Para esta cuestión, *vid.* CÁMARA ÁGUILA, Mª del Pilar. «El soporte material de una obra plástica». *Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, nº 18, septiembre-diciembre 2004. Madrid: Ed. Bercal, 2004, pp. 77-80. También con relación a ese supuesto, A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, acuña el concepto «*lucro cesante en su honor*» cuando se destruye una obra y al autor se le deniega su autoría y, por consiguiente, se produce un daño moral (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto. «La reforma necesaria». En: Moscoso del Prado, Javier; Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto *et al.* *Los creadores visuales ante la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid: Trama, 2007, pp. 31 y 32). Adicionalmente, según ESPÍN CÁNOVAS, «*el respeto exige que ningún atentado a la integridad de la obra menoscabe la reputación del autor en su calidad de tal*», para advertir que, incluso, «*el atentado que implicase ofensa a su honor como individuo está también protegido por otras*

b) *Nacimiento del derecho con la primera transmisión y nacimiento de la facultad con la reventa*

Entre nosotros también se ha defendido la posibilidad de que el derecho como tal, no el crédito, nazca con el acto de la segunda o ulterior enajenación de la obra. De hecho, entre la creación de la obra y la transmisión de la misma en el mercado secundario existirá, por lo menos, una circunstancia intermedia que conecte ambas situaciones, que sería la primera transmisión –aquella que realiza directamente el creador al comprador o donatario–. Según esta postura, el derecho sólo existiría en el patrimonio del autor desde la primera enajenación de cada una de sus obras. Mientras, con relación al ejercicio de la facultad de remuneración, ésta no podría ejercerse hasta que se produjera la siguiente transmisión de su obra, aquella que escapa de su control. Por ende, se considera que el derecho de participación carece de efectividad hasta que se produzca la segunda enajenación de la obra, pero se establece la generación del derecho de autor con la primera transmisión.

En realidad, sólo ESPÍN CÁNOVAS parece sentirse totalmente cómodo defendiendo este posible tercer *momento* en el nacimiento del derecho de participación¹⁷⁰, mientras BERCOVITZ ÁLVAREZ pasa de puntillas por la cuestión y se limita a hacer una breve referencia, al separar el acto en el que surge el derecho pecuniario concreto de aquel previo en el que el derecho es abstracto, expresando que la obligación adquiere virtualidad «*si se quiere, desde la primera transmisión*»¹⁷¹.

Ciertamente, resulta atractivo este planteamiento, que tiene mucho que ver con la realidad de un mundo de artistas plásticos no altamente profesionalizados. Obsérvese que, tras la creación de la obra, existirá un periodo indeterminado en la carrera del artista –frecuentemente, a lo largo de toda su vida– en el que la misma pertenezca a su patrimonio, al no ser introducida en el mercado primario. Si esta situación nunca llegara a cambiar, no es fácil reconocer al autor un derecho económico sobre un bien que él mismo pudiera decidir que no entrara en el tráfico jurídico –quizás ni siquiera fuera nunca a divulgar–. Expresado de este modo, pareciera más razonable vincular el acto voluntario de transmitir por primera vez la obra, cuando deja de pertenecer a su patrimonio y está en disposición de ser revendida, con el nacimiento del derecho.

normas que no implican su carácter de autor» (ESPÍN CÁNOVAS, Diego. *Las facultades del derecho moral...*, cit., p. 96). Asimismo, en supuestos de destrucción de la obra, es ilustrativa la SAP Guadalajara (sección 1ª) de 13 de octubre de 2003, en la que una entidad bancaria remodeló una sucursal con una escalera en su interior concebida por el autor demandante como una unidad plástica. Según la Audiencia, al destruirla, en este caso, se dio una vulneración del derecho a la integridad de la obra que ostentaba el titular.

¹⁷⁰ Vid. ESPÍN CÁNOVAS, Diego. *Fundamento y protección del derecho de autor en las obras de arte*. Madrid: Civitas, 1995, pp. 95 y 96.

¹⁷¹ Cfr. BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán, *op. cit.* p. 352.

Con todo, esta teoría tiene que ser también desechada. La casuística no es exclusiva de esta figura y el mismo esquema podría extenderse a otros derechos patrimoniales –perfectamente, un músico o un escritor podrían crear obras musicales y artísticas y no llegar a explotarla nunca–. En definitiva, hay que atender al principio consagrado por el cual los derechos de autor –y el derecho subjetivo que conforma el *droit de suite* es el que otorga al autor su titularidad originaria– nacen con la propia creación de la obra, sin diferenciar la intención del creador de explotarla, divulgarla o ejercer las facultades que le brinda la ley¹⁷².

c) Titularidad de dos derechos diferenciados

Una tercera postura parte de la existencia de dos derechos diferentes. Por una parte, un derecho de autor; por la otra, un derecho de crédito, de naturaleza estrictamente obligacional y ajeno a la esfera de la propiedad intelectual. Entre sus valedores, destaca VALLÉS RODRÍGUEZ, quien asevera primeramente, con buen criterio, que la creación de la obra es la que asigna al creador, en última instancia, el derecho a ser remunerado, mientras el cumplimiento de ciertos requisitos legales supone el surgimiento del derecho de crédito, que emana del propio derecho de autor, mediante un mecanismo jurídico semejante al ejercicio del derecho de reproducción¹⁷³. Sin embargo, ahondando en la materia, este autor acaba concibiendo el derecho de participación como un verdadero derecho de autor, del que es titular en una primera fase, la cual se desarrolla desde la creación hasta la segunda transmisión. Al referirse a la segunda fase, en la que se ha verificado el supuesto de hecho y el titular puede exigir su participación sobre el precio, interpreta que se produce el nacimiento de un derecho de crédito del autor. De ello, se infiere que se trata de dos titularidades separadas y no de una sola con eficacia aplazada.

No parece adecuado hablar de dos derechos diferentes, ya que no se trataría ni siquiera de una doble naturaleza jurídica del derecho de participación, sino de dos derechos independientes aunque complementarios. Sí compartimos que el crédito que se genera con el ejercicio de la facultad de remuneración tiene una naturaleza *desintelectualizada*, pero ello no es sino consecuencia de este propio ejercicio, como en cualquier relación obligacional que provenga de un derecho de otro orden. En consecuencia, parece mejor hablar de un único derecho que desemboca en el reconocimiento de un crédito.

¹⁷² Posicionándose también claramente en contra de esta alternativa, *vid.* COLOMBET, Claude. *Propriété littéraire et artistique...*, *cit.*, p. 178. Para el jurista francés, el *droit de suite* nace desde la creación de la obra, no pudiéndose aceptar que se origine ni con la divulgación ni con la primera transmisión de la misma, porque se trata de un derecho fructífero. También DELGADO PORRAS (*Panorámica de la protección civil...*, *cit.*, p. 70) expresa que «*le corresponde al autor desde el momento mismo de su creación, no una vez que ha tenido lugar la primera venta o la reventa posterior*».

¹⁷³ Cfr. VALLÉS RODRÍGUEZ, Matías, *op. cit.*, p. 450.

d) Nacimiento del derecho con la creación y eficacia aplazada de la facultad de remuneración

Como ya se ha ido desgranando hasta aquí, ésta es la opción que consideramos que mejor se adapta al esquema del derecho de participación. Se trata de un derecho subjetivo de autor de tipo relativo, de naturaleza obligacional. Sin embargo, su eficacia se encuentra aplazada –condicionada, si se quiere– hasta el acaecimiento de un hecho que el autor o derechohabiente no puede controlar, puesto que escapa de su ámbito volitivo, como es la transmisión de la obra por parte del adquirente de la misma en el mercado secundario.

Comparte esta opinión CASAS VALLÉS, para quien, indiscutiblemente, el derecho de participación nace con la obra, pero sólo se activa o fructifica en las condiciones señaladas en la Ley, surgiendo entonces el correspondiente crédito (transmisible, renunciable, embargable y prescriptible)¹⁷⁴.

Se podría llegar a criticar de esta interpretación que deja sin resolver la justificación del derecho de participación en tanto no se produzca la circunstancia que lo activa, pero ello tiene fácil contestación, a nuestro juicio. Como derecho que tiene su eficacia suspendida, el *droit de suite* debe ser tratado como se ha comentado anteriormente, esto es, como un derecho subjetivo que implica una posición jurídica del titular protegida y que puede ser preservada por todos los medios a su alcance hasta que despliegue todos sus efectos, que no será hasta la reventa de la obra con la intervención de un profesional del mercado del arte.

5.4. EL CRÉDITO DE PARTICIPACIÓN

a) Evaluación de su consideración como obligación propter rem

Cuando se produce la reventa de la obra después de la primera cesión, se transita de la condición ambulatoria de un deudor indeterminado a la fijación de un sujeto deudor concreto, desencadenante de la obligación crediticia, vinculándose al titular del derecho sin que haya mediado ningún acto negocial autónomo. Así, la eficacia del derecho se activa y el titular del derecho de autor se convierte en acreedor de una obligación económica, cuyo poder jurídico para exigirla deriva de la relación obligacional previa fijada legalmente.

¹⁷⁴ Cfr. CASAS VALLÉS, Ramón. «Comentario al artículo 24», 3ª ed., *cit.*, p. 486.

El carácter de dicho crédito no puede ser sino particular y, en cierto modo, carece de cualquier rasgo de propiedad intelectual, puesto que sobre el deudor recaen todas aquellas obligaciones correlacionadas con las exigencias que el acreedor puede oponerle, como el propio pago dinerario o la puesta a su disposición de determinada información sustancial. Asimismo, aunque las cantidades percibidas por este derecho suelen ser gestionadas por las entidades de gestión colectiva —con una naturaleza gubernamental o, por lo menos, semipública—, el receptor de los frutos es siempre el titular del crédito, quien mantiene una relación jurídica con el deudor que debe considerarse privada.

En realidad, el objeto de esta obligación no es la obra en sentido intelectual e inmaterial, sino la reventa del *corpus mechanicum*, es decir, el soporte físico donde queda fijada¹⁷⁵, determinado por la posición jurídica que el acreedor ocupa respecto al propio bien material.

Para gran parte de la doctrina española que ha tratado el derecho de participación, esta relación privada genera una obligación *propter rem*¹⁷⁶ (a causa del bien) tipificada en la ley, en la que la enajenación del soporte material determina el pago de la cantidad correspondiente al titular y, por lo tanto, éste será el vínculo entre el crédito y el derecho de remuneración¹⁷⁷. Dicha obligación operaría como un medio técnico, con origen legal, articulado para solucionar el difícil reparto de derechos entre sujetos con diferentes titularidades sobre un mismo bien¹⁷⁸. De hecho, las obligaciones *propter rem* generan un auténtico deber de prestación a cargo del obligado, cuya posición jurídica, en este caso, viene determinada por ser el propietario de la obra física. En este aspecto, se trataría de un caso de obligación de tracto sucesivo, al permanecer subsistente para el

¹⁷⁵ No existe discusión acerca de que el derecho existe con relación al objeto físico. Con buen tino, SERRANO GÓMEZ (*Los derechos de remuneración...*, cit., p. 75) apunta que «*existen tantos derechos de participación como obras plásticas haya creado el autor plástico*».

¹⁷⁶ La doctrina es mayoritaria en este sentido. DELGADO PORRAS (*Derecho de autor y derechos afines...*, cit., p. 225) destaca su condición *propter rem* porque la obligación de pago de la remuneración está a cargo del propietario del ejemplar de la obra, el cual quedará liberado de ella respecto de las enajenaciones que se efectúen del mismo una vez se haya despojado de su derecho sobre el repetido ejemplar, mediante su transmisión, renuncia o abandono. GUTIÉRREZ VICÉN (GUTIÉRREZ VICÉN, Javier. «Comentario al artículo 24». En: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª ed., dir. Rodríguez Tapia, José Miguel. Cizur Menor: Thomson Civitas, 2009, p. 229) también destaca que se trata de una obligación *propter rem*, traducida en una percepción de frutos por parte del autor. Por su parte, GRECO y VERCELLONE (GRECO Paolo; VERCELLONE Paolo. *I diritti sulle opere dell'ingegno*. Turín: UTET, 1974, p. 164), destacan que se trata de una figura *sui generis*, constituida como una obligación *propter rem*, donde los sucesivos obligados son los sucesivos propietarios del objeto material donde está incorporada la obra.

¹⁷⁷ La doctrina italiana ha analizado ampliamente las obligaciones *propter rem*. Así, BIGLIAZZI GERI sostiene que en éstas existe una conexión entre la obligación y un bien, cuidándose de destacar que éste puede ser inmueble pero, por supuesto, también mueble (cfr. BIGLIAZZI GERI, Lina. *Oneri reali e obbligazioni propter rem*. *Trattato di Diritto Civile e commerciale*, XI, t. 3, dir. Cicu, Antonio et al. Milán: Giuffrè, 1984, p. 5)

¹⁷⁸ Vid. DIEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*, 7ª ed. Madrid: Tecnos, 2012, pp. 33-35.

nuevo adquirente después del cambio de la propiedad del objeto¹⁷⁹. El cumplimiento de la obligación de pago se vincula al momento en que el bien sea transmitido otra vez¹⁸⁰.

A pesar de la aparente redondez de esta teoría, debemos indicar ciertos puntos débiles de la misma¹⁸¹. Por una parte, no se puede obviar el hecho de que las obligaciones *propter rem* hallan su origen en la propiedad del bien físico, así que perduran mientras éste exista. Por consiguiente, al nacer esta obligación de la situación del propietario del bien, la figura del acreedor del derecho de participación que deviene tal por haber creado la obra y haber vendido su soporte físico por primera vez no convierte la propiedad originaria en lo más relevante en nuestro esquema. La obligación de liquidar el crédito de participación es consecuencia de un derecho patrimonial de autor, que claramente tiene su origen en la propiedad intelectual y que, recordemos, sólo podrá ser exigido por setenta años *post mortem auctoris*. Una vez transcurrido dicho plazo, el autor o sus derechohabientes quedarán totalmente desvinculados del bien desde un punto de vista patrimonial.

MARTÍN SALAMANCA también afirma que se le pueden sacar ciertas objeciones al planteamiento que define la generación del crédito de participación como una obligación *propter rem*. Primeramente, éstas se generan por la titularidad real y no por la venta del bien, como aquí ocurre. En segundo lugar, son obligaciones que suelen referirse a bienes inmuebles –si bien este escollo no sería insalvable, a nuestro juicio–. Y, finalmente, sí es relevante que el derecho de crédito grava *ex lege* al vendedor, con lo que inusualmente el deudor de la obligación *propter rem* sería el propietario que deja de serlo y quien rompe el vínculo real con el objeto gravado.

b) Características del crédito

En cuanto a las características del crédito de participación, éstas son muy diferentes a las del derecho concebido de un modo abstracto, al alejarse de su tratamiento tuitivo. Por lo tanto, una vez generado e individualizado el crédito, éste será renunciabile, transmisible, embargable y prescriptible¹⁸².

¹⁷⁹ BIGLIAZZI GERI identifica el sujeto pasivo de la relación de un modo ambulatorio, haciendo hincapié en la inestabilidad del sujeto pasivo, que muta según muta el título (*op. cit.*, p. 5). Por su lado, DÍEZ-PICAZO, poco dado a establecer reglas comunes respecto a las obligaciones *propter rem*, ya que considera que son múltiples las situaciones en que se pueden dar, expone que, normalmente, se transmiten y se extinguen en función de la transmisión o extinción del derecho real sobre el que recaen (*op. cit.*, 40-41)

¹⁸⁰ El contenido de las obligaciones *propter rem* puede ser de dar –como es el caso, al ser un derecho de crédito–, de hacer o de no hacer (BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 6).

¹⁸¹ MARTÍN SALAMANCA, Sara, *op. cit.*, p. 132.

¹⁸² En una línea parecida se expresa MINERO ALEJANDRE (*op. cit.*, p. 1.235): «una vez surgido el derecho de pago concreto, este derecho sí es renunciabile por su titular en cada caso concreto, así como alienable, sobre la base de su naturaleza obligacional».

Con relación a su embargabilidad¹⁸³, cabría aplicar, por analogía, el artículo 53.2 TRLPI relativo al embargo de los derechos de explotación, por el cual «*los derechos de explotación correspondientes al autor no son embargables pero sí lo son sus frutos o productos, que se considerarán como salarios, tanto en lo relativo al orden de prelación para el embargo, como a retenciones o parte inembargable*». De este modo, y siguiendo el principio que considera embargable todo lo que es transmisible¹⁸⁴, se debe aceptar que esta regla sea aplicable a las remuneraciones que genera el *droit de suite*. Por supuesto, la consideración de fruto embargable es el crédito al pago que se va a generar y que aún no ha sido satisfecho, y no el dinero que el autor ya haya percibido y que forme parte de su patrimonio personal, que sí será embargable de manera directa, primaria y sin especialidad alguna¹⁸⁵.

Por su parte, el artículo 12 de la Ley 3/2008 contempla que la acción de los titulares para hacer efectiva la remuneración prescribirá a los tres años desde la notificación de la reventa, siempre que no haya sido reclamada por la entidad de gestión colectiva o el titular del derecho.

¹⁸³ ZEISBERG (*op. cit.*, p. 557) apunta que el *droit de suite* es inembargable, del mismo modo que los otros derechos de remuneración, pero no así los frutos. Por su lado, BERCOVITZ ÁLVAREZ (*op. cit.*, p. 353) explica que la doctrina mayoritaria ni siquiera reconoce la ejecución forzosa del derecho del autor, por lo que como derecho abstracto tampoco se somete a prescripción en cuanto tal. Por el contrario, una vez surge el crédito, el derecho concreto, «*éste sí es alienable, renunciante, embargable y sujeto a prescripción*».

¹⁸⁴ *Vid.* HERNÁNDEZ ROBLEDO, Miguel Ángel. «El embargo de los derechos de autor: su problemática registral». En: *El derecho de autor y las nuevas tecnologías. Reflexiones sobre la reciente reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Macías Castillo, Agustín. Madrid: La Ley, 2008, p.156.

¹⁸⁵ Cfr. CABEDO SERNA, Llanos, *op. cit.*, p. 366.

CAPÍTULO 3: JUSTIFICACIÓN DE LA ATRIBUCIÓN DEL *DROIT DE SUITE*
A LOS AUTORES DE OBRAS DE ARTES PLÁSTICAS

La justificación del *droit de suite* no puede atender únicamente a los motivos históricos y económicos que propiciaron su origen, como la equidad o la justicia social. Actualmente, no puede mantenerse una significación del derecho basada en la recaudación para evitar abusos a los autores que disponen de pocos recursos económicos, puesto que el mismo no lo cobran solamente los autores con dificultades, sino más bien todo lo contrario –los principales beneficiarios son aquellos que venden en el mercado secundario por encima de los umbrales fijados por ley para la activación del derecho, es decir, básicamente, los artistas consolidados–¹⁸⁶.

Por lo tanto, será necesario explicar, desde un punto de vista dogmático-jurídico, la necesidad de su existencia y el cometido de este derecho de remuneración dentro de un sistema moderno de derechos de autor –en este caso específico, el configurado por la Ley de Propiedad Intelectual española–, con el objetivo de dilucidar su justificación y la función que desarrolla.

1. SINGULARIDAD DE LA CREACIÓN PLÁSTICA

El derecho de propiedad intelectual confiere al autor y a sus derechohabientes un monopolio absoluto sobre sus obras, lo que implica la atribución de facultades de carácter económico –además de las morales–, con la finalidad de poder explotar tales obras.

¹⁸⁶ En esta línea, *vid.* ORTEGA DOMÉNECH (ORTEGA DOMÉNECH, Jorge. *Obra plástica y derechos de autor*. Madrid: Reus, 2000, pp. 148 y 149). También CASAS VALLÉS («El derecho de participación...», *cit.*, p. 73) explica que el *droit de suite* no debe ser aceptado o rechazado porque los artistas sean pobres o ricos, ya que este colectivo no tiene más títulos para una intervención legal en su favor que los que pueda ostentar cualquier otro. Añade, con buen criterio, que tampoco el eventual bienestar del artista nos puede llevar a rechazar el derecho, porque no se trata de un expediente de asistencia social, sino de un derecho de autor que, una vez reconocido en la Ley, se ajusta a las reglas de la oferta y la demanda.

Dicho monopolio se concreta en la autorización y prohibición de explotaciones por parte de terceros o en la percepción de una mera remuneración.

Justamente, la Ley de Propiedad Intelectual abre su articulado con una verdadera declaración de intenciones: «*la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación*»¹⁸⁷ y se atribuye al autor «*la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra*»¹⁸⁸, aspectos ya reafirmados en el artículo 428 C.c., que dispone que «*el autor de una obra literaria, científica o artística tiene el derecho a explotarla y disponer de ella a su voluntad*».

Con dichos principios, se pudiera pensar que *cualquier* tipo de autor que crease *cualquier* tipo de obra la podría explotar económicamente de *cualquier* modo. Sin embargo, esta afirmación, cierta en el plano teórico de la norma, se encuentra con una limitación *de facto* por razón del objeto, debido a que determinados autores, en este caso los creadores de obras plásticas, verán cómo esos derechos de explotación exclusivos se debilitan o bien porque legalmente sus derechos se presumen cedidos, en aparente perjuicio del autor, o bien por motivos puramente materiales. Esta premisa es aceptada por la mayoría de la doctrina¹⁸⁹ y, en definitiva, no es algo nuevo, puesto que, tal y como se ha visto con anterioridad, el origen histórico del *droit de suite* se halla precisamente en una discriminación respecto a este tipo de autores.

Ciertamente, los creadores plásticos explotan su obra de un modo cuya incidencia recae, prácticamente siempre, en el ejemplar original, fundamento básico de sus posibilidades de explotación económica. Sin embargo, el elemento distintivo, aquí, no es que la obra quede fijada en un soporte único e irrepetible, sino el hecho de que el creador haya intervenido personalmente en su materialización mediante un contacto físico directo con los materiales empleados¹⁹⁰. Para una mejor comprensión de este extremo, nos serviremos de un concepto al que la doctrina italiana otorga una gran relevancia,

¹⁸⁷ Cfr. artículo 1 TRLPI.

¹⁸⁸ Cfr. artículo 2 TRLPI.

¹⁸⁹ Varios autores han destacado que el *droit de suite* encuentra su explicación originaria en la cobertura incompleta que el derecho de autor proporciona a los artistas plásticos. Por ejemplo, DIETZ (*op. cit.*, p. 104) opina que, en la explotación de los originales de obras de artes plásticas, la venta es, a menudo, la única posibilidad de obtener ingresos de la misma. La explotación en otras formas es, junto a aquélla, quizás posible, pero insignificante, ya que en este ámbito –catálogos o reproducción– entran en acción limitaciones desfavorables para el autor. Expresándose en términos parecidos, ORTEGA DOMÉNECH (*Obra plástica...*, *cit.*, p. 77) observa «*problemas de encaje de la obra plástica dentro de nuestra legislación, como resultado de su principal característica: la unicidad en su creación, pues, normalmente, no se elabora con la idea de reproducirse posteriormente*».

¹⁹⁰ Para DE SANCTIS, el carácter único de la obra de artes plásticas proviene de «*la aportación creativa que se refleja en la relación directa autor-materiales empleados*» (DE SANCTIS, Vittorio M. *La protezione delle opere dell'ingegno*, 2ª ed. Milán: Giuffrè, 2004, p. 11).

como es la *estrinsecazione*¹⁹¹. Con el mismo, se trata de describir aquel proceso por el cual el autor *exterioriza* su obra, partiendo de una concepción intelectual. Si bien puede predicarse de cualquier tipo de obra —una obra musical que queda plasmada en una partitura o una obra literaria que lo hace en un texto escrito—, sólo en el caso de las obras de artes plásticas la *estrinsecazione* será plena, ya que de ella surgirá la obra de arte propiamente dicha, siendo esta materialización personal su verdadera fuente de valor y no el hecho de quedar plasmada en un ejemplar único o limitado. En otras palabras, el creador es el autor material del objeto de arte resultante, con lo que podría decirse que su personalidad quedará ensamblada de un modo auténtico en el mismo, pudiéndose percibir su *aura*¹⁹². Por ello, cualquier reproducción llevada a cabo por procedimientos mecánicos no permitirá reflejar un original fielmente —por ejemplo, en la fotografía de una pintura no se podrán observar los trazos, los materiales utilizados, la técnica, etc.— y acabará siendo una mera adecuación del modelo original en otra materia o energía¹⁹³.

Para dar un mayor sentido a esta realidad, se ha defendido que el autor de obras plásticas reúne en su misma persona dos facetas: la de creador y la de ejecutante¹⁹⁴. Así, BERCOVITZ ÁLVAREZ considera una prueba de ello la existencia de dos expresiones lingüísticas, como son *autor plástico* y *artista plástico*, donde la primera haría alusión al aspecto de creación abstracta mientras la segunda estaría conectada a la ejecución¹⁹⁵. Por su lado, BAYLOS CORROZA, igualmente partidario de esta dicotomía, no duda de que el autor plástico es quien personalmente concibe y realiza la obra plástica, «*sin poder delegar su ejecución en otro*», considerando muy afortunada la diferenciación que estableció, en su día, el *Reglamento de 3 de septiembre de 1880, de la Ley de Propiedad Intelectual de 1879*, porque definía al autor como el que concibe y realiza alguna obra científica o literaria, «*o crea y ejecuta alguna artística*», dando relevancia a esa división bifásica propia de la creación plástica¹⁹⁶. De hecho, en determinados casos, como ocurre

¹⁹¹ Vid. ARE, Mario, *L'oggetto del diritto di autore*. Milán: Giuffrè, 1963, p. 232.

¹⁹² El concepto de aura fue acuñado por Walter Benjamin para referirse a «*aquella manifestación irrepetible*» que permite al creador realizar una actividad creativa pura, esto es, «*no determinada ni por una función social ni por un contenido objetual*». Es célebre, en este sentido, la siguiente cita del pensador alemán: «*en la época de la reproducción técnica de la obra de arte, lo que se atrofia es el aura de ésta*» (cfr. MAYORGA RUANO, Juan. *Revolución conservadora y conservación revolucionaria. Política y memoria en Walter Benjamin*. Rubí: Anthropos, 2003, p. 146).

¹⁹³ Vid. BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. *Tratado de Derecho Industrial, cit.*, p. 549.

¹⁹⁴ El artículo 105 TRLPI define al artista intérprete o ejecutante como a «*la persona que represente, cante, lea, recite, interprete o ejecute en cualquier forma una obra*».

¹⁹⁵ Cfr. BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán, *op. cit.*, p. 67.

¹⁹⁶ Cfr. BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. *Tratado de Derecho Industrial, cit.*, p. 550. Igualmente, DESBOIS (*Le droit d'auteur...*, *cit.*, p. 72) opina que la ejecución personal es la condición necesaria y suficiente de la existencia de una obra de arte de este tipo; mientras, ACHA explica que este tipo de autores —plásticos— se caracterizan precisamente por aunar ambos aspectos, ya que «*emprenden la concepción de sus obras junto con la ejecución*» (ACHA, Juan. *Expresión y apreciación artística: artes plásticas*. Trillas: México D.F., 1993, p. 155). Entre

muy especialmente con la pintura, una vez el autor concibe la obra, de inmediato o incluso simultáneamente utiliza los materiales y técnicas que le van a permitir expresarla, residiendo la mayor parte del valor artístico en la ejecución plástica¹⁹⁷.

No obstante, en otro tipo de obras protegidas por derechos de autor, se diferenciará netamente entre esas dos acciones¹⁹⁸. Por ejemplo, salvo excepciones relativas a la improvisación, una obra musical es, en primer lugar, creada idealmente por el autor y, luego, ejecutada; pudiendo serlo en este caso por él mismo, pero también por un tercero (artista ejecutante), lo que posibilitará múltiples interpretaciones de una misma pieza. Por consiguiente, los autores de obras musicales ni siquiera requieren, en ocasiones, tener un contacto directo y físico con los medios expresivos empleados para realizar su obra. En cambio –insistimos–, en la obra plástica no se aprecia tal diferenciación, puesto que ésta es percibida por el espectador o destinatario de un modo único, donde el autor de la concepción intelectual siempre exteriorizará su propia obra mediante una ejecución concreta.

Otro aspecto interesante derivado de diferenciar entre estas dos facetas es que nos permite dilucidar dónde se halla la actividad creativa, por ende protegible¹⁹⁹. Es

nosotros, BERCOVITZ ÁLVAREZ reitera que «*el autor plástico será, al mismo tiempo, ejecutor plástico*» y se erige en el principal valedor de la tesis que establece dicha dualidad, además de ser quien más ampliamente la ha desarrollado (*op. cit.*, pp. 65-67). Sin embargo, la posición que defiende la diferenciación, en la creación, entre concepción y ejecución no es unánime. En efecto, es criticada por autores relevantes, quienes suelen identificar la propia concepción con la obra ejecutada, al considerar que aquélla es inexistente o carente de importancia en la obra plástica. En este último sentido, *vid.* KATZENBERGER, Paul. *Das Folgerecht...*, *cit.*, p. 69 o ASCARELLI, Tullio. *Teoria della concorrenza dei beni immateriali*, 3ª ed. Milán: Giuffrè, 1960, p. 699. El jurista italiano precisa que en las obras artísticas simplemente hay exteriorización de la idea mediante la propia *estrinsecazione*, sin poder hablar de ejecución.

¹⁹⁷ Siguiendo este argumento, COLOMBET (*Propriété littéraire et artistique...*, *cit.*, p. 29) expone que la mayor particularidad respecto a la obra de arte en cuanto a su originalidad se encuentra en la ejecución personal que de la misma realiza el autor. Asimismo, para PEÑUELAS I REIXACH, este tipo de obras deben tener su origen en el artista, en un doble sentido: debe surgir de su propia creación o idea y debe surgir de su propia realización (PEÑUELAS I REIXACH, Lluís. *Valor de mercado y obras de arte: análisis fiscal e interdisciplinario*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 72).

¹⁹⁸ En definitiva, el autor plástico imagina la propia obra y la realiza, «*a diferencia de otro tipo de autores*» (cfr. CAROSONE, Oscar. *L'opera dell'ingegno per commissione*. Milán: Giuffrè, 1970, p. 13). El mismo discurso utiliza SÁNCHEZ ARISTI, al sostener que el autor plástico se ve obligado a «*ejecutar él personalmente dicha concepción operando directamente sobre el soporte*», asumiendo funciones «*que en otros órdenes intelectuales son desempeñadas por artistas intérpretes o ejecutantes*» (cfr. SÁNCHEZ ARISTI, Rafael. «Las ideas como objeto protegible por la propiedad intelectual». *Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, nº 4, enero-abril 2000. Madrid: Ed. Bercal, 2000, p. 44).

¹⁹⁹ Para OTERO LASTRES, en el caso de las obras de las artes plásticas, «*la creatividad tiene que manifestarse no sólo en la concepción intelectual de la obra, sino también en la ejecución material de la misma*» (OTERO LASTRES, José Manuel. «El grado de creatividad y de originalidad requerido al diseño artístico». *Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, nº 19, enero-abril 2005. Madrid: Ed. Bercal, 2011, p. 33).

decir, deberemos resolver si solamente merece tutela jurídica la ejecución de la que resulta la pura materialización de la obra o, por el contrario, también puede extenderse a la conceptualización –término usado en equivalencia de *concepción* o *idea*, pero que intensifica aquí el origen de la obra como *concepto*–, entendida como aquella *imagen* que tiene el autor idealmente antes ser exteriorizada y que va fluyendo en su mente durante la ejecución plástica. Sin ánimo de otorgar una excesiva importancia a la cuestión planteada, por su eminente contenido teórico, nos decantamos por sostener que, si bien ambas facetas son inescindibles, la protección jurídica de la obra plástica deberá ser abordada en función de dónde bascule con mayor peso el grado de originalidad, siempre y cuando aquella haya sido expresada. Como se verá con mayor profusión al examinar las características propias de las obras de artes plásticas, en ocasiones, la originalidad reside en mayor medida en la concepción de la creación, ya que el autor ha ideado una composición perfectamente identificable, donde lo importante no es la ejecución técnica en sí misma, sino la plasmación de una sensibilidad que sólo puede atribuirse al autor determinado. Por el contrario, otras veces la ejecución plástica lo será todo, y el *genio* del autor no se reconocerá por la concepción de la obra expresada, sino por su realización virtuosa, que emana de imágenes o realidades objetivas²⁰⁰.

En cualquier caso, resulta imprescindible apuntar una crítica sustancial sobre la exposición doctrinal hilvanada hasta este punto, lo que nos ayudará a focalizar todavía más la problemática en la creación plástica. Si, por una parte, compartimos plenamente la existencia de tres axiomas válidos en la teoría de la singularidad de la obra plástica: *i*) el ejemplar único como núcleo de las posibilidades de explotación de la obra, *ii*) el contacto físico directo del autor con los materiales empleados como medio diferenciador para la plasmación de la obra y *iii*) la concurrencia de las facetas en una misma persona de quien concibe y quien ejecuta, ambas indelegables; aun respetando este esquema, hay algo con lo que no podemos estar de acuerdo y que, en líneas generales, la doctrina sorprendentemente parece pasar por alto²⁰¹. Esta configuración no puede ser aplicable a *todas* las obras plásticas, sino sólo a un *subgrupo* dentro de las mismas, el que, en adelante, denominaremos sin ambages obras *de artes plásticas*, por estar incluidas entre las

²⁰⁰ BERCOVITZ ÁLVAREZ (*op. cit.*, pp. 94) plantea la problemática desde una perspectiva que nos ofrece serias dudas, al defender que la concepción plástica puede ser objeto de protección por derechos de autor, por ejemplo, cuando «*ha alcanzado concreción suficiente mediante una muy detallada descripción verbal*». En realidad, no descartamos la posibilidad de tutela jurídica intelectual de un supuesto así, pero en ningún caso como obra plástica, sino como obra literaria.

²⁰¹ Una excepción, en este sentido, es ORTEGA DOMÉNECH, quien sí repara en esta importante cuestión terminológica, descubriendo el desbarajuste contenido en la legislación española, que utiliza, sin un criterio inteligible, expresiones como «*obras plásticas*», «*obras de arte*» u «*obras de artes plásticas*» (*Obra plástica...*, *cit.* p. 26).

denominadas Bellas Artes²⁰². A este tipo de obras tiene sentido reconocerles un régimen especial, donde se circunscribiría el *droit de suite*.

1.1. DEFINICIÓN DE OBRA DE ARTES PLÁSTICAS

Las obras de artes plásticas, pese a pertenecer a la categoría general de obras plásticas, presentan sus propias especificidades. Se agruparían en la definición todas aquellas expresiones artísticas en que se utilizan materiales que son susceptibles de modificación a lo largo del proceso creativo²⁰³. Generalmente, las artes plásticas se manifiestan a través de la forma y del color, compartiendo elementos rectores como la necesidad de un mínimo diseño y composición, así como su percepción tangible por parte del espectador²⁰⁴.

Académicamente, el término apareció a finales del siglo XIX, para referirse a obras de pintura, escultura, arquitectura, dibujo, grabado –en su más amplia expresión– y artesanía, así como para diferenciarse de otras ramas de las Bellas Artes, como las artes escénicas, la música, la literatura y, posteriormente, el cine²⁰⁵.

A pesar de la continua irrupción de nuevas tendencias artísticas, en la definición planteada aquí se tratará de mantener su concepción más clásica, no dando cabida a muchas de las conocidas como artes visuales, sobre todo cuando éstas se basen en recursos artísticos que parten de la informática o la cinematografía y, por tanto, convierten la obra en eminentemente audiovisual, como es el caso de determinadas *performances*²⁰⁶.

²⁰² Cfr. ALGARDI, Zara Olivia. *La tutela dell'opera dell'ingegno e il plagio*. Padua: CEDAM, 1978, p. 82.

²⁰³ Cfr. VALERO MUÑOZ, Antonio. *Principios de color y holopintura*. Alicante: Club Universitario, 2013, p. 217.

²⁰⁴ En palabras de READ, el arte plástico se compone de dos elementos básicos, que son la forma, que obedece a ciertas leyes universales de la naturaleza, y el color, que es la propiedad superficial de las formas y texturas de las cosas. Si bien, cabe matizar, la forma no puede ser percibida sino como color, porque éste es la reacción de la forma de un objeto a los rayos de luz (READ, Herbert E. *Educación por el arte*, 3ª ed. Barcelona: Paidós, 1982, p. 40). Sin embargo, en la creación plástica cabría añadir la composición, que facilita la estructuración de la obra en formas y colores. Referido a percepción del arte, KNOBLER ha destacado que la satisfacción estética de quien contempla una obra de arte resulta de una combinación de actitudes subjetivas y de facultades perceptivas, por cuanto la psicología del sujeto espectador también tendría su relevancia. (KNOBLER, Nathan. *El diálogo visual. Introducción a la apreciación del arte*. Madrid: Aguilar, 1970, pp. 5 y 6).

²⁰⁵ El filósofo Charles Batteux acuñó, en el siglo XVIII, el concepto de *Bellas Artes*, incluyendo en su seno, originalmente, la danza, la floricultura, la escultura, la música, la pintura y la poesía, para posteriormente añadir la arquitectura y la elocuencia. A principios del siglo XX fue Riccioto Canudo quien, en su *«Manifiesto de las Siete Artes»*, estableció la clasificación que ha perdurado hasta nuestros días, incluyendo como Bellas Artes la arquitectura, la danza, la escultura, la música, la pintura, la poesía y el cine (*vid.* VALERO MUÑOZ, Antonio, *op. cit.*, p. 217).

²⁰⁶ Las *performances* tienen cierto carácter plástico, ya que la disposición física de los elementos, así como el desarrollo de los mismos en un espacio determinado, son esenciales para

Tampoco podrán incluirse en esta descripción las obras que son fijadas exclusivamente en un soporte digital, ya que supondría despojar a ésta de su carácter tangible²⁰⁷.

En cualquier caso, desde el punto de vista de la aplicación jurídica del concepto, tratar de señalar cuáles tienen consideración actualmente de obras de artes plásticas a partir de un listado indicativo más o menos cerrado de las tipologías incluidas en el mismo es de una complejidad extrema, amén de tarea infructuosa. Las expresiones artísticas son especialmente dinámicas y cambiantes, tanto en el tiempo como en sus localizaciones, siendo el propio mercado artístico y sus públicos –entendidos del modo más amplio posible–, quienes, subjetivamente, incorporarán o expulsarán clases de obras de su esfera de atención.

A pesar de todo, como en tantas otras ocasiones en que es necesario acotar jurídicamente un concepto, resulta socorrido el recurso a la enumeración de supuestos con la que ejemplificarlo. No en vano, de ese modo se facilita la comprensión por parte de la sociedad, la interpretación por parte de la doctrina y, finalmente, la aplicación perfilada por parte de los tribunales. Es por ello que diferentes legisladores se han visto obligados a delimitar los distintos tipos de *obras plásticas*, aunque normalmente advirtiendo que no es su propósito realizar relaciones taxativas, sino demostrativas, para ayudar a situar la esfera de regulación de una determinada norma. No obstante, en nuestro caso concreto, nos hallamos con una dificultad añadida, por cuanto debemos seleccionar dentro de dichos elencos aquellas clases que tendrán la consideración de *artes plásticas*.

En este sentido, destaca el artículo 10 TRLPI, en cuyo apartado e) se incluyen determinados ejemplos que distinguiremos como obras de artes plásticas, como son «*las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía*»; mas sin que debamos desechar otras tipologías recogidas en la Ley que pudieran llegar a tener esta misma consideración, siempre y cuando cumplieran con la características básicas de tratarse de ejemplares únicos o limitados y expresados por el propio autor en un soporte corpóreo, como son las historietas gráficas o cómics, los proyectos y maquetas de obras arquitectónicas –en realidad, también lo serían éstas en sí mismas–, los gráficos, los mapas o determinados diseños²⁰⁸.

Por su parte, en el artículo 14 del *Real Decreto 281/2003, de 7 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual*, se re-

su contemplación; sin embargo, su esencia no se halla en cómo se han dispuesto tales elementos, sino en la obra teatral o audiovisual que subyace en su expresión. Piénsese, por ejemplo, en la obra «*The visitors*», de Ragnar Kjartansson, en la que el artista sueco reparte proyecciones en una sala oscura donde aparecen diferentes actores, grabados de forma individual e independiente, interpretando una canción simultáneamente.

²⁰⁷ La obra plástica digital supone una ruptura del binomio concepción-ejecución, ya que los instrumentos utilizados para este tipo de obras no son una prolongación de la mano del autor, sino un modo de reemplazarla, como puede suceder en cualquier creación llevada a cabo con ordenadores (*vid.* ORTEGA DOMÉNECH, Jorge. *Obra plástica....cit.*, p. 79).

²⁰⁸ *Vid.* artículo 10.f) y 10.h) TRLPI.

cogen los requisitos para identificar y describir obras objeto de propiedad intelectual, debiéndose extraer como pertenecientes a las artes plásticas únicamente las esculturas, las obras de dibujo y pintura, los grabados y litografías; de nuevo, pudiéndose añadir algunos ejemplares originales de tebeos y cómics.

En el ámbito internacional, el artículo 2.1 del *Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*, dejando ciertas libertades de regulación a los Estados adheridos al Tratado, establece una clasificación fragmentada de las obras artísticas, donde en un primer grupo parece incluir aquellas relativas a las Bellas Artes plásticas: «*dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía*», netamente separadas de otras obras plásticas, tales como «*las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias*».

Por supuesto, el catálogo de obras de esta *subcategoría* de mayor interés para el presente estudio es, sin duda, el recogido en el artículo 1 de la Ley 3/2008²⁰⁹, cuyo objetivo es acotar el máximo posible el tipo de obra al que va a ser de aplicación el derecho de participación. Se desprende de su contenido la intención del legislador de enumerar de manera restrictiva «*las obras de arte gráficas o plásticas*», si bien por motivos que serán expuestos detalladamente a su debido tiempo, se excluyen del listado determinadas obras que, por sus características, sí debieran encontrarse en cualquier relación de obras de artes plásticas –por ejemplo, las obras arquitectónicas–. De todos modos, al efecto de evitar reiteraciones innecesarias, consideramos oportuno analizar profundamente este precepto más adelante, al examinar el objeto de la Ley 3/2008²¹⁰.

En cambio, deberemos incluir en el ámbito objetivo del *droit de suite*, aunque tengamos que forzar un poco la definición, las obras fotográficas. Éstas, a pesar de no ostentar las exigencias que se expondrán como necesarias para reconocer una obra de artes plásticas, sí que, de cumplir una serie de requisitos, podrían llegar a ser asimilables a éstas, especialmente en cuanto a sus atribuciones en el mercado del arte.

Además de las ordenaciones legales, también la doctrina ha llevado a cabo loables intentos de enumerar los diferentes tipos de obras plásticas en general. Pero estas clasificaciones, por ser demasiado exhaustivas, pronto se ven desfasadas, ya que la rea-

²⁰⁹ El artículo 1 de la Ley 3/2008 es una transposición casi literal del artículo 2 de la Directiva 2001/84/CE. Ambos preceptos recogen un listado ejemplificativo de obras de artes plásticas a las que les resultará de aplicación el derecho.

²¹⁰ *Vid. infra*, capítulo 6, 2.1. También será de interés, en su momento (*vid. infra*, capítulo 7, 2.3), examinar el artículo 136. Uno. 2º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, así como las Directivas europeas que las leyes mencionadas adaptaron para su transposición al ordenamiento jurídico español.

lidad va introduciendo continuamente nuevas tipologías en detrimento de otras, lo que desemboca en difíciles consensos²¹¹.

Ciertamente, por nuestra parte, cabría el intento de tratar de cerrar una lista solamente de aquellas obras que consideráramos pertenecientes a las artes plásticas, extraídas de la categoría plástica superior. Aun así, en cuanto a lo que aquí interesa, se tiene el convencimiento de que el mejor modo para acotar la definición, en lugar de servirnos de un *numerus clausus*, será el examen de la concurrencia de determinados requisitos en toda esta clase de creaciones, tras aislar sus elementos comunes.

1.2. REQUISITOS PARA LA CONSIDERACIÓN DE OBRAS DE ARTES PLÁSTICAS

En nuestro planteamiento, tendrán el tratamiento de obras de artes plásticas aquellas que cumplan dos características reconocibles por encima de cualquier otra: la corporeidad, en el sentido de ser obras expresadas necesariamente en un soporte tangible, y una originalidad específica, mediante la puesta en valor de aspectos como la exigencia de una intervención material por parte del autor en la ejecución de los ejemplares resultantes o la especial estimación económica de este tipo de obras en el mercado del arte. Así, a continuación se exponen estos requisitos y la casuística que de los mismos se puede derivar.

a) Corporeidad

a.1) Fijación de la expresión en soporte físico

La exteriorización de una obra de artes plásticas siempre partirá de una expresión artística que quedará fijada en un soporte físico concreto. Así, la expresión será el canal

²¹¹ Algunos autores prefieren elaborar una clasificación que podría llamarse *clásica*, por cuanto parte de las grandes categorías tradicionales (pintura, escultura, dibujo, grabado y otras figuras) para, dentro de éstas, encajar otras más novedosas (ORTEGA DOMÉNECH, Jorge. *Obra plástica...*, *cit.*, pp. 26 ss.). Sin embargo, otros, como BERCOVITZ ÁLVAREZ optan por presentar una relación muy categorizada, estableciendo las siguientes tipologías: pintura y dibujo, escultura, impresión gráfica original, tapices y tejidos, arquitectura y proyectos de ingeniería, bocetos y ensayos, monumentos en grandes dimensiones, jardinería y composiciones florales, decoración de interiores, escenarios y vestuario, cómics y dibujos animados, videojuegos, artesanado, arte aplicado, signos tipográficos y, finalmente, las *kleine münze* –creaciones de poco valor artístico aplicadas a objetos cotidianos– (*op. cit.*, pp. 36-63). Sin embargo, somos de la opinión de otorgar una utilidad relativa a estas clasificaciones, del mismo modo que defiende DE COUTO GÁLVEZ, para quien, desde un punto de vista tecnológico, los esfuerzos doctrinales no facilitan el concepto de obra de arte, porque los límites no estables de estas figuras se adaptan a las nuevas tecnologías y proporcionan, a su vez, nuevos tipos de arte (DE COUTO GÁLVEZ, Rosa *et al.* *La tutela de la obra plástica en la sociedad tecnológica*. Madrid: Trama Editorial, 2005, p. 32).

por el cual el creador determinará su propósito creativo, definitorio, a la postre, del tipo de obra; mientras la fijación, por su parte, supondrá la selección y utilización de materiales para ejecutar dicha expresión, que se manifestará a partir de formas y colores²¹². En este punto, se debe destacar que la técnica utilizada para tal ejecución no será relevante, aceptándose el uso de cualquier material o soporte, incluso si los mismos fueran efímeros²¹³.

La concurrencia de los elementos planteados provocará que la concepción intelectual se termine convirtiendo en una obra de arte específica, en determinados casos, única²¹⁴. Por consiguiente, con este proceso la obra se fijará en un soporte físico y devendrá en algo perceptible, cuando menos, visualmente; por lo que será requisito imprescindible para que aquella sea considerada de artes plásticas que un observador medio pueda visualizarla.

Sentado este principio, se excluirían de dicho terreno tanto las iniciativas artísticas concebidas únicamente para la estimulación de otros sentidos²¹⁵, como aquellas expresiones que, aun pudiendo ser clasificadas en otras circunstancias como pertenecientes

²¹² En este sentido, DE SANCTIS (*op. cit.*, p.7) expresa, literalmente, que «*los creadores plásticos se expresan a través de signos, formas y colores, requiriendo un soporte material para concretarse y revelarse al exterior*». R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO («Comentario al artículo 10», 3ª ed., *cit.*, pp. 228 y 229), lo resume en dar «*forma o color a materias preexistentes. De ahí la importancia de las líneas, planos, las dimensiones, los volúmenes, la intensidad y la variedad de colores y de sus tonalidades*». Finalmente, ORTEGA DOMÉNECH (*Obra plástica...*, *cit.*, pp. 45-48) sostiene que tres elementos son clave para la fijación de la expresión: la materia –piedra, tela, mármol, papel, etc.–; el color, importante para reflejar emociones; y la forma, necesaria para elaborar la obra pero cuyo significado le trasciende.

²¹³ La materialización no tiene por qué ir unida a la idea de perdurabilidad, debiéndose aceptar como obra plástica tutelada por el derecho de autor también aquella fijada en un soporte temporal o realizada con técnicas que desaparecen con facilidad –como el uso de pinturas no indelebiles–. ALGARDI (*La tutela dell'opera...*, *cit.*, p. 199) pone como ejemplo para dichos supuestos el arte realizado con nieve. En términos parecidos, *vid.* GRECO, Paolo; VERCELLONE, Paolo, *op. cit.*, p. 40. Entre nosotros, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO («Comentario al artículo 10», 3ª ed., *cit.*, p. 174) indica que el material empleado por el creador plástico también puede ser materia orgánica (jardinería), hielo, nieve, chocolate, masa o miga de pan, crema (pastelería). No obstante, a pesar de que las principales legislaciones de propiedad intelectual protegerán la obra simplemente exteriorizada, sin atender a su posible fugacidad, en los Estados Unidos, siendo una excepción a la regla planteada, para ostentar protección legal, la obra debe ser «*fijada en un soporte tangible (...) por un período más que una duración transitoria*» (cfr. 17 USC § 101).

²¹⁴ Es el autor quien escoge exteriorizar determinada concepción intelectual con una expresión artística concreta y no otra. Por ejemplo, en el caso de una pintura abstracta, la obra, seguramente, suscitará sentimientos más que significados, pero el propósito del creador sólo podía conseguirse de ese modo y no, por ejemplo, de forma literaria (*Vid.* ARE, Mario, *op. cit.*, p. 405).

²¹⁵ Sirva de ejemplo una propuesta consolidada, pionera en nuestro país –instaurada desde principios de los años noventa–, como es la muestra olfativa «*Por Narices*», ideada por Darío Sirerol, y por la que, mediante unos difusores, los visitantes de la exposición pueden experimentar una colección de aromas cuidadosamente seleccionados: plantas, frutas, semillas, maderas, flores, u olores de origen animal. Cfr. *La Vanguardia*, 7 de mayo de 1993, p. 4.

a las Bellas Artes, persiguen objetivos muy concretos, relacionados con su disfrute o *contemplación* por medios distintos al visual²¹⁶. Ello no impide que determinadas obras de carácter artístico plástico puedan ser percibidas adicionalmente mediante otros sentidos, como el tacto, el oído o incluso el olfato, puesto que, en definitiva, el creador intentará provocar una reacción a un hipotético espectador, ya sea tratando de agrandar desde el punto de vista estético o consiguiendo otros efectos, como la sorpresa, el sobrecogimiento o la mera reflexión. Con todo, también deberá considerarse una obra de arte aquella creación no tan sólo inédita, sino reservada para el disfrute exclusivo de su autor, que ejercería, a su vez, papel de circunstante.

Una vez ideada y concebida este tipo de obra por el autor, la ejecución de la misma siempre significará su fijación en un soporte corpóreo, debiéndose rechazar expresamente la fijación digital como resultado único de la obra. Así, la obra de artes plásticas que todavía no se ha ejecutado y, por lo tanto, no es objetivamente perceptible, no podrá ser apreciada como un objeto plástico determinado y, en consecuencia, no será acreedora de la tutela de los derechos de propiedad intelectual. Nótese que, mientras en las obras literarias o musicales lo importante es la creación en el sentido estrictamente intelectual, siendo el tipo de ejemplar donde se plasme cuestión totalmente accesorio, en las obras creadas por los autores de artes plásticas no hay una posible distinción perceptible entre el *corpus mysticum* y el *corpus mechanicum*²¹⁷, debiéndose hablar, más bien,

²¹⁶ Existen interesantes acciones de museos que dirigen exposiciones táctiles a personas invidentes, para que, a través del tacto puedan llegar a formarse una imagen ideal de la obra. Según apunta MUÑOZ ARROYO, «cada vez son más numerosos los museos y entidades que ofrecen alternativas de accesibilidad, pero sin duda destaca por la novedad metodológica y la eficacia de sus propuestas la entidad Art Education of the Blind (AEB), de Nueva York (...). La utilización de diagramas táctiles se ha aplicado con éxito en museos como el Museo Tattile Statale Omero, de Ancona; el Museo di Pittura Antica e Moderna Anteros, de Bolonia; o el Museo del Faro de Atenas, en Grecia, o la más reciente versión táctil del Guernica de Picasso, realizada por el Museo Nacional de Arte Contemporáneo Reina Sofía, de Madrid, en colaboración con la ONCE» (MUÑOZ ARROYO, Juana. «El arte en tus manos: actividades de exploración táctil en la exposición Obras maestras del patrimonio de la Universidad de Granada». *Revista Integración*, nº 50, Abril 2007. Madrid: ONCE, 2007, pp. 38-47). Asimismo, GOUYETTE señala que, de entre las propuestas de los grandes museos, destaca La Galería Táctil del Museo del Louvre, nacida para ofrecer a personas «en situación de discapacidad visual un acceso permanente y libre a sus colecciones (...). La escultura, que es el arte del volumen, constituye la forma artística más accesible para el público en situación de discapacidad visual, gracias a su acercamiento tridimensional» (GOUYETTE, Cyrille. «La Galería Táctil del Museo del Louvre». *Revista Agenda Cultural de la Universidad de Antioquia*, marzo de 2009, nº 152. Medellín: Universidad de Antioquia, 2009, pp. 1-3).

²¹⁷ Cualquier creación plástica viene definida por la contraposición entre el *corpus mysticum* y el *corpus mechanicum*, que, desde la óptica de la doctrina italiana, es entendida como la diferencia entre «creación intelectual» y «material exteriorización». ASCARELLI, a pesar de reconocer que una obra protegida por propiedad intelectual siempre requerirá de algún tipo de exteriorización, destaca que la creación trasciende a la materialización, reflejando la verdadera sensibilidad artística del autor (ASCARELLI, Tullio. *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Istituzioni di diritto industriale*. Milán: Giuffrè, 1960, pp. 630 ss.).

de un *corpus unicum*, al tratarse de una obra irrepetible, con elementos que representan una realidad individualizada²¹⁸.

Sin embargo, debe interpretarse aquí dicho concepto de *corpus unicum* de un modo extensivo, puesto que, dentro de los diferentes tipos de obras de artes plásticas, existen casos en que los ejemplares de la obra pueden ser múltiples, siempre y cuando éstos, independientemente considerados, cumplan con los requisitos expuestos²¹⁹. Determinadas expresiones artísticas emplean técnicas que requieren la elaboración inicial de una matriz o un molde, en su caso, a partir del cual se ejecutará la obra, como es el caso del grabado o de las esculturas realizadas a partir de fundiciones. De un modo algo confuso y deliberadamente amplio, la Directiva 2001/84/CE, establece que se hallarán sujetos al *droit de suite* los ejemplares que hayan sido realizados por el propio autor o bajo su autoridad, en ediciones limitadas. Así, las obras múltiples se considerarán obras de arte originales, a estos efectos, «*siempre que estén numerados, firmados o debidamente autorizados de otro modo por el artista*»²²⁰.

En primer lugar, tratando de aplicar el máximo rigor gramatical, no se debería hablar de ejemplares, si lo que estamos pretendiendo es que todos y cada uno los objetos resultantes tengan la calificación de obra de arte plástica. Según se analizará más adelante, podemos concluir que el criterio definitivo pasa por establecer que en cada uno de los objetos de arte duplicados se deba poder advertir la impronta creativa del autor. Su aura debe quedar reflejada en los mismos. Por lo tanto, la única solución que entendemos razonable es que el artista haya tenido una intervención directa en su ejecución, sin que ésta pueda ser resultado de una actividad meramente mecánica o tecnológica²²¹.

a.2) Posibles conflictos de titularidad de la obra

Todo lo expresado no significa que se deba confundir el ejemplar o ejemplares originales donde se fija la obra –incluso aunque sea único– con ésta tratada intelectual-

²¹⁸ BAYLOS CORROZA (*op. cit.*, p. 553) considera que el ejemplar único es donde se plasma la obra concreta, que es, al fin y al cabo, aquello que va a entrar en el tráfico económico y, por consiguiente, va a plantear las cuestiones que el Derecho debe resolver. Reitera la misma idea BONDIA ROMÁN, al expresar, interpretamos que refiriéndose a las artes plásticas, que «*no parece que tenga mucho sentido distinguir entre obra y soporte, creación y ejemplar único*», añadiendo que, entre ambos conceptos, existirá «*una plena y absoluta identificación*» (BONDIA ROMÁN, Fernando. «La compraventa de una obra de arte». En: *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Tomo I, coord. Llamas Pombo, Eugenio. Madrid: La Ley, 2006, p. 206).

²¹⁹ *Vid.* CASAS VALLÉS, Ramón. «El derecho de participación...», *cit.*, pp. 107-110.

²²⁰ Cfr. artículo 2.2 de la Directiva 2001/84/CE.

²²¹ La cuestión de los ejemplares múltiples será tratada con mayor exhaustividad al desglosar el ámbito objetivo de la Ley 3/2008. *Vid. infra*, capítulo 6, 2.1.a.1.

mente –inmaterial y abstracta–. Así las cosas, los derechos de autor y la propiedad privada ordinaria recaerán sobre una misma realidad, tanto física como jurídica, como es el ejemplar original. El gran valor económico y cultural de la obra residirá en el soporte donde se incorpore, porque habrá integrado, simultáneamente, la concepción y la ejecución del artista.

Relacionado con esto último, debe hacerse mención expresa a que, respecto a los materiales empleados directamente por el autor –incluyendo igualmente el propio soporte–, podrían llegar a surgir conflictos en cuanto a la titularidad de la obra, porque tales materiales pertenecieran a un tercero distinto del autor. En tales supuestos será de aplicación la figura de la especificación²²², recogida en el artículo 383 C.c., por la cual «*el que de buena fe empleó materia ajena en todo o en parte para formar una obra de nueva especie, hará suya la obra, indemnizando el valor de la materia al dueño de ésta*». Los siguientes párrafos del precepto contemplan dos situaciones en las que el propietario de la materia podría exigir, por su parte, la propiedad del ejemplar resultante: *i)* cuando dicha materia utilizada por el autor fuera más preciosa que la obra en que se empleó –previa indemnización a éste por el valor de la obra–; *ii)* cuando el autor interviniera con mala fe en la ejecución de la obra con materiales que no eran de su propiedad, en cuyo caso el dueño de éstos podría quedarse con la propiedad del bien artístico resultante –*nova species*– sin pagar nada al autor, o bien exigirle, alternativamente, indemnización por cantidad equivalente al valor de la materia y los perjuicios causados.

Deteniéndonos en aquel supuesto en que el autor hubiera actuado con mala fe para fijar su obra en un soporte propiedad de tercero, no existe discusión acerca de que

²²² Como una tipología del derecho de accesión con los bienes muebles como objeto, la especificación consiste en formar una nueva especie de obra con materia ajena. Tal y como destaca GARCÍA DE MARINA, para su regulación, nuestro Código civil tiene en cuenta la buena o la mala fe con la que la transformación se lleva a cabo –por lo que habrá que apelar a los artículos 433 a 436 C.c.–, así como el mayor valor entre la materia utilizada y el trabajo realizado (*vid.* GARCÍA DE MARINA, Manuel. *El derecho de accesión*. Barcelona: Cedecs, 1995, pp. 203 y 204). En el mismo sentido, no debemos obviar lo dispuesto en la *Llei 29/2002, de 30 de desembre. Primera llei del Codi civil de Catalunya*. El artículo 542-16 del Codi Civil de Catalunya (CCC), con relación a la accesión, establece que, en caso de que exista una unión de buena fe «*els propietaris del bé principal adquireixen la propietat de l'accessori que s'hi adjunta i resten obligats a compensar els titulars pel valor d'aquest*». Por el contrario, el artículo 542-17 CCC determina que, en caso de actuación de mala fe por alguno de los propietarios, las siguientes normas de prelación: «*1. Els propietaris del bé accessori, si els propietaris del bé principal han actuat de mala fe, poden adquirir el bé principal si en paguen el valor o poden obligar els propietaris del bé principal a adquirir l'accessori, pagant-ne el valor i, en aquest darrer cas, amb la indemnització dels danys i perjudicis que correspongui. 2. Els propietaris del bé accessori, si han actuat de mala fe, no tenen dret al rescabament. 3. Si ambdós propietaris han actuat de mala fe, el cas es resol com si haguessin actuat de bona fe*». Finalmente, el artículo 542-19 CCC se refiere expresamente a la utilización de materiales ajenos, para disponer que: «*1. La persona que, de bona fe, empra materials aliens, totalment o parcialment, per fer un bé moble nou els fa seus, però ha de compensar els propietaris d'aquests per haver-los emprats. 2. La persona que empra materials aliens, si actua de mala fe, a més de compensar els propietaris, els ha d'indemnitzar pels danys i perjudicis causats*».

este propietario del bien accesorio²²³, aunque decidiera quedarse con la obra, no ostentaría ningún derecho de propiedad intelectual sobre la misma. Sin embargo, cuestión más controvertida es determinar si el autor que ejecutó su obra de mala fe podría gozar de sus facultades derivadas de su derecho como tal.

Para llegar a una conclusión, nos serviremos del *graffiti* como paradigma de obra plástica en la que el artista, sin consentimiento del propietario del material, plasma su obra en soporte ajeno. Se trata de una expresión artística con base en la pintura y la escritura, realizada mediante aerosoles y otras técnicas afines, consistente en plasmar grafías y todo tipo de figuras en la vía pública o en cualquiera de los elementos de mobiliario urbano, así como en servicios de transporte²²⁴. Desde siempre, este tipo de obras han sido excluidas de las Bellas Artes, debido a su carácter ilegal –aspecto éste consustancial a su propia esencia²²⁵. A pesar de ello, la posición doctrinal mayoritaria afirma que el autor, aunque haya operado de mala fe –y, normalmente, de modo anónimo– continuará disfrutando, en el momento en que lo considerase oportuno, de sus derechos de

²²³ El artículo 383 C.c., que recoge la especificación, aquí aplicable, debe ponerse en relación con los artículos 375 y siguientes del mismo cuerpo legal, donde se desarrolla el régimen jurídico de la accesión para su completa y correcta interpretación. En concreto, el artículo 377.2 C.c. aclara que «*en la pintura y escultura, en los escritos, impresos, grabados y litografías, se considerará accesorio la tabla, el metal, la piedra, el lienzo, el papel o el pergamino*».

²²⁴ El *graffiti* nació en los años sesenta en Filadelfia, manifestándose principalmente en vagones de tren o muros de titularidad pública. A lo largo de los años, su evolución técnica y creativa hizo que un público cada vez más amplio comenzara a admirar algunas obras de su categoría, convirtiéndose, en algunos casos, en verdaderos iconos de las ciudades. El mercado del arte, siempre atento a nuevas propuestas, aunque extrañamente torpe y lento en enfocar su atención hacia los artistas del *graffiti*, convirtió estas expresiones artísticas en *arte urbano* –esto es, creado mediante idénticas técnicas artísticas, pero ejecutado con la conformidad del propietario del soporte o la autorización de las autoridades públicas– despojándolas de connotaciones ilícitas y abriéndoles espacio en diferentes galerías reputadas. Así, algunos autores provenientes del *graffiti* son ahora cotizados artistas plásticos de este denominado arte urbano, como es el caso del estadounidense Obey –que diseñó el archiconocido cartel del Presidente Obama con su rostro y la palabra *Hope*– (cfr. *El Mundo*, 20 de noviembre de 2013, p. 33) o del español Sixe-art, que incluso consiguió exponer en la *Tate Gallery* de Londres (cfr. *La Vanguardia*, 22 de mayo de 2011, p. 44). Paralelamente, también hay algunas pocas excepciones en las que el propio *graffiti* callejero se ha acabado convirtiendo en arte de vanguardia. Es el caso de la obra del artista británico, de identidad anónima, Banksy, quien sólo plasma sus piezas artísticas en la vía pública. Ello no ha sido impedimento para que sus obras lleguen a cotizarse por decenas de miles de dólares –en algunos casos, millones–, convirtiendo el supuesto daño derivado de emborronar la pared de una propiedad privada en una suerte de lotería que permite al dueño de la finca sustraer la obra y posteriormente subastarla al mejor postor (cfr. *La Vanguardia*, 28 de junio de 2013, p. 56).

²²⁵ El componente de ilegalidad es inescindible del concepto de *graffiti*, por cuanto sin aquél no cabe hablar de éste. Así opinan autores especializados en la materia, como RODRÍGUEZ, Amardo; CLAIR, Robin Patric. «Graffiti as communication: exploring the discursive, tensions of anonymous texts». *Southern Communicational Journal*, nº 1, Vol. 65. Londres: Taylor and Francisc, 1999, pp. 1-2; o SARTWELL, Crispin, *Thoroughly rehearsead human combustion*, 2006 [en línea]. Disponible en: <<http://www.crispinsartwell.com/graff.htm>> (última visita: 25 de diciembre de 2015).

autor, o cuando menos, de las facultades morales²²⁶. Pero en dicha argumentación se obvia un elemento crucial para su construcción: la ejecución de la obra realizada de mala fe, normalmente será un acto ilegal en sí mismo, con daños a terceros. Por consiguiente, si bien en un plano teórico el autor que actuó de mala fe es el titular legítimo de los derechos de autor derivados de su obra, el hecho de que la acción concreta y el ejercicio efectivo de sus facultades patrimoniales o morales fueran consecuencia de una acción ilícita, tipificada penalmente, que además ha provocado un daño material al propietario del soporte, podría desembocar en situaciones de abuso del derecho²²⁷. Imagínese un autor que empleara, unilateralmente, una fachada de una vivienda para plasmar

²²⁶ Entre otros, *vid.* BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán, *op. cit.*, p. 101. Este autor sostiene que, en aquellos casos en que el propietario del *corpus* sea el propietario del material pero no el autor de la obra –por ejemplo, en caso de mala fe del autor–, «*en cuanto a la explotación patrimonial de la interpretación plástica contenida en ese objeto (a través de fotografías) (...) no cabe duda alguna: pertenece al autor. En cualquier caso, los derechos que en otras hipótesis pertenecen al propietario del corpus mechanicum en su relación con la obra (exposición, el discutido poder de destrucción...)* corresponderán igualmente a este propietario por accesión, si decide conservarlo». Asimismo, para GALÁN CORONA, en ningún caso se deberá observar, por ser incompatible con lo dispuesto en el artículo 383.3 C.c., el artículo 379.2 C.c., respecto al autor que intervino con mala fe en la ejecución de la obra sobre soporte ajeno, donde se indica que el propietario del bien puede optar a que el autor le pague su valor o que la cosa de su pertenencia se separe, aunque para ello haya de destruir la principal. Para este autor, dicha destrucción colisionaría con el artículo 14.4 TRLPI de integridad de la obra, y el artículo 6º.bis.1 del Convenio de Berna: «*en este punto deben prevalecer las normas del Derecho de autor sobre las del CC, no sólo por el carácter especial de aquéllas sobre éstas, sino también por ser temporalmente posteriores al art. 379.2 CC y, además, porque el mismo código civil en su art. 429 configura sus disposiciones como supletorias respecto de la específica regulación especial sobre propiedad intelectual*» (GALÁN CORONA, Eduardo. «Comentario al artículo 3». En: *Comentarios...*, 3ª ed., pp. 40-41). Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo parece no mostrarse de acuerdo con este planteamiento, por cuanto en la STS (sala 1ª, sección 1ª) de 6 de noviembre de 2006, excluye, por oposición, el *graffiti* como una acción que pueda generar derechos de propiedad intelectual para su autor, se entiende, debido a la ilicitud en su ejecución: «*obviamente, en principio, la demolición del muro en el que se encuentra la obra plasmada en virtud de un concurso, –no se trata del mero "graffiti" relativo a inscripción o dibujo callejero, generalmente anónimo–, puede ser constitutivo de una violación del derecho moral del autor, y dar lugar a una compensación económica de la lesión sufrida*». Para más información sobre el asunto tratado en la sentencia y otros sobre la materia, *vid.* MAGRO SERVET, Vicente. *Tratado Práctico de Propiedad Intelectual*. Madrid: El Derecho, 2010, pp. 69 ss.

²²⁷ En palabras de MARTÍN BERNAL, en la teoría del abuso del derecho subyace la teoría de los actos de emulación, entendidos como el ejercicio que se hace de la propiedad sin utilidad del dueño y sólo con la intención de dañar a otro, donde el acto responde a un ánimo antisocial de perjudicar a terceros (*vid.* MARTÍN BERNAL, José Manuel. *El abuso del derecho*. Madrid: Montecorvo, 1982, pp. 21-29). El concepto de *abuso del derecho* surgió históricamente, según indica CUADRADO PÉREZ, por la sensibilidad a una concepción matizada de la facultad de ejercitar los derechos subjetivos, ya que su consagración absoluta e incondicionada podía dar origen a la irrogación de perjuicios a otros sujetos como consecuencia de la actuación arbitraria de los titulares de aquéllos (cfr. CUADRADO PÉREZ, Carlos. *La moderna configuración de la doctrina del abuso del derecho*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2014, p. 13). Se debe destacar que, inicialmente, se trataba de un concepto doctrinal, pero el legislador lo incorporó en nuestro ordenamiento jurídico mediante el *Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el Texto Articulado del Título Preliminar del Código Civil*.

un *graffiti*, y ante la voluntad del propietario del bien inmueble de restituir su aspecto al estado anterior –por ejemplo, utilizando disolventes para eliminar la pintura–, aquél trataría de impedirse apelando a su derecho moral de integridad de la obra. En tal caso, consideramos que cabría perfectamente la denegación de esta facultad por ser su ejercicio abusivo, en función del principio dispuesto en el artículo 7.2 C.c. –actos que sobrepasan los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero– y del hecho de que los derechos de propiedad intelectual no puedan mantenerse al margen de los límites generales del ámbito y ejercicio de los derechos en general, delimitados en el artículo 1.255 C.c., éstos son, las propias leyes, la moral y el orden público²²⁸. Pero, en sentido contrario, si ese mismo autor deseara explotar la imagen de su obra mediante fotografías o, incluso, que se le reconociera la autoría de la misma, al no existir un daño directo causado por el ejercicio de dichas facultades –obviamente, sí, en cambio, por el acto de ejecución–, cabría su protección jurídica por los cauces del derecho de autor.

Estaríamos, por lo tanto, no ante una negación generalizada *ex lege* de los derechos de autor que provienen de acciones ilícitas, sino ante situaciones individualizables que sólo los tribunales podrán apreciar y delimitar. En este sentido, la mejor doctrina y la jurisprudencia han establecido en numerosas ocasiones los tres requisitos necesarios para poder determinar la existencia de abuso del derecho: *i*) uso de un derecho legal, por parte de quien genera el abuso; *ii*) extralimitación palmaria en su ejercicio, por ser éste anormal o excesivo y *iii*) daño a un interés, no protegido por una específica prerrogativa jurídica, donde la inmoralidad o antisocialidad de ese daño se manifiesta de manera subjetiva u objetiva²²⁹. En consecuencia, la eventual declaración de existencia de un abuso de derecho provocaría la ineficacia del acto, la indemnización del daño causado por el acto abusivo y, en su caso, la adopción de medidas judiciales para evitar su reiteración.

b) Originalidad de las obras de artes plásticas

b.1) Contenido subjetivo

Por su especial naturaleza, defenderemos una especial originalidad de las obras de artes plásticas. Sin embargo, previamente, debemos partir del concepto de originalidad general de obras objeto de protección de propiedad intelectual. Con relación a éste, se debe exponer la convivencia de dos corrientes doctrinales contrapuestas que discuten

²²⁸ LACRUZ BERDEJO («Comentario al artículo 2»). En: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. 3ª ed. Madrid: Tecnos, 2007, p. 36) reconoce que, a pesar de ser un tema complejo, se puede resolver aceptando que el derecho a la creación o a la libertad de expresión encuentran su frontera de aplicación en el respeto a los demás derechos constitucionales.

²²⁹ Para un desarrollo en profundidad de tales presupuestos, *vid.* CUADRADO PÉREZ, Carlos, *op. cit.*, pp. 69-133.

acerca de si dicha originalidad debe ser subjetiva u objetiva²³⁰. Así, por un sector se defiende que la creación de una obra igual –o muy parecida– a otra ya preexistente puede ser tratada de original, puesto que el elemento subjetivo que aporta cada autor es único e individualizable²³¹. Sería algo plausible que el autor de la supuesta copia no hubiera usado el mismo modelo para realizar la ejecución o, incluso, desconociera la existencia de una obra idéntica a la creada por él.

En cambio, otros juristas alegan la dificultad de prueba que supone el elemento subjetivo, para concluir que sólo la novedad objetiva puede proporcionar seguridad jurídica al sistema de derechos de propiedad intelectual²³².

Decantándonos por la primera postura, ya que no consideramos acertado equiparar plenamente originalidad con novedad –con todos los matices que se verán a continuación–, en las obras de artes plásticas la originalidad presupone la existencia de un puro carácter creativo. Éste está basado en un *proceso* que siempre se origina en un concepto intelectual, a partir del cual, el autor, sirviéndose de su sensibilidad o pericia, consigue exteriorizarlo mediante la ejecución plástica, cuyo resultado es la fijación de la obra intelectual en un soporte material.

En ocasiones, será más trascendente en este proceso de creación la concepción de la obra, debido a que el artista no pretenderá una ejecución virtuosa de la misma, sino conseguir la reacción del espectador por otras vías. Entonces, primará su especial capa-

²³⁰ A pesar de todo, concebir una definición de obra *original* nos requiere un esfuerzo descriptivo más allá del ámbito jurídico. En primer lugar, no debiera confundirse con el concepto de *autenticidad*. La obra auténtica será aquella que pueda imputarse su autoría al autor que se supone que la ha realizado, pero podríamos hallar una obra que no fuera auténtica y, en cambio, tuviera que considerarse original por haber sido generada por un autor anónimo, si bien otros mecanismos legales pudieran retirarla de circulación y de ello se derivaran responsabilidades.

²³¹ Esta postura, que otorga un peso fundamental a la personalidad del artista, es defendida, entre tantos otros, por ARE (*op. cit.*, pp. 174 ss.), quien critica a aquellos que presuponen «una originalidad objetiva, y que los sujetos (autores) puedan ser cambiados sin que el resultado sea diverso», por COLOMBET (*Propriété littéraire et artistique...*, *cit.*, pp. 36 ss.) o por BAYLOS CORROZA (*op. cit.*, pp. 549 ss.).

²³² Entre los autores que se muestran partidarios de la necesidad de una novedad objetiva, *vid.* GRECO, Paolo; VERCELLONE, Paolo, *op. cit.*, pp. 46-48, o BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. «Comentario al artículo 10», 3ª ed., *cit.*, pp. 154-155. Ante la contradicción de que sea precisa una novedad absoluta para considerar que una obra es original y que, en cambio, la Ley de Propiedad Intelectual regule como tal, por ejemplo, las obras derivadas, las colecciones u otras obras transformadas, los partidarios de esta tesis defienden que el TRLPI fija tres grados de originalidad en función del tipo de obras a proteger: una originalidad mayor para las obras del artículo 10 TRLPI (obras y títulos originales), una originalidad menor para las del artículo 11 TRLPI (obras derivadas) y una originalidad mínima para las del artículo 12 TRLPI (colecciones y bases de datos). No obstante, parece que si el legislador hubiera deseado establecer diferentes grados de originalidad, lo hubiera hecho de una forma más explícita (*vid.* el sitio web del Portal Internacional de la Universidad de Alicante sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Sociedad de la Información: UAIPIT. *El requisito de la originalidad en los derechos de autor*, p. 4 [en línea]. Disponible en: <http://www.uaipit.com/files/publicaciones/0000001974_La%20originalidad-Art-uaipit2.pdf> [última consulta: 28 de noviembre de 2015]).

cidad artística para transformar sus abstracciones en expresiones concretas. En cambio, en otros casos, la concepción de la obra carecerá de importancia, debido a que el autor partirá de realidades objetivas –un paisaje, una persona...–, tratando de reflejarlas del modo más fidedigno posible, mediante una ejecución plástica basada en sus conocimientos y habilidades técnicas²³³.

En cualquier caso, de un modo u otro, la personalidad del autor siempre se manifestará en su obra, sea por su sensibilidad al exteriorizar conceptos o por su notable destreza en la plasmación. El caso de las obras fotográficas, a pesar de no ser la categoría más representativa dentro de la definición de obras de artes plásticas que nos proponemos desarrollar, nos puede ayudar a ilustrar la cuestión y facilitar la comprensión de por qué es tan importante la actividad creativa del autor para definir la originalidad. Es indudablemente complicado distinguir, en la mayoría de las ocasiones, entre una obra de arte fotográfica y una mera fotografía. Éstas simplemente captan escenas, paisajes o figuras comunes de la realidad, aunque dicha captación se realice de manera profesional. No obstante, en las obras fotográficas se exigirá la manifestación del proceso creativo descrito, que, según R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO²³⁴, podrá existir tanto en la captación –elección del motivo, cálculo de perspectiva, delimitación de la imagen, tiempo de exposición, búsqueda de contrastes– como en la producción –tipo de revelado, realización de retoques o montajes–; además de promover en el destinatario emociones, sentimientos o ideas y alcanzar cierto nivel de interés artístico. Por lo tanto, el origen subjetivo de la obra será el principal modo de hallar su originalidad, puesto que existirá una impronta que todo autor deja, de un modo u otro, en aquélla.

Teóricamente, cada proceso creativo de exteriorización debería ser único e irreproducible con exactitud. Por consiguiente, debemos considerar que bastará con una ejecución mínimamente personal para considerar que la obra es original. Así que, en cierto modo, aunque parezca contradictorio con lo expuesto, cada obra guardará tam-

²³³ ARE destaca que incluso la obra figurativa no está compuesta sólo por una forma externa, esto es, de elementos de directa percepción física, sino también de elementos intelectuales reconocibles a través de una abstracción (ARE, Mario, *op. cit.*, p. 403). Asimismo, GRECO y VERCELLONE (*op. cit.*, p. 40 y 75), destacan la importancia de «*la impronta personal*» en la concepción intelectual, sin otorgar tanto valor a la «*habilidad*» en la ejecución, ya que ésta no será estrictamente necesaria para la protección de la obra. Además, LIPSZYC (LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: Ediciones Unesco Cerlalc Zavalia, 1993, p. 70), reconoce esta doble posibilidad, afirmando que en el derecho de autor se consideran obras absolutamente originales aquellas que lo son tanto en la composición (concepto) como en la expresión (ejecución), si bien asume que ésta, en las obras artísticas, al ser realizada personalmente por su autor, tiene una importancia decisiva.

²³⁴ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. «Comentario al artículo 10», 3º ed., *cit.*, p. 182.

bién un mínimo de originalidad objetiva en sí misma, entendida como una mínima variación suficiente –en la concepción o en la ejecución– respecto a otras obras²³⁵.

Llegados a este punto, habrá que diferenciar entre originalidad absoluta, cuando la creación parta exclusivamente de una idea interiorizada por el autor, y originalidad relativa –de la que solamente podrá generarse una obra derivada–, cuando se tome como base en el proceso creativo una obra preexistente²³⁶.

¿Podrán tener protección jurídica, entonces, las copias de las obras de arte? COLOMBET asevera que, si bien en el género literario, por ejemplo, la copia no comporta ninguna originalidad, en el caso de las obras de artes plásticas la copia tiene la consideración de original de un modo relativo, «ya que la impronta del autor no puede desaparecer con la ejecución»²³⁷. Lógicamente, se mantienen fuera de la esfera de dicho argumento tanto la atribución al imitador de la autoría de una obra de tercero –se trataría de un plagio– como posibles infracciones de derechos de propiedad industrial respecto a la obra original, ya que para la creación de una obra derivada que no sea de dominio público, hará falta el consentimiento del autor de la obra original²³⁸.

²³⁵ COLOMBET (*Propriété littéraire et artistique...*, cit., p. 26) explica este extremo mediante un ejemplo: un escultor realiza su obra a partir del posado de una modelo; mientras otro lo hace copiando la obra del primero, su maestro. La obra del primer escultor es nueva y original, mientras la del segundo escultor es original pero no es nueva. Sin embargo, ambas son protegidas por derechos de autor, porque la originalidad se basa en la impronta que deja en su obra particular cada creador, ya que ahí reside el carácter creativo.

²³⁶ DESBOIS (*Le droit d'auteur...*, cit., pp. 4 ss.) profundiza en la diferenciación entre las obras absolutamente originales, que no se encuentran en estado de dependencia, intelectual ni jurídica, y las obras derivadas, cuya originalidad proviene de la obra en que se ha inspirado. Además, DELGADO PORRAS, precisa que, en la obra derivada, se toma como base la obra absolutamente original, por ejemplo, para una transformación, adaptación o arreglo, que requieren el consentimiento del primer autor (DELGADO PORRAS, Antonio. «Derechos de autor». En: Baylos Corroza, Hermenegildo et al. *Tratado de Derecho Industrial*, 3ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2009, p. 733). Según el mismo autor, poniendo en relación la obra con los derechos de explotación, cuando la réplica es una reproducción tan “servil” que puede substituir al ejemplar original en el mercado, estaríamos ante una utilización del derecho de reproducción; mientras que, cuando el autor realice un trabajo personal y creativo, que se asimile al original pero el resultado no pueda calificarse como copia, estaríamos ante una transformación de la obra primigenia («Los derechos exclusivos...», cit., pp. 38-39 y 46-47).

²³⁷ Cfr. COLOMBET, Claude. *Propriété littéraire et artistique...*, cit., p. 68.

²³⁸ Tiene interés ahondar mínimamente en la regulación de las copias que se realizan de obras exhibidas en museos. El *Real Decreto 620/1987, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Museos de Titularidad Estatal y del Sistema Español de Museos*, en su artículo 24, dispone que las autoridades estatales o autonómicas, en función de la titularidad del museo, «establecerán las condiciones para autorizar la reproducción de los objetos del Museo por cualquier procedimiento, basándose en los principios de facilitar la investigación y la difusión cultural, salvaguardar los derechos de propiedad intelectual de los autores, preservar la debida conservación de la obra y no interferir en la actividad normal del Museo». En este sentido, el artículo 13 de la *Llei del Parlament de Catalunya 17/1990, de museus de Catalunya*, establece que: «sens perjudici del dret de propietat intel·lectual, correspon als museus regular la realització de reproduccions i de còpies de les obres dels seus fons. A les còpies obtingudes ha de constatar la seva procedència de manera visible». Con relación a las copias que el propio museo reali-

Así, cuando la ejecución plástica realizada por el imitador tenga suficiente entidad subjetiva –y ya hemos avanzado que ésta puede ser mínima e incluso casi imperceptible– y cuente con la autorización del autor de la obra inicial, el objeto de arte creado será considerado una obra relativamente original. Si no contara con dicho consentimiento, esta hipotética obra sólo podría ser original si, a ojos de observador experto, se apreciase elementos reconocibles del nuevo autor, que fueran ampliamente diferenciadores respecto a la obra preexistente²³⁹.

En verdad, cada ejecución será estrictamente personal²⁴⁰, pero una obra tampoco deberá ser considerada original cuando el autor se haya limitado a copiar conceptualmente alguna otra obra de un tercer autor en la que la ejecución no fuera relevante²⁴¹.

ce para destinar al público «*tals com publicacions, reproduccions d'objectes i altres, com també qualsevol publicitat que se'n derivi*», el artículo 10 del Decret 35/1992, de 10 de febrer, de desenvolupament parcial de la Llei 17/1990 reza que en todas estas copias «*s'ha de fer constar, de forma indeleble, la seva naturalesa, per tal d'evitar que puguin ser confoses amb objectes originals*». En conclusión, los museos que cuentan con un fondo de obras que pertenecen al dominio público, en términos de propiedad intelectual, igualmente cuentan con normas para evitar que copias de aquéllas pudieran hacerse pasar por auténticas. En este sentido, por ejemplo, el Museo del Prado, cuenta con un Reglamento para los artistas-copistas, aprobado por el Real Patronato del Museo en fecha 30 de junio de 1993. En el mismo, se establece que los copistas deberán pagar una tasa para poder ejecutar sus obras tomando como modelo la obra original, así como comprometerse a que las obras derivadas resultantes tengan unas medidas de cinco centímetros de diferencia respecto a la obra original e indiquen su verdadera autoría y referencia al autor y título originales. Otros museos, en este caso de carácter más comercial, como el Museo Picasso de Barcelona, imponen una serie de normas muy estrictas para evitar que se puedan realizar copias *in situ* que violaran los derechos de autor de las obras del pintor malagueño. Así, sólo permite que se realicen copias a lápiz y en cuadernos con unas medidas que no superen los 21x28cm.

²³⁹ En este sentido, la Sentencia del Tribunal Civil de Amberes de 15 de enero de 2015, de gran revuelo mediático por la fama de sus protagonistas, resolvió que la obra pictórica «*A belgian politician*», de Luc Tuymans, se trataba de un plagio de una obra fotográfica de Katrijn Van Giel, en la que retrataba la parte superior de la cabeza sudorosa del político Jean Marie Dedecker. La defensa del pintor –quien reconoció haberse servido de la fotografía publicada en un diario para realizar su pintura– primero se basó en que no era necesario solicitar autorización para reproducir una fotografía que ha sido publicada, al tratarse de una noticia; para posteriormente tratar de demostrar que, en realidad, se trataba de una parodia –excepción al derecho de autor–. Estas imaginativas alegaciones fueron desestimadas por el Tribunal, que consideró que la obra del pintor, pese a la diferencia de formato y material, era una imitación de la fotografía de Van Giel porque «*la composición, el encuadre y la iluminación son completamente similares*». A simple vista, se puede observar que la obra de Tuymans no cuenta con elementos suficientemente diferenciadores respecto a la obra fotográfica original, en la que destacan claros componentes artísticos –fondo contrastado, encuadre inusual cortando la figura, etc.– pese a tratarse de una fotografía periodística.

²⁴⁰ CASAS VALLÉS («El derecho de participación...», *cit.*, p. 105) concluye que, respecto a una pintura o una escultura, «*otra persona podrá copiarla pero nunca ejecutarla, porque ya lo ha sido de una vez y para siempre: no existe sino el objeto que salió de las manos del artista o de las de aquellos que actuaron como mero instrumento suyo*». Entendemos que este autor se refiere al hecho de que un tercero nunca podrá ejecutar *exactamente igual* una determinada obra. Sin embargo, una vez hemos aceptado la validez de la dicotomía entre concepción y ejecución, defendemos que sí se podría dar el caso en que un artista ejecutara una obra de arte pri-

b.2) Intervención humana

La obra de artes plásticas tampoco será considerada original cuando no haya mediado en su realización actividad creativa personal, es decir, una intervención humana. Sin entrar a discutir el grado de dicha intervención para poder ser considerada suficiente, sí podemos descartar la originalidad en obras cuando no interviene para nada una persona en la génesis de la supuesta *obra*, como ocurriría en aquellas generadas por ordenadores, incluso si tuvieran una materialización física –como ocurre con las impresoras 3D–, las realizadas por animales o por acción de la propia naturaleza. En cambio, no se puede negar que una obra sea original porque el autor haya podido intervenir de un modo más superficial o indirecto, aunque siempre deberá exigirse intencionalidad por su parte –por ejemplo, seleccionando y combinando objetos o salpicando óleos más o menos aleatoriamente en un lienzo–²⁴².

b.3) Valor económico

Cuando el autor ejecute la obra de tal forma que no logre plasmar su personalidad o impronta propia, de modo que el resultado no pudiera diferenciarse de un objeto corriente, aquélla no debería ser considerada original. No obstante, en el caso de las obras de artes plásticas hay dos elementos característicos que, combinados, distorsionan totalmente este principio. Éstos son la reputación del autor y la valoración económica del objeto creado.

Es decir, un objeto o composición carente de originalidad podrá devenir una auténtica obra de arte por el mero hecho de que el artista cuya autoría se le atribuye sea

meramente concebida y también ejecutada por otra persona. Efectivamente, se trataría de una nueva ejecución personal, diferente a la primera.

²⁴¹ Piénsese, por ejemplo, en ciertas obras de Yves Klein, como «*Monocromo azul*» o «*Monocromo rosa*», en que la ejecución es irrelevante porque el pintor francés se limitó a teñir lienzos singulares de un único color. Sin embargo, la originalidad de dichas obras reside en la identificación de la impronta del autor, reconocible al utilizar unos colores muy específicos y escoger unas superficies con formas menos convencionales para su plasmación. Obviamente, si un tercer creador empleara idéntica forma de soporte y el mismo color de pintura, sería realmente difícil averiguar que no se trata de una obra de Klein, puesto que su *genialidad* no se halla en la ejecución –más menos sencilla– sino en su concepción.

²⁴² Vid. PEÑUELAS I REIXACH, Lluís, *op. cit.*, p. 71. En sentido contrario, RUBÍ PUIG (*op. cit.*, p. 104) defiende que en aquellas obras en las cuales la aportación humana a su autoría es mínima no deberían tenerse por originales. Como ejemplo, expone los trabajos de Giuseppe Pennone o Aganetha Dick, quienes son conocidos por dejar que sean plantas o insectos los que contribuyan en el resultado final de la obra. No obstante, en dicho planteamiento omite que, en este tipo de obras, interviene la creatividad del artista, quien eligió los medios para ejecutarlas, y se llevan a cabo, sin duda, bajo su dirección y concepción artística.

afamado y reconocido²⁴³. Innumerables ejemplos nos vienen a la cabeza, especialmente sangrantes en expresiones de arte contemporáneo. Pero a nadie se le ocurriría negar el carácter de obra artística a «*Pintura sobre fondo blanco para la celda de un solitario*» de Joan Miró, a pesar de tratarse de un tríptico con tres lienzos en blanco con una única fina línea dibujada de manera errante en cada uno de ellos; o a «*La fuente*», un urinario que acabó como pieza de museo porque Marcel Duchamp lo encontró entre otros escombros y decidió que, poniéndole un título y firmándolo, lo elevaría a la categoría de obra de arte²⁴⁴.

Por lo tanto, muy especialmente en el caso de las obras de artes plásticas, su relevancia económica será fundamental. A pesar de que el derecho de autor no determina la protección jurídica de la obra en atención a su valor económico o nivel artístico, sino en razón de su originalidad, de algún modo se tienen que tutelar las realidades con relevancia en el tráfico mercantil. Así, en el ámbito de las obras de artes plásticas, por puro interés económico, terminan siendo protegidas obras con un nivel artístico nulo, que difícilmente serían protegibles en otros campos de derechos de autor –imagínese una obra musical con una única nota o una obra literaria con una única letra–.

Se introduce *de facto*, pues, un nuevo criterio para valorar la originalidad de la obra de arte: su valor económico²⁴⁵. Y, con él, una nueva dificultad, consistente en su determinación. En este sentido, no se nos ocurre mejor modo para realizar la valoración económica que atender a estimaciones subjetivas, en este caso de ciertos terceros. A la postre, quien va a reconocer la originalidad de las obras con nulo o escaso componente creativo será el mercado del arte y los expertos opinadores. Ello, no se niega, nos puede llevar a paradojas: un lienzo manchado con unas pocas gotas de acrílico diseminadas será catalogado como obra de arte original o, por el contrario, como objeto sin valor artístico, en función de quién fuera su autor o cómo sea recibida la pieza por la crítica.

²⁴³ PEÑUELAS I REIXACH (*op. cit.*, p. 124) señala que el hecho de que una obra haya salido de la mano de un artista y no de otro es lo que nuestra sociedad acepta para que una pieza valga, por ejemplo, un millón de euros y, en cambio, una copia realizada por otra persona sin ese reconocimiento no valga casi nada. Se han dado muchos casos en que, por error, se ha atribuido la autoría de cierta obra a un pintor afamado al realizar una tasación. Pues bien, al demostrarse el error, la cotización del cuadro se reduce de manera drástica, pese a que el objeto artístico sigue siendo el mismo.

²⁴⁴ «*La Fuente*», paradigma del llamado *arte encontrado*, es un urinario que Marcel Duchamp firmó con el seudónimo de R. Mutt. Rompió absolutamente los esquemas del mundo del arte, consiguiendo sin duda, su provocador objetivo, hasta el punto que, en 1917, se llegó a publicar en la prestigiosa revista artística *The Blind Man* que «*el hecho de que el señor Mutt realizara o no la obra con sus propias manos carece de importancia. La eligió. Cogió un artículo de la vida cotidiana y lo presentó de tal modo que su significado utilitario desapareció bajo un título y un punto de vista nuevos. Creó un pensamiento nuevo para ese objeto*» (cfr. *The Blind Man*, nº 2, mayo de 1917, p. 5).

²⁴⁵ ARE (*op. cit.*, pp. 209-210) expone, pese a no compartirlo, que la doctrina anglosajona del *copyright* tradicionalmente ha atribuido al valor económico una importancia como criterio distintivo de las obras tuteladas.

No obstante, que esta solución sea imperfecta, porque únicamente se fundamente en la acogida común –totalmente subjetiva– por parte de un colectivo de elementos como la supuesta sensibilidad conceptual del artista o un mínimo grado cualitativo de ejecución, no quiere decir que deba ser desechada.

En la práctica, tratar de acotar jurídicamente la originalidad de este tipo de obras en función de parámetros dogmáticos o normativos, sólo puede llevarnos a un naufragio hermenéutico²⁴⁶. Los legisladores deben ceñirse a realizar descripciones objetivas o elencos ejemplificativos y, por su lado, los juristas no pueden interpretar la legislación sin acudir a indicios prácticos que les ayuden a hacerlo. Entonces, ¿quiénes sino los diferentes agentes que intervienen en el mercado del arte pueden situar la línea que define cuándo un objeto de arte tiene valor económico y, por lo tanto, pasa a detentar la originalidad necesaria de una obra de artes plásticas?²⁴⁷

c) Posibilidad de diferentes destinos: arte aplicado y plus de creatividad

En el caso del arte aplicado, la obra de artes plásticas se convierte en un objeto material que ofrece la posibilidad de que su destino se sitúe más allá de la contemplación o disfrute por el espectador, debido a su posible funcionalidad (por ejemplo, obras que pueden emplearse como muebles, aparatos o utensilios, entre otros). En ese supuesto, se discute si tales obras pueden ser objeto de doble protección: por un lado, como diseños industriales, con arreglo a la *Ley 20/2003, de 7 de julio, de protección jurídica del diseño industrial*, y, por otro lado, como obras originales según la Ley de Propiedad Intelectual.

Así, una creación plástica contará con la tutela de los derechos de autor y, en función de su finalidad o destino, cabría protegerse, asimismo, mediante derechos de

²⁴⁶ BERCOVITZ ÁLVAREZ se apoya en Ulmer, Vinck y Klein para concluir que debe prevalecer la ley por encima de la valoración de mercado, ya que «sería muy problemática una delimitación de lo que es arte por los propios círculos y autores interesados» (*op. cit.*, pp. 102-103). Sin embargo, proponer para la acotación del arte la elaboración de definiciones y listados no exhaustivos en las legislaciones de propiedad intelectual es una solución que, según juzgamos, no resuelve el problema de dilucidar cuándo un objeto carente de originalidad debe ser considerado una obra de arte.

²⁴⁷ Más adelante tendremos la ocasión de examinar los entresijos del mercado del arte y cómo intereses particulares pueden llegar a auspiciar carreras artísticas (*vid. infra*, capítulo 7, 1). De todos modos, la cuestión de la valoración estética y la valoración económica es de difícil tratamiento. Por un lado, tenemos el gusto personal del comprador; por otro, tenemos el de la opinión crítica especializada –aquí, en un segundo plano, participan agentes económicos–. La segunda no siempre encaja con la primera, pero siempre trata de influir en ésta. En opinión de VETTESE, este tipo de crítica, también sirve como vehículo para la circulación mercantil de obras de arte y utiliza su poder con las herramientas a su alcance: publicaciones, organización de exposiciones o provocando adquisiciones por parte de museos de las obras de los autores a los que apoyan (VETTESE, Angela. *Invertir en arte: producción, promoción y mercado del arte contemporáneo*. Madrid: Pirámide, 2002, p. 169).

propiedad industrial –básicamente, diseño industrial–²⁴⁸. Por ende, en teoría, un mismo objeto podría llegar a gozar de ambas protecciones simultáneamente.

En España, el sistema de la doble tutela del arte aplicado por derecho de autor y propiedad industrial se ha construido sobre las bases de la llamada acumulación restringida o parcial, lo que significa que se exige un mayor grado de originalidad a los diseños industriales para que puedan acceder a una protección por derechos de autor²⁴⁹. Así, se requiere un *plus* de creatividad para tutelar una obra de arte aplicado mediante derechos de propiedad intelectual²⁵⁰.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2012²⁵¹ vino a consolidar esta postura de acumulación parcial, con tradición en nuestro país a nivel jurisprudencial y doctrinal²⁵², a pesar de que en Europa parece observarse una tendencia a la protección acumulada de manera absoluta²⁵³. En cualquier caso, dicha STS confirma que, para acumular la doble protección, no basta con que la obra de arte aplicado cumpla simplemente los requisitos de propiedad industrial –novedad y carácter singular–, sino que es obligatorio que se dé un grado adicional de creatividad o especial altura creativa en las obras de arte aplicado para poder ser también protegidas por derecho de autor. En

²⁴⁸ De todos modos, el diseño industrial no sería el único modo de protección mediante propiedad industrial; según la naturaleza de la obra, también cabría su protección como modelo de utilidad o, incluso, como nombre comercial o marca (*Vid. LIPSZYC, Delia. Derecho de autor..., cit., p. 86*).

²⁴⁹ OTERO LASTRES («El grado de creatividad...», *cit.*, p. 35) siempre ha defendido que a pesar de la dificultad en la valoración del grado de creatividad y de originalidad de una obra, ello no debe conducir a adoptar un sistema de acumulación absoluta.

²⁵⁰ Para OTERO LASTRES (*ibídem*, p. 33) «la creatividad es la cualidad especialmente dispuesta para el buen ejercicio de la concepción intelectual y material de las obras».

²⁵¹ STS (Sala 1ª, sección 1ª) de 27 de septiembre de 2012.

²⁵² El sistema de acumulación restringida se ha impuesto en los tribunales españoles en la práctica, porque no ha existido una protección efectiva para los diseños por la vía del derecho de autor, siendo pocos los casos en que ésta ha sido aceptada judicialmente (*vid. GIMENO OLCINA, Luis. «Comentario a la STS de 27 de septiembre de 2012. En torno a la acumulación de derecho de autor y diseño industrial»*. En: *Estudios sobre propiedad industrial e intelectual*. Barcelona: AIPPI, 2015, 377). Por su parte, entre la doctrina mercantilista, donde destaca OTERO LASTRES, se entiende que este umbral de protección está situado en que la obra haga visible que es el resultado de una buena concepción intelectual y de una buena ejecución material por parte de su autor, tratándose de algo que no es banal y supera lo común (*vid. OTERO LASTRES, José Manuel. «Obras de arte aplicado a la industria, diseños industriales y derechos de autor»*. En: *Problemas actuales de derecho de la propiedad industrial*. Morral Soldevilla, Ramón; Boet Serra, Elena. Cizur Menor: Civitas, 2011, pp. 91 ss.).

²⁵³ Si bien el derecho industrial está armonizado en Europa, no lo está la cuestión de la acumulación, esto es, de la tutela por el derecho de autor de los diseños, donde coexisten sistemas como el francés, de acumulación absoluta, o el alemán, de acumulación restringida. No obstante, ciertas resoluciones judiciales en Gran Bretaña o Alemania parecen favorecer una confluencia a sistemas de acumulación absoluta, donde la tutela de derechos de autor y la de diseño industrial coexistirían con todas las consecuencias (*vid. GIMENO OLCINA, op. cit.*, pp. 380-382).

este sentido, suscribimos plenamente las palabras de GIMENO OLCINA sobre los requisitos de la acumulación parcial:

*Este más alto requisito de originalidad/creatividad se requiere exclusivamente para las obras de arte aplicado sin que afecte al resto de obras protegidas por el derecho de autor en las que, como es sabido, lo que se requiere es una mínima creatividad. Sería erróneo aplicar el criterio de una especial altura creativa a otras obras protegidas en las que ni el efecto monopolístico es el mismo ni existen vías alternativas de protección*²⁵⁴.

Por lo tanto, cuando se apele al derecho de autor para probar que el diseño es una obra de arte aplicado, habrá que estar a dos criterios, como son la ponderación de los intereses en conflicto y la valoración artística de una clara superación de la función que cumple el diseño.

Con relación al primer criterio, la STS referida describe cuatro intereses aparentemente en conflicto: *i)* el interés de los diseñadores, que desean una protección acumulada por derecho de autor, para conseguir que sea lo más amplia y extensa posible; *ii)* el interés de la industria, que prefiere diseños industriales registrados y con plazos de protección cortos; *iii)* el interés del mercado, que aboga por el progreso industrial y por que nuevas formas se incorporen al patrimonio industrial; *iv)* y el interés de los consumidores que, en definitiva, quieren conseguir productos de calidad con buen diseño a menor coste. Una vez contrastados estos intereses, sólo el diseñador demanda una protección por derecho de autor para estos objetos, mientras los otros la rechazan. Por consiguiente, únicamente debe ser protegida la obra cuando el interés del diseñador sea preponderante, es decir, cuando exista altura creativa que la justifique.

Respecto al segundo criterio –la función artística debe superar a la aplicada–, por otra parte, existen diseños de carácter funcional en los que será harto difícil defender la protección del producto por la vía del derecho de autor, sobre todo cuando la funcionalidad sea la nota característica de un objeto que, difícilmente, podría llegar a ser concebido aisladamente como obra de arte para ser exhibida y contemplada. En cambio, en ciertos diseños industriales sí está plenamente justificada la protección por derecho de autor, ya que se trata de objetos cuyo valor estético resulta mucho más relevante que su función (por ejemplo, una lámpara en la que su base fuera una escultura original).

En resumidas cuentas, las obras de artes plásticas aplicadas –nos referimos así a los objetos que han superado el filtro relativo al grado de creatividad indicado– son objetos de uso común cuyo diseño o forma externa tiene un claro valor artístico, debiéndose determinar la originalidad subyacente en el bien mueble o inmueble y, ante todo, des-

²⁵⁴ Cfr. GIMENO OLCINA, Luis, *op. cit.*, p. 389. Consideramos que el efecto monopolístico al que hace referencia este autor tendría lugar si se protegiera por derecho de autor cualquier género de obra utilitaria que presentara un mínimo de originalidad. En tal caso, se frenaría injustificadamente la innovación en el ámbito industrial.

cubrir si su concepción se realizó con un destino puramente industrial o, por el contrario, prevaleció el disfrute artístico²⁵⁵. Así, dentro de este grupo se hallarían, entre muchas otras, obras de artes plásticas que son usadas como muebles, alta costura o vehículos y, por supuesto, las obras arquitectónicas y de ingeniería, que también pertenecen a la categoría plástica, aunque no sean citadas expresamente por la legislación española²⁵⁶. A nuestro juicio, no puede discutirse que ciertas obras arquitectónicas deben considerarse obras de artes plásticas por excelencia²⁵⁷, si atendemos a las características de éstas examinadas hasta el momento –corporeidad y ejecución en ejemplar único o limitado, de complicada reproducción, originalidad subjetiva e irrelevancia en cuanto a su destino o uso, siendo perfectamente aceptado el aplicado a la función de edificio–.

Finalmente, se debe diferenciar entre aquellas obras que posean un destino final, pero su función contenga una utilidad material –conocidas como *obras aplicadas*–, respecto a aquellas que tengan un destino instrumental, por ejemplo, cuando operan como marcas o símbolos, o bien como ornamento a obras más complejas de carácter científico o técnico, tales como mapas, tablas, catálogos, etc. En estos supuestos, cuenta con gran importancia la conceptualización de la parte de la obra cuya originalidad se pueda atribuir al autor por su creación artística.

²⁵⁵ BERCOVITZ ÁLVAREZ (*op. cit.*, p. 59) explica la importancia de dicha «escindibilidad» artística, ya que si la concepción plástica pertenece al mundo industrial, de lo útil, y no es escindible como obra puramente artística, no debería ser tutelada por el derecho de autor. Además, propone en cuanto a la ejecución concreta de esa concepción plástica (el objeto), la comprobación de si la finalidad objetiva de su explotación es el uso o si prevalece la función netamente plástica.

²⁵⁶ Para profundizar sobre los motivos para considerar las obras arquitectónicas como obras de artes plásticas, *vid.* ORTEGA DOMÉNECH, Jorge. *Arquitectura y derecho de autor*. Madrid: Reus, 2005, pp. 11 ss. Este autor explica que el legislador no las incluyó formalmente en la Ley de Propiedad Intelectual, debido a que, por su complejidad, estimó más adecuado su regulación en normativa sectorial específica; pero deben considerarse incluidas en las leyes españolas, siempre que sea posible, dentro de las categorías abiertas de «*artes aplicadas*». Igualmente, la mayoría de legislaciones en derecho comparado las contemplan, así como los Tratados Internacionales de Propiedad Intelectual.

²⁵⁷ Piénsese en obras arquitectónicas como el *Metropol Parasol* de Sevilla, del arquitecto Jürgen Mayer. Obviamente, la funcionalidad de un edificio u obra arquitectónica y sus intereses de uso hará que deba restringirse en determinados aspectos el derecho moral del autor, pero ése es un aspecto que excede del presente análisis. En cualquier caso, apuntamos un conflicto judicial sobre la cuestión. Una sentencia del Juzgado Mercantil nº 1 de Bilbao antepuso el interés público al derecho moral del autor, en este caso del arquitecto Santiago Calatrava, por la modificación del puente «*Zubi Zuri*» de la capital vizcaína por parte del Ayuntamiento. No obstante, en segunda instancia, la Audiencia Provincial de Vizcaya dio la razón parcialmente al autor, reconociéndole 30.000 euros de indemnización para compensar el daño moral causado por la eliminación de una barandilla del puente y la aneación de una pasarela (*vid.* SAP Vizcaya [sección 4ª] de 10 de marzo de 2009).

2. SINGULARIDAD DE LA EXPLOTACIÓN DE LAS OBRAS DE ARTES PLÁSTICAS

Sentado el carácter singular de la obra de artes plásticas, debemos analizar las posibilidades de explotación que un autor ostenta sobre la misma, para valorar si éstas se hallan condicionadas, de algún modo, por tales particularidades.

El primer aspecto a destacar, en este sentido, es que la reproducción del original nunca podrá reflejar el contenido expresado en los ejemplares ejecutados directamente por el creador, por lo que el elemento de la unicidad es fundamental para que la obra plástica conserve su valor económico, ya que éste no reside en la multiplicación y venta de copias, sino en el acceso al soporte único que contiene dicha obra.

El artista plástico, condenado habitualmente a la enajenación del ejemplar único –un acto de distribución por venta con agotamiento de este derecho– como modo normal de explotar la obra, no puede aprovechar plenamente el elenco de facultades tradicionales que la ley prevé en beneficio de los autores, hecho que le impedirá obtener un rendimiento económico mediante otra explotación que no sea ésta.

Sin embargo, ¿en qué se traduce, en la práctica, que los actos de explotación estén mermados para el creador plástico? La cuestión aconseja un análisis individualizado para cada uno de los derechos de explotación, tomando como referencia la actual configuración de tales derechos en la legislación española, cuyo artículo 17 TRLPI establece que *«corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizados sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley»*.

En consecuencia, cabrá ahondar en los impedimentos que hallará el autor de obras de artes plásticas cuando trate de hacer valer los derechos de reproducción (artículo 18 TRLPI), distribución (artículo 19 TRLPI) y comunicación pública (artículo 20 TRLPI); y será necesario valorar ciertas cuestiones relativas a los derechos de transformación (artículo 21 TRLPI) y de colección (artículo 22 TRLPI) con relación a la explotación de obras de artes plásticas. Las dificultades, además, pueden ir encadenándose. Por ejemplo, si el autor no puede realizar copias de su obra plástica que mantengan la esencia de la misma, no puede ejercer plenamente el derecho de reproducción. En consecuencia, al verse abocado a enajenar el original no conseguirá, asimismo, beneficiarse del derecho de distribución, al agotarse el mismo con esa primera transmisión. Por otra parte, su derecho de exposición pública presuntamente habrá sido cedido al adquirente con la compraventa. Y, para finalizar, cuando se produzca una reventa de esa obra, el autor no podrá ejercitar el derecho de colección al no poder acceder físicamente a la obra.

2.1. LAS REPRODUCCIONES IMPROPIAS DEL EJEMPLAR ORIGINAL

El derecho de reproducción, en su definición legal del artículo 18 TRLPI, es el derecho a fijar directa o indirectamente, de modo provisional o permanente, por cualquier medio y de cualquier forma²⁵⁸, la totalidad o parte de la obra para comunicarla o conseguir copias de la misma, la mayoría de las veces de manera instrumental con respecto a los derechos de comunicación²⁵⁹ y, especialmente, distribución.

Los avances tecnológicos y el uso de medios digitales e Internet para la creación y reproducción de obras artísticas han diluido la exigencia de corporeidad de las mismas y la plasmación de sus copias. El derecho de reproducción, a efectos prácticos, ya no se rige por el modelo Gutenberg –esto es, ajustándose a obras susceptibles de explotación mediante la reproducción de múltiples ejemplares físicos–, sino que la copia se traslada a los nuevos procesos de tratamiento digital de las obras, ya sea con soportes o ejemplares electrónicos –*off line*– o con medios directamente telemáticos –*on line*–²⁶⁰. De este modo, el uso de las copias digitales de las obras y las nuevas prestaciones telemáticas necesitan la realización de múltiples reproducciones temporales o técnicas por parte de los equipos de transmisión y recepción de datos²⁶¹.

²⁵⁸ El derecho de reproducción tradicional, en el que eminentemente las copias debían realizarse en soportes corpóreos no puede ser actualmente tratado de ese modo, debiéndose aceptar nuevas formas de explotación, sobre todos desde la aprobación de la *Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información*. Concretamente, el artículo 2 de la misma dispone que «los Estados miembros establecerán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma».

²⁵⁹ A juicio de GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, el proceso de desmaterialización que ha sufrido el derecho de reproducción hace que se difuminen las barreras que claramente lo separaban de la comunicación pública, convirtiéndolo en un concepto que también funciona a través de ella, al permitir técnicamente el uso ulterior de la obra y su percepción por los sentidos del usuario (GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio. *El derecho de autor en Internet. Los Tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho Español de la Directiva 2001/29/CE*, 2ª ed. Granada: Comares, 2003, p. 347).

²⁶⁰ CARBAJO CASCÓN apunta que *hoy* los múltiples ejemplares se materializan, normalmente, en soportes que incorporan copias digitales; sin embargo, cuando se dan reproducciones digitales intangibles, duraderas o provisionales, por ejemplo en Internet, resulta más acertado hablar de *reproducción* y no de *copia* (CARBAJO CASCÓN, Fernando. *Publicaciones electrónicas y propiedad intelectual*. Madrid: Colex, 2002, p. 87 y 88). Añade GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ (*El derecho de autor en Internet, cit.*, p. 57) que, en un medio como Internet, la reproducción no es sólo «un producto de la Red, sino el *modus operandi* de la misma».

²⁶¹ Para un mayor desarrollo acerca de la diferencia entre reproducciones temporales y técnicas, *vid.* GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio. «Las reproducciones provisionales del art. 31.1 TRLPI». En: *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 41-43; RIBERA BLANES, Begña. *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*. Madrid: Dykinson, 2002, p. 93; o CARBAJO CASCÓN, Fernando, *op. cit.*, p. 93.

Sin ánimo de mostrarnos ajenos a ese contexto cambiante, por suerte o por desgracia, la manera de crear y comercializar la obra de los artistas plásticos, sigue siendo prácticamente la misma desde hace siglos. El mercado todavía apenas les ofrece otra opción real de obtener ingresos económicos que no sea poner a disposición del público el original. A pesar de todo, habrá quien defienda que, igualmente, estos creadores podrían producir múltiples copias de su obra, incluso con eficientes medios digitales, para explotarlas económicamente. Pero en estos supuestos no habría una reproducción estricta de la obra de arte original, sino más bien una reproducción impropia que implicaría una gran merma de valor de la misma²⁶²; de hecho, tan sólo cuando los mecanismos de reproducción de la obra requirieran la acción directa del autor –acaso mediante grabados o moldes de esculturas–, se deberían considerar, entonces, como una nueva obra única, original y singular, diferenciada del resto de su serie.

Desde un punto de vista más clásico, pero no por ello menos riguroso, BAYLOS CORROZA puntualiza que, cuando hablamos de una obra plástica, ésta no puede ser, en realidad, reproducida, sino tan sólo imitada. Así, cualquier modo de obtener presuntos ejemplares de una pintura o una escultura, será artificial e impropio. Este autor sólo ve tres posibilidades para conseguir la mal llamada reproducción de la obra plástica: la realización de fotografías del ejemplar único, la copia intentando lograr una imitación fidedigna y el plagio. Obviamente, ante ninguna de ellas podríamos hablar de una estricta reproducción de la obra única²⁶³.

Sin embargo, habida cuenta de que la mayor parte de las legislaciones y la doctrina aceptan esta reproducción impropia como reproducción en sentido jurídico, tendrá cabida la explotación de la representación visual de la obra plástica en cualquier tipo de soporte –por ejemplo, con la reproducción fotográfica de un cuadro–, pudiéndose aducir que algunas obras plásticas incluso han conseguido ser explotadas comercialmente mediante reproducciones mecánicas²⁶⁴, al haberse incorporado una imagen de las mismas

²⁶² Para ERDOZAIN LÓPEZ (ERDOZAIN LÓPEZ, José Carlos. *Derechos de autor y propiedad intelectual en Internet*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 124) el hecho de que la Directiva 2001/29/CE se refiera tanto a los usos directos como indirectos del derecho de reproducción, «permite deducir la intención de los redactores de la Directiva de sujetar todo tipo de actos/procedimientos técnicos a través de los cuales se reproduzca o se permita reproducir la materia protegida».

²⁶³ Vid. BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. *Tratado de derecho industrial*, cit., p. 553. Igualmente, RIVERO HERNÁNDEZ se cuestiona si puede hablarse en puridad de reproducción de obras plásticas por el hecho de realizar una fotografía de la *Pietà* de Miguel Ángel o de un cuadro de El Greco. Ciertamente, tales fotografías permitirían su percepción visual pero no proporcionarían la misma homogeneidad física y representativa del original, único. Así, aunque mantiene sus reservas acerca de que ello pueda considerarse reproducción de una obra plástica en sentido estricto, admite que existe casi unanimidad en cuanto a considerar los supuestos indicados como reproducción a los efectos de explotación patrimonial (RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. «Comentario al artículo 18». En: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitx Rodríguez-Cano, Rodrigo. 3ª ed. Madrid: Tecnos, 2007, pp. 296 y 297).

²⁶⁴ RUBÍ PUIG parece no aceptar la desigualdad de los artistas plásticos respecto a otros autores que sí pueden explotar plenamente el derecho de reproducción, aduciendo que las caracte-

en postales, camisetas, publicidad o catálogos²⁶⁵. Sin embargo, siendo realistas, ello únicamente ocurre con las obras célebres, por lo que la principal fuente de ingresos del artista plástico común seguirá siendo la venta de su propia obra original, sin poder lucrarse de estas opciones comerciales²⁶⁶.

A la vista de lo expuesto, que el creador plástico tenga que convivir con un derecho de reproducción enormemente limitado, sin duda, afectará a sus otras facultades de explotación, muy especialmente al derecho de distribución.

2.2. EL AGOTAMIENTO DEL DERECHO DE DISTRIBUCIÓN

El derecho de distribución se define en el artículo 19.1 TRLPI como «*la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma*». A pesar de estar estrechamente relacionado con el derecho de reproducción –sobre todo cuando se lleve a cabo a partir de la distribución de copias de la obra–, se trata de un derecho totalmente diferenciado, en tanto que un autor, por ejemplo, podría autorizar reproducciones de su obra para permitir su comunicación pública o, por el contrario, autorizar, en un ámbito geográfico, la distribución de copias anteriormente reproducidas. Este derecho confiere al autor la facultad de consentir y controlar la puesta a disposición del público de los ejemplares de la obra, con el claro objetivo de ser normalmente retribuido, reservándose la imposición de las condiciones y términos en que ésta será comercializada.

A priori, por sus diversas posibilidades, se considera como uno de los derechos de explotación que otorga mayores opciones al creador plástico para obtener rendimientos económicos de su obra. Sin embargo, al realizar un examen exegético del derecho y, sobre todo, al tratar de buscar, a efectos prácticos, una posibilidad de explotación real por su parte, se advierten, de nuevo, grandes limitaciones.

El derecho de distribución permite al autor hacer llegar al público *el original* o las copias de la obra en un soporte tangible, físico, que pueda ser aprehendido por el público. Esta segunda opción –mediante copias– sólo será posible limitadamente para determinados tipos de obras múltiples seriadas, como es el caso de los grabados, pero

terísticas del mercado demuestran la posibilidad de explotar la obra plástica a través de obras derivadas mediante licencias o en las tiendas de los museos, que están colmadas de reproducciones de obras de arte y *merchandising* vario (RUBÍ PUIG, Antoni, *op. cit.*, p. 84). Aun aceptando esta puntualización, no creemos que se pueda negar la evidente disminución de valor de la copia respecto al original.

²⁶⁵ DELGADO PORRAS («Los derechos exclusivos...», *cit.*, p. 37) sostiene que la débil capacidad de explotación económica del artista común –en oposición al famoso– a partir de copias, no excluye que sean ilícitas todas aquellas utilizaciones de las obras que, sin autorización del titular del derecho de reproducción, terceros realizan en folletos, libros, web-sites, catálogos, postales o espacios publicitarios, entre otros medios.

²⁶⁶ *Vid.* LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor...*, *cit.*, pp. 212 y 213.

no servirá para el resto de obras de artes plásticas –la enorme mayoría–, donde, como se ha visto, esta posibilidad se ve coartada por las limitaciones que encuentra el artista plástico para ejercer el derecho de reproducción, al tan sólo poder *poner a disposición del público* el soporte del original.

A continuación, la norma dispone el modo en que el autor podrá distribuir su obra, que deberá realizarse «*mediante su venta, alquiler, préstamo o cualquier otra forma*»²⁶⁷. Sin embargo, la experiencia determina que casi el único modo que tiene al alcance el artista plástico para obtener una retribución por su obra será mediante la venta. Y aquí es donde surgen las mayores limitaciones del derecho de distribución.

Por una parte, a tenor del artículo 19.2 TRLPI, la enajenación de la obra original y su consecuente introducción en el tráfico jurídico²⁶⁸ por parte del autor o de alguien por él autorizado, comportará el agotamiento del derecho²⁶⁹. Así, una vez el autor transmita su obra en el mercado primario, verá como se extingue su *ius prohibendi* y el control para los actos de transmisión de dicha obra realizados con posterioridad, aun conservando sus restantes facultades patrimoniales y morales²⁷⁰. Este agotamiento ga-

²⁶⁷ DELGADO PORRAS («Los derechos exclusivos...», *cit.*, p. 40), advierte que la expresión «*cualquier forma*» no debe restringirse a figuras como la permuta o la donación, sino que debe abarcar también «*cualquier otra forma de circulación de los ejemplares individualizada (además de por el título adquisitivo de su propiedad o posesión) por el destino de uso (privado o doméstico, ejecución pública, radiodifusión, cable-distribución, etc.)*».

²⁶⁸ BERCOVITZ ÁLVAREZ (*op. cit.*, p. 282) se cuestiona si se puede afirmar que la obra plástica, hasta el momento de ser introducida en el tráfico jurídico, se trata de *res extra commercium*. Según su razonamiento, si la obra hubiera llegado ilícitamente a manos de un adquirente de buena fe, el artículo 139.4 TRLPI no permitiría, en ese caso, al autor exigir la devolución de los ejemplares adquiridos para uso privado. En su opinión, debe interpretarse que, una vez se ha notificado por parte del autor al adquirente la situación de ilicitud, éste no podrá ejercer derechos sobre la propiedad de dicha obra, porque entrarían en conflicto con la exclusividad del ejercicio del derecho de distribución por parte del autor. Con todo, hasta el momento de la notificación, la obra podría haber sido introducida en el mercado sin que el autor hubiera ejercido su derecho de distribución y, en consecuencia, éste no se habría agotado, por lo que no puede considerarse *res extra commercium*.

²⁶⁹ RIVERO HERNÁNDEZ («Comentario al artículo 18», 3ª ed, *cit.*, p. 319-320) reivindica que el concepto de agotamiento o extinción del derecho de distribución fue creado por la doctrina alemana y consagrado por su introducción en el artículo 4 de la Directiva 2001/29/CE. En el preámbulo de la *Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996*, de 12 de abril, que sirvió para introducir la Directiva mencionada en el ordenamiento español –aunque el agotamiento del derecho de distribución se hallaba en nuestra legislación desde 1987–, se justifica el agotamiento por el interés en la libertad de la circulación de los productos y los intercambios culturales en el ámbito europeo, apuntando que se debe buscar el equilibrio entre la facultad del autor de controlar los usos y difusión de su obra y el interés de la sociedad en esta libre circulación, que además coincide en el interés del adquirente de la obra plástica como propietario incondicionado. Por otro lado, como afirma CARBAJO CASCÓN (*op. cit.*, p. 146), tras la Directiva 2001/29/CE, hay que interpretar que «*el agotamiento sólo se aplica única y exclusivamente a las obras o prestaciones incorporadas a soportes materiales o ejemplares off line*».

²⁷⁰ En el considerando 28º de la Directiva 2001/29/CE se especifica que, técnicamente, aquello que se agota no es propiamente el derecho de distribución, sino que, tras «*la primera*

rantizará al adquirente la posibilidad de transmitir el soporte que contiene la obra mediante venta nuevamente²⁷¹, aunque no le será otorgado ningún derecho –ninguno le habrá sido cedido *per se*– sobre el *corpus mysticum* de la obra; sino que sólo tendrá derechos sobre el soporte físico –*corpus mechanicum*–, con las limitaciones para ambas partes dispuestas por ley²⁷².

De todos modos, el artículo 19.2 TRLPI establece dicho agotamiento sometido a un límite territorial:

Quando la distribución se efectúe mediante venta u otro título de transmisión de la propiedad, en el ámbito de la Unión Europea, por el propio titular del derecho o con su consentimiento, este derecho se agotará con la primera, si bien sólo para las ventas y transmisiones de propiedad sucesivas que se realicen en dicho ámbito territorial.

En consecuencia, solamente cuando la obra se haya transmitido, a título oneroso o gratuito y con el consentimiento del titular, en el mercado primario en el ámbito de la Unión Europea –en realidad, del Espacio Económico Europeo, conformado por los Estados miembros más Islandia, Noruega y Liechtenstein–, el adquirente, ahora propietario del bien material, podrá disponer de ella según lo previsto para posteriores ventas. En

venta en la Comunidad del original de una obra o de copias de la misma por el titular del derecho o con su consentimiento agotará el derecho a controlar la reventa de dicho objeto en la Comunidad».

²⁷¹ Este principio del agotamiento del derecho de distribución, según MARCO MOLINA, se remonta a una construcción del jurista alemán Kohler, quien extrapoló esta máxima a partir de principios rectores del derecho de patentes, trasladando al terreno de la propiedad intelectual una regla según la cual el derecho exclusivo del titular de la patente no subsiste en los objetos individuales o cosas materiales construidos en ejecución de la misma, una vez han sido éstos introducidos en el tráfico con su consentimiento. Según esta autora, aplicando este agotamiento en materia de derechos de autor, se evita que, en virtud del derecho de distribución, se constituya un monopolio a favor del autor u otro titular, debiéndose hallar un equilibrio entre el legítimo interés de dicho sujeto a intervenir la difusión de su obra y el, igualmente protegible, interés del tráfico en la no limitación de la circulación de bienes (MARCO MOLINA, Juana. *La propiedad intelectual...*, cit., pp. 253-255)

²⁷² Queda, pues, extinguido o consumido el derecho del titular de la propiedad intelectual respecto al concreto *ejemplar*, pero no respecto a la *obra* o creación intelectual a él incorporada (cfr. *ibidem*, p. 257). Acerca de dichas limitaciones, el artículo 56 TRLPI establece lo siguiente sobre la transmisión de derechos a los propietarios de ciertos soportes materiales: «1. El adquirente de la propiedad del soporte a que se haya incorporado la obra no tendrá, por este solo título, ningún derecho de explotación sobre esta última». Esta norma, sin embargo se ve matizada por el segundo apartado del precepto, que se ocupa de los adquirentes del *corpus mechanicum* de obras de arte plásticas. Reza: «2. No obstante, el propietario del original de una obra de artes plásticas o de una obra fotográfica tendrá el derecho de exposición pública de la obra, aunque ésta no haya sido divulgada, salvo que el autor hubiera excluido expresamente este derecho en el acto de enajenación del original. En todo caso, el autor podrá oponerse al ejercicio de este derecho, mediante la aplicación, en su caso, de las medidas cautelares previstas en esta Ley, cuando la exposición se realice en condiciones que perjudiquen su honor o reputación profesional». Vid. *infra* el tratamiento de esta cuestión, con relación a la comunicación pública.

sentido contrario, no existirá tal agotamiento en caso de venta de la obra por parte del titular del derecho o de alguien con su consentimiento si esta primera transmisión se hubiera realizado fuera del ámbito de la Unión Europea²⁷³. Así, el titular del derecho de distribución podrá también ejercerlo para impedir las importaciones no autorizadas provenientes de un tercer Estado distinto a los del Espacio Económico Europeo, evitando las llamadas *importaciones paralelas*²⁷⁴, esto es, aquellas que se llevan a cabo intencionalmente por el importador sin el consentimiento del titular del derecho en el territorio comunitario, ilícito contemplado en el artículo 270 del Código Penal²⁷⁵.

Adicionalmente, nos encontramos con otra limitación del derecho de distribución, esta vez de carácter claramente material. Debido a que el creador plástico, cuando enajena una obra, transmite el soporte físico donde ésta ha quedado fijada, le resultará de una dificultad extrema poder ejercer un eventual *ius prohibendi* del derecho de distribución, aun sin estar éste agotado, puesto que ha perdido absolutamente el control sobre el objeto. A modo de ejemplo, imagínese lo complejo que puede llegar a ser para un autor

²⁷³ Por lo tanto, no se admite el agotamiento del derecho de distribución en el ámbito internacional. Así lo interpretaron también los tribunales españoles. *Vid.* SAP Barcelona (sección 15ª) de 20 de enero de 2001, que apoyándose en jurisprudencia europea, en relación con una importación de fonogramas, estimó la inexistencia de agotamiento cuando la primera venta se ha realizado fuera del ámbito comunitario, y en consecuencia el titular del derecho de distribución puede comercializar sus productos fuera del EEE, e impedir las importaciones paralelas de sus productos lícitamente vendidos en terceros países. En la misma línea, *vid.* STS (sala 1ª, sección 1ª) de 28 de septiembre de 2001.

²⁷⁴ Sobre las importaciones paralelas, llama la atención la postura jurisprudencial de otros países. En los Estados Unidos, la *Supreme Court* de los Estados Unidos, en el caso *Kirtsaeng, DBA Bluechristine99 v. John Wiley & Sons, INC.* 568 U.S. (2013), dictaminó que los titulares de los derechos de autor no pueden impedir la reventa dentro del país de aquellos ejemplares importados desde el exterior, argumentando que el derecho de distribución se agota con la primera transmisión, independientemente del lugar donde se hubiese dado. En el supuesto de hecho, un estudiante tailandés, Kirtsaeng Supap, de la Universidad del Sur de California, importaba, mediante envíos de su familia, manuales de matemáticas desde su país para revenderlos por eBay en los Estados Unidos. John Wiley & Sons, parte demandante, interpretó que la regla conocida como «*first sale doctrine*», según la cual el titular del *copyright* no tiene un derecho de control sobre la circulación posterior de las copias que ha vendido o dispuesto de otra forma, derivada de la §109 de la *US Copyright Act*, implicaba el agotamiento del derecho de distribución sólo para aquellas primeras ventas realizadas en los Estados Unidos, pero la Corte Suprema, sorprendentemente, ha dictaminado la legalización de las importaciones paralelas. El agotamiento mundial del derecho de distribución en los Estados Unidos no sólo debe aplicarse a los ejemplares reproducidos, sino también a las obras de arte originales. De hecho, ya era ésta una solicitud planteada por diferentes sectores culturales. Por ejemplo, la Asociación de Directores de Museos de Arte y otros representantes de este ámbito, concluyeron, de manera unilateral, que era necesario que una obra de arte realizada en el extranjero e importada a los Estados Unidos pudiera ser distribuida y exhibida públicamente por los museos en este país sin el consentimiento del autor, siempre y cuando éste hubiera autorizado la primera transmisión en el extranjero (cfr. U.S. SUPREME COURT. Informe nº 11-697, de 9 de julio de 2012, p. 23).

²⁷⁵ *Vid.* ERDOZAIN LÓPEZ, José Carlos. «Los derechos de explotación». En: *Manual de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. 4ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 79 y 80. También, RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, «Comentario al artículo 19», 3ª ed., *cit.*, p. 318.

europeo averiguar si una obra que vendió en Estados Unidos, vuelve a ser revendida, mediante contrato privado, por parte del inicial comprador a un nuevo adquirente en un país del Espacio Económico Europeo.

En cualquier caso, pudiera argumentarse que el artista plástico todavía tiene, por lo menos, dos posibilidades más para distribuir su obra, como son el alquiler y el préstamo²⁷⁶. Efectivamente, todo aquello que no sean ventas o transmisiones de propiedad no producirá, en ningún caso, el agotamiento del derecho, con lo que el ordenamiento español –y europeo, armonizado– abraza parcialmente la *teoría del destino*²⁷⁷, por la cual el autor conserva el control de la utilización de los ejemplares después de haberlos distribuido en determinadas modalidades. A pesar de ello, la realidad del mercado deja en residuales los supuestos en que el autor distribuye una obra plástica mediante su alquiler o su préstamo.

²⁷⁶ El artículo 19.3 TRLPI dispone que «se entiende por alquiler la puesta a disposición de los originales y copias de una obra para su uso por tiempo limitado y con un beneficio económico o comercial directo o indirecto», mientras que el apartado 4º del mismo artículo establece que «se entiende por préstamo la puesta a disposición de originales y copias de una obra para su uso por tiempo limitado sin beneficio económico o comercial directo ni indirecto siempre que dicho préstamo se lleve a cabo a través de establecimientos accesibles al público». En el caso del préstamo, además, ni siquiera se entenderá que existe beneficio económico o comercial directo ni indirecto cuando el préstamo efectuado por un establecimiento accesible al público dé lugar al pago de una cantidad que no exceda de lo necesario para cubrir los gastos de funcionamiento. La redacción del artículo 19.4 TRLPI muestra un derecho restringido de distribuir la obra mediante préstamo, ya que la legislación española no se acogió al artículo 5.1 de la *Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual*, que prevé lo siguiente: «los Estados miembros podrán establecer excepciones al derecho exclusivo a que se refiere el artículo 1 en lo referente a los préstamos públicos siempre que los autores obtengan al menos una remuneración por esos préstamos. Los Estados miembros podrán determinar libremente esta remuneración teniendo en cuenta sus objetivos de promoción cultural». Según DELGADO PORRAS («Los derechos exclusivos...», *cit.*, p. 44), en el ámbito de la Directiva, las personas físicas o jurídicas que realizan préstamos de colecciones de arte y que no reúnen la característica de «establecimiento accesible al público» no podrán acogerse a las ventajas que dispone la misma y que se traducen en «hurtar esos préstamos de la aplicación del correspondiente derecho exclusivo y, en determinados casos, incluso del derecho de remuneración equitativa previsto en el artículo 5 de la Directiva e inexistente en la Ley de Propiedad Intelectual».

²⁷⁷ *Vid.* RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, «Comentario al artículo 19», 3ª ed., *cit.*, pp. 317 y 318. También, BERCOVITZ ÁLVAREZ (*op. cit.*, p. 286). Resulta aclaratoria la STS (sala 1ª) de 12 de diciembre de 2001, donde se expresa que el agotamiento del derecho de distribución a partir de la primera venta opera respecto de las reventas sucesivas de un modo que no alcanza a ninguna otra facultad: «no extingue totalmente el control del titular del derecho de distribución (derechos económicos), porque la adquisición de la cosa material no supone la adquisición de todos los derechos de explotación, y aunque no cabe negar a los adquirentes (...) diversas facultades dispositivas, carecen sin embargo de la de llevar a cabo la actividad comercial de alquiler (...), sin consentimiento del productor».

2.3. LA PRESUNCIÓN DE CESIÓN DEL DERECHO DE EXPOSICIÓN PÚBLICA Y SU NORMAL EJERCICIO EN EL ÁMBITO DOMÉSTICO

El artículo 20.1 TRLPI establece que se entenderá por comunicación pública aquellos actos por los que «una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas». Según la concepción clásica del derecho de comunicación pública, la explotación se sucede de manera simultánea, tanto temporal como espacialmente, entre el público y el titular del derecho u organizador del acto. Sin embargo, el desarrollo de nuevas tecnologías de la comunicación y canales de transmisión propiciaron que se aceptara también que público y acto no confluyeran espacio-temporalmente –por ejemplo, como sucede con el arte electrónico al que se puede acceder bajo pago de contenidos²⁷⁸ o, simplemente, cuando se trata de una representación teatral emitida por *web-cam*–. En cualquier caso, para que exista el derecho de comunicación pública debe haber una pluralidad de público que disfrute del acto, no pudiéndose aplicar en un ámbito privado o doméstico.

De esta manera, *a priori*, éste podría ser un derecho muy adecuado para la explotación de una obra de artes plásticas, puesto que el principal objetivo del autor normalmente será permitir la visualización de su obra por el público. De hecho, la mayoría de los actos de comunicación pública enumerados en el artículo 20.2 TRLPI – básicamente los englobados entre los apartados c) a i)– resultan aplicables a la explotación de este tipo de obras, puesto que es factible su comunicación mediante emisiones vía satélite o su transmisión por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo; así como la puesta a disposición del público de la obra por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de un modo que permita su contemplación en el momento y lugar que desee el espectador.

No obstante, las opciones expuestas serían residuales y no parecen darse con frecuencia en el caso que nos ocupa²⁷⁹, si bien es cierto que cada vez más museos y galerías utilizan Internet para mostrar sus catálogos al público con digitalizaciones de gran calidad. Sin embargo, la Ley parece reservar un apartado ideado a medida para la comunicación de obras de artes plásticas: el artículo 20.2.h) TRLPI expresa que será un

²⁷⁸ Debido a la necesidad de incorporar al derecho español la Directiva 2001/29/CE, se aprobó la Ley 23/2006, modificativa del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. Entre los cambios más significativos, se introdujo un nuevo apartado –el i)– al artículo 20.2 TRLPI, por el cual se considera también un acto de comunicación pública «la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija».

²⁷⁹ ORTEGA DOMÉNECH (*Obra plástica...*, cit., p. 265) describe una realidad del mercado del arte, y es que difícilmente alguien está dispuesto a comprar una obra sin haber visionado en su conjunto el original. Por lo tanto, podría llegar a funcionar residualmente una comunicación pública de la obra a distancia mediante cualquier medio técnico pero, sin duda, la exposición debe ser considerada «la forma de explotación más importante para el autor».

acto de comunicación pública «*la exposición pública de obras de arte o sus reproducciones*», reconociendo al titular el derecho de exposición la posibilidad de mostrar las obras *al público* mediante la observación y contemplación de manera directa del ejemplar original.

En todo caso, hay que examinar dos limitaciones a este derecho para el artista plástico, una de carácter legal y otra material.

a) *La transmisión ex lege del derecho de exposición pública*

La limitación legal se halla en el artículo 56.2 TRLPI, según el cual cuando el autor vende su obra de artes plásticas o fotográfica a cualquier tercero, este adquirente – nuevo propietario– tendrá «*el derecho de exposición pública de la obra, aunque ésta no haya sido divulgada, salvo que el autor hubiera excluido expresamente este derecho en el acto de enajenación*»²⁸⁰. Existe, por lo tanto, una presunción *iuris tantum* –ya que, en todo caso, el autor podría demostrar que se ha reservado contractualmente esta facultad– de transmisión del derecho de exposición pública al enajenar el soporte físico de la obra²⁸¹. Adicionalmente, entendemos que aplicando una fórmula similar a la del artículo 44 de la UrhG alemana, el autor podría llegar a oponerse a la exposición de su obra por parte del propietario, mediante la aplicación de las medidas cautelares contenidas en el artículo 141 TRLPI –especialmente adecuada sería la suspensión de la actividad de exposición–, cuando se realizara en condiciones que perjudicaran su reputación como artista²⁸².

Es necesario, además, precisar que el único derecho que se transmite *ex lege* al propietario que adquiere el ejemplar plástico es el de exposición pública (artículo

²⁸⁰ Aunque incómodo con esta situación, MARÍN LÓPEZ apunta que el propietario al que se refiere el precepto puede ser el adquirente directo del autor, pero también cualquier «*subadquirente posterior*», siendo indiferente si la adquisición fue a título oneroso o gratuito, *inter vivos* o *mortis causa*, o si se produjo en contra de la voluntad del autor, como en una ejecución forzosa judicial o extrajudicial (MARÍN LÓPEZ, Juan José. «La contratación de obra por encargo y la compraventa de obras plásticas». En: Delgado Porrás, Antonio; Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto *et al.* *Protección y límites del derecho de autor de los creadores visuales*. Madrid: Trauma, 2006, p. 214).

²⁸¹ En opinión de DELGADO PORRAS («Los derechos exclusivos...», *cit.*, p. 57), con relación a la irretroactividad de dicha cesión, defiende que «*en tanto norma privativa de derechos preexistentes, también entiendo que no es aplicable a las obras cuyos autores hayan fallecido antes del 7 de diciembre de 1987, ya que sus respectivos derechohabientes (salvo enajenación del derecho por su de cuius o por ellos mismos después de la muerte de éste) venían gozando desde el óbito de su causante de un derecho de exposición pública de esas obras no afectado por presunción de clase alguna, derecho que quedó vigente por todo tiempo de protección de la obra en virtud de las disposiciones transitorias*».

²⁸² *Vid.* HUALDE SÁNCHEZ, José Javier. «Comentario al artículo 56». En: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. 3ª ed. Madrid: Tecnos, 2007, p. 891.

20.2.h), excluyéndose todas las demás formas de comunicación pública²⁸³ y, aunque huelga decirlo, otros derechos de explotación, como el derecho de reproducción o el de distribución²⁸⁴.

En cualquier caso, debería producirse aquí un negocio sinalagmático, con supuestas prestaciones equilibradas entre comprador y vendedor; pero lo cierto es que el legislador estableció una verdadera excepción al derecho de explotación y a la previsión del artículo 56.1 TRLPI –donde se dispone que el adquirente de la obra no tiene ningún derecho de explotación sobre ésta–, deseando expresamente que la facultad de exposición pública se transfiriera al patrimonio del adquirente –sea por las complejidades físicas que implica su ejercicio por parte del autor cuando ya no es propietario del *corpus mechanicum* o sea por el interés general en lograr una mayor difusión de las obras–²⁸⁵. Pero, a cambio, no compensa al autor por la pérdida de dicha facultad exclusiva.

Así, la transmisión de la facultad patrimonial de exposición pública al adquirente no sólo no requerirá una autorización del autor para su ejercicio, sino que tampoco generará a favor de éste una remuneración que tome en consideración los beneficios obtenidos en las exposiciones realizadas por aquél –cuestión más controvertida, si cabe, cuando el nuevo propietario no es un particular–. No obstante, es cierto que, con arreglo al artículo 46 TRLPI y a la libertad contractual del artículo 1.255 C.c, el autor podría llegar a pactar con el adquirente la percepción de una remuneración a tanto alzado por la exhibición de obras por parte de galerías o museos con carácter comercial²⁸⁶. Aun así,

²⁸³ MARÍN LÓPEZ («La contratación de obra...», *cit.*, p. 219) matiza la cuestión con el siguiente ejemplo: «*dicho en otras palabras (el titular del derecho de exposición pública) puede colgar en una pared y hacer con ella (la obra) –aisladamente o en conjunto con otras– una exposición, pero no puede introducirla en la red de Internet y exponerla públicamente de este modo*».

²⁸⁴ *Vid. ibidem*, pp. 219-221. Así, por ejemplo, el propietario particular no podría reproducir la obra en un catálogo, porque de ser así, estaría vulnerando el derecho de reproducción. No ocurre así en cierto derecho comparado, como apunta RIBERA BLANES (*op. cit.*, p. 76): el legislador francés permite, dentro del artículo L 122-5 del *Code de Propriété Intellectuelle*, «*las reproducciones, íntegras o parciales, de obras de arte gráficas o plásticas que estén destinadas a figurar en el catálogo judicial efectuado en Francia para los ejemplares puestos a disposición del público antes de la venta, con el simple propósito de describir las obras de arte que se ponen a la venta*».

²⁸⁵ La entidad de gestión colectiva que representa a los artistas plásticos, VEGAP, elaboró en el año 1993 el denominado «*Manifiesto de Zaragoza*», donde se fijaron catorce reivindicaciones que se hicieron llegar al Gobierno para intentar la modificación de la Ley. La séptima de ellas rezaba: «*la exhibición de una obra de arte es un acto comunicativo del creador. Es un derecho intemporal e independiente de la propiedad. El autor debe tener siempre el derecho a decidir de qué forma se exhiben sus obras*» (cfr. *ABC*, 1 de diciembre 1993, p. 53). Esta petición no tuvo éxito, principalmente porque en derecho comparado esta opción no encuentra acompañamiento, puesto que las legislaciones de propiedad intelectual de Alemania, Portugal y Suiza ceden el derecho de exposición al propietario que adquiere la obra, mientras Francia e Italia, que no tienen la cuestión regulada, aplican esta misma solución jurisprudencialmente (cfr. HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, *op. cit.*, p. 887).

²⁸⁶ *Vid. ORTEGA DOMÉNECH, Jorge. Obra plástica..., cit.*, p. 271.

una buena parte de la doctrina ha considerado insuficiente dicha solución, y aboga por el establecimiento de *lege ferenda* de un derecho de remuneración como mecanismo compensatorio ante esta cesión del derecho de exposición²⁸⁷.

b) La exposición privada en el ámbito doméstico

La limitación material apuntada obedece al difícil cumplimiento del principal presupuesto de la comunicación pública, en general, y de la exposición pública, en particular, cuando se exhibe una obra de arte plástica. La Ley exige que una *pluralidad de personas* tenga acceso a la misma *de manera pública*, puesto que el artículo 20.1.2º párrafo TRLPI fija que «*no se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico*».

Por ende, el ámbito doméstico no puede considerarse de libre acceso y es precisamente en ese ámbito donde se exponen la inmensa mayoría de las obras plásticas²⁸⁸. Mostrar la obra a diversas personas con quien se mantienen relaciones familiares o de

²⁸⁷ VICENT LÓPEZ considera interesante la posibilidad de incluir un derecho remuneratorio a los artistas plásticos y fotográficos por la exposición pública de sus obras cuando se ha cedido el derecho. En sus palabras, «*el autor decidiría si se reserva el derecho o si, por el contrario, permite que opere el mecanismo de la cesión legal, garantizando que el autor participe de los beneficios económicos de exposición de la obra*». Incluso opina que la remuneración debería incluirse cuando la exposición es gratuita (museo público) ya que el autor no tiene por qué financiar la promoción cultural (*op. cit.*, pp. 139 y 140). Por su parte, MARÍN LÓPEZ explica que la configuración de un derecho de remuneración para que los autores participaran de los posibles elevados beneficios que se obtuvieran de sus obras cuando son expuestas al público por terceros «*fue recomendado en 1981 por el Consejo Internacional de Autores de Artes gráficas, Plásticas y Fotografías (CIAGP), dependiente del CISAC*». No obstante, reconoce que ninguna legislación vigente que conozca lo ha implementado, aunque «*el Proyecto de Ley del Autor y Autora y de los Derechos Conexos, presentado en Venezuela en febrero de 2005, dispone en su artículo 54 que la enajenación del objeto material en el que está incorporada la obra, no produce a favor del adquirente, la cesión de los derechos de comercialización correspondientes al autor y la autora, aunque salvo pacto en contrario, el contrato de enajenación del objeto material que contiene una obra de arte, confiere al adquirente el derecho de exponer públicamente la obra (...). En otros ordenamientos vigentes se prohíbe al adquirente la exposición con fines de lucro (art. 31 de la ley chilena 17336, se 1970), lo que de raíz impide la obtención de ganancias por el propietario a costa de la obra*» («La contratación de obra...», p. 223). Asimismo, CASAS VALLÉS, Ramón. «Comentario al artículo 24», 2ª ed., *cit.*, p. 481, añade que el canon de exhibición fue propuesto en diversas enmiendas al tramitarse la Ley de Propiedad Intelectual en 1987. También HUALDE SÁNCHEZ (*op. cit.*, p. 887) defiende que tendría mucho sentido que el autor cobrara una remuneración *ex lege* cuando el adquirente es un museo, entidad u organismo, así como comerciantes que exhiben las obras para su venta.

²⁸⁸ Si bien, como indica AYLLÓN SANTIAGO (*op. cit.*, p. 153) es costumbre de personas adineradas o herederos de artistas acondicionar espacios privados para exponer públicamente las obras. Esta práctica devendrá comunicación pública cuando, en locales que inicialmente no tenían consideración de museos, posteriormente, cuando la exposición de las obras se convertía en permanente y la gestión resultaba gravosa para el particular, se les ha acabado otorgando tal carácter.

amistad, en ningún caso puede ser concebido como una exposición pública²⁸⁹. En consecuencia, el acto –habitual– por el que se exhiben las obras de los artistas plásticos se vería excluido de la sujeción legal del derecho de comunicación pública, porque normalmente se tratará de exhibiciones particulares que se quedarán en la intimidad de los hogares privados.

2.4. LAS RÉPLICAS REALIZADAS POR EL PROPIO AUTOR (DERECHO DE TRANSFORMACIÓN)

Aunque no parece que el ejercicio del derecho de transformación (artículo 21 TRLPI) suponga una dificultad añadida para el artista plástico respecto a otros autores, sí merece la pena detenerse brevemente en los problemas que podrían surgir por la realización de réplicas, por parte del propio autor, de obras de artes plásticas que han sido o vayan a ser enajenadas; puesto que, recuérdese, con arreglo al precepto citado, la transformación de la obra consiste en la traducción, adaptación o realización de «*cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente*».

La réplica ejecutada por el propio autor de una de sus obras estaría a medio camino entre el ejercicio del derecho de reproducción y el de transformación con relación a ésta²⁹⁰. Y, aunque estos dos derechos corresponden en exclusiva al autor –no se transmiten en base al artículo 56 TRLPI–, deberá tener en cuenta que sus réplicas no pueden ocasionar perjuicios al propietario adquirente del original. En tales supuestos, lo recomendable es que las partes aborden en el contrato de compraventa la eventual réplica de la obra por parte del creador y acuerden lo oportuno sobre ella –por ejemplo, una indemnización al propietario por posibles perjuicios ocasionados–, para evitar que el

²⁸⁹ Se puede acotar la expresión *ámbito estrictamente doméstico* desde un punto de vista jurisprudencial según lo expresado en la SAP Vizcaya (Sección 3ª) de 26 de septiembre de 2001: «*el sentido correcto es el que se refiere a una reunión de personas que se frecuentan habitualmente, basándose para ello, en la etimología del término doméstico que alude a la casa y al círculo familiar y al adverbio estrictamente, que impide una interpretación amplia, (...), tal expresión sólo puede acotarse por oposición a lo público*». A pesar de todo, en ocasiones, resultará complejo dirimir si el ámbito es estrictamente doméstico o tiene cierto carácter público, como apunta ERDOZAIN LÓPEZ («Los derechos de explotación», *cit.*, p. 81). Por ejemplo, la jurisprudencia española, acogiéndose a la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, estableció que el acto por el que se pone una obra a disposición de los huéspedes de las habitaciones de los hoteles constituirá un acto de comunicación pública a los efectos de la Ley de Propiedad Intelectual, debido a que las personas que, acumuladamente, se alojarán en las habitaciones serán consideradas un público determinado al que se dirigirá la creación. Por su parte, CASAS VALLÉS también aboga por restringir al máximo los supuestos de comunicación «privada», descartando, por ejemplo, obras escultóricas que se ubican en espacios abiertos accesibles al público, como plazas o templos e incluso aquellos lugares que no puede acceder cualquier persona, como una empresa, sucursal bancaria o restaurante, que no deberán considerarse estrictamente un ámbito doméstico («El derecho de participación...», *cit.*, p. 96).

²⁹⁰ *Vid.* RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. «Reproducción de obra plástica propiedad de museos y colecciones privadas». En: *Derechos del Artista Plástico*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto. Pamplona: Aranzadi, 1996, pp. 178 y 179.

adquirente se oponga *a posteriori* a su producción e introducción en el mercado, alegando daños y perjuicios –sin olvidar, por otra parte, que ciertos pactos, sobre todo aquellos que afectan al derecho de transformación, podrían chocar con la libertad de creación del autor–. En todo caso, la efectividad del derecho del creador plástico para llevar a cabo la réplica, salvo que estuviera contemplado en el contrato de compraventa, debe condicionarse a la indemnidad del propietario, en aplicación del artículo 1.258 del Código civil²⁹¹.

2.5. DIFICULTAD DE ACCESO AL EJEMPLAR ÚNICO PARA EJERCER EL DERECHO DE COLECCIÓN

El derecho de colección otorga al autor la facultad de publicar sus obras, completas o seleccionadas, de la manera en que estime oportuna y sin obligación de indemnizar a terceros a los que hubiera cedido derechos de explotación previamente. La propia redacción del artículo 22 TRLPI, regulador del derecho de colección, que dispone que «*la cesión de los derechos de explotación sobre sus obras no impedirá al autor publicarlas reunidas en colección escogida o completa*», parece reservar este derecho a autores de obras literarias, musicales, audiovisuales o similares y excluir a los creadores plásticos. El motivo que puede llevar a presumir esto es la utilización por parte del legislador del verbo *publicar* para referirse al acto por el cual el autor podría poner a disposición del público la colección de sus obras. Y, a tenor del artículo 4 TRLPI, debe definirse como publicación «*la divulgación que se realice mediante la puesta a disposición del público de un número de ejemplares de la obra que satisfaga razonablemente sus necesidades estimadas de acuerdo con la naturaleza y finalidad de la misma*».

Por lo tanto, los autores de obras de artes plásticas, al no poder *publicar* sus obras en sentido estricto, por ser éstas habitualmente de ejemplar único y con destino singular, no encajarían en la descripción expuesta. No obstante, esta interpretación ha sido, con buen criterio, rechazada por la doctrina²⁹², partidaria de atribuir el derecho de

²⁹¹ BONDIA ROMÁN opina que, cuando el creador plástico realiza una réplica de la obra después de haberla vendido, puede suponer un perjuicio para el adquirente, suponiendo que éste hubiese realizado la adquisición a modo de inversión, ya que las réplicas del original supondrán una devaluación de éste en el mercado. Por tanto, cree que no sería descabellado considerar la posible resolución del contrato de compraventa, a instancias del adquirente por evicción parcial o vicios jurídicos ocultos de la cosa comprada, «*a salvo también de la concurrencia en el contrato de compraventa de un error (¿también de Derecho?) cualificado como causa invalidante del negocio, siempre que la réplica se hubiese realizado antes de la compraventa y el comprador no tuviese noticia de su existencia*». Por supuesto, si el autor utilizara las réplicas para actuar en el mercado, también cabría emprender acciones derivadas de la competencia desleal (BONDIA ROMÁN, Fernando. «La compraventa de una obra...», *cit.*, p. 221).

²⁹² En este sentido, ESTEVE PARDO destaca que el derecho de colección resulta «*de singular importancia para los autores de pinturas y esculturas que han cedido los derechos sobre sus obras a museos o a instituciones*» y desean, en un momento dado, exponer juntas sus obras o

colección a cualquier tipo de autor, sea cual sea la tipología de obra objeto de su creación.

En cualquier caso, el reconocimiento del derecho de colección para el creador plástico²⁹³ no asegura *de facto* el pleno ejercicio del mismo por su parte, debido a las restricciones que precisamente la Ley de Propiedad Intelectual impone a la configuración conjunta de los derechos del autor de obras plásticas. Imagínese una situación en la que un pintor o un escultor, en un momento avanzado de su carrera, decidiese realizar una exposición retrospectiva, incluyendo, por supuesto, sus obras de juventud. Ésta sería, posiblemente, una gran manera de explotar el derecho de colección para un autor de obras plásticas.

Para poder llevar a cabo dicho cometido, el autor, en primer lugar, se enfrentaría –otra vez– a lo dispuesto en el artículo 56.2 TRLPI, precepto que presume la cesión del derecho de exposición pública de la obra al adquirente del soporte material de la misma. Obviamente, un único ejemplar de una obra no puede ser expuesto dos veces al mismo tiempo, debiéndose buscar soluciones para conciliar el derecho de colección del autor y el derecho de exposición pública del adquirente. Con todo, todavía se encontraría con otro escollo, puesto que tendría que tener en cuenta la limitación, establecida en el artículo 14.7 TRLPI, al derecho de acceso al ejemplar único de la obra, según la cual este derecho moral no permitirá exigir «*el desplazamiento de la obra*», por lo que el acceso debe hacerse «*en el lugar y la forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor*»²⁹⁴.

publicar, por ejemplo, «*un libro monográfico de toda su obra*» (ESTEVE PARDO, M^a Asunción. «El abuso de Derecho, el fraude de ley y la contratación de derechos de autor de los creadores visuales». En: Delgado Porras, Antonio; Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto *et al.* *Protección y límites del derecho de autor de los creadores visuales*. Madrid: Trama, 2006, p. 266).

²⁹³ No se trata de una simple cuestión terminológica que el artículo 22 TRLPI especifique que es el *autor* quien tiene reconocido este derecho. Una interpretación literal excluiría a los herederos, lo que puede ir en contra del sistema de derechos patrimoniales, donde, en realidad, la Ley engloba a este derecho. Es por ello que RIVERO HERNÁNDEZ («Comentario al artículo 22», *cit.*, p. 402) aboga por aplicar, por analogía, el artículo 15 TRLPI, relativo a los supuestos de legitimación *mortis causa* de los derechos morales, para que, fallecido el autor pueda ejercitar el derecho de colección la persona «*a quien él se lo haya confiado expresamente por disposición de última voluntad, o en su defecto, sus herederos*». Debido a la defensa, por parte de este autor, de la naturaleza mixta de este derecho, esta opción le parece más satisfactoria que aplicar directamente los artículos 42 y siguientes TRLPI, relativos a la transmisión *mortis causa* de los derechos de explotación.

²⁹⁴ Como indica ESPÍN CÁNOVAS, en el contrato de compraventa, el titular puede convenir al enajenar la obra original que ésta pueda ser desplazada a su estudio, o a otro sitio que considere, como un museo o edificio público adecuado. Lógicamente, deberá cubrir los gastos derivados del desplazamiento (*Las facultades...*, *cit.*, p. 118). Sin embargo, debido a la posición débil del autor al realizar el acto o contrato de compraventa, resultará complicado que logre incluir una cláusula con este contenido, máxime cuando la omisión de la cuestión impide legalmente este desplazamiento.

En esta tesitura, resulta plausible pensar que estamos ante un derecho al que normalmente el autor renuncia en el momento de ceder otros derechos de explotación²⁹⁵. En cambio, RIVERO HERNÁNDEZ, se muestra contrario a esta realidad²⁹⁶, defendiendo la irrenunciabilidad del derecho de colección, aduciendo que el artículo 22 sólo puede tener trascendencia jurídica si se interpreta de este modo, puesto que, en caso contrario, pasaría a ser una mera presunción *iuris tantum*, según la cual se presumiría que el autor podría publicar sus obras en colección, salvo pacto en contrario en el contrato de edición o cesión de sus obras. Así, lo considera un derecho excepcional, con una naturaleza mixta, entre patrimonial y moral, y que tiene un difícil encaje en el sistema de derechos de explotación, ya que quebranta la regla general en el tráfico jurídico, según la cual la cesión de los derechos otorga al cesionario la exclusividad en su edición. En todo caso, a pesar de reconocer la lógica de este razonamiento y de su acomodo derivado de una interpretación restrictiva del artículo 22 TRLPI, no puede ser aquí compartido, al demostrar la doctrina jurisprudencial la efectiva renunciabilidad del derecho de colección²⁹⁷.

En definitiva, las exposiciones retrospectivas de todas las obras de un pintor o un escultor quedarán sujetas al consentimiento de los adquirentes de sus obras. Por ende, habida cuenta de las dificultades materiales, resulta lógico llegar a la conclusión de que el ejercicio (disminuido) del derecho de colección por parte del artista plástico quedará relegado a la publicación de fotografías u otros medios de reproducción similares de la totalidad de sus obras en un libro monográfico o un catálogo, con la incorporación de las imágenes a múltiples ejemplares²⁹⁸. Siempre será más sencillo para el autor poder exigir el derecho de acceso al ejemplar raro o único de una obra suya que se encuentre en posesión de tercero para realizar fotografías que incluir una cláusula en el contrato de

²⁹⁵ Vid. ESTEVE PARDO, M^a Asunción, *op. cit.*, p. 266, quien alerta de que en los contratos de edición se suele hacer renunciar expresamente al autor al derecho de colección, debido al temor por parte del editor a que éste, tras haber visto publicadas una o varias obras suyas de manera independiente, las edite en una editorial de la competencia, en formato de *obras completas*, y esto le suponga al editor un perjuicio a su explotación

²⁹⁶ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. «Comentario al artículo 22», *cit.*, pp. 396 y 401.

²⁹⁷ La STS (sala 1^a, sección 1^a) de 24 de junio de 1965, referencia en esta cuestión, estableció que el derecho de colección era renunciable; mas dicha renuncia debía ser expresa. En esa ocasión, la Editorial Planeta, bajo el título *Obras Selectas*, publicó seis obras de Gregorio Marañón. La Editorial Espasa-Calpe la demandó, debido a que este autor le había cedido previamente los derechos de edición. El Tribunal Supremo entendió que a la demandada no se le había transmitido el derecho de colección expresamente, «*máxime tratándose de una colección escogida de determinadas obras, cuyos derechos de edición ya pertenecían a otra editorial*» y sentenció que «*la enajenación a otro de ese derecho de colección tiene que hacerse expresamente, es decir con palabras o demostraciones claras, ya sea completa o escogida*», por lo que la Editorial Espasa-Calpe se mantuvo como cesionaria de las obras individuales del autor y la Editorial Planeta no pudo publicar la compilación de obras objeto de litigio.

²⁹⁸ A esta conclusión llega ESTEVE PARDO (*op. cit.*, p. 268) añadiendo que forzar la renuncia del derecho de colección por parte de un adquirente de una obra de arte plástica carece de sentido y está injustificado si su objetivo es únicamente exponerla ante el público.

compraventa reservándose el derecho de que la obra sea desplazada donde decida, en el momento en que lo decida.

3. EL *DROIT DE SUITE* COMO CORRECCIÓN DEL EJERCICIO MERMADO DEL DERECHO DE DISTRIBUCIÓN

La discriminación de los derechos del autor de obras de artes plásticas por razón del objeto en el sistema de los derechos de explotación ha sido demostrada. Por lo tanto, el siguiente paso será buscar los adecuados mecanismos legales dirigidos a remediar este déficit, con la finalidad de reequilibrar la situación patrimonial del autor plástico y paliar el ejercicio imperfecto de sus derechos de explotación.

En este sentido, es lógico deducir que el hecho de que el antiguo artículo 24 TRLPI hubiera sido establecido en la Ley en una sección diferente («otros derechos») a la dedicada a los derechos de explotación es un indicio de su complementariedad. Con ello, el legislador habría querido cerrar un sistema de derechos patrimoniales de autor dirigidos a obtener un rendimiento económico de la explotación de la obra, ya fuera mediante actos propios o, en el caso del *droit de suite*, por la realización de un acto concreto –la reventa de la obra– que ha quedado excluida del ámbito de su explotación y, por tanto, de su control.

Por lo tanto, podemos explicar su reconocimiento como derecho de remuneración para paliar la merma que sufren los derechos exclusivos de explotación los autores de obras de artes plásticas. Sin embargo, resulta imposible justificar una conexión general del derecho de participación con todos los derechos exclusivos que resultan debilitados, tal y como se ha expuesto hasta el momento. Aun así, en la práctica, si el *droit de suite* no existiera, la propiedad intelectual sobre la obra plástica quedaría prácticamente vacía de facultades patrimoniales²⁹⁹.

Así las cosas, resultará todavía más necesario identificar qué derecho de explotación del autor de obras de artes plásticas es aquel cuya extinción o limitación genera, de una manera directa y sistemática, la existencia de este derecho dentro del ámbito del derecho de autor.

²⁹⁹ De todos modos, cierto sector dogmático se apoya tímidamente en un planteamiento donde el *droit de suite* actuaría como una suerte de compensación a todas las facultades limitadas del derecho exclusivo. Se mantienen afines a esta línea de argumentación, aunque sin demasiada contundencia, VICENT LÓPEZ (*op. cit.*, p. 172), al expresar que el derecho de participación da respuesta a «*diferentes problemas ligados a la explotación patrimonial de este tipo de obras por el autor con posterioridad a su enajenación*» y VALLÉS RODRÍGUEZ (*op. cit.*, p. 449), expresando que «*se concibe como un sistema de extender los derechos de explotación del autor de una obra plástica más allá del limitado ámbito de la primera transmisión*». Asimismo, SERRANO GÓMEZ (*op. cit.*, p. 61) se muestra favorable, así en general, a reconocer el derecho como compensación al hecho de que sean terceras personas quienes obtienen beneficios patrimoniales de las sucesivas reventas de sus obras.

3.1. FALTA DE CONEXIÓN CON LOS DERECHOS DE COMUNICACIÓN PÚBLICA, TRANSFORMACIÓN Y COLECCIÓN

La presunción de cesión del derecho de exposición pública podría llegar a justificar la creación de un nuevo derecho de remuneración –añadido al derecho de participación– encaminado a compensar al autor por la exhibición de sus obras fuera de su control. Éste vendría a remediar las situaciones de desequilibrio económico planteadas, lógicamente, siempre y cuando el autor no se hubiera reservado para sí, en el acto de enajenación, la facultad de exposición pública, tal y como le permite el artículo 56.2 TRLPI. Siguiendo con este hilo, el propietario y cesionario del derecho debería liquidar, por cada exhibición de la pieza en exposición pública, una remuneración equitativa al autor, que cubriera parte del lucro cesante de éste con lo que hubiera podido cobrar con su ejercicio. Asimismo, debe tenerse en cuenta que, cuando un museo o ente público adquiere una obra, ésta prácticamente está amortizada para el autor, puesto que en extraña ocasión va a ser revendida, impidiéndole participar del *droit de suite* y de cualquier otro potencial acto con trascendencia económica –como, por ejemplo, cobrar o participar del precio de entrada a los visitantes de la exposición–.

Aunque nos mostremos de acuerdo con esta demanda de *lege ferenda*, ésta no tendría una gran aplicación práctica según se ha visto más arriba, ya que la mayor parte de las exhibiciones de las obras de artes plásticas se dan en el círculo *doméstico*. En consecuencia, estas utilidades quedan fuera del ámbito de aplicación de la exposición pública (acto de comunicación pública) y, por ende, el ficticio derecho de remuneración no podría entrar prácticamente nunca en acción.

Ante esta nueva situación, se podría llegar a pensar que el *droit de suite* compensa al creador plástico por la continua exhibición privada de las obras que ha transmitido. Así, en dicho escenario, ambos derechos de remuneración convivirían en el mismo sistema de derechos de autor: el *droit de suite* entraría en juego cuando hubiera exhibición privada, mientras el hipotético –y actualmente inexistente– derecho de remuneración equitativa por cesión *ex* artículo 56.2 TRLPI, cuando hubiera exhibición pública.

En la doctrina española, CASAS VALLÉS considera interesante relacionar el derecho de participación con el de comunicación pública³⁰⁰, al considerar que la reventa es un acto por el cual la obra llega a un nuevo círculo de usuarios, de forma que el «*evento compensable es la exhibición privada*». De hecho, cuando un autor vende su obra en el mercado primario, existe la posibilidad de que el adquirente la revenda y se lucre con una eventual plusvalía. También al propietario del *corpus mechanicum* normalmente se

³⁰⁰ Vid. CASAS VALLÉS, Ramón. «Comentario al artículo 24», 2ª ed., *cit.*, pp. 481 y 482. Con mayor desarrollo, en «El derecho de participación», *cit.*, pp. 95-101, apoyándose en J. L. DUCHEMIN (*op. cit.*, p. 28). También apunta esta posibilidad LIPSZYC (*Derecho de autor...cit.*, p. 213), al afirmar que el *droit de suite* es equivalente a los beneficios que los autores de obras musicales reciben por cada comunicación de éstas a un público nuevo.

le cede el derecho de exposición pública y, a su vez, obtiene una suerte de *derecho* a exhibir de manera privada la obra. Pero este último concepto no estaría incluido en el precio pactado.

La fundamentación de este planteamiento parte del hecho de que las sucesivas transmisiones de la obra provocan que ésta se traslade cada vez a un nuevo grupo de espectadores, con lo que el nuevo adquirente gozará de un derecho de exhibición privada, ya que podrá mostrarla en su propio ámbito particular. Como ese derecho al disfrute de la obra mediante su exhibición privada no sería consustancial a la compraventa, habría que compensar al autor por su ejercicio. Esta compensación se traduciría en una liquidación diferida, por parte del propietario al artista, calculada –por qué no– sobre un porcentaje del precio de la siguiente reventa, ya que nada tendría que ver con una eventual plusvalía en el momento de la enajenación futura. En otras palabras, «*la reventa no es más que una ocasión para compensar*», ya que las remuneraciones en lugar de liquidarse puntualmente con cada utilización –esto es, con cada exhibición doméstica– se satisfarían, acumuladas, de manera aplazada³⁰¹.

A pesar de resultar una propuesta interesante por su originalidad, a nuestro juicio adolece de cierta inconsistencia y, a su vez, deja demasiados cabos sueltos según la configuración actual del *droit de suite*. En primer lugar, se debe rechazar de plano que la exhibición privada implique de algún modo una explotación de la obra, por lo que carecería de sentido exigir una remuneración equitativa. Ni siquiera el hecho de que la mayoría de artistas nunca puedan llegar a ver sus obras exhibidas públicamente y que el ámbito doméstico sea su hábitat natural justifica elevar a la categoría de derecho de explotación una mera exhibición doméstica –o una sucesión de éstas–. Adicionalmente, entendemos que, tanto si se cede o no el derecho de exposición pública, la facultad del propietario de *colgar la obra en su casa* es inherente a la naturaleza del contrato de compraventa, ya que el nuevo adquirente debe poder disfrutar pacíficamente del bien.

Por otro lado, para poder dotar de una mayor coherencia a esta teoría habría que realizar modificaciones esenciales del *droit de suite*, como eliminar la distinción entre ventas públicas y privadas, ya que el derecho debería operar en todas las ocasiones en que hubiera –o pudiera haber– una exposición privada, siendo irrelevante la modalidad de compraventa.

Descartada la justificación del *droit de suite* como compensación a la exhibición privada, asimismo debemos rechazar cualquier relación entre éste y el derecho de comunicación pública. No resultaría coherente que el artículo 56.2 TRLPI permita pactar la cesión del derecho de exposición pública –principal acto para el creador plástico dentro del derecho de comunicación pública– y, en cambio el *droit de suite* sea irrenunciable por ley. Otro tema es si el actual contenido del artículo 56 TRLPI es adecuado o bien debería plantearse una revisión completa del mismo que contemplara la cesión

³⁰¹ Vid. CASAS VALLÉS, Ramón. «El derecho de participación», *cit.*, p. 97.

obligatoria del derecho de exposición pública con la transmisión de la obra y la creación de un derecho de remuneración equitativa para compensar al autor por este tipo de exhibiciones de sus obras, principalmente cuando se cobra entrada para su contemplación³⁰².

Finalmente, sin encontrar ningún punto de conexión entre el derecho de transformación y el *droit de suite*, valga gran parte de lo expuesto hasta aquí para descartar también un supuesto vínculo del mismo con el derecho de colección. Tiene una complicada argumentación justificar el derecho de participación por las trabas materiales que se encuentra el autor plástico para ejercer el derecho de colección ya que, al fin y al cabo, dichos impedimentos son de carácter material y no una limitación de la ley o una extinción legal del derecho.

3.2. COMPLEMENTO AL DERECHO DE DISTRIBUCIÓN POR SU AGOTAMIENTO TRAS LA PRIMERA VENTA

En un paradigma donde el creador plástico debe convivir con un derecho de reproducción cuyo ejercicio está menoscabado, por el hecho de que las únicas reproducciones de un ejemplar único que éste podría llegar a introducir en el mercado –y tan sólo si se tratara de una obra célebre– serían aquellas denominadas impropias. La enajenación del original será su principal (único) modo de comercializar su obra. En lenguaje de derecho de autor, tal enajenación tendrá la calificación de una distribución del ejemplar original mediante venta u otro título de transmisión de la propiedad, lo que conlleva, con arreglo al artículo 19.2 TRLPI, el agotamiento del derecho de distribución para las sucesivas ventas del mismo soporte físico que se realicen en el ámbito de la Unión Europea³⁰³.

³⁰² Además de lo expresado anteriormente con la necesidad de legislar un nuevo derecho de remuneración para compensar la cesión del derecho de exposición pública, el artículo 56 TRLPI es un precepto polémico también por otros aspectos. A juicio de DELGADO PORRAS («Los derechos exclusivos...», *cit.*, pp. 59-64, es «deseable y de lege ferenda una sustitución (del artículo 56.2 TRLPI) por otra disposición más equilibrada»; mostrándose muy crítico con el contenido del precepto, especialmente con la expresión «el propietario (...) tendrá el derecho de exposición pública de la obra, aunque ésta no haya sido divulgada». Se pregunta si ello quiere decir que, con la enajenación, se ha transmitido también el derecho moral de divulgación, aun siendo irrenunciable e intransmisible. Además, cuán difícil es que un autor transmita una obra no divulgada a tercero; tan difícil que, en su opinión, no merece la atención del legislador. Sin embargo, MARÍN LÓPEZ («La contratación de obra...», *cit.*, p. 223), en este punto no está de acuerdo. Para este autor, el acto de enajenación no comporta la divulgación de la obra, porque el artículo 14.7 TRLPI reconoce al autor el derecho de acceder al ejemplar, precisamente, para divulgarlo. La interpretación más correcta, según su opinión, es que el autor que vende la obra no divulgada presta anticipadamente su consentimiento para que el comprador pueda, si así lo desea, divulgarla.

³⁰³ Adicionalmente, agotado o no el derecho de distribución, normalmente tras la primera venta el autor pierde cualquier tipo de control material sobre su obra, así que difícilmente podrá reclamar ningún derecho de propiedad intelectual sobre la misma si no fuera por la exis-

De este modo, el *droit de suite*, figura destinada a extender los derechos patrimoniales de la obra plástica más allá de la primera transmisión, operará como un derecho de remuneración complementario al derecho exclusivo de distribución, cuya conexión entre ambos se hallará en el agotamiento o extinción de éste con relación a las reventas sucesivas de la obra plástica³⁰⁴.

En conclusión, la justificación del *droit de suite* y su función dentro del sistema de derechos patrimoniales de propiedad intelectual no es otra que operar como una corrección³⁰⁵ a la merma de ingresos del autor de obras plásticas por causa del explicado agotamiento.

Pese a tratarse ésta de una postura con gran aceptación dogmática³⁰⁶, existen también voces detractoras que contradicen esta explicación que merecen ser expuestas, así como, en la medida de lo posible, rebatidas:

i) Una de las principales críticas que se realizan a esta teoría y, en el fondo, al fundamento último de la misma –la discriminación patrimonial del artista plástico respecto a otros autores– es que el *droit de suite* no puede reequilibrar una reducción de ingresos por el agotamiento del derecho de distribución porque, con la transmisión del original plástico se da un fenómeno de *concentración o capitalización del valor*, consecuencia de su unicidad o exclusividad. Según BERCOVITZ ÁLVAREZ³⁰⁷, es discutible que

tencia de un derecho como el *droit de suite*, donde las entidades de gestión pueden obtener información de las reventas públicas –seguramente, ni aunque pusieran importantes medios, difícilmente podrían impedir las posteriores reventas privadas del ejemplar–. DOLL, tratando la *first-sale doctrine* –agotamiento del derecho de distribución en la *common law*– y el principio de libre transmisibilidad de bienes muebles, reconoce que estas prerrogativas pueden acabar siendo insignificantes, ya que lo normal es que el artista plástico pierda la pista de su obra tras la venta en el mercado primario (DOLL, Elisa D. «The Equity for Visual Artists Act of 2011 (EVAA): Crafting an Effective Resale Royalty Scheme for the United States through Comparative Meditation». *Indiana International and Comparative Law Review*. Vol 24:2. Indianapolis: Indiana School of Law, 2014, p. 488).

³⁰⁴ A esta conclusión llega, asimismo, parte de la doctrina. DIETZ destaca que no es otra que ésta la justificación que debe darse al *droit de suite*, puesto que se manifiesta como un derecho jurídico-autoral como caso de aplicación de un limitado derecho de distribución (cfr. DIETZ, Adolf, *op. cit.*, p. 104). Asimismo, *vid.* GUTIÉRREZ VICÉN, Javier. «Comentario al artículo 24», *cit.*, p. 195 y, en la misma línea, *vid.* WALTER, Michel M.; Von LEWINSKI, Silke. *European Copyright Law: A Commentary*. Nueva York: Oxford University Press, 2010, p. 837.

³⁰⁵ Se evita utilizar el término compensación, que sí es usado por la doctrina, para definir la relación del *droit de suite* con el agotamiento del derecho de distribución tras la primera venta, tratando de huir del concepto indemnizatorio que aquél implica. Así, aquí se prefiere interpretar como un complemento corrector o reparador que el propio sistema de derechos patrimoniales configura para reforzar el derecho exclusivo del autor.

³⁰⁶ En este sentido, *vid.* GUTIÉRREZ VICÉN, Javier, «Comentario al artículo 24», *cit.*, p. 195; VICENTE DOMINGO, Elena, *op. cit.*, p. 76; DELGADO PORRAS, Antonio, «Gestión colectiva...», *cit.*, p. 209; ERDOZAIN LÓPEZ, José Carlos. *Derechos de autor...*, *cit.*, p. 88; o BONDÍA ROMÁN, Fernando. «Derecho de participación». En: *Diccionario Jurídico de la Cultura* [en línea]. Disponible en: <<http://www.diccionario-juridico-cultura.com/voces/derecho-de-participacion>> (última visita: 8 de diciembre de 2015).

³⁰⁷ BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán, *op. cit.*, p. 358.

el goce o explotación patrimonial por parte del artista plástico sea menor que el de otros autores; «*es simplemente distinto: donde 100 lectores pagan 1/100 cada uno, el artista obtiene rentas similares de un solo comprador*». En definitiva, la venta de un cuadro de un artista plástico podría reportar unos beneficios económicos equivalentes a las regalías obtenidas por un escritor, de similar nivel artístico a aquél, por una novela³⁰⁸. Sin embargo, este análisis crítico obvia una importante cuestión: las obras de ciertos autores –por seguir con el ejemplo, los novelistas– pueden generar percepciones económicas no sólo con la primera edición del libro –donde cada lector paga, efectivamente, una porción del valor que ha acordado con el editor más el margen comercial de éste–, sino que lo pueden hacer, efectivamente, durante toda la vida del autor más setenta años tras su fallecimiento, con la venta de miles de ejemplares.

ii) Basándonos en otras legislaciones de derecho comparado, se podría no compartir el carácter corrector, defendido aquí, que supone que el *droit de suite*, como derecho de remuneración, complementa el agotamiento del derecho de distribución³⁰⁹. En verdad, muchos ordenamientos –por ejemplo, los de la tradición del *copyright*– aceptan y aplican estrictamente los derechos de explotación, como el de reproducción o el de distribución –con agotamiento del mismo, incluso, tras la primera venta– y, en cambio, no han introducido en ellas el *droit de suite*. Ello podría poner en entredicho la conexión propuesta; pero hay que tener en cuenta que, precisamente por hablar de una configuración cuya raíz se encuentra en el propio sistema de propiedad intelectual, las conclusiones realizadas aquí no son extrapolables a otros sistemas, especialmente a las legislaciones del *copyright*, y, en cambio, sí pueden ser totalmente vigentes y aplicables para el ámbito no sólo español, sino comunitario europeo.

iii) MINERO ALEJANDRE señala que «*el derecho a la participación en el precio alcanzado con esa distribución no supone, en sí, una facultad de distribución, esto es, una potestad de controlar –de autorizar y/o prohibir– la distribución, en su modalidad de venta*»³¹⁰. No obstante, bajo nuestro punto de vista, sí cabe considerar que *droit de suite* tiene como presupuesto un acto de distribución y que, precisamente sobre la primera cesión, el autor tiene pleno control sobre el destino de la obra.

iv) Finalmente, se podría aducir que, como el agotamiento del derecho de distribución sólo afecta al ámbito geográfico europeo, aquellas obras enajenadas en el mercado primario fuera del mismo –por ejemplo, un artista plástico español que vende una pieza a una galería japonesa– y que, posteriormente, fueran reintroducidas en el mercado europeo, siempre a expensas de la voluntad del titular del derecho, no serían impor-

³⁰⁸ Un ejemplo muy similar al expuesto se empleó por la U.S. COPYRIGHT OFFICE en su Informe de 2013 para valorar la inclusión del *droit de suite* en los Estados Unidos (cfr. U.S. COPYRIGHT OFFICE. *Resale royalties: an updated analysis*, 2013, *cit.*, p. 10).

³⁰⁹ Vid. KATZENBERGER, Paul. «Harmonisierung des Folgerechts in Europa». En: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht: internationaler teil (GRUR)*, nº 4. Weinheim: Verlag, 1997, p. 309.

³¹⁰ Cfr. MINERO ALEJANDRE, Gemma, *op. cit.*, p. 1.240.

taciones paralelas. Técnicamente, esas reventas estarían gravadas por el *droit de suite* y, en cambio, el agotamiento del derecho de distribución no se habría dado hasta ese preciso momento simultáneo –recuérdese que, en teoría, éste sólo se produce *tras* la primera venta–. En cualquier caso, no parece que tampoco esta cuestión sea un impedimento para la justificación del *droit de suite* como derecho de remuneración complementario al agotamiento del derecho de distribución, ya que todo aquello que quede *extra-muros* de la legislación europea, porque ésta así lo regule expresamente como excepción o bien porque no entre en su ámbito de aplicación, no podrá ajustarse estrictamente al esquema planteado. En todo caso, en este último supuesto, se debería hacer una interpretación integradora, basada en un agotamiento del derecho de distribución simultáneo a la generación del crédito de participación, precisamente por la reintroducción de la obra en el mercado europeo.

PARTE SEGUNDA

LA REGULACIÓN DEL *DROIT DE SUITE*

CAPÍTULO 4: EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL *DROIT DE SUITE*
DESDE SU CONFIGURACIÓN INICIAL HASTA SU CONSOLIDACIÓN INTERNACIONAL

Se pueden diferenciar dos etapas en la evolución legislativa del *droit de suite* desde sus inicios hasta su afianzamiento internacional. La primera de ellas partiría de las iniciales incorporaciones de este derecho durante el período de entreguerras, con regulaciones diseminadas en apenas seis países –Francia, Bélgica, la antigua Checoslovaquia, Polonia, Uruguay y, algo más adelante, Italia–. El principal interés de esta etapa reside en examinar la configuración de un derecho nuevo, así como en realizar un juicio comparativo entre los distintos modelos adoptados por estos países. Ésta terminaría en 1948, con la inclusión del *droit de suite* en el *Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*³¹¹.

La segunda etapa de la evolución legislativa de este derecho abarcaría el período de consolidación internacional del mismo, consecuencia del referido reconocimiento en el Convenio de Berna. En dicho período, la mayoría de las leyes existentes se fueron modificando y adaptando a diferentes procesos de aproximación de contenidos. Asimismo, se sucedieron en cascada una serie de nuevas regulaciones del derecho en diferentes países del área de influencia del *droit d'auteur*, aunque con algunas incursiones interesantes en los países que siguen la tradición del *copyright*, como es el caso de India o Australia.

Como se verá, más de 80 países tienen regulado actualmente este derecho a nivel interno, a pesar de que algunos Estados con preeminentes mercados del arte, como es el caso de los Estados Unidos, Suiza o China, se resisten, por el momento, a su reconocimiento. No obstante, una vez configurado, reconocido y consolidado el *droit de suite* a nivel global, aparecieron nuevas cuestiones a resolver. Así, hubo que dar respuesta a la necesidad de armonizar el derecho en la Unión Europea con el objetivo de evitar distor-

³¹¹ Acta de Bruselas de 26 de junio de 1948, de revisión del *Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 9 de septiembre de 1886*.

siones en el mercado dentro del espacio comunitario, sin olvidar la obstinación de diferentes agentes –principalmente, provenientes de la Europa continental– por conseguir exportar el *droit de suite* y lograr su efectiva aplicación en los referidos países que albergan plazas artísticas de primer nivel.

1. SISTEMAS DE PARTICIPACIÓN EN EL EJERCICIO DEL DERECHO

Según se ha apuntado, a lo largo de la segunda y la tercera década del siglo XX, el *droit de suite* se incorporó en diferentes ordenamientos jurídicos estatales. Cada legislador nacional configuró de manera autónoma este nuevo derecho especial, con la dificultad añadida de contar con escasas experiencias análogas en derecho comparado. De todos modos, la fundamentación jurídica del derecho y la mayoría de sus principales características fueron comunes en las legislaciones de los países pioneros en reconocerlo.

El *droit de suite* había nacido como un derecho de autor en beneficio de artistas plásticos –o sus derechohabientes, tras su fallecimiento–, de carácter irrenunciable, debido a su finalidad protectora. Su objeto consistía en poder participar económicamente de las reventas que se realizaran de sus obras –en aquel momento, pinturas y esculturas, o como mucho, grabados– en el mercado secundario, normalmente tras haber sido éstas malvendidas en su primera transmisión.

Y, precisamente, sobre el modo de participar en dicha reventa es donde surgió la mayor disensión. El foco de controversia se centró en el modo en que debía articularse la participación económica del artista en la reventa de sus obras, así que dos modelos se contrapusieron de inmediato: por un lado, un sector dogmático más fundamentalista no podía concebir un derecho basado en la equidad si no era mediante una participación del autor en la plusvalía generada entre el precio de adquisición y el de transmisión de la obra, tanto si la venta era realizada en pública subasta o de manera privada³¹²; en el lado opuesto se defendía, por razones pragmáticas, la necesidad de que esta participación consistiera en la aplicación de un porcentaje directo sobre el precio de la transmisión, aplicable de manera exclusiva a las ventas llevadas a cabo con la intervención de un profesional del mercado de arte, preferentemente en casas de subastas³¹³.

Diferentes motivos de peso avalaban la adopción de una u otra postura, lo que provocó –a pesar de las pocas leyes que, por entonces, habían regulado el derecho– que se establecieran dos sistemas de participación confrontados, uno basado en la plusvalía y otro en el precio de la reventa –conocido como sistema franco-belga, por ser éstos los dos únicos países que, en un primer momento, apostaron por tal modelo–.

³¹² Vid. CASAS VALLÉS, Ramón. «Comentario al artículo 24», 2ª ed, *cit.*, pp. 469 y 470.

³¹³ Vid. DUCHEMIN, Jean-Louis. *Le droit de suite des auteurs*, *cit.*, p. 19.

1.1. SISTEMA DE PARTICIPACIÓN EN LA PLUSVALÍA

Retomando el origen romántico del *droit de suite*, se comenzó a cavilar acerca de la injusticia que suponía que el valor comercial de la obra aumentara con el paso del tiempo y que, sin embargo, el autor no pudiera participar de ningún modo en la cotización actualizada de su creación. Sin duda, lo más justo sería que el revendedor compartiera parte del rendimiento económico con el titular del derecho, así que se propuso que el autor obtuviera un beneficio *a posteriori*, derivado de los excesos de ganancia que se generaban, tras la primera transmisión, en las sucesivas reventas de sus obras y que percibían exclusivamente los revendedores³¹⁴. En parte, se continuaba defendiendo la justa compensación que debería obtener el autor por haber transmitido su obra subestimándose –esto es, sin apreciar el futuro valor que podría llegar a cotizar su trabajo–, pero el centro de gravedad de la cuestión se había trasladado desde la necesidad de equidad hacia una plusvalía objetiva y calculable, asociando directamente el derecho del autor plástico con el aumento del importe económico de sus obras.

Uno de los principales argumentos de este enfoque se basó en el presupuesto por el cual toda obra artística tiene un *valor intrínseco* que, sin embargo, no siempre es visible de inmediato y puede mantenerse oculto hasta que sea descubierto por el acontecimiento de una serie de circunstancias, normalmente ajenas al propio autor –tendencias artísticas, valoraciones críticas, intereses de la industria del arte o condiciones favorables de mercado, entre otras–. De este modo, el creador no consagrado, absoluto desconocedor del auténtico valor de su obra, posiblemente la enajenara en el mercado primario por un precio irrisorio que, con el tiempo, se demostrara muy inferior al que realmente tenía³¹⁵.

³¹⁴ KATZENBERGER (*Das Folgerecht...*, *cit.*, pp. 1 y 2) indica que la fundamentación inicial del derecho, basada en la justicia material, es la que llevó a ciertas normativas nacionales a adoptar un sistema de participación en la plusvalía, al no poder aceptar la regulación de un derecho que no tuviera una fundamentación jurídica racional. A su vez, CASAS VALLÉS («Comentario al artículo 24», 2ª ed., *cit.*, p. 470) apunta que, si pudiéramos abstraernos de imperativos prácticos, éste sería el sistema coherente con el origen del *droit de suite*, ya que «*la ratio del derecho residía precisamente en la plusvalía, ya fuese relativa (beneficio obtenido) o absoluta (incremento de valor respecto del precio original o del máximo alcanzado anteriormente)*». Finalmente, LUCAS (*op. cit.*, p. 429) expone que el hecho de que el sujeto pasivo del *droit de suite* sea el vendedor tendría sentido con un sistema de plusvalía –al obtener una ganancia, soporta el gravamen–, pero no con el de precio.

³¹⁵ Según GRECO y VERCELLONE (*I diritti sulle opere dell'ingegno*, *cit.*, p. 162), el derecho responde al hecho de que el valor comercial de la obra aumenta según la popularidad del artista, quien seguramente tuvo que venderla por un precio por debajo del valor intrínseco, todavía «*ignorado y desconocido*» por él. Por su parte, R. HAUSER identifica la tesis del valor intrínseco como una teoría de origen alemán –en contraposición a la teoría francesa de la compensación por explotación–. Esta autora atribuye esta teoría a los juristas alemanes Opet y Riezler, quienes, por separado, en 1913, ya defendían que todo valor al alza alcanzado por una obra de arte es merecimiento del valor latente o intrínseco de la misma, lo que hay que imputar a la labor y genio del artista en dicha creación (HAUSER, Rita E. *The French Droit de Suite: The*

Así, la plusvalía suponía un perjuicio para el autor, cuya consecuencia directa era que, a la vez, implicaba un enriquecimiento injusto del comprador, para quien el surgimiento del valor intrínseco de la obra servía para obtener unas ganancias que no le correspondían, cuando menos, en su totalidad. Asimismo, ¿qué hechos podían provocar el descubrimiento del valor real de la obra y su aumento de precio en el mercado? Por supuesto, habría una serie de causas externas, como se ha visto, pero resulta innegable que el autor tendría también una incidencia sustancial, coadyuvando con su buen trabajo a que su fama creciera, se consolidara y ello permitiera aflorar el valor latente de sus obras. Por lo tanto, ese esfuerzo personal que le llevaría a seguir creando, tendría efectos en el mercado³¹⁶. Su trabajo sería más conocido, luego mejor valorado. Así las cosas, la fama del artista tendría una eficacia retroactiva, porque ésta no sólo influiría en las obras que creara a partir de su madurez artística sino también en las realizadas al inicio de su carrera, con lo que su tesón y su continuidad creadora, además de beneficiarle a sí mismo, favorecería a los terceros propietarios del *corpus mechanicum* de sus obras. En otras palabras, para cualquier autor reputado resultaba inaceptable seguir *trabajando gratuitamente* de un modo indirecto para sus clientes³¹⁷.

Por consiguiente, para paliar estos problemas, desde ciertos sectores doctrinales se propugnó que el *droit de suite* actuara como un remedio para evitar los posibles desequilibrios contractuales, esto es, como una indemnización sucesiva a cargo de los re-

Problems of Protection for the Unprivileged Artists Under the Copyright Law. Copyright Law Symposium Number Eleven. Nueva York: ASCAP, 1962, pp. 13 ss.).

³¹⁶ Abel Ferry, diputado que defendía el proyecto de la Ley francesa de 1920 que aprobó el *droit de suite*, expuso en las sesiones parlamentarias que el artista plástico seguía influyendo en el valor de cada trabajo original a lo largo de su vida, mediante su esfuerzo continuado y que, por tanto, debía obtener por ello algún beneficio (*Vid.* MOYLES, Daniel C.; LASHNITS Nancy M. «*Intellectual Property*» en *Golden Gate University Law Review*, vol. XI. San Francisco: Digital Commons, 1981, pp. 353 y 354). En el ámbito español, Javier Solana, Ministro de Cultura entre 1982 y 1988, presentando el Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual de 1987 (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente*, 12/2/1987, pp. 1.702 y 1.703), recuperó esta idea, alegando que, para el autor, es «*justo, a nuestro juicio, obtener un porcentaje en el precio de subasta o enajenación de sus obras, pues es justo que participen de la revalorización que estas obras han tenido precisamente como consecuencia de la continuidad y del acierto en su labor creadora, en su labor de autor*».

³¹⁷ El aumento de la fama del artista, resultado de su esfuerzo, implicaría asimismo un incremento en la cotización de aquellas obras que hubiera vendido con anterioridad. Sin embargo, para MINERO ALEJANDRE, la *ratio* que subyace en este razonamiento es que la fama es un elemento fuera del comercio, pero que redundaría en un incremento del valor de mercado de las obras del autor; y como el autor no puede evitar que ese elemento (la fama), inexistente en la primera venta, «*se añada automáticamente al soporte, aumentando con ello su valor, el droit de suite habrá de remunerarlo*» («Comentario al artículo 14 ter», *cit.*, p. 1.217). Esta misma autora desvela la inaplicabilidad de esta justificación que parte de la existencia de la plusvalía: «*esta justificación basada en la doctrina del enriquecimiento injusto no guarda una coherencia absoluta con la racionalidad de todo derecho de propiedad intelectual. En efecto, tradicionalmente se ha entendido que ni la existencia del derecho de autor o derecho afín ni el reconocimiento o ejercicio de éste frente a terceros dependen del carácter económicamente beneficioso de la explotación de la obra o prestación protegida*» (*ibidem*, p. 1.217, nota 12).

vendedores y en beneficio del autor, que sirviera para compensarle el daño causado por la enajenación de la obra en el mercado primario por un precio muy inferior al que objetivamente iba a alcanzar en el futuro³¹⁸. Por ende, esta compensación a la lesión sufrida permitiría al autor aprovecharse, también, del valor latente de la obra cuando fuera manifiesto, con arreglo a su correcta cotización, aunque sólo pudiera hacerlo participando con un porcentaje sobre el aumento del importe económico en cada venta.

En cualquier caso, para cuantificar ese porcentaje de participación sobre la plusvalía, primeramente se debería concretar cuáles son las (dos) transmisiones que tendrían que ser tomadas como referencia para determinar la existencia, en su caso, de un incremento cierto. Este valor habría que obtenerlo, entendemos, estableciendo la diferencia de precios –brutos o netos, en función de la decisión del legislador³¹⁹– entre la última reventa y, o bien la realizada en el mercado primario, o bien la primera realizada en el mercado secundario o, finalmente, la inmediatamente anterior a la última –que parece la mejor opción–.

A pesar de todo lo expuesto, y aun pareciendo que la participación del artista sobre las ganancias del revendedor se revela como la opción más adecuada por su lógica de equidad, también pueden extraerse críticas de cierto calado jurídico y económico a este razonamiento.

En primer lugar, hay que destacar que el sistema de participación en la plusvalía no puede descansar en la lógica de los remedios contractuales, ya que éstos no pueden hacerse valer *erga omnes*, mientras que la obra puede transmitirse, lógicamente, más de una vez. En esta misma línea, VICENTE DOMINGO³²⁰ expresa que, a pesar de que el planteamiento teórico de la plusvalía es correcto, porque la lesión no daría derecho a la ineficacia del primer contrato como establece el artículo 1.291 C.c., sino que daría derecho a un mecanismo resarcitorio, no obstante, es complicado determinar si el precio fue o no fue justo y si el adquirente logró del primer vendedor (autor) un consentimiento viciado. Aun pudiendo acreditar que, en un cierto caso, el consentimiento fue arrancado con vio-

³¹⁸ Por ejemplo, ROGEL VIDE y SERRANO GÓMEZ consideran que en este derecho se observa «*el desequilibrio sobrevenido en las prestaciones, a corregir mediante una revisión de la cuantía de las mismas, constante en el contrato y los ulteriores que éste propicie*» (cfr. ROGEL VIDE, Carlos; SERRANO GÓMEZ, Eduardo. *Manual de derecho de autor*. Madrid: Reus, 2008). Por otra parte, CASAS VALLÉS («Comentario al artículo 24», 2ª ed., *cit.*, p. 480) añade que, finalmente, otros autores (Wauvermans) admitieron que la plusvalía suponía un valor añadido a la obra pero que, en realidad, no se trataba de una lesión, sino que lo importante era el cambio sobrevenido en las circunstancias contractuales. Esto es, el autor había vendido justamente su obra pero le resultaba imposible –de hecho, a ambas partes– conocer el verdadero valor futuro –cuánto llegaría a cotizarse–, por lo que lo mejor era reservarse una posibilidad de ser compensado en el futuro.

³¹⁹ Resultará diferente el margen sobre el que aplicar el porcentaje de participación si consideramos simplemente el incremento total entre un precio inicial y un precio final o si, por el contrario, introducimos la posibilidad de deducir ciertos conceptos a dichos precios, como los impuestos, los gastos de conservación, de traslado, etc.

³²⁰ *Vid.* VICENTE DOMINGO, Elena, *op. cit.*, p. 70.

lencia, dolo o intimidación, resultaría anómalo que la obligación de resarcir se desligara del causante del daño –comprador inicial de la obra– y se trasladara a los sucesivos transmitentes. En conclusión, situar la cuestión con un enfoque contractualista nos llevaría a colisionar con el principio de eficacia relativa del contrato –artículo 1.257 C.c.–, ya consagrado en el *Code de Napoléon*, por el cual «*los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan*».

En segundo lugar, para que pudiéramos hablar de lesión económica, el valor de referencia de la obra no podría ser otro que el de su primera venta. Y ése fue el precio *justo* de mercado que, en definitiva, es el que pactaron las partes³²¹. Asimismo, la experiencia dicta que la mayoría de las obras enajenadas en el mercado primario no aumentan de valor, sino que simplemente lo mantienen o incluso lo pierden, por mucho que el creador se siga esforzando y dé continuidad a su trabajo. No puede establecerse una relación causal entre la fijación del precio en la primera venta y el supuesto perjuicio del autor provocado por el aumento de la cotización de su obra, que comportaría el enriquecimiento del comprador. Tampoco debemos olvidar que el supuesto aumento de valor debería considerar, cuando menos, el aumento de los precios, provocado por la inflación con el paso del tiempo³²².

Finalmente, y pese a ser una obviedad, existe un argumento definitivo para prestar una atención menor al sistema de participación basado en el incremento de precio generado entre operaciones sucesivas. Salvo contadas excepciones, ninguna de las últimas regulaciones modernas de referencia del *droit de suite*, en derecho comparado, se apoya en la plusvalía para establecer el reconocimiento del crédito para el autor³²³, sino

³²¹ BERCOVITZ ÁLVAREZ (*Obra plástica y derechos patrimoniales...*, *cit.*, p. 357), se muestra inflexible en este punto, porque el precio se pagó antes del aumento de valor, a sabiendas de que toda inversión conlleva riesgos y posibles ganancias. Para que el sistema de participación en la plusvalía fuera coherente, entonces habría que considerar el aumento de valor, pero también la pérdida de valor, con lo que la figura se convertiría en una mera revisión del precio de transmisión a tanto alzado. Igualmente, CASAS VALLÉS («Comentario al artículo 24», 2ª ed., *cit.*, p. 479) cree que si el autor no cede la obra a título gratuito y lo hace a título oneroso, el precio justo es, ni más ni menos, el de su propio mercado primario.

³²² Tal y como observa FORMIGGINI, el mayor valor debe determinarse según el momento de la enajenación, teniendo en cuenta la inflación de la moneda o el aumento general de los precios de todas las obras de arte. En todo caso, el autor italiano, no comparte la concepción de *indemnización por lesión* y propondría sólo su aplicación en el caso de ganancias absolutamente desproporcionadas (*vid.* FORMIGGINI, Aldo. «L'aumento di valore dell'opera d'arte». *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milán: Ed. Giuffrè, 1947, pp. 616 ss.). Por su lado, ALGARDI (*La tutela dell'opera dell'ingegno...*, *cit.*, p. 176), observa la dificultad de cálculo sobre bases justas debido al valor alterado de la moneda. Finalmente, BERCOVITZ ÁLVAREZ (*op. cit.*, pp. 357 y 358) añade que lo justo sería descontar del aumento de valor el interés legal del dinero o bien el rendimiento equivalente que el inversor hubiese obtenido de haber empleado tal dinero en una inversión sin riesgo.

³²³ Existen legislaciones que aún siguen utilizando el sistema de plusvalía, a pesar de ser muy poco efectivo y draconiano, en palabras de LIPSZYC, principalmente porque «*requiere que los beneficiarios conozcan y prueben el precio de la primera venta y de las sucesivas y que determinen la diferencia en moneda constante*» (LIPSZYC, Delia. «Droit de suite. Enfoque de dere-

que la base de cálculo de dicha participación es el precio pactado en la segunda y sucesivas transmisiones, independientemente de cuál sea éste.

Ciertamente, en la ordenación moderna del *droit de suite* no se pretende resarcir al autor por la plusvalía que sus obras obtienen en el mercado secundario, sino que el mismo se articula como un derecho de contenido patrimonial que permite corregir el déficit de explotación que experimenta el autor plástico; pero, en aquel momento, el rechazo a este sistema de plusvalía se puede resumir en su dificultad de implementación. Un derecho de estas características, normalmente de gestión colectiva, necesariamente tiene que ser de sencillo cálculo y aplicación. De otro modo, se incrementarían las reticencias de los revendedores para su liquidación, por cuanto un sistema más opaco y con incontables matices dificultaría todavía más su aplicación práctica³²⁴.

Otro problema fue que todos los países que adoptaron el sistema de participación en la plusvalía extendieron su eficacia tanto a ventas realizadas en subasta pública o en establecimiento comercial como a ventas realizadas *inter privatos*³²⁵. Este hecho acabó de relegar este sistema a la marginalidad legislativa, ya que añadía un elemento que transformaba el *droit de suite* en impracticable, puesto que había que sumar, a la complejidad de calcular la plusvalía, el establecimiento de mecanismos de control que permitieran a los autores, a las entidades de gestión y a los poderes públicos conocer cuándo y de qué modo se realizaban transmisiones de obras de arte a nivel particular. Lógi-

cho comparado». En: *Estudios sobre derecho industrial. Homenaje a Hermenegildo Baylos. Colección de trabajos sobre propiedad industrial e intelectual y derecho de la competencia*. Barcelona: Grupo Español de la AIPPI, 1992, pp. 434 ss.). Algunos de los países que siguen utilizando el sistema de plusvalía son los siguientes: i) Chile, donde el artículo 36 de la Ley n° 17.336, de 2 de octubre de 1970, de Propiedad Intelectual dispone que «el autor chileno de una pintura, escultura, dibujo o boceto tendrá, desde la vigencia de esta ley, el derecho inalienable de percibir el 5% del mayor valor real que obtenga el que lo adquirió, al vender la obra en subasta pública o a través de un comerciante establecido»; ii) Brasil, puesto que el artículo 38 de la Ley Federal n° 9610, de 19 de febrero de 1998, reserva al autor un derecho «por lo menos del 5% sobre el aumento del precio eventualmente verificable en cada reventa de obra o manuscrito originales»; iii) o Turquía, donde el artículo 45 de la Ley n° 5846, de 7 de junio de 1995, sobre obras intelectuales y artísticas fija que «el importe de la tasa se determina en proporción a la diferencia de precio, pero no debería superar el 10% de la diferencia». Asimismo, ciertas leyes de inicios y mediados del siglo XX, ya derogadas o modificadas en este aspecto, también tomaron en cuenta la plusvalía para calcular el derecho, como la Ley checoslovaca de 1926, la Ley uruguaya de 1937 o, parcialmente, la Ley italiana de 1941. *Vid. infra*.

³²⁴ CASAS VALLÉS («Comentario al artículo 24», 2ª ed., *cit.*, p. 470) enumera a título ejemplificativo algunas de estas complicaciones a modo de preguntas, que no tienen fácil respuesta al no estar contempladas en ninguna legislación ni resueltas jurisprudencialmente: ¿cómo saber cuándo hay realmente plusvalía y no, por ejemplo, simple inflación?; ¿y si el vendedor la adquirió a título gratuito o *mortis causa*?; ¿para el cálculo de la plusvalía habría que deducir los gastos en que incurrió el propietario (seguros, conservación, transporte, etc.)? Esta última conjetura quizás tendría sentido si se hubiera dotado al derecho de una naturaleza impositiva de tipo directo, del mismo modo que ocurre con las ganancias patrimoniales en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

³²⁵ *Vid.* VICENT LÓPEZ, Cristina. *Derechos de autor sobre la obra plástica enajenada*, *cit.*, p. 167.

camente, no se pueden destinar tantos recursos materiales y económicos a la percepción de unos créditos de participación cuyo montante anual, con total seguridad, se hallaría por debajo de los gastos que supondría mantener, en un mismo período, esa estructura de vigilancia y gestión.

1.2. SISTEMA DE PARTICIPACIÓN EN EL PRECIO

Aunque la motivación inicial para reconocer el derecho partía de la lesión que sufrían los artistas y sus familiares al no poder participar del engranaje especulativo generado por galeristas y marchantes con las sucesivas reventas de una misma obra, hemos visto que el *droit de suite* no se acabó consolidando como un derecho de participación sobre el aumento de valor económico que podía suponer cada nueva transmisión, sino como un derecho calculado sobre el precio íntegro de la operación.

En efecto, el modelo de participación en el precio no atiende a los principios de justicia social que habían dado lugar al reconocimiento del derecho. Incluso, podría darse el caso de que un revendedor transmitiera la obra por un precio más bajo de aquel por el que la adquirió, con lo que, por supuesto, no se estaría enriqueciendo injustamente y, aun así, debería satisfacer un porcentaje al autor que había realizado la transmisión en el mercado primario³²⁶.

Así las cosas, el fundamento inicial del derecho ha quedado totalmente desdibujado en la actualidad, puesto que, una vez identificada la naturaleza del *droit de suite* como la de un derecho de remuneración y argumentada su justificación en forma de corrección del sistema de derechos de autor ante la discriminación que sufren los artistas plásticos por la explotación mermada de sus derechos patrimoniales, debido a la especial peculiaridad de la obra de artes plásticas, no hace falta forzar una explicación que se continúe sustentando en su origen. Por lo tanto, el sistema de participación en el precio no sólo no desajusta al *droit de suite* de su naturaleza de derecho de autor, sino que más bien lo refuerza, ya que, como afirma CASAS VALLÉS, «*la racionalidad intrínseca de la propiedad intelectual exige que los autores cobren aunque exploten sus obras quienes no obtengan beneficios o incluso se arruinen*»³²⁷.

³²⁶ J.L. DUCHEMIN (*Le droit de suite des auteurs, cit.*, p. 30) destaca como aspecto interesante para comparar ambos sistemas que, en el caso de aplicarse un porcentaje sobre el precio, es razonable que éste se sitúe entre el 1% y el 6%, aproximadamente; mientras que, en el sistema de plusvalía, aunque los porcentajes de participación deberían ser mucho más elevados —nótese que las legislaciones que optaron por este sistema, como la checoslovaca, la polaca o la uruguaya, optaron por porcentajes entre el 20% y el 25% de la plusvalía—, habría que tener en cuenta que sería imposible un reembolso para el artista si la obra se enajenara por un precio menor al de adquisición.

³²⁷ Vid. CASAS VALLÉS, Ramón. «Comentario al artículo 24», 3ª ed., *cit.*, pp. 413 y 414. De un modo parecido se expresa MINERO ALEJANDRE (*op. cit.* p. 1.219), al afirmar que «*esta fórmula de articular la participación del autor es coherente con la razón de ser general de todo*

Asimismo, este sistema asegura la aplicación práctica de una participación del artista en las reventas de sus obras, en contraposición a los inconvenientes señalados anteriormente para el sistema de plusvalía que, además, podría propiciar el fraude, en tanto que se podría determinar en cada transacción un precio ligeramente inferior al anterior para eludir el pago al artista. Y, a su vez, la realidad del mercado del arte ha demostrado que, muy frecuentemente, una obra se vende por un precio superior al que se adquirió, por lo que todas las reventas acabarían sometiéndose a un idéntico trato³²⁸.

En todo caso, éste fue el modelo que se practicó en Francia y en Bélgica, ya en sus primeras leyes especiales reguladoras del *droit de suite*, donde, en aras de un mayor pragmatismo, se reservó la aplicación del derecho exclusivamente a las denominadas ventas públicas, esto es, aquellas realizadas en pública subasta y, más adelante, a las comercializadas en establecimientos mercantiles o mediante intervención de profesional del mercado del arte. La demostración de un grado de aplicabilidad razonable y sostenida en el tiempo, con notable éxito, de este derecho en los dos países referidos, provocó que la regulación moderna del *droit de suite* acogiera como propio el modelo de cálculo basado en la participación sobre el precio de transmisión, hubiera o no aumento de valor económico en la reventa.

Además, se debe destacar que, aunque la gran mayoría de países han ido adoptando este método para calcular la participación del artista, principalmente, por considerarlo más práctico y simple, igualmente se valoró positivamente el hecho de no tener que controlar y registrar los precios de adquisición y venta de las obras de arte, de modo que se protegía mejor la privacidad de coleccionistas y vendedores³²⁹.

derecho de propiedad intelectual, la independencia con respecto a la explotación onerosa o no y económicamente exitosa o no de la obra o prestación protegida».

³²⁸ Vid. VICENTE DOMINGO, Elena, *op. cit.*, p. 82. Además, durante la primera mitad de siglo, según valoración realizada por un informe de la UNESCO de 1949, el derecho no llegó a tener una verdadera aplicación práctica en aquellos países en que se optó por un sistema de plusvalía, por el que el artista sólo participaba cuando la transmisión se realizaba a un precio más elevado que en la venta anterior. Sin embargo, sí consideraba positivas las legislaciones francesa y belga, en las que el artista participaba «*incluso si el vendedor no ganaba en la venta*» (vid. UNESCO COPYRIGHT DIVISION. «Droit de Suite», (DA/6). París: 9 de Mayo de 1949, p. 2).

³²⁹ Según el informe de la U.S. COPYRIGHT OFFICE de 1992 éste fue un aspecto clave para que Alemania se acogiera al sistema de participación en el precio para calcular el *Folgerrecht*. Sin embargo, la idea de regular el derecho en el país germano venía de lejos —la primera proposición de ley sobre la materia es de 1910 y se estuvo discutiendo parlamentariamente en 1912— y, en ese momento inicial, se diseñó el esquema del mismo en función de la participación del artista en la plusvalía obtenida por el revendedor en la transmisión de la obra (U.S. COPYRIGHT OFFICE. *Droit de Suite. The artist's resale royalty*. Washington: US Government Printing, 1992, pp. 13 y 35).

2. PRIMERAS INCORPORACIONES A LOS DIFERENTES ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

2.1. FRANCIA Y BÉLGICA

Francia fue el país donde se originó el debate público y político acerca de la necesidad de regular un derecho en beneficio de los artistas plásticos –y sus herederos–, debido a que éstos veían cómo sus obras se transmitían por parte de marchantes y gale-ristas en el mercado secundario a precios exorbitantes.

No obstante, la tramitación parlamentaria del *droit de suite* se dilató durante muchos años, en parte debido a la paralización social que supuso la Primera Guerra Mundial. Así, en 1911, se redactó en Francia la primera Proposición de Ley relativa expresamente al derecho, a cargo del diputado André Hesse, igualmente presidente de la *Société des Amis du Luxembourg*. Tres años después, la Comisión parlamentaria de Enseñanza y Bellas Artes presentó a la Cámara de los Diputados, por medio del parlamentario Abel Ferry, un informe acerca de la viabilidad de aprobar un proyecto de Ley cuyo objeto fuera la regulación del *droit de suite*.

Sin embargo, no fue hasta 1919 cuando se reemprendió la tramitación de la Ley. Finalmente, previa presentación de sendos informes a las cámaras parlamentarias –realizados por Léon Bérard para la Cámara de los Diputados y por Georges Reynald para el Senado, respectivamente³³⁰–, se aprobó la Ley francesa de 20 de mayo de 1920, que fue completada por dos decretos ministeriales de 1920 y 1921, y ligeramente modificada por la Ley de 27 de octubre de 1922³³¹.

En cualquier caso, la primera ley francesa que instituyó el *droit de suite* poco difería, en su esencia, de la regulación actual del derecho. Para comenzar, se aplicaba sólo a obras de artes plásticas originales –cuadros, esculturas y dibujos, específicamente– que fueran vendidas en pública subasta, mediante la intervención de un *comissaire priseur*³³². Por lo tanto, se excluían expresamente de su ámbito objetivo las reventas entre particulares.

³³⁰ Vid. sitio web del senado francés. *Séance du 22 Avril 1920* [en línea]. Disponible en: <http://www.senat.fr/comptes-rendus-seances/3eme/pdf/1920/04/S19200422_0507_0524.pdf> (última visita: 26 de diciembre de 2015).

³³¹ Para un análisis en profundidad de la regulación francesa del *droit de suite* durante la primera mitad del siglo anterior, vid. DUCHEMIN, Jean-Louis, *op. cit.*, pp. 63 ss.

³³² J.L. DUCHEMIN (*ibidem.*, p. 68) puntualiza que, en un primer momento, el concepto de *ventas públicas*, implicaba únicamente las subastas, con la participación de un *comissaire priseur* en París y otras grandes ciudades, mientras en el resto, bastaba con la intervención de notarios o corredores de comercio. De todos modos, en 1957, Francia extendió el ámbito de aplicación del derecho a las ventas realizadas en galerías o con la intervención de un intermediario.

Según se ha indicado anteriormente, esta Ley adoptó el sistema de participación en el precio³³³. Así, el importe que debía percibir el artista en concepto de participación en la transmisión se calculaba mediante la aplicación progresiva de un porcentaje situado entre el 1% y el 3% sobre el precio total de la venta, en función de diferentes tramos³³⁴, si bien poco después se optó por establecer un porcentaje fijo del 3%, aplicable a toda venta que superara los 100 francos³³⁵. Por otro lado, como derecho patrimonial de autor, su duración se estableció por la vida del artista más cincuenta años tras su muerte³³⁶, siendo irrenunciable e intransmisible *inter vivos*, mas pudiendo ser transmitido *mortis causa* a legatarios³³⁷, herederos y cesionarios.

Para asegurar la aplicación práctica de la nueva Ley, era fundamental que sociedades colectivas de representación legal se encargaran de gestionar la percepción de los derechos por parte de los beneficiarios. Así, durante las tres primeras décadas del siglo pasado llegaron a coexistir en Francia hasta un total de cuatro sociedades de gestión colectiva con facultades para recaudar el *droit de suite*³³⁸. De ese modo, no fue hasta 1934

³³³ Para CASAS VALLÉS («El derecho de participación de los artistas plásticos...»), *cit.*, p. 74), los franceses, al optar por el sistema de participación en el precio limitado a las ventas públicas, «realizaron probablemente un acto de fe, sacrificando la lógica del derecho –según se veía entonces– a su practicabilidad».

³³⁴ *Vid.* DESBOIS, Henri. *Le droit d'auteur...*, *cit.*, p. 398. En concreto, se dispuso que se aplicaría un porcentaje del 1% para el tramo de precio situado entre los 5.000 y los 10.000 frs, un 1,50% de 10.000,01 a 20.000 frs, un 2% de 20.000,01 a 50.000 frs, y un 3% para el tramo superior a los 50.000,01 frs. J.L. DUCHEMIN (*op. cit.*, p. 74) muestra un ejemplo interesante, que nos permite conocer el cálculo que se realizó para la venta pública de «*Port de Londres*», obra de Monet, cuyo precio fue de 43.000 frs. Así, se aplicó un 1% a los primeros 10.000 frs, resultando 90 frs, un 1,5% para el tramo hasta 20.000 frs, resultando 150 frs, y un 2% desde este último límite hasta los 43.000 frs, resultando 460 frs. Por lo tanto, los herederos percibieron por dicha venta un total de 700 frs.

³³⁵ Cfr. MINERO ALEJANDRE, Gemma, *op. cit.*, p. 1.219.

³³⁶ Para conocer la evolución y peculiaridades de las reglas de duración de los derechos de autor en Francia, *vid.* LUCAS, André; LUCAS, Henri-Jacques; LUCAS-SCHLOETTER, Agnès, *op. cit.*, pp. 503-508. En dicho país, la duración *post mortem* del derecho de autor patrimonial era de cincuenta años tras la Ley de 14 de julio de 1866. Este plazo no se extendió a setenta años hasta la transposición de la Directiva de 29 de octubre de 1993, con fecha de efectos en Francia desde el 1 de julio de 1995. Además, resulta de interés ver las prórrogas que establece la legislación francesa de propiedad intelectual para el cálculo de dichos plazos en supuestos excepcionales, principalmente relacionados con períodos de guerra o fallecimientos por causa de ésta.

³³⁷ En la Ley de 1920 sí se contemplaba la transmisión *mortis causa* del derecho a herederos y causahabientes, que podían ser legatarios (*vid.* CONSEIL CONSTITUTIONNEL DE FRANCE. Décision n° 2012-276 QPC, de 28 de septiembre de 2012, p. 8).

³³⁸ *Vid.* IPPOLITO, Marguerita-Marie. *Image, droit d'auteur et respect de la vie privée*. París: L'Hermattan, 2006, p. 28. Las cuatro entidades de gestión de derechos de autor del momento eran *Le Syndicat de la propriété artistique*, fundada en 1895, *La Société des auteurs photographes*, de 1906, *La Société du Droit d'Auteur aux Artistes*, de 1910 y *L'Association pour la Défense des Arts Plastiques et Appliqués*, de 1922; si bien sólo la primera y la tercera se dedicaron realmente a competir por conseguir un número máximo de perceptores del *droit de suite*.

cuando se reagruparon en una única, la SPADEM, actualmente desaparecida en favor de ADAGP³³⁹.

A pesar de la existencia de dichas sociedades, la ley francesa nunca obligó a los artistas plásticos a que se adhirieran a ellas. No obstante, por motivos prácticos, éstos pronto se unieron en sociedades para ser representados y que sus derechos fueran gestionados³⁴⁰. No obstante, el autor de la obra podía solicitar las percepciones derivadas del *droit de suite* mediante dos procedimientos fijados legalmente: declaración expresa o declaración genérica. Con la primera, raramente utilizada, el artista disponía de veinticuatro horas, desde la venta realizada en pública subasta, para exigir fehacientemente la remuneración al subastador. Por su lado, con la declaración genérica, el autor publicaba su pretensión en el *Journal Officiel*, expresando su deseo de invocar sus correspondientes derechos de autor por las obras inscritas, fórmula que se ajustó al *modus operandi* de las sociedades colectivas. Tanto en un caso como en otro, el subastador debía dar respuesta escrita al beneficiario del derecho dentro de los tres días siguientes a la operación de reventa. Ante la imposibilidad de hallar al beneficiario o en caso de conflicto, el intermediario público podía devolver la cantidad pendiente al vendedor o, incluso, depositar el dinero en la *Caisse des Depot et Consignation*, a la espera de que se resolviera la identidad del beneficiario.

Asimismo, se reconoció, ya en esta primera Ley, la posible aplicación del derecho a artistas extranjeros, basándose en un principio de reciprocidad según el cual el *droit de suite* sería reconocido a artistas foráneos por las reventas de sus obras en Francia, siempre y cuando en los países de origen de tales artistas se reconociera el derecho a los autores franceses³⁴¹.

Por hallarse en su ámbito jurídico de influencia, Bélgica no tardó en aprobar, promovido por Jules Destrée, entonces Ministro de las Ciencias y las Artes, e igualmente

³³⁹ La *Société de la Propriété Artistique et des Dessins et Modèles* (SPADEM) fue, durante muchos años, la gran entidad colectiva francesa de protección de derechos de autor formada por artistas plásticos y sus herederos. MERRYMAN explica que dicha entidad se disolvió en 1996 por bancarrota, permitiendo a la entidad rival *Société des Auteurs dans les Arts Graphiques et Plastiques* (ADAGP) absorber la práctica totalidad de los autores cuyos derechos gestionaba (MERRYMAN, John Henry; ELSEN, Albert E.; URICE, Stephen K. *Law, Ethics and the Visual Art*, cit., p. 582). Asimismo, O. PICASSO revela cómo los problemas financieros de SPADEM se agravaron cuando Claude Picasso decidió dejar de estar asociado con relación a la obra de su padre, lo que provocó la pérdida de aproximadamente el 40% de los derechos de reproducción que cobraba la entidad (PICASSO, Olivier Widmaier. *Picasso: Retratos de Familia*. Madrid: Algaba ediciones, 2003, p. 337).

³⁴⁰ El sistema de gestión mediante sociedades funcionó especialmente bien en Francia tras el acuerdo relativo al *droit de suite* firmado en 1956 por la Unión Nacional de Subastadores y SPADEM (vid. U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Droit de Suite...*, 1992, cit., p. 26).

³⁴¹ Vid. COLOMBET, Claude. *Propriété Littéraire et artistique...*, cit., p. 176. En el mismo sentido, vid. UNESCO COPYRIGHT DIVISION. «Droit de Suite», cit., p. 2. Cabe destacar que, en 1956, la ley francesa aceptó también que autores extranjeros fueran beneficiarios del derecho siempre que hubieran participado de la vida artística francesa y hubieran mantenido su residencia en Francia durante cinco años, no necesariamente consecutivos.

mediante ley especial, el reconocimiento del derecho. Así, la Ley belga de 25 de junio de 1921, reguladora del *droit de suite*, prácticamente transcribió la francesa, salvo en un sustancial aumento del porcentaje de participación sobre el precio, que se fijó en una tarifa progresiva de entre el 2% y el 6%, en el establecimiento de responsabilidad solidaria en la liquidación del crédito de participación, entre vendedor, comprador y organizador de la subasta, así como en una ampliación de la relación de tipos de obras originales a las que se debía aplicar el derecho, puesto que añadía los grabados y otras técnicas similares³⁴². Finalmente, la regulación de la reciprocidad en la ley belga solamente previó que de entre los autores no belgas únicamente los nacionales franceses pudieran ejercitar su *droit de suite* con relación a reventas de sus obras ejecutadas en territorio belga y viceversa³⁴³.

2.2. ANTIGUA CHECOSLOVAQUIA, POLONIA Y URUGUAY

Los siguientes países en reconocer y legislar el *droit de suite* fueron Checoslovaquia –artículo 35 de la Ley de 24 de noviembre de 1926–, Polonia –artículo 27 *bis* de la Ley de 22 de marzo de 1935³⁴⁴– y Uruguay –artículo 9 de la Ley de 15 de diciembre de 1937–³⁴⁵. Curiosamente, estas tres nuevas regulaciones, incluidas en los sistemas codificados de propiedad intelectual, se apartaron del sistema franco-belga y decidieron alinearse en el sistema de la plusvalía en cuanto al cálculo de la participación del artista, por lo que éste no obtendría un porcentaje del precio de cada transmisión sino que participaría sobre la ganancia que pudiera generarse con cada una de ellas.

Checoslovaquia y Polonia resolvieron que la mejor fórmula para normalizar el *droit de suite* era supeditar la participación del autor a que existiera una ganancia desproporcionada en la reventa. En la regulación checoslovaca, este concepto se debía acotar judicialmente, a partir de criterios como la situación patrimonial de ambas partes, mientras en la polaca bastaba con que el incremento de la plusvalía rebasara el cincuenta

³⁴² Cfr. DESBOIS, Henri. *La propriété littéraire et artistique...*, *cit.*, p. 87. La regulación de la reciprocidad en la ley belga hizo que, en ese momento, de entre los autores no belgas sólo los nacionales franceses pudieran ejercitar su *droit de suite* con respecto de reventas de sus obras ejecutadas en territorio belga y viceversa.

³⁴³ *Id.* MINERO ALEJANDRE, Gemma, *op. cit.*, p. 1.223.

³⁴⁴ TORREMANS apunta que, en 1952, debido a su nula implementación, Polonia derogó esta norma. De ese modo, el *droit de suite* no retornó al ordenamiento polaco hasta el año 1994. En su nueva regulación, abandonó el sistema de participación en la plusvalía, aplicándose en un porcentaje del 5% sobre el precio de transmisión (TORREMANS, Paul. «The Proposed Droit de Suite: A Critique and a Euro-Polish Comparison». En: *Legal Convergence in the Enlarges Europe of the New Millenium*, coord. TORREMANS, Paul. La Haya: Martinus Nijhoff, 2000, p.74).

³⁴⁵ Checoslovaquia y Uruguay, a pesar de ser unos de los primeros Estados en legislar el derecho, nunca consiguieron una vigencia efectiva del mismo, seguramente por optar por el modelo de plusvalía (*vid.* LIPSZYC, Delia. «Droit de suite. Enfoque...», *cit.*, p. 430).

por ciento, estableciéndose un criterio más objetivo. En ambos casos, cuando existiera dicha ganancia, el autor participaría con un porcentaje del veinte por ciento sobre la misma³⁴⁶.

Por su parte, Uruguay –el primer país en incluir el derecho en Latinoamérica y el único de los analizados hasta ahora que lo hizo sin ser miembro del *Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886*– extendió el derecho a todo tipo de autores –al no limitar la tipología de las obras sometidas al derecho–, quienes podrían participar de los beneficios logrados por los adquirentes de sus obras que posteriormente las transmitieran. Las características básicas de la inicial regulación uruguaya³⁴⁷ se resumen en el derecho del autor a obtener un 25% sobre los beneficios conseguidos a modo de plusvalía por los sucesivos revendedores, en la irrenunciabilidad del derecho y en su posibilidad de transmisión *mortis causa* abierta a herederos y legatarios.

En contraposición al sistema de participación en el precio, no todos los países estaban dispuestos a asumir la incoherencia que suponía renunciar a la justificación histórica del *droit de suite*, así que estos tres países decidieron aplicar el derecho en base al aumento de valor económico de la obra y extendieron su eficacia a todo tipo de transmisiones, incluidas las privadas. Con estas medidas, se creyó que se respondía mejor a los factores motivadores del derecho.

Sin embargo, no se previó lo que la práctica acabaría por demostrar: el sistema de participación en la plusvalía se trataba de un método más equitativo, pero resultaba imposible imponer su aplicación efectiva por sus dificultades de cálculo, mientras que las ventas privadas se escapaban del control de los autores, al no disponer de medios materiales suficientes para conocer su realización³⁴⁸.

³⁴⁶ En el caso de Checoslovaquia, el porcentaje concreto no se regulaba en la norma, que sólo hablaba de «una participación justa» sobre la plusvalía –con un límite al alza del 20%–. Así, se producía cierta inseguridad jurídica, ya que suponía una respuesta *ad causam*, a resolver en sede judicial (*vid.* MINERO ALEJANDRE, Gemma, *op. cit.*, p. 1.225).

³⁴⁷ Para profundizar en la introducción del *droit de suite* en Uruguay, *vid.* SCIARRA QUADRI, Armando. «El droit de suite en América Latina». *RIDA*, nº 102, octubre de 1979. Neuilly-sur-Seine: Association Française pour la diffusion du Droit d’Auteur, pp. 111 ss. En términos literales, el artículo 9 de la Ley uruguaya sobre la propiedad literaria y artística de 1937 dispuso lo siguiente: «en toda enajenación se entenderá reservado, en beneficio del autor enajenante, el derecho a participar en la plusvalía de la obra, sobre los beneficios que se obtengan los sucesivos adquirentes. Es nulo todo pacto en contrario. El porcentaje de utilidad en cada caso será del 25%. Cuando exista colaboración o pluralidad de autores, dicho porcentaje se repartirá por partes iguales de los interesados, salvo pacto en contrario. A la muerte del autor, sus herederos o legatarios conservarán el mismo derecho hasta el momento en que la obra pase a dominio público –cuarenta años desde la muerte del autor–».

³⁴⁸ M. Cizinski, abogado praguense especialista en derechos de autor, declaró en 1948 –veintidós años después de la entrada en vigor de la ley checoslovaca– que en toda su carrera no había tenido noticia de jurisprudencia acerca de la aplicación del artículo 35, regulador del *droit de suite*, pero que, sin embargo, éste había servido para provocar acuerdos amistosos privados entre las partes en conflicto para evitar judicializar la cuestión (*cfr.* DUCHEMIN, Jean-Louis, *op. cit.*, p. 190).

2.3. ITALIA

El país transalpino adoptó una postura ecléctica, tratando de conjugar aquellos aspectos que consideró positivos del sistema de participación sobre el precio íntegro y del sistema de participación sobre la plusvalía, sin prescindir, asimismo, en el ámbito objetivo de su ley, de las ventas privadas. Así, el 22 de abril de 1941 se aprobó la *Ley para la protección del derecho de autor y de otros derechos conexos a su ejercicio*, en cuyos artículos 144 a 155 se reguló el *diritto dell'autore sull'aumento di valore delle opere delle arti figurative e dei manoscritti originali*, que se conoció doctrinalmente en Italia como *diritto di seguito*.

Este sistema mixto, elaborado con una brillante técnica legislativa, se basaba en una neta distinción entre las ventas públicas y las ventas privadas. Cuando la transmisión era privada, el autor tenía derecho a exigir un 10% del precio íntegro de reventa, siempre y cuando pudiera demostrar que el mismo superaba ciertos umbrales objetivos –en función de si la obra se trataba de un diseño, una pintura o una escultura– y, a su vez, resultaba mayor al quíntuplo del precio de adquisición. Sin embargo, si el vendedor, por su parte, podía probar que había adquirido el ejemplar por un precio no inferior a la mitad de aquel al que se realizaba la venta, el porcentaje de participación del artista se reducía hasta un cinco por ciento.

Por otro lado, cuando se trataba de una venta pública, se debía diferenciar, a su vez, entre la primera transmisión en el mercado secundario y las siguientes. Sobre aquella, el autor tenía derecho a un porcentaje de entre el 1% y el 5% del precio íntegro de venta, aunque la ley establecía dos presunciones *iuris tantum* a favor del vendedor que le permitían no abonar dicha cantidad. Así, se trataba de demostrar que no había existido ninguna transmisión onerosa previa, esto es, que el artista se la había donado, o bien debía evidenciar que el precio por el cual revendía la obra era inferior a aquel por el que la había adquirido, por cuanto no habría obtenido ninguna ganancia con la operación. Finalmente, para las sucesivas enajenaciones realizadas en subasta o con intervención pública, le correspondía al autor un porcentaje del 2% al 10% calculado sobre el aumento del valor –la plusvalía– entre el precio de la última venta y la inmediatamente precedente³⁴⁹.

Lamentablemente, este sistema nunca halló una aplicación práctica, seguramente debido a la complejidad que entrañaba un procedimiento repleto de distintos porcenta-

³⁴⁹ Para más información, *vid.* UBERTAZZI, Luigi Carlo; AMMENDOLA, Maurizio. *Il diritto d'autore*, *cit.*, pp. 52 y 53. También, GRECO Paolo; VERCELLONE Paolo, *op. cit.*, p. 163. Otros aspectos destacados de la original legislación italiana era que el derecho tenía una duración de la vida del autor más cincuenta años, con un régimen particular de transmisión *mortis causa*: el *diritto di seguito* se transmitía, en ausencia de disposición testamentaria, al cónyuge y a herederos legítimos, mas limitándose a los tres primeros grados de parentesco. Si ello no era posible, el beneficiario era el *Ente Nazionale Assistenza e Previdenza per i Pittori e gli Scultori*.

jes, presunciones *iuris tantum*, distribución dispar de la carga de la prueba entre las partes y umbrales distintos en función del tipo de obra. Todo ello lo abocó al fracaso, aunque se deba reconocer que se trataba de la única fórmula que conseguía modular de manera proporcionada la manera en que el autor debía participar en cada supuesto concreto³⁵⁰.

3. RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DEL DERECHO: INCLUSIÓN EN EL CONVENIO DE BERNA

A principios de la década de los años cuarenta del siglo XX, el *droit de suite* tenía reconocimiento nacional en Francia, Bélgica, Checoslovaquia, Polonia, Uruguay – Estado no perteneciente a la Unión de Berna– e Italia. Asimismo, de modo simultáneo, se desarrolló cierto interés por incorporar el derecho en la legislación internacional, impulsado por parte de dichos países y alguno otro de sus órbitas políticas. Esta aspiración se materializó en 1948, con la inclusión del *droit de suite* en el artículo 14 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. Resulta necesario, en consecuencia, analizar el contexto en que se aprobó la modificación en el convenio internacional y cuál fue el encaje de este derecho en su articulado.

3.1. ANTECEDENTES

El primer foro internacional donde, de manera documentada, se exigió el reconocimiento del derecho a la propiedad de las obras literarias y artísticas fue el Congreso de la Propiedad Literaria y Artística de 1858, convocado multilateralmente por diferentes Estados interesados y celebrado en Bruselas³⁵¹. Sin embargo, hasta treinta años más tarde, no se halla el primer intento de regulación internacional de propiedad intelectual. Así, la Asociación Literaria Internacional, predecesora de la ALAI³⁵², en el Congreso de

³⁵⁰ Esta regulación italiana cuenta, entre los juristas de dicho país, con detractores y defensores acerca de su idoneidad. Del primer grupo, destaca FABIANI (FABIANI, Mario. «Diritto d'autore e diritti degli artisti interpreti o esecutori». En: *Raccolta sistematica di giurisprudenza commentata*. Milán: Giuffrè, 2004, p. 32), quien asegura que la normativa no encontró una aplicación práctica a causa de su complejidad de procedimiento. En el mismo sentido, se manifestó FORMIGGINI (*op. cit.*, pp. 606 ss.), quien destacaba la dificultad de alternar los sistemas de ventas públicas y privadas. Sin embargo, por su parte, también hubo quien consideró la regulación italiana como «la vanguardia respecto a las leyes extranjeras» (cfr. GIANNINI, Amedeo. «L'aumento di valore delle opere d'arte nella nuova legge sul diritto d'autore». *Rivista del Diritto Commerciale*, I. Padua: Piccin, 1942, p. 115).

³⁵¹ Vid. FERNÁNDEZ, Pura. «En torno a la edición fraudulenta de impresos españoles en Francia: la convención literaria hispano-francesa (1853)». En: *Estudios de Literatura Española de los siglos XIX y XX. Homenaje a Juan María Díez Taboada*. Madrid: Raycar, 1998, p. 202.

³⁵² Vid. RAESTAD, Arnold. *La Convention de Berne révisée a Rome 1928*. París: Les Editions Internationales, 1931, p. 11. La Asociación Literaria Internacional, fundada y presidida

París de 1878, adoptó un proyecto con hasta cinco resoluciones dirigidas a incluir el derecho de propiedad de los autores y sus obras en un convenio internacional.

Poco después, tras un congreso celebrado en Roma en 1882, la ALAI decidió convocar para el año siguiente una conferencia en Berna, con el objetivo de sentar las bases para una futura convención universal relativa al derecho de autor. Así, invitó a personas especializadas –juristas, editores o autores de diferentes países– para estudiar la legislación existente, establecer los posibles puntos de armonización y determinar los principios que debían regir un posible tratado³⁵³.

Una vez celebrada dicha conferencia en el año 1883, y tras dos ediciones más de la misma³⁵⁴, se aprobó por fin el *Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886*, el primer texto internacional multilateral que reconocía el derecho de autor, siendo firmado por representantes de diez Estados. Se sumaron a la aprobación del texto, a saber: Alemania, Bélgica, España, Francia, Haití, Italia, Liberia, Reino Unido –también en nombre de Australia, Nueva Zelanda y parte de Sudáfrica– Suiza y Túnez³⁵⁵. Numerosos países se han ido adhiriendo paulatinamente a esta Unión, hasta llegar a los ciento sesenta y seis Estados contratantes actuales.

El Convenio de Berna se fundamentó en tres principios básicos: el principio de trato nacional, por el cual las obras originarias de los autores de uno de los Estados contratantes debían ser objeto, en el resto de los Estados parte, de la misma protección que concedieran a las obras de sus propios nacionales; el principio de protección automática, según el cual la protección no podía someterse al cumplimiento de formalidades o a la aprobación de normativas internas; y, finalmente, el principio de independencia, que implicaba, con alguna salvedad, que la protección proveniente del Convenio resultaba independiente de la existencia de otra protección en el país de origen de la obra.

En cuanto a la tipología de obras protegidas, el Convenio de Berna incluyó cualquier producción en el dominio literario, científico y de artes plásticas, sea cual fuere su

en 1878 por Víctor Hugo, devino oficialmente en 1884, para incluir a todo tipo de artistas, la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI), entidad que, en la actualidad, continúa siendo un actor principal en cuanto al estudio de los problemas jurídicos relacionados con la protección de los derechos de autor.

³⁵³ Para más información, *vid.* GERVAIS, Daniel. *La notion d'œuvre dans la Convention de Berne et en droit comparé*. Ginebra: Droz 1998, pp. 31-37.

³⁵⁴ Las tres conferencias internacionales de la ALAI para tratar la protección de las Obras Literarias y Artísticas previas a la firma del Convenio de Berna se celebraron en la misma ciudad suiza en los años 1883, 1884 y 1885. Tras su aprobación se acordó que, en unos años, se revisaría y se valoraría su eficacia en la ciudad de París. Para realizar dicho seguimiento, encargarse de los análisis y organizar las futuras conferencias, se creó la denominada Oficina Internacional, conocida posteriormente como BIRPI.

³⁵⁵ Tal vez diez Estados firmantes parezcan pocos, pero tal y como indica GOLDSTEIN, este número se tornaba considerable si en la cuenta se añadían las posesiones coloniales de Alemania, Bélgica, España, Francia, Italia o el Reino Unido (GOLDSTEIN, Paul. *International copyright: principles, law and practice*. Nueva York: Oxford University Press, 2001, p. 19).

modalidad o forma de expresión, salvaguardando tanto los derechos patrimoniales como morales de los autores. En tanto nos interesa conocer el posterior ámbito objetivo del *droit de suite*, se debe destacar que en dicha protección inicial, por supuesto, cabían «*las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía, las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía, las obras de arte aplicadas o las ilustraciones, entre otras*».

3.2. PROCESO DE INCLUSIÓN DEL *DROIT DE SUITE* EN EL CONVENIO DE BERNA

El Convenio de Berna fue completado y revisado en diversas ocasiones³⁵⁶. A pesar de ello, no fue hasta la revisión de Roma de 1928³⁵⁷ cuando hubo visos de incorporar el *droit de suite* en su contenido³⁵⁸.

Desde principios de la segunda década del siglo XX, la ALAI había mostrado gran interés en reconocer el *droit de suite* en un texto internacional, por lo que el Gobierno francés se sirvió de una resolución de la asociación realizada en su congreso de París de 1925 para realizar una propuesta basada en la extensión de la regulación franco-belga de este derecho a los ordenamientos jurídicos internos de otros países, con el objetivo de fomentar la reciprocidad en su aplicación³⁵⁹. Dicha propuesta fue presentada en la conferencia de Roma de 1928, de revisión del Convenio de Berna, con un apoyo expreso por parte de los delegados belgas y checoslovacos, así como del Instituto Internacional de Cooperación Intelectual (IIIC)³⁶⁰, que intervino en la cita como observador.

³⁵⁶ El Convenio de Berna de 1886 fue completado en París, en 1896; revisado en Berlín, en 1908; completado en Berna, en 1914; revisado en Roma, en 1928, en Bruselas, en 1948 – cuando se introdujo el *droit de suite* –, en Estocolmo, en 1967 y en París, en 1971, donde también se enmendó en 1979.

³⁵⁷ *Acta de Roma de 2 de junio de 1928, de revisión del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 9 de septiembre de 1886.*

³⁵⁸ Para mayor información acerca del proceso de inclusión del derecho en el Convenio de Berna, *vid.* RICKETSON, Sam; GINSBURG, Jane C. *International Copyright and neighbouring rights...*, *cit.*, pp. 673-676. En todo caso, según apunta J.L. DUCHEMIN (*op. cit.*, p. 241), Edouard Mack ya introdujo la cuestión tanto en el Congreso de Berna de 1896 como en el de París de 1925.

³⁵⁹ Las dos primeras normativas nacionales que regularon este derecho dispusieron una regla de reciprocidad material, pero se consideraba que no era suficiente con que el autor extranjero se desplazara a Francia o a Bélgica para reclamar su derecho con relación a una reventa de su obra realizada en alguno de estos dos países, por lo que se quería avanzar hacia un reconocimiento más extendido, por lo menos, a nivel europeo (*vid.* MINERO ALEJANDRE, Gemma, *op. cit.*, p. 1.228).

³⁶⁰ Más conocido por sus siglas inglesas, IIIC, esta entidad se constituyó en París, en 1925, como una agencia ejecutiva del prestigioso Comité Internacional de Cooperación Internacional, organismo asesor de la Sociedad de Naciones cuyo objetivo fue promover el intercambio cultural e intelectual entre científicos, profesionales o artistas de los Estados que formaban parte. Piénsese que contaba con tan distinguidas personalidades entre sus filas como Albert Einstein, Paul Valéry, Marie Curie o Béla Bartók.

Sin embargo, desde ese momento se inició una división³⁶¹ —que prácticamente se ha mantenido hasta la actualidad— entre países partidarios y países detractores del *droit de suite*. En consecuencia, Noruega y el Reino Unido mostraron su desacuerdo con el texto propuesto, argumentando que veían imposible el encaje del derecho en el sistema de derechos de autor en general, y mucho menos en sus modelos basados en el *copyright*. Con tal de aprobar un texto definitivo, se modificó la propuesta, dejándola en una mera declaración de intenciones genérica. Así, entre los *voeux* adoptados por la conferencia de Roma³⁶², se incluyó el *voeu* III, relativo al *droit de suite*, que rezaba como sigue:

La Conferencia expresa el deseo de que aquellos Estados de la Unión los cuales aún no hayan adoptado legislaciones garantizando el reconocimiento a los artistas un derecho inalienable para participar en las sucesivas ventas públicas de sus trabajos originales deberían tomar en consideración la posibilidad de incorporar dichas disposiciones legales.

Aun así, y como muestra de su poca aceptación, este *voeu* se aprobó con un solo voto de diferencia, con la abstención del Reino Unido, Noruega, Países Bajos, Hungría y Suiza³⁶³.

En cualquier caso, tras la revisión de Roma de 1928, la ALAI, el IIC y el reconocido Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), continuaron, durante los años siguientes, elaborando trabajos en pos de una incorporación vinculante del derecho en la legalidad internacional³⁶⁴. Asimismo, la *Oficina Inter-*

³⁶¹ RAESTAD delegado noruego en la revisión de Roma 1928, explica que existía una división profunda y conceptual entre los dos bloques por múltiples cuestiones. Francia, Bélgica y algunos pocos países de su influencia abogaban por un sistema de restricción basado en la reciprocidad en materia de protección de obras extranjeras y de trato nacional para los Estados miembros, mientras el resto de países, la mayoría, preferían aplicar el principio de trato nacional sin excepciones, aunque ello no permitiera ampliar el elenco de facultades (*op. cit.*, p. 35). Según se irá viendo, tanto en el proceso de reconocimiento del *droit de suite* en el Convenio de Berna como en posteriores actuaciones reguladoras, más o menos colectivas, se han confrontado históricamente dos bloques: el de los países defensores del *droit de suite* y de las bonanzas de su aplicación en el máximo de Estados posibles, liderados por Francia; y el de los países detractores de su reconocimiento dentro de sus fronteras, por entender que ello perjudicaría a sus mercados artísticos y, por ende, a sus propios artistas. En este segundo grupo se incluirían, por supuesto, el Reino Unido y los Estados Unidos, pero también Países Bajos o Irlanda.

³⁶² En todas las traducciones del texto se empleaba el vocablo francés *voeu* para referirse a las propuestas del Comité de Redacción incorporadas al final de la revisión.

³⁶³ Cfr. RICKETSON, Sam; GINSBURG, Jane C., *op. cit.*, p. 673.

³⁶⁴ ORTEGA DOMENECH («El resurgimiento europeo del *droit de suite*...», *cit.*, p. 256) explica que Francia, a nivel interno, continuó desarrollando el *droit de suite* en el periodo de entreguerras. El ministro francés Jean Zay, en 1936, depositó un proyecto de ley sobre derecho de autor, cuyo artículo 47 regulaba el derecho de participación. De dicho proyecto surgió la Ley sobre el Derecho de Autor de 11 de marzo de 1957, que incluía de manera detallada el derecho en su artículo 42.

nacional –la posterior BIRPI–³⁶⁵, en la preparación del programa preliminar de la revisión del Convenio de Berna que debía llevarse a cabo en Bruselas a mediados de la década de los años treinta del siglo XX, incluyó una propuesta del Gobierno belga para la adición al convenio de un nuevo artículo, el 14 bis, que reconociera como derecho material el *droit de suite*, con la particularidad de que éste resultara aplicable no sólo a las obras de arte originales, sino también a los manuscritos. El contenido literal de la propuesta de dicho precepto fue el siguiente³⁶⁶:

En cuanto a las obras de arte originales y a los manuscritos originales de escritores y compositores se refiere, la protección otorgada por la presente Convención incluye igualmente para el autor de la obra como para sus herederos el derecho inalienable a obtener una participación en las ventas públicas de la obra posteriores a la primera cesión realizada por el autor. El método y el monto de este derecho han de ser determinados por la legislación nacional.

La respuesta a este documento fue dispar y, en general, poco favorable³⁶⁷, puesto que muchos países, contrarios al concepto, se opusieron frontalmente a aceptar el derecho de manera obligatoria, alegando que ni tan siquiera sus propios artistas lo solicitaban –caso de Finlandia, Noruega, Países Bajos o Suecia–, mientras otros mostraron reticencias acerca de su contenido material, preguntándose por qué razón el ámbito objetivo debía extenderse a los manuscritos; o bien poniendo de relieve su falta de uniformidad respecto a lo que debía entenderse en cada país miembro acerca de la titularidad del derecho y su ejercicio por parte del autor y sus herederos³⁶⁸.

No obstante, la planeada conferencia de revisión que debía celebrarse en Bruselas tuvo que ser pospuesta, debido al inicio de la Segunda Guerra Mundial, pero el debate sirvió para colocar la materia en la agenda pública de los países miembros de la Unión y que ésta pudiera ser retomada desde ese punto en el programa de la siguiente conferencia que, esta vez sí, se celebró en la propia ciudad de Bruselas, en 1948.

Desde la revisión del Convenio de Berna en Roma (1928) hasta el año 1948, tan sólo dos países miembros de la Unión, Polonia e Italia, habían legislado en sus ordenamientos jurídicos el *droit de suite*, lo que demostraba que, a pesar de ser un debate vivo, pocos Estados habían demostrado un verdadero interés por incorporar el derecho. A pesar de ello, el Gobierno belga retornó a su postura inicial de añadir un artículo 14 bis al Convenio de Berna, en los mismos términos que en su anterior propuesta; pero la obliga-

³⁶⁵ Recuérdesse que en la propuesta de la BIRPI para incorporar el artículo 14 *bis* al Convenio de Berna (*proyecto Samaden*) se establecía que el *droit de suite* no podía ser considerado un derecho de autor y recomendaba su regulación como derecho conexo (*vid. supra*, capítulo 2, 3.1).

³⁶⁶ Cfr. RICKETSON, Sam; GINSBURG, Jane C., *op. cit.*, p. 674.

³⁶⁷ Según MINERO ALEJANDRE (*op. cit.*, p. 1.230, nota 69), solamente las delegaciones austríaca, francesa, húngara e italiana se sumaron plenamente a la propuesta belga.

³⁶⁸ *Vid.* RICKETSON, Sam; GINSBURG, Jane C., *op. cit.*, p. 674.

toriedad y sus efectos generales para todos los Estados miembros continuaban siendo el principal escollo. A modo de ejemplo, Austria sugirió que los países de la Unión que hubieran aprobado internamente el *droit de suite* no debían estar obligados a reconocer a los autores de otros Estados miembros de la Unión más protección que la que le reconocía el país de origen, mientras Noruega y Finlandia, con una posición más extrema, insistieron de nuevo en que no veían ninguna necesidad de que sus artistas estuvieran protegidos por este derecho. La delegación británica, más diplomática pero con el mismo poco interés, alegó que estudiaría su incorporación en un futuro indeterminado.

3.3. CONTENIDO DEL ARTÍCULO 14 TER DEL CONVENIO DE BERNA

En vista de la discordancia entre todas las partes, y con el objetivo de llegar a un acuerdo de mínimos, la propuesta belga se modificó por iniciativa de la delegación italiana para añadir que «*el droit de suite sólo podría ser reclamado en aquellos países cuyas legislaciones previeran el derecho y esto debería ser en base a la reciprocidad*»³⁶⁹. Con esta enmienda, el proyecto no halló objeciones y se consiguió aprobar. Así, se insertó en el Convenio de Berna un nuevo precepto, el artículo 14 bis CB –14 ter a partir de 1971–³⁷⁰, titulado «*Droit de Suite*» sobre las obras de arte y los manuscritos, que quedó redactado como sigue:

- 1) *En lo que concierne a las obras de arte originales y a los manuscritos originales de escritores y compositores, el autor –o, después de su muerte, las personas o instituciones a las que la legislación nacional confiera derechos– gozarán del derecho inalienable a obtener una participación en las ventas de la obra posteriores a la primera disposición operada por el autor.*
- 2) *La protección prevista en el párrafo anterior no será exigible en los países de la Unión mientras la legislación nacional del autor no admita esta protección y en el grado en que lo permita la legislación del país en que esta protección sea reclamada.*
- 3) *Las legislaciones nacionales determinarán las modalidades de la percepción y el monto a percibir.*

El artículo 14 ter.2 CB establece que la legislación interna de este derecho es facultativa y, además, la aplicación del mismo con relación a autores nacionales de otros

³⁶⁹ Cfr. RAESTAD, Arnold, *op. cit.*, p. 241. Además, como añade VICENT LÓPEZ (*op. cit.*, p. 169) la aceptación del texto por parte de Italia también supuso la definitiva consolidación del triunfo del sistema franco-belga –cálculo sobre el precio– por encima del italiano –mixto– en el largo del proceso de incorporación del derecho en el Convenio de Berna.

³⁷⁰ El contenido del artículo ha permanecido prácticamente inalterado hasta nuestros días. En la Revisión de París de 1971 se modificó su nomenclatura a artículo 14 *ter* y se cambiaron dos términos por otros sinónimos: «transmisión», en el primer párrafo, se cambió por «disposición» y «grado», en el segundo, por «medida».

países de la Unión de Berna se realizará conforme al principio de reciprocidad³⁷¹. En consecuencia, con la regulación convencional no logró imponerse el ambicioso objetivo de ver reconocido el *droit de suite* como un derecho de aplicación directa, puesto que se dejaba a los Estados miembros del Convenio de Berna tanto la elección sobre la oportunidad o no de su introducción en sus ordenamientos internos como su desarrollo legislativo³⁷².

a) *Características esenciales del droit de suite en la regulación del Convenio de Berna*

En efecto, el mencionado carácter potestativo de la regulación del *droit de suite* permite a cada Estado de la Unión de Berna decidir su introducción a nivel nacional; pero si un país unionista decidiera reconocerlo en su legislación interna, entonces deberá observar las características expuestas en el artículo 14 ter. De ese modo, en el primer párrafo del precepto, bajo la rúbrica «I. Derecho a obtener una participación en las reventas» se establecen los principales rasgos básicos del *droit de suite*³⁷³:

i) *Objeto del derecho*: «obras de arte originales» y «manuscritos originales de escritores y compositores»

En principio, las obras de arte *originales* y los manuscritos *originales* de escritores y compositores se benefician del *droit de suite*, sin que legalmente se especifique ninguna exclusión determinada *a priori* dentro de estas dos categorías. El elemento común a ambas es la originalidad, mas este concepto no debe ser entendido aquí como presupuesto general de creatividad, sino *original* como exigencia de que la obra o el

³⁷¹ Por lo tanto, se recuperó y terminó aplicando la propuesta austríaca en materia de reciprocidad, que, tal y como resume MINERO ALEJANDRE (*op. cit.*, p. 1.233), se debía aplicar del siguiente modo: «*el país que implemente en su ordenamiento jurídico el droit de suite no estará obligado a proteger al nacional de otro país parte de la Unión más allá de la protección efectivamente otorgada por el país de origen de éste, aun cuando la protección prevista en el país donde se reclama el derecho sea mayor. Asimismo, cuando la protección del país donde se reclama el derecho sea menor que la del país de origen del titular del derecho, éste no podrá pretender un ejercicio del droit de suite que vaya más allá de la extensión prevista en el ordenamiento del país donde lo reclama*».

³⁷² Vid. KATZENBERGER, Paul. «Harmonisierung des Folgerechts in Europa», *cit.*, p. 309.

³⁷³ KATZENBERGER (*Das Folgerecht...*, *cit.*, pp. 2 ss.) las define como características esenciales, ya que considera que los Estados unionistas que regulen el *droit de suite* las deben tener en cuenta necesariamente. Asimismo, MINERO ALEJANDRE (*op. cit.*, 1.249 y 1.250) expresa que hay otras características importantes del derecho, pero que éstas no fueron incluidas en el artículo 14 ter CB para poder ampliar el margen de maniobra a las legislaciones de los países unionistas que adoptaran el derecho, como la base de participación –dando cabida a los dos modelos, sistema de precio y sistema de plusvalía–, el precio umbral de aplicación, el porcentaje de participación, la obligatoriedad o no de gestión colectiva, etc.

manuscrito provengan directamente de la ejecución del autor. Sin embargo, los manuscritos no son obras de artes plásticas, puesto que son los medios de expresión de una obra intelectual literaria o musical, así que deberían quedar fuera del ámbito objetivo del *droit de suite*³⁷⁴. No obstante, se intuye que su inclusión en el precepto analizado obedece a la consideración del manuscrito original, por parte de la Unión de Berna, como una suerte de soporte cualificado, que conserva el aura del autor al haber sido escrito directamente por éste³⁷⁵.

En cualquier caso, amparándose en la reserva del artículo 14 ter.3 CB – denominado con poco atino «*procedimiento*»– en cuanto al margen de libertad de regulación del contenido del *droit de suite*, la gran mayoría de los países unionistas que lo reconocen a nivel interno han optado por excluir a los manuscritos del ámbito objetivo de sus legislaciones nacionales³⁷⁶. Este extremo encuentra justificación en que, a diferencia de las obras de artes plásticas, en los manuscritos sí existe la posibilidad de disociar, para sus principales modos de explotación, el *corpus mysticum* del *corpus mechanicum* de la obra³⁷⁷.

ii) *Transmisibilidad mortis causa e inalienabilidad inter vivos*

En este punto, el artículo 14 ter.1 CB resulta especialmente claro, ya que se reconoce un derecho inalienable e irrenunciable al autor de la obra³⁷⁸, pero, tras su muerte, también a las personas o instituciones a las que cada ordenamiento nacional, en materia sucesoria, confiera el correspondiente derecho. Es decir, el Convenio de Berna no configura el *droit de suite* con carácter *intuitu personae* y deja plena libertad para que los países unionistas determinen el ejercicio *post mortem auctoris* del mismo; sin plantear la posibilidad de que sea regulado como un derecho intransmisible *mortis causa*.

Según MINERO ALEJANDRE, dicha naturaleza de tutela irrenunciable podría llegar a acercar el *droit de suite* a las características propias de los derechos morales. En todo caso, esta autora, a pesar de concluir que el mismo se trata de un derecho patrimonial, considera que, al momento de ser incluido en el Convenio de Berna, el legislador no tuvo tan clara su naturaleza, así que optó por no entrar a valorar esta cuestión.

³⁷⁴ Para esta cuestión, *vid. infra*, capítulo 6, 2.1.b.2.

³⁷⁵ *Vid.* MINERO ALEJANDRE, Gemma, *op. cit.*, pp. 1.245 y 1.246.

³⁷⁶ Asimismo, los legisladores nacionales de los países de la Unión de Berna no sólo han excluido normalmente los manuscritos del ámbito objetivo del *droit de suite*, sino también ciertos tipos de obras plásticas, como las arquitectónicas o, en general, el arte aplicado. Los motivos de estas excepciones se expondrán más adelante, al analizar la Directiva 2001/84/CE y la Ley 3/2008.

³⁷⁷ *Vid.* MINERO ALEJANDRE, Gemma, *op. cit.*, p. 1.248, nota 126.

³⁷⁸ Ciertamente, de la imposibilidad de transmitir el derecho *inter vivos*, por parte del autor o sus derechohabientes, se debe deducir también su irrenunciabilidad, a pesar de que ello no se haya dispuesto expresamente en la norma.

Prueba de ello sería la falta de referencia en el texto al plazo de duración del derecho, aspecto que debe ser interpretado en favor de un mayor margen de regulación estatal del *droit de suite*, cuya duración podrá asimilarse al plazo de vigencia de los derechos patrimoniales, pero también ser configurada en menor o mayor medida³⁷⁹.

iii) Reventa pública o privada tras la primera disposición

De acuerdo con el Convenio de Berna, el *droit de suite* se podrá invocar cuando tenga lugar una venta posterior a cualquier primera cesión operada por el autor. En nuestra opinión, se infiere de la terminología empleada en este punto por el Convenio de Berna que es voluntad del legislador ampliar al máximo posible la casuística de transmisiones realizadas en el mercado primario (incluidas donaciones y transmisiones *mortis causa*) y, por el contrario, restringir las sucesivas operaciones solamente a transacciones realizadas mediante compraventas o, cuando menos, a título oneroso³⁸⁰.

Por otro lado, el artículo 14 ter.1 CB prefiere no escoger entre los diferentes modelos que, previamente a la revisión del Convenio en 1948, habían venido desarrollando algunos ordenamientos nacionales con relación a la aplicación material del *droit de suite*. Recuérdese que las regulaciones de Francia y Bélgica de este derecho se acotaban a las ventas públicas. Sin embargo, otras legislaciones, como la checoslovaca, ampliaban el espectro a las ventas realizadas *inter privatos*.

Así las cosas, debemos interpretar que el precepto traslada nuevamente la facultad de legislar estos aspectos a cada país unionista. Por ende, tendrán cabida, por supuesto, las ventas realizadas en pública subasta, las ventas realizadas con la intervención de un establecimiento comercial o un profesional del mercado y, asimismo, las ventas privadas llevadas a cabo directamente por particulares. A pesar de ello, prácticamente la totalidad de los países unionistas que han regulado el derecho han excluido de su ámbito de aplicación las ventas privadas, debido a su dificultad de control.

³⁷⁹ Vid. MINERO ALEJANDRE, Gemma, *op. cit.*, pp. 1236 ss. Adicionalmente, en otras palabras, esta autora expone que «el hecho constatado de que la mayoría de ordenamientos nacionales en los que se protege el derecho de participación se haya optado, por decisión individual de cada legislador estatal, por establecer la misma duración para el *droit de suite* que para el resto de derechos patrimoniales no puede deducirse, sin más, que ésta fuera una regla impuesta por el Convenio de Berna» (*op. cit.*, p. 1.242).

³⁸⁰ Esta interpretación es compartida para RICKETSON y BARRISTER, para quienes el concepto *cesión* empleado por el Convenio de Berna implica una transferencia de propiedad del artista, pero no necesariamente por dinero (por ejemplo, podría ser una donación o una disposición testamentaria). Por el contrario, la venta en el mercado secundario debe entenderse como una transmisión con una consideración económica (*op. cit.*, p. 31)

b) *La reciprocidad como excepción al principio de trato nacional*

La norma devino una mera invitación a los países integrantes a una experiencia de legislación bajo la regla de la reciprocidad³⁸¹, puesto que el párrafo 2º del precepto establece una verdadera excepción al principio de trato nacional dispuesto en el artículo 5.1 CB³⁸².

La Unión de Berna opera, generalmente, en base al principio de trato nacional, por el cual un autor originario de un país unionista que reclama sus derechos de autor en otro país miembro, recibe en éste el mismo trato que dicho Estado proporciona a sus propios nacionales³⁸³. No obstante, a pesar de que este principio es presentado como regla general en el Convenio de Berna, no tiene un carácter absoluto, debido a la existencia de ciertas excepciones al mismo a lo largo del texto legal³⁸⁴.

³⁸¹ Nótese que el artículo 14 ter.2 CB no exige necesariamente la aplicación del principio de reciprocidad para el reconocimiento del *droit de suite*, por lo que si un Estado miembro de la Unión de Berna decidiese aplicar el principio de trato nacional también en relación con este derecho, nada se lo impediría. De hecho, tenemos una experiencia en este sentido a la que apelar: Uruguay reconoce el *droit de suite* a todos los artistas sin ninguna discriminación, esto es, sin exigir ningún tipo de reciprocidad, como así lo acredita la entidad de gestión de derechos de autor argentina SAVA (vid. el sitio web <http://www.sava.org.ar/plain_content.php?content_id=39> [última visita: 26 de diciembre de 2015]).

³⁸² El artículo 5.1 CB dispone que «*los autores gozarán, en lo que concierne a las obras protegidas en virtud del presente Convenio, en los países de la Unión que no sean el país de origen de la obra, de los derechos que las leyes respectivas conceden en la actualidad o concedan en lo sucesivo a los nacionales (...)*» añadiendo el artículo 5.2 CB que «*el goce y el ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad y ambos son independientes de la existencia de protección en el país de origen de la obra*».

³⁸³ Para un mayor análisis sobre el principio de trato nacional, vid. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, Aurelio. «Comentario al artículo 5». En: *Comentarios al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. Madrid: Tecnos, 2013, pp. 395 ss.

³⁸⁴ LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ (*ibidem*, p. 410) señala cuáles son esas excepciones al principio de trato nacional agrupándolas en dos tipologías. Por un lado, están las excepciones generales, que son el derecho mínimo convencional –ya que su disfrute por los autores extranjeros no depende de los que el país para el que se reclama la protección establezca en relación con los autores nacionales– y la facultad del Estado unionista con relación a la primera publicación de la obra de un autor con nacionalidad y residencia en un tercer Estado, donde se permite someter a reciprocidad la protección de dicha obra si sus nacionales no reciben una protección adecuada de sus obras en el país de nacionalidad de dicho autor. Por otro lado, señala como excepciones particulares aquellas que afectan exclusivamente a algún derecho o aspecto concreto de la protección, donde hallaríamos el caso del artículo 2.7 CB, que faculta a los Estados unionistas a no proteger las obras de arte aplicadas, así como dibujos y modelos industriales si en su país de origen no se protegen por derechos de autor; el caso del artículo 7.8 CB, que faculta a los Estados miembros a no extender la protección de los derechos más allá del plazo de protección otorgado por el país de origen; y, finalmente, el supuesto que aquí nos ocupa, el artículo 14.ter 2 CB, que condiciona el disfrute del *droit de suite* en el país en el que se reclama su protección a que el derecho también esté reconocido en el país de la nacionalidad del autor.

Antes de la revisión de Bruselas del Convenio de Berna, el legislador nacional de cada país regulador del derecho disponía de absoluta libertad para extender o limitar la protección a autores extranjeros respecto a sus nacionales³⁸⁵.

Con todo, en aplicación de la regla de reciprocidad, la protección del *droit de suite* en un determinado país de la Unión de Berna no será exigible mientras la legislación nacional del autor no admita asimismo la protección de este derecho³⁸⁶. Sin embargo, el Convenio de Berna, técnicamente, no exige una reciprocidad material, sino que permite que sea cada Estado miembro el que determine si la exigencia de reciprocidad debe ser material o simplemente formal. En el primer caso, se requerirá que exista relación de identidad entre los contenidos de las regulaciones comparadas; mientras, en el segundo, bastará con que el *droit de suite* se encuentre recogido en el ordenamiento jurídico del país de origen del autor que reclama la protección, sin que, ni siquiera, deba quedar demostrada una aplicación más o menos efectiva del derecho³⁸⁷.

Ciertamente, no consideramos que sea la finalidad del artículo 14 ter.2 CB animar a los países unionistas a establecer una mera reciprocidad formal en este sentido, según la cual los autores de países donde el derecho se regulara de un modo vacío podrían llegar a beneficiarse del *droit de suite* en el extranjero reclamando su protección en países donde el derecho sí tuviera un total reconocimiento efectivo. Por el contrario, tampoco creemos necesario hallar una absoluta identidad material entre las regulaciones en esta materia de dos países unionistas diferentes para que los autores de uno pudieran llegar a beneficiarse de este derecho en el otro³⁸⁸; ya que es habitual –salvo en sistemas

³⁸⁵ Vid. OMPI. *Guide de la Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques*. Ginebra: 1978, p. 106. En aquel momento, los países aplicaban reglas de reciprocidad material estricta. A modo de ejemplo, un escultor checoslovaco podía reclamar su *droit de suite* para una reventa realizada en Francia, pero respetando la legislación francesa al respecto y sólo hasta el límite en que Checoslovaquia reconociera este derecho.

³⁸⁶ Resulta necesario puntualizar que el artículo 3 del Convenio de Berna protege a los autores cuyas obras presentan un punto de conexión con un país miembro de la Unión. Así, el autor debe ser nacional de un Estado miembro, tener en el mismo su residencia habitual o bien que la obra sea publicada por vez primera en el ámbito territorial del Convenio.

³⁸⁷ Siguiendo nuevamente a MINERO ALEJANDRE (*op. cit.*, p. 1.251), podemos diferenciar los diferentes tipos y grados de reciprocidad entre los que el legislador nacional podrá escoger: «los dos tipos básicos son, por un lado, la reciprocidad formal, según la cual el país que reconozca el derecho de participación habrá de proteger con él a autores no nacionales siempre que el país de origen de éstos también prevea en su ordenamiento este derecho, sin entrar a comparar estas protecciones. Por otro lado, según la reciprocidad material, solamente se protegerá al no nacional si la regulación dada en su país de origen al *droit de suite* es equivalente a la prevista en el ordenamiento en el que se pretende el ejercicio de este derecho. Asimismo, dentro de la reciprocidad material, puede exigirse una equivalencia sustancial o, por el contrario, una identidad absoluta, que interprete cualquier mínima diferencia como una objeción a la aplicación de la norma nacional. Este último subtipo de reciprocidad haría del *droit de suite* una protección difícilmente practicable en el actual contexto internacional».

³⁸⁸ En este sentido, BERCOVITZ ÁLVAREZ (*op. cit.*, p. 392) también es de la opinión de que la reciprocidad entre países pertenecientes al Convenio de Berna no exige una coincidencia absoluta entre las dos legislaciones nacionales.

armonizados— que aspectos como el porcentaje de participación o el sistema para calcular la base del crédito de participación sean distintos³⁸⁹.

Así, cuando el artículo 14 ter.2 dispone que la protección sólo será reconocida cuando la legislación nacional del autor también la admita, pero «*en el grado*» en que la permita la legislación del país en que esta protección es reclamada, concluimos que lo lógico es reconocer una reciprocidad material donde la relación de identidad sea sustancial. Con ello, la Unión de Berna se asegura que el autor que reclama el reconocimiento del *droit de suite* en un país que no es el suyo, no pueda ampliar el ámbito de aplicación del derecho en función de una supuesta regulación más extensa de su país de origen, mas ateniéndose, a la vez, a las limitaciones que ésta podría suponer respecto a la legislación del país donde se solicita la protección. Por lo tanto, la reciprocidad material solamente implica la necesidad de aplicar de manera ajustada, y hasta el máximo previsto en la legislación del país de origen del sujeto, la regulación que del *droit de suite* estuviera vigente en el país donde se reclama, salvo que dicho país dispusiera lo contrario³⁹⁰.

Finalmente, cabe destacar que, a pesar de la integración limitada de este derecho en el Convenio de Berna, el reconocimiento internacional del *droit de suite* fue un hito que debe considerarse un avance destacable, sobre todo si atendemos a los pocos Estados que hasta el momento —año 1948— habían apostado por su regulación y, por otro lado, al rechazo que producía en grandes potencias en cuanto a mercado artístico se refiere, como los Estados Unidos o el Reino Unido. Sin embargo, es innegable que, tal y como resume perfectamente DESBOIS, el *droit de suite* había perdido en profundidad lo que había ganado en extensión³⁹¹.

4. EXPANSIÓN INTERNACIONAL Y CONSOLIDACIÓN DEL *DROIT DE SUITE*

Debido a la inclusión del *droit de suite* en el Convenio de Berna basada en la reciprocidad material, el éxito de su aplicación global debía necesariamente pasar por la

³⁸⁹ En cualquier caso, somos partidarios de modular el principio de reciprocidad material para que la relación de identidad sea sustancial, mas no necesariamente idéntica. Así, por ejemplo, RICKETSON y GINSBURG (*op. cit.*, p. 680) explican que, si en el país de origen del autor el derecho incluye, por ejemplo, los manuscritos originales, sólo podrá reclamar la protección sobre éstos en un segundo país si éste así los reconoce. Asimismo, cabrá aplicar el artículo 7.8 CB cuando las divergencias partan del plazo de protección. Este precepto establece que «*el país de ejercicio aplicará la protección prevista en su ordenamiento hasta el máximo de años regulados en éste, cuando dicho máximo sea menor a la duración prevista en el país de origen, o bien hasta el máximo de duración previsto en el país de origen, si es que éste es menor al vigente en el país de ejercicio, salvo cuando el legislador competente hubiera regulado otra regla específica, que fuese aplicable al caso*».

³⁹⁰ Vid. MINERO ALEJANDRE, Gemma, *op. cit.*, p. 1.255.

³⁹¹ Cfr. DESBOIS, Henri. *Le droit d'auteur...cit.*, p. 376.

apuesta de los Estados integrantes de un reconocimiento nacional; tan sólo si un gran número de países alrededor del mundo introducían este derecho en sus ordenamientos jurídicos internos y lo aplicaban efectivamente, los autores podrían beneficiarse de sus efectos con independencia de dónde fueran transmitidas sus obras³⁹².

Visto con perspectiva, del período transcurrido desde la Conferencia de Bruselas de 1948 hasta la actualidad podemos destacar tanto la expansión del *droit de suite* – como se verá, más de 80 países cuentan con el mismo en sus legislaciones internas– como su consolidación. Su aplicación material ha sido cada vez mayor, por cuanto las diferentes normativas estatales de este derecho han ido inclinándose hacia una homogeneización basada en la simplificación del cálculo de los créditos de participación y la eficacia en su recaudación. Asimismo, la propia Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)³⁹³ se ha posicionado a favor de su implementación en el máximo número de países posible, especialmente en aquéllos en vías de desarrollo en materia de derechos de autor.

Sin embargo, a pesar de que el *droit de suite* se ha expandido internacionalmente y se ha legislado en un gran número de ordenamientos nacionales, no podemos hablar de un reconocimiento mundial del mismo, como sí sucede con otros muchos derechos de propiedad intelectual. Al contrario, ciertos países continúan siendo reacios a su regulación nacional. Prueba de esta falta de consenso es que, desde su inserción en el Convenio de Berna, ninguna otra iniciativa de carácter internacional ha incluido este derecho en sus textos legislativos³⁹⁴. Por consiguiente, su propagación, aunque importante, se ha visto limitada a áreas geográficas o políticas concretas, donde sí se ha observado una tendencia unificadora, auspiciada por actuaciones supranacionales que, dentro de su

³⁹² Se ha defendido la necesidad de mejorar la protección internacional del *droit de suite*. En este sentido, RICKETSON propone como solución adoptar un arreglo particular, en función del artículo 20 CB, cuyo contenido es el siguiente: «los gobiernos de los países de la Unión se reservan el derecho de adoptar entre ellos Arreglos particulares, siempre que estos Arreglos confieran a los autores derechos más amplios que los concedidos por este Convenio o que comprendan otras estipulaciones que no sean contrarias al presente Convenio. Las disposiciones de los Arreglos existentes que respondan a las condiciones antes citadas continuarán siendo aplicables». Este autor ha elaborado una propuesta de tratado internacional para la regulación del *droit de suite* bajo esta fórmula, con la finalidad de fomentar su aplicación efectiva en el mayor número de países con arreglo a unas características básicas de obligatorio reconocimiento (*vid.* RICKETSON, Sam; BARRISTER, Victoria. *Proposed international treaty...*, *cit.*, pp. 49 ss.).

³⁹³ La OMPI es el órgano dependiente del Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la Organización de las Naciones Unidas, creado en 1967 en la Convención de Estocolmo, especializado en el fomento del uso y la protección de las obras del intelecto humano.

³⁹⁴ Ciertamente, la Convención Universal de Derechos de Autor, adoptada en Ginebra el 6 de septiembre de 1952 y revisada en París el 24 de julio de 1971 y promovida por la UNESCO no menciona el *droit de suite*. Tampoco lo hace el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996. No obstante, para hacer justicia, hay que tener en cuenta que es difícil hallar encaje a este derecho en cualquiera de ambos textos, ya que el primero se centra en los derechos de explotación y el segundo en los derechos de autor en el entorno digital –específicamente, programas de ordenador y bases de datos–.

ámbito de actuación, desean eliminar diferencias interestatales en cuanto a los derechos de sus autores.

4.1. INICIATIVAS SUPRANACIONALES

a) Organización Mundial de Propiedad Intelectual

Entre las iniciativas gubernamentales impulsadas por la OMPI para expandir el ámbito de aplicación territorial del *droit de suite* destacan la denominada *Ley Tipo de Túnez* de 1976³⁹⁵ y el *Proyecto de Disposiciones tipo* de 1989³⁹⁶.

Con relación a la primera, un Comité de expertos gubernamentales convocados por la OMPI, la UNESCO y el gobierno tunecino, reunidos en Túnez entre el 23 de febrero y el 2 de marzo de 1976, elaboró la *Ley tipo de derechos de autor para países en desarrollo*, cuyo objetivo era facilitar la implementación o revisión de legislaciones de propiedad intelectual en países en vías de desarrollo, con ánimo de favorecer, también en ellos, la aplicación del *droit de suite*; así que se incluyó en el texto el artículo 4 bis, que lo contemplaba:

1) Los autores de obras gráficas y plásticas (y de manuscritos) tendrán, no obstante toda cesión de la obra original, un derecho inalienable de participar en el producto de toda venta de esa obra (o de ese manuscrito) hecha en las subastas públicas o por conducto de un comerciante, cualesquiera que sean las modalidades de la operación realizada por este último.

2) La disposición que antecede no se aplicará a las obras de arquitectura ni a las obras de arte aplicadas.

Entre los comentarios que acompañan la regulación modelo, se indica que hay legislaciones que aplican el tipo de participación sobre la plusvalía y otras sobre el precio. De éstas últimas, afirma que «*las legislaciones vigentes varían el porcentaje a aplicar, pero el promedio parece estar sobre el 5%*»³⁹⁷.

Por su parte, el Comité de expertos sobre disposiciones tipo para legislación en la esfera del derecho de autor, reunido en Ginebra desde el 20 de febrero al 3 de marzo de 1989, introdujo, en el artículo 9 de este *Proyecto de Disposiciones Tipo* dirigido a los países firmantes del Convenio de Berna, la regulación del *droit de suite* según la siguiente redacción:

³⁹⁵ OMPI. *Documento n° 812 (E)*, Ginebra: 1976.

³⁹⁶ OMPI. *Documento CE/MPC/I/2-II*, de 11 de agosto de 1989, Ginebra: 1989.

³⁹⁷ Cfr. OMPI. *Documento n° 812, cit.*, p. 8.

1) En caso de nueva venta de ejemplares originales de una obra de las bellas artes en subasta pública o por intermedio de un negociante profesional en obras de arte, el autor tendrá derecho a una participación del ...% del precio de la nueva venta [toda vez que ese precio sea superior a la suma determinada por las reglamentaciones que se mencionan en el Artículo 57] (derecho que se denominará en adelante derecho de suite).

2) La participación que se menciona en el párrafo 1) se recaudará y distribuirá por una organización de administración colectiva (véase el Artículo 51).

En esta norma modelo destaca la decisión del Comité de expertos de decantarse por la aplicación de la participación únicamente sobre el precio, sin ofrecer la posibilidad de que el porcentaje se calculara según la plusvalía. Ello, conjuntamente con la regulación de la recaudación y pago de las remuneraciones a partir de entidades de gestión colectiva, responde al ánimo de dicho Comité de conseguir una norma aplicable de manera efectiva, huyendo de sistemas complejos o impracticables.

b) Unión Europea³⁹⁸

La Unión Europea ha sido durante todos estos años el verdadero motor para el reconocimiento internacional del *droit de suite*. En primer lugar, porque en su seno se desarrollaron las primeras legislaciones que demostraron ser eficaces –Francia, Bélgica y Alemania–; seguidamente, porque fue capaz de sumar a su causa –con todas las reservas que uno desee expresar– a los Estados miembros del *common law*. Además, podemos destacar esta relevancia a partir de una perspectiva cuantitativa: más de un tercio de los países de la OMPI con el *droit de suite* reconocido a nivel nacional pertenecen a la misma organización supranacional europea –esto es, los veintiocho comunitarios más los tres extracomunitarios del Espacio Económico Europeo–³⁹⁹.

Después de la inserción del *droit de suite* en el Convenio de Berna, varios Estados europeos adoptaron en sus propias legislaciones el derecho, mientras aquellos otros que ya lo habían hecho en la primera mitad de siglo fueron incorporando, paulatinamen-

³⁹⁸ A pesar de que hasta la firma del Tratado de Maastrich de 1992 (TUE) no se puede hablar propiamente de *Unión Europea*, por comodidad y facilidad de exposición emplearemos aquí esta expresión indistintamente para referirnos a la Europa comunitaria tanto a partir de dicha fecha –actual sujeto político– como con anterioridad a la misma –Comunidades Europeas antecesoras–. Asimismo, piénsese que el Acuerdo del Espacio Económico Europeo (EEE) de 17 de marzo de 1993, que entró en vigor el 1 de enero de 1994, unifica en un mercado único a los Estados miembros de la Unión Europea y a Islandia, Liechtenstein y Noruega. En el Anexo 17 de dicho Acuerdo, se establece que las Directivas adoptadas por la Unión Europea en materia de derechos de autor y derechos conexos son vinculantes también para los miembros del EEE no comunitarios. Para este cuestión, *vid.* GOLDSTEIN, Paul; HUGENHOLTZ, P.B. *International copyright: principles, law and practice*. Nueva York: Oxford University Press, 2010, p. 65.

³⁹⁹ Actualmente, la OMPI cuenta con un total de 188 Estados miembros, de los cuales algo más de 80 han legislado el *droit de suite*.

te, modificaciones legales al mismo, con arreglo a cierta propensión igualadora comunitaria, cuyo proceso armonizador culminó a nivel europeo con la aprobación de la *Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001*, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original⁴⁰⁰.

En cualquier caso, consideramos interesante repasar someramente la postura nacional de diferentes países comunitarios destacados antes de la transposición de dicha Directiva a cada Estado miembro de la Unión Europea.

En Francia, donde el *droit de suite* había sido regulado inicialmente como ley especial, se incorporó en 1957 a la legislación de propiedad intelectual, para asentarse en el artículo L 122-8 del *Code de Propriété Intellectuelle* (CPI). También en Bélgica, aunque más tardíamente, el derecho fue insertado y desarrollado en la Ley belga de Derecho de Autor de 1994. En ambos casos, se introdujeron como principales novedades la determinación de un porcentaje fijo de participación sobre el precio –del 3% y del 4%, respectivamente– y la ampliación de los supuestos en que la venta debía considerarse como *pública*, para incluir, amén de las llevadas a cabo en subastas, aquellas realizadas mediante intermediación comercial. A pesar de ello, esta última medida no tuvo éxito, especialmente en el caso francés, donde el *droit de suite* se continuó circunscribiendo a las reventas realizadas en pública subasta. Diferentes factores provocaron que ello fuera así⁴⁰¹, mas, para Gutton, Director General de ADAGP, un motivo explica, por encima de todos los demás, esta situación anómala: ya en 1957, las sociedades de artistas habían llegado a acuerdos con las galerías de arte, por los cuales éstas pagarían la Seguridad Social de aquellos artistas de quienes exhibieran y distribuyeran obras, aunque no estuvieran contratados directamente por las mismas⁴⁰². En consecuencia, las galerías estarían exentas de liquidar los créditos de participación, que sí deberían continuar reteniendo las casas de subastas a sus clientes vendedores.

Por otra parte, entre los Estados que todavía no habían legislado el *droit de suite* antes de su reconocimiento internacional en el Convenio de Berna, debemos destacar Alemania y Portugal, tanto por ser de nuestra tradición jurídica en materia de derechos de autor, como por tener relevancia en el mercado del arte continental, sobre todo en el primer caso. Con cierta prontitud –década de los años sesenta del siglo pasado–, los dos

⁴⁰⁰ *Vid. infra*. En el siguiente capítulo se analiza con detalle el proceso de aprobación de la Directiva 2001/84/CE y su contenido.

⁴⁰¹ *Vid.* DE PIERREDON-FAWCETT, Liliane. *The droit de suite...*, cit., p. 78-80. Las ventas en pública subasta son más fáciles de controlar que las realizadas por un intermediario, debido al mantenimiento de registros y la gran publicidad de las obras subastadas.

⁴⁰² El informe de la U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Droit de Suite...*, 1992, cit., p. 23, recoge un extracto de la entrevista telefónica con Jean-Marc Gutton, Director General de ADAGP, mantenida el 30 de julio de 1992, en el marco de las acciones de información internacional llevadas por los autores de dicho informe.

países realizaron sendas adaptaciones en sus ordenamientos internos para introducir el *droit de suite*.

La República Federal de Alemania aprobó, el 9 de septiembre de 1965, la Ley sobre derecho de autor y derechos conexos (UrhG), cuyo §26 contenía la regulación del *Folgerecht*. Sin embargo, una intrincada técnica legislativa y la reticencia de ciertos sectores profesionales del mercado del arte provocaron que, el 10 de noviembre de 1972, se tuviera que reformular dicho precepto⁴⁰³. A su vez, éste volvió a ser modificado en el año 2003⁴⁰⁴, poco antes de la transposición de la Directiva 2001/84 al ordenamiento alemán⁴⁰⁵. En cualquier caso, la regulación del *Folgerecht* mantuvo, ya desde su primera modificación, las siguientes características: se aplicó a las obras de arte original –excepción hecha de obras arquitectónicas y de artes aplicadas– vendidas en subasta o en cuya transmisión hubiera participado un profesional o perito tasador; se configuró como un derecho irrenunciable e intransmisible *inter vivos*, prescriptible a los diez años desde la reventa; el tipo de participación sobre la transmisión se fijó en un 5% del precio de venta, siempre y cuando el producto de la venta fuera superior a los 100 marcos – luego 50 euros–; y las sociedades de gestión colectiva capitalizaban el derecho de solicitar información al vendedor o intermediario.

Portugal introdujo el derecho (*direito de sequência*) en el artículo 54 de su Código de derechos de autor y derechos vecinos, mediante el Decreto-ley 46980, de 27 de abril de 1966⁴⁰⁶. También intransmisible e irrenunciable, incorporaba un sistema de cálculo algo complejo, porque, por un lado se generaba el derecho de remuneración cuando aparecía una gran desproporción en la plusvalía generada por las sucesivas reventas y, por otro, se calculaba un derecho de participación directamente sobre el precio⁴⁰⁷. El Decreto 45/85, de 17 de septiembre, conservó y, a la vez, mejoró la institución, estableciendo directamente la participación mediante un porcentaje del 6% sobre la reventa –aunque se preveía el descuento de los gastos comprobados de publicidad, representación e índices de inflación– y enterrando el sistema de aplicación suplementario sobre la plusvalía.

⁴⁰³ Vid. KATZENBERGER, Paul. «Folgerecht». *Urheberrecht: Kommentar*, coord. SCHRICKER, Gerhard; LOEWENHEIM, Ulrich. Múnich: Beck, 2010, p. 543.

⁴⁰⁴ VICENTE DOMINGO (*op. cit.*, p. 156) añade que las galerías alemanas tenían «un sistema complicado de liquidación y de pagos tanto en las ventas que generan *Folgerecht* como en el ingreso de entre el 5% y el 7% a la contribución de la protección social de los artistas por las compras de obra a artistas vivos. Para simplificar el procedimiento, las galerías liquidan el derecho una vez al año y de manera única», debido a un acuerdo que firmaron con las cuatro asociaciones artísticas mayoritarias y la entidad de gestión de derechos *Bild-Kunst*.

⁴⁰⁵ Disposición de 10 de noviembre de 2006, que transpuso la Directiva 2001/84/CE a la §26 de la Ley sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos.

⁴⁰⁶ Vid. DIETZ, Adolf, *op. cit.*, pp. 107 ss.

⁴⁰⁷ Por increíble que parezca, revela DIETZ (*ibidem*, p. 108) que la dualidad de sistemas de cálculo se explica porque en el artículo 54.2 del Código de derecho de autor portugués hubo, en un inicio, un error de redacción.

En cuanto al resto de países comunitarios con condición de Estados miembros antes de la aprobación de la Directiva 2001/84/CE, las posiciones adoptadas fueron contrapuestas. Algunos de ellos se sumaron *motu proprio* al reconocimiento del *droit de suite*, como Luxemburgo (1972), España (1987), Dinamarca (1989), Grecia (1993), Finlandia (1995) o Suecia (1996)⁴⁰⁸; mientras otro grupo de países, con Reino Unido a la cabeza, se opusieron a su reconocimiento hasta que la aprobación de la normativa comunitaria les obligó a su adhesión⁴⁰⁹. Entre estos últimos se encontraban, además de los británicos, Irlanda, Países Bajos y Austria.

c) Comunidad Andina

La Comunidad Andina (CAN), actualmente formada por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú como miembros de pleno derecho, se constituyó mediante el Acuerdo de Cartagena de 26 de mayo de 1969, con el objetivo de alcanzar objetivos económicos, sociales y políticos con la integración conjunta en determinadas materias de sus países miembros.

Esta organización aprobó en 1993 un marco normativo supranacional relativo a derechos de propiedad intelectual⁴¹⁰, donde incluyó un precepto regulador del *droit de suite*. Así, el artículo 16 de la Decisión 351 de la CAN dispuso lo siguiente:

Los autores de obras de arte y, a su muerte, sus derechohabientes, tienen el derecho inalienable de obtener una participación en las sucesivas ventas que se realicen sobre la obra, en subasta pública o por intermedio de un negociante profesional en obras de arte. Los Países Miembros reglamentarán este derecho.

⁴⁰⁸ MCANDREW y DALLA-CONTE destacan que, precisamente, en los países del norte de Europa, pese a representar porciones pequeñas del mercado del arte del continente, en términos relativos y absolutos, el derecho ha tenido, desde un principio, una implementación efectiva (*vid.* Arts of Council. Dir. MCANDREW Clare; DALLA-CONTE, Lorna. *Implementing Droit de Suite (artist's resale right) in England*, 2002, p. 15 [en línea]. Este informe, encomendado por la *Arts Council of England* para el análisis del entorno jurídico y económico, se encuentra disponible en: <<http://www.artscouncil.org.uk/media/uploads/documents/publications/325.pdf>> (última visita: 27 de diciembre de 2015).

⁴⁰⁹ A principios de los años 90, el Reino Unido, apoyado por Países Bajos e Irlanda, trataron de disuadir a la Comisión Europea de introducir el *droit de suite* en la Unión. En ese momento, tanto el Partido Laborista, entonces en el gobierno británico, como los *tories* se unieron para oponerse a la Directiva en ciernes, por miedo a que su mercado interno se viera dañado (*vid.* FROSCHAUER, Toby. *The impact of the artist resale rights on the market in the United Kingdom*, 2008, p. 6 [en línea]. Este informe independiente, que más adelante (*vid. infra*, capítulo 8, 1.b) será analizado profusamente, se halla disponible en: <http://www.lapada.org/public/Impact_Study_by_Toby_Froschauer.pdf> (última visita: 27 de diciembre de 2015).

⁴¹⁰ *Vid.* Decisión 351 de Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, adoptada en Lima el 17 de diciembre de 1993.

Según se puede observar, el precepto deja mucha libertad a los países miembros para decidir acerca de algunas de las principales características del *droit de suite*, como su porcentaje de participación, la tipología de obras objeto de aplicación o la duración del derecho⁴¹¹. En cambio, pese a la vaguedad del artículo referido, parece no caber interpretación en contrario sobre aspectos como la exclusión de las ventas privadas o, por otra parte, la determinación del cálculo del derecho del beneficiario mediante la fijación de un porcentaje del precio de reventa⁴¹² –no sobre la plusvalía generada entre transmisiones–.

En cualquier caso, se trata de una legislación de ámbito interestatal con un grado de vinculación respecto a sus Estados miembros muy inferior al de la regulación de la Unión Europea⁴¹³, ya que la Directiva 2001/84/CE desarrolla con gran detalle tanto la implementación del derecho como sus cualidades, por cuanto los países comunitarios europeos se limitaron a transponer en sus ordenamientos jurídicos el contenido de la norma, salvo en aquellos aspectos expresamente señalados como facultativos por el legislador comunitario.

d) Organización Africana de la Propiedad Intelectual

En 1999 se revisó el Acuerdo de Bangui de 1977⁴¹⁴, por el cual se creó la Organización Africana de Propiedad Intelectual (OAPI). En el texto resultante de dicha revisión se estableció el contenido definitivo del Anexo VII del Acuerdo, relativo a la *propiedad literaria y artística*, cuyo artículo 10 regula el *droit de suite* del siguiente tenor literal:

(1) Los autores de obras gráficas y tridimensionales tendrán el derecho inalienable, sobre cualquier transmisión de la obra original, de participar en el precio de la venta de tal obra o manuscrito en pública subasta o a través de marchante, sean cuales sean las condiciones en que las transacciones fueron llevadas a cabo por este último.

⁴¹¹ Aunque el artículo 18 Decisión 351 CAN prescribe que «*la duración de la protección de los derechos reconocidos en la presente Decisión, no será inferior a la vida del autor y cincuenta años después de su muerte*».

⁴¹² DOLL (*op. cit.*, p. 471) explica que Bolivia y Ecuador aplican un 5% de participación sobre el precio, mientras en Perú los autores participan con un 3% sobre el precio.

⁴¹³ *Vid. ibidem*, p. 470. Esta flexibilidad ha provocado la existencia de variaciones sustanciales entre los contenidos de las legislaciones del *droit de de suite* en los países miembros de la CAN, pero también en sus ritmos de implementación. Mientras Bolivia ya había regulado el derecho en 1992, Perú lo hizo en 1996 y Ecuador tardó hasta 2006. Por su lado, Colombia todavía no ha legislado internamente sobre este derecho de participación.

⁴¹⁴ Con el antecedente de la *Oficina Africana y Malgache de Propiedad Intelectual* de 1962, se firmó en Bangui el acuerdo de constitución de la actual *Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle* (OAPI) en 1977. Información disponible en: <<http://www.oapi.int>>.

(2) La disposición anterior no se aplicará a obras arquitectónicas o a obras de arte aplicado.

(3) Las condiciones para ejercer este derecho, así como el porcentaje de participación producto de la venta, serán determinados por la autoridad nacional competente.

Nótese que esta disposición, que debe ser transpuesta y desarrollada en sus ordenamientos internos por cada uno de los países integrantes de la OAPI⁴¹⁵, adopta sin ambages el sistema de participación en el precio, dejando libertad para que sean los países miembros quienes establezcan el tipo de porcentaje a aplicar en las sucesivas reventas de una obra original.

4.2. OTRAS PRINCIPALES REGULACIONES INDIVIDUALES DEL *DROIT DE SUITE*

a) *Australia*

En este estudio comparativo, Australia es un caso realmente singular, ya que posee uno de los principales ordenamientos jurídicos en el mundo pertenecientes al *common law* —por ende, unido a la tradición del *copyright* en materia de propiedad intelectual⁴¹⁶—, un mercado del arte suficientemente relevante a nivel global⁴¹⁷ y, adicionalmente, es un Estado que no ha cedido parte de su soberanía nacional de manera significativa a ningún organismo supranacional. Por sí solos, dichos factores nos llevarían a pensar que el país oceánico no es terreno abonado para el reconocimiento del *droit de suite*. Y,

⁴¹⁵ Son miembros de pleno derecho de la OAPI: Benin, Burkina Faso, Camerún, República Centroafricana, Unión de las Comoras, Congo, Costa de Marfil, Gabón, Guinea, Guinea Bissau, Guinea Ecuatorial, Mali, Mauritania, Níger, Senegal, Chad y Togo. La lista se puede consultar actualizada en <<http://www.oapi.int>>. De entre todos estos países, según se indica en el apéndice "E" del Informe de la U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Resale royalties: an updated analysis, cit.*, 2013, tan sólo la República Centroafricana, Gabón, Guinea, Guinea Ecuatorial, Mauritania y Níger no han legislado formalmente el *droit de suite* internamente. Sin embargo, curiosamente, si atendemos a la lista elaborada por la sociedad de gestión francesa ADAGP, indicativa de los países donde los autores pueden beneficiarse del derecho, tan sólo seis países de la OAPI reconocen en la práctica y específicamente el *droit de suite*: Burkina Faso, Congo, Costa de Marfil, Gabón, Guinea y Mali. *Vid. Liste indicative des pays dont les ressortissants bénéficient du droit de suite* en la página web de ADAGP. Disponible en: <<http://www.adagp.fr/droit-auteur/droits-patrimoniaux/droit-de-suite/liste-pays-droit-de-suite>> (última visita: 27 de diciembre de 2015).

⁴¹⁶ *Vid.* DAVISON, Mark J.; MONOTTI, Ann L.; WISEMA, Leanne. *Australian Intellectual Property Law*, 2ª ed. Nueva York: Cambridge University Press, 2011, pp. 16 ss. Pese a la gran influencia británica y norteamericana, resulta interesante ver las especificidades del *copyright* australiano.

⁴¹⁷ Por citar un dato, el 5% de los establecimientos comerciales o profesionales mundiales dedicados al sector del arte son de nacionalidad australiana o neozelandesa —prácticamente, al mismo nivel que Alemania—, lo que supone un hito teniendo en cuenta que Australia cuenta con poco más de 23 millones de habitantes (*vid.* MCANDREW, Clare. *TEFAF Art Market Report 2015, cit.*, p.147).

sin embargo, cuenta, en nuestra opinión, con la mejor regulación del mismo existente en derecho comparado: la *Resale Royalty Right for Visual Artists Act* de 2009⁴¹⁸. Ciertamente, se trata de una ley reciente, de la que no se puede predicar una gran innovación – porque ha adoptado aspectos de otros modelos, muy especialmente de la Directiva 2001/84/CE– pero su excelente técnica legislativa y sus profusas explicaciones jurídicas la convierten en una clara referencia interpretativa.

De todos modos, llama la atención la dilación en la aprobación parlamentaria de dicha Ley, máxime cuando desde 1989 se contaba con una propuesta de legislación del derecho –informe favorable incluido– del *Australian Copyright Council*⁴¹⁹. Durante las dos décadas siguientes a dicha propuesta, se repitió el esquema de discusión acerca de la idoneidad de su implementación experimentado en otros lugares, con galeristas y casas de subastas en contra, alertando sobre los peligros de deslocalización que podía suponer su introducción en el mercado interno, y con las asociaciones de artistas australianos a favor de su aprobación, alegando que el derecho de reproducción resultaba insuficiente para explotar sus obras originales⁴²⁰.

Paralelamente, el gobierno australiano mostró una actitud errática en el largo proceso de aprobación de la Ley. Si bien, normalmente, realizó acciones con cierta inclinación a amparar el *droit de suite*, como el encargo de un estudio independiente a Rupert MYER, cuyas conclusiones aconsejaron la introducción del derecho en Australia⁴²¹, o la elaboración de documentos internos con propuestas propias acerca de su regulación, extrañamente no apoyó en primera instancia su legislación en 2006⁴²². En cambio, tres años más tarde, modificó su criterio y acabó adoptando la mencionada *Resale Royalty Right for Visual Artists Act* de 2009 (*Resale Act*), que entró en vigor el 9 de junio de 2010.

En cuanto a las características de la Ley, cabe señalar que estamos ante un texto legislativo de hasta treinta y nueve páginas, dotado de explicaciones acerca de los conceptos incluidos en su contenido y con una estructura parecida a la diseñada en la Direc-

⁴¹⁸ Australia: *Resale Royalty Right for Visual Artists Act* de 2009, n. 125, 2009.

⁴¹⁹ Vid. AUSTRALIAN COPYRIGHT COUNCIL. *Droit de Suite. The Art Resale Royalty and Its Implications for Australia*. Sidney: Australia Council and the Department of the Arts, Sport, the Environment, Tourism and Territories, 1989.

⁴²⁰ VAN CAENEGEM destaca que, en Australia, el derecho tiene una especial trascendencia para los artistas aborígenes, cuyos trabajos frecuentemente eran adquiridos a precios irrisorios, con el objeto de luego ser revendidos por grandes sumas por parte de especuladores (VAN CAENEGEM, William. *Intellectual Property Law in Australia*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010, p. 47). Asimismo, vid. DAVISON, Mark J. *et al.*, *op. cit.*, p. 339.

⁴²¹ Vid. MYER, Rupert. *Report of the Contemporary Visual Arts and Crafts Inquiry*, 2002 [en línea]. Disponible en: <http://arts.gov.au/sites/default/files/pdfs/Report_of_the_Contemporary_Visual_Arts_and_Craft_Inquiry.pdf> (última visita: 30 de diciembre de 2015).

⁴²² DAVISON (*op. cit.*, p. 339) expone que, en 2006, se introdujo en el Parlamento Federal Australiano un Proyecto de Ley de *Resale Act* a partir de una iniciativa privada. El Gobierno no lo apoyó al considerar que el derecho no beneficiaría a la mayoría de artistas australianos.

tiva 2001/84/CE de la Unión Europea. Asimismo, para ofrecer una mayor seguridad jurídica al sector, el legislador australiano, a diferencia del europeo, se decantó por aplicar la irretroactividad del derecho a aquellas reventas cuya primera cesión hubiera tenido lugar antes de la entrada en vigor de la Ley⁴²³.

El *resale royalty right*, en Australia, se configura como un derecho irrenunciable e intransmisible, consistente en la participación por parte de los artistas plásticos con residencia en dicho país en un 5% del precio de reventa⁴²⁴ de sus obras originales⁴²⁵ – aunque se estableció un umbral mínimo de aplicación a dichas reventas para precios superiores a 1.000 A\$–. Asimismo, el derecho precisa de gestión colectiva obligatoria, aspecto que refuerza el carácter práctico de la norma, y tiene una duración equivalente a la vida del autor más 70 años tras su fallecimiento.

Finalmente, uno de los aspectos más destacables de la *Resale Act* de 2009 es su amplio rango de supuestos incluidos en el concepto de *venta comercial*, esto es, aquella reventa a la que se aplica este derecho, en oposición a la venta privada, excluida del ámbito de la Ley. Esta venta comercial engloba tanto las subastas públicas, como las transmisiones realizadas en galerías de arte u otros establecimientos asimilables – también *online*– y, en definitiva, cualquier transacción en la que haya intermediado un profesional del mercado del arte⁴²⁶.

⁴²³ Cfr. Australia *Resale Act* 2009 §11.

⁴²⁴ A diferencia de otras regulaciones, la *Resale Act* 2009 §10 (2) especifica que el porcentaje de participación del 5% se aplica sobre el precio de venta incluyendo el impuesto indirecto GST (*goods and services tax*), mas detrayendo cualquier prima del comprador y otras tasas o impuestos pagaderos con la venta.

⁴²⁵ *Ibidem* §9 excluye expresamente del concepto de obra plástica las obras de arquitectura y los manuscritos de obras literarias o musicales.

⁴²⁶ *Ibidem* §8 (2), precisa que la «*commercial resale*» incluye la reventa realizada con la intervención de un profesional del mercado del arte. En la §8 (3) se enumeran, asimismo, como comprendidas en la aplicación de la Ley las operaciones comerciales realizadas mediante «*pública subasta, galería de arte, operador de museo, marchante u otras personas vinculadas con negocios de intermediación de venta de arte*». Ésta ya fue una cuestión debatida en la cámara baja australiana durante el proceso de realización de enmiendas al Proyecto de Ley de 2008 de la *Resale Act*. Ante las recomendaciones de los representantes de dicha cámara, el Gobierno se comprometió a interpretar del modo más amplio posible tanto el término comercial –con el objetivo de incluir las ventas llevadas a cabo mediante Internet–, como la definición de profesional que interviene en dichas transacciones –capturando operadores comerciales cuya actividad principal no sea comerciar con obras de arte pero que regularmente pueden participar en las transacciones–. Es innegable que se trata de un aspecto que preocupa a las instituciones públicas australianas, puesto que en el Informe de revisión de la aplicación de la Ley elaborado por el gobierno australiano en 2013, se insistía en que el ámbito de la Ley alcanzaba las ventas comerciales llevadas a cabo mediante «*galerías comerciales, galerías no comerciales, centros de arte indígena, espacios artísticos itinerantes y por Internet*» (cfr. AUSTRALIAN OFFICE FOR ARTS. *Review of the Resale Royalty Scheme Discussion Paper and Terms of Reference*, junio de 2013. Sidney: Australian Government, 2013, p. 6).

b) Estado de California y otras experiencias menores (Estados Unidos)

En la materia que nos ocupa, el Estado de California es una verdadera excepción dentro de los Estados Unidos, puesto que es el único de sus Estados federados que sí dispone de una regulación específica y efectiva del *droit de suite*, vigente desde el 1 de enero de 1977. En la §986 del Código Civil de California se regula este derecho de participación en favor de artistas plásticos estadounidenses o residentes en dicho Estado, sección conocida como *California Resale Royalties Act* (CRRA) de 1976⁴²⁷.

A pesar de ello, la legislación californiana no ha podido vivir ajena a la disputa acerca de la pertinencia de una regulación federal del *droit de suite* en los Estados Unidos, así que continuamente ha estado en el punto de mira de los grupos de presión contrarios al derecho⁴²⁸. A finales de 2011, varios artistas estadounidenses, incluyendo a Chuck Close y Laddie John Hill, además de derechohabientes de Robert Graham y la Fundación de Sam Francis, demandaron a *Sotheby's*, *Christie's* y *Ebay* por adeudarles numerosos créditos de participación generados por las reventas de sus obras por parte de transmitentes residentes en California. La peculiaridad de tales créditos es que derivaban de transacciones que se habían llevado a cabo fuera de este Estado⁴²⁹. La acción judicial fue desestimada por la Corte Federal de California, que declaró, además, la inconstitucionalidad de la CRRA, por vulnerar ésta la *Commerce Clause*⁴³⁰, al considerar que un Estado no puede regular el comercio más allá de su territorio, mientras el *resale right* se venía aplicando cuando la operación de transmisión se sucedía también en cualquier otro Estado, siempre y cuando el vendedor de la obra de arte fuera residente en California⁴³¹.

⁴²⁷ El 22 de septiembre de 1976, el Gobernador de California firmó el Proyecto de Ley *Resale Royalties*, convirtiéndolo en Ley y siendo la primera legislación del *droit de suite* en los Estados Unidos. *Vid.* VICKERS, Carole M. «The Applicability of the Droit de Suite...», *cit.*, p. 444.

⁴²⁸ La regulación del *droit de suite* en California ha sido ampliamente discutida y judicializada –por ejemplo, *vid.* *Morseburg v Baylon* 621 F, 2d 972, 9th circuit 1980 o, más recientemente, la sentencia de la *U.S. Court of Appeals*, de 5 de mayo de 2015, que ha derivado en la anulación parcial de su contenido, *Estate of Graham v. Sotheby's Inc; Sam Francis Foundations v. Christie's, INC et al.*, 860 F. Supp. 2d 1117, 9th circuit 2015.

⁴²⁹ *Vid.* PETTY, M. Elizabeth. «Rauschenberg, Royalties, and Artists' Rights: Potential Droit de Suite Legislation in the United States». *William & Mary Bill of Rights Journal*, nº 977. Williamsburg: Washington and Lee's Law Library, 2014, p. 993. Disponible en: <<http://scholarship.law.wm.edu/wmbrj/vol22/iss3/8>> (última visita: 31 de diciembre de 2015).

⁴³⁰ U.S. CONSTITUTION. Art. I, § 8, 3 regula la llamada «*Commerce Clause*», por la cual el Estado Federal tiene la capacidad en exclusiva de legislar el comercio interestatal, sin que ningún Estado federado pueda actuar de modo contrario a este principio.

⁴³¹ *Vid.* CRRA §986 (a). Efectivamente, la aplicación del *resale right* regulado en la CRRA no sólo afecta a las ventas que se produzcan en California, sino a todas aquellas en que el revendedor sea una persona residente en ese Estado. TURNER concreta que la Juez encargada del asunto judicial en la corte federal declaró que la CRRA violaba la *Commerce Clause* porque «*explícitamente regula ventas de arte que ocurren totalmente fuera de California*». En opinión de esta autora, si la apelación hubiera ratificado totalmente esta sentencia, la Ley federal de *resa-*

Recientemente, a pesar del desacuerdo público mostrado por asociaciones de artistas californianos⁴³², la *U.S. Court of Appeals for the 9th Circuit* de los Estados Unidos, menos severa que la instancia anterior, ha declarado la inconstitucionalidad del ámbito de aplicación territorial de la CRRA del modo en que se regulaba en la primera parte de la CRRA § 986 (a), con el objeto de que su aplicación se restrinja a las transmisiones que tengan lugar exclusivamente en el Estado de California⁴³³.

Analizando el contenido vigente de la CRRA, se advierte que cuenta con muchos rasgos compartidos con las principales legislaciones europeas del derecho. En primer lugar, porque seguramente aprovechó el derecho comparado para incorporar al propio alguno de sus fundamentos jurídicos más asentados, como *i)* su irrenunciabilidad y transmisión únicamente *mortis causa*⁴³⁴, *ii)* que el porcentaje de participación, de un 5%, se aplique directamente sobre el precio de venta⁴³⁵, *iii)* que exista un umbral mínimo a partir del cual se genere el crédito de participación, en este caso de 1.000 \$, o *iv)* la existencia de una entidad colectiva (*California Arts Council*) que recauda el porcentaje, actúa como intermediaria con el artista y, en última instancia, pueda ser beneficiaria del derecho tras ser depositaria de las cantidades que hayan sido imposibles de asignar, por falta de localización del interesado.

Sin embargo, también es de justicia reconocer que la normativa californiana sirvió de modelo en algún precepto a la Directiva 2001/84/CE, como ocurre con las llamadas *ventas promocionales*, que se trata de una excepción en el ámbito de aplicación de la norma para los supuestos de transmisiones que provienen de primeras ventas realizadas por el autor al marchante –o las reventas entre marchantes– durante los primeros diez años, a contar desde la enajenación en el mercado primario.

Igualmente, deben destacarse características genuinamente propias de la CRRA, como el establecimiento de una presunción *iuris tantum* en favor del vendedor, que le permite evitar el pago del crédito de participación cuando indique que el precio de re-

le right sería la única opción de regular este derecho en Estados Unidos (TURNER, Stephanie B. «The Artist's Resale Royalty Right: Overcoming the Information Problem». En: *UCLA Entertainment Law Review*. Vol. 19:2. Los Angeles: UCLA School of Law, 2012, p. 340).

⁴³² *Vid.* la página web de la California Arts Council: <<http://www.cac.ca.gov/resources/rra.php>>.

⁴³³ Para más información acerca del asunto judicial *Estate of Graham v. Sotheby's Inc; Sam Francis Foundations v. Christie's, INC et al.*, *vid.* *Art National Review*, 18 de junio 2015. Disponible en: <<http://www.natlawreview.com/article/california-cannot-require-resale-royalty-out-state-art-sales-most-important-issues-r>> (última visita 31 de diciembre de 2015).

⁴³⁴ Cfr. CRRA §986 (a) (7): «*tras la muerte del artista, los derechos de esta sección se asignarán a sus herederos, legatarios o persona representante, hasta que se cumplan 20 años de la muerte del artista. La disposición de este párrafo será aplicable sólo respecto a los artistas quienes hubieran fallecido después del 1 de enero de 1983*».

⁴³⁵ Cfr. *ibidem* §986 (a), donde se especifica que la participación del 5% puede ser negociada entre autor y revendedor, pero sólo al alza y por escrito –en el contrato de compraventa inicial o en documento posterior–.

venta ha sido inferior al precio por el que adquirió la obra⁴³⁶; o la finalmente declarada inconstitucional aplicación del *resale right* a todas las reventas realizadas en los Estados Unidos, mas fuera del Estado de California, en que el vendedor sea una persona residente en California.

En otro orden de cosas, a pesar de que la aplicación efectiva del *resale royalty right* sólo puede inferirse de la CRRRA, otros Estados del país norteamericano han aprobado recientemente medidas en la misma dirección. La más destacable, sin duda, es la legislación del derecho en Puerto Rico⁴³⁷, si bien su eficacia es realmente limitada, tanto por el escaso mercado secundario existente en dicho Estado asociado como por la inexplicable configuración legal del porcentaje de participación sobre la plusvalía en lugar de sobre precio, lo que dificulta enormemente su gestión y recaudación⁴³⁸.

Asimismo, los Estados de Georgia y Dakota del Sur aprobaron normativas parcialmente asimilables al *droit de suite*, mas sin gran interés casuístico, al ser sólo aplicables a obras de arte propiedad de entidades públicas, especialmente cuando aquéllas se encuentran en un edificio de titularidad pública y son revendidas por éstas a un tercero distinto del comprador del inmueble⁴³⁹.

4.3. PANORÁMICA GENERAL DE PAÍSES CON *DROIT DE SUITE*

En las dos últimas décadas hemos asistido a un proceso acelerado de reconocimientos nacionales del *droit de suite*⁴⁴⁰, lo que nos ha llevado a que se encuentre regulado, a día de hoy, en más de 80 países⁴⁴¹. A pesar de ello, seguramente resultaría desalen-

⁴³⁶ *Vid. Ibidem* §986 (b) (4): el derecho no se aplicará «cuando la reventa de la obra de arte se haga por un precio bruto de venta menor que el precio de adquisición pagado por el vendedor».

⁴³⁷ Cabe destacar que Puerto Rico es un territorio no incorporado a los Estados Unidos, aunque jurídicamente se halla bajo su tutela bajo la forma de Estado libre asociado.

⁴³⁸ Cfr. PUERTO RICO LAWS ANN, 31 §1401 (h): «cualquier persona que cree una obra de arte tiene reconocido recibir 5% del incremento del valor de dicha obra en el momento en que es revendida. Dicha suma será deducida de las ganancias del vendedor y su agente será responsable solidario de dicha cantidad. En estos casos los que el paradero del autor no sea conocido, la cantidad será depositada a su nombre en la Copyright Register».

⁴³⁹ GEORGIA CODE ANN, §8-5-7, reconoce «el derecho del autor plástico a recibir el específico porcentaje de las transmisiones, si su obra de arte es subsiguientemente vendida por el Estado de Georgia a tercero diferente a la parte adquirente del edificio en el cual la obra se localiza». En SOUTH DAKOTA CODIFIED LAWS § 1-22-16 (5), (6), se encuentra una regulación prácticamente transcrita de modo literal respecto a la georgiana.

⁴⁴⁰ Cfr. los dos Informes de la U.S. COPYRIGHT OFFICE de 1992 y 2013. En el primero se recogían 36 legislaciones nacionales que incorporaban el derecho, mientras en el segundo la cifra había crecido a más del doble.

⁴⁴¹ La relación de países que presentamos a continuación se ha obtenido a partir de fuentes legales de acceso público, principalmente a través de múltiples consultas individuales en *Wipo Lex*, el servicio de búsqueda de leyes nacionales de la OMPI. De todos modos, ha sido

tador comprobar en cuántos de ellos el derecho despliega verdaderamente su eficacia, si partimos de la premisa de que ésta tan sólo puede ser entendida cuando el cobro por parte del autor de los créditos de participación generados con cada reventa es efectivo⁴⁴².

Asimismo, aunque no en todos los países este derecho es de gestión colectiva obligatoria, sin la colaboración internacional entre las diferentes entidades que gestionan los derechos de los artistas plásticos, amparadas bajo el funcionamiento de la CISAC, sería imposible que un autor cobrara sus percepciones producidas en un país tercero, por la gran dificultad de acceder a la información de las transacciones⁴⁴³. No obstante, incluso parece complicado para las propias entidades de gestión conocer con certeza en qué partes del mundo se aplica el *droit de suite*⁴⁴⁴, así que no podrán proporcionar a sus artistas asociados la documentación de *todas* las transacciones de sus obras en otros países y, todavía menos, garantizar el cobro del derecho en muchos casos.

realmente difícil encontrar entre documentos gubernamentales o doctrinales un listado fiable y actualizado de los países que aplican el *droit de suite*. Si acaso, el mejor trabajo en este sentido, usado aquí como punto de partida, se encuentra en el informe de la U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Resale royalties: an updated analysis*, 2013, *cit.*, en cuyo apéndice E, titulado «*Selección de países con leyes que contienen disposiciones en resale right*», se presenta un cuadro relacionando el país y la normativa de referencia; aunque en el mismo se aprecian ausencias notables, como es el caso de Marruecos, Ucrania, Bielorrusia, Mongolia o Ruanda, donde sus leyes sí recogen el *droit de suite*, cuando menos, formalmente.

⁴⁴² CASAS VALLÉS («El derecho de participación...»), *cit.*, p. 77) denuncia esta situación: «en muchos de los países que lo han reconocido –no pocos pertenecientes al área de influencia colonial francesa– el derecho carece por completo de aplicación, ya sea por una configuración legal deficiente, por la ausencia de un mercado artístico –en el sentido occidental del término– de una mínima importancia o, en fin, por no contar con una infraestructura capaz de recaudar regularmente la participación de los artistas».

⁴⁴³ PFENNIG expone que no es descabellado que un artista o su heredero recaben información, personalmente, acerca de las reventas de sus obras «por ejemplo consultando por sí mismo las listas de ventas de las casas de subastas». Pero se hace difícil imaginar este modo de actuación en casos en que el derecho «ha de hacerse valer más allá de las fronteras nacionales». En ese caso, considera que «sólo la red contractual de representación mutua de los organismos de recaudación, tal como existe dentro de la CISAC, permite a un artista de un Estado, en un continente, recabar información sobre la venta de sus obras en otro Estado, en otro continente. Sin ayuda de un organismo de recaudación no podrá controlar ni hacer valer sus reivindicaciones fuera de su país de origen» (PFENNIG, Gerhard. «Aspectos prácticos de la aplicación del *droit de suite*, en particular en el ámbito digital, y sus incidencias en la evolución del mercado del arte en el plano internacional y en la mejora de la protección de los artistas plásticos». En: *La propiedad intelectual como derecho humano. Boletín de derecho de autor*. Vol. XXXV, nº 3, julio-septiembre 2001. París: Ediciones UNESCO, 2001, p. 44).

⁴⁴⁴ Mucho más complejo que elaborar una lista de los países que regulan el *droit de suite* es conocer en qué países éste se reconoce de manera efectiva, tanto para los autores nacionales como para aquéllos de terceros países. Por ejemplo, dos de las principales entidades de gestión de derechos de autor en Europa, la francesa ADAGP y la noruega BONO, ofrecen listados a sus asociados, informándoles, de manera indicativa, de los países donde verán reconocidos su derecho de participar en el precio de reventa de sus obras. En el caso de ADAGP, disponible en: <<http://www.adagp.fr/fr/liste-indicative-des-pays-dont-les-ressortissants-beneficient-du-droit-de-suite>>. Por otra parte, en el caso de BONO, se halla disponible en: <[http://www.kunstavgiften.no/pdf/land_med_folgerett .pdf](http://www.kunstavgiften.no/pdf/land_med_folgerett.pdf)> (últimas visitas: 16 de enero de 2015).

Repasando los países que contienen disposiciones relativas al *droit de suite* en sus legislaciones nacionales de propiedad intelectual, Europa debe ser destacada como la región donde se concentra un mayor número de éstos, tanto en términos absolutos como relativos. Por supuesto, los veintiocho Estados miembros de la Unión Europea⁴⁴⁵ más los tres pertenecientes al Espacio Económico Europeo⁴⁴⁶ –Islandia, Liechtenstein y Noruega⁴⁴⁷– han transpuesto la Directiva 2001/84/CE a sus ordenamientos nacionales; pero además, el derecho también es reconocido en Albania, Armenia, Bielorrusia, Bosnia-Herzegovina, Ciudad del Vaticano, Georgia, Rusia⁴⁴⁸, Serbia, Macedonia, Mónaco, Montenegro, Turquía y Ucrania.

La situación en el continente americano, en cambio, no es tan homogénea y se encuentra totalmente polarizada. El derecho ha calado en Latinoamérica, mientras que absolutamente ninguno de los países anglófonos ha considerado oportuna su regulación –excepción hecha de los casos de California y Puerto Rico, dentro de los Estados Unidos–. Así, además de los Estados miembros de la Comunidad Andina –Colombia tiene pendiente su aprobación–, los siguientes países americanos cuentan con el *droit de suite* en sus legislaciones⁴⁴⁹: Brasil, Chile, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

En África muchos países han legislado formalmente el derecho, pese a que el volumen de transacciones en el mercado artístico es realmente bajo⁴⁵⁰, lo que nos induce

⁴⁴⁵ Entre los veintiocho, se incluye Croacia, que ingresó en la Unión Europea en 2013 con la normativa relativa al *droit de suite* ya asimilada desde el año 2011.

⁴⁴⁶ Islandia, Liechtenstein y Noruega tuvieron que acogerse también a la Directiva 2001/84/CE en virtud del Anexo 17 del Acuerdo del EEE, donde se establece que las Directivas adoptadas por la Unión Europea en materia de derechos de autor y derechos conexos son vinculantes también para los miembros del EEE no comunitarios.

⁴⁴⁷ Noruega había legislado en 1948 un derecho parecido al *droit de suite* –considerado un antecedente de éste– pero de otra naturaleza (tributaria), que estuvo vigente hasta la inclusión del *droit de suite* a la Ley de Propiedad Intelectual.

⁴⁴⁸ La implementación del *droit de suite* en Rusia fue importante no sólo por su condición de potencia mundial, sino por la influencia que puede ejercer en el resto de países de su órbita política. SUNDARA RAJAN expone que, en el año 2008, se introdujeron en el Código Civil de la Federación Rusa numerosas disposiciones relativas a derechos de autor. Entre éstas, se incluyó el artículo 1.293, que regula el *droit de suite* como un derecho inalienable –sólo transmisible *mortis causa* a los herederos legales del titular– y con una duración *post mortem* de 70 años tras el fallecimiento del autor (SUNDARA RAJAN, Mira T. *Moral Rights: Principles, Practice and New Technology*. Nueva York: Oxford University Press, 2011, p. 216).

⁴⁴⁹ Llama la atención la ausencia de regulación del derecho en Argentina, un país normalmente influenciado jurídicamente por Italia o España. De todos modos, la sociedad de gestión de derechos de autor argentina SAVA no cesa en su empeño de conseguir su regulación en el país sudamericano (*vid.* <http://www.sava.org.ar/plain_content.php?content_id=39>).

⁴⁵⁰ Si tomamos como referencia el estudio *TEFAF 2015* (MCANDREW, Clare. *TEFAF Art Market Report 2015*. Maastrich: The European Fine Art Foundation, 2015), podemos confirmar que ningún país africano aparece entre las clasificaciones que valoran los principales indicadores del mercado del arte mundial.

a pensar que la aplicación del *droit de suite* en territorio africano debe ser anecdótica. En cualquier caso, entre los países de dicho continente cuyos ordenamientos nacionales recogen este derecho se hallan Argelia, Benin, Burkina Faso, Camerún, Chad, Comoras, Congo, Costa de Marfil, Djibouti, Gabón, Guinea, Guinea-Bissau, Madagascar, Mali, Marruecos, Mauricio, Nigeria, Ruanda, Senegal, Togo y Túnez.

En la situación opuesta se encuentra Asia. El crecimiento del mercado asiático del arte ha sido espectacular en la última década⁴⁵¹, en gran parte, gracias a la explosión de la economía china. Pero China no es el único país relevante en lo que se refiere a mercado de arte en Asia, como lo demuestra el hecho de que Japón, Singapur o Emiratos Árabes Unidos destaquen entre los países donde se realizan subastas de arte por mayores importes⁴⁵². Así las cosas, el mercado asiático ostenta actualmente más del 23% de la cuota mundial total de transacciones artísticas⁴⁵³. En dicho contexto, el *droit de suite* tan sólo ha sido recogido en países como Azerbaiyán, India, Irak, Kazajistán, Kirguistán, Mongolia, Filipinas y Uzbekistán⁴⁵⁴.

Finalmente, según se ha visto con anterioridad, Australia ha sido el único Estado que ha introducido este derecho en Oceanía. Sin embargo, parece que el éxito de la iniciativa australiana sí ha servido de acicate para que en Nueva Zelanda se esté debatiendo una legislación, actualmente en ciernes, del *resale royalty*⁴⁵⁵.

⁴⁵¹ En el año 2006, China representaba menos del 5% de las ventas mundiales de arte, calculadas por valor de transacción. En 2011, este porcentaje llegó hasta el 30%, arrebatándole el primer puesto mundial –en cuanto a precio total de transacciones artísticas se refiere– a los Estados Unidos. Actualmente, se halla en tercera posición en esta carrera, por detrás de los Estados Unidos y del Reino Unido, con un todavía espectacular 22% (cfr. *ibidem*, p.24).

⁴⁵² Cfr. *ibidem*, p. 33.

⁴⁵³ Los países asiáticos detentan más del 23% del mercado mundial del arte, si su incidencia se calcula en base al valor económico de las transacciones, y más de un 22% si se hace en función del volumen de ventas realizadas (cfr. *ibidem*, pp. 25 y 28).

⁴⁵⁴ Para conocer las características del *droit de suite* en Filipinas, Mongolia e India, así como otros derechos de gestión colectiva en dichos países, *vid.* GERVAIS, Daniel. *Collective Management of Copyright and Related Rights*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010, pp. 425, 454 y 460.

⁴⁵⁵ El Ministerio de Cultura y Patrimonio neozelandés elaboró en el año 2007 un informe en el que se valoraban las ventajas e inconvenientes de su aprobación, además de proponer un borrador para su legislación (*vid.* NEW ZEALAND MINISTRY OF CULTURE. *A Resale Royalty Right for Visual Artists. Options for its possible application to New Zealand*, 2007. Disponible en: <<http://www.mch.govt.nz/research-publications/our-research-reports/resale-royalty-right-visual-artists-discussion-paper-apri>> [última visita: 31 de diciembre de 2015]). Según la organización DEPOT ARTSPACE, a pesar de que el 65% de los agentes implicados consultados se postuló a favor de los términos del borrador gubernamental, finalmente el proyecto languideció por causas que tienen difícil explicación. En cualquier caso, la campaña en pos de su reconocimiento se ha reactivado con fuerza en los últimos tiempos (*vid.* DEPOT ARTSPACE. *Artists Resale Royalties Aotearoa*. Auckland: Depot Artspace, 2014, p. 5).

4.4. PRINCIPALES PAÍSES QUE NO HAN REGULADO EL DERECHO

A pesar de que la tendencia observada, en general, es la de reconocer el *droit de suite*, algunos países no han considerado oportuna su legislación, por muy diferentes motivos, que deberían ser analizados en cada supuesto. De todos modos, entre los países con un mercado artístico desarrollado destacan especialmente cuatro casos que se encuentran en esta situación: Estados Unidos, país que parece vivir sumido en una disputa interminable e igualada entre quienes abogan por su aprobación y los que la rehúsan – aunque se debe reconocer que es el único lugar donde el debate se lleva a cabo de una manera altamente cualificada, con valoraciones independientes de los factores económicos, jurídicos y sociales, así como con la participación activa de todos los sectores implicados–; por otro lado, China y Canadá, que, según se podrá observar, se encuentran en fase crucial para la aprobación del *droit de suite* en sus legislaciones internas de derechos de autor; y, para terminar, Suiza, que, lejos de dejarse influenciar por los países de su esfera económica –especialmente, Francia y Alemania–, tiene más o menos clara, por el momento, la improcedencia de recoger este derecho internamente.

a) Estados Unidos: ámbito federal

Estados Unidos es el principal mercado del arte a nivel mundial⁴⁵⁶, así que no es de extrañar que los partidarios del *resale royalty right* hayan volcado sus esfuerzos en lograr su implementación en el país norteamericano.

A nivel federal, las demandas han sido exiguas pero constantes, donde destacan algunos esfuerzos individuales realizados por determinados artistas y juristas⁴⁵⁷. Entre

⁴⁵⁶ Estados Unidos perdió su hegemonía en 2011, cuando China se erigió en el principal mercado artístico mundial. Sin embargo, el país norteamericano ha recuperado su posición. Según datos de 2014, Estados Unidos aglutina, por valor, el 39% de las ventas mundiales de arte, mientras China detenta el 22%. Si nos atenemos exclusivamente al volumen de las ventas de obras de artes plásticas, Estados Unidos y China cuentan, respectivamente, con el 20% y el 19% de las mismas a nivel mundial (cfr. MCANDREW, Clare. *TEFAF Art Market Report 2015*, cit., pp. 25 y 28).

⁴⁵⁷ Para este tema, vid. U.S. COPYRIGHT OFFICE, Informe *Droit de Suite...*, 1992, pp. 61 ss. Grant Wood, ya en los años cuarenta, fue el primer gran artista en reclamar el derecho, después de que su obra «*Daughters of Revolution*» cuadruplicara su valor inicial en un corto período de tiempo. Sin embargo, el caso que dio popularidad a la cuestión, que evoca a aquello que sucedía en Francia a finales del siglo XIX, fue la disputa entre el pintor Robert Rauschenberg y la coleccionista Ethel Scull –historia llevada incluso al cine–. La obra «*Thaw*», adquirida por Scull por apenas 1.000 \$, fue revendida por ésta, pocos años después, en subasta pública, por 85.000 \$. Al enterarse de ello, Rauschenberg montó en cólera, declarando a los medios de comunicación que iba a asegurarse de participar de las futuras plusvalías de sus cuadros. Por otra parte, el reconocimiento del derecho también contaba con valedores en el ámbito académico y legal. Así, en 1962 y 1966, sendos artículos de juristas reconocidas como Rita E. Hauser y Diane B. Schulder ya recomendaban la inclusión del *droit de suite* en el ordenamiento jurídico estadounidense.

éstos, la iniciativa que tuvo una mayor repercusión fue la conocida como *Projanski Agreement*. En 1971, el abogado Robert Projanski y el marchante Set Siegelauub desarrollaron y publicaron un modelo de contrato, en el que se establecía que el artista que vendiera una obra de arte recibiría un 15% del valor de venta cada vez que ésta fuera nuevamente transmitida⁴⁵⁸. Para que el mecanismo contractual funcionara correctamente, entre las obligaciones del adquirente se recogía, en caso de transmisión, su compromiso de incluir en el nuevo contrato de compraventa dicha vinculación con relación al nuevo comprador⁴⁵⁹. Aunque con los años se ha ido perdiendo el uso de dicho modelo contractual, ciertamente, nada impide a un artista negociar en el acuerdo de compraventa de su obra la reserva de un interés económico futuro en el mercado secundario, por ejemplo, a cambio de fijar un precio menor en esa primera transmisión.

Más recientemente, determinados grupos de presión se han constituido como un potente *lobby* con capacidad de influir en las posiciones de los congresistas respecto a una mejor consideración de este derecho⁴⁶⁰. En cualquier caso, desde los años setenta, aisladas proposiciones legislativas⁴⁶¹ han sido introducidas por senadores y representantes de la cámara baja para ser debatidas en el Congreso de los Estados Unidos, con el objetivo de introducir el *droit de suite*⁴⁶² dentro de la *Copyright Law* del *U.S. Code*⁴⁶³.

El principal logro en este sentido fue la aprobación, en 1990, de la *Visual Artists Rights Act* (VARA), donde, además de reconocer ciertos derechos morales a los artistas

⁴⁵⁸ *Vid. ibidem*, p. 62 y 63.

⁴⁵⁹ *Vid. VICKERS, Carole M., op. cit.*, p. 448.

⁴⁶⁰ TURNER (*op. cit.*, p. 342) pone como ejemplos de esta presión ciertas publicaciones en *The Art Newspaper* ilustrando la posición de la *Artists' Rights Society*, una agencia de gestión de licencias de copyright, que defiende la posibilidad de que el *resale royalty* devenga ley federal; o cómo en 2011 la *Visual Artists and Galleries Association* se manifestó públicamente a favor del reconocimiento del derecho, incorporándose sin reservas al mencionado *lobby*.

⁴⁶¹ Merece la pena mencionar el funcionamiento del procedimiento legislativo en los Estados Unidos. El principal modo de aprobar leyes en dicho país (si bien no el único) es mediante la presentación y desarrollo de proyectos de ley, llamadas *Bills*. Éstas pueden ser impulsadas por integrantes de las dos cámaras del *U.S. Congress*: el Senado y la *House of Representatives*. Sin embargo, sólo cuando alcanzan los apoyos necesarios y se presentan en texto conjunto por el Senado y la *House*, son enviadas al Presidente del Gobierno para su firma, momento en que las *Bills* devienen Leyes a todos los efectos. Para más información, *vid.* <https://www.senate.gov>.

⁴⁶² *Vid. U.S. COPYRIGHT OFFICE Informe Droit de Suite..., cit.*, 1992, pp. 87 ss. El Proyecto de Ley de Henry Waxman, en 1977, o el de Edward Kennedy, en 1987, antecedentes de la *Visual Artists Rights Act* de 1990, incluían un derecho en favor de los artistas plásticos, consistente en la participación de éstos sobre el precio de las sucesivas reventas de sus obras.

⁴⁶³ El *Code of Laws of The United States of America* (U.S. Code o USC) es la compilación oficial de las leyes generales y permanentes de ámbito federal. En su título 17º se halla la normativa relativa a los derechos de propiedad intelectual, por lo que las nuevas leyes que se van aprobando en el Congreso sobre esta materia se insertan en dicho título, conformando lo que se conoce como *Copyright Law* en ese país.

plásticos, como el derecho de paternidad o el de integridad⁴⁶⁴, se fijó la obligación de requerir a la *U.S. Copyright Office* la realización de un estudio para analizar la viabilidad de implementar en el país una futura legislación del *resale royalty right*⁴⁶⁵.

Apenas dos años después, fruto de aquel mandato, la *Copyright Office*, presentaba el informe anteriormente mencionado, a cargo de la *Register of Copyrights*, titulado *Droit de Suite: The Artist's Resale Royalty*. Sus conclusiones fueron desalentadoras para los partidarios del reconocimiento del derecho en los Estados Unidos⁴⁶⁶, al resolver que, amén de intuir que podía perjudicar su mercado interno, no se apreciaba «una suficiente justificación económica y política en materia de derechos de autor para establecer el *droit de suite* en los Estados Unidos». Adicionalmente, otro de los argumentos empleados en este informe para desaconsejar su regulación fue que un supuesto *resale royalty* entraría en conflicto con uno de los principios cimentadores de la normativa de *copyright* americana, la llamada *First Sale Doctrine* (Doctrina de la Primera Venta): «la noción de incorporar un gravamen a un objeto que ha sido libremente adquirido es antitético a la tradición de libre enajenación de la propiedad».

Piénsese que la Ley federal de *copyright* no garantiza derechos de control de los subsiguientes usos de los ejemplares de las obras a sus creadores. Al contrario, la *First Sale Doctrine* permite que el propietario de una copia particular realizada legalmente pueda vender o transmitir de cualquier otro modo dicho soporte sin la autorización del autor⁴⁶⁷. Así, refuerza el principio de libre transmisión de los ejemplares de las obras⁴⁶⁸, por lo que, en concreto, el dueño de la obra física podría exhibirla o venderla sin el consentimiento del artista, privándole, además, de cualquier derecho económico de propiedad intelectual que le pudiera corresponder. Con arreglo a este esquema, una gran parte de la doctrina norteamericana ha venido considerando totalmente incompatible el *droit de suite* con los principios de *first-sale*⁴⁶⁹. A pesar de todo, dicha doctrina no difiere demasiado del agotamiento del derecho de distribución aplicable en el ordenamiento co-

⁴⁶⁴ Cfr. 17 USC §106A (a), donde se indica la protección al artista para garantizarle el derecho a reclamar la autoría de su obra; así como para evitar el uso de su nombre en conexión con cualquier otra obra que no haya creado o de cualquier transformación ajena que dañe su reputación. Finalmente, el autor podrá exigir responsabilidades ante la alteración intencional o la destrucción de su obra.

⁴⁶⁵ Vid. VARA 1990 §608 (b).

⁴⁶⁶ Vid. U.S. COPYRIGHT OFFICE, Informe *Droit de Suite...*, 1992, cit., pp. ix ss.

⁴⁶⁷ Cfr. 17 USC §109 (a): «el propietario de una copia particular o grabada legalmente según este título, o cualquier persona autorizada por este propietario, tiene derecho, sin la autorización del titular del *copyright*, a vender o disponer de cualquier otro modo de la posesión de dicha copia o grabación».

⁴⁶⁸ Vid. DOLL, Elisa D., *op. cit.*, p. 488. Esta autora reivindica que los Estados Unidos, como la mayoría de países del *common law*, tiene una gran tradición de absoluta libre transmisión de la propiedad tangible.

⁴⁶⁹ DOLL (*ibidem*, p. 487) considera mayoritaria la postura académica estadounidense que incompatibiliza la *first-sale* y el *droit de suite*, apoyándose en juristas como Hayes o Alderman.

munitario europeo, ya que aquélla igualmente afecta al objeto material, sobre el que el autor pierde absolutamente el control tras la primera venta.

De todos modos, la controversia ha seguido latente durante estos últimos años en este país. Así, a finales de 2011, el senador Herb Kohl y el congresista Jerrold Nadler formularon un proyecto de Ley denominado *Equity for Visual Artists Act* (EVAA), en el que se incluyó un *resale royalty right* que debía ser reconocido a los artistas plásticos cuando una obra de arte fuera vendida en subasta pública por alguien que no fuera su autor⁴⁷⁰. Asimismo, el Congreso encargó de nuevo un informe a la *Copyright Office* acerca de la evolución de la cuestión en los últimos tiempos. En consecuencia, en 2013 fue entregado el Informe de la *Register of Copyrights*, titulado *Resale royalties: an updated analysis*, el cual, según se indica en su introducción, debe ser tomado en cuenta como una actualización de aquel otro Informe de 1992, atendiendo a los cambios acaecidos en los últimos veinte años.

En atención a la variación de ciertos factores en el entorno global, tanto a nivel económico como legal⁴⁷¹, las conclusiones de este nuevo informe fueron sustancialmente distintas. Esta vez sí recomendaba el reconocimiento y legislación del derecho en los Estados Unidos, a pesar de aceptar que no era la única solución para resolver el problema de raíz, que no sería otro que la discriminación de los artistas plásticos con relación a los derechos económicos que ostentan otros tipos de autores⁴⁷².

Para superar uno de los principales escollos para la aprobación del derecho, esto es, el supuesto conflicto con la *First Sale Doctrine*, los autores del informe se apoyaron en estudios de la entidad de gestión británica DACS, para concluir que el *royalty* no vulneraría la capacidad de transmisión libre por parte del propietario de la obra, ya que el autor no es titular de ningún derecho sobre la distribución de la misma una vez enajenada, y por supuesto, no debe autorizar a dicho propietario, ni siquiera ser consultado, an-

⁴⁷⁰ Las características principales de este derecho serían las siguientes: la entidad organizadora de la subasta debería retener, a cargo del vendedor, un 7% del precio de transmisión – aplicable solamente a aquellas reventas que superaran los 10.000 \$– e ingresarlo en una entidad de gestión colectiva de artistas plásticos en el plazo máximo de 90 días desde la operación. Ésta reservaría un 50% de la cantidad recaudada para asignar al artista o sus derechohabientes y destinaría el otro 50% a financiar las adquisiciones de obras de artistas americanos vivos por parte de museos nacionales sin ánimo de lucro.

⁴⁷¹ En este sentido, el Informe de la U.S. COPYRIGHT OFFICE de 2013 (*Resale royalties: an updated analysis, cit.*, pp. 13, 24 y 26) destaca como elementos capitales que justifican un cambio de criterio los siguientes: la expansión de la legislación internacional del *droit de suite*, que en veinte años ha pasado a estar implementado en 36 países a más de 80, incluyendo todo el ámbito de la Unión Europea; el crecimiento del mercado artístico chino, que supone una amenaza para el monopolio americano; y el incremento en la transparencia y capacidad de obtener información en el mercado del arte, lo que facilita el control de las transmisiones.

⁴⁷² *Vid. ibidem*, p. 66: «La Copyright Office no encuentra significativos impedimentos legales o políticos para adoptar el *royalty right* en Estados Unidos, y en efecto apoya la consideración de un *Resale Royalty Right* como una opción para equiparar a los artistas plásticos al resto de autores, pero no está persuadida de que la legislación sea la mejor o única opción».

tes de la venta en el mercado secundario⁴⁷³. En realidad, sería algo asimilable a una tasa o una comisión, mecanismos que, sobradamente, conocen las entidades que se dedican a la comercialización de obras de arte mediante subasta pública. Además, en cierto modo, dicha Doctrina ya estaría siendo orillada, careciendo de su presunto carácter absoluto, cuando un autor negocia la posibilidad de participar en los beneficios futuros de las sucesivas ventas de sus obras.

Vistas las conclusiones del Informe, el Representante Nadler elaboró un nuevo Proyecto de Ley, presentado conjuntamente con el Senado, denominado *American Royalties Too Act* de 2014 (ART), diseñando un *droit de suite* con un ámbito de aplicación ligeramente diferente a aquel incluido en la EVAA de 2011. Este derecho sería aplicable a cualquier subasta pública con el objeto de transmitir obras plásticas que fuera organizada por una entidad con una cifra de negocio superior a 1 millón de \$ en el ejercicio anterior. Asimismo, se determinó un umbral mínimo de activación del derecho, fijado en 5.000 \$, mientras el royalty aplicable al precio de venta sería de un porcentaje fijo del 5%, con un máximo de 35.000 \$ (ajustable mediante índices de coste de vida). Finalmente, los pagos de los créditos se harían a las entidades colectivas de gestión, que repartirían a los artistas sujetos –ciudadanos de los Estados Unidos o de un país que reconozca el derecho a éstos en su territorio–⁴⁷⁴.

Sin embargo, parece que actualmente no se cuenta todavía con los consensos necesarios en sede parlamentaria para aprobar el *resale royalty right* en los Estados Unidos. Así, con la constitución del 114º Congreso, el día 3 de enero de 2015, los proyectos de ley provenientes del Congreso anterior que hasta la fecha no habían podido ser aprobados fueron automáticamente desestimados, entre ellos la *ART Act* de 2014 –introducida a debate apenas un año antes–⁴⁷⁵. Por consiguiente, habrá que esperar a la elaboración de un nuevo proyecto de ley, si es el caso, desconociéndose los congresistas y senadores que lo promoverían y con qué apoyos contaría en ambas cámaras⁴⁷⁶.

⁴⁷³ Vid. *ibidem*, pp. 58-60: «La Office concluye que la First Sale Doctrine no presenta una barrera legal para legislar el Resale Royalty».

⁴⁷⁴ Vid. WERBIN, Barry. *Federal Art Resale Royalty Inches Toward Reality*. Art & Advocacy. Vol. 18. Verano 2014. Nueva York: Herrick, Feinstein LLP Publications, 2014 [en línea]. Disponible en: <<http://www.herrick.com/sitecontent.cfm?pageID=29&itemID=1345>> (última visita: 27 de diciembre de 2015).

⁴⁷⁵ Ante los crecientes apoyos públicos al *droit de suite* en los Estados Unidos, *Sotheby's* y *Christie's*, con el objetivo de impedir la aprobación de este derecho en el Congreso, se han gastado cerca de un millón de dólares en el último par de años para contar con el apoyo de abogados y personas influyentes en Washington, como Paul D. Clement, alto funcionario bajo la presidencia de George W. Bush, o el Grupo Podesta, dirigido por el demócrata Tony Podesta, cuyo hermano, John D. Podesta, recientemente se unió al gobierno de Obama como asesor (vid. *New York Times*, 23/03/2015 [en línea]. Disponible en: <http://www.nytimes.com/2014/03/24/arts/design/auction-houses-taking-no-chances-on-american-royalties-too.act.html?_r=0>).

⁴⁷⁶ Vid. *Art Law Report*, 5 de enero de 2015. Según declaraciones del Director de la Oficina del Representante Nadler, parece que la esperanza no está perdida pero, sin duda, habrá que

b) China

El sistema de derechos de propiedad intelectual en China ha sido moldeado durante los últimos años por influjo del derecho de autor europeo continental, debiéndose considerar este país totalmente alineado con la tradición europeo-continental del derecho civil⁴⁷⁷, en contraposición al *common law*. La primera Ley china moderna de Propiedad Intelectual entró en vigor en 1991, y sobre la misma se han ido llevando a cabo numerosas modificaciones, algunas de ellas de cierto calado, como las de 2001 ó 2010, en ambos casos para proseguir su asimilación a los estándares legales europeos⁴⁷⁸.

Como miembro del Convenio de Berna, China ha introducido en su legislación interna la mayoría de los derechos morales y económicos contenidos en el Tratado, incluyendo el derecho de distribución, a su vez limitado por un agotamiento del mismo tras la primera venta, con el objetivo de favorecer la libre circulación de las obras protegidas⁴⁷⁹. En dicho espacio hallaría su justificación el *droit de suite*, en la actualidad no regulado por la Ley nacional⁴⁸⁰.

Recientemente, y a pesar del hermetismo con que el Gobierno chino está manejando esta cuestión, es sabido que el organismo gubernamental encargado de esta materia, la Administración Nacional de Propiedad Intelectual, ha elaborado un proyecto de ley para reformar profundamente la legislación de derechos de autor y derechos conexos⁴⁸¹. En esta nueva Ley sí estaría incluida una disposición relativa al *droit de suite*⁴⁸², aplicable a la reventa de obras originales de arte y fotografía, pero también a manuscritos de obras literarias y musicales —es conocida la especial valoración de las obras caligráficas que se tiene en el país asiático—. Nada más, por el momento, ha trascendido acerca de los términos en los cuales se estaría planteando aprobar este derecho.

La propuesta cuenta con el viento a favor, teniendo en cuenta el supuesto interés del Gobierno para su reconocimiento. También se están haciendo esfuerzos por parte de

esperar a una nueva ocasión: «*el congresista Nadler planea reintroducir el Proyecto de ley en este mismo Congreso. No obstante, la fecha y el contenido todavía no están decididos*».

⁴⁷⁷ Vid. XUE, Hong. *Intellectual Property Law in China*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010, p. 19.

⁴⁷⁸ Vid. GAO, Gordon; ZHANG, Dixon; QU, Fang. *Intellectual Property Rights in China*. Hong Kong: Thomson Reuters, 2011, pp. 135-136.

⁴⁷⁹ Vid. XUE, Hong, *op. cit.*, p. 28.

⁴⁸⁰ Vid. GAO, Gordon *et alri*, *op. cit.*, p. 152.

⁴⁸¹ Cfr. CISAC; EUROPEAN VISUAL ARTISTS (EVA); EUROPEAN GROUPING OF SOCIETIES OF AUTHORS AND COMPOSERS (GESAC). *What is the Artists Resale Right?*, 2014. Disponible en: <<http://www.resale-right.org>>. Tal y como se indica en la publicación conjunta de estas tres entidades internacionales de gestión de derechos de autor, en mayo de 2012 se ha comenzado a discutir un proyecto de ley en China para reformar la Ley de Propiedad Intelectual.

⁴⁸² HUNT, Katie. *China debates droit de suite*. Art Newspaper, febrero de 2013 [en línea]. Disponible en: <<http://www.theartnewspaper.com/articles/China-debates-droit-de-suite/28565>> (última visita: 31 de diciembre de 2015).

agentes externos, como CISAC, que en 2014 abrió oficina en Pekín con el objetivo de conocer de cerca el proceso de reforma legal. De todos modos, su implementación también ha generado sus críticas, y el debate económico no está todavía cerrado⁴⁸³.

c) Canadá

Canadá está viviendo un proceso similar al estadounidense, en el sentido de estar experimentando un debate público sobre la necesidad de reconocer el *resale royalty*. Las sociedades de representación de derechos de autor CARFAC y RAAV⁴⁸⁴ están liderando una causa que ha llegado a sede parlamentaria⁴⁸⁵. Así, a mediados de 2013, se introdujo en el Parlamento de Canadá el Proyecto de Ley C-516⁴⁸⁶, que incluyó una propuesta de *droit de suite* consistente en la participación por parte del autor de un 5% sobre el precio de reventa, aplicable a las transacciones que superaran los 500 C\$. A pesar de todo, dicha iniciativa legislativa se encuentra actualmente suspendida⁴⁸⁷.

d) Suiza

Suiza es, posiblemente, el país donde existe una mayor percepción, incluso desde los poderes públicos, de que introducir este derecho perjudicaría a su mercado interno⁴⁸⁸.

⁴⁸³ *Ibidem*. HUNT cita a testigos del ámbito económico chino contrarios a la implementación del derecho en su país.

⁴⁸⁴ En abril de 2013, la entidad de gestión CANADIAN ARTIST'S REPRESENTATION/ LE FRONT DES ARTISTS CANADIENS (CARFAC) y su homóloga quebequense REGROUPEMENT DES ARTISTS EN ARTS VISUELS DU QUÉBEC (RAAV) elaboraron un informe conjunto en favor del reconocimiento en su país del *resale royalty*, concretamente mediante una modificación de la *Canadian Copyright Act* (vid. CARFAC; RAAV. *Recommendations for an Artist Resale Right in Canada*, abril de 2013). Asimismo, ambas entidades colectivas presentaron a la Comisión Permanente de Finanzas de Canadá una propuesta de presupuesto en 2014 cuya segunda recomendación era «incluir el *resale royalty* en la legislación canadiense, por el que los artistas visuales puedan beneficiarse».

⁴⁸⁵ Cfr. U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Resale royalties: an updated analysis, 2013, cit.*, p. 19.

⁴⁸⁶ *Bill C-516. An act to amend the copyright Act*. Disponible en: <<http://www.parl.gc.ca/LEGISinfo/BillDetails.aspx?Language=E&Mode=1&billId=6176239>>.

⁴⁸⁷ *Ibidem*. Tal y como se indica en la página web del parlamento canadiense, la tramitación del proyecto se halla todavía en su fase más inicial.

⁴⁸⁸ Ante una interpelación planteada al Consejo Federal suizo, para que justificara la postura del país de no reconocer el *droit de suite*, éste argumentó la inoportunidad de su regulación con conclusiones como «el 98% de las obras no son revendidas, así que el *droit de suite* sólo es provechoso para unos pocos artistas que ya conocen el éxito», o bien que «manteniendo la legislación actual, Suiza se asegura una ligera ventaja sobre Londres» (vid. página web del Parlamento suizo, 21/09/2007. Disponible en: http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20073397). Entre la doctrina de ese país, vid. FISCHER, Kuno. *Switzerland without Resale Right (droit de suite). Supplementary Paper based on Practical Experience*. KUR 3/4, 2008, pp. 3 y 4. Disponible en: <<http://www.fischerauktionen.ch/UserData/Download>>.

Durante el último proceso de revisión en profundidad de la Ley suiza de Propiedad Intelectual, en 1992, la posibilidad de recoger en su contenido el *droit de suite* ni tan siquiera fue planteada. Ello no significa que no existan voces partidarias de su implementación, como las entidades Visarte o Prolitteris⁴⁸⁹, pero ni siquiera parece existir unanimidad en esta cuestión entre los principales artistas helvéticos, un buen número de los cuales se adhirieron a un manifiesto firmado por autores de diferentes nacionalidades en contra del derecho⁴⁹⁰. Aun así, desde ciertos sectores cercanos a las entidades de gestión colectiva se observa con esperanza que el Parlamento suizo haya admitido recientemente a trámite una nueva interpelación para valorar la introducción del *droit de suite* en su ordenamiento interno⁴⁹¹.

5. LEY NACIONAL APLICABLE EN CASO DE CONFLICTO DE LEYES

El *droit de suite* queda protegido conforme a una sola ley nacional si la situación que lo genera se halla conectada con un único ordenamiento jurídico. El problema es que el mercado del arte, en particular, se caracteriza por su elevada movilidad e internacionalidad. Sería totalmente razonable imaginar, por ejemplo, que la reventa de una obra tu-

ad_41920_00.pdf> (última visita: 31 de diciembre de 2015). Este autor considera que la regulación del derecho en Suiza haría que el país perdiera competitividad, del mismo modo que está ocurriendo con los países Unión Europea, que, a su juicio, juegan en desventaja respecto a los Estados Unidos y China. Asimismo, pone en duda los datos oficiales de la Comisión Europea. De su experiencia dice poder demostrar que importantes galerías alemanas han trasladado su negocio a Suiza precisamente por este hecho.

⁴⁸⁹ VISARTE, asociación profesional de los artistas visuales en Suiza y *Société Suisse de Droits d'Auteur pour l'Art Littéraire et Plastique, Coopérative* (PROLITTERIS), la otra gran sociedad de gestión colectiva en ese país, reivindican que no tiene sentido que los artistas suizos no puedan beneficiarse del *droit de suite* en los mismos términos que sus colegas europeos. Por consiguiente, llevan a cabo una serie de acciones con la finalidad de conseguir revertir la postura de los poderes políticos y económicos suizos, abiertamente contrarios al *droit de suite*. La descripción de estas acciones se encuentra disponible en: <<http://visarte.ch/fr/content/activit%C3%A9s-droit-de-suite>>.

⁴⁹⁰ FISCHER (*op. cit.*, p. 2) expresa que la Declaración «Artists Against Resale Right» abre con una proclama del siguiente tenor: «*estamos convencidos de que la introducción del droit de suite va en contra de los intereses de los artistas afectados, restringe el uso pacífico de sus propiedades y sus derechos y básicamente sirve a objetivos políticos y beneficia a funcionarios y abogados de las entidades de gestión colectiva*». Añade que, concretamente en Suiza, algunos destacados artistas de esta nacionalidad, de la talla de Giuliano Pedretti, Jean Tinguely, Samuel Buri o Lenz Klotz, todos ellos unidos a la *Swiss Art Trading Association*, se declararon abiertamente contrarios al *droit de suite*. Según STOKES, los artistas que se oponen a la aplicación del *droit de suite* es porque consideran que daña el comercio de arte en general y limita este mercado para su trabajo. Asimismo, argumentan que es una restricción sobre lo que ocurre con sus trabajos tras su muerte (STOKES, Simon. *Art and Copyright*, 2ª ed. Oxford: Hart Publishing, 2012, p. 100).

⁴⁹¹ *Vid.* CISAC; EVA; GESAC. *What is the Artists Resale Right?*, 2014. Disponible en: <<http://www.resale-right.org>>.

viera lugar en un Estado y que las nacionalidades –o residencias habituales, en su caso– del autor, del vendedor, del adquirente y del profesional del mercado de arte encargado de la operación correspondieran a Estados distintos.

En dichos casos, nos hallamos ante *situaciones jurídicas privadas internacionales*, ya que éstas presentan elementos de diferentes Estados, lo que puede suscitar dudas acerca de qué derecho nacional regulador del *droit de suite* será el aplicable en cada situación, presentándose un conflicto de leyes⁴⁹². En consecuencia, existe la necesidad de seleccionar, de entre los ordenamientos jurídicos de los países vinculados con la situación privada internacional, aquel que debe regir la misma. Para conseguirlo, es imprescindible basarse en puntos de conexión –circunstancias que fijan un vínculo entre el supuesto internacional y un determinado país–, en correspondencia con la oportuna norma de conflicto, es decir, la disposición legal que nos ampare la remisión a la ley aplicable⁴⁹³.

Ciertamente, en el caso del *droit de suite*, el principal elemento que se nos presenta en la relación jurídico-privada para determinar su reconocimiento y aplicación es el contrato por el cual se realiza la transmisión de la obra de arte en el mercado secundario, lo que nos hace reparar en los sujetos intervinientes, su objeto –la obra de artes plásticas– y el lugar de celebración.

Acudiendo a regulaciones convencionales en materia de contratos, observamos que la norma de conflicto dada por la Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacionales adopta soluciones basadas en la autonomía de la voluntad de las partes, si acaso dando prioridad al lugar donde la oferta de compraventa ha sido formalizada⁴⁹⁴. En el mismo sentido, el Reglamento Roma I, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, invoca la voluntad de los contratantes y, en su ausencia, el lugar de residencia de las partes, otorgando preeminencia a la ley del lugar donde se halle el establecimiento del vendedor⁴⁹⁵.

Sin embargo, resulta imprescindible aclarar, en primer lugar, si la norma de conflicto que resulta aplicable a la generación del *droit de suite* viene determinada por la *lex contractus* o por la ley aplicable a los derechos de autor. Según LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ una misma situación, en función de la perspectiva desde la que se aborde,

⁴⁹² El conflicto de leyes pone de relieve que las situaciones privadas internacionales están conectadas con varios países a la vez, cuyas legislaciones entran en un conflicto que debe resolverse determinando, de algún modo, la Ley estatal concreta que regirá dicha situación privada internacional (*vid.* CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Derecho Internacional Privado*. Vol. I. 6ª ed. Granada: Comares, 2005, p. 9).

⁴⁹³ *Vid. ibidem*, pp. 162-165.

⁴⁹⁴ Cfr. artículo 23 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 11 de abril de 1980*.

⁴⁹⁵ Cfr. artículos 3 y 4 del *Reglamento (CE) n° 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)*.

presentará «*aspectos contractuales*» o bien «*aspectos de propiedad intelectual*»⁴⁹⁶. En el presente caso, debemos descartar una solución conflictual basada en la ley aplicable a la transacción, ya que el *droit de suite* no es una obligación para las partes derivada propiamente del contrato de transmisión de la propiedad. Asimismo, de recurrir a la *lex contractus*, estaríamos dejando a elección de las partes la ley aplicable con relación a la generación y pago del *droit de suite*, puesto que éstas, normalmente, elegirían aquella legislación donde el derecho no fuera aplicable o su legislación fuera más beneficiosa para sus intereses, en claro perjuicio del derecho del autor o sus herederos⁴⁹⁷.

Por el contrario, aquellos aspectos de esta misma situación que tengan que ver con la existencia, el contenido, la duración, la infracción o la explotación de un derecho de autor deben circunscribirse estrictamente al ámbito de la propiedad intelectual⁴⁹⁸. En otras palabras, aquí, la relevancia de la reventa no vendrá dada por ser el objeto del conflicto, sino por tratarse del hecho cuyo perfeccionamiento produce la remuneración en beneficio del titular del mismo.

En este sentido, en los ordenamientos nacionales se suele regular dentro del ámbito de aplicación del derecho de autor un sistema de protección territorial, asentado universalmente bajo el principio de *lex loci protectionis*, por el cual se aplicará la ley del Estado donde se solicite la protección⁴⁹⁹. En particular, el tratado internacional que reafirma el principio de *lex loci protectionis* para los derechos de propiedad intelectual es

⁴⁹⁶ Vid. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, Aurelio. «Dimensión internacional de la relación entre los sistemas DRM». En: *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, coord. Moreno Martínez, Juan Antonio. Madrid, Dykinson, 2008, p. 293). Este autor se aproxima a esta misma problemática con relación a otro tipo de derechos de autor, mas consideramos que su esquema es totalmente aplicable al planteado aquí para el *droit de suite*.

⁴⁹⁷ En este sentido, vid. TORREMANS, Paul. *Legal convergence in the Enlarged Europe...*, cit., p. 87. Por su parte, ERAUW señala que existen situaciones comparables en que se observa dependencia o interés de un tercero –en este caso, el autor– en que la ley aplicable es la ley del vendedor. Por ejemplo, cuando un activo es asignado mediante contrato a una tercera parte; de este modo se garantizan mejor los derechos de todas las partes implicadas (ERAUW, Johan. «Conflict of Laws with *Folgerecht* ('Droit de Suite') on the Sale of Works of Art in and out of Europe - After the EC Directive No. 2001/84». En: *Convergence and Divergence in Private International Law –Liber Amicorum Kurt Siehr*. Boele-Woelki, Katharina et al. La Haya-Zurich: Eleven International Publishing - Schulthess, 2010, p. 808).

⁴⁹⁸ Vid. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, Aurelio. «Dimensión internacional de la relación entre los sistemas DRM», cit., p. 293.

⁴⁹⁹ MARTÍN VILLAREJO, Abel. «Comentario al ámbito de aplicación de la Ley». En: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, dir. Rodríguez Tapia, José Miguel, 2ª ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2009, pp. 992 y 993). En el caso de España, cuando la protección se reclame legítimamente en España, será aplicable la ley española, según especifica el artículo 10.4 C.c.: «*los derechos de propiedad intelectual e industrial se protegerán dentro del territorio español de acuerdo con la ley española, sin perjuicio de lo establecido por los convenios y tratados internacionales en los que España sea parte*». Este precepto es la norma clave de Derecho internacional privado en España en la materia, determinante para la aplicación de los artículos 163 a 167 TRLPI; mas, a su vez, reconoce la primacía de aquellos tratados internacionales en los que España sea parte, por encima de las normas de carácter interno.

el Convenio de Berna, pese a que debemos recordar que, en referencia al *droit de suite*, su artículo 14 ter.2, titulado «*legislación aplicable*», recoge una excepción al principio de trato nacional del artículo 5.1 del mismo texto legal, en favor de un reconocimiento internacional del derecho basado en la reciprocidad⁵⁰⁰.

Con todo, este principio posee un doble alcance, puesto que puede predicarse tanto de aspectos relativos a la infracción de derechos de autor⁵⁰¹, como de aspectos relativos a su explotación. Siguiendo nuevamente las palabras de LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, cuando se da una infracción de derechos de autor, «*afortunadamente, en nuestro caso, la norma de conflicto aplicable es el artículo 8.1 Reglamento Roma II, el cual también establece la regla de la lex loci protectionis*», mas cuando no existe infracción, este principio conduce «*a la ley del Estado en el que se lleva a cabo la explotación de los derechos*»⁵⁰². El *droit de suite*, pese a no ser técnicamente una explotación realizada por el titular del derecho, sí es una obligación *ex lege* –en definitiva, contenida en una ley imperativa–, que nace por el agotamiento el derecho de distribución y permite a aquél exigir la correspondiente remuneración con el acaecimiento de cada reventa.

Por consiguiente, todo ello nos conduce a la adopción en el Convenio de Berna de la *lex loci protectionis* como regla general en la normativa conflictual⁵⁰³; sin embar-

⁵⁰⁰ El artículo 5.1 CB se ve matizado por el artículo 5.2 *in fine* CB, que apela a las excepciones del propio Convenio de Berna, del siguiente tenor literal: «*(...) sin perjuicio de las estipulaciones del presente Convenio, la extensión de la protección así como los medios procesales acordados al autor para la defensa de sus derechos se regirán exclusivamente por la legislación del país en que se reclama la protección*».

⁵⁰¹ En el ámbito de la Unión Europea, la ley aplicable a las infracciones de derecho de propiedad intelectual se determina de acuerdo con el artículo 8 del *Reglamento (CE) N° 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales* (Roma II). Dicho artículo establece como ley aplicable aquella del país donde se ha cometido la infracción: donde se ha producido la infracción es allí donde hay que reclamar el derecho de autor. Pero, tratándose del *droit de suite* ¿podemos hablar de una infracción cuando se da una reventa de una obra de arte? Naturalmente, no. Creemos preferible construir la vinculación a partir de los elementos de la reventa. Compartiendo esta opinión, WELLER considera que el factor de conexión se desplaza desde la infracción –casos en que no se ha liquidado el crédito– hacia aquellos aspectos legales que constituyen la transacción (WELLER, Matthias. «*Droit de Suite: The applicable law in cross-border resale of works of arte under Directive 2001/84/CE*». *Rivista di arte e diritto online*, 2006, p. 4 [en línea]. <<http://www.aedon.mulino.it/archivio/2006/3/weller.htm>> (última visita: 31 de diciembre de 2015).

⁵⁰² Cfr. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, Aurelio. «Comentario al artículo 5». En: *Comentarios al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. Madrid: Tecnos, 2013, pp. 430 y 432).

⁵⁰³ Una parte importante de la doctrina considera que el artículo 5.2 *in fine* del Convenio de Berna es, efectivamente, una norma de conflicto, pero sólo en lo relativo a la aplicación para determinar la manera y la extensión en que la obra debe ser protegida. En cambio, el resto de aspectos, como las infracciones o el reconocimiento de derechos, deberán fijarse en función del Derecho internacional privado de cada Estado (*vid.* LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ. «Comentario al artículo 5», *cit.*, pp. 429 ss., quien realiza una completa exposición de diferentes posturas acerca de este tema). Por su parte, ERAUW (*op. cit.*, p. 784) se muestra más drástico en este punto,

go, entendemos que la solución más adecuada al conflicto de leyes que puede presentar la aplicación del *droit de suite* partirá de la combinación de dicha regla con factores de conexión que nos acaben indicando la ley nacional más estrechamente vinculada a la situación⁵⁰⁴.

Así, la lógica nos lleva, de entrada, al lugar donde la reventa tiene lugar, esto es, allí donde se va a cumplir materialmente la condición que va a generar el *droit de suite*⁵⁰⁵. Sin embargo, en nuestra opinión, la aplicación de la ley del lugar donde se realiza la reventa termina por ser una solución muy mecánica, simple de evadir⁵⁰⁶, y que, en ocasiones, no puede determinar con precisión una única ley aplicable, ofreciendo dudas entre más de una posibilidad, si el proceso de compraventa se ha desarrollado con vínculos en varios Estados⁵⁰⁷. Posiblemente, sea un modo válido de resolver conflictos de leyes *ad extra*, entre leyes de países ajenos a la Unión Europea, pero en el caso de España y los otros Estados miembros no podemos obviar el influjo de la Directiva 2001/84/CE⁵⁰⁸.

De hecho, sobre este punto, ya se manifestó el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal de Alemania), en el asunto del artista alemán Joseph Beuys⁵⁰⁹. En 1989, se revendieron tres obras de este artista en una subasta en *Christie's* (Londres), con la

al afirmar sin ambages que el artículo 5.2 del Convenio de Berna no es una norma de conflicto, al no servir para resolver un conflicto de leyes.

⁵⁰⁴ FAWCETT y TORREMANS son los principales defensores de esta tesis compartida, al afirmar que, si bien el artículo 5 establece el nivel y el modo de protección bajo el amparo del Convenio de Berna, el derecho sustantivo y las condiciones aplicables a la obra tienen que ser determinadas de manera independiente (*vid.* FAWCETT, James J.; TORREMANS, Paul. *Intellectual Property and Private International Law*, 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 677).

⁵⁰⁵ Puestos a hilar fino, tampoco resulta sencillo resolver cuál es el lugar donde se da la reventa, ya que deberemos apelar al lugar de perfeccionamiento del contrato, extremo no siempre de fácil resolución.

⁵⁰⁶ Para WALTER y Von LEWINSKI ésta sería una solución «*insatisfactoria*» (*op. cit.*, p. 879).

⁵⁰⁷ Para este tema, *vid.* VALENTIN, Pierre. «Droit de suite». *European Intellectual Property Review*, nº 268, 28 (5). Londres: Sweet & Maxwell, 2006, pp. 268-275. Este autor indica que, a pesar de que la principal aproximación a esta cuestión parte del lugar donde la venta ha tenido lugar, hace falta una interpretación más extensa, por lo que se está poniendo énfasis a cuestiones como la nacionalidad del adquirente profesional u otras equiparables.

⁵⁰⁸ Como experiencia en derecho comparado, cabe recordar que la aplicación del *resale right* regulado en el Estado de California, hasta el año 2015, abarcaba a todas las reventas realizadas en los Estados Unidos en que el vendedor fuera una persona residente en California, estableciendo una norma de conflicto *sui generis* donde el elemento de conexión es el vendedor y, en este caso, su residencia (actualmente declarada inconstitucional).

⁵⁰⁹ *Vid.* SCHNEIDER-BRODTMAN, Jörg. *Das Folgerecht des bildenden Künstlers im europäischen und internationalen Urheberrecht*. Heidelberg: C. Winter, 1996, pp. 241-244; GOLDSTEIN, Paul, *op. cit.*, p. 321 o KATZENBERGER, Paul. «Harmonisierung des Folgerechts in Europa», *cit.*, p. 311. Piénsese que la viuda de Beuys dejó de percibir la cantidad de 64.000 marcos (más de 35.000 euros), que sí hubiera cobrado de haberse decidido que existía conexión entre la reventa y su Estado, Alemania.

peculiaridad de que las condiciones de la subasta se habían pactado en Alemania –entre el revendedor, alemán, y el representante de la casa de subastas en este país–, resultando ser el adquirente también de nacionalidad alemana. A pesar de todos estos condicionantes, la corte de apelación, en segunda instancia, desestimó las pretensiones de percibir el *Folgerecht* por parte de la entidad de gestión *Bild-Kunst*, basándose en que la transmisión se había realizado materialmente en el Reino Unido. Sin embargo, en 1994, el Alto Tribunal alemán, a pesar de volver a desestimar el recurso de la entidad de gestión⁵¹⁰, matizó esta vez que no existía suficiente conexión entre la venta y el territorio alemán debido a que el establecimiento que había operado efectivamente para llevar a cabo la transacción tenía su residencia en Londres. Por ende, de ese fallo se deducía que la ley aplicable sería la del lugar de la galería o casa de subastas que había realizado la reventa, apelando claramente a la conexión de la localización efectiva del establecimiento mercantil⁵¹¹.

En relación con la armonización del *droit de suite* derivada de la transposición de la Directiva 2001/84/CE a los ordenamientos nacionales de los Estados miembros, es cierto que la misma no implica una homogeneización completa de las disposiciones legales que regulan este derecho, ya que aquéllos cuentan con cierto margen para su implementación del modo que consideren más adecuado para sus intereses internos. Así, en el ámbito comunitario, se observan diferencias puntuales interestatales entre aspectos más o menos relevantes del *droit de suite*, como la forma de cálculo del porcentaje de participación aplicable, el acogimiento facultativo a la excepción de las reventas promocionales o el establecimiento de umbrales de precio de transacción distintos para el nacimiento del derecho⁵¹². Ello, por lo tanto, puede suponer que la reventa de una misma obra por idéntico precio termine generando o no el derecho de participación, en función de si la legislación aplicable a la reventa resulta ser la de un país comunitario u otro –por ejemplo, por aplicarse un umbral de activación más alto o más bajo–.

⁵¹⁰ Sentencia del *Bundesgerichtshof* de 16 de junio de 1994.

⁵¹¹ A pesar de la postura del *Bundesgerichtshof* en el asunto *Beuys*, no se consiguió un consenso doctrinal ni jurisprudencial sobre la cuestión. De hecho, destacados juristas alemanes, como SCHNEIDER-BRODTMANN (*op. cit.*, pp. 241 ss.), se rebelaron contra la solución mencionada: en su opinión, en Alemania se había prácticamente cerrado la compraventa y el vendedor, alemán, en ese momento, ya conocía de la existencia e identidad del adquirente; por lo que la ley aplicable debería haber sido la alemana. Asimismo, en la Sentencia del *Bundesgerichtshof* de 17 de julio de 2008, en que *Bild-Kunst* reclamaba el derecho de información –nombre del vendedor, dirección y precios– para una reventa que se había realizado en Suiza, el Alto Tribunal alemán sí encontró conexiones con Alemania, sosteniendo que este derecho a información accesorio al *Folgerecht* es exigible a cualquier profesional que actúe en la transacción de un modo destacado. Aunque la entrega de los cuadros no fue en Alemania, en este país se firmaron contratos de las compraventas, en los que intervino, al menos, un profesional con residencia alemana.

⁵¹² Por supuesto, las desigualdades se intensifican cuando son éstas se manifiestan *ad extra*, esto es, con relación a países extracomunitarios, dado que, como se ha visto anteriormente, tan sólo la regulación australiana del *droit de suite* puede equipararse, en términos de contenido y eficacia, a las de la Unión Europea.

Aun así, cabe recordar que el principal objetivo de la Directiva es evitar una distorsión del mercado del arte en perjuicio de los Estados miembros para favorecer su competitividad. En este sentido, según WELLER, el mejor modo de asegurar la finalidad armonizadora es conseguir seleccionar una única legislación intracomunitaria cuando el conflicto se presente en el mercado interior; pero, sobre todo, logra que cuando se revela que la reventa tiene conexiones con terceros Estados extracomunitarios y, a la vez, con el mercado interior, se imponga necesariamente la selección de una legislación del *droit de suite* comunitaria –llegados a este punto, ya sin importar tanto cuál de ellas–⁵¹³.

La Directiva 2001/84/CE no contiene una norma de conflicto⁵¹⁴, pero sí nos ofrece una serie de pistas para guiarnos a la consecución de un punto de conexión idóneo que nos permita la identificación de una única ley nacional aplicable con la finalidad de evitar confusiones y reclamaciones de derechos simultáneas. En efecto, la Directiva supedita la eficacia del *droit de suite* a la intervención en la transmisión de la obra de un profesional del mercado del arte. Por lo tanto, sobre estos sujetos se vertebrará el cumplimiento del derecho, ya que ellos son los obligados tanto de realizar el pago del crédito de participación como de informar a la entidad de gestión o al titular del derecho sobre todos los aspectos relativos a la reventa –lugar de celebración, fecha, identidad de las partes de la operación, etc.–.

Por consiguiente, en una transmisión de una obra de arte en el mercado secundario donde se adviertan elementos de diferentes países comunitarios, cabe destacar la figura del profesional del mercado del arte por ser éste el punto de conexión subjetivo⁵¹⁵. Sin duda, este profesional es el protagonista de la situación privada internacional con carácter fáctico, puesto que el vínculo se construye a partir de un elemento de hecho verificable, como es la delimitación del mercado donde opera este profesional, principalmente circunscrito al ámbito geográfico donde tiene su establecimiento. Por este motivo, cobra sentido otorgarle toda la importancia a la ley del Estado donde este profesional tenga su establecimiento.

Así las cosas, la localización del establecimiento operativo del profesional para la reventa se adivina como el principal y decisivo criterio para la selección de la ley nacio-

⁵¹³ Cfr. WELLER, Matthias, *op. cit.*, p. 4.

⁵¹⁴ Ciertamente, tampoco nos parece necesario que la contuviera. Para WALTER y Von LEWINSKI (*op. cit.*, p. 880), la Unión Europea ha querido dejar esta cuestión a la discrecionalidad de los Estados miembros: «por ejemplo, incluso la exportación de una obra de arte original a otro país importador que no reconoce el *droit de suite* con el propósito de ser revendida a un cliente del mismo, podría causar el pago del derecho de participación, si así estuviese previsto en la ley nacional del país exportador o se hubiese decidido por las autoridades judiciales competentes». No obstante, por otra parte, la ausencia en la Directiva de una norma de conflicto ha sido criticada desde ciertos sectores doctrinales. Así, WELLER (*op. cit.*, p. 6) censura el hecho de que, al mantener silencio sobre el conflicto de leyes, la Directiva 2001/84/CE ha puesto en peligro el sistema de armonización.

⁵¹⁵ Para consultar los diferentes tipos de puntos de conexión, *vid.* CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *op. cit.*, p. 168.

nal aplicable en el ámbito de la Unión Europea, perdiendo relevancia el hecho de que el contrato se concluya en el mismo lugar donde radica el establecimiento o si las obligaciones instrumentales a las que debe dar cumplimiento el profesional pueden realizarse – y ser exigidas– en otros lugares⁵¹⁶. No obstante, es previsible que en los próximos años el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se manifieste acerca de un conflicto de esta naturaleza, lo que nos permitirá conocer si realmente este criterio puede asentarse jurisprudencialmente.

En cualquier caso, la mejor doctrina internacional ha venido manteniendo que el punto de conexión que representa el establecimiento del profesional del mercado del arte es el único que garantiza, a nivel comunitario, la aplicación de una única ley a la situación jurídica internacional⁵¹⁷. En este aspecto, resulta exigible que el establecimiento del que nos sirvamos como punto de conexión mantenga la suficiente organización material y personal para tener la consideración de un lugar de negocio permanente, tratándose de un punto de venta donde los clientes puedan acceder libremente y cerrar acuerdos comerciales. No obstante, no es necesario que se trate de la administración central de la empresa, sirviendo un establecimiento que, aunque fuera secundario –sucursal, establecimiento permanente o simple oficina de representación– tuviera cierta autonomía como para poder llevar a cabo eventuales reventas de obras de arte⁵¹⁸.

Sensu contrario, somos partidarios de rechazar para este cometido los establecimientos temporales, como pueden ser aquellos espacios habilitados por empresas del

⁵¹⁶ En este sentido, incluso ERAUW (*op. cit.*, pp. 815 y 818) se aventura a proponer la siguiente norma de conflicto de *lege ferenda*: «*la Ley del lugar de habitual residencia del profesional vendedor regulará el droit de suite de los artistas, siendo esta residencia para una empresa su administración central y para personas naturales su principal lugar de negocios. Si un establecimiento secundario del vendedor intervino en la transacción en su normal curso de los negocios, entonces la ley del lugar de este establecimiento secundario será la aplicable. Por otro lado, si la residencia habitual o el establecimiento interviniente del vendedor no estuviera localizado en la Unión Europea, regirá la ley del lugar de emplazamiento del establecimiento relevante del profesional comprador; si éste no tuviera lugar en UE, entonces regirá la Ley del Estado miembro de la Unión Europea en el que el profesional intermediario tenga su establecimiento en el curso de tales negocios*».

⁵¹⁷ Uno de los principales valedores de esta tesis y quien, seguramente, mejor la ha expuesto es ERAUW (*op. cit.*, pp. 807 ss). Igualmente, TORREMANS (*Legal convergence in the Enlarged Europe...*, *cit.*, p. 86) aboga por la necesidad de que el conflicto de leyes específico para el *droit de suite* no atienda al agravio de incumplir el pago del derecho y se centre en la figura del profesional del mercado del arte que interviene. En sentido contrario, WELLER considera que el mejor enfoque para esta cuestión pasaría por atender a las acciones realizadas por el revendedor para concluir el contrato y, a partir de ahí, analizar en qué Estados miembros se han ido desarrollando (*op. cit.*, p. 4).

⁵¹⁸ Para ERAUW, un establecimiento secundario –denominado por este autor *de extensión*– debe cumplir los siguientes requisitos: *i)* ser un centro de actividad que opera como una física extensión de la entidad en nombre de la que actúa y representa; *ii)* disponer de recursos materiales y personales para representar a la entidad principal con suficiente grado de independencia; *iii)* asumir las obligaciones instrumentales del *droit de suite* si interviene en la transacción; *iv)* los clientes deben poder dirigirse directamente a este establecimiento (cfr. *ibidem*, pp. 812 y 813).

sector del arte en ferias celebradas en otros países. Por ejemplo, no consideramos que debiera caber la aplicación del *droit de suite* si una galería suiza tuviera un *stand* temporalmente en una feria realizada en un Estado de la Unión Europea, aunque formalizara un contrato de reventa en la misma. Del mismo modo, si una galería inglesa se instalara, por unos días, en una feria de arte norteamericana, las posibles reventas que se cerraran sí deberían generar el *droit de suite*.

De todos modos, no todos los profesionales del mercado del arte que pueden intervenir en una transacción de una obra de arte están obligados a contar con un establecimiento mercantil físico. Como muestra, podríamos encontrarnos el supuesto de un marchante que desarrollara su actividad fuera de un local determinado o el de una galería virtual que realizara sus ventas por Internet. En el primer caso, al tratarse de una persona natural, deberíamos dilucidar cuál es su principal lugar de negocios, o bien dónde se circunscriben los mismos, debiendo concluir que éste puede ser determinado, salvo prueba en contrario, a partir de su residencia habitual⁵¹⁹.

En cuanto a las ventas *on line*, estas transacciones no tienen por qué ser tratadas de un modo diferente, siempre y cuando atendamos al punto de conexión del establecimiento o residencia del profesional del mercado del arte. Si no lo hiciéramos así, y nos ciñéramos a la ley aplicable al contrato, las consecuencias de formalizar un contrato electrónico⁵²⁰ en que comprador y vendedor se encontraran establecidos en diferentes Estados, nos llevaría a determinar este punto en base a disposiciones convencionales o nacionales en materia de contratación electrónica⁵²¹ —armonizadas a nivel comunitario

⁵¹⁹ El artículo 19.2 del Reglamento Roma I establece el criterio para fijar la residencia habitual.

⁵²⁰ CAMACHO CLAVIJO, Sandra. *Partes intervinientes, formación y prueba del contrato electrónico*. Madrid: Reus, 2005, pp. 71 ss. Esta autora desgrana la definición de contrato electrónico. Resumidamente, es aquel contrato consistente en obligarse a dar alguna cosa o prestar algún servicio en que no se da la presencia física simultánea de las partes, prestando éstas su consentimiento en origen y en destino por medios electrónicos de tratamiento y almacenaje de datos, conectados a una red de telecomunicaciones.

⁵²¹ La LSSICE, con relación a lo que aquí nos interesa, se aplicaría a los revendedores de obras de arte por vía electrónica establecidos en España y, por otro lado, a revendedores de Estados perteneciente al EEE, siempre que el destinatario de sus servicios o productos residiera habitualmente en España y se tratara de un consumidor. Así, el artículo 29 LSSICE establece que los contratos celebrados por vía electrónica en los que el comprador sea un consumidor, se presumirán celebrados en el lugar en el que éste tenga su residencia habitual; por el contrario, los contratos electrónicos formalizados entre empresarios o profesionales, salvo pacto en contrario, se presumirán celebrados en el lugar en el que esté establecido el vendedor. Si la localización de la venta se realizara fuera del EEE, dicha operación excedería del ámbito de la LSSICE, por lo que no nos quedaría más remedio que apelar a las normas convencionales y, en su defecto, a la legislación nacional del país en que la obra de arte se hubiera revendido. Para este tema, *vid.* VEGA VEGA, José Antonio. *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*. Madrid: Reus, 2005, pp. 229 y 230. Según la ley española, en dichos casos, el lugar de celebración del contrato electrónico, según el artículo 1.262 C.c. y el artículo 54 C.com., se presumirá en el lugar en el que se hizo la oferta, salvo que las partes hubieran pactado en contrario.

por la Directiva 2000/31/CE⁵²²—, esto es, en función de presunciones en favor de consumidores y usuarios, lo que podría distorsionar la aplicación de la regulación del *droit de suite* y alejar aquella ley nacional con la que guardara un mayor grado de vinculación

Por lo tanto, en las ventas formalizadas electrónicamente, se debe aplicar la legislación de un Estado miembro si en éste se encuentra el establecimiento del profesional que efectivamente realiza la reventa, aun reconociendo la dificultad de su identificación mediante software u otros medios⁵²³. En todo caso, si resultase difícil conocer la localización del establecimiento, siempre se podrá acudir a tomar como referencia la administración central de la empresa o su domicilio fiscal.

Finalmente, debemos tratar un último aspecto, como es la determinación de la ley nacional cuando concurren en la operación varios profesionales del mercado del arte cuyos establecimientos se encuentran en Estados diferentes —por ejemplo, uno como vendedor y otro como comprador o intermediario—. En tales casos, por coherencia con el sistema legislativo comunitario, el establecimiento del vendedor será el dominante o decisivo y, por ende, se aplicará la ley del lugar donde éste se halle. Sin embargo, rara vez el profesional venderá una obra de su propiedad, sino que, habitualmente, actuará en representación de un tercero propietario de la misma. En dichos casos, deberemos observar como punto de conexión el establecimiento —o residencia, en su caso— del profesional intermediario preferentemente al del eventual profesional comprador⁵²⁴.

⁵²² Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).

⁵²³ El considerando 19º de la Directiva 2000/31/CE expresa que hay que determinar el lugar de establecimiento del prestador de servicios a partir de lo dispuesto en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual el concepto de establecimiento «*implica la realización efectiva de una actividad económica a través de un establecimiento fijo durante un período indefinido*». Añade que «*cuando se trata de una sociedad que proporciona servicios mediante un sitio Internet, dicho lugar de establecimiento no se encuentra allí donde está la tecnología que mantiene el sitio ni allí donde se puede acceder al sitio, sino el lugar donde se desarrolla la actividad económica*». Resulta de utilidad lo apuntado por ERAUW para localizar este establecimiento, al indicar que, en el caso de ventas de obras de cierta entidad, las galerías o casas de subastas, a pesar de ofrecer el producto por Internet, indican en qué establecimiento físico se hallan aquéllas para que puedan ser inspeccionadas por potenciales compradores o alguien que les represente (cfr. *op. cit.*, p. 817, nota 81).

⁵²⁴ Lógicamente, en ausencia de profesionales vendedores o intermediarios participantes en la transacción, no nos quedaría más opción que tomar como referencia el establecimiento del profesional comprador.

CAPÍTULO 5: ARMONIZACIÓN DEL *DROIT DE SUITE*
EN LA UNIÓN EUROPEA: LA DIRECTIVA 2001/84/CE

1. DIAGNÓSTICO DE LA SITUACIÓN PREVIA A LA APROBACIÓN DE LA DIRECTIVA EN LA UNIÓN EUROPEA

A principios de los años noventa del siglo XX, la regulación del *droit de suite* en el ámbito de la Unión Europea era, valorada en su conjunto, frágil y dispersa. Pese a que todos los Estados miembros se hallaban adheridos al Convenio de Berna, el reconocimiento facultativo que de este derecho establecía el texto internacional permitía a los países comunitarios herederos de la tradición del *copyright* esquivar su aplicación. Por su parte, el resto de los Estados miembros sí lo había introducido en sus legislaciones nacionales, mas de diferentes maneras y con dispares grados de aplicación efectiva.

Una creciente corriente de opinión comenzó a estimar que dicha situación, cuando menos, provocaba distorsiones en el mercado europeo del arte, además de constituir una fuente de desigualdad en materia de protección de derechos de autor. Parecía necesario avanzar hacia una armonización en esta materia con la finalidad de lograr una mayor homogeneidad normativa⁵²⁵.

Sin embargo, si bien era constatable la diferencia de contenido del *droit de suite* en las diferentes legislaciones nacionales, con la correspondiente teórica desventaja que ciertos autores podían sufrir respecto al nivel de protección de los artistas de otros Estados miembros, en ningún caso estaba probado que el reconocimiento o no del derecho

⁵²⁵ La Comisión Europea realizó audiencias a los Estados miembros respecto a esta cuestión y la mayoritaria respuesta de éstos expresaba la necesidad de aprobar una normativa comunitaria común para el *droit de suite* (cfr. MINERO ALEJANDRE, Gemma, *op. cit.*, 1.264). Estas aportaciones se recogieron en un documento que marcó definitivamente el inicio del proceso de armonización, *vid.* COMISIÓN EUROPEA. *Making the Most of the Internal Market: Strategic Programme*, COM (93) 632 final, de 22 de diciembre de 1993.

fuera el causante de una distorsión comercial de tal magnitud que produjera deslocalizaciones en las ventas de las obras de arte dentro del mercado interior.

Visto así, ¿bajo qué criterios, entonces, se encontraba justificada dicha armonización? ¿Acaso no podían existir otros factores que implicaran la concentración de la gran parte de las operaciones de compraventa de arte en la ciudad de Londres? Ciertamente, y pese a que entonces la ocasión lo merecía, echamos en falta la realización de un análisis en profundidad por parte de los organismos de asesoramiento europeos⁵²⁶ para determinar en qué medida las deslocalizaciones también podían responder a otros elementos, como el propio prestigio de ciertas plazas o las disposiciones nacionales en materia fiscal⁵²⁷.

Una vez la problemática se incorporó a la agenda pública europea, espontáneamente surgieron tipos de soluciones enfrentadas. Los representantes de la tradición del *copyright* plantearon una respuesta pragmática, pero que implicaba la renuncia a ochenta años de prédica legislativa por parte de Francia. Así, para el Reino Unido o Irlanda, la solución nunca podía pasar por obligarles a adoptar un derecho que consideraban inadecuado e infructuoso, así que abogaron por la eliminación generalizada del *droit de suite* en aquellos países comunitarios que ya lo habían implementado con anterioridad⁵²⁸.

⁵²⁶ La Comisión de Asuntos Jurídicos y de Derechos de los Ciudadanos de la Unión Europea, perteneciente al Parlamento Europeo, cuando tuvo que hacer un informe preceptivo dentro del proceso legislativo de la Directiva 2001/84/CE, mostró su desconcierto al verse obligada a valorar aspectos que deberían haberse apoyado en datos económicos, lamentando abiertamente que, para hacer correctamente su trabajo, «*se debería haber contado con un estudio de ventas sobre un período relativamente extendido, basado en datos incontrovertidos. Este estudio no se ha facilitado a los miembros de la Comisión Jurídica; es más, la impresión (...) es que en estos momentos no existen datos fiables armonizados que pudieran sustentarlo*» (cfr. PARLAMENTO EUROPEO. *Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos y de Derechos de los Ciudadanos de la Unión Europea sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original*, A4-0030/973, de 3 de febrero de 1997, Ponente: Ana Palacio Vallelersundi, p. 21).

⁵²⁷ Adicionalmente, existe una limitación material, que será analizada en el momento oportuno. El hecho de tener que trasladar una obra de arte de un Estado a otro para su comercialización no implica pocos gastos. Dependiendo de su tamaño y valor, los costes de transporte y las primas de las compañías aseguradoras podrían resultar tan elevados que sería impensable que el vendedor trasladase el bien a otro país exclusivamente para ahorrarse el pago del *droit de suite*.

⁵²⁸ El Reino Unido siempre fue un claro opositor a la aplicación del *droit de suite* dentro de sus fronteras y, si se tardaron tantos años en aprobar una Directiva europea que lo regulara, se puede achacar perfectamente a sus continuas discrepancias. En este sentido, *vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. «La Directiva sobre el derecho de participación: historia de una iniciativa frustrada». *Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, nº 8, mayo-agosto 2001. Madrid: Ed. Bercal, 2001, p. 9. Por otro lado, W. DUCHEMIN (*op. cit.*, p. 11) añade que el 20 de junio de 1980 se había organizado en Bruselas una reunión del Consejo de la Comunidad Europea para determinar el contenido posible en cuanto al proyecto de Directiva relativa al derecho de participación. No obstante, ese encuentro se tuvo que cancelar, porque el Reino Unido anticipó que se oponía a cualquier regulación del derecho. Ello suponía un obstáculo insalvable, debido a que, en aquel momento, para adoptar una normativa como ésa, se requería la unanimidad en el sentido del voto de los miembros.

Admitir un derecho que nunca se había regulado en sus leyes internas, presumían que resultaría perjudicial para sus economías, ya que sus mercados de arte estaban plenamente consolidados y, hasta el momento, habían logrado competir con otros potentes mercados, cosa que no habían podido hacer países como Alemania o Francia. Desde su perspectiva, con la armonización, tan sólo se iba a conseguir acelerar el proceso de contaminación de las últimas manzanas en Europa que quedaban sin pudrir.

La argumentación, en realidad, tenía un alto contenido proteccionista: si los principales vendedores de arte eran los Estados Unidos, mientras en Europa el peso importante corría a cargo del Reino Unido y Suiza –países donde no se regulaba el *droit de suite*–, ¿qué beneficio les iba a reportar la incorporación del derecho a sus ordenamientos jurídicos, si ni siquiera sus propios artistas se ponían de acuerdo en los beneficios que les podría representar como colectivo?⁵²⁹ Así, mostrando un gran celo, defendieron que la solución de máximos que supondría la homogeneización normativa europea implicaría la descomposición de los mercados donde se comercializaban gran parte de las ventas europeas de arte y provocaría un daño real superior al desequilibrio legislativo.

Esta postura halló muchos apoyos entre las asociaciones de galeristas de toda Europa, pero no así en las instituciones políticas europeas, más proclives, en cambio, a extender la regulación a aquellos Estados miembros que no contemplaban el *droit de suite*. Tan sólo la Comisión de Cultura, Juventud, Educación y Medios de Comunicación del Parlamento Europeo se atrevió a hacer algunas concesiones a las tesis abolicionistas⁵³⁰, en forma de recomendaciones, entre las que destacan las siguientes: *i*) la armonización, en ningún caso, podía provocar el declive del mercado del arte en el seno de la Unión Europea y que éste se desplazara a los Estados Unidos u otros países fuera del continente; *ii*) resultaba necesario hallar un equilibrio entre los intereses del mercado y los de los artistas –quienes, por cierto, no se habían manifestado especialmente a favor del derecho en todos los Estados miembros, recelosos, algunos, de que el *droit de suite* sólo sirviera para aumentar el beneficio de los artistas reconocidos y dejara de lado a los jóvenes o a los que se mueven en gamas de precios más bajas–; y *iii*) no se podía aprobar un derecho que no tuviera una verdadera aplicación práctica, ya que la dificultad de los sistemas excesivamente complejos de recaudación e información podían dar lugar a unos costes de administración tan altos que los créditos de participación liquidados no redundaran en beneficio de los artistas.

En el lado contrario al de los representantes europeos del *copyright*, se hicieron fuertes los Estados miembros que en ese momento ya incluían el *droit de suite* en sus

⁵²⁹ Algunos autores se han mostrado contrarios públicamente al *droit de suite*, por considerar que no favorecía sus intereses económicos. *Vid. infra*, capítulo 8, 1.3.

⁵³⁰ *Vid.* PARLAMENTO EUROPEO. *Informe* de 3 de febrero de 1997 (Ana Palacio), *cit.*, pp. 24 y 25. Este documento incluye en su contenido la obligatoria consulta a la Comisión de Cultura, Juventud, Educación y Medios de Comunicación, en la que el ponente, Hugh Kerr, muestra ciertas reticencias sobre la armonización.

ordenamientos jurídicos, los cuales, por supuesto, se decantaban por la armonización e implantación del derecho en todo el ámbito de la Unión Europea. Debido a su singular sentido de la justicia, entendían que no integrar en todos los países comunitarios el derecho supondría violentar uno de los supuestos fundamentos cimentadores de la cultura europea, como es el reconocimiento a la creación artística.

Los defensores de dicha postura, además, se sirvieron de la llamada *sentencia Phil Collins* para argumentar la necesidad de equiparación legislativa entre los Estados miembros⁵³¹. Con ella, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea reforzó el principio de no discriminación por razones de nacionalidad a los autores y artistas intérpretes y ejecutantes dentro de la Unión Europea.

Hasta ese momento, el principio que invocaban los Estados miembros que regulaban el *droit de suite* para proteger a sus nacionales era el de reciprocidad. Por ende, sólo se reconocía el derecho a los autores de otros Estados miembros si las legislaciones nacionales de éstos también lo hacían. Sin embargo, la sentencia *Phil Collins* puso fin a esta situación de reciprocidad, así que, en adelante, cualquier autor plástico ciudadano de la Unión podía invocar el derecho en cualquier Estado miembro que lo regulase, aunque el país de su nacionalidad no lo hiciera.

Con seguridad, esta jurisprudencia y la continua apelación a argumentos éticos, hizo que se precipitara la necesidad de garantizar un trato igual a todos los artistas, con independencia del lugar donde sus obras se vendieran dentro de la Comunidad, así como de su nacionalidad, lo que sólo podía conseguirse con la armonización normativa comunitaria del *droit de suite*, denominado *derecho de participación* en la traducción oficial de los sucesivos textos europeos al español.

⁵³¹ Vid. STJCE de 20 de octubre de 1993 (asuntos acumulados C-92/92 y C-326/92). El litigio fue entre Phil Collins, de nacionalidad británica, contra la distribuidora de fonogramas Imtrat Handelsgesellschaft mbH y Patricia Im-und Export Verwaltungsgesellschaft mbH; y Leif Emanuel Kraul contra EMI Electrola GmbH, por la comercialización en Alemania de unos discos con conciertos grabados en los Estados Unidos, sin el consentimiento del compositor. Entre los pronunciamientos del Tribunal, se resolvió, respecto a lo que aquí interesa, la oposición a que «la legislación de un Estado miembro excluya a los autores y artistas intérpretes o ejecutantes de los restantes Estados miembros, y a sus derechohabientes, del derecho, reconocido por esa misma legislación a sus nacionales, de prohibir la comercialización en el territorio nacional de un fonograma fabricado sin su consentimiento, cuando la prestación se haya ejecutado fuera del territorio nacional». Ello implicará directamente que «un autor o un artista de otro Estado miembro, o sus derechohabientes, pueden invocar directamente ante el Juez nacional el principio de no discriminación que dicha disposición establece para gozar de la protección reservada a los autores y artistas nacionales».

2. PROCESO DE APROBACIÓN DE LA DIRECTIVA 2001/84/CE

En este contexto⁵³², la Comisión Europea presentó, a inicios del año 1996, una propuesta de *Directiva relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original*⁵³³. Se le ha criticado a este primer texto su esfuerzo por tratar de incluir las diferentes sensibilidades europeas relativas a la propiedad intelectual, así como su excesiva prudencia⁵³⁴. Sin embargo, en el mismo se sentaron las bases del contenido definitivo de la Directiva sobre el *droit de suite* que, a la postre, acabaría aprobándose en 2001, ya que, en realidad, pocos cambios fundamentales pueden advertirse en la redacción final respecto a ésta (inicial).

En el preámbulo de la propuesta de la Comisión, organizada en un listado de *considerandos*, se denunciaba que, en el ámbito de la Unión Europea, el derecho de participación se encontraba legislado de manera irregular, puesto que las disposiciones nacionales existentes al respecto presentaban múltiples diferencias en aquellos aspectos que, a efectos de una armonización normativa, no podían ser heterogéneos. Asimismo, estimaba que la regulación internacional del derecho que hacía el Convenio de Berna, facultativa, era insuficiente, debiendo rechazar de plano el régimen de reconocimiento del derecho de éste basado en la reciprocidad. En este aspecto, aducía que la *doctrina Phil Collins* impedía invocar aquellas disposiciones nacionales, aun provenientes de convenios internacionales, que contuvieran cláusulas de reciprocidad con la finalidad de denegar a los nacionales de otros Estados miembros los derechos reconocidos a los propios nacionales.

En el articulado de la propuesta inicial, se perfilaron los rasgos de un derecho que, en parte, tampoco podía suponer un gran cambio para las regulaciones existentes – con ánimo de facilitar su aceptación y aplicación –, pero que, a su vez y de manera necesaria, debía introducir conceptos y procesos únicos. Así, esta propuesta inicial de la Comisión Europea estableció, a grandes rasgos, las siguientes bases:

i) Consideró el derecho de participación como un derecho inalienable e irrenunciable, con ánimo de proteger al autor, habitual parte débil en el contrato de compraventa del original.

ii) Definió un ámbito objetivo que abarcaba tanto las obras artísticas como también los manuscritos, siempre que fueran originales, siguiendo en este punto el redactado

⁵³² Para ver algunos detalles más del contexto político del momento y del proceso de aprobación de la Directiva 2001/84/CE, *vid.* WALTER, Michel M.; Von LEWINSKI, Silke, *op. cit.*, pp. 841 ss.

⁵³³ *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original*, COM (1996) 0097, presentada por la Comisión Europea el 25 de abril de 1996, de 21 de junio de 1996.

⁵³⁴ Por ejemplo, *vid.* CASAS VALLES, Ramón. «Comentario al artículo 24», 2ª ed., *cit.*, p. 418.

del artículo 14 ter del Convenio de Berna y jurisprudencia de ciertos Estados miembros, especialmente francesa, que se habían decantado a favor de la inclusión de los manuscritos dentro de la tipología de obras de arte a las que debía aplicarse el gravamen.

iii) Se decantó por el sistema de participación en el precio, en lugar del sistema de la plusvalía⁵³⁵, para determinar la aplicación del derecho, disponiendo además un umbral mínimo de 1.000 euros, por debajo del cual las transmisiones de obras de arte no se verían afectadas. A la vez, ofrecía la posibilidad a los Estados miembros de fijar un umbral por debajo de éste, pero en ningún caso superior.

iv) Con el objetivo de conseguir una mayor proporcionalidad en el reparto del derecho, fijó una escala regresiva de tipos porcentuales para determinar la cantidad que debía percibir el autor por la transmisión sucesiva de su obra. De este modo, se estipuló un porcentaje del 4% para el tramo de precio entre 1.000 euros y 5.000 euros; un 3% para aquel tramo que comprendiera las cantidades superiores a 5.000 euros y hasta 250.000 euros y, finalmente, un porcentaje del 2% para el tramo correspondiente a las cantidades superiores a 250.000 euros.

v) Por razones prácticas, la propuesta excluía de su regulación las transmisiones realizadas entre particulares. En todo momento, la Comisión tuvo claro que el éxito de la aceptación del derecho de participación radicaría en la posibilidad de ser controlado y efectivamente cobrado por los artistas en los supuestos contemplados legalmente. En sentido contrario, supondría un esfuerzo desproporcionado tener que vigilar todas aquellas operaciones realizadas de manera privada. En consecuencia, se decidió limitar su aplicación a las ventas públicas o con intervención de profesional y se consagró el derecho a recabar información por parte del beneficiario, según el cual el autor o entidad que le represente puede exigir a cualquier marchante u organizador de ventas públicas toda la información necesaria para la liquidación de los importes debidos correspondientes a las operaciones efectuadas durante el año transcurrido.

vi) De conformidad con la Directiva 93/98/CEE relativa al plazo de protección del derecho de autor⁵³⁶, se estableció que la duración del derecho se prolongaría hasta setenta años después de la muerte del artista.

Siguiendo el trámite parlamentario, la Comisión de Asuntos Jurídicos y Derechos de los Ciudadanos recibió el mandato del Parlamento para analizar la propuesta inicial a fondo, con el objetivo de emitir un informe que, asimismo, incluyera el preceptivo dictamen no vinculante de otra de las comisiones parlamentarias, en este caso, de la Comisión de Cultura, Juventud, Educación y Medios de Comunicación.

⁵³⁵ W. DUCHEMIN, Wladimir (*op. cit.*, p. 23) explica, sin embargo, que el Parlamento Europeo trató de presentar una enmienda para asentar el derecho de participación sobre la plusvalía, una vez deducidos determinados gastos.

⁵³⁶ *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 dicho informe presentado en febrero de 1997 –citado previamente–, la Comisión de Asuntos Jurídicos se pronunció acerca de diversas cuestiones, entre las que destacaron la propuesta de eliminación de los manuscritos entre las categorías de obras a las que se aplicaba la norma y, asimismo, la sugerencia de inclusión, a modo de excepción, de las ventas promocionales en el ámbito de aplicación de la Directiva –por cierto, aspecto que se estuvo debatiendo prácticamente hasta la aprobación del texto definitivo–.

La supresión de los manuscritos de la relación de obras a las que se aplicaría la Directiva se justificó con dos argumentos de peso. El primero, de carácter práctico, se basó en el hecho de que las legislaciones de los Estados miembros donde el derecho de participación tenía una mayor aplicación –Alemania, Francia, Bélgica o España– no contemplaban los manuscritos dentro del ámbito objetivo del derecho. El segundo, de carácter conceptual, respondía a la propia naturaleza de los manuscritos. Como se verá más adelante, éstos no son creados para ser vendidos, sino que son meros soportes de una obra que va a ser reproducida o comunicada, facultades de explotación ya reconocidas por el sistema de europeo de derechos de autor⁵³⁷.

En cuanto a las ventas promocionales, la Comisión de Asuntos Jurídicos, aun estando de acuerdo con que el derecho se circunscribiera exclusivamente a las ventas públicas –incluyendo aquellas en que interviniera una galería, ya fuera como intermediaria o como parte vendedora–, aconsejaba establecer una excepción: cuando la galería adquiriera directamente la obra al artista, la siguiente reventa tras la transmisión original no debería ser gravada con el derecho de participación. Con ello, se lograría evitar que el galerista optara por comercializar las obras de arte en régimen de depósito⁵³⁸ y, por lo tanto, pudiera continuar adquiriendo obras a artistas noveles, con objetivos promocionales y asumiendo directamente el riesgo de dicha operación.

Por su parte, la Comisión de Cultura, en su dictamen comprendido en el Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos⁵³⁹, se mostró favorable a adoptar medidas que favorecieran la redistribución del derecho al mayor número posible de artistas, como, por ejemplo, la reducción de 1.000 a 500 euros del umbral mínimo a partir del cual la operación es gravada; la ampliación, al 5%, del tipo porcentual que afectaba al primer tramo de la escala de aplicación; o la extensión a tres años del periodo por el cual el autor podía solicitar información acerca de la liquidación al vendedor o intermediario.

En resumidas cuentas, las recomendaciones del Informe de la Comisión de Asuntos de Jurídicos de febrero de 1997 fueron tenidas muy en cuenta y, tras algunas enmiendas parlamentarias, la Comisión Europea presentó una propuesta modificada de la

⁵³⁷ *Vid. infra*, capítulo 6, 2.1.b.

⁵³⁸ Ésta es una práctica habitual entre las galerías europeas (*vid.* DREIER, Thomas; HUGENHOLTZ, P. Brent. *Concise European Copyright Law*. Alphen ann de Rijn: Kluwer Law International, 2006, p. 412).

⁵³⁹ Dictamen de la Comisión de Cultura, Juventud, Educación y Medios de Comunicación incluido en: PARLAMENTO EUROPEO. *Informe* de 3 de febrero de 1997 (Ana Palacio).

Directiva⁵⁴⁰, en la que se aceptaron algunos de los cambios previstos, como la eliminación de los manuscritos del ámbito objetivo del derecho o la ampliación del periodo durante el cual el autor o su mandatario podrían solicitar la información necesaria para la liquidación de los créditos a percibir. Aun así, también se rechazaron, en ese momento, algunas otras que finalmente sí acabarían incluidas en el texto definitivo, como las ventas promocionales⁵⁴¹.

Sin embargo, a esas alturas, una tercera institución comunitaria todavía tenía que ejercer su función de contrapeso en la aprobación de la Directiva: el Consejo de la Unión Europea. En su seno, el Reino Unido halló el marco ideal para introducir aspectos que ralentizaran y mitigaran la efectiva aplicación de la norma armonizada, con ánimo de proteger, según su criterio, y tanto como fuera posible, su exuberante mercado artístico.

En cualquier caso, el Consejo adoptó una Posición Común, en junio del año 2000, que contenía algunos puntos que quedarían incluidos definitivamente en la Directiva⁵⁴². En primer lugar, aunque de manera facultativa a decisión de cada Estado miembro, se aceptaron las ventas promocionales, por cuanto el derecho de participación no se aplicaría a las transmisiones inmediatamente posteriores a aquellas en que el vendedor comerciante hubiera adquirido la obra al autor directa y originariamente, a condición de que dicha reventa tuviera lugar en el plazo de tres años después de la adquisición y, siempre y cuando, el precio de la misma no excediera de los 10.000 euros.

En segundo lugar, se fijó un umbral de aplicación elevado –en primera instancia de 4.000 euros– y se añadieron porcentajes suplementarios en los diferentes tramos del tipo de aplicación⁵⁴³. Una vez aplicados, se determinó un límite de 12.500 euros corres-

⁵⁴⁰ *Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original*, COM (1998) 0078 final, presentada por la Comisión de la Unión Europea el 12 de marzo de 1998, 23 de abril de 1998.

⁵⁴¹ En sentido contrario, también se rechazaron otras enmiendas que, a pesar de ser muy discutidas en ese trámite, no volvieron a ser tenidas en consideración, como la posible restricción de los beneficiarios del derecho de participación a los herederos designados por la ley: al ser tratado el derecho como patrimonial, en consecuencia debía estar subsumido a la libertad del autor a transmitir al sucesor de su elección, con arreglo a la normativa sucesoria de cada Estado miembro. Igualmente, la polémica posibilidad de limitación a doce ejemplares, como máximo, de los ejemplares de obras de arte considerados originales, al entender la Comisión, finalmente, que ciertas obras de arte originales pueden producirse de manera indefinida.

⁵⁴² *Posición Común (CE) 42/2000, con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original*, 07484/1/2000, aprobada por el Consejo de la Unión Europea el 19 de junio de 2000, de 20 de octubre de 2000.

⁵⁴³ La tabla de tipos porcentuales de la Posición Común del Consejo quedó finalmente como sigue: 4% para los primeros 50.000 euros del precio de venta; el 3% de la parte del precio de venta comprendida entre 50.000,01 euros y 200.000 euros; el 1% de la parte del precio de venta comprendida entre 200.000,01 euros y 350.000 euros; el 0,5% de la parte del precio de venta comprendida entre 350.000,01 euros y 500.000 euros; y el 0,25% de la parte del precio de

pondiente a la cantidad que tendría derecho a cobrar, como máximo, el autor por cada reventa concreta.

Estas modificaciones tenían como finalidad reducir el derecho de remuneración y, como resultado, evitar posibles deslocalizaciones de las ventas hacia países extracomunitarios cuyas legislaciones no contemplaran el *droit de suite*, sobre todo de aquellas operaciones de venta con precios más elevados.

Para terminar, en la *Posición Común* del Consejo, se previó una excepción facultativa y transitoria en la aplicación del derecho de participación cuando los beneficiarios fueran los derechohabientes del artista tras su muerte. Aunque ésta sólo se abrió a los Estados miembros que no tuvieran regulado el *droit de suite* en el momento de la aprobación de la Directiva –por supuesto, el Reino Unido, pero también Irlanda, Austria, Países Bajos y Malta–, con esta medida se conseguía retrasar la aplicación del derecho a las operaciones de mayor valor –normalmente, reventas de obras de autores fallecidos– y permitía la adaptación progresiva temporal, esto es, primero a los autores y, en un segundo momento, a los derechohabientes, así que se propuso que esta excepción pudiera aplicarse a un período transitorio máximo de diez años.

A pesar de todo, la Comisión pronto manifestó que no podía aceptar las enmiendas a la Directiva propuestas por el Consejo y elaboró una *Comunicación al Parlamento acerca de la Posición Común*, en la que argumentaba que dichas modificaciones iban en contra de la armonización de la norma y, lo que era peor, creaban excesivas diferencias entre Estados miembros, amén de rebajar la protección de los autores, al elevar el umbral mínimo y establecer una cantidad máxima de percepción.

Ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, debido al distanciamiento de las posturas, fue necesario acudir al Comité de Conciliación⁵⁴⁴, que aprobó un texto conjunto que, aun matizado, resultaba ciertamente cercano a la *Posición Común* del Consejo de la Unión Europea. Así, se resolvió que el límite mínimo de aplicación del derecho se situaría en 3.000 euros, disponiendo los Estados miembros de la facultad de establecer umbrales nacionales inferiores. En cuanto al *tempo* de aplicación de la Directiva, el Comité de Conciliación determinó que la misma debería ser transpuesta por los Estados miembros, a más tardar, el 1 de enero de 2006; aunque aquellos países de la Unión que no contemplaran en sus ordenamientos el *droit de suite* en el momento de la entrada en vigor de la misma, no se les exigiría, por un periodo de cuatro años, la aplicación del derecho en favor de los derechohabientes del artista después de su muerte. Con relación a este último punto, además, previó expresamente un período adicional, a solicitud del Estado interesado, de dos años más –a añadir a los cuatro preceptivos– para que los operadores económicos pudieran adaptarse gradualmente al nuevo sistema de gravámenes.

venta que excediera de 500.000 euros. Como se ha apuntado, el importe total del derecho no podría exceder, en ningún caso, de 12.500 euros.

⁵⁴⁴ El Comité de Conciliación es un mecanismo contemplado en el artículo 251.4 del Tratado de la Unión Europea. En este caso, su Decisión final se aprobó el 31 de mayo de 2001.

Con todas estas modificaciones y tras el largo proceso legislativo, la Directiva 2001/84/CE finalmente pudo aprobarse –no sin reticencias por parte de la Comisión Europea– el 27 de septiembre de 2001, siendo publicada en el *Diario Oficial de la Comunidad Europea* L272/32, de 13 de octubre de 2001.

3. CONTENIDO DE LA DIRECTIVA 2001/84/CE

En el presente apartado, nuestro objetivo es destacar aquellas características del derecho de participación, según su regulación comunitaria, que tienen mayor interés armonizador⁵⁴⁵. Pese a que intentaremos huir de un tratamiento descriptivo de la cuestión, ciertamente, tampoco entraremos aquí a realizar un profundo análisis de los elementos materiales de este derecho, puesto que reservamos esta tarea para el momento en que el derecho de participación sea abordado desde la perspectiva de la legislación española.

3.1. SUPUESTOS DE HECHO PARA LA GENERACIÓN DEL CRÉDITO

a) *Condiciones*

Las condiciones mínimas para el nacimiento del crédito de participación en beneficio de su autor, que deben sucederse simultáneamente, son necesariamente las siguientes:

i) *Que se produzca una reventa de la obra en el mercado secundario*: la Directiva configura el derecho de participación como un derecho de remuneración⁵⁴⁶, inalienable e irrenunciable, que nace una vez se ha realizado «*cualquier reventa de la que sea objeto la obra tras la primera cesión realizada por el autor*».

ii) *Que en dicha reventa haya participado, de algún modo, un profesional del mercado del arte*: el artículo 1.2 de la Directiva establece que el derecho sólo nacerá cuando en la segunda o ulteriores transmisiones intervengan *profesionales del mercado del arte* como vendedores, compradores o intermediarios, definiendo a éstos como salas

⁵⁴⁵ Piénsese que la armonización llevada a cabo por la Directiva 2001/84/CE se realizó con relación a aquellos aspectos que tenían que ver con el mercado interno europeo y se consideraba que podían distorsionar las condiciones de competencia (*vid.* DREIER, Thomas; HUGENHOLTZ, P. Brent, *op. cit.*, p. 405).

⁵⁴⁶ El considerando 2º (2) establece que el derecho de participación, que es esencialmente un derecho a la percepción de frutos, permite al autor o artista percibir una remuneración a medida que se producen enajenaciones sucesivas de la obra; el objeto del derecho de participación es la obra material, a saber, el soporte al que se ha incorporado la obra protegida.

de ventas, galerías y, en general, cualquier marchante⁵⁴⁷. La norma incluye una lista cerrada. No obstante, la última categoría –«*cualquier marchante*»–, hay que adoptarla del modo más abierto en cuanto a su interpretación, es decir, como cualquier persona o empresa cuya actividad esté relacionada directamente con la intermediación en el mercado del arte. Asimismo, resulta necesario no olvidar que el modo de ejercer esta actividad, sea de manera física o virtual, no debe ser determinante para calificar de modo diferente a los profesionales del mercado del arte.

iii) Que el precio de la reventa supere un umbral mínimo: el artículo 3 de la Directiva dispone que los Estados miembros deben fijar un umbral mínimo de aplicación, esto es, un precio de venta por debajo del cual las ventas no estarán sujetas al derecho de participación. Así, el precio de venta mínimo que fije cada Estado no podrá superar, en ningún caso, los 3.000 euros, pero, en cambio, sí podrá ser rebajado hasta la cantidad que consideren éstos⁵⁴⁸.

El considerando 22º del Preámbulo justifica que los Estados miembros puedan fijar límites nacionales inferiores al umbral máximo comunitario con el objeto de proteger los intereses de los nuevos artistas: cuan más bajo sea este límite, tan mayor número de autores podrá beneficiarse del derecho, aunque esto suponga mayores costes de gestión. Así, será facultad de cada Estado valorar la eficiencia de esta decisión. En cualquier caso, no parece que la heterogeneidad en los umbrales mínimos de aplicación pueda suponer un riesgo de deslocalización de operaciones entre Estados comunitarios, debido a la escasa diferencia entre cuantías, por lo que esta excepción no debería tener consecuencias significativas para el buen funcionamiento del mercado interior. Con todo, justo antes de la aprobación de la Directiva, la mayoría de los países comunitarios ya tenían umbrales por debajo de los 3.000 euros. A saber: Alemania, 50 euros; Bélgica, 1.250 euros; Eslovaquia, 750 euros; España, 1.803,04 euros; Francia, 15 euros; y Hungría, 750 euros.

La principal crítica que se realiza a la adopción de umbrales bajos se basa en que los costes de gestión de aplicar el derecho a la transmisión de una obra cuyo importe económico no supere cierta cantidad –se supone que esta variable dependerá del contexto social, económico o cultural donde se aplique– podrían incluso superar la suma a percibir por el titular del crédito de participación⁵⁴⁹. A pesar de ello, se olvida en ese

⁵⁴⁷ Las ventas realizadas en casas de subastas conllevan intrínsecamente la publicidad de operaciones y precios; sin embargo, aquellas ventas llevadas a cabo en galerías, suelen ser discretas. Es por ese motivo que la Directiva hace hincapié en que las entidades de gestión sean las que ejerzan un control de las transmisiones mediante su derecho de información, aunque también limitado por el secreto profesional y confidencialidad que debe ser respetado en tales ventas.

⁵⁴⁸ *Vid. infra* cuadro comparativo con umbrales mínimos nacionales y otras variables.

⁵⁴⁹ Los costes de administración y recaudación de las entidades de gestión son elevados. Una de las más eficientes, en este sentido, parece ser DACS, cuyo costes destinados a la gestión del *droit de suite* respecto al total recaudado se sitúan alrededor del 15% (*vid. infra*, capítulo 8, 3).

razonamiento que si este límite es elevado, más artistas se verán marginados en su posibilidad de beneficio, ya que son una inmensa mayoría los autores que venden sus obras por debajo de los 3.000 euros. En consecuencia, se estará legislando para un grupo de artistas vivos afamados y, sobre todo, para los derechohabientes de los grandes autores fallecidos⁵⁵⁰. Además, el hecho de que artistas más modestos se puedan beneficiar del derecho de participación tiene implicaciones más allá de la mera percepción de una cantidad económica, como es su inclusión dentro del ámbito de actuación de las entidades de gestión, lo que le permitirá controlar la evolución de la cotización de sus obras y el número de veces que se revenden⁵⁵¹.

b) Excepciones

Analizados los presupuestos necesarios para que nazca el derecho, hay que destacar que el considerando 18º de la Directiva excluye, de un modo expreso, la aplicación del mismo a las siguientes reventas:

i) las realizadas directamente entre particulares: el legislador, por razones de operatividad, excluye del ámbito de aplicación las reventas llevadas a cabo mediante personas que actúen a título privado, entendiendo que en estas operaciones no ha intervenido un profesional del mercado del arte.

ii) las realizadas por personas que actúen a título privado a museos no comerciales abiertos al público: estas operaciones conservarán su calificación de *actos privados* aunque por cuenta del adquirente actúen profesionales del mercado del arte en calidad de asesores o peritos expertos⁵⁵².

iii) las denominadas *ventas de promoción*: en este supuesto, el artículo 1.3 de la Directiva establece una facultad potestativa de cada Estado miembro para excluir del derecho de participación las reventas de obras adquiridas por el vendedor directamente a

⁵⁵⁰ En realidad, tampoco se puede afirmar que se esté legislando *en su favor*, puesto que las cantidades que pueden recibir por transmisión serán, como máximo, de 12.500 euros, tal y como se verá, lo que se revela insuficiente frente a precios de venta, en ocasiones, de millones de euros.

⁵⁵¹ Vid. DUCHEMIN, Wladimir, *op. cit.*, p. 77. En sentido contrario, RUBÍ PUIG (*op. cit.*, p. 93) opina que este objetivo se puede conseguir sin necesidad de aplicar el derecho de participación, sino con un sistema de información general que permitiera exigir a los profesionales del mercado del arte información general de todas las operaciones y las circunstancias de la reventa.

⁵⁵² Esta exclusión se aplica por vía interpretativa del Preámbulo de la Directiva 2001/84/CE. Tal y como indica R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO («La Directiva...», *cit.*, p. 14) un museo no comercial no significa necesariamente un museo de entrada gratuita al público. Así, no será comercial aunque la entrada sea mediante el pago de una cantidad que no exceda de lo necesario para cubrir sus gastos de funcionamiento (art. 19.4 TRLPI). En todo caso, para una definición extensa del concepto de museo, vid. CANAT, Jean François; GUIBAULT, Lucie. *Study on copyright limitations and exceptions for museums*, OMPI SCCR 30/2, de 30 de abril de 2015. Ginebra: OMPI, 2015, pp. 6 ss.

los autores, siempre y cuando el período transcurrido entre la primera cesión y la reventa no supere los tres años y, además, el precio de ésta no supere los 10.000 euros, excluyendo los impuestos⁵⁵³.

3.2. OBRAS DE ARTE OBJETO DE APLICACIÓN DEL DERECHO

El artículo 2 de la Directiva enumera las *obras de arte originales* a las que se aplicará el derecho de participación, especificándolas mediante un listado detallado, mas no cerrado⁵⁵⁴. En principio, no tienen cabida ni los manuscritos ni las obras arquitectónicas⁵⁵⁵. Éstas porque se alejan sustancialmente del abanico de ejemplos propuesto, además de tratarse de un caso con la suficiente entidad como para haber sido incluidas por el legislador de haberlo deseado; aquéllos porque el considerando 19º de la Directiva los excluye, a pesar de ser una categoría incluida en el artículo 14 ter del Convenio de Berna⁵⁵⁶. En cambio, sí se reconocieron expresamente las obras fotográficas⁵⁵⁷.

⁵⁵³ ORTEGA DOMÉNECH opina que, en las ventas promocionales, en cierto modo se recupera el fundamento de la plusvalía, porque «*se establece una diferencia cuantitativa (3.000/10.000 euros), con lo que se recoge la idea de aumento de valor de la obra*». En cuanto al plazo de tres años, «*en principio podría bastar para cualquier tipo de objeto que no fuese una obra plástica, pero ésta puede aumentar de valor en un espacio de tiempo muy corto. Así sucede en la actualidad con la obra de los autores más noveles, los cuales llegan a ponerse de moda, y la cotización de su trabajo sube como la espuma*». Añade este autor que, por su parte, la *European Visual Artists*, entidad de gestión europea, consideró que la intención de la cláusula era apoyar a las galerías y comerciantes de arte que promocionan a los artistas más jóvenes, pero esta intención falla porque las obras de estos autores difícilmente superan las cantidades recogidas («*El resurgimiento europeo del droit de suite...*», *cit.*, p. 284).

⁵⁵⁴ Entrando en detalle, el listado de categorías indica los siguientes tipos de obras plásticas sujetas al derecho: collages, pinturas, dibujos, grabados, estampas, litografías, esculturas, tapicerías, cerámicas, objetos de cristal y fotografías –entendiendo por ello no las *meras fotografías*, sino las que constituyan creaciones ejecutadas por el propio artista con intención de ser consideradas obras de arte originales–.

⁵⁵⁵ KATZENBERGER («*Harmonisierung des Folgerechts...*», *cit.*, pp. 313-314) destaca la dificultad para unificar una definición de obra de arte dentro de un ámbito no tan homogéneo, como es la Unión Europea. Así, desde el punto de vista del derecho alemán sería discutible la inclusión como categoría artística de los manuscritos y, sin embargo, éstos habían sido objeto clásico de la protección del derecho de participación en algunos (pocos) de los países de la Unión, como Italia y Portugal.

⁵⁵⁶ El considerando 19º expresa que «*debe quedar claro que la armonización llevada a cabo por la presente Directiva no se aplica a los manuscritos originales de escritores y compositores*». Por ello, resulta llamativo que la legislación polaca continúe regulando un derecho, compatible con el de participación, en el que los autores de manuscritos literarios o musicales originales participan con un 5% fijo en las transmisiones de esos objetos. El porcentaje guarda relación con el precio de reventa, mas no cuenta con un límite inferior o superior de aplicación. Así, el artículo 19.1 de la Ley de Derecho de Autor de Polonia, plenamente vigente, establece literalmente que «*el autor y sus herederos tendrán derecho a una remuneración por valor del 5% del precio de la venta profesional de manuscritos de obras literarias o musicales*».

Partiendo siempre del presupuesto de que el derecho de participación se aplica, principalmente, a obras de arte originales, el artículo 2.2 de la Directiva aborda la cuestión de las obras múltiples. Y lo hace de un modo peculiar, deliberadamente amplio, estableciendo que los ejemplares de obras de arte que hayan sido realizados por el propio autor o bajo su autoridad, en ediciones limitadas, también se considerarán obras de arte originales –por tanto, sujetas al derecho– siempre que estén numerados, firmados o debidamente autorizados de otro modo por el artista.

Asimismo, la Propuesta previa a la aprobación de la Directiva recogía en la Exposición de Motivos la exclusión absoluta de las artes aplicadas, mientras que, con buen criterio, en el texto definitivo no hizo falta incluir esta excepción, ya que habrá que atender a un criterio específico, caso por caso, para valorar la sujeción al derecho de cada obra⁵⁵⁸.

3.3. BENEFICIARIOS DEL DERECHO

La Directiva 2001/84/CE reconoce como sujetos del derecho de participación al autor de la obra y a sus derechohabientes⁵⁵⁹ tras su muerte o declaración de fallecimiento. Éstos, como se ha visto, pueden ser los únicos beneficiarios del derecho de participación aparte del autor, al tratarse de un derecho sólo transmisible *mortis causa*. Así, con relación a los derechohabientes, la Directiva no entra a definir quiénes deben ser éstos, respetando el Derecho de sucesiones de los Estados miembros. El considerando 27º de la Directiva dispone, apelando al principio de subsidiariedad, lo siguiente:

Es conveniente determinar los beneficiarios del derecho de participación respetando al mismo tiempo el principio de subsidiariedad; por consiguiente no resulta oportuno intervenir por medio de la presente Directiva en el Derecho de sucesiones de los Estados miembros; no obstante, los derechohabientes deben poder disfrutar plenamente del derecho de participación a la muerte del autor (...).

El artículo 6 de la Directiva establece que el derecho «se deberá al autor de la obra y, con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 8, a los derechohabientes

⁵⁵⁷ En opinión de WALTER y von LEWINSKI, las obras fotográficas se incluyeron en el ámbito objetivo de la Directiva porque las fotografías se incluyen por su historial de reventas en el mercado secundario (*op. cit.*, p. 860).

⁵⁵⁸ *Vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. «La Directiva...», *cit.*, p. 11.

⁵⁵⁹ Hay que tener presente la norma transitoria del artículo 8.2 de la Directiva, por la cual los Estados miembros que en la fecha de entrada en vigor de la misma no aplicaban el derecho de participación no estuvieron obligados, durante un período que concluyó el 1 de enero de 2012 –agotada su prórroga–, a reconocer ese derecho a los derechohabientes del artista tras su muerte.

del autor tras su muerte»⁵⁶⁰, apelando a los derechos sucesorios de cada Estado miembro. En este punto, debemos destacar que la ley española utiliza la misma técnica legislativa, por cuanto no limita la transmisión ni a heredero testamentario ni legal, ofreciendo la posibilidad al autor para que disponga mediante testamento la sucesión del derecho, acogiéndose a las reglas generales del derecho sucesorio. Este punto tiene importancia si se tiene presente que determinadas legislaciones –paradigmático resulta el caso de la francesa– excluyen de la sucesión del *droit de suite* expresamente a «legatarios y causahabientes»⁵⁶¹.

De este modo, se observa una clara dicotomía entre dos modelos reguladores de transmisión *mortis causa* del derecho. Por un lado, se halla la regla general, que reconoce la transmisión mediante herencia y legado⁵⁶² y, por otro, se encuentra un régimen propio –el francés–, proteccionista y garante de la esencia original del derecho, que lo mantendría en el seno de la familia del autor –viuda o viudo e hijos–⁵⁶³.

⁵⁶⁰ Nótese que la posibilidad de acogerse a la moratoria el artículo 8.2 de la Directiva debe ser considerado como un punto de transacción conseguido por el Reino Unido para lograr la aprobación del texto legal. Por otra parte, tal y como señala CASAS VALLÉS («Comentario al artículo 24», 3ª ed., *cit.*, p. 423), en el debate de tramitación de la Directiva también hubo quien propuso –Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos de febrero de 1997– que el derecho quedara limitado a cónyuge y herederos en línea directa hasta segundo grado. Igualmente, se consideró la posibilidad de impedir que el Estado pudiera llegar a adquirir el derecho como heredero intestado. Al final, con buen criterio, la cuestión se remitió al Derecho sucesorio nacional.

⁵⁶¹ *Vid.* DESBOIS, Henri. *Le droit d'auteur...*, *cit.*, pp. 382-394. Cuestionando este extremo, el autor francés defendía la necesidad de la transmisión testamentaria, ya que los legatarios no podían ser considerados especuladores.

⁵⁶² En el primer grupo expresado –régimen general–, se halla la ley española, que considera el derecho de participación como un derecho patrimonial, al que hay que tratar como tal, por mucho que se aparte de su origen y pueda acabar en manos de gente lejana a la familia, de personas jurídicas o incluso del Estado. De igual modo, en Italia, el artículo 150.1 LDA admitió, sin reservas, la libre designación testamentaria. En ausencia de disposiciones testamentarias, tras la muerte del autor, el derecho se transmite al cónyuge o herederos legítimos, limitadamente a los primeros tres grados. Si tales sucesores no se encontraran, el derecho se transmitiría al *Ente Nazionale Assistenza e Previdenza per i Pittori e gli Scultori*. Para ello, *vid.* UBERTAZZI, Luigi Carlo; AMMENDOLA, Maurizio, *op. cit.*, p. 53. Finalmente, se debe destacar que en Alemania la transmisión no supuso un problema doctrinal y decidió adherirse al régimen más abierto posible –incluso se permiten acuerdos entre coherederos para la transmisión global del derecho–.

⁵⁶³ La cuestión francesa tradicionalmente ha generado múltiples problemas hermenéuticos, debido a la aplicación restrictiva del régimen de transmisión *mortis causa* del *droit de suite*. La complicada regulación provocó pleitos de difícil solución, cuyos casos prototípicos son los relativos a las sucesiones de los famosos pintores Claude Monet, Maurice Utrillo y Georges Braque (*vid.* DESBOIS, Henri. *Le droit d'auteur...*, *cit.*, pp. 387 ss.). En el primero de ellos, Michel Monet, heredero universal *ab intestato* del pintor, dejó como legatario universal al museo Marmottan, al fallecer en 1966; y poco después, en ese mismo año, se vendió en subasta pública la obra de Monet *Barque sur la Seine à Jeufoisse*. Sin embargo, como el legatario universal estaba excluido expresamente por la ley francesa, reclamó el derecho para sí Madame Lefebvre, la nieta del pintor. A partir de aquí, se sucedieron tres decisiones judiciales distintas entre sí: en 1968, el Tribunal de Grande Instance de París, admitió la demanda de Madame Lefebvre, pero no en calidad de heredera de Michel Monet, sino en calidad de única heredera presunta del pintor en la fecha de la venta. Sin embargo, la Corte de París, haciendo gala de una interpretación

Con todo, el artículo 6.1 de la Directiva 2001/84/CE, que reconoce el derecho de participación, sin más, a los derechohabientes del autor tras su muerte, no debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición de Derecho interno que reserve el beneficio del derecho de participación únicamente a los herederos forzosos o legitimarios del autor, con exclusión de los legatarios testamentarios. Pero, entonces, ¿qué norma se debe aplicar cuando los créditos se generen en diferentes localizaciones porque las obras de un autor fallecido se estén revendiendo en más de un Estado miembro?

Para arrojar luz a esta cuestión, se tuvo que esperar a la Sentencia del Tribunal de Grande Instance de París, de 8 de julio de 2011, que sentó jurisprudencia en el Estado francés en este sentido, con arreglo a una cuestión prejudicial resuelta por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sala 3ª) de 15 de abril de 2010 (asunto C-518/08).

En dicho caso, el conflicto surgió debido a que, a pesar de la armonización europea⁵⁶⁴, ciertas materias, como la sucesoria, se mantuvieron deliberadamente fuera de la misma. Según se ha visto, la legislación francesa reserva el derecho de participación a los autores y a sus herederos forzosos⁵⁶⁵, mientras, por su parte, la española lo extiende,

muy restrictiva, anuló la sentencia al considerar aplicable el derecho solamente a la primera generación de herederos del artista. Al final, y como tercera solución posible, la Corte de Casación Civil francesa rectificó y consideró herederos a todos los sucesores legales, «*incluso en presencia de disposiciones testamentarias en contra*», estableciendo que el derecho no podía ser objeto de legado, ni siquiera en las sucesivas sucesiones. Por lo tanto, el derecho se reconoció definitivamente a Madame Lefebvre, pero como heredera del hijo del pintor, Michel. En el segundo caso, Utrillo, fallecido en el año 1955, instituyó a su esposa como heredera. Ésta, tras su muerte en 1965, dejó todos sus bienes y derechos a una hija proveniente de un matrimonio anterior. La Corte de Apelación de París denegó a la heredera la percepción del *droit de suite* por las obras revendidas de su padrastro, debido a que no existía ningún grado de parentesco «de sangre» con el autor. Finalmente, el último caso que se suele citar para ilustrar el caos interpretativo de la regulación francesa, lo protagonizaron los herederos de Braque. La mujer del pintor, heredera de su marido, murió unos meses después de él. Al no tener hijos, heredó el sobrino de ambos, quien, a su vez, murió en 1972, por lo que le sucedió su esposa. Sin embargo, tras una subasta pública en 1982 de varias obras del pintor cubista, tres primos suyos reclamaron ser los legítimos perceptores del derecho. Ello les fue inmediatamente denegado, puesto que, pese a ser familiares de Braque, no eran sus herederos. La Corte de Apelación de París, siguiendo la jurisprudencia del caso Utrillo, sentenció que la viuda del sobrino no podía ser tampoco la perceptora de las remuneraciones del *droit de suite*. No obstante, poco después, la Corte de Casación resolvió, definitivamente, que no podía haber distinción entre los herederos del autor y los subsiguientes herederos, por lo que el criterio de los lazos de sangre no resultó ser definitivo.

⁵⁶⁴ La Directiva 2001/84/CE no buscó armonizar el concepto de causahabiente. Tal y como se especifica en el considerando 27º de la Directiva, «*es conveniente determinar los beneficiarios del derecho de participación respetando al mismo tiempo el principio de subsidiariedad; por consiguiente, no resulta oportuno intervenir por medio de la presente Directiva en el Derecho de sucesiones de los Estados miembros*».

⁵⁶⁵ ESPÍN ALBA especifica que sistema francés prefiere regular un sistema sucesorio propio para el *droit de suite*, del mismo modo que sucede con algunos derechos morales, limitando la sucesión a determinados herederos debido a su «*originaria base asistencial y alimentaria que se ha señalado en su evolución histórica –la protección de viudas y huérfanos–*» (ESPÍN ALBA, Isabel. *El caso Fundación Gala-Salvador Dalí VEGAP: la transmisión mortis causa del derecho*

además, a los herederos y legatarios testamentarios⁵⁶⁶. Así, la *Ley francesa 2006-961, de 1 de agosto de 2006, relativa al derecho de autor y a los derechos afines en la sociedad de la información*, que adaptó a la legislación interna francesa la Directiva 2001/84/CE, modificó el artículo L 122-8 del *Code de la Propriété Intellectuelle* en todo aquello relativo al *droit de suite*; sin embargo, se mantuvo intacto el artículo L 123-7 del propio código, que establece, literalmente, que «*después del fallecimiento del autor, el derecho de participación subsiste en beneficio de sus herederos forzosos y, con el usufructo previsto en el artículo 123-6, de su cónyuge, excluyéndose a todos los legatarios y causahabientes, durante el año civil en curso y los setenta años siguientes*».

Atendiendo a dicho precepto, el Estado francés –mediante ADAGP, entidad que gestiona los derechos de autor de los creadores plásticos en dicho país y que cuenta con un convenio de colaboración con su homóloga española VEGAP– estuvo liquidando los créditos *generados en Francia* por el derecho de participación de obras de Salvador Dalí a sus herederos forzosos –familiares que el pintor no mencionó en su testamento–. Y, efectivamente, la Directiva 2001/84/CE propugna que los Estados miembros disponen de plena libertad de elección legislativa para fijar las categorías de personas que pueden disfrutar del *droit de suite* tras el fallecimiento del autor.

Sin embargo, aunque la normativa europea no se oponga a una disposición que reserva el beneficio del derecho de participación únicamente a los herederos forzosos del autor, la cuestión de fondo no se podía resolver debidamente sin tener en cuenta todas las reglas pertinentes dirigidas a resolver los conflictos de leyes en materia de atribución sucesoria del *droit de suite*. Por consiguiente, por mucho que las obras fueran revendidas en Francia, la determinación de los causahabientes de Salvador Dalí, en el sentido del artículo 6.1 de la Directiva 2001/84/CE, no corresponde al Derecho francés, sino exclusivamente al Derecho sucesorio español, ya que el pintor, de nacionalidad española, falleció en su domicilio de Figueres. Así las cosas, ADAGP, debería haber liquidado los créditos al Estado Español, al que el pintor instituyó como heredero universal.

de participación en la reventa de obras de artes plásticas, 2014, pp. 321 y 322 [en línea]. Disponible en: <<http://pidcc.com.br/artigos/072014/14082014.pdf>> [última visita: 27 de diciembre de 2015]). La misma autora destaca ciertos problemas del sistema francés con las llamadas «*fundaciones de autor*», ante la imposibilidad de legarles el *droit de suite*: «*la naturaleza de esas personas jurídicas creadas por los artistas plásticos para promover la difusión de su obra y protegerla contra las violaciones de la propiedad intelectual y el parasitismo artístico, justifica que, en un momento en que la visión asistencialista del derecho de participación carece de sentido, no se restrinja la libertad de testar de los autores de obras plásticas. En defensa de sus intereses, sería más adecuado volver a un concepto de sucesión basada en las normas generales de sucesión y no en un régimen especial para el derecho de autor*» (cfr. *ibidem*, p. 326).

⁵⁶⁶ Esta cuestión ya había sido tratada judicialmente en España, demostrándose la compatibilidad de que herederos ostentaran el derecho de participación de obras legadas a terceros (vid. SAP Alicante [Sección 8ª], de 19 de diciembre de 2006).

En otro orden de cosas, desde la *sentencia Phil Collins*, en realidad se había ya reconocido una total equiparación de los derechos de los autores y artistas intérpretes y ejecutantes de los Estados miembros. No obstante, en cuanto a la nacionalidad extracomunitaria de los autores, el considerando 29º deja claro que el derecho de participación debe aplicarse sólo a los nacionales comunitarios y a los autores extranjeros cuyos países concedan dicha protección a autores que sean nacionales de Estados miembros. En el artículo 7.1 de la Directiva se insiste en que el derecho de participación únicamente será aplicable a aquellos autores o derechohabientes cuya legislación nacional permita la protección del derecho de participación en dicho país para los autores de los Estados miembros y para sus derechohabientes⁵⁶⁷.

Asimismo, el artículo 7.3 de la Directiva deja abierta la posibilidad de que cada Estado miembro considere si debe extender el derecho a los «*autores extranjeros que tengan residencia habitual en su territorio*», aunque las legislaciones de origen de éstos no contemplen el derecho.

3.4. CRÉDITO DE PARTICIPACIÓN

a) Cálculo

El crédito a percibir por parte del titular del derecho de participación se estipulará en función de la aplicación de porcentajes decrecientes sobre los siguientes tramos comprendidos en el precio, sin incluir impuestos devengados por la transmisión de la obra de arte (artículos 4 y 5 de la Directiva):

- a) *el 4% de los primeros 50.000 euros del precio de reventa*
- b) *el 3% de la parte del precio de la reventa comprendida entre 50.000,01 y 200.000 euros*
- c) *el 1% de la parte del precio de la reventa comprendida entre 200.000,01 y 350.000 euros*
- d) *el 0,5% de la parte del precio de la reventa comprendida entre 350.000,01 y 500.000 euros*
- e) *el 0,25% de la parte del precio de reventa que exceda de 500.000 euros.*

⁵⁶⁷ En palabras de MINERO ALEJANDRE, existe un claro interés por parte del legislador europeo en regular el trato único a conceder por los Estados miembros de la Unión Europea a los nacionales de terceros países. En este sentido, el artículo 7 de la Directiva prevé una serie de obligaciones para los Estados miembros. Para empezar, el trato dado al nacional del tercer país debe ser conforme con la armonización de este derecho contenida en la Directiva europea. En segundo lugar, dicho trato únicamente podrá basarse en criterios de reciprocidad material –que no estricta equivalencia, pues el requisito implica que la legislación del país del autor permita la protección del *droit de suite* en dicho país para los autores de los Estados miembros y sus derechohabientes. Por tanto, entiende esta autora, la exigencia y grado de este trato de reciprocidad material se deja a la discreción de cada Estado miembro (*vid.* MINERO ALEJANDRE, Gemma, *op. cit.*, p. 1.282).

*El importe total del crédito calculado no podrá superar, en ningún caso, los 12.500 euros*⁵⁶⁸.

El artículo 4.2 de la Directiva establece que, como excepción, los Estados miembros podrán aplicar un porcentaje del 5% en lugar del 4% en el primer tramo, para proteger más a los artistas principiantes. Por su lado, el artículo 4.3 de la Directiva recuerda que si el Estado escoge un umbral mínimo inferior a 3.000 euros, deberá fijar un porcentaje para ese tramo que no podrá ser inferior al 4%.

Al respecto, se ha subrayado que el hecho de reconocer un sistema decreciente debe entenderse como una concesión para favorecer a los grupos de presión que representan los intereses del mercado del arte, en detrimento de los intereses de los autores⁵⁶⁹.

b) Pago

En el lugar opuesto al beneficiario, en la relación jurídica, se halla el deudor de dicho crédito de participación. Así, el art 1.4 de la Directiva establece como sujeto obligado de soportar el pago del porcentaje aplicado sobre el precio de reventa de la obra de arte al *vendedor* de la misma⁵⁷⁰. Sin embargo, el propio precepto determina que los Estados miembros podrán disponer que los profesionales del mercado del arte que intervengan en la operación y que no lo hagan como vendedores tengan responsabilidad exclusiva o compartida con el vendedor para el pago del derecho⁵⁷¹.

De todos modos, no debemos confundir la obligación de soportar o realizar el pago con la posibilidad de que el deudor pueda transmitir la deuda individualizada. Al respecto, se pronunció el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con objeto de una

⁵⁶⁸ ORTEGA DOMÉNECH explica que la *European Visual Artists* considera el tope de acumulación de 12.500 euros como una discriminación para los artistas con éxito y tiene difícil encaje con la legislación de derecho de autor; asimismo, tampoco existe un límite en los beneficios para los comerciantes de arte, casas de subastas y coleccionistas, cuando se transmite una obra plástica («El resurgimiento europeo del *droit de suite*...», *cit.*, p. 286).

⁵⁶⁹ *Vid.* DUCHEMIN, Wladimir, *op. cit.*, p. 63.

⁵⁷⁰ Cfr. artículo 1.4 de la Directiva 2001/84/CE: «*el pago del derecho contemplado en el apartado 1 correrá a cargo del vendedor. Los Estados miembros podrán disponer que una de las personas físicas o jurídicas a las que se refiere el apartado 2 (profesionales del mercado del arte) que no sea el vendedor tenga responsabilidad exclusiva o compartida con el vendedor para el pago del derecho*». La precisión indicada entre paréntesis en el cuerpo del precepto es propia.

⁵⁷¹ La posibilidad regulada en el artículo 1.4 *in fine* de la Directiva es muy amplia e incluye toda intervención de dicho profesional en la reventa, sea como parte contratante o como intermediario. En cualquier caso, si un Estado miembro se decanta por fijar la responsabilidad exclusiva del profesional, lo hará para facilitar acuerdos globales con las entidades de gestión (*vid.* MINERO ALEJANDRE, Gemma, *op. cit.*, p. 1.275).

petición de decisión prejudicial planteada en el año 2015 por la Corte de Casación Francesa⁵⁷².

El conflicto inicial surgió cuando la casa de subastas *Christie's*, con relación a ciertos lotes subastados, estipuló una cláusula en sus condiciones generales de la contratación que trasladaba al comprador el pago del derecho de participación, lo que para el *Syndicat national des antiquaires* (SNA) constituía un acto de competencia desleal. El *Tribunal de Grande Instance de París* desestimó la acción de la SNA⁵⁷³, resolviendo que el reparto de la carga del crédito de participación no constituía, por sí mismo, la invocada competencia desleal. Sin embargo, este fallo fue revocado en apelación, por considerarse que el traslado de la obligación del pago al comprador era contrario al artículo 1.4 de la Directiva 2001/84/CE y de la correspondiente normativa francesa del *droit de suite*. Posteriormente, la Corte de Casación francesa elevó la cuestión prejudicial con el siguiente enunciado:

¿Debe interpretarse la regla del artículo 1, apartado 4, de [la Directiva 2001/84/CE], que pone a cargo del vendedor el pago del derecho de participación, en el sentido de que corresponde a este vendedor soportar definitivamente ese coste, sin que sea posible establecer excepciones a esa regla mediante algún pacto?

En efecto, en el acto de reventa es el vendedor quien percibe el precio de compra como resultado de la transmisión. Asimismo, la Directiva 2001/84/CE permite que los Estados miembros puedan establecer excepciones al principio de que el vendedor es la persona obligada a realizar el pago del derecho, si bien ésta debe ser identificada legalmente y limitarse a profesionales del mercado del arte que intervengan en la transacción. Obviamente, la Directiva no fija quién soportará en definitiva el coste, ya que ello puede resultar de estipulaciones contractuales pactadas con independencia del pago del crédito de participación. De todos modos, la estipulación contractual no debe afectar en modo alguno a las obligaciones y la responsabilidad que tiene la persona obligada frente al autor.

Así, el TJUE resolvió sobre esta cuestión que nada impide que los revendedores pacten, con ocasión de la reventa, con cualquier otra persona –incluido el comprador–, que sea ésta última quien asuma finalmente la deuda derivada del derecho de participación, porque ese acuerdo no afecta a las obligaciones y la responsabilidad que incumben al obligado respecto al autor. Así, ello no incide sobre el esquema general de la obligación legal, puesto que el acreedor del derecho siempre se dirigirá contra el obligado a su cumplimiento que indique la normativa específica.

⁵⁷² STJUE (sala 4ª) de 26 de febrero de 2015 (asunto C-41/14), con objeto una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 TFUE, por la *Cour de cassation* (Francia), en el procedimiento entre *Christie's France SNC* y *Syndicat national des antiquaires* (SNA).

⁵⁷³ *Vid.* Sentencia de 20 de mayo de 2011 del *Tribunal Grande Instance de París*.

En el fondo, esta solución no nos debe sorprender, ya que es una práctica habitual en situaciones asimilables a este supuesto, especialmente en materia tributaria. Por ejemplo, con ocasión de un contrato de arrendamiento, es frecuente que el arrendador repercuta contractualmente al arrendatario el pago del Impuesto sobre Bienes Inmuebles de las anualidades que dure el contrato; o bien que el comprador de un inmueble repercuta al vendedor el pago del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales que se genera por la transmisión. No obstante, a pesar de estos acuerdos, los deudores de la Hacienda Pública siempre serán los sujetos pasivos de los respectivos impuestos.

c) Gestión colectiva

El artículo 6.2 de la Directiva dispone que los Estados miembros podrán prever la gestión colectiva opcional u obligatoria del derecho de participación. Del mismo modo, el considerando 28º deja abierta la posibilidad de que existan otras modalidades de gestión según decida cada Estado, mientras garanticen la recaudación y distribución efectiva de los créditos.

En consecuencia, a pesar de ser un derecho de remuneración, no se fija su gestión colectiva obligatoria. Así, dicha facultad se ha introducido en los diferentes ordenamientos nacionales comunitarios de distintas maneras, puesto que algunos establecen la gestión colectiva como obligatoria⁵⁷⁴ y otros –por ejemplo, España– la dejan como opcional, aunque en la práctica la gestión colectiva ha demostrado ser la única manera de aplicar el derecho de manera eficiente.

En cuanto al derecho de información, se trata de una de las grandes preocupaciones de la Directiva, porque coadyuva a su aplicación efectiva. Entre las medidas que se establecen para conseguirlo, destaca la facultad del autor o su mandatario –normalmente entidades de gestión⁵⁷⁵– para recabar del deudor del crédito cualquier información sobre la operación que considere necesaria. En este sentido, el artículo 9 de la Directiva materializa esta facultad otorgando a los beneficiarios un derecho de información por el cual en un plazo de 3 años a partir de la fecha de la operación de transmisión puedan exigir a cualquier profesional del mercado del arte interviniente en la misma toda la información necesaria para obtener la liquidación de los importes debidos resultantes de la reventa.

⁵⁷⁴ De inicio, adoptaron la gestión colectiva obligatoria del derecho Estados como Alemania, Dinamarca, Finlandia, Portugal o Suecia.

⁵⁷⁵ Se expresa en el considerando 30º de la Directiva que los Estados miembros que establezcan la gestión colectiva del derecho de participación pueden también disponer que los organismos responsables de dicha gestión colectiva sean los únicos con derecho a obtener información.

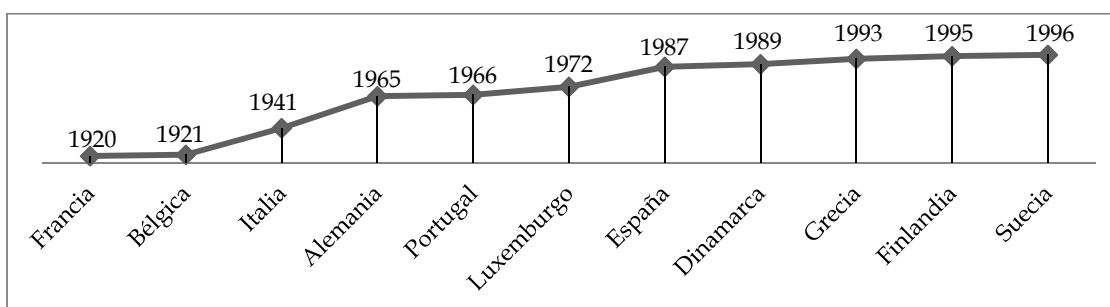
4. APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 2001/84/CE

4.1. DURACIÓN DEL DERECHO Y PLAZO DE PROTECCIÓN

Según se desprende del considerando 17º y del artículo 8 de la Directiva, el derecho de participación es un derecho patrimonial, por cuanto se prolonga, de acuerdo con la Directiva 93/98/CEE, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor, hasta setenta años después de la muerte del autor. Por ende, la primera conclusión es que el derecho únicamente se aplicará a obras de «*arte moderno y contemporáneo*».

El artículo 10 de la Directiva marca el plazo de protección del derecho, cuando indica que se aplicará a las obras de arte plásticas originales que en fecha 1 de enero de 2006 –límite de transposición fijada por la Directiva a los Estados para que la norma sea efectiva– estén protegidas todavía por las legislaciones nacionales en materia de derecho de autor. Por lo tanto, con el objetivo de facilitar la aplicación de la Directiva, se acepta cierta retroactividad de la norma, puesto que aquellas obras que se habían transmitido en el mercado primario antes de la entrada en vigor de esta Directiva también se deberán someter a la misma.

Los ordenamientos internos de la mayoría de los Estados miembros, en el año de aprobación de la Directiva, contemplaban ya el derecho de participación, a pesar de que, en algunos casos, su aplicación fuera testimonial y, en otros, se hubiera introducido recientemente (*vid.* gráfico a continuación).



Sin embargo, ¿qué ocurrió con los Estados que en dicha fecha no tenían reconocido el derecho? Para éstos, la Directiva estableció un plazo transitorio de aplicación que les permitió optar por no aplicar el derecho en beneficio de los derechohabientes del

autor tras el fallecimiento de éste hasta el 1 de enero de 2010, con posibilidad de prórroga hasta el 1 de enero de 2012, por causa justificada⁵⁷⁶. La justificación de dicha moratoria se halló en que estos países necesitaban más tiempo para que sus agentes económicos pudieran adaptarse gradualmente al ejercicio del derecho sin que afectara a su viabilidad económica.

4.2. TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA POR PARTE DE LOS ESTADOS MIEMBROS

El 1 de enero de 2006 era la fecha límite que dispuso la norma para que los Estados miembros transpusieran el derecho de participación a sus ordenamientos internos. Dinamarca y Hungría fueron los dos únicos países que cumplieron con dicho límite, aprobando las disposiciones de derecho interno a finales de 2005 y aplicando con plena vigencia el derecho a partir del 1 de enero de 2006. El resto de Estados fueron aprobando paulatinamente el derecho a lo largo de 2006, habiendo algunos rezagados incumplidores, siendo especialmente sangrante el caso de España, cuya ley de transposición no entró en vigor hasta el 14 de enero de 2009, tres años después de lo previsto, lo que le costó una sanción por parte de la Unión Europea.

En la siguiente tabla se realiza un estudio comparativo de cómo los Estados miembros fueron transponiendo la Directiva, por orden de entrada en vigor en sus ordenamientos internos y destacando aquellos aspectos más importantes en que la Directiva les dejaba margen de decisión, como la fijación de un umbral mínimo de aplicación por debajo de los 300 €, la incorporación de las ventas promocionales –esto es, aquellas en que no se aplica el derecho porque el revendedor adquirió directamente la obra al autor y la revendió antes de tres años y por precio no superior a 10.000 euros– y, finalmente, el establecimiento de porcentaje del 4 ó el 5 % para el tramo superior para el cálculo del derecho.

⁵⁷⁶ Los países que en el momento de la aprobación de la Directiva no tenían reconocido el derecho en sus ordenamientos internos utilizaron todas las prórrogas posibles para dilatar al máximo el reconocimiento total del derecho de participación a autores y derechohabientes. Para W. DUCHEMIN (*op. cit.*, p. 105), ello no tiene explicación, puesto que el Reino Unido siempre ha expresado su temor a que «Londres perdiera competencia y su lugar de líder mundial del mercado de obras de arte en provecho de Nueva York o Suiza. Sin embargo, el mercado londinense está especializado, sobre todo, en los Maestros antiguos, para los cuales no existe el derecho de participación».

Estado miembro	Transposición de la Directiva a los ordenamientos nacionales	Fecha de entrada en vigor	Umbral mínimo de aplicación⁵⁷⁷	Ventas de promoción	Porcentaje tramo superior
Dinamarca	Disposición 1402, de 21 de diciembre de 2005. Modifica el artículo 38 de la Ley Consolidada de Derechos de Autor.	01/01/2006	300 €	No exentas	5%
Hungría	Disposición 2005/CVIII, de 19 de octubre de 2005. Modifica el artículo 70 de la Ley de Derecho de Autor.	01/01/2006	5.000 Forintos (16,49 €)	No exentas	5%
Bulgaria	Disposición 99/05, de 9 de diciembre de 2005. Modifica el artículo 20.a de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos.	10/01/2006	300 €	Exentas	5%
Reino Unido	Disposición Estatutaria nº346/2006, de 14 de febrero de 2006. Aprueba la <i>Artist's Resale Right Regulations Act</i> .	14/02/2006	1.000 €	Exentas	4%
Eslovenia	Ley de 30 de marzo de 2005. Modifica el artículo 35 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos.	04/03/2006	Sin mínimo	No exentas	4%
Países Bajos	Disposición de 21 de febrero de 2006. Aprueba el nuevo artículo 43 de la Ley sobre Derechos de Autor.	01/04/2006	3.000 €	No exentas	4%
Italia	Decreto Legislativo nº 118, de 13 de febrero de 2006. Modifica los artículos 144 a 155 de la Ley de Protección del Derecho de Autor y de los otros Derechos Conexos.	09/04/2006	3.000 €	Exentas	4%

⁵⁷⁷ Prácticamente todas las legislaciones nacionales indican este valor en euros, pese a que sus monedas nacionales sean otras. Como se verá, sólo Hungría y Suecia regulan el umbral mínimo expresando la cantidad con sus monedas propias.

Polonia	Disposición de 23 de marzo de 2006. Modifica el artículo 19 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos.	05/05/2006	100 €	No exentas	5%
República Checa	Disposición 216/2006, de 22 de mayo de 2006. Modifica el artículo 24 de la Ley Consolidada de Derechos de Autor y Derechos Conexos.	22/05/2006	1.500 €	Exentas	4%
Finlandia	Disposición 345, de 5 de mayo de 2006. Modifica la sección 26.i del capítulo 2.b de la Ley de Derechos de Autor.	01/06/2006	255 €	No exentas	5%
Irlanda	Disposición Estatutaria nº312/2006, de 13 de junio de 2006. Aprueba las <i>European Communities (Artist's Resale Right) Regulations</i> .	13/06/2006	3.000 €	No exentas	4%
Portugal	Ley 24/2006, de 30 de julio de 2006. Modifica el artículo 54 del Código de Derecho de Autor y Derechos Conexos.	29/06/2006	3.000 €	No exentas	4%
Estonia	Disposición 28-210, de 20 de junio de 2006. Modifica el artículo 15 de la Ley de Derechos de Autor.	30/06/2006	64 €	No exentas	5%
Chipre	Disposición 123/2006, de 28 de julio de 2006. Modifica el artículo 11.b de la Ley de Derechos de Autor.	28/07/2006	3.000 €	No exentas	4%
Rumanía	Ley 329/2006, de 31 de julio de 2006. Modifica el artículo 21 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos.	03/08/2006	300 €	No exentas	5%
Francia	Ley 2006-961, de 1 de agosto de 2006. Modifica el artículo L 122-8 y los artículos R 122-2 a R 122-12 del Código de Propiedad Intelectual.	04/08/2006	750 €	Exentas	4%
Malta	Disposición 174 de 2006, de 14 de agosto de 2006. Aprueba el nuevo capítulo 415 de la Ley de Derechos de Autor.	14/08/2006	1.500 €	Exentas	4%

Luxemburgo	Reglamento Gran-Ducal de 25 de agosto de 2006. Modifica artículo 30 de la Ley de Derecho de Autor.	22/09/2006	3.000 €	No exentas	4%
Lituania	Disposición de 12 de octubre de 2006. Modifica el artículo 17 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos.	31/10/2006	300 €	No exentas	5%
Alemania	Disposición de 10 de noviembre de 2006. Modificación del artículo 26 de la Ley sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos.	16/11/2006	400 €	No exentas	4%
Austria	Disposición 22/2006, de 16 de febrero de 2006. Aprueba el nuevo artículo 16.bis de la Ley Federal sobre Derechos de Autor en las Obras Literarias, artísticas y derechos conexos.	01/01/2007	2.500 €	Exentas	4%
Bélgica	Ley de 4 de diciembre de 2006. Modifica los artículos 11 a 13 la Ley relativa al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos.	23/01/2007	1.250 €	Exentas	4%
Grecia	Ley 3524/2007, de 24 de enero de 2007. Modifica el artículo 5 de la Ley sobre Derecho de Autor, Derechos Conexos y Asuntos Culturales.	26/01/2007	Sin mínimo	No exentas	5%
Eslovaquia	Disposición 84/2007, de 6 de febrero de 2007. Modifica la Sección 19 de la Ley de Derechos de Autor.	01/03/2007	1.000 €	Exentas	5%
Suecia	Ley 2007/52, de 15 de mayo de 2007. Modifica el artículo 26 de la Ley de Derechos de Autor de Obras Literarias y Artísticas.	01/07/2007	2.200 coronas (236,71 €)	No exentas	5%
Letonia	Disposición de 8 de febrero de 2007. Modifica la Sección 17 de la Ley de Derechos de Autor.	06/12/2007	Sin mínimo	No exentas	5%

España	Ley 3/2008, de 23 de diciembre de 2008. Deroga el artículo 24 de la Ley de Propiedad Intelectual.	14/01/2009	1.200 €	Exentas	4%
Croacia ⁵⁷⁸	Disposición 73/2007, de 7 de agosto de 2007. Introduce el artículo 34 de la Ley de Derechos de Autor.	01/07/2007	500 €	Exentas	5%

Pocos países decidieron mantener el umbral mínimo en los 3.000 euros que fijaba la Directiva –tan sólo Italia, Irlanda, Chipre, Luxemburgo, Países Bajos y Portugal– así que la mayoría establecieron umbrales inferiores. Incluso algunos países decidieron no imponer un mínimo y que el derecho se aplicara a todas las operaciones sin límite de precio inferior –Eslovenia, Grecia y Letonia–. Llama la atención el caso del Reino Unido, en principio el país más reticente a la aplicación del derecho, porque fijó un umbral relativamente bajo, de 1.000 euros, por debajo de países como España (1.200 euros) o Bélgica (1.250 euros) lo que significa una mayor protección para un mayor número de autores, aunque ligeramente superior a los 750 euros de Francia y los 400 euros de Alemania.

En cuanto a la incorporación de las ventas promocionales, diez Estados miembros se decantaron por incluirlas, donde éstas se encuentran exentas, mientras los diecisiete restantes no lo consideraron oportuno. En este caso, no llama la atención la postura del Reino Unido dentro del primer grupo, al limitar parcialmente la aplicación de la Directiva.

Finalmente, se puede observar que el tipo estándar del 4% para el tramo más alto del tipo de cálculo del derecho fue el más adoptado: 15 Estados miembros, incluidos todos los más grandes e importantes, lo escogieron, por 12 Estados miembros que se acogieron al tipo del 5%, presumiblemente para favorecer esas operaciones con niveles de venta más bajos.

Además, cabe reseñar que los países que no tenían regulado el derecho, esto es, Austria, Irlanda, Reino Unido, Países Bajos y Malta, no sólo optaron por aplicar la disposición transitoria hasta el 1 de enero de 2010 para la efectiva aplicación del derecho a

⁵⁷⁸ Croacia se adhirió a la Unión Europea en julio de 2013. Sin embargo, ya en 2007 había introducido en su Ley de Derechos de Autor el artículo 34, que regulaba el derecho de participación, asimilando plenamente el contenido de la Directiva 2001/84/CE. Así las cosas, en las reuniones bilaterales entre la UE y Croacia que valoraban la adecuación de la legislación croata respecto a la normativa comunitaria, los representantes de la Unión, con relación al derecho de participación, concluyeron que su adaptación era plena y este derecho «se encontraba alineado» con la Directiva 2001/84/CE (vid. COMISIÓN EUROPEA. *Screening Report Croatia*, p. 10 [en línea]. Disponible en: <http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/croatia/screening_reports/screening_report_07_hr_internet_en.pdf> [última visita: 28 de diciembre de 2015]).

derechohabientes, sino que, además, todos ellos agotaron los plazos extraordinarios para la aplicación a las transmisiones *mortis causa* hasta 2012.

Finalmente, recuérdese que el Acuerdo del Espacio Económico Europeo (EEE) de 1993 establece, entre otras cosas, que Islandia, Liechtenstein y Noruega adoptan como propias las Directivas en materia de derechos de autor de la Unión Europea. En cumplimiento con dicho compromiso, en el año 2006, entraron en vigor, en los tres países, las respectivas leyes o enmiendas a los códigos de propiedad intelectual que permitieron introducir el *droit de suite* en los ordenamientos internos de estos Estados pertenecientes al EEE⁵⁷⁹.

4.3. REVISIÓN Y SEGUIMIENTO DE LA APLICACIÓN: INFORMES PERIÓDICOS

El artículo 11 de la Directiva dispuso que la Comisión debía presentar, a más tardar el 1 de enero de 2009, un informe al Parlamento, al Consejo y al Comité Económico y Social sobre la aplicación y efectos de la Directiva. Dicha obligación debe ser cumplida cada cuatro años, con la finalidad de poder observar la repercusión y evolución del derecho de participación, tanto en el mercado europeo como en los diferentes mercados internacionales⁵⁸⁰.

Para poder lograr este cometido, se creó expresamente un *Comité de contacto*, presidido por un representante de la Comisión, como presidente, e integrantes de las autoridades competentes, cuyas funciones se basan en la organización de consultas y el intercambio de información con los Estados miembros, con el objetivo de valorar los cambios que se produzcan en el mercado del arte comunitario.

Así, para conseguir los datos y la información necesaria para preparar el informe, el Comité de contacto diseñó un cuestionario de consultas⁵⁸¹, dirigido a los ciudadanos

⁵⁷⁹ Islandia transpuso a su ordenamiento jurídico la Directiva relativa al derecho de participación mediante una enmienda (*Act 97/2006*) a su *Copyright Act 73/1972*. Noruega, mediante la Disposición nº 103 de 22 de diciembre de 2006 legisló el derecho de participación con arreglo a la Directiva. Por su parte, Liechtenstein acordó el 13 de marzo de 2003 (*report and statement nº 3/2003*) transponer la Directiva por Ley especial, que entró en vigor el 1 de enero de 2006 mediante la LGBI 2005, nº 287.

⁵⁸⁰ El mismo precepto establece, además, que estos informes periódicos sirven para que la Comisión Europea, si lo considera oportuno, adapte el umbral mínimo y los porcentajes del derecho de participación en función de la evolución del sector, adoptando las medidas oportunas que mejoren la eficacia de la Directiva.

⁵⁸¹ Para facilitar el tratamiento de la información, se solicitó a los contribuyentes que facilitaran la información a partir de un cuestionario tipo. En el mismo, se consultaban aspectos como la proporción de operaciones realizadas por profesionales, diferenciando entre autores vivos y fallecidos, proporción de operaciones realizadas entre salas de subastas y galerías, operaciones diferenciadas por rangos de precios, relación de ventas a países fuera de la Unión, opinión sobre los efectos del derecho en el mercado, costes de administrar el derecho, número de artistas beneficiados o dinero recaudado por este concepto pero no repartido.

comunitarios y a las organizaciones europeas de artistas, profesionales del mercado del arte y entidades de gestión colectiva⁵⁸².

El 14 de diciembre de 2011, con casi tres años de retraso respecto a la fecha fijada en el mencionado artículo 11 de la Directiva, la Comisión Europea, emitió el preceptivo *Informe sobre la aplicación y efectos de la Directiva 2001/84/CE relativa al derecho de participación*⁵⁸³, habiendo tratado los datos aportados por el Comité de contacto fruto de la amplia consulta pública⁵⁸⁴.

Las principales conclusiones del Informe, muy centrado en la posición económica de la Unión Europea respecto de mercados en los que no se aplica el derecho de participación, resolvió que no era necesario modificar los tramos ni los porcentajes del derecho, así como tampoco suprimir el porcentaje discrecional del 5 % para las ventas por un valor inferior a 5.000 euros, puesto que no existían evidencias de que las variaciones registradas entre Estados miembros –entre 1 y 3.000 euros como umbral mínimo de aplicación– tuvieran un concreto efecto negativo en el comercio del arte dentro del ámbito comunitario⁵⁸⁵.

Sin embargo, sí se muestra en su contenido la preocupación de los profesionales del mercado del arte acerca de los costes administrativos asociados a la gestión del derecho⁵⁸⁶ y, sobre todo, por el llamado *efecto cascada* del derecho de participación,

⁵⁸² El período para recibir las contribuciones de los participantes se fijó entre el 7 de enero y el 11 de marzo de 2011.

⁵⁸³ COMISIÓN EUROPEA. *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación y efectos de la Directiva relativa al derecho de participación (2001/84/CE)*, COM (2011) 878 final, de 14 de diciembre de 2011. El mencionado informe no consiguió ser aprobado definitivamente por el Parlamento, por unanimidad, hasta el 20 de noviembre de 2012.

⁵⁸⁴ La participación fue importante. Se recibieron 503 respuestas para su publicación. La gran mayoría de ellas, 422, procedieron de ciudadanos: derechohabientes de artistas (248 –sobre todo de Francia e Italia–) y artistas (174 –en su mayor parte de Francia y el Reino Unido–). También se recibieron respuestas de profesionales del mercado de arte (48) y de otras entidades (33 –entre organismos de gestión colectiva, asociaciones profesionales de artistas y algunas autoridades públicas–) (*Vid.* COMISIÓN EUROPEA. *Informe* COM (2011) 878 final, de 14 de diciembre de 2011, p. 4).

⁵⁸⁵ Sin embargo, los propios números del Informe van en contra de esta conclusión, ya que casi la mitad (45%) de los artistas vivos que realizaron ventas que cumplían los requisitos para la aplicación del derecho en el año 2010 (un total de 2.271) vieron cómo sus obras se vendían por precios inferiores a los 3.000 euros. Es por ello que rebajar el umbral mínimo y establecer el tramo inferior en un 5% sí puede ser importante para el más amplio grupo de autores europeos, que se verían, sin duda, más beneficiados. En el lado contrario, se hallan los herederos. El 71%, en términos reales, de las ventas que cumplían los requisitos para la aplicación del derecho de participación pertenecían a herederos de artistas fallecidos, con lo que se puede ir observando a quién favorece, en realidad, la actual configuración de este derecho. *Vid.* COMISIÓN EUROPEA. *Informe* COM (2011) 878 final, de 14 de diciembre de 2011, p. 10.

⁵⁸⁶ Las pequeñas y medianas empresas que se dedican al mercado del arte se enfrentan a elevados costes administrativos para llevar a cabo cada una de las operaciones, que incluyen la determinación de los artistas que cumplen los requisitos –este esfuerzo varía mucho entre Estados, porque depende de la calidad de los registros de gestión colectiva y a situaciones transfron-

fenómeno que puede provocar un efecto acumulativo del derecho de participación sobre las obras que se revenden diversas veces⁵⁸⁷.

Casi un año después, el 15 de octubre de 2012, la Comisión de Asuntos Jurídicos realizó un *Informe sobre el informe de la Comisión de la Unión Europea*⁵⁸⁸. En el mismo, se destacó con satisfacción que hubiera terceros Estados fuera de la Unión Europea que tuvieran previsto incorporar el *droit de suite* a sus legislaciones internas – especialmente los Estados Unidos y China, que en aquel momento discutían proyectos de ley en esta línea–.

Asimismo, se consideró prematuro efectuar un nuevo análisis de la Directiva 2001/84/CE en el año 2014, como proponía la Comisión, así que sugirió que dicho análisis se llevara a cabo en el año 2015 –aunque estemos, hasta la fecha, sin noticia del mismo–, cuatro años después de la evaluación completada en 2011.

Dentro de este último Informe, como es preceptivo, se halla la opinión de la Comisión de Cultura y Educación⁵⁸⁹, muy inquieta por el hecho de que la Comisión Europea no había hecho lo suficiente por crear unas condiciones equitativas a escala mundial ni por garantizar la aplicación eficaz del derecho de participación en todos los Estados miembros, debido a los costes y cargas burocráticas impuestos a los profesionales del mercado del arte.

Asimismo, cabe destacar que, recientemente, la Comisión Europea, fruto de reuniones realizadas durante el año 2013 con diferentes agentes del mercado del arte (principalmente, entidades de gestión y profesionales del sector) recogió en un breve documento aspectos clave y recomendaciones para una aplicación más eficiente del derecho de participación en la Unión Europea⁵⁹⁰.

terizas–, determinación de los titulares del derecho, tramitación de omisiones y reembolsos, así como la necesidad de contar con eficientes sistemas informáticos. Por su parte, los organismos de gestión colectiva señalan que los costes de administración suponen entre un 10 y un 20% de los derechos que se recaudan. Dichos costes suelen correr a cargo de los beneficiarios, porque se deducen antes de liquidarlos. Además, aproximadamente un 5% de los derechos recaudados se quedan sin distribuir por no poder localizar al artista. *Vid. Informe COM (2011) 878 final*, p. 9.

⁵⁸⁷ Para este tema, *vid. infra*, capítulo 8, 1.2.

⁵⁸⁸ *Vid. PARLAMENTO EUROPEO. Informe sobre la aplicación y efectos de la Directiva relativa al derecho de participación (2001/84/CE) de la Comisión de Asuntos Jurídicos, 2012/2038 (INI)*, de 15 de octubre de 2012 (Ponente: Marielle Gallo).

⁵⁸⁹ *Opinión de la Comisión de Cultura y Educación para la Comisión de Asuntos Jurídicos* sobre el informe sobre la aplicación y los efectos de la Directiva relativa al derecho de participación (Ponente: Emma McClarkin).

⁵⁹⁰ COMISIÓN EUROPEA. *Key principles and recommendations on the management of the author's resale right*, febrero de 2014.

1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

En 1921, el senador por Barcelona Lluís Durán i Ventosa presentó en la Cámara Alta la *Proposición de Ley sobre beneficios de ventas sucesivas de obras de arte*⁵⁹¹. A pesar de que el texto hallaba la justificación del *droit de suite* en la necesidad de reconocer una facultad que premiara el esfuerzo de la creación continua del artista plástico, ya que éste derivaba de una plusvalía de la que no se podía beneficiar en las sucesivas reventas de sus obras, el texto se decantó por articular un *droit de suite* basado en el sistema de participación porcentual sobre el precio, seguramente por influencia de Francia y Bélgica, donde recientemente se habían aprobado sendas leyes atendiendo a dicho sistema de cálculo. Así, se establecía una participación del 10% sobre el precio de las transmisiones en el mercado secundario, que debía ser liquidada al artista por parte del comprador —una excepción en derecho comparado, puesto que en las principales regulaciones del derecho, el sujeto pasivo era el vendedor—, disponiendo que las cantidades recaudadas que no se pudieran repartir se destinarían a un fondo para la adquisición de obras de arte para los museos nacionales.

La *Proposición Durán* no se aprobó, pero sirvió para alimentar el debate sobre el derecho de participación hasta la Segunda República. De hecho, en 1934 se presentó en el Congreso el *Proyecto de Ley para la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual de 1879*, que incluyó en su artículo 46 una nueva versión del *droit de suite*, esta vez denominado derecho de continuidad, consistente en una regulación muy parecida a la checoslovaca de 1926, con una participación del 25% sobre la plusvalía generada en cada reventa⁵⁹². Sin embargo, las convulsiones políticas y la Guerra Civil Española apartaron la aprobación de una nueva Ley de Propiedad Intelectual hasta varias décadas después.

⁵⁹¹ Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes*. Senado, 11 de noviembre de 1921, apéndice.

⁵⁹² El artículo 46 era del siguiente tenor literal: «Los autores de obras originales de Pintura, Escultura, Dibujo y Grabado, y sus derechohabientes gozan, mientras dure el plazo de

Así, a mediados de la década de los ochenta se retomó la cuestión, cuando se presentó en el Senado, el 14 de mayo de 1985, el *Dictamen de la Comisión de Educación, Universidades, Investigación y Cultura sobre prioridades legislativas en materia de derechos de autor y de la propiedad intelectual* –conocido comúnmente como *Dictamen Barral*, al haber sido Carlos Barral el presidente de la comisión–. En dicho documento se abogó de nuevo por la adopción del *droit de suite* –traducido allí como derecho de secuencia–, que se configuraría como una participación *razonable* del autor sobre la plusvalía de cada segunda o ulterior reventa de sus obras⁵⁹³.

Casi dos años después, se inició la tramitación parlamentaria para la aprobación de una nueva Ley de Propiedad Intelectual⁵⁹⁴, con la presentación en el Congreso de los Diputados del correspondiente Proyecto de Ley⁵⁹⁵, en cuyo artículo 24 y bajo la rúbrica «*otros derechos*», comenzó a tomar forma un derecho de participación con unas bases nítidamente definidas, aunque alguna de ellas, con perspectiva, pueda parecer un dislate.

Fuera por pragmatismo o por mero mimetismo con el resto de legislaciones nacionales e internacionales existentes, se optó por el sistema de aplicar un porcentaje fijo sobre el precio para calcular la participación, que se estipuló en un 2%, siempre y cuando el precio de la enajenación superara las 500.000 pesetas. Completaba la regulación la necesidad de que la reventa fuera realizada en pública subasta y la exclusión expresa de las obras de arte aplicadas. Sin embargo, había un aspecto discutible, que se recogió en este texto inicial y que, de un modo incomprensible, se acabó incluyendo en la Ley de Propiedad Intelectual de 1987: el derecho de participación, además de irrenunciable por adelantado, era un derecho plenamente intransmisible. Ello significaba que no sólo no podía transmitirse *inter vivos*, sino tampoco *mortis causa*, punto que no encontraba parangón en ninguna otra regulación del *droit de suite*.

Posteriormente, con la entrada de la III Legislatura en el Congreso de los Diputados, el Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual sufrió algunas modificaciones de poco calado referidas al derecho de participación, aunque ya definitivas, como la adi-

protección legal, de un derecho inalienable, llamado "derecho de continuidad", sobre sus obras que sean objeto de venta pública. Ese derecho se traducirá en un 25 por 100 de la "plusvalía"» (cfr. *Diario de Sesiones de las Cortes*. Congreso, nº 108, 28 de junio de 1934).

⁵⁹³ Cfr. BOCG, Senado, Serie I, Boletín general, 14 de mayo de 1985, número 152. En el *Dictamen Barral* no se pretendió proponer una regulación exhaustiva del derecho, sino tan sólo recomendar la incorporación del mismo a la legislación de propiedad intelectual. Aun así, establecía una serie de principios para su configuración, por lo que éste se reconocería a artistas vivos y «*consistiría en la participación del incremento de valor de la obra de arte en los actos de enajenación posteriores a la primera venta que se realizasen por instrumento público o con publicidad*». Ésta sería, sin embargo, la última vez que en un documento oficial se recurriría al sistema de la plusvalía como fórmula de cálculo del derecho.

⁵⁹⁴ Para una exposición exhaustiva de todas las propuestas y tramitaciones parlamentarias que se sucedieron en el proceso de aprobación de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, vid. ORTEGA DOMÉNECH, Jorge. *Obra plástica...*, cit., pp. 171 ss.

⁵⁹⁵ Para la consulta de dicho Proyecto de Ley, vid. BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, número 184-I, de 1 de febrero de 1986.

ción de los establecimientos mercantiles o agentes comerciales a los supuestos en que con su necesaria intervención se aplicaría el derecho y la estipulación de que el umbral mínimo de aplicación se definiría reglamentariamente⁵⁹⁶.

Finalmente, el artículo 24 (derecho de participación) de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual tuvo una tramitación parlamentaria sencilla⁵⁹⁷, seguramente porque a este derecho se le otorgaba una relevancia económica menor. Así, dicho artículo 24, conjuntamente con el artículo 25 (compensación por copia privada), formaron la sección 3ª («*otros derechos*») del capítulo de la Ley relativo al contenido de los derechos de autor, diferenciándose así del derecho moral y de los derechos de explotación.

De todos modos, se configuró este derecho de participación con los defectos advertidos en la tramitación del Proyecto –porcentaje de aplicación demasiado bajo (2%), indefinición respecto al papel de las entidades de gestión colectiva y, sobre todo, intransmisibilidad *mortis causa*– y, en cuanto al umbral mínimo de aplicación, apelaba a un desarrollo reglamentario que no se hizo esperar. El Real Decreto 395/1988, de 25 de abril, sobre el desarrollo del artículo 24 de la Ley de Propiedad Intelectual determinó, en su artículo 1º, que «*el precio de enajenación en caso de reventa de las obras de artes plásticas a partir del cual podrá exigirse la participación del autor se fija en 200.000 pesetas*».

No obstante, de manera casi inminente, surgió la necesidad de realizar modificaciones a diversas instituciones jurídicas contempladas en la Ley, con la finalidad de asegurar su efectividad y reforzar los derechos subjetivos de los titulares de derechos de propiedad intelectual. Por ello, se propuso, pasados tan sólo tres años desde su aprobación, un Proyecto de Ley de Modificación de la Ley 22/1987 de Propiedad Intelectual⁵⁹⁸. Uno de los artículos a modificar fue el artículo 24, regulador del derecho de participación. La propia Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Modificación explicaba la razón fundamental, y es que no podía concebirse que los sucesores *mortis causa* de los artistas plásticos no pudieran gozar del derecho de participación que éstos ostentaban. Con buen tino, se reafirmó el fundamento del derecho de participación basado en el reconocimiento de un derecho equilibrador para los artistas plásticos. La inadmisión de la transmisión *inter vivos* del derecho se justificaba a partir del carácter

⁵⁹⁶ Cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, número 14-I, de 24 de noviembre de 1986.

⁵⁹⁷ CASAS VALLÉS («Comentario al artículo 24», 2ª ed., *cit.*, p. 483) indica que el debate parlamentario fue pacífico pero intenso, ya que las enmiendas fueron numerosas y de interés, llegándose a proponer medidas como que el derecho fuera renunciabile por anticipado. En cualquier caso, no se hicieron notar voces contrarias a la incorporación del *droit de suite* en el ordenamiento español, beneficiándose de un *fumus bonis iuris* que, en gran medida se percibía porque Francia y Alemania, países de referencia para nuestros juristas, hacía años que lo habían adoptado.

⁵⁹⁸ *Vid.* BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 76-1, de 30/12/1991.

irrenunciable del mismo, como incentivo a la creación artística; por cuanto, una vez fallecido el autor, dicha finalidad carecía de sentido, debiéndose admitir su transmisión por causa de muerte.

En la Ley 20/1992, de modificación de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual acabaron aprobándose estas modificaciones, entre ellas, la posibilidad de transmitir el derecho *mortis causa*⁵⁹⁹. Asimismo, de este texto legislativo cabe destacar que fijó la participación de los autores en un 3%, siempre y cuando el precio de la reventa fuera igual o superior a los 300.000 pesetas (aunque añadió a la Ley de Propiedad Intelectual una Disposición Adicional Séptima, por la cual dicho porcentaje y dicha cantidad se revisaría, de considerarse oportuno, en los Presupuestos Generales del Estado), amén de regular, por vez primera, el Fondo de Ayuda a las Bellas Artes⁶⁰⁰.

Además, con amparo en la Disposición final primera de la Ley 20/1992, según la cual «se autoriza al Gobierno para dictar las normas de desarrollo reglamentario de la presente Ley», se aprobó el *Real Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre, de desarrollo de los artículos 24, 25 y 140 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual*, en la versión dada a los mismos por la Ley 20/1992, de 7 de julio. En su Título I se legisló, con el mayor detalle conocido hasta entonces, el *Derecho de participación del autor de obras de artes plásticas en el precio de reventa de las mismas*, y se fijaron las bases de la actual regulación, apuntando las obligaciones de información y notificación de los intermediarios.

Finalmente, en el *Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia*, el derecho de participación quedó consolidado en el artículo 24. Desde la entrada en vigor del TRLPI hasta la aprobación de la Ley 3/2008, la regulación del derecho de participación se mantuvo inalterada con los elementos característicos destacados hasta aquí.

Valorando la aplicación práctica que tuvo el artículo 24 TRLPI, hay que destacar que España fue uno de los pocos países en el mundo que comenzó a aplicar de manera efectiva este derecho ya a finales del siglo XX⁶⁰¹, si bien su incidencia en el panorama

⁵⁹⁹ La norma relativa a la transmisión quedó finalmente redactada así: «Art. 24.3. El derecho establecido en el apartado 1 de este artículo es irrenunciable, se transmitirá únicamente por sucesión *mortis causa* y se extinguirá transcurridos sesenta años a contar desde el 1 de enero del año siguiente a aquel en que se produjo la muerte o la declaración de fallecimiento del autor». Esta modificación supuso un impulso para la expansión del derecho de participación en España, como así lo destacó la Memoria anual de VEGAP del año 1993, apuntando que la recaudación de dicho año se había incrementado en un 250% con relación al año anterior, principalmente «por la extensión de este derecho a los herederos de los autores» (cfr. VEGAP, *Memoria anual 2013*, p. 5).

⁶⁰⁰ *Vid. infra* en el presente capítulo.

⁶⁰¹ *Vid.* PFENNIG, Gerhard. *El derecho de participación de los artistas en la reventa ("droit de suite")*. Documento IGC (1971)/XI/4, 9 de abril de 1997. París: UNESCO, 1997, p. 3. En palabras del abogado alemán, a la postre Director de *Bild-Kunst*, a finales del siglo anterior

nacional de derechos de autor fue limitada hasta que comenzó a notar los efectos de la correspondiente armonización europea. Y, a pesar de las comprensibles reivindicaciones de la entidad de gestión VEGAP, que ha venido considerando que una gestión colectiva obligatoria del derecho permitiría una mayor implementación del mismo en España⁶⁰², si observamos los datos de las memorias anuales de esta entidad, podemos contrastar que la evolución de la recaudación del derecho de participación en nuestro país ha sido positiva⁶⁰³.

sólo existían sistemas eficientes de aplicación del *droit de suite* en unos cuantos países, todos ellos europeos, concretamente en Alemania, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Islandia, Portugal y Suecia.

⁶⁰² Es éste un argumento usado de forma recurrente por la entidad de gestión colectiva. Entre otras referencias en las memorias de diferentes anualidades, *vid.* VEGAP, *Memoria anual 2009*, p. 5).

⁶⁰³ Según los datos incluidos en las memorias anuales de VEGAP, a pesar de la falta de información en algunos ejercicios, sí podemos afirmar que la recaudación de la entidad por causa del derecho de participación ha seguido una tendencia positiva, siempre teniendo en cuenta la irregularidad que implica un derecho que se calcula a partir del precio de ventas de obras de arte. A continuación, reproducimos las recaudaciones anuales (*vid.* Memorias anuales de VEGAP, disponibles en el sitio web de VEGAP <<http://www.vegap.es/que-es-vegap/documentacion/memorias-vegap>> [última visita: 27 de diciembre de 2015] y *cfr.* PFENNIG, Gerhard. *El derecho de participación...*, *cit.*, p. 6, de acuerdo con estadísticas de la *European Visual Artists [EVA]*). Apuntamos que hemos transformado en euros aquellas recaudaciones presentadas en pesetas, para facilitar la acción comparativa interanual.

Año	Total recaudación
1991	30.447,27 €
1992	10.998,52 €
1993	24.827,81 €
1994	1.553,14 €
1995	57.200,38 €
1996	16.460,82 €
1997	50.928,32 €
1998	62.921,17 €
1999	115.579,14 €
2000	130.406,10 €
2001	98.402,57 €
2002	77.738,27 €
2003	84.999,51 €
2004	236.238,14 €
2005	277.861,00 €
2006	610.021,86 €
2007-2012	Sin información
2013	816.527 €
2014	811.724 €

2. LEY 3/2008, DE 23 DE DICIEMBRE, RELATIVA AL DERECHO DE PARTICIPACIÓN EN BENEFICIO DEL AUTOR DE UNA OBRA DE ARTE ORIGINAL

En cumplimiento de la Directiva 2001/84/CE, se promulgó en España la *Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original*, publicada en el B.O.E. nº 310, de 25 de diciembre 2008, que traspuso al ordenamiento jurídico español el contenido de aquélla⁶⁰⁴. El legislador español incurrió en un importante retraso en su aprobación —prevista para 2006—, lo que implicó ciertas sanciones para nuestro país por dicha demora⁶⁰⁵.

En vigor desde el 14 de enero de 2009, esta Ley conforma el derecho de participación como el derecho del autor o sus derechohabientes a percibir del vendedor un porcentaje de participación sobre el precio de las reventas sucesivas de su obra en las que haya intervenido un profesional del mercado del arte. Este derecho se configura en la ley española como un derecho irrenunciable e inalienable *inter vivos*⁶⁰⁶, únicamente

⁶⁰⁴ Resulta difícil comprender por qué, en lugar de aprobar una ley especial, no se modificó el artículo 24 TRLPI y el correspondiente desarrollo reglamentario. RUBÍ PUIG (*op. cit.*, p. 81, nota 6), mostrándose en desacuerdo con esta solución, expone que «*la opción tomada, motivada por el temor a abrir la caja de los truenos de una reforma de la ley en un momento y contexto político no oportunos, es criticable desde el punto de vista de la técnica legislativa utilizada y por alentar la dispersión normativa en la materia*». Para GUTIÉRREZ VICÉN, «*optar por una ley específica para regular una figura que llevaba dos décadas regulada en la Ley de Propiedad Intelectual carece de justificación alguna y es contraria a la economía legislativa y a la seguridad jurídica*» (GUTIÉRREZ VICÉN, Javier. «Comentario al artículo 24», 2ª ed., *cit.*, p. 225).

⁶⁰⁵ *Vid.* STJUE (sala 5ª) de 31 de enero de 2008 (asunto C-32/07), donde se declaraba que España había «*incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva, al no haber adoptado, dentro del plazo señalado, todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para ajustarse a dicha Directiva*». Tampoco están claras las razones de este retraso, especialmente si tenemos en cuenta que el artículo 24 TRLPI no exigía una profunda transformación. De hecho, con fecha 6 de octubre de 2004, se facilitó a los sectores interesados un *Borrador de Modificación* del TRLPI, donde se incorporaba la transposición a España de la Directiva 2001/84/CE. Sin embargo, en los documentos de trabajo siguientes, desapareció el derecho de participación del contenido de las propuestas de modificación. CASAS VALLÉS se pregunta los motivos por los que esto sucedió: «*entra dentro de lo posible que no fuera acogida con excesivo entusiasmo por los titulares del derecho. ¿Por disconformidad con la desestimación de su insistente petición de gestión colectiva obligatoria? ¿Para retrasar una reforma que, por imposición de la Directiva, introduce un discutible tope máximo a los réditos potenciales? ¿Por preferir una incorporación independiente que permitiera un deseable análisis conjunto de la problemática legal de las obras plásticas?...*» («Comentario al artículo 24», 3ª ed., *cit.*, p. 412). BOTANA AGRA opina que la sanción de la Unión Europea a España provocó que se legislara con urgencia el derecho de participación, por lo que una ley especial pudo ser la opción más rápida (BOTANA AGRA, Manuel. «*España: la Ley 3/2008 reguladora del derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original*». *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* (ADI), 29 (2008-2009). Madrid; Santiago de Compostela: Marcial Pons; Universidad de Santiago de Compostela, 2009, p. 1.471).

⁶⁰⁶ Fruto de un error de transposición, en el artículo 6 de la Ley 3/2008 se indica que el derecho de participación es «*inalienable, irrenunciable, se transmitirá únicamente por sucesión*

transmisibles por sucesión *mortis causa*, extinguiéndose, en este caso, a los setenta años desde el fallecimiento del autor.

Asimismo, cabe destacar que, en la Disposición transitoria de la mencionada ley, se especifica que la misma «se aplicará a las reventas efectuadas con posterioridad a su entrada en vigor», por lo que no hay duda de que el derecho de participación puede devengarse en reventas de obras creadas con anterioridad a esta fecha.

2.1. ESTUDIO DE LAS OBRAS OBJETO DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN

Hemos defendido que la justificación del *droit de suite* encuentra su *ratio* en la discriminación que sufren los artistas plásticos con relación al modo de explotar sus creaciones, puesto que sus derechos exclusivos se encuentran mermados por razón del objeto, al tener que enajenar, habitualmente, el ejemplar único de la obra original. No obstante, según se ha analizado anteriormente, para dotar de rigurosidad a dicho esquema el derecho de participación no puede extenderse a cualquier creación derivada de las denominadas artes visuales. Muy al contrario, deberemos circunscribirnos a un concepto restringido de obra plástica, esto es, aquel que hemos decidido definir como *obra de artes plásticas*, cuyas características principales son las siguientes: *i*) la corporeidad, por cuanto son creaciones expresadas siempre en soportes físicos –debiéndose descartar, en consecuencia, cualquier fijación digital o que pueda darle un cariz audiovisual, como ocurre con otras obras plásticas–, y *ii*) una especial originalidad, referida específicamente al hecho de que, además de concebidas, son obras necesariamente ejecutadas por el propio autor, cuando menos, mediante una intervención sustancial en estos procesos –lo que, a la postre, proporcionará al objeto físico resultante una mayor valoración económica–⁶⁰⁷.

En esencia compatible con esta fundamentación, la Ley enumera los tipos de «obras de arte gráficas o plásticas» que son susceptibles de generar el derecho de participación en caso de ser revendidas⁶⁰⁸. No obstante, según iremos viendo, para asegurar una mejor aplicación práctica de este derecho, adecuada a la realidad del mercado, el legislador español –en sintonía, casi en todo, con el europeo– introdujo una serie de correcciones al concepto teórico de obra de arte plástica, matizándolo cuando lo consi-

mortis causa». La expresión correcta a emplear por el legislador hubiera sido *inalienable inter vivos*, ya que la misma norma acepta su transmisión por causa de muerte, quebrantando la inalienabilidad en los términos literales dispuestos legalmente.

⁶⁰⁷ Recuérdese que el requisito de originalidad debe ser entendido como la realización personal y material realizada por el propio autor, en base a su incidencia sobre el objeto corporal. Como indica SERRANO GÓMEZ (*op. cit.*, pp. 78 y 79), tal realización no hace falta que salga estrictamente de la mano del autor, pero éste debe tener la posibilidad de controlar directamente la ejecución del objeto de arte, sin que se trate de un proceso mecánico o industrial.

⁶⁰⁸ Cfr. artículo 1 de la Ley 3/2008.

dera oportuno (ejemplares múltiples), o bien ampliándolo en algunos casos (piezas de vídeo arte) y limitándolo en otros (obras arquitectónicas).

a) Obras incluidas

La Ley 3/2008 establece una relación indicativa, esto es, sin que exista ánimo por parte del legislador de fijar un *numerus clausus*⁶⁰⁹, que transcribe prácticamente de un modo literal el artículo 2 de la Directiva 2001/84, pero añadiendo, en este caso, las «*piezas de vídeo arte*» a la lista –inclusión que trataremos de explicar en su oportuno apartado– junto a los consabidos cuadros, collages, pinturas, dibujos, grabados, estampas, litografías, esculturas, tapices, cerámicas, objetos de cristal y fotografías.

a.1) Ejemplares únicos y ejemplares múltiples

Repetidamente, a lo largo del presente trabajo, hemos identificado la obra de artes plásticas principalmente con el ejemplar único –nos viene a la mente la imagen del pintor que expresa su obra en un lienzo, *opus unicum*⁶¹⁰, pero la realidad del mercado del arte nos demuestra que existen obras que son ejemplares múltiples realizados por el autor (por ejemplo, litografías, grabados o esculturas de bronce) y que tienen la consideración de obra original, por lo que son apreciados como tal por el público. Obviamente, no nos referimos a estos múltiples del mismo modo que cuando hablamos de discos o libros, ya que, en ese caso, el objeto tangible es el mero vehículo de soporte de la obra, mientras que, por ejemplo, en los grabados o las esculturas de bronce seriadas, cada ejemplar es la obra misma⁶¹¹.

Es por ello que el artículo 1 (*in fine*) de la Ley 3/2008 matiza el concepto de «*obra de arte gráfica o plástica*» para incluir en el objeto del derecho de participación la edición limitada de aquellos múltiples realizados por parte del autor, con arreglo a los siguientes requisitos:

Los ejemplares de obras de arte objeto de este derecho que hayan sido realizados por el propio autor o bajo su autoridad se considerarán obras de arte originales. Dichos ejemplares estarán numerados, firmados o debidamente autorizados por el autor.

⁶⁰⁹ Si la norma no tuviera la intención de dar cabida a otro tipo de obras asimilables sino las enunciadas, no se entendería que el precepto comenzara así: «*los autores de obras de arte gráficas o plásticas, tales como...*».

⁶¹⁰ BAYLOS CORROZA acuñó el concepto de *opus unicum* para reforzar la idea de una obra de artes plásticas que se plasma en un ejemplar individualizado, que no se puede reproducir (cfr. *Tratado de derecho industrial, cit.*, p. 553).

⁶¹¹ Vid. CASAS VALLÉS, Ramón. «Comentario al artículo 24», 3ª ed., *cit.*, p. 428.

En consecuencia, también tendrán la consideración de obra original, a efectos de aplicación del derecho de participación, los ejemplares múltiples que haya ejecutado el autor directamente por sus propios medios o bajo su supervisión. Esta primera condición descarta, de entrada, la generación del derecho de participación en ediciones *post mortem* de las obras, como podría ocurrir, por ejemplo, al utilizar un molde elaborado por un escultor fallecido para realizar, por un tercero, nuevos ejemplares⁶¹².

El precepto exige que dichos ejemplares múltiples se encuentren numerados, firmados por el autor o debidamente autorizados, tratando de determinar una regla lo más amplia posible, al ofrecer diferentes posibilidades para valorar la originalidad de éstos. Sin embargo, compartiendo la opinión de KATZENBERGER⁶¹³, no creemos oportuna la fijación de elementos materiales, como la firma o la numeración seriada, a modo de condiciones suficientes para que un ejemplar múltiple devenga obra original, prefiriendo, si acaso, que aquéllos sean únicamente elementos de mejor prueba de la autoría —extremo que también puede ayudar a determinar la originalidad de una determinada obra—⁶¹⁴. Lo relevante, entonces, será demostrar que ha existido una intervención del autor en la ejecución de los distintos ejemplares, aspecto que tendrá que ser resuelto supuesto por supuesto, y en función de los usos y costumbres profesionales del sector⁶¹⁵.

⁶¹² Viene a colación destacar un conflicto que surgió tras la muerte de Rodin, en 1917. Antes de haber transcurrido setenta años desde esa fecha, SPADEM pretendía cobrar el *droit de suite* de tres esculturas fundidas tras la muerte del escultor que habían sido revendidas. Por este asunto, se sucedieron diferentes resoluciones contradictorias de diferentes instancias judiciales francesas, hasta que la Corte de Casación cerró el tema, al considerar que tales esculturas realizadas *post mortem*, a pesar de haber sido ejecutadas con un molde que había pertenecido al autor, se tratan de simples reproducciones. En tanto que Rodin legó al Estado francés el conjunto de las obras que estaban en su poder, así como los moldes y todos sus derechos de explotación, las copias pueden considerarse legítimas —copias autorizadas—, pero, sin duda, no pueden valorarse como una obras originales del autor. Aun así, para añadir más incertidumbre al supuesto, se debe conocer que Rodin no solía realizar personalmente el vaciado de sus obras con los moldes y se afirma que tenían lugar en fundiciones que nunca llegó siquiera a supervisar. Para más información de este caso, *vid.* LUCAS, André; LUCAS, Henri-Jacques; LUCAS-SCHLOETTER, Agnès, *op. cit.*, pp 427 y 428.

⁶¹³ *Vid.* KATZENBERGER, Paul, *Das Folgerecht...*, *cit.*, p. 91.

⁶¹⁴ En opinión de MINERO ALEJANDRE (*op. cit.*, p. 1.247), en cambio, sí es realmente importante el número de ejemplares ejecutados para establecer la originalidad de los mismos: «el número de ejemplares creados es una importante evaluación de la existencia o inexistencia del aura autorial. Cuanto más reducido sea dicho número, mayor será la probabilidad de equiparlo a estos efectos con la obra de ejemplar único. En este sentido, la numeración de cada uno de estos ejemplares y la firma a mano del autor funcionan como indicio del cumplimiento de esta exigencia».

⁶¹⁵ Algún autor ha recogido doctrinalmente algunos de dichos usos. Por ejemplo, *vid.*, por todos, Van Steen, Edla. «Obra de Arte em Série», *apud.* CHAVES, Antonio. «Obra plástica. Planteamiento. Su realidad actual». En: *I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual*. Madrid: Ministerio de Cultura, 1996, p. 241.

En este aspecto, tiene cierto interés la regulación de la cuestión que hace Francia, en el artículo R122-3 del *Code de la Propriété Intellectuelle*, donde establece las siguientes limitaciones materiales a los ejemplares múltiples para que sean considerados obras originales a efectos del *droit de suite*:

Las obras ejecutadas en número limitado de ejemplares y bajo la responsabilidad del autor son consideradas como obras de arte originales (...) si están numeradas o firmadas o debidamente autorizadas de otra manera por el autor. Son incluidas especialmente:

- a) Los grabados, estampas o litografías originales producidos en un número limitado de una o varias planchas.*
- b) Las ediciones de esculturas, dentro de un límite de doce ejemplares, que deben estar numerados (...).*
- c) Los tapices y obras de arte textil hechas a mano, sobre la base de modelos originales proporcionados por el artista, dentro del límite de 8 ejemplares.*
- d) Las cerámicas realizadas a mano por el artista y debidamente firmadas por él, dentro del límite de ocho ejemplares numerados (...).*
- e) Las obras fotográficas firmadas, dentro del límite de treinta ejemplares, independientemente del formato.*
- f) Las creaciones plásticas sobre soportes audiovisuales (video arte) dentro del límite de doce ejemplares.*

La solución francesa, de un gran pragmatismo, a nuestro juicio no resuelve todas las situaciones que se pueden llegar a plantear con relación a los múltiples⁶¹⁶, por centrarse en demasía en la limitación numérica. Así las cosas, el Comité Ejecutivo de la Unión Internacional para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Unión de Berna), formalizó, en el año 1985, un documento donde se propusieron –a partir de un estudio comparado de legislaciones y usos del sector de diferentes países donde se reconocía el *droit de suite*– una serie de criterios para resolver qué ejemplares múltiples de obras de artes plásticas debían ser considerados originales⁶¹⁷. A pesar de haber transcurrido tres décadas desde la formulación de dicha propuesta, la consideramos, en esencia, totalmente vigente. Así, nos permitiremos hacerla nuestra, con la introducción de algún elemento propio, reivindicando el cumplimiento de las reglas que se expondrán a continuación –necesariamente, las dos primeras– para poder otorgar la condición de original a cualquier ejemplar múltiple sobre el que se presenten dudas:

⁶¹⁶ LUCAS (*op. cit.*, p. 427) tampoco considera una solución óptima la limitación de los ejemplares de las obras múltiples para determinar su originalidad.

⁶¹⁷ *Vid.* UNIÓN DE BERNA. *Examen de un estudio sobre los principios de orientación relativos al funcionamiento del derecho de participación (droit de suite)*, Documento IGC (1971)/VI/14 del Comité Ejecutivo de la Unión Internacional para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, vigésimo cuarta reunión, París, 17-25 de junio de 1985, pp. 12-15 (Anexo).

i) Realización por el artista de la plancha, modelado o matriz análoga

Resultará condición esencial para establecer la originalidad de cierto ejemplar múltiple que el artista lleve a cabo la concepción de la obra ideal de la que aquél partirá, incluyendo los trabajos preparatorios para la posterior ejecución de los diferentes ejemplares, muy especialmente la disposición de la matriz, plancha o modelado que van a servir para la posterior edición de esculturas, grabados, etc. Así las cosas, el artista deberá ejecutar, con sus propias manos, el patrón del grabado sobre la plancha; o, en el caso de la escultura, en función de la técnica escogida, encargarse del modelado –en yeso o terracota– o de la maqueta a partir de la cual se realizará el molde necesario para la fundición⁶¹⁸.

ii) Ejecución de ejemplares bajo el control del artista

No podemos darnos por satisfechos únicamente con que el *genio* del artista se manifieste en la concepción y preparación de la obra. Se deberá exigir, de modo imprescindible, su presencia en el momento de la ejecución –propriadamente dicha– de los diferentes ejemplares. Somos conocedores de que una edición de esculturas o grabados se sirve de técnicas variadas que, en muchos casos, necesitan la participación de técnicos especializados o de determinada maquinaria. Pero este aporte humano o mecánico, inherente al proceso creativo seleccionado, debe ser neutral y sometido, en todo momento, a las instrucciones e indicaciones del artista. Los objetos resultantes de la ejecución deben resultar idóneos según el autor lo hubiera previamente concebido, sin que ningún elemento externo pueda condicionar sustancialmente el concepto de la obra.

Respecto a esta última circunstancia, la jurisprudencia francesa siempre tuvo claro que, para que se pudiera hablar de obra original múltiple, el autor no podía serlo sólo de la parte intelectual, sino que debía intervenir en la ejecución material. Así, la *Cour d'Appel de Paris*, ya en su Sentencia de 28 de enero de 1991, descartaba del ámbito de aplicación del *droit de suite* unas obras de arte aplicado en las que el autor sólo

⁶¹⁸ En ciertas ocasiones, se ha planteado si deben ser considerados originales tanto los ejemplares de una estatua de bronce como el molde fabricado previamente para la creación de éstos. En nuestra opinión, el molde no puede tener la consideración de obra original, puesto que se trata de un mero medio para la ejecución de las reproducciones, del mismo modo que la plancha lo es en los grabados. Sin embargo, según precisa el Comité Ejecutivo de la UNIÓN DE BERNA (*Examen de un estudio...*, cit., p. 10 [anexo]), «cuando el artista realiza modelos en materia blanda (maqueta, proyecto, modelo en yeso) destinados ya sea a ser endurecidos en fuego, sea a ser reproducidos en materias duras o a confeccionar moldes para la fundición de metal o de otras materias, esas maquetas, proyectos, modelos y yesos se considerarán igualmente como obras originales. Por el contrario, tal calidad no se reconoce a los moldes para fundiciones de escultura».

había concebido la obra, mientras que sus empleados habían dado lugar a su realización material sin su intervención.

iii) Firma del artista de los ejemplares

La firma del autor en cada uno de los ejemplares múltiples debe ser interpretada como una marca final de aprobación del artista, como una suerte de *sello de calidad* que indica que aquel ejemplar concreto se va a poner en circulación en el mercado comprometiendo la responsabilidad del artista, en garantía de su autoría. Es recomendable –si la técnica lo permite– que la firma se estampe o se realice posteriormente al tiraje, para cumplir plenamente con la función planteada⁶¹⁹. Sin embargo, no consideramos que sea ésta una condición imprescindible.

iv) Limitación numérica de ejemplares

No podemos mostrar plena conformidad con que la limitación numérica sea un criterio necesario para determinar la originalidad de ejemplares múltiples. Ciertamente, resulta artificioso tomar en consideración la cantidad de copias ejecutadas si, en sentido contrario, el artista estimase que los ejemplares tirados, cualquiera que fuera su número, responden al criterio de calidad preestablecido. En nuestra opinión, la aplicación de esta medida no es indispensable para considerar un ejemplar múltiple como objeto del derecho de participación, puesto que lo esencial aquí no es si las copias son muchas o pocas⁶²⁰, sino si éstas merecen la calificación de originales en función del modo en que fueron generadas.

No obstante, no podemos dar la espalda al hecho de que éste es un criterio que se ha manejado tanto legislativamente como en los usos profesionales de escultores, grabadores, fotógrafos o tapiceros, por poner algunos casos. La explicación que puede subyacer en esta circunstancia es que, de este modo, se impide la realización de tirajes adicionales de menor calidad y, adicionalmente, se evita la ejecución de copias mecánicas carentes de mérito y control por parte del autor. Por lo tanto, no es de extrañar que algu-

⁶¹⁹ El hecho de que las obras se encuentren firmadas o incluyan dedicatorias puede resultar también importante a los efectos de atribuirles la autoría y determinar su valor de mercado (vid. PEÑUELAS I REIXACH, *op. cit.*, p. 149).

⁶²⁰ *Sensu contrario*, RAMS ALBESA (*op. cit.*, p. 444 y 445) considera que la limitación de copias es fundamental, afirmando que deberían excluirse del derecho de participación «todas aquellas producciones plásticas que son susceptibles de una producción en serie, tales como litografías, grabados, etc.; es decir, de cuantas admiten una reproducción mecánica, salvo que se parta de la garantía absoluta de su limitación, siendo ésta significativa, y con destrucción comprobada y fehacientemente consignada de las planchas o de su depósito en museo».

nos países, como Francia⁶²¹ –según hemos visto– o los Estados Unidos⁶²² –aunque no con relación al *droit de suite*–, limitaran el número de ejemplares múltiples para que solamente éstos en bajo número pudieran tener consideración de obra de arte original a efectos de valor en el mercado, relegando este problema a una cuestión cuantitativa.

v) Autorregulación del mercado

La capacidad de autorregulación que pueda tener el mercado de arte no puede ser un criterio preestablecido, pero sí puede funcionar como un condicionante subsidiario, ya que, en ocasiones, va a ser el propio mercado el que se empeñe en conceder el reconocimiento de ejemplar valioso –aunque no podamos decir, por esto, *original*– a una copia resultante de una obra múltiple en la que, quizás, no concurrieran los elementos enunciados anteriormente⁶²³. En sentido contrario, este mismo mercado también puede llegar a despreciar ciertos ejemplares si éstos no alcanzan unos mínimos estándares de calidad⁶²⁴, a sabiendas de que, normalmente, el nivel de valor de las obras múltiples será inversamente proporcional al número de ejemplares distribuidos, así como al grado de intervención del autor en éstos.

En cualquier caso, por lo que aquí nos ocupa, el problema será, en la práctica, de una importancia relativa, ya que pocos ejemplares múltiples superarán el umbral mínimo de aplicación del derecho de participación, establecido en nuestro país en 1.200 euros.

a.2) Clasificación de las obras enumeradas legalmente

El artículo 1 de la Ley 3/2008 nos presenta una correlación de tipos de obras de diferentes naturalezas. Es por ello que, con la finalidad de lograr un mejor análisis de las

⁶²¹ COLOMBET (*Propriété littéraire et artistique...*, cit., p. 217) explica que hace tiempo que, en Francia, se llegó a un acuerdo entre artistas y *Commissaires Priseurs* por el cual se aceptaron los ejemplares múltiples solamente en bajo número.

⁶²² Vid. 17 USC §101: «Una obra plástica es (1) una pintura, dibujo, impresión o escultura, creada en ejemplar único o en edición limitada de 200 copias o menos, que estén firmadas y consecutivamente numeradas por el autor, o, en el caso de una escultura, cuando ésta sea presentada en múltiples, (...) 200 o menos que son consecutivamente numerados por el autor y marcados por firma u otra identificación del autor; o (2) una imagen fotográfica realizada con propósito de exhibición, creada en copia única firmada por el autor o en una edición limitada de 200 copias o menos, que estén firmadas y consecutivamente numeradas por el autor».

⁶²³ Por ejemplo, ¿cómo discutir, en la actualidad, el carácter de obra de arte valiosa de determinados cuadros de Mathias Goeritz, fabricados en serie y laminados de color dorado en talleres, por simple encargo del autor?

⁶²⁴ Para W. DUCHEMIN (*op. cit.*, p. 53), el propio mercado del arte es el que delimita en ocasiones la noción de originalidad, «en la medida en que el público está dispuesto a pagar un precio más elevado por una obra múltiple calificada de original por el vendedor».

mismas, hemos procedido a clasificarlas, cuando ha sido posible, según rasgos propios de afinidad. Agrupar y describir mínimamente estas categorías, asimismo, nos permitirá examinar sucintamente algunos supuestos de obras no ejemplificadas, pero que, sin embargo, deben tener plena cabida dentro del elenco planteado, por analogía con las enunciadas.

i) «Cuadros», «collages», «pinturas» y «dibujos»

Este primer grupo incluye obras tendencialmente de ejemplar único que se desenvuelven en un plano bidimensional⁶²⁵ y en las que el autor, a partir de la realización de trazos y el empleo preferente de colores, plasma distintos tipos de formas en un lienzo, un papel, una madera o una pared, entre otras superficies, constituyendo una composición visual. De todos modos, no terminamos de entender el uso del legislador de la expresión «cuadros» como tipología individualizada respecto a las obras de «pintura», salvo que quisiera oponer la obra pictórica plasmada en lienzos o tablas a aquella otra realizada en murales u otros soportes de gran formato⁶²⁶.

Así, en el caso de la pintura –sea en cuadros o murales–, BAYLOS CORROZA considera que revisten una gran importancia los *elementos sensibles* que contiene la propia obra, ya que éstos nunca podrán ser sustituidos de un modo pleno⁶²⁷. Estos elementos conectarían directamente el objeto y el espectador, ya que, al tratarse de una obra irrepetible y única en su existencia, ésta sólo podrá ser apreciada, en puridad, mediante su contemplación física. En opinión de este autor, ello no ocurriría ni siquiera con el dibujo, donde los medios expresivos «*se constituyen como puros elementos formales, cuyo sentido puede ser trasladado, por tanto, íntegramente a otra realidad natural*»⁶²⁸. No podemos compartir esta visión, porque desnaturaliza las obras de dibujo o ilustración en beneficio de una concepción extremadamente romántica de la pintura. Ciertamente, el dibujo, en ocasiones, supone la base de otras manifestaciones artísticas, lo que permitiría incluir el objeto resultante de la ejecución en una categoría más específica, como la

⁶²⁵ Por otra parte, es cierto que muchos autores experimentan con los materiales utilizados en sus obras pictóricas para conseguir efectos de relieve o, incluso, llegan a incorporar algún elemento –como formas moldeadas con yeso– que proporciona un verdadero aspecto tridimensional a la obra.

⁶²⁶ De todos modos, veremos que el uso de un lenguaje que da lugar a equívoco es una constante en la breve relación indicativa del artículo 1 de la Ley 3/2008.

⁶²⁷ Cfr. BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. *Tratado de derecho industrial, cit.*, p. 552. Este autor indica, como ejemplo, que «*el cuadro de las Meninas sólo puede decir que lo ha visto quien lo contempló directamente en el Museo del Prado de Madrid. Por el contrario, cualquier ejemplar del Quijote permite disfrutar de la misma obra*».

⁶²⁸ Vid. *ibidem*, p. 500, donde manifiesta que «*la intransferibilidad de las creaciones pictóricas no puede afirmarse, en cambio, de la obra dibujística*».

de los bocetos o los proyectos⁶²⁹. Sin embargo, cuando el dibujo se plantee como una obra con sentido y finalidad propia, aunque fuera monocolor, no se observan motivos de peso para tratarlo de una manera distinta a la pintura en el sentido que se ha expuesto.

Por su parte, el *collage* se trata de una técnica artística que no se basa estrictamente en la realización de trazos, sino más bien en el ensamblaje de elementos provenientes de diferentes orígenes –fotografías, recortes de prensa escrita o revistas, tejidos, objetos de uso común, entre otros–⁶³⁰. Así las cosas, no encajaría estrictamente en el esquema desplegado para la presente categoría y, a pesar de ello, consideramos conveniente incluirla aquí, sea por su condición mixta –una parte de los materiales empleados puede ser la pintura– o bien porque el modo de presentar y exhibir una obra de *collage* es similar a la de un cuadro, siendo el resultado compositivo parecido al de éste.

En otro orden de cosas, a pesar de no ser un tipo de obra incluida en el artículo 1 de la Ley 3/2008, entendemos que, por analogía, el derecho de participación puede ser aplicado también al ejemplar único original de cómics, viñetas o historietas gráficas –digamos, aquel inicial, siempre que haya sido realizado mediante intervención física del autor, a partir del que se realizarán las copias editadas–. Estas obras se distinguen por la existencia de una doble implicación del autor, quien, por un lado, es dibujante y, por otro, puede ser guionista⁶³¹. No obstante, en este punto, no toda la doctrina se muestra de acuerdo: en palabras de RUBÍ PUIG, a pesar de ser habitual la reventa de originales de viñetas o *storyboards*, este tipo de obras quedarían excluidas del *droit de suite*, puesto que podrían equipararse a un manuscrito, en el sentido de ser realizados para su posterior producción seriada⁶³².

En nuestra opinión, interpretar la naturaleza *del original* de un cómic o unas viñetas como algo similar al manuscrito de una obra literaria es un error. Si bien es cierto que coexisten los dos elementos –ilustración y texto–, el objeto de arte resultante de la

⁶²⁹ Los bocetos suelen plantear también dudas acerca de su naturaleza. Se puede llegar a valorar si se tratan de auténticas obras plásticas en sí mismos, pero todo dependerá de la finalidad última que la comunidad artística quiera darle a ese objeto y, sobre todo, que se trate de bocetos plenamente individualizables e identificables. Es de esta misma opinión KATZENBERGER (*Das Folgerecht...*, *cit.*, p. 90). Asimismo, en cuanto a la determinación de la obra de esta tipología que admite tutela por derechos de autor, la cuestión está delimitada en España jurisprudencialmente, *vid.* STS (sala 1ª) de 20 de febrero de 1998.

⁶³⁰ Cfr. OCAMPO, Estela. *Diccionario de términos artísticos y arqueológicos*. Barcelona: Montesinos, 1988, p. 62. Esta autora añade que los artistas cubistas emplearon materiales alejados de la pintura tan diversos como hojalata, madera, alambre, etc.

⁶³¹ Obviamente, tal y como indica CHAVES (*op. cit.*, p. 243), el cómic puede también resultar de la colaboración entre dibujante y autor de la letra; pero «*por su naturaleza es indivisible y no debe prevalecer una de las expresiones sin la otra*».

⁶³² *Vid.* RUBÍ PUIG (*op. cit.*, p. 103). Sin tantas reservas y defendiendo igualmente la exclusión, RAMS ALBESA (*op. cit.*, p. 444) defiende que «*los originales de viñetas de historietas gráficas que son objeto normalmente de edición, a mi juicio, deberían estar expresamente excluidas, por la misma razón por la que nuestro legislador no ha incluido los manuscritos literarios y musicales a los que también se refiere el artículo 14 ter de la Convención de Berna*».

ejecución del autor será apreciado por parte del destinatario, principalmente, por su vertiente figurativa, como una obra de artes plásticas autónoma. De hecho, puede haber cómics en que no haya letras; también viñetas presentadas individualmente que consistan en un sólo dibujo. Por ende, la equiparación del ejemplar único original de este tipo de obras no debe realizarse con los manuscritos, sino directamente con las obras pictóricas o de dibujo. ¿No hay acaso cuadros que también muestran una serie de componentes que son concebidos por el espectador como una suerte de argumento o historia encerrada en los mismos?

ii) «Grabados», «estampas» y «litografías»

Continuando con los tipos de obras relacionados expresamente por la Ley, proyectamos un segundo grupo conformado por los grabados, las estampas y las litografías, caracterizado por contener obras expresadas también en el plano bidimensional, pero tendencialmente múltiple, las cuales, por medio de la incisión en materias duras, imitan las luces y las sombras de los objetos visibles⁶³³.

Así, todas son obras que presentan un alto grado de asimilación con la pintura o el dibujo, sobre todo en cuanto a apariencia y composición. Sin embargo, el elemento sustancial, en estos casos, es que su generación se realiza mediante un procedimiento de reproducción que permite al autor obtener copias similares –cuando no idénticas– del ejemplar ideal original de la obra que ha concebido.

El legislador utiliza, nuevamente, una terminología algo imprecisa, ya que los tres términos pueden considerarse elementos complementarios dentro de la definición de un mismo proceso creativo. Técnicamente, el grabado es el procedimiento por el que, mediante la presión ejercida sobre una plancha de metal o madera, se *estampa* una imagen en una superficie, normalmente de papel o textil.

No obstante, la verdad es que se usa de un modo cotidiano la expresión *grabado* para referirse al resultado, esto es, al ejemplar que se obtiene tras la ejecución; así que debe interpretarse que el precepto trata de recoger tres maneras significativas y diferentes entre sí de crear obras múltiples. Entendemos que la primera de ellas –«grabados»–, más genérica, comprenderá precisamente los grabados realizados con técnicas como el aguafuerte, el aguatinta, la punta seca o la xilografía⁶³⁴. Por su lado, las «estampas»

⁶³³ Vid. MARTÍNEZ, Francisco. *Introducción al conocimiento de las Bellas Artes. Diccionario de Pintura, Escultura, Arquitectura y Grabado*. Madrid: Real Academia Española, 1989, p. 207.

⁶³⁴ Resumiendo, entre las técnicas de grabado con ácido destacan el *aguafuerte* y el *aguatinta*. La primera se basa en el uso de una plancha metálica cubierta por una fina capa de barniz protector, donde se dibuja con una punta metálica el tema iconográfico. Al dibujar sobre el barniz protector éste se elimina y al introducir la lámina en un baño de ácido, se produce la corrosión del metal en las zonas dibujadas, es decir, en las que se ha eliminado el barniz protec-

abarcarán la impresión de diseños en superficies más variadas, como telas, cueros, metales o papel especial, mediante el uso de planchas grabadas y entintadas sobre cualquiera de los materiales mencionados humedecidos. Para terminar, por «*litografía*» debe entenderse el resultado de emplear aquella técnica de grabado que no se basa en el uso de los huecos de la plancha, sino en la impresión de imágenes mediante la presión de una piedra calcárea mojada, recubierta de una leve película de goma, sobre el papel⁶³⁵.

Para determinar la originalidad de los ejemplares múltiples de este tipo de obras, deberemos exigir que el proceso de generación de los mismos haya sido llevado a cabo por el autor, a partir de los criterios generales establecidos con anterioridad. Asimismo, también puede ser de ayuda atender a las reglas habituales en el sector expresadas por VAN STEEN para considerar un grabado –múltiple por excelencia– como obra plástica objeto del derecho: los artistas deben firmar los ejemplares, uno a uno, en lápiz, fuera de la grabación; las firmas tienen que limitar la numeración del tiraje –por ejemplo, 1/30 significará que es el primer ejemplar de 30–; si la firma está dentro del área grabada, por provenir de la plancha, significa que es una reproducción póstuma y que el artista no quiso reconocerla en vida; finalmente, es necesaria la destrucción de la matriz tras la impresión⁶³⁶.

tor. Por su parte, el *aguatinta* es un procedimiento de grabado que consiste en verter sobre la plancha una capa uniforme de resina con la forma deseada. La plancha se calienta para que la resina se funda y se adhiera. Posteriormente, se introduce en ácido, y éste penetra en las partes en las que la superficie no está protegida por la resina. La *punta seca*, en cambio, es una técnica de grabado directo. Consiste en dibujar directamente sobre la plancha metálica con una aguja de acero. La extremidad de la punta seca es más fina que la del buril y sin filo, de manera que raya el metal produciendo surcos que pueden ser profundos pero no muy anchos. El metal levantado queda a los lados de las incisiones, formando las llamadas rebabas, que dan un resultado delicado y aterciopelado en la estampación. Finalmente, la *xilografía* es una técnica de impresión con una plancha de madera, de las llamadas técnicas *en relieve*, donde se realizan incisiones con un buril, logrando la imagen deseada. A continuación se impregna con tinta la matriz y, presionándola contra un soporte, se obtiene la impresión, donde las superficies en relieve aparecerán en negro –o color escogido– en la hoja y las incisiones se verán como líneas blancas. Existen otras variedades de las técnicas expuestas, mas las comentadas son las más habituales. De todos modos, para una descripción sucinta de las principales técnicas de grabado, *vid.* OCAMPO, Estela, *op. cit.*, p. 110; en cambio, para una explicación de las mismas en profundidad, así como un análisis de su evolución histórica, *vid.* MARTÍNEZ, Francisco, *op. cit.*, pp. 207 ss.

⁶³⁵ *Vid.* BLAS, Javier; CIRUELOS, Ascensión; BARRENA, Clemente. «Diccionario del arte gráfico». *Diccionario del dibujo y de la stampa. Vocabulario y tesoro sobre las artes del dibujo, grabado, litografía y serigrafía*. Madrid: Real Academia de Bellas Artes de San Fernando, Calcografía Nacional, 1996, p. 128.

⁶³⁶ Cfr. Van Steen, Edla. «Obra de Arte em Série», *apud.* CHAVES, Antonio, *op. cit.*, p. 241. Sorprende que esta autora descarte la litografía como obra intelectual, al decir que se trata simplemente de un proceso de impresión de dibujos trazados en una piedra calcárea, como si ello fuese muy diferente a los otros tipos de grabados. Estos usos nos pueden ayudar a situar la cuestión, pero el problema es que cada círculo artístico empleará los suyos. Como muestra, en la Francia de mitad del siglo XX, sociedades de autores, peritos-tasadores y comerciantes de estampas fijaron también unos criterios de originalidad del grabado para la aplicación del derecho de participación, adoptando criterios muy precisos –la mayoría complementarios a los expuestos–, que son los que se indican a continuación: las estampas originales del primer tiraje, com-

iii) «Escultura»

La obra escultórica se expresa a partir de la creación de volúmenes y la conformación de espacios, para la representación de figuras de cualquier clase, desarrollándose en el plano tridimensional⁶³⁷. Su realización parte de la acción de moldear, esculpir, tallar o ensamblar diferentes materiales, si bien la doctrina acierta a distinguir netamente entre dos clases de obras escultóricas⁶³⁸. De una parte, estaría la escultura concebida para ser única, esto es, aquella que ha sido creada sin el objetivo de su reproducción –piénsese en una escultura clásica esculpida en piedra–; de otra parte, se encontraría la escultura concebida para ser ejecutada en serie, como sucede con las estatuas de bronce, realizadas con un molde a partir del cual se obtienen los múltiples.

Con relación a este último grupo –el de las esculturas presentadas en varios ejemplares múltiples– debemos continuar considerando necesaria la intervención personal del autor, así como aplicar la lógica expuesta anteriormente para los múltiples, adaptada nuevamente a los usos del sector. En este caso, expone Van Steen que la escultura debe hacerla y reproducirla el propio artista o, por lo menos, contar con su asistencia durante la reproducción, con la correspondiente autenticación de su calidad. En general, el escultor suele crear el modelo en barro, yeso o madera y lo envía a personal técnico, por ejemplo, al fundidor, que lo copiará en bronce, si éste es el material elegido, mas siempre contando con la asistencia artística de aquél. Siguiendo a esta autora, observamos que es norma del sector considerar como ejemplares múltiples originales de una escultura aquellos que se cuenten como máximo en nueve copias, donde, en principio, no se requiere numeración ni firma de las mismas para que se reconozca la autoría⁶³⁹.

iv) «Tapices», «cerámicas», «objetos de cristal»

La Ley enumera tres ejemplos de obras que pueden enmarcarse, perfectamente, en lo que doctrinalmente se conoce como arte aplicado, esto es, aquella creación artística

puestas y grabadas por la mano del artista eran las únicas consideradas como originales y el ejemplar tenía que estar firmado por el artista, numerado y limitado a un tiraje de 75 copias. Como curiosidad, cabe resaltar que el *droit de suite* solo se aplicaba sobre la totalidad del precio cuando cumplía todos los requisitos indicados; en defecto de alguno, el derecho se limitaba a la mitad del precio (cfr. UNIÓN DE BERNA. *Examen de un estudio...*, cit., p. 11 [anexo]).

⁶³⁷ BERCOVITZ ÁLVAREZ (*op. cit.*, p. 39) opina que, con la categoría bidimensional y esta tridimensional, podrían considerarse las dos únicas hipótesis existentes en el mundo plástico, donde la arquitectura sería una escultura cualificada por su función.

⁶³⁸ Vid. ORTEGA DOMÉNECH, Jorge. *Obra plástica...*, cit., p. 32. También, BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán, *op. cit.*, p. 40.

⁶³⁹ Cfr. Van Steen, Edla. «Obra de Arte em Série», *apud*. CHAVES, Antonio, *op. cit.*, p. 241.

que se aplica o incorpora a un objeto útil⁶⁴⁰. El rasgo diferenciador de esta categoría es que el diseño de este tipo de obras viene más o menos determinado por la función que cumple el objeto –por ejemplo, un tapiz como alfombra o un objeto de cristal como vaso–, lo que nos llevará a exigir un grado de creatividad superior que al resto de obras de artes plásticas, donde la originalidad requerida es mínima.

Con dicha inclusión, entendemos que definitivamente se revierte la situación respecto al antiguo artículo 24.1 TRLPI, vigente hasta la aprobación de la Ley 3/2008, el cual excluía expresamente del ámbito de aplicación del derecho de participación las obras de arte aplicadas⁶⁴¹.

Tradicionalmente, la doctrina española se sentía cómoda exceptuando del derecho de participación este tipo de obras, en general, por ser fabricadas en serie mediante procesos mecánicos y comercializadas por canales comunes; por ende, sin que en el objeto resultante quedara impregnada el aura del autor⁶⁴². Sin embargo, esta presunción no puede elevarse a la categoría de regla general. Al contrario, en ciertas ocasiones, las obras de arte aplicado son de ejemplar único o, en su caso, ejemplares múltiples en que la intervención del autor en el proceso creativo ha resultado ser de suficiente entidad como para considerar originales a todos los objetos resultantes, con arreglo a los mismos requisitos que hemos establecido para otro tipo de obras de artes plásticas.

Otra de las causas aducidas doctrinalmente para justificar dicha exclusión era que, en muchas obras de arte aplicado, puede ser mayor el valor de los materiales empleados que el propio valor de la aportación del autor. Ello sería suficiente para descartar su condición de sujetas al derecho de participación, debido a un supuesto exceso en los costes de transacción y administración derivados de la imposibilidad de aplicar el porcentaje de participación sobre la totalidad del precio de transmisión, al no resultar justo que el valor de la obra responda en mayor medida al material utilizado que a la acción creadora⁶⁴³. En este sentido, VICENT LÓPEZ, argumenta que, de no ser así, resultaría necesaria la aplicación de una operación matemática especialmente compleja, por la cual se

⁶⁴⁰ CASAS VALLÉS, expone que, en general, entran en este apartado la artesanía y la decoración, el diseño aplicado a la industria, así como actividades centradas en el embellecimiento de objetos útiles, como la forja, cerámica, vidriería, tapicería, marquetería, orfebrería, entre otros («Comentario al artículo 24», 3ª ed., *cit.*, p. 429).

⁶⁴¹ El derogado artículo 24.1 TRLPI rezaba: «*los autores de obras de artes plásticas tendrán derecho a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa que de las mismas se realice en pública subasta, en establecimiento mercantil, o con la intervención de un comerciante o agente mercantil. Se exceptúan de lo dispuesto en el párrafo anterior las obras de artes aplicadas*».

⁶⁴² Vid. BONDÍA ROMÁN, Fernando. «Comentario al artículo 24». En: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Rodríguez Tapia, J. Miguel; Bondía Román, Fernando. Madrid: Civitas, 1997, p. 135.

⁶⁴³ Vid. ROCHA, María Victoria. «Derecho de participación (droit de suite): análisis do artigo 24 do "Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI)»». *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, 21. Madrid; Santiago de Compostela: Marcial Pons; Universidad de Santiago de Compostela, 2000, p. 168.

debería escindir el valor económico artístico del producto artesanal o industrial y aplicar el porcentaje de participación sólo sobre el mencionado valor⁶⁴⁴.

Pese a la razonabilidad de esta tesis, en la misma se advierten algunas fisuras. ¿Por qué dicho criterio no debería aplicarse a todo tipo de obras de artes plásticas? Piénsese en un escultor que hiciera una estatua utilizando plata, o un cuadro que se hubiera pintado utilizando vino de una cosecha carísima. No por ello diríamos que se excluyen del ámbito de aplicación del derecho de participación. Tampoco se nos ocurriría calcular el crédito de participación en función del coste de los materiales, ya que podríamos llegar al absurdo de entrar a valorar, en el caso de un cuadro, incluso la calidad del soporte –no tiene el mismo precio un lienzo de lino que uno de algodón– o del tipo de pinturas utilizado –los óleos artesanales son más caros que los industriales–.

Por lo tanto, nos parece acertada la inclusión legal, de entrada, que se hace de las obras de arte aplicadas en el ámbito objetivo de derecho. Por supuesto, ello no quiere decir que todos los tapices⁶⁴⁵, cerámicas y objetos de cristal –ni, en definitiva, cualquier objeto análogo de esta categoría– sean susceptibles de generar el crédito de participación por sus reventas.

Para establecer la dicotomía entre piezas con consideración de arte aplicado y meros objetos que incorporan elementos de embellecimiento, nos serviremos de dos criterios anteriormente comentados. El primero de ellos se basa en la exigencia de una mayor originalidad en la creación, puesto que las obras de arte aplicado ya cuentan con una vía de protección legal, como diseños industriales, así que para ser objeto de tutela del derecho de autor, será necesaria una rotunda altura creativa, evitando en el caso de ejemplares múltiples que la producción no haya sido industrial⁶⁴⁶.

El segundo criterio también es particular para esta tipología y está basado en la funcionalidad de la obra. Cuando la función de utilidad prevalezca a la función artística, somos partidarios de no aplicar el derecho de participación a la reventa de dichos objetos⁶⁴⁷. Para ayudarnos a discernir cuándo se manifiesta esa prevalencia, podemos apo-

⁶⁴⁴ Al hilo de esta cuestión, VICENT LÓPEZ (*op. cit.*, p. 183) pone el ejemplo de una joya creada por un artista de reconocido prestigio, original y única, para preguntarse hasta qué punto se podría escindir el valor de la materia en el precio de venta de la obra. Así, opina que fruto de dicha dificultad, la opción de excluir las obras de arte aplicado del derecho de participación se presentaría como la solución más pragmática.

⁶⁴⁵ BERCOVITZ ÁLVAREZ (*op. cit.*, p. 41) plantea un problema en relación con los tapices. Éstos son obras de arte textil, generalmente presentados sobre paneles, tejidos a mano sobre un telar, en los que la tirada es controlada por el autor. Pero, ¿quién tendrá la categoría de autor? ¿El creador del cartón o el tejedor? Según este autor, podría llegar a considerarse una obra derivada porque «*el artista tejedor traslada al tejido una obra preexistente*».

⁶⁴⁶ Éste es el criterio establecido por la STS (sala 1ª, sección 1ª) de 27 de septiembre de 2012 y por parte de la doctrina mercantilista (*vid. supra*, capítulo 3, 1.2.c).

⁶⁴⁷ Un criterio muy parecido para este supuesto se recoge en la *U.S. Copyright Law. Vid. GINSBURG, Jane C.* «La protección de las obras de arte en los Estados Unidos». En: *Derechos*

yarnos en factores externos, como observar cuál es el destino que le otorgaría un destinatario medio al objeto o conocer el canal de venta del mismo. Poniendo como ejemplo la reventa de una joya, deberíamos exceptuar de raíz su acogimiento al derecho de participación si su destino fuera el cumplimiento de una función como objeto útil por sí mismo –lucir en el cuerpo de una persona– y, más todavía, si se hubiera comercializado anteriormente en un establecimiento ajeno al mercado del arte, como una joyería⁶⁴⁸.

Finalmente, hay que establecer un nuevo límite, esta vez entre las obras de arte aplicado y el denominado *arte encontrado*, consistente en la elevación a categoría artística de objetos que normalmente no lo son, porque no es ésa su función originaria, pero que, por decisión del autor y sin que ni siquiera sea necesaria su modificación material –pero sí intelectual–, pasan a serlo. Como en el caso de Marcel Duchamp y su obra «*La fuente*», un urinario puede acabar como una pieza de museo, porque su autor lo encontró entre otros escombros y decidió que, poniéndole un título y firmándola –proceso asimilable a la ejecución–, lo dignificaría. Sin entrar en valoraciones morales, en cualquier caso, el hecho de que la sociedad, en general, y la comunidad artística, en particular, acepten que un objeto cotidiano se transforme automáticamente en una obra de arte plástica porque así lo decidió un artista es, en principio, suficiente para que se le pueda aplicar el derecho de participación.

v) «Fotografías»

Fruto de la transposición de la Directiva 2001/84/CE, se incluyeron expresamente en el ámbito objetivo del derecho de participación las fotografías, denostadas en la anterior legislación española. Las regulaciones previas a la Ley 3/2008 *olvidaban* las obras fotográficas, primeramente, por la dificultad de separarlas de las meras fotografías⁶⁴⁹. Esto no ocurría en otros países; en comparación, Francia ya reconocía las foto-

del Artista Plástico, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto. Pamplona: Aranzadi, 1996, pp. 144 ss.

⁶⁴⁸ Asimismo, podemos exponer otro ejemplo más concreto para acabar de asentar los criterios mencionados. El diseñador Philippe Starck crea sillas muy apreciadas por el público, pero de ello no puede inferirse que sean obras de arte protegidas por derecho de autor y, a su vez, por el derecho de participación, porque su proceso de fabricación es más o menos industrial y su comercialización se lleva a cabo por canales habituales de venta de muebles. Por el lado opuesto, las sillas de la obra «*Chair*», del escultor Allen Jones, son verdaderas obras por sí mismas. Las piezas que la componen –imitando figuras humanas– han sido realizadas bajo la supervisión directa del autor y claramente están destinadas a su contemplación y exhibición más que a su uso cotidiano, sin que nada tenga que ver en ello la presunta incomodidad de las mismas.

⁶⁴⁹ Recuérdese que las meras fotografías sólo otorgan los derechos del artículo 128 TRLPI: «*quien realice una fotografía u otra reproducción obtenida por procedimiento análogo a aquélla, cuando ni una ni otra tengan el carácter de obras protegidas en el Libro I, goza del 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. Este dere-*

grafías como obras susceptibles de aplicación del *droit de suite* desde mucho tiempo atrás.

Sea como fuere, estamos, sin duda, ante una categoría que no puede calificarse estrictamente como *obra de artes plásticas*. Sin embargo, por razones del mercado del arte, a las obras fotográficas se les debe dar el mismo tratamiento que a las pinturas o las esculturas, especialmente con relación al *droit de suite* (¿se les puede reservar la categoría de *obras gráficas*, como parece desprenderse del primer artículo de la Ley 3/2008?). Negar esta cualidad a una verdadera obra fotográfica supondría, por nuestra parte, un alejamiento de la realidad artística moderna⁶⁵⁰. A pesar de esta asimilación pragmática, no todas las fotografías serán obras artísticas. Por esta razón, deberemos asentar, con más precisión, si cabe, qué tipo de fotografías, a nuestro juicio, generarán el derecho de participación en el caso de ser revendidas.

Primeramente, deben ser descartadas las meras fotografías, sin desconocer que éstas pueden ser subastadas por razones que exceden del aspecto artístico, como, por ejemplo, tratarse de imágenes inéditas o realizadas por afamados fotoperiodistas de guerra⁶⁵¹. Sin embargo, en las mismas no se observaría la suficiente originalidad como para ser tan siquiera obras tuteladas por el derecho de autor. Por ende, el concepto de obra fotográfica que reclama esta materia debe manifestar un proceso creativo en la concepción y en la ejecución de la misma⁶⁵².

cho tendrá una duración de veinticinco años computados desde el día 1 de enero del año siguiente a la fecha de realización de la fotografía o reproducción».

⁶⁵⁰ Según opina BRIGHT, la fotografía debe ser considerada arte, porque así lo demuestra su presencia en exposiciones contemporáneas de diferentes museos prestigiosos. El valor en el mercado de obras fotográficas también ha experimentado en los últimos años un auge irrefrenable (cfr. BRIGHT, Susan. *Fotografía hoy*. Donostia: Nerea, 2005, p. 8). Como prueba de esto último, se puede destacar una de las últimas subastas monotemáticas de obras fotográficas realizadas por la casa *Christie's*. En septiembre de 2013, se subastaron decenas de fotografías netamente artísticas con la modelo Kate Moss como protagonista, firmadas por varios de los mejores autores de este sector, habiéndose adjudicado la más cara —obra de Mario Sorrenti— por un valor de 41.600 euros (vid. *La Vanguardia*, 12 de enero de 2014, p. 11).

⁶⁵¹ La sala *Soler y Llach* de Barcelona subastó diez fotografías de la Guerra Civil Española, tomadas por Agustí Centelles, por precios que oscilaron entre los 700 y los 3.000 euros (cfr. *La Vanguardia*, 16 de diciembre de 2009, p. 36). En este sentido, PFENNIG (*El derecho de participación...*, cit., p. 41) alerta que, incluso las positivas originales de fotografías de prensa han ingresado en el mercado de reventa y se están poniendo en circulación. A modo de ejemplo, destaca que en otoño de 2000, algunos archivos periodísticos de Alemania y los archivos del *New York Times* iniciaron actividades comerciales para vender sus fondos.

⁶⁵² La STS (sala 1ª, sección 1ª) de 5 de abril de 2011 establece que «*el reconocimiento como obra fotográfica exige una mínima altura creativa*». Dicha sentencia, a pesar de reconocer que la llamada suficiencia o altura creativa se trata de un concepto jurídicamente indeterminado, considera que «*la ponderación de la suficiencia creativa dependerá de las circunstancias de cada caso, pues son diversos los factores y aspectos que pueden incidir, correspondiendo su valoración en principio a los Tribunales que conocen en instancia, a cuyo efecto han de tomar en cuenta la pluralidad de elementos de convicción que hayan podido proporcionarles las par-*

Así, presumiendo que una obra fotográfica fuera original, preferiríamos exigir en ésta una ejecución manual del autor, en detrimento de tratamientos y fijaciones digitales –aunque luego se procediese a su impresión gráfica–⁶⁵³. Pero la actual tendencia legislativa se muestra claramente contraria a dicha premisa. A pesar de que la jurisprudencia francesa había estimado habitualmente que, para el juicio de originalidad, podía servir de pauta no el juicio estético, sino la forma en que hubiera sido ejecutada personalmente la fotografía, así como la importancia y el sello personal que presentasen los preparativos para realizarla, en 1985, se suprimió en la Ley francesa de Propiedad Intelectual todo requisito material para la protección de fotografías como obra de arte. Lo mismo hizo la homónima ley española, que tan sólo exige para la protección de obras fotográficas su originalidad⁶⁵⁴.

En conclusión, so riesgo de que la cuestión no quede clara, no nos quedará más remedio que, ante la dificultad de determinar la obra fotográfica objeto de *droit de suite*, acudir al criterio de originalidad expuesto para el resto de obras de ejemplares múltiples. Otra vez, cabe hacer hincapié en la necesidad de una concepción y una ejecución creativa del autor –aun mínima–, pudiéndonos apoyar, aunque con cautela, en los usos del sector, como hacían las redacciones de los borradores de la Directiva 2001/84/CE⁶⁵⁵, que abogaban por reforzar aspectos como la limitación del número de ejemplares múltiples de la fotografía o la exigencia de estampación de la firma del autor en cada uno de los mismos⁶⁵⁶.

A pesar de todo lo expuesto, reconocemos que no será fácil privar del derecho de participación a un fotógrafo que ha conseguido que una de las copias de una fotografía suya se haya revendido en una transacción pública por más de 1.200 euros –umbral de aplicación en la Ley 3/2008–, aunque no cumpliera el ejemplar con las condiciones re-

tes –periciales, informes de expertos, revistas especializadas, exposiciones, certámenes, premios, etc.–, además de las máximas de experiencia comunes».

⁶⁵³ En la fotografía no digital, existe un documento inicial llamado *cliché* que desempeña, en cierta manera, el papel de matriz, resultado combinado de la luz y las sustancias químicas que imprimen una imagen sobre una película. Con todo, el *cliché* únicamente es un posible soporte de la obra; no es razonable demandar que sólo sea considerado original el primer ejemplar de una fotografía salido del laboratorio, cuando estamos ante una tipología de obra eminentemente múltiple (*vid.* UNIÓN DE BERNA. *Examen de un estudio...*, *cit.*, p. 21 [anexo]).

⁶⁵⁴ *Vid.* DELGADO PORRAS, Antonio. «Derechos de autor», 3ª ed., *cit.*, p. 758.

⁶⁵⁵ En la propuesta modificada de Directiva que presentó la Comisión de la Unión Europea el 12 de marzo de 1998 se apelaba a la limitación de ejemplares en función de los usos del sector.

⁶⁵⁶ En la legislación de *copyright* de los Estados Unidos, a efectos de distribución en el mercado, se exige que la fotografía tenga propósito de exhibición y se limite a 200 ejemplares, firmados y numerados de manera consecutiva (*cf.* 17 USC §101).

iteradas en este trabajo⁶⁵⁷. No obstante, somos conscientes de que no es éste un problema exclusivo de esta categoría.

vi) «Piezas de vídeo arte»

Esta última categoría contenida en la relación indicativa fijada por la Ley es interesante por varios motivos. En primer lugar, porque fue introducida expresamente en el artículo 1 de la Ley 3/2008 sin que se hallara en el listado dispuesto en el artículo 2 de la Directiva 2001/84/CE, lo que denota la clara intención del legislador español de extender el concepto de obras de artes plásticas a esta nueva tipología⁶⁵⁸.

En segundo lugar, porque el concepto *vídeo arte* debe ser interpretado con especial cuidado, para no dar cabida en la aplicación del derecho de participación a obras audiovisuales a partir de una interpretación excesivamente amplia del mismo –debiéndose delimitar respecto a las obras reguladas en el artículo 86 TRLPI–. En consecuencia, debemos excluir del ámbito objetivo de este derecho todas aquellas obras que son fijadas en un soporte digital de cualquier clase, ya que, en caso contrario, se despojaría a las obras de artes plásticas de su elemento esencial, como es su corporeidad.

El vídeo arte se define como el manejo de medios electrónicos, tanto de forma analógica como digital, que tiene como finalidad una forma artística⁶⁵⁹; se vale de soportes como pantallas y proyectores, mas sin abandonar, en ningún caso, la noción de creación y, en muchas ocasiones, de «*manipulación psicológica*» de quien contempla la obra⁶⁶⁰. En su esencia, se diferencia de obras audiovisuales como el vídeo clip o el vídeo documental al admitir nuevas formas de visualización por parte del espectador, al valerse de

⁶⁵⁷ Sin embargo, el mercado entendido no adquiere cualquier fotografía; normalmente, exige que se trate de ejemplares bellos, realizados por el fotógrafo en persona en su laboratorio o bajo su dirección, fijados en papel de gran calidad, firmados por él y numerados de manera limitada (cfr. Comité Ejecutivo de la Unión de Berna. *Examen de un estudio sobre los principios de orientación relativos al funcionamiento del derecho de participación*, cit., p. 21 [anexo]).

⁶⁵⁸ A juicio de DELGADO PORRAS («Derechos de autor», 3ª ed., cit., p. 836), no fue muy apropiado introducir en la ley española las piezas de vídeo arte sin tan siquiera justificar tal adición en la Exposición de Motivos; sobre todo cuando se trata de la transposición de una norma dictada con finalidad armonizadora.

⁶⁵⁹ El vídeo arte nació en los años 60 en los Estados Unidos, como una técnica artística consistente en la grabación de imágenes y su reproducción en monitores. Con el tiempo, se comenzó a dar cada vez más importancia a la disposición física de los elementos materiales –monitores, altavoces, entre otros–, adoptando características de otras tendencias artísticas, como las *performances* (vid. FELICI, Lucio. *Encyclopédie de l'Art*. 3ª ed. Milán: Garzanti, 2005, p. 211).

⁶⁶⁰ Para este tema, vid. ORTUÑO MENGUAL, Pedro. «La experiencia de los límites: una aproximación al término de vídeo arte». En: *Creatividad y discursos hipermedia*, dir. Perales Blanco, Verónica. Murcia: Editum, 2013, pp. 136 ss.

elementos materiales estéticos, así como de parámetros espacio-temporales e interactivos completamente distintos a los de aquéllos.

Es por esta razón que entendemos relevante la inclusión del término «piezas» en la definición, puesto que favorece la concepción de la categoría como una suerte de instalación material con cierto carácter escultórico, a la que incorporar uno o más monitores de vídeo donde visualizar las imágenes, así como otros aparatos que sirvan para la reproducción de sonidos grabados o generados en directo.

En conclusión, de acuerdo con RUBÍ PUIG, sólo podrá incluirse en esta categoría la instalación física de la que forme parte el vídeo arte, en detrimento de la obra audiovisual subyacente, ya que ésta puede explotarse mediante la venta de copias en un formato digital⁶⁶¹.

b) Obras excluidas

b.1) Obras arquitectónicas

El legislador no menciona expresamente la exclusión de las obras arquitectónicas, pero no podemos considerar que se trate de una mera omisión por su parte en el listado de obras sujetas al derecho de participación. Se trata de un tipo de obra de suficiente entidad en el tráfico económico y en la vida artística como para que, de desearse su inclusión, haber aparecido en la relación indicativa del artículo 1 de la Ley 3/2008⁶⁶².

Para BAYLOS CORROZA, la arquitectura «*consiste en la concepción, representada plásticamente o por otro medio, de una combinación de masas de orden tridimensional, constitutiva de un edificio al servicio de las necesidades de habitación del hombre*»⁶⁶³. Así, los edificios son, por definición, arte aplicado, pero a diferencia de otras obras de dicha categoría, no requieren del autor una ejecución personal de carácter material en su objeto. Y del mismo modo que en el resto de obras de artes plásticas, el autor no puede limitarse a idear o concebir la obra, sino que tiene que ejecutar aquello concebido –o intervenir en la ejecución–.

Sin embargo, en nuestra opinión, este extremo también sucede en este caso. Obviamente, el creador de una obra arquitectónica no participará de la construcción de la

⁶⁶¹ Vid. RUBÍ PUIG, Antoni, *op. cit.*, p. 102.

⁶⁶² Asimismo, consideramos excluidas por el mismo motivo obras de ingeniería o paisajismo. Sin embargo, podría darse un tratamiento diferente a las maquetas, siempre y cuando se presentaran de forma individualizada y a modo de escultura muy particular, supuesto compatible con la definición que de las mismas hace CHAVES (*op. cit.*, p. 246): «*esbozo de una obra de arquitectura, en tamaño pequeño, tridimensional, antiguamente moldeado en barro o cera, actualmente en espuma de poliestireno, madera y similares*».

⁶⁶³ Vid. BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. *Tratado de derecho industrial, cit.*, p. 556.

misma con sus propias manos, pero la ejecución estribará en la «*designación y representación, mediante el dibujo, la paleografía o un modelo, (maqueta) o cualquier otro medio análogo*»⁶⁶⁴. Otro tema será que, además, los materiales preparatorios de las obras arquitectónicas, como los proyectos, los planos o las maquetas, puedan devenir obras por sí mismas⁶⁶⁵. No se nos ocurre impedimento alguno para que las mismas no pudieran ser objeto del derecho de participación, donde podemos encontrar claros puntos de conexión con la categoría escultórica.

De todos modos, que no haya una ejecución material personal del autor no puede ser el argumento principal para descartar la posibilidad de aplicar el derecho de participación en la reventa de una obra arquitectónica, puesto que, en atención al artículo 1 de la Ley 3/2008, los ejemplares de obras de artes plásticas objeto del derecho que hayan sido «*realizadas por el propio autor o bajo su autoridad se considerarán obras originales*»⁶⁶⁶. Un edificio, sin duda, se realiza bajo la *autoridad* del arquitecto.

Entonces, ¿por qué excluir del ámbito objetivo del derecho las obras arquitectónicas y, en cambio, aceptar las obras escultóricas de grandes dimensiones, que utilizan procesos de ejecución totalmente asimilables a los de la construcción⁶⁶⁷?

A la hora de dar respuesta a dicha pregunta, la doctrina parece ponerse de acuerdo⁶⁶⁸: la lógica de las transmisiones de las obras arquitectónicas es particular y no obe-

⁶⁶⁴ *Vid. ibidem*, p. 556.

⁶⁶⁵ No es una cuestión discutida que tales materiales preparatorios de obras de arquitectura o ingeniería (proyectos, planos, maquetas y diseños) sean protegidos por el derecho de autor. De hecho, es común también su aceptación en los ordenamientos de nuestro entorno (*vid. CUERVA DE CAÑAS, Juan A.; CASTELLVÍ LAUKAMP, Lluís. «Arquitectura de autor: un análisis de ciertos problemas suscitados en torno a la obra arquitectónica y la propiedad intelectual». Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual, nº 36, septiembre-diciembre 2010. Madrid: Ed. Bercal, 2010, p. 26).*

⁶⁶⁶ BAYLOS CORROZA explica que, en este tipo de obras, caben dos especies de multiplicación. Una es la reproducción de los planos, dibujos, etc.; la otra, y la más típica, la construcción del edificio representado (*Tratado de derecho industrial, cit.*, p. 556).

⁶⁶⁷ En el Museo Guggenheim de Bilbao encontramos una contraposición paradigmática. El propio edificio, diseñado por Frank Gehry, está concebido con un claro ánimo de exhibición. El arquitecto canadiense no sólo supervisó la construcción (ejecución) del mismo, sino que cuidó hasta el último detalle, hasta el punto de hacer modificar la posición de alguna plancha de la fachada porque no conseguía el efecto de reflejo que había concebido inicialmente. Por otra parte, dentro de este Museo se puede visitar –en exposición permanente, en la sala Fish, de 3.000 m²– el gigantesco conjunto escultórico de acero patinable «*La materia del tiempo*», de Richard Serra. Las numerosas planchas que conforman las siete esculturas tienen hasta 4 metros de altura y 17 metros de longitud, y fueron laminadas en caliente y mecanizadas en frío en dos talleres de Alemania, fabricantes habituales del artista. Salvando alguna diferencia, las similitudes entre ambos procesos de concepción y ejecución son notorias y, sin embargo, la primera obra se encontraría excluida del ámbito objetivo del derecho de participación y la segunda, incluida. Información obtenida en: <<http://www.guggenheim-bilbao.es>> (última visita: 26 de diciembre de 2015).

⁶⁶⁸ La mayoría de autores consideran fundamental para su exclusión que el precio de las obras arquitectónicas normalmente esté determinado por aspectos externos a los artísticos, como los urbanísticos o los inmobiliarios. En este sentido, *vid. KATZENBERGER, Paul. «Folgerecht».*

dece a las reglas del mercado del arte, sino a las del mercado inmobiliario. Además, la aportación del arquitecto, en comparación con el valor del terreno y de la construcción resultará ínfima. Aceptando la posición mayoritaria, añadiríamos como otro argumento de peso, para la exceptuación de la categoría, el sentido finalista de un edificio. La principal función del mismo nunca será la exhibición o la contemplación, sino el albergue de personas, animales o cosas⁶⁶⁹. Estos aspectos son más que suficiente para apartar las obras de arquitectura del derecho de participación.

Para terminar, se presenta duda sobre la aplicación de este derecho en aquellos supuestos en que la obra ornamental prevalezca sobre la obra aplicada⁶⁷⁰, pero hay que concluir que todas aquellas obras incluidas dentro de un edificio, como pudieran ser mosaicos, tallas o esculturas, si se enajenan conjuntamente con el edificio, no pueden generar el derecho de participación. Por otra parte, no hay que olvidar que en este tipo de operaciones económicas no participa un profesional del mercado del arte, por lo que, de todos modos, el derecho de participación nunca podrá generarse al faltar este elemento imprescindible.

b.2) Manuscritos

Los manuscritos originales, a pesar de encontrarse en el artículo 14 ter de la Convención de Berna y en otras legislaciones europeas previas a la armonización, no se contemplaron finalmente en la Directiva 2001/84 y, en consecuencia, tampoco en la Ley española.

De nuevo, entre nosotros, la doctrina aplaudió esta exclusión, al considerar que los manuscritos literarios y musicales son meros medios de expresión –carentes de cualquier valor intrínseco– y no obras plásticas en sí mismos⁶⁷¹. No obstante, nos parece

Urheberrecht: Kommentar, cit., p. 385; BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán, *op. cit.*, p. 367; RUBÍ PUIG, Antoni, *op. cit.*, p. 104; así como BONDÍA ROMÁN («Comentario al artículo 24», *cit.*, p. 135), quien basa esta exclusión en «razones de operatividad, de sentido común e incluso de orden público».

⁶⁶⁹ Tal y como indican CUERVA y CASTELLVÍ, la obra arquitectónica presenta la funcionalidad como una de sus peculiaridades, puesto que son obras destinadas a satisfacer las necesidades de sus propietarios, «ya sea como residencia, en otros casos como lugar de trabajo, producción o fabricación, o incluso la satisfacción de intereses generales. Éste último sería el caso de hospitales, museos, edificios de universidades, bibliotecas, edificios de la administración y un largo etcétera» (*op. cit.*, p. 36).

⁶⁷⁰ En sentido contrario, la SAP Barcelona (sección 15ª) de 28 de marzo de 2006, consideró la Sagrada Familia de Gaudí una obra colectiva, donde el valor de su ornamentación tendrá incluso mayor incidencia artística sobre la misma que el estrictamente arquitectónico.

⁶⁷¹ Para SERRANO GÓMEZ (*op. cit.*, p. 81), el manuscrito «se trata de una mera reunión de caracteres de escritura que por sí mismo no reúne los requisitos mínimos de protección ni posee un valor intrínseco. Supone un medio instrumental de plasmación de la obra intelectual, pero no por ello puede recibir el calificativo de obra plástica». En la misma línea, CASAS VALLÉS («Comentario al artículo 24», 3ª ed., *cit.*, p. 427) mantiene que el «manuscrito no es un

precipitado descartar cualquier tipo de manuscrito de la dimensión objetiva del derecho de participación. En este sentido, CASAS VALLÉS reduce dicha posibilidad solamente a casos extremos, como el de un caligrama⁶⁷². Sin embargo, en algunos otros supuestos, un manuscrito podría cumplir con el criterio de originalidad desde el sentido plástico de la expresión. No sería tan raro que una obra de este tipo estuviera destinada a su exhibición, y no por anécdota o pura idolatría de los espectadores hacia el creador⁶⁷³, sino porque el objeto reuniera elementos gráficos destacables que le acercaran a una obra de dibujo⁶⁷⁴.

Igualmente, habrá que tener en cuenta el caso de las obras mixtas; por ejemplo, manuscritos donde pudieran existir ilustraciones originales. Así, nos encontraríamos ante una obra —en régimen de coautoría o no— de naturaleza inescindible, en la que una aportación, considerada individualmente, daría lugar al derecho de participación y, en cambio, las demás no. La solución más justa, aunque no muy práctica, sería separar en partes teóricas la obra y calcular el valor económico de la ejecución plástica, para saber si, por sí sola, alcanzaría el umbral mínimo de aplicación. En dicho caso, debería aplicarse el porcentaje de participación sobre la misma⁶⁷⁵.

2.2. SUJETOS TITULARES DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN

La Ley 3/2008 reconoce como titulares del derecho de participación al autor de la obra y, tras su muerte o declaración de fallecimiento, a sus derechohabientes. Éstos, como se ha visto, pueden ser los únicos sujetos que ostenten el derecho de participación aparte del autor, al tratarse de un derecho sólo transmisible *mortis causa*.

amanuense de sí mismo. El lienzo o la escultura son la obra». Finalmente, ROCHA (*op. cit.*, p. 164) puntualiza que en los manuscritos «no existe un vínculo indisoluble entre creación y el soporte de expresión, como ocurre, por ejemplo con la pintura sobre un lienzo». En sentido contrario, un sector doctrinal menor ha venido defendiendo su inclusión en el ámbito de aplicación del derecho (*vid.* CASAS VALLÉS, Ramón. «Comentario al artículo 24», 2ª ed., *cit.*, p. 493 y nota 131).

⁶⁷² *Vid.* CASAS VALLÉS, Ramón. «Comentario al artículo 24», 3ª ed., *cit.*, p. 427.

⁶⁷³ *Vid. ibidem*, p. 427. Este autor insiste, con relación a los manuscritos, en que «desde el punto de vista del derecho de autor, no hay más razones para dar una participación al artista (literato, músico...) o a sus herederos de las que podría haber para dársela cuando revende su estilográfica o su piano».

⁶⁷⁴ Por ejemplo, porque el autor hubiera empleado una caligrafía especialmente artística, o porque hubiera plasmado la obra literaria en un soporte típico de la obra pictórica (así, un poema escrito con pinturas al óleo en un lienzo).

⁶⁷⁵ KATZENBERGER (*Das Folgerecht...*, *cit.*, p. 108) considera que, efectivamente, mediante peritaje experto habría que establecer cuál es el valor de ambas obras y calcular su porcentaje de representatividad en la obra colectiva. No obstante, si el valor literario fuera muy inferior se podría hablar de accesión a favor de la obra plástica. El mismo esquema utilizó DESBOIS (*Le droit d'auteur...*, *cit.*, p. 398) cuando hay una parte de la obra inescindible que pertenece al dominio público.

a) Autores

El derecho de participación es un derecho intransmisible *inter vivos*, que se genera con la creación de la obra, por lo que el único titular durante la vida del autor no podrá ser otro que éste⁶⁷⁶. Es por ello imprescindible ahondar en ciertos aspectos que acotarán las circunstancias en que a un autor se le reconocerá de este derecho.

a.1) Nacionalidad

La Ley distingue la modalidad de protección del derecho de participación en función de la nacionalidad o residencia del autor, fijando una tutela condicionada para aquellos creadores extracomunitarios que no residan en la Unión Europea. Así, con arreglo al artículo 2.2 de la Ley 3/2008:

La protección del derecho de participación se reconoce a los autores españoles, a los autores nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, así como a los nacionales de terceros países con residencia habitual en España. Para los autores que sean nacionales de terceros países y no tengan residencia habitual en España, el derecho de participación se reconocerá únicamente cuando la legislación del país de que el autor sea nacional reconozca a su vez el derecho de participación a los autores de los Estados miembros de la Unión Europea y a sus derechohabientes.

Según lo visto, el derecho de participación será reconocido, por supuesto, a los autores españoles y a los autores nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea; pero, además, la legislación española, haciendo uso de la facultad proporcionada por la Directiva 2001/84/CE, extiende dicha protección también a los nacionales de terceros países residentes en España⁶⁷⁷. En consecuencia, la equiparación entre crea-

⁶⁷⁶ BALLESTEROS GARRIDO plantea la cuestión de si el derecho de participación ha de tener consideración de bien privativo o ganancial en el caso de que el autor esté casado en régimen matrimonial de gananciales. La duda surge porque, según el artículo 1.346.5 C.c., debería ser considerado un bien privativo, ya que es un derecho patrimonial intransmisible *inter vivos*. Sin embargo, con una interpretación parcial del artículo 1.347.1 C.c., podría ser un bien ganancial, porque deriva del trabajo o industria del cónyuge-autor. En cualquier caso, se decanta este autor por el primer precepto reseñado, porque el segundo se refiere más bien al salario, honorarios, etc. Por supuesto, los frutos que se deriven del derecho –esto es, los créditos de participación– serán gananciales, a tenor del artículo 1.347.2 C.c. (BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. «El derecho de participación o seguimiento del autor de una obra de arte. Estudio del artículo 24 de la Ley de Propiedad Intelectual». *Actualidad Civil*, XII. Madrid: La Ley-Actualidad, 1991, pp. 157 y 158).

⁶⁷⁷ El considerando 29º de la Directiva 2001/84/CE estableció que «cada Estado miembro debe tener la posibilidad de hacer extensivo este derecho a los autores extranjeros que tengan residencia habitual en su territorio», aspecto que quedó plasmado en el artículo 7.3 de dicha Directiva.

dores españoles, comunitarios y extranjeros con residencia habitual en nuestro país es total con relación a este derecho.

Por otro lado, los autores nacionales de terceros países que no residan en España también podrán invocar el derecho de participación cuando una de sus obras se revenda en territorio español⁶⁷⁸, mas sólo podrán hacerlo en los términos previstos⁶⁷⁹, esto es, con sujeción al principio de reciprocidad. El derecho de participación se reconocerá únicamente a estos autores extranjeros cuando la legislación de sus países de origen reconozcan de manera análoga este derecho a los autores de los Estados miembros de la Unión Europea y a sus derechohabientes. Por ende, sólo estarán equiparados a los autores comunitarios cuando éstos, a su vez, lo estén realmente a los nacionales del país respectivo, aunque sin especial necesidad de una relación de identidad específica entre los contenidos de las dos legislaciones a comparar. En este sentido, cabe entender que el reconocimiento necesario del *droit de suite* que se realice en los países de origen del autor extranjero, para aplicar las correspondientes reglas de reciprocidad, no puede limitarse a un mero recogimiento formal, vacío de contenido, en su legislación nacional. Al contrario, deberá exigirse una verdadera tutela efectiva que permitiera a un autor que revende su obra en dicho país cobrar el crédito de participación con absoluta garantía.

Si ya tenemos cubierto el tratamiento de los autores extranjeros cuando una de sus obras se revenda en España, asimismo debemos abordar la materia desde la perspectiva opuesta. ¿Cómo beneficiará el derecho de participación a los autores españoles cuando sus obras se revendan en el extranjero? Obviamente, cuando la reventa de las obras se efectúe en un Estado miembro de la Unión Europea, los autores españoles tendrán reconocido el derecho de participación en los términos recogidos en la legislación de dicho país, a sabiendas que la misma será una transposición de lo dispuesto en la Directiva 2001/84/CE, ya que ésta sirvió para armonizar las legislaciones comunitarias en dicha materia.

Por otro lado, no hay que olvidar que España es un país miembro del Convenio de Berna. Consecuentemente, si la reventa de una obra de autoría española se realiza en un país firmante del Convenio de Berna, en aplicación del artículo 14.ter.2 del mismo,

⁶⁷⁸ La razón de esta protección para los autores extranjeros se halla en el ánimo de la Directiva 2001/84/CE de imponer el principio de reciprocidad en esta materia a los Estados miembros, con la finalidad de conseguir que la regulación del derecho se fuera expandiendo en el mayor número de países alrededor del mundo.

⁶⁷⁹ Por lo tanto, debemos excluir la tutela aplicable a derechos patrimoniales recogida en el artículo 163.1.b) TRLPI, que incluye la protección para autores extranjeros sin residencia habitual respecto a «*sus obras publicadas por primera vez en territorio español o dentro de los treinta días siguientes a que lo hayan sido en otro país*». No tendrá sentido aplicar esta regla en el caso del derecho de participación, por la dificultad que se manifiesta al tratar de encajar en el concepto de «*publicación*» la creación de obras de artes plásticas. CASAS VALLÉS («Comentario al artículo 24», 3ª ed., *cit.*, p. 425) también considera que la verdadera publicación y los ejemplares subsiguientes no parecen tener cabida en el derecho de participación, «*en el que cada ejemplar es, en realidad, una obra*».

los autores españoles podrán exigir el correspondiente *droit de suite*, siempre y cuando el país en cuyo territorio se ha producido la transmisión reconozca este derecho y sólo en la medida en que lo permita la legislación de este país dónde se reclama la protección⁶⁸⁰.

En defecto de norma convencional —es decir, si la reventa se produjera en uno de los pocos países en el mundo que no son miembros del Convenio de Berna—, el *droit de suite* sólo se reconocería a los autores españoles si la legislación de ese país lo admitiera y en la medida en que lo permitieran las normas de Derecho internacional de la legislación de dicho Estado.

En sentido contrario, los autores españoles no podrán exigir el derecho de participación cuando una de sus obras se revenda en un país que no reconoce el derecho. Sin embargo, en este aspecto, no somos partidarios de aceptar situaciones de inaplicación del derecho de participación en supuestos en que hay elementos suficientes de conexión con la legislación española para su aplicación, especialmente cuando la obra se haya trasladado de un modo expreso a otro país con ánimo de eludir el pago del derecho.

a.2) Cotitularidad

La Ley 3/2008 dispone que, cuando la obra de arte revendida ha sido elaborada por dos o más autores, el importe del derecho de participación se repartirá a partes iguales entre los mismos, salvo pacto en contrario⁶⁸¹. Este extremo normalmente es conocido por la entidad de gestión colectiva del derecho, debido a que los cotitulares suelen estipular los porcentajes de participación —y de reparto de la recaudación— en la identificación de sus obras.

⁶⁸⁰ Volvamos a recordar que dicho precepto del Convenio de Berna es una auténtica excepción al principio de trato nacional que rige, en general, para el resto de disposiciones de este Tratado. A pesar de que dicha excepción fue cuestionada por la doctrina (*vid. supra*, capítulo 4, 3.3.b), merece la pena conocer la opinión al respecto de PFENNIG: «*la condición de reciprocidad del Artículo 14ter del Convenio de Berna limita el trato nacional. Vale la pena ciertamente mantener esta disposición. La condición previa de reciprocidad limita la posibilidad de desproporción en las normas mundiales entre distintos mercados y reduce la probabilidad de que los mercados individuales efectúen pagos excesivos a artistas de otros países donde no se reconoce el derecho, lo que podría provocar desequilibrios en el mercado de obras de arte. A fin de proteger los intereses del comercio de obras de arte en los países donde se reconoce el derecho de participación, se recomienda con firmeza que se siga aplicando el Artículo 14 ter*» (cfr. PFENNIG, Gerhard. *El derecho de participación...*, cit., p. 10).

⁶⁸¹ Cfr. artículo 7.4 de la Ley 3/2008. Sin embargo, para BERCOVITZ ÁLVAREZ es ilegal que se establezca que la participación sea dividida a partes iguales salvo pacto en contrario, ya que ello vulnera el artículo 53.1 CE, el artículo 7.4 TRLPI y el artículo 393 C.c. Así, no se debe aceptar un sistema general *iuris et de iure* de partes iguales, que sólo se exceptiona a falta de pacto expreso (*op. cit.*, p. 379). Además, puede entenderse este «*pacto en contrario*» como una excepción limitada a la intransmisibilidad *inter vivos* del derecho de participación, porque en relación con una obra creada por más de un autor, podría darse el caso, por ejemplo, en el que uno de ellos renunciara a su cuota del derecho en favor de otro coautor.

En principio, ante el abanico de opciones que ofrece la Ley de Propiedad Intelectual de situaciones en que varios sujetos intervienen en la creación de una obra –obras en colaboración (artículo 7 TRLPI), obras colectivas (artículo 8 TRLPI) y obras compuestas (artículo 9 TRLPI)–, el legislador del derecho de participación parece estar pensando en supuestos ajustados a las creaciones de artes plásticas producidas en colaboración, donde la actuación de los varios autores de la misma se desarrolla en un plano de relativa paridad, lo que remite a una comunidad de derechos.

En tal caso, poco aportan las normas de coautoría acerca del modo en que los autores deben concurrir para la realización de la obra, mas doctrinalmente se han acotado algunas situaciones adaptadas a la casuística de las artes plásticas⁶⁸². De este modo, no es un supuesto del todo infrecuente, por ejemplo, una pintura mural en la que dos artistas se hubieran encargado de la concepción y de las tareas de ejecución, siendo sus aportaciones inseparables e indistinguibles –se trataría de una obra en colaboración, según el artículo 7 TRLPI–. Tampoco son poco habituales aquellas obras en colaboración en que las aportaciones son distinguibles pero inseparables en cuanto a cualquier posibilidad de explotación, como ocurriría en una ilustración en la que un autor se ocupa del dibujo a lápiz y otro de entintarlo.

Otro supuesto de concurrencia de aportaciones de varios autores al que, sin embargo, no encontramos encaje en el derecho de participación sería aquel en el que se presentasen conjuntamente dichas aportaciones de manera ocasional, mas siendo independientes para otras finalidades, donde recibirían el reconocimiento de obra individual. El supuesto paradigmático lo hallamos en las exposiciones colectivas, donde varios autores exhiben sus obras tratando de justificar un hilo conductor –sea de estilo, temática u origen–. Obviamente, se trata de una fórmula habitual y totalmente válida para ciertos derechos de explotación, como puede ser la comunicación pública –el público paga una entrada para ver la exposición–; no obstante, en rara ocasión alguien va a adquirir la totalidad de una exposición colectiva y, si así fuera, resultaría extremadamente forzado dotar de carácter unitario al conjunto de las diferentes obras expuestas⁶⁸³.

Visto esto, la eventual aplicación del derecho de participación a una obra de artes plásticas colectiva, según se describe en el artículo 8 TRLPI, será un interesante supuesto de manual, mas con poca relevancia práctica⁶⁸⁴. En verdad, cuesta pensar en una

⁶⁸² Vid. CARRASCO PERERA, Ángel. «Comentario al artículo 7». En: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 3ª ed. Madrid: Tecnos, 2007, pp. 114 ss.

⁶⁸³ El artículo 4 de la Ley 3/2008, al tratar el umbral mínimo de nacimiento del derecho, establece que éste nacerá al superar los 1.200 euros de precio la obra vendida o –por lo que aquí interesa– el «conjunto concebido con carácter unitario». Vid. *infra*, en el presente capítulo.

⁶⁸⁴ CASAS VALLÉS pone en duda la posibilidad de que se dé una obra plástica colectiva tratándose de pintura o esculturas tradicionales. Sin embargo, apunta que la SPADEM había aplicado el *droit de suite* a libros que incluyen ilustraciones originales. En tales casos, habría que optar por reconocer el derecho sólo al autor de la aportación individualizada –calculando el por-

obra de Bellas Artes en la que las aportaciones individualizables de los coautores no les fueran reconocidas separadamente y, en cambio, se atribuyera la titularidad del conjunto de la obra resultante a un coordinador de tales aportaciones, quien, a su vez – recordemos–, además de ser el responsable de su divulgación y, en su caso, edición, debería haber hecho una contribución creativa a la misma.

Finalmente, debemos examinar la procedencia de incluir en el objeto del derecho de participación las obras compuestas (artículo 9 TRLPI), para cuya creación un autor hubiera utilizado una obra plástica preexistente de otro autor, con el objetivo de incorporarla a su nueva obra. En este caso, no habría entre ambos autores la colaboración característica de las demás obras en régimen de coautoría.

Cuando el uso que haya hecho el autor plástico de la primera obra haya sido *intelectual* la situación no presentará mayor problema, puesto que la incorporación de la obra preexistente se hace por transformación –piénsese, por ejemplo en la obra fotográfica de una escultura preexistente de un tercer autor–, así que en tal supuesto sólo habría que asegurar que el autor de la obra nueva derivada cuenta con la autorización expresa del autor o derechohabiente de la obra preexistente, si ésta no se halla en el dominio público⁶⁸⁵. En estos casos, no cabe ninguna duda de que el autor tendría reconocido el derecho de participación para la obra nueva, a la que se ha incorporado legítimamente una anterior, seguramente mediante una contraprestación económica. Así, el derecho no podría extenderse al autor de la obra incorporada.

Sin embargo, podríamos encontrarnos con un supuesto de mayor complejidad específico para las obras de artes plásticas. Imagínese que un autor incorporara físicamente en el *corpus mechanicum* de su obra el *corpus mechanicum* –o parte del mismo– de otra preexistente de un modo coherente, quedando ensamblados. ¿Esta unión daría lugar a considerar que ambos fueran autores del *corpus mysticum* de la obra derivada resultante? Bajo nuestro punto de vista, de nuevo estaríamos ante otro caso de transformación, con arreglo al artículo 11 TRLPI. A modo de ejemplo, piénsese en un autor que recortara lienzos de un pintor, con su autorización –remunerada o no–, y realizara con los mismos un *collage*. Los ejemplares originales y auténticos de ambas obras darían lugar a una nueva obra derivada. En dicho caso, pese a ser infrecuente, no podemos sino sostener que el derecho de participación correspondería solamente al autor de la obra derivada.

centaje de ésta sobre la obra– o bien, más sencillo, reconocer el derecho a quien edita y divulga en su nombre la obra colectiva, aunque parece muy difícil su admisión («Comentario al artículo 24», 2ª ed., p. 491, nota 122).

⁶⁸⁵ Para incorporar una obra ajena que no está en dominio público a una obra nueva no es necesaria una autorización, debido a la libertad de creación. No obstante, sí es imprescindible la autorización del autor –específicamente– de aquélla para explotar la obra compuesta (*Vid.* RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel. «Comentario al artículo 9». En: Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, dir. Rodríguez Tapia, José Miguel, 2ª ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2009, pp. 116 y 117).

b) *Derechohabientes*

El derecho de participación es intransmisible *inter vivos*, por lo que, en sentido contrario, únicamente podrá ser transmitido *mortis causa*⁶⁸⁶. En consecuencia, los sujetos titulares del derecho también podrán ser los derechos habientes del autor –personas físicas o personas jurídicas⁶⁸⁷–, tras el fallecimiento de éste. A su vez, los sucesores por causa de muerte, sólo podrán transmitir el derecho de participación sometiéndose a las mismas restricciones que el creador de la obra, esto es, sin poder transmitir el derecho *inter vivos* ni renunciar al mismo.

La transmisión *mortis causa* del derecho de participación, además de ser reconocida expresamente por la ley reguladora del derecho, se ampara, debido a su naturaleza patrimonial, en el régimen general establecido en el artículo 42 TRLPI para los derechos de explotación, que reza que éstos «*se transmiten mortis causa por cualquiera de los medios admitidos en derecho*». Este precepto remite a las normas de derecho sucesorio español, incluyendo Código Civil y Derechos civiles territoriales o forales⁶⁸⁸, así que los sucesores del titular del derecho de participación, en España, podrán ser los herederos testados o intestados, a título universal, o bien los legatarios, a título particular⁶⁸⁹. Sobre este aspecto, consideramos que la solución adoptada por el legislador español puede distanciar el derecho de la esfera familiar del autor –a diferencia del derecho francés, que, tratando de respetar su esencia original, lo reserva a los herederos forzosos⁶⁹⁰–, pero, sin duda, lo normaliza como derecho patrimonial de autor⁶⁹¹.

⁶⁸⁶ Vid. ORTEGA DOMÉNECH, Jorge. *Obra plástica y derechos de autor*, cit., pp. 174-181, para consultar la fundamentación que los diferentes grupos parlamentarios dieron a la intransmisibilidad del derecho *inter vivos* y la posibilidad de transmisión *mortis causa* en el proceso de aprobación de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987.

⁶⁸⁷ ESPÍN ALBA (*op. cit.*, p. 321) precisa que el tratamiento sucesorio del derecho de participación, al ser igual que para los derechos de explotación, tiene pleno encaje en el artículo 659 C.c., de tal manera que pueden ser beneficiarios tanto herederos como legatarios. Este régimen se diferencia del sistema francés, según hemos podido detallar. Asimismo, por comparar con una legislación del sistema del *copyright*, en el Reino Unido, una vez superado el período transitorio en que el derecho fue intransmisible, actualmente sólo se permite la transmisión *mortis causa* a personas físicas y determinadas entidades de caridad (cfr. *Artist's Resale Right Regulations Act 2006* §9).

⁶⁸⁸ En consecuencia, habrá que estar no solamente a la nacionalidad del autor causante, sino también a la vecindad civil del mismo en el momento del fallecimiento.

⁶⁸⁹ Cfr. artículos 658, 660 y 685 C.c. Para un mayor desarrollo de esta cuestión, vid. DE PABLO CONTRERAS, Pedro. «Comentario al artículo 42», cit., pp. 748-751.

⁶⁹⁰ Cabe recordar que, con arreglo a la Directiva 2001/84/CE, las reglas de la transmisión *mortis causa* son las que fije cada ordenamiento nacional, en este caso el español.

⁶⁹¹ ORTEGA DOMÉNECH (*Obra plástica y derechos de autor*, cit., pp. 186 y 187) es partidario de la solución adoptada por el legislador francés, y realiza una propuesta interesante de *lege ferenda*, según la cual el derecho pudiera incluirse en «*la legítima de los descendientes, ascendientes y cónyuge viudo y, en caso de concurrencia de los mismos, el reparto de los beneficios de la reventa por partes iguales, o bien aplicar el porcentaje establecido para el cónyuge en el Código Civil (...). En todo caso, se incluya o no en la legítima, el derecho de seguimiento de-*

En principio, el derecho pertenecerá a la persona designada por el testador como su sucesor en la disposición y ejercicio del mismo. Mas, si no hubiera disposición testamentaria en este sentido, el derecho de participación sería transmitido conjuntamente a los derechohabientes⁶⁹².

Adicionalmente, debe destacarse que, en el supuesto de institución a título particular, el autor podría establecer como objeto del legado el derecho de participación independientemente de la cesión de la obra plástica. Así las cosas, en función de cómo lo hubiera dispuesto el testador, podría resultar que hubiera titulares distintos del derecho y de la propiedad de la obra⁶⁹³. En realidad, es bastante común la constitución mediante testamento de fundaciones a las que transmitir obras y asignar derechos patrimoniales. O, más habitual aún, la transmisión *mortis causa* de lotes de obras a fundaciones que fueron creadas en vida del autor, con la finalidad de continuar explotando sus derechos de propiedad intelectual, pero desde la perspectiva del fomento cultural y el reconocimiento social de la obra del autor.

Asimismo, la regulación del derecho de participación realizada en la Ley 3/2008 ha determinado que el obligado a efectuar el pago del derecho de participación sea el profesional del mercado del arte que haya intervenido en la transacción. Esto ha podido alterar, en cierto modo, la coexistencia de eventuales causahabientes propietarios del soporte de la obra con otros que ostentaran la titularidad del derecho de participación sobre ésta, ya que, de estar ambos vinculados –por ejemplo, herederos personas físicas

bería transmitirse en el siguiente orden: -a aquel pariente a quien expresamente se lo deje el autor; -a falta del mismo, a los herederos legitimarios, en los porcentajes que hemos establecido; - en su defecto, a los herederos abintestato recogidos en el artículo 913 C.c., sin llegar al Estado, con lo que no se pierde la naturaleza familiar del droit de suite».

⁶⁹² DE PABLO CONTRERAS («Comentario al artículo 42», 3ª ed., *cit.*, p. 755) ya apunta que en las operaciones particionales, resulta complicado el avalúo de los derechos de explotación, puesto que no cabe considerar como de idéntico valor los derechos de explotación inherentes a cada una de las obras intelectuales, por lo que sería preciso tasar estos derechos en función de su valor en el mercado. Igualmente, ORTEGA DOMÉNECH (*op. cit.*, pp. 187 y 188) expresa que, para el caso en que los herederos recibieran el *droit de suite* por partes iguales, podría suscitarse un problema si se decidiera asignar derechos de participación indiscriminadamente a cada uno de los herederos, puesto que ello podría dar lugar a enriquecimientos muy dispares, en función del éxito que cada obra alcanzara en el mercado. Por eso, este autor aboga por «*repartir entre los diversos herederos las cantidades que se vayan percibiendo de las ventas, por partes iguales. Sucede lo mismo que, por ejemplo, con una explotación agrícola o industrial dejada por el padre a los hijos para que éstos se aprovechen de los beneficios originados, recibéndolos por partes iguales a medida que se generen*».

⁶⁹³ Aquí, las posibilidades son extensas: transmitir los derechos de las obras vendidas en vida a un derechohabiente y las obras no vendidas a otro; reservar por el causante determinadas obras para que no puedan volverse a transmitir durante un tiempo, por ser asignadas a una fundación y destinarse a la exhibición, etc. RUBÍ PUIG (*op. cit.*, p. 113) concluye, en el mismo sentido, que «*pueden transmitirse derechos de participación individuales a derechohabientes diferentes o, en su caso la posibilidad de que obras no enajenadas en vida del causante se transmitan a un sujeto determinado y los eventuales derechos de participación asociados a otro, por ejemplo a una fundación. Es posible la asignación por vía sucesoria a diferentes derechos de participación a diversos causahabientes*».

respecto a una fundación que ellos mismos administran—, no se permitirán demasiadas modificaciones voluntarias de las obligaciones que dimanen del derecho, como por ejemplo establecer una cantidad superior a la legalmente fijada cada vez que se genere el derecho de participación⁶⁹⁴.

Al tratarse de un derecho patrimonial, los derechohabientes podrán disfrutar del derecho de participación durante setenta años, a contar desde el día 1 de enero del año siguiente al del fallecimiento o declaración de muerte del autor. En caso de obras en colaboración, recogidas en el artículo 28.1 TRLPI, el plazo se contará desde el fallecimiento o declaración de muerte del último de los coautores vivos. Por supuesto, la aplicación del *droit de suite* tampoco desplaza las reglas generales para obras anónimas (artículo 27 TRLPI), así que este derecho durará setenta años desde la divulgación lícita de la obra y, si antes de terminar el plazo se conociera al autor, se aplicará la regla general de cómputo.

2.3. BENEFICIARIOS DEL CRÉDITO DE PARTICIPACIÓN

a) *Beneficiarios originarios*

Los titulares del derecho de participación —fuera el autor o los derechohabientes—, en el momento en que se produce la transmisión de la obra en el mercado secundario según las condiciones señaladas legalmente, se convierten automáticamente en beneficiarios del crédito de participación generado⁶⁹⁵. Por consiguiente, adoptarán la posición jurídica de acreedores en la relación crediticia.

⁶⁹⁴ En opinión de RUBÍ PUIG, en cambio, con la regulación anterior del derecho resultaba más sencillo. Cuando el obligado al pago solamente es el mismo vendedor, el autor podría, con la finalidad de evitar la dispersión de la producción artística, establecer un porcentaje superior para desincentivar determinadas reventas; o bien podría suprimir el nacimiento del derecho en reventas efectuadas entre los herederos y la hipotética fundación (*vid. ibidem*, p. 113, nota 106). De todos modos, recuérdese que la STJUE (Sala 4ª) de 26 de febrero de 2015, relativa al asunto C-41/14 (*Christie's France SNC* contra *Syndicat national des antiquaires*), resolvió que la persona obligada al pago del derecho, así designada por la legislación nacional, está facultada para pactar con cualquier otra persona, incluido el comprador, que ésta última soporte definitivamente en todo o en parte el coste del derecho de participación, siempre que esa estipulación contractual no afecte en modo alguno a las obligaciones y la responsabilidad que incumben a la persona obligada frente al autor. El Tribunal de Justicia reconoce que esa excepción pueda generar cierto efecto de distorsión en el funcionamiento del mercado interior, pero tal efecto sólo sería indirecto, puesto que resultaría de estipulaciones contractuales pactadas.

⁶⁹⁵ Las entidades de gestión colectiva, como la española VEGAP, pueden tener el mandato voluntario por parte de los sujetos titulares del derecho de participación de encargarse de los cobros de los créditos que se vayan generando, pero la entidad, por sí misma, no debe ser considerada acreedora del crédito.

b) *Beneficiarios derivados: el Fondo de Ayuda a las Bellas Artes*

Una vez individualizado el crédito de participación, el titular del mismo podría llegar a ser cualquier tercero, en la medida en que, alejado ya del tratamiento tuitivo del derecho de participación, dicho crédito, además de renunciabile, será transmisible y embargable⁶⁹⁶. Así, nada impedirá la existencia de acreedores que *deriven* tanto de la voluntad del cedente, al que hemos considerado beneficiario originario, como de una hipotética situación de transmisión forzosa.

Asimismo, al dictado de la Ley, también hallamos un posible beneficiario del crédito de participación derivado –y, en este caso, subsidiario–, cuya titularidad como acreedor nace pacíficamente y *ex lege*. Se trata del Fondo de Ayuda a las Bellas Artes, que se creó como un instrumento para impulsar, fomentar y apoyar la creatividad en el campo de las artes plásticas⁶⁹⁷. En ningún caso debe calificarse de heredero forzoso por deseo de asimilarlo a alguna institución similar conocida en derecho comparado, como el *Ente Nazionale Assistenza e Previdenza per i Pittori, gli Scultori, i Musicisti, gli Scrittori e gli Autori Drammatici* (ENAP) italiano –extinto en 2010– ya que, en nuestro caso, los créditos no serán asignados al *Fondo* por vía sucesoria⁶⁹⁸.

Así, más bien, el *Fondo* debe ser concebido como una forma instrumental para percibir las cantidades que la entidad de gestión no pueda repartir a sus asociados, por falta de identificación de éstos, en el plazo de un año a contar desde el momento del pago, según dispone el artículo 13.2 de la Ley 3/2008:

Las cantidades percibidas por las entidades de gestión en concepto de derecho de participación no repartidas a sus titulares en el plazo establecido en el artículo 7.3 por falta de identificación de éstos y sobre las que no pese reclamación alguna, deberán ser ingresadas en el Fondo de Ayuda a las Bellas Artes en el plazo máximo de un año.

No obstante, en este punto, debemos detenernos para poner en tela de juicio el uso que hace el legislador del concepto *identificación* en este contexto. A partir de una

⁶⁹⁶ *Vid. supra*, capítulo 2, 5.4.

⁶⁹⁷ Entre sus funciones, cuenta también con la tarea de publicar, anualmente, un informe sobre la aplicación del derecho de participación, basado en los datos aportados por la entidad de gestión, tal y como se recoge en el artículo 13.4 de la Ley 3/2008. A pesar de ello, hasta la fecha no se tiene noticia de la publicación de tales informes –en realidad, tampoco de cualquier otra actividad del *Fondo*–.

⁶⁹⁸ Según RAMS ALBESA (*op. cit.*, p. 450), el Fondo de Ayuda a las Bellas Artes se creó por influencia de la institución contemplada en el artículo 150 de la Ley italiana de Propiedad Intelectual, el ENAP, entonces vigente. Sin embargo, las diferencias entre ambas figuras eran sustanciales: según reconoce este autor, mientras el *Ente* italiano aparecía como heredero forzoso de último grado del derecho, entre nosotros, el Fondo «*es una mera caja de atribución de las percepciones retenidas y no reclamadas (...), con ello se refuerza el carácter de gravamen de esta percepción*».

interpretación parcial del mencionado precepto, influenciada por su regulación anterior, pudiera parecer que la Ley faculta al *Fondo* para percibir todos los créditos de participación en los que no se haya podido identificar a su titular tras la reventa de la obra, extremo que debía considerarse válido en vigencia del derogado artículo 24.5 TRLPI⁶⁹⁹, recordemos, del siguiente tenor literal:

La acción para hacer efectivo el derecho ante los mencionados subastadores, titulares de establecimientos mercantiles, comerciantes y agentes, prescribirá a los tres años de la notificación de la reventa. Transcurrido dicho plazo sin que el importe de la participación del autor hubiera sido objeto de reclamación, se procederá al ingreso del mismo en el Fondo de Ayuda a las Bellas Artes, que reglamentariamente se establezca y regule.

Sin embargo, la realidad es que, con el actual artículo 13.2 de la Ley 3/2008, tan sólo se indica que deben acabar ingresándose en el Fondo de Ayuda a las Bellas Artes aquellas cantidades que la *entidad de gestión* no ha podido liquidar a sus titulares por no poder identificarlos, lo que ha sido calificado por GUTIÉRREZ VICÉN como un «*absurdo jurídico*», puesto que VEGAP sólo puede reclamar el pago del derecho de participación en favor de artistas o derechohabientes que represente, cuya identificación es un requisito consustancial para el desarrollo normal de la acción de aquélla⁷⁰⁰.

En consecuencia, si el autor o el derechohabiente no fueran asociados a la entidad –o hubieran excluido cierta obra particular de su gestión–, sus créditos generados no reclamados en ningún caso podrían subsidiariamente corresponder al Fondo de Ayuda a las Bellas Artes, por lo que tales cantidades simplemente deberían ser retornadas al vendedor

⁶⁹⁹ Consecuencia del mandato que incluía aquella norma, el *Real Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre, de desarrollo de los artículos 24,25 y 140 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual*, en la versión dada a los mismos por la Ley 20/1992, de 7 de julio, derogado, determinó, en su artículo 7.3, que «*el Fondo de Ayuda a las Bellas Artes se nutrirá principalmente del importe de los derechos de participación no reclamados o no abonados en el plazo al que se refiere el artículo anterior. A estos efectos, el Ministerio de Cultura constituirá en el Banco de España, bajo la denominación de "Fondo de Ayuda a las Bellas Artes", una cuenta corriente en la que se ingresará el importe de los citados derechos. El Fondo de Ayuda a las Bellas Artes podrá nutrirse también de fondos públicos así como de otros fondos privados*». Por otra parte, el artículo 8 del mismo Real Decreto fijaba que, en lugar de las entidades de gestión, debían ser los subastadores, titulares de establecimientos mercantiles o agentes mercantiles quienes pusieran «*en conocimiento de la Comisión administradora del Fondo de Ayuda a las Bellas Artes los ingresos que, en concepto de derechos no reclamados, se hubieran realizado durante el año anterior*», acreditando haberlo notificado «*al autor, o a sus derechohabientes o a las entidades de gestión correspondientes*».

⁷⁰⁰ Cfr. GUTIÉRREZ VICÉN, Javier. «Comentario al artículo 24», 2ª ed., *cit.*, p. 241. No podemos obviar que este autor es, posiblemente, la voz más autorizada en esta materia; además de por haber abordado la cuestión desde una perspectiva científica, por razón de su cargo como gerente de VEGAP.

Habida cuenta de lo anterior, con el objetivo de que la norma examinada pueda llegar a tener una mínima aplicación práctica, proponemos una interpretación correctora del artículo 13.2 de la Ley 3/2008, debiéndose entender la falta de *identificación* del autor como el conjunto de dificultades materiales que la entidad de gestión eventualmente pudiera encontrar para repartir las cantidades de los créditos de participación, principalmente por falta de localización del autor o derechohabiente⁷⁰¹.

En cambio, la identificación del autor, en el sentido de determinar la autoría de la obra, deberá resolverse del mismo modo que para el resto de derechos de autor, esto es, en función de las reglas generales del artículo 6 TRLPI⁷⁰². En resumen, una vez identificado el autor de la obra, si la gestión de los derechos de la misma correspondieran a la entidad de gestión, ésta se encargaría de cobrar el crédito generado por la reventa y, en su momento, realizar el reparto de los ingresos recibidos en concepto de derecho de participación. Así, sólo en caso de que dicho reparto le resultara imposible, la entidad debería ingresar en el plazo máximo de doce meses esta cantidad –sobre la que no puede pesar reclamación alguna– al *Fondo*, por lo que ya quedaría en beneficio de éste, al actuar como acreedor subsidiario⁷⁰³.

Por otra parte, para garantizar la financiación del *Fondo*, la entidad de gestión debe notificar a los responsables de aquél, en el primer trimestre de cada año, la relación de cantidades percibidas y los repartos efectuados, teniendo que argumentar las razones, si es el caso, por las que no se haya podido liquidar a los titulares sus derechos⁷⁰⁴.

Parte de la doctrina ha criticado severamente la existencia del Fondo de Ayuda a las Bellas Artes, por considerar que sus funciones podrían haber sido perfectamente asumidas por la entidad de gestión colectiva VEGAP. Esto, realmente, tendría más sen-

⁷⁰¹ De todos modos, el artículo 13.2 de la Ley 3/2008 no resuelve aspectos como la determinación de si el autor está asociado a la entidad de gestión o si, aun estando, ha fallecido.

⁷⁰² El artículo 6 TRLPI determina que «*se presumirá autor, salvo prueba en contrario, a quien aparezca como tal en la obra, mediante su nombre, firma o signo que lo identifique*». En el supuesto de obras expresamente anónimas, el mismo precepto, en su apartado segundo, resuelve que «*cuando la obra se divulgue en forma anónima o bajo seudónimo o signo, el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual corresponderá a la persona natural o jurídica que la saque a la luz con el consentimiento del autor, mientras éste no revele su identidad*». En el mismo sentido, el artículo 58.2, *in fine*, de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LORCOMIN), expresa que «*cuando se oferte la venta en subasta de un objeto acompañado del nombre o de las iniciales de un determinado autor o precisando que aparece firmado por el mismo, se considerará que se vende como original de dicho autor, a menos que consten con claridad las oportunas advertencias*».

⁷⁰³ Para RUBÍ PUIG (*op. cit.*, p. 118), esta regla tendría más sentido en un sistema de gestión obligatoria del derecho de participación, en el que los obligados al pago evitan los costes de recabar información para identificar a los acreedores de los derechos.

⁷⁰⁴ El artículo 13.3 de la Ley 3/2008 dispone que «*las entidades de gestión estarán obligadas a notificar a la Comisión Administradora del Fondo de Ayuda a las Bellas Artes, en el primer trimestre de cada año, la relación de cantidades percibidas por el derecho de participación y los repartos efectuados, así como los motivos que hayan hecho imposible el reparto de las cantidades ingresadas en el Fondo*».

tido que financiar expresamente a un organismo totalmente público con ingresos de carácter privado, como son los derechos de autor, sin tan siquiera tener claro cuál es el retorno para sus titulares⁷⁰⁵. Ciertamente, la sensación de provisionalidad respecto a todo lo relacionado con el Fondo de Ayuda a las Bellas Artes es alta, puesto que, tras más de dos décadas desde su configuración legal inicial, no ha conseguido desarrollar sus funciones ni consolidarse como una institución con una mínima actividad que justifique su existencia.

Piénsese que la Ley otorgaba la administración del Fondo a una Comisión Administradora, cuya regulación se hallaba en la *Orden CUL/1523/2007, de 24 de mayo, por la que se creó la Comisión Administradora del Fondo de Ayuda a las Bellas Artes*⁷⁰⁶. Sin embargo, el Real Decreto 776/2011, de 3 de junio, por el que se suprimen determinados órganos colegiados y se establecen criterios para la normalización en la creación de órganos colegiados en la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, suprimió dicha Comisión Administradora, argumentando que su función podría ser asumida, sin repercusión en la gestión, por las unidades administrativas u órganos directivos competentes, sin que ninguna otra noticia se tenga acerca de ello hasta la actual fecha. Asimismo, la disposición final cuarta de la Ley 3/2008 estableció que el Gobierno tenía un año desde la aprobación de la Ley para modificar la normativa y distribuir entre las Comunidades Autónomas los recursos del Fondo, con la finalidad de que sean estas administraciones las que gestionen, de un modo directo e íntegro, los recursos en sus respectivos territorios. Tampoco este cometido se ha conseguido.

2.4. PRESUPUESTOS PARA LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN

a) *Reventa*

La condición fundamental –si bien no la única, según se irá desgranando– cuyo cumplimiento justifica tanto la existencia del *droit de suite* –debido al agotamiento del derecho de distribución tras la primera transmisión–, como la particular generación del crédito de participación, es la efectiva reventa de la obra, entendida como aquella enajenación que necesariamente debe producirse en el mercado secundario. Si bien, para su

⁷⁰⁵ En este sentido, ROCHA (*op. cit.*, p. 178) discute el hecho de colocar como posible beneficiario derivado del derecho de participación a una entidad que no tiene ninguna relación con el titular originario del derecho, lo que dificulta sobremanera su fundamentación.

⁷⁰⁶ La Administración del Fondo de Ayuda a las Bellas Artes correspondía a una Comisión adscrita al Ministerio de Cultura, sin perjuicio de su autonomía funcional. Dicha Comisión estaría presidida por el Ministro de Cultura o la persona en quien él delegase y estaría integrada por representantes de las Comunidades Autónomas, de los sujetos obligados y de las entidades que gestionan el derecho de participación en la forma en que se determinase por vía reglamentaria.

poder aplicar el derecho, deberán cumplirse simultáneamente otros requisitos, como que en la operación participe un profesional del mercado del arte o que el precio de la transacción supere un umbral mínimo.

De todos modos, el principal requisito apuntado plantea un problema que, a pesar de todo, se reduce a una cuestión terminológica: ¿qué es una *reventa*? En sentido literal, la reventa de un objeto implica la compra previa del mismo y, aunque no necesariamente –puesto que existen múltiples motivos para vender a pérdida–, con el habitual objetivo de obtener una plusvalía económica con dicha operación. Sobre este último aspecto no existe discusión, ya que la posible ganancia económica no es relevante para la aplicación del derecho de participación, ya que éste se calcula, en todo caso, sobre el precio de transmisión. Sin embargo, debemos esclarecer necesariamente si, para poder hablar de reventa, tanto la primera como la segunda transmisión tienen que ser onerosas y formuladas mediante compraventas, o bien caben otras posibilidades, como donaciones, permutas o daciones en pago. Asimismo, entendemos que los actos de transmisión a los que se refiere la Ley deben identificarse con la entrega del bien.

En efecto, el artículo 1 de la Ley 3/2008 presupone una primera transmisión en el mercado primario, a la que califica, no obstante, como «*cesión realizada por el autor*», mientras que el legislador emplea continuamente el término «*reventa*» para describir esa segunda transmisión que da derecho a participar del precio por parte del autor⁷⁰⁷. La utilización de dos expresiones diferentes nos obliga a analizar los conceptos subyacentes en las mismas.

a.1) Primera cesión realizada por el autor

La Ley 3/2008 arrojó algo de luz sobre una cuestión tradicionalmente controvertida. El antiguo artículo 24.1 TRLPI sólo establecía el derecho del titular a percibir del vendedor una participación en el precio «*de toda reventa*» que se realizara con sujeción a los requisitos allí dispuestos, lo que llevó a una discusión dogmática acerca de las modalidades de transmisión que dicha expresión podía acoger⁷⁰⁸. No obstante, esta controversia ha sido actualmente superada, ya que el artículo 1 de la Ley 3/2008 ha precisado, respecto a la anterior redacción, que el titular tendrá derecho a percibir del vendedor la

⁷⁰⁷ A modo anecdótico, mas no por ello poco significativo, llama la atención que el legislador llegue a utilizar el término «*reventa*» hasta un total de 33 veces en la Ley 3/2008; siendo éste un texto legal que apenas ocupa tres páginas en su publicación oficial.

⁷⁰⁸ Como ejemplo de las posturas contrapuestas en este debate, RODRÍGUEZ TAPIA («Transmisión...», *cit.*, pp. 798 y 799) argumentaba, para esta primera cesión, que era indiferente el modo en que el artista se había desprendido de la obra; mientras tanto, BONDÍA ROMÁN («Comentario al artículo 24», *cit.*, p. 136), se había mostrado favorable a una lectura estricta del concepto reventa, exigiendo que tanto la primera transmisión como la segunda se trataran de compraventas.

referida participación en el precio de toda reventa que se realice «*tras la primera cesión realizada por el autor*».

Por ende, si la primera transmisión de la obra, esto es, aquella realizada por el autor en el mercado primario, ha sido calificada deliberadamente por el legislador como «*cesión*», no puede ser restringida exclusivamente al concepto de compraventa, debiéndose aceptar que una primera transmisión realizada por el autor se lleve a cabo, por supuesto, a título oneroso⁷⁰⁹, pero también a título gratuito (donaciones o transmisiones *mortis causa*)⁷¹⁰.

Con relación a la posibilidad de considerar como cesión inicial también la transmisión *mortis causa*, la jurisprudencia francesa ha venido entendiendo que la obra heredada del autor no puede tener tratamiento de primera cesión, con efectos a que la siguiente transmisión generara el crédito de participación. El motivo esgrimido es que, de aceptarlo, se daría la situación paradójica de que el propio porcentaje de participación volvería a las manos de los herederos, pero detrayendo la cantidad que debe percibir por los costes de administración la entidad de gestión⁷¹¹. Dicho posicionamiento nos parece

⁷⁰⁹ Dentro de los negocios a título oneroso, deben ser aceptados todos aquellos en que se realice una efectiva transferencia del bien y se pueda fijar el valor de la operación según criterios de mercado, como ocurriría, entre otros, con una permuta o una aportación societaria. Este último ejemplo encaja, en la práctica, mejor como supuesto de primera cesión que no como subsiguiente transmisión en el mercado secundario –piénsese que, en ésta, siempre se requiere la intervención de profesional del mercado del arte, y resulta difícil que el profesional desempeñe un papel en una operación societaria más allá de una labor de asesoramiento–. Así, no sería descabellado pensar que un autor pudiera aportar una obra creada por él a una sociedad de capital en la que participara, lo que tendrá la calificación de aportación no dineraria, con arreglo a los artículos 63 y 64 del *Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital* (LSC). La determinación del precio a valor de mercado, en principio, no debería ser un problema, ya que en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada, será el propio socio aportante quien determinará el valor de la obra, aunque responsabilizándose personalmente de la veracidad del mismo frente a la sociedad y sus acreedores –el resto de socios, así como los administradores, también responderán solidariamente de la realidad de dichas aportaciones y el valor atribuido en escritura pública, según el artículo 73 LSC–. En el caso de las sociedades anónimas, resultará más sencillo, porque la regla general establecida en el artículo 67 LSC es que tales aportaciones no dinerarias requieren informe de experto independiente, designado por el registrador mercantil del domicilio social, donde se determinará el valor económico de la obra de arte aportada.

⁷¹⁰ La donación como negocio jurídico incluido entre los supuestos aceptados de primera transmisión para la generación del *droit de suite* ya había sido defendida por autores destacados como DE PIERREDON-FAWCETT (*The droit de suite...*, cit., p. 89). Entre nosotros, VICENTE DOMINGO (*op. cit.*, p. 125), añade que esta interpretación se refuerza por el contenido de la norma de adaptación del Reino Unido a la Directiva, la *Artist's Resale Right Act* de 2006, en cuyo artículo se habla de una reventa posterior a una primera transmisión onerosa o gratuita.

⁷¹¹ J. L. DUCHEMIN (*op. cit.*, pp. 89-90) revela que el razonamiento francés de negar el carácter de primera cesión a la transmisión *mortis causa* se remonta a 1929, cuando los herederos de Pissarro usaron dicho argumento para reclamar judicialmente, con éxito, la devolución de comisiones, a su juicio, indebidamente percibidas por la *Société anonyme de perception du Droit d'Auteur aux Artistes*. Ésta consideraba que tales comisiones le pertenecían por haber administrador el cobro y liquidación del *droit de suite*, mientras aquéllos impugnaban el carácter de se-

excepcionalmente drástico, porque, en definitiva, estaríamos ante un mero caso de confusión de derechos, en el que la entidad de gestión –por qué no– debería exigir al cobro de sus emolumentos.

Asimismo, el hecho de que la propia Ley exija, literalmente, que la primera cesión sea realizada por el autor, nos lleva a tener que incluir las transmisiones *mortis causa* entre los supuestos indicados. Si no fuera así, los derechohabientes nunca podrían percibir el derecho de participación de aquellas obras no cedidas por el autor en vida, ya que, esa primera transmisión no la podría realizar nunca, propiamente, dicho autor. Ciertamente, se podría aducir de contrario que, puestos a interpretar la norma, resultaría más fácil equiparar la primera transmisión realizada directamente por los derechohabientes a aquella que en vida no hizo el autor que ensanchar el presupuesto inicial de la reventa hasta lograr incluir como cesión inicial los negocios jurídicos por causa de muerte⁷¹².

Aun así, no encontramos justificación para descartar la herencia o el legado como presupuestos de la cesión inicial del derecho simplemente porque algunos casos puedan dar lugar a una confusión de derechos en supuesto beneficio de los intereses de las entidades de gestión⁷¹³. Recuérdese, además, que la gestión colectiva del derecho de participación no es obligatoria en España, por lo que los derechohabientes siempre tendrían una vía para evitar tener que pagar esos costes de administración, como sería no adherirse a la entidad correspondiente. Sin embargo, si se adhieren, parece lógico que tengan que asumir ciertos gastos como los expuestos, ya que, al fin y al cabo, la entidad de gestión no sólo va a controlar la venta concreta que se sucede tras haber adquirido del cau-

gunda transmisión de la venta objeto de la *litis*, considerándola primera cesión, al tratarse de los herederos directos del autor, siendo ésta la doctrina jurisprudencial mantenida a lo largo de los años en Francia con relación a la materia.

⁷¹² En este sentido, RUBÍ PUIG (*op. cit.*, p. 105) expresa que «*si se considerara que una transmisión por causa de muerte no constituyera una primera cesión a efectos de la Ley, se daría el supuesto de que aquellas obras no transmitidas en vida del artista no generarían un derecho de participación en reventas futuras, puesto que el artículo 1.1 establece como requisito que la primera cesión sea "realizada por el autor"*».

⁷¹³ Resulta interesante conocer un precedente judicial en este sentido, como es la ya citada SAP Alicante (Sección 8ª) de 19 de diciembre de 2006. Los herederos de un artista fallecido en 1985 recibieron un conjunto de obras que, posteriormente fueron vendidas al Ayuntamiento de Alicante, mediante una sociedad mercantil titularidad de aquéllos. VEGAP reclamó los derechos de participación por esa venta, mientras los herederos apelaban a la literalidad de la ley para considerar que no había existido onerosidad en la primera transmisión. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial resolvieron en favor de la entidad de gestión, en el caso de la apelación con las siguientes palabras: «*la Sala comparte la conclusión del Juzgador de instancia sobre que el término "reventa" comprende las ventas posteriores a la primera cesión realizada por el autor pues es la que mejor se adecua a la finalidad de este derecho consistente en garantizar a los autores de las obras plásticas una participación económica en el éxito de sus obras y se corresponde con el significado que se desprende del artículo 14 del Convenio de Berna*». Parte de la doctrina, en cambio, se expresa en sentido contrario. Así, CASAS VALLÉS («Comentario al artículo 24», 3ª ed., *cit.*, p. 437) opina que «*sería ilógico imponer un pago que sólo beneficiaría a la propia entidad*».

sante la titularidad del derecho de participación, sino todas las subsiguientes que se realicen de la obra objeto del derecho.

En definitiva, abogamos por interpretar la primera cesión dentro de un esquema de reventa de un modo extenso, incluyendo tanto las transmisiones *inter vivos* onerosas y gratuitas como las transmisiones *mortis causa*⁷¹⁴. Si acaso, se nos presentan mayores dudas respecto a primeras transmisiones forzosas. No obstante, a pesar de su limitada casuística, no tenemos motivos para su exclusión dentro del concepto legal de «*primera cesión*» realizada por el autor⁷¹⁵. Por ende, cualquiera de estos supuestos daría pleno cumplimiento a la condición previa para el nacimiento del crédito de participación, teniendo que esperar al perfeccionamiento de una segunda enajenación para su exigibilidad.

a.2) Segunda transmisión (y sucesivas) en el mercado secundario

La segunda y subsiguientes transmisiones, realizadas en el mercado secundario, sí deberán ser a título oneroso, puesto que cualquier otra interpretación se alejaría de manera sustancial del concepto «*reventa*»⁷¹⁶. Mayor incertidumbre se nos plantea al valorar si es imprescindible que esta segunda transmisión tenga que ser una compraventa. En realidad, una vez aceptado el carácter oneroso de la enajenación –lo que facilita que el porcentaje de participación se vincule a un precio cierto⁷¹⁷–, no se observa ningún

⁷¹⁴ La postura aquí defendida, sin embargo, no es unánime. ROCHA (*op. cit.*, p. 171), expresa que «*una vez el heredero sucede en la posición del autor, en el momento de transmitir la obra, esta primera transmisión (...) se debe excluir del derecho*». A su vez, SERRANO GÓMEZ (*op. cit.*, p. 84) considera que la primera transmisión necesariamente debe ser onerosa, excluyendo cualquier otro supuesto. De todos modos, cabe destacar que ni el antiguo artículo 24 TRLPI ni su desarrollo reglamentario expresaban que la primera cesión debía ser realizada por el autor. Así, debido a la poca literatura escrita sobre la materia después de la aprobación de la Ley 3/2008, desconocemos si este condicionante lograría modificar las opiniones doctrinales vertidas sobre esta cuestión.

⁷¹⁵ Esta postura la reivindica asimismo CASAS VALLÉS: «*es difícil imaginar primeras cesiones forzosas pues chocarían con el derecho moral de divulgación. Pero, en algún caso muy improbable, podría haber cambios de propiedad ajenos a la voluntad del autor por efecto de las reglas aplicables a los bienes muebles (ex 464 cc). Por ejemplo, si el autor dejó la obra en depósito sin encargo de venta y el depositante la vende y el adquirente la revende y ya han pasado los plazos para reivindicar. ¿Se negaría en este caso al artista o titular del droit de suite el derecho porque no hubo primera cesión por su parte? Creo que no*» (CASAS VALLÉS, Ramón. «Comentario a la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original (BOE 25/12/2008)», pendiente de publicación, p. 10).

⁷¹⁶ CASAS VALLÉS (*ibidem*, p. 11) plantea una cuestión interesante respecto a la reventa: ¿hay derecho cuando se vende una cuota de la obra? Sin duda, es una situación atípica, pero *a priori* entiende que nada lo impediría.

⁷¹⁷ CASAS VALLÉS («Comentario al artículo 24», 2ª ed., *cit.*, p. 506) expone sucintamente aspectos interesantes relacionados con la eficacia y la validez de la reventa. Así, apunta que, cuando la reventa se hubiera sometido a condición suspensiva o término inicial, el crédito de

impedimento para que se genere el crédito de participación a partir de otras fórmulas de transmisión análogas a la compraventa en este ámbito, debiendo defenderse una interpretación correctora del término «reventa» contenido en la Ley 3/2008⁷¹⁸.

Entre tales fórmulas, el supuesto que podría sucederse con mayor habitualidad es el de la permuta. No contemplarlo sería una fuente de fraudes, porque muchas compraventas podrían simularse bajo esta figura para evitar el pago del derecho⁷¹⁹. Al listado

participación no nacerá hasta que aquélla o ésta se cumplan. Sin embargo, el crédito se generaría de inmediato si se en el contrato de compraventa se hubiera establecido una condición resolutoria. Asimismo, es de la opinión de que el titular del derecho de participación debería devolver el crédito percibido cuando respecto a la reventa que dio derecho a su cobro se hubiera declarado judicialmente la ineficacia del contrato.

⁷¹⁸ De todos modos, tampoco podrían incluirse todas las operaciones onerosas. Con buen criterio, DE PIERREDON-FAWCETT (*The droit de suite...*, cit., p. 74) reduciría su aplicación «sólo cuando la propiedad de la obra de arte es transferida». Así, BERCOVITZ ÁLVAREZ (*op. cit.*, pp. 374-375) considera que no hallarían lugar en el supuesto de aplicación figuras como el arrendamiento o la constitución en prenda no ejecutada, por no transmitir la propiedad del *corpus mechanicum* de la obra, mientras que respecto a una transmisión a título de garantía solo podría ser considerada su inclusión si se llegaran a ejecutar, debido a que, en caso contrario, no se producirían ingresos. Por su parte, KATZENBERGER (*Das Folgerecht...*, cit., pp. 94-96), argumenta que, en el caso de las transmisiones fiduciarias, no se aplicaría el derecho a las ventas con reserva de dominio hasta que se produjera el pago total, mientras que si se recuperase la cosa por falta de pago, se debería también recuperar la cantidad pagada por el vendedor en concepto de derecho de participación.

⁷¹⁹ La legislación del *resale royalty* en el Estado de California contempla la permuta como un supuesto generador del derecho, siempre y cuando la operación supere cierto umbral económico. Así, la *CRRA* §986 (b) (5) establece, en sentido negativo, que no se aplicará el *resale royalty* «para la transferencia de una obra de arte que se intercambia por una o más obras de arte, o realizando una combinación de efectivo u otros bienes con una o más obras de arte, cuando el valor de mercado de la propiedad intercambiada está por debajo de los 1.000 \$». En la doctrina española, entre otros, SERRANO GÓMEZ (*op. cit.*, p. 85) y BERCOVITZ ÁLVAREZ (*op. cit.*, p. 374) se muestran también favorables a extender la aplicación del derecho a la permuta. En dicho caso, añaden, se deberá aplicar el porcentaje de participación sobre el valor de mercado del bien adquirido a cambio. En sentido contrario, ROCHA (*op. cit.*, p. 171) observa dificultades en la fijación del precio en las permutas, así que se muestra partidaria de no incluirlas como concepto análogo de reventa a los efectos del artículo 1 de la Ley 3/2008. Incluso más restrictivo se muestra BOTANA AGRA (*op. cit.*, p. 1.417), para quien la segunda transmisión no puede incluir negocios jurídicos distintos de la compraventa (ni permutas, ni donaciones...). De todos modos, DE PIERREDON-FAWCETT advierte que no debe confundirse permuta con la mera devolución de la obra a cambio de otra. Para ello, aconseja que no se genere el *droit de suite* cuando el cambio se ha realizado en un «período muy breve de tiempo» (*op. cit.*, p. 76). Por buscar algún plazo de referencia que se asimile a este breve período de tiempo indicado, se podría fijar, por analogía, aquél establecido para el derecho de desistimiento en el artículo 10 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, con relación a los artículos 68.2 y 71.1. del *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (LGDCU). El plazo general en cuestión es de 14 días, mas sólo en los supuestos previstos legal o reglamentariamente y cuando así se le reconozca en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato. En principio, este derecho de desistimiento sólo podría aplicarse a la venta de una obra de arte si el contrato hubiera sido celebrado a distancia o fuera de un establecimiento comercial, pero bien se podrían adoptar las dos semanas fijadas legalmente como plazo razona-

podríamos añadir otros negocios jurídicos asimilables, como la dación en pago o el alquiler con opción a compra⁷²⁰.

Tratando de agotar los supuestos de hecho, plantea BERCOVITZ ÁLVAREZ⁷²¹ un caso de inusual aplicación práctica pero del que en absoluto se puede descartar su existencia. Imagínese un autor que cedió su obra y, con el paso del tiempo, vuelve a adquirirla en el mercado secundario. En tal caso, consideramos que, si el autor no hubiera delegado en una entidad de gestión su derecho de participación y, por lo tanto, el crédito fuera reclamado por sí mismo, la situación no deja lugar a dudas: la obligación se extinguiría debido a la confusión de derechos, ya que no tendría sentido que el autor reuniera en su misma persona las posiciones de deudor y acreedor. Si, por el contrario, hubiera un mandato por parte del autor a la entidad de gestión con relación al derecho de participación de sus obras, consideramos que, por lo menos, de la cantidad generada habría que descontar los gastos de administración de la entidad de gestión colectiva, sin olvidar que el derecho continúa siendo de titularidad del autor y qué singular sería que la entidad cobrara a su propio mandatario, si bien no por ello debe excluirse dicho pago, por los mismos motivos apuntados para las transmisiones iniciales *mortis causa*.

b) Intervención de profesional del mercado del arte

b.1) Transacción pública frente a transacción privada y otras excepciones legales

Para sintetizar, normalmente nos referimos al hecho de que el derecho de participación sólo se puede aplicar cuando la segunda y posteriores transmisiones se hayan realizado en una *transacción o reventa pública*, sin que sea ésta una expresión muy concisa (¿qué tiene de pública una venta en una galería?)⁷²². De todos modos, se usa dicho concepto doctrinal en referencia a ventas con intervención de profesional, principalmente, por oposición a la venta privada —entre particulares directamente—, supuesto que exceptúa la generación del crédito de participación. La propia Exposición de Motivos de la Ley 3/2008 dispone que quedarán excluidas del ámbito de aplicación de la ley las reven-

ble para que el intercambio de una obra por otra no tuviera la consideración de permuta, salvo que en el contrato se dispusiera otro plazo.

⁷²⁰ En el caso del alquiler con opción a compra, el precio no será el residual, sino el fijado inicialmente, siempre que se produzca, lógicamente, la transmisión efectiva del bien al finalizar el contrato.

⁷²¹ *Vid.* BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán, *op. cit.*, p. 375.

⁷²² Mucho más adecuada nos parece la expresión usada en la legislación australiana: «*commercial resale*» (cfr. Australia *Resale Act* 2009 §6).

tas que se realicen entre particulares a título privado en las que no participe un profesional del mercado del arte⁷²³.

Adicionalmente, hallamos dos supuestos de *reventa pública* que el legislador ha querido equiparar expresamente a las privadas. En primer lugar, se trata de las transmisiones realizadas por personas físicas o jurídicas, que actúen a título privado, a museos no comerciales abiertos al público⁷²⁴. Así, estas operaciones conservarán su calificación de *actos privados* aunque por cuenta del adquirente actúen profesionales del mercado del arte en calidad de asesores o peritos expertos.

En segundo lugar, haciendo uso de la facultad proporcionada por el artículo 1.3 de la Directiva 2001/84/CE, el legislador español introdujo en la regulación del derecho de participación la excepción de las denominadas ventas de promoción⁷²⁵, esto es, aquellas reventas de obras adquiridas por galeristas directamente a los autores, siempre y cuando el período transcurrido entre la primera cesión y la reventa no supere los tres años y el precio de ésta no exceda de los 10.000 euros, excluyendo los impuestos. Estas ventas son conocidas comúnmente en el sector como reventas promocionales⁷²⁶.

El fundamento de esta excepción no es otro que el fomento de artistas no consagrados. A pesar de ello, en la práctica no tendrá una notable aplicación, debido a que rara vez un galerista adquirirá para sí obras de autores noveles⁷²⁷. Por el contrario, en el sector es mucho más habitual el depósito de las obras en el punto de venta —que son retor-

⁷²³ Los motivos por los que se excluyen las ventas privadas del ámbito de actuación de la gran mayoría de leyes que regulan el derecho de participación se basan, principalmente, en razones de operatividad, debido a la dificultad de controlar reventas llevadas a cabo mediante actos privados. Por otro lado, nótese que no se excluyen del ámbito de aplicación de la Ley, como sí se hacía en el artículo 2 del derogado RD 1434/1992 «*las enajenaciones forzosas realizadas mediante subastas judiciales o administrativas*».

⁷²⁴ Tal excepción se recoge, igualmente, en el preámbulo de la Ley 3/2008, con arreglo al considerando 18º de la Directiva 2001/84/CE. Los museos no comerciales serán aquellos de titularidad pública o que no cuenten con ánimo de lucro, como los sustentados por fundaciones o asociaciones.

⁷²⁵ El Artículo 3.3 de la Ley 3/2008 es del siguiente tenor literal: «*se exceptúan los actos de reventa de la obra que haya sido comprada por una galería de arte directamente al autor, siempre que el período transcurrido entre esta primera adquisición y la reventa no supere tres años y el precio de reventa no exceda de 10.000 euros excluidos impuestos*».

⁷²⁶ Las ventas de promoción también son reguladas en otras legislaciones anteriores. Así, en la California Resale Royalties Act (CRRA) § 986 (b) (6) se recoge que las reventas realizadas dentro de los 10 años a contar desde la venta inicial estarán excluidas de la aplicación del derecho, siempre y cuando se produzcan entre profesionales del mercado del arte. Con ello, se trata de favorecer la circulación de obras de artistas no consagrados en circuitos cada vez más amplios. W. DUCHEMIN (*op. cit.*, p. 45) añade que es recomendable para el galerista conservar la prueba de que la venta ha sido realizada en las condiciones requeridas para exonerarla, en particular, un escrito fechado y firmado por el autor que demuestre su adquisición directa.

⁷²⁷ DELGADO PORRAS («Derechos de autor», *cit.*, p. 836) apunta que el artículo 1.3 de la Directiva 2001/84/CE no hace mención expresa a ningún tipo especial de comprador-revendedor y menos aún a las galerías, razón por la que hay que entender en sentido amplio el sujeto revendedor que puede acogerse a las reventas promocionales.

nadas al autor en caso de no ser vendidas en un período preestablecido de tiempo— o, en el peor de los casos desde el punto de vista del joven creador, incluso el arrendamiento de las paredes expositivas de la galería por parte del autor.

b.2) Definición de profesional del mercado del arte

Según lo expuesto, en lugar de *reventas públicas*, resulta de mayor precisión expresar que el crédito tan sólo se generará cuando, en las reventas, participen «*profesionales del mercado del arte*», sin importar el papel que desempeñen en la operación, esto es, sea como vendedores, compradores o intermediarios⁷²⁸.

Para una mejor comprensión de esta figura, la propia Ley entra a definir qué se considera por *profesional del mercado del arte*, utilizando, nuevamente, una relación indicativa; a saber: salas de ventas, salas de subastas, galerías de arte y marchantes de obras de arte⁷²⁹.

En nuestra opinión, la terminología empleada para los dos primeros conceptos enumerados —salas de ventas y salas de subastas— puede dar lugar a confusión, puesto que ambos suelen ser utilizados en el sector de un modo indistinto. Precisamente, en las salas de ventas de obras de arte, una de las formas de comercialización más habituales es la realizada mediante venta en pública subasta.

Tratando de buscar una justificación a esta distinción que ha querido plasmar el legislador español⁷³⁰, se podría entender que, en el primera categoría, la venta se reali-

⁷²⁸ Cfr. artículo 3.1 de la Ley 3/2008.

⁷²⁹ Al tratarse de un listado ejemplificativo, teóricamente, las cuatro categorías que se nos presentan deberían ser netamente diferentes entre sí. Para examinar, de entrada, cuáles serían esas diferencias, hemos intentado acotarlas —sin mucho éxito— acudiendo a un criterio económico-empresarial, basado en buscar la idónea correspondencia entre los ejemplos propuestos legalmente y las actividades económicas listadas, en forma de epígrafes, en el *Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueban las tarifas y la instrucción del impuesto sobre actividades económicas*. La dificultad encontrada es que, salvo las galerías de arte, que sí están perfectamente definidas en el epígrafe 615.6 de la sección primera del RDL 1175/1990, tanto las salas de ventas, como las salas de subastas y los marchantes realizan actividades de diferente naturaleza, así que podrían encuadrarse en epígrafes de diversas actividades de la mencionada sección empresarial, tales como el «*comercio al por mayor de obras de arte y antigüedades*» (615.5), lo que sería apropiado cuando el destinatario de la venta no fuera un consumidor final, sino un nuevo revendedor empresarial; el «*comercio al por menor de sellos, monedas, medallas conmemorativas, billetes para coleccionistas, obras de arte y antigüedades, minerales sueltos o en colecciones, fósiles, insectos, conchas, plantas y animales disecados*» (659.1), esto es, la venta de las obras de arte para el consumo final de personas físicas o jurídicas, aunque fuera para la decoración de un espacio afecto a una actividad económica; y, finalmente, la actividad propia de los «*intermediarios del comercio*» (631), en el sentido de ligar la actividad del empresario al cobro de comisiones por sus funciones de promoción y enlace comercial entre vendedor y comprador.

⁷³⁰ De hecho, esta discutible diferenciación fue adoptada por el legislador español por iniciativa propia, al añadir diferentes categorías que no se encontraban en la Directiva

zaría de un modo simple, es decir, mediante la fijación por parte del vendedor de un precio cierto y, en función de la aceptación del mismo, la conveniente adquisición de la obra por parte del primer cliente que por ella se interesara, deviniendo comprador.

Aun reconociendo que se trata de una interpretación particular, creemos observar cierta voluntad en la Ley de equiparar el concepto «*sala de venta*» con el de «*establecimiento mercantil*» que se recogía en el antiguo artículo 24 TRLPI⁷³¹, cuya definición legal se encuentra en el artículo 2 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LORCOMIN), expresada como «*toda instalación inmueble de venta al por menor en la que el empresario ejerce su actividad de forma permanente; o toda instalación móvil de venta al por menor en la que el empresario ejerce su actividad de forma habitual*»⁷³².

Por el contrario, la categoría «*salas de subastas*» quedaría reservada a cualquier transacción en que el modo de venta sea la pública subasta⁷³³. En consecuencia, lo importante, en este supuesto, no será tanto dónde se realice la venta⁷³⁴, sino que la misma adopte la forma mencionada. No obstante, ciertas empresas están especializadas en la venta de obras de arte u otros objetos valiosos mediante este sistema, como son las llamadas casas de subastas. En estos casos, la publicidad es la característica principal de la venta. Por este motivo es el canal de venta más adecuado para el cumplimiento del derecho de participación. Resultaría verdaderamente difícil defraudar al artista sobre el precio que se determina en el remate de una subasta, ya que éste ha de publicarse y di-

2001/84/CE, cuyo artículo 1.2, pese a nombrar menos ejemplos, establecía una clasificación más sencilla y precisa, al relacionar indicativamente los profesionales del mercado del arte como «*salas de ventas, galerías de arte y, en general, cualquier marchante de obras de arte*».

⁷³¹ El artículo 24.1 TRLPI vigente hasta la aprobación de la Ley 3/2008 reservaba, de un modo muy similar a la norma actual, la aplicación del derecho a las reventas de obras que se realizaran en «*pública subasta, en establecimiento mercantil, o con la intervención de un comerciante o agente mercantil*».

⁷³² CASAS VALLÉS («Comentario al artículo 24», 2ª ed., *cit.*, p. 504) valora que el concepto de establecimiento mercantil donde se comercialice una obra de arte no tiene por qué ser un lugar especializado, por lo que también cabría incluir, por ejemplo, a unos grandes almacenes. No obstante, este autor sí excluiría de la categoría a los negocios en que la venta de obras de arte es totalmente accesoria, como puede ser un restaurante que expone cuadros en sus paredes. Además, en dicho caso, lo habitual es que el titular del negocio ponga en contacto al autor y al cliente interesado y la transmisión del bien se realice a título privado.

⁷³³ Aunque subasta pública es aquella en la que actúa funcionario, debemos interpretar que las reventas recogidas en la ley se realizan en casas de subastas, en el sentido menos técnico de la palabra (*vid. ibidem*, p. 503).

⁷³⁴ Siempre y cuando las subastas sean, en atención al artículo 56 LORCOMIN, «*efectuadas por empresas que se dediquen habitualmente a esta actividad o al comercio al por menor*». Por otro lado, entendemos que el crédito de participación se produciría, incluso, si se tratara de una subasta benéfica organizada por estas empresas.

vulgarse previamente. Así, los artistas y las entidades de gestión cuentan con información detallada sobre las obras y sus precios de salida⁷³⁵.

El funcionamiento de la venta en pública subasta viene recogido en los artículos 56 a 61 LORCOMIN, siendo explicado en el primero de los preceptos referidos en los siguientes términos:

Consiste en ofertar, pública e irrevocablemente, la venta de un bien o servicio a favor de quien ofrezca, mediante el sistema de pujas y dentro del plazo concedido al efecto, el precio más alto por encima de un mínimo, ya se fije éste inicialmente o mediante ofertas descendentes realizadas en el curso del propio acto, que estará obligado a comprarlo.

En todo caso, para conocer algo mejor el *modus operandi* de estas salas, cabe destacar que, en las mismas, suele ser más habitual la actividad de intermediación comercial que el comercio al por menor, en el sentido de que la sala de subastas actuará normalmente por cuenta del propietario de la obra, en lugar de adquirirla para su posterior reventa⁷³⁶.

La tercera categoría nombrada por el legislador para ayudar a definir a los profesionales del mercado del arte es la de «*galerías de arte*». Su principal peculiaridad reside en una suerte de naturaleza mixta, ya que, además de tratarse de un establecimiento donde se comercializarán las obras de arte, es también un espacio para la exhibición y promoción de las mismas, siendo usual que los clientes visiten las galerías simplemente para la contemplación de las obras, máxime teniendo en cuenta que los períodos de exhibición suelen ser limitados y, por ende, cada cierto tiempo se presenta una nueva muestra⁷³⁷. En cualquier caso, las galerías de arte son, de los supuestos contemplados en

⁷³⁵ Vid. VICENTE DOMINGO, Elena, *op. cit.*, p. 53. Por su lado, PEÑUELAS I REIXACH señala que la publicidad es uno de los factores que más pueden condicionar la validez de un precio alcanzado en una subasta, ya que si no hay una publicidad adecuada no se puede considerar que los asistentes representan el mercado, esto es, que la venta se ha producido en un mercado abierto (*op. cit.*, p.137).

⁷³⁶ Cfr. Artículo 57 LORCOMIN. Especialmente en los casos de intermediación es importante que los beneficiarios del derecho de participación, principalmente mediante la labor de las entidades de gestión, haga un esfuerzo de control para evitar el fraude y que el derecho se pueda escapar de sus manos. Lo ejemplifica perfectamente CASAS VALLÉS («Comentario al artículo 24», 2ª ed., *cit.*, p. 503, nota 176) al explicar que «*en ocasiones se admite que el propietario de la obra pueda rechazar la postura máxima si ésta no es de su gusto. En tal caso, no hay tanto subastas como simples ofertas al propietario: el anuncio no es el primer paso de aquélla sino una simple invitación para la formulación de éstas*». Esta actuación se presta al fraude, porque se establece una alta cotización y luego se negocia la venta privada con el mejor postor. En rigor, la obra no habrá sido revendida en subasta pública, pero este autor aboga por aplicar igualmente el derecho.

⁷³⁷ Para MONTERO MURADAS (MONTERO MURADAS, Isabel. *Estrategias de distribución comercial en el mercado del arte*. Tenerife: Servicio de publicaciones de Caja General de Ahorros de Canarias, 2003, pp. 79-85), las galerías cumplen diferentes funciones, entre las que des-

el artículo 3.1 de la Ley 3/2008, las únicas que se encuentran reguladas específicamente en la legislación española, por lo que podemos apelar a su descripción propia como actividad económica, incluida en el epígrafe de la sección empresarial número 615.6 del *Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueban las tarifas y la instrucción del Impuesto sobre Actividades Económicas*, titulado «galerías de arte». El mismo, comprende el ejercicio de las siguientes actividades:

La exposición y exhibición de obras de arte y antigüedades; comercio al mayor y menor, importación y exportación e intermediación en el comercio, bajo cualquier modalidad, de dichos objetos; cesión esporádica a terceros, por cualquier título, de los locales de las galerías de arte para ser usados por aquéllos en la realización de actos culturales y análogos, así como la prestación de servicios culturales accesorios.

El negocio de las galerías ha variado con el tiempo, porque actualmente no suelen asumir riesgos relacionados con la inversión en arte –al preferir destinar sus recursos a la difusión, promoción de las obras o participación en ferias–. Así, en el caso de los artistas jóvenes, las galerías, en lugar de adquirir sus obras, les permiten dejarlas en depósito en su establecimiento y, en caso de venta, cobrar una comisión al vendedor-artista⁷³⁸.

Finalmente, la última categoría incluida a título de muestra en la Ley es la de *marchantes de obras de arte*. Se trata de un distribuidor en el mercado, intermediario entre el artista y las galerías, los coleccionistas o las casas subastas. En general, se encargan de diversas tareas complementarias, como la promoción de la obra, la agencia comercial, la tasación experta o la certificación de autenticidad⁷³⁹.

La expresión *marchante* parece haber caído en cierto desuso en el mercado del arte y, en cambio, se impone cada vez más el término inglés *dealer* –mucho más genérico–, lo que implica incluir en el seno de esta categoría de profesionales del mercado del arte tanto a intermediarios que, por cuenta propia, se dedican a seleccionar obras de arte y a buscarles un comprador a cambio de una comisión contractualmente preestablecida con el autor, como a los denominados *productores de arte*, quienes, adquiriendo obras en el mercado primario, utilizan todos los medios de influencia a su alcance para crear tendencias de consumo en el mercado, con el objetivo de aumentar el valor de aquéllas. Esta última opción, lógicamente, conlleva mayores riesgos empresariales, pero tiene una

tacan la puesta en contacto de los compradores con los artistas, pero también la de los críticos con la obra reciente del artista.

⁷³⁸ Por lo tanto, hay dos modelos diferenciados: la venta en el propio nombre de la galería (adquieren obras y las revenden) y la venta en nombre del autor (intermedian entre vendedor y comprador a cambio de una comisión) (*vid.* VICENTE DOMINGO, Elena, *op. cit.*, pp. 45 y 56).

⁷³⁹ *Vid. ibidem*, pp. 55 y 56.

gran trascendencia en el plano cultural⁷⁴⁰. A diferencia de los tres ejemplos anteriores – salas de venta, casas de subastas y galerías–, al no contar con un establecimiento o punto físico de comercialización, las transacciones en las que intervenga un marchante serán de difícil control, así que, prácticamente, la aplicación del derecho de participación a este tipo de reventas quedará supeditada a la buena voluntad de las partes intervinientes.

Además de los cuatro ejemplos citados, el artículo 3.3 de la Ley 3/2008 incluye una categoría final, abierta, para que tenga cabida cualquier figura análoga, extendiéndose el criterio a «*cualquier persona física o jurídica que realice habitualmente actividades de intermediación en este mercado*». En este cajón de sastre, ¿podría estar refiriéndose la ley a un despacho de abogados o a un asesor? La presunción que recoge este precepto debe entenderse *iuris tantum*, debido a que el profesional que participe en la operación siempre podrá demostrar que su intervención ha sido sólo a efectos de asesoramiento, trasladando la transmisión al ámbito privado y, por tanto, eludiendo el derecho. Según este criterio, un abogado o un asesor, normalmente verá retribuidos sus servicios no por haber participado en la reventa sino por haber asesorado a una de las partes, ya sea sobre aspectos jurídicos, económicos o artísticos.

Por otro lado, se encuentra la cuestión de la *habitualidad*, introducida en el precepto de un modo imprescindible para asimilar estas *otras personas físicas o jurídicas* a los profesionales incluidos a título ejemplificativo⁷⁴¹. Por tanto, para hallarse sujetos al ámbito de la Ley, un despacho de abogados o un asesor deberían realizar esta actividad de intermediación de un modo regular y no puntual, cuando lo normal será que no cuenten incluidas en su objeto social o no hayan declarado al censo de empresarios de la Agencia Tributaria actividades como las de galería de arte, comercio al por mayor o por menor de obras de arte o intermediación comercial sobre las mismas.

En sentido contrario, sí somos partidarios de que se incluya en el ámbito de aplicación del derecho de participación aquellas reventas que se producen fruto del aprovechamiento por parte de críticos de arte o asesores culturales de su situación estratégica privilegiada; puesto que, en ocasiones, con la finalidad de obtener un mayor margen económico en la operación, en lugar de limitarse a asesorar a las partes y ser remunerados por ello, terminan adquiriendo la obra para su posterior reventa a precios exorbitantes.

⁷⁴⁰ Asimismo, los marchantes también pueden ser contratados por galerías de prestigio para asesorarles en la selección de obra nueva, su promoción y venta.

⁷⁴¹ Se muestra especialmente crítico con el uso de la expresión *habitualmente* GUTIÉRREZ VICÉN («Comentario al artículo 24», 2ª ed., *cit.*, p. 235), porque considera que genera inseguridad jurídica a la hora de determinar si la operación de reventa está sujeta al derecho de participación. Además, prosigue, no sería difícil imaginar supuestos de operaciones que se realicen en competencia desleal con relación a los profesionales legalmente establecidos.

b.3) Reventas realizadas por comercio electrónico

Con la finalidad de asimilar los establecimientos comerciales o mercantiles físicos a los virtuales, el artículo 3.2 de la Ley 3/2008 exige la sujeción del derecho a las operaciones en que intervengan aquellos profesionales del arte que presten sus servicios a través de medios de la sociedad de la información⁷⁴², de conformidad con lo establecido en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE)⁷⁴³.

Para que el crédito de participación pueda ser exigible por un determinado autor en un país diferente al de su nacionalidad –o, según el caso, residencia habitual–, tal y como se ha comentado antes, habrá que estar al principio de reciprocidad formulado tanto en la Directiva 2001/84/CE como en el Convenio de Berna. Por lo tanto, un aspecto fundamental será conocer la norma conflictual a aplicar en caso de conflicto de leyes, cuestión que ha sido tratada anteriormente⁷⁴⁴.

c) Umbral mínimo de aplicación

En la ley española, el derecho de participación surgirá cuando el precio de la reventa de la obra de arte, o del conjunto concebido con carácter unitario, sea igual o superior a 1.200 euros⁷⁴⁵. De dicha cantidad, expresamente se excluyen los impuestos, pero

⁷⁴² No se puede olvidar que, pese a que se celebren las reventas mediante contratos electrónicos, se sigue exigiendo la necesidad de participación de profesionales del mercado de arte en las mismas. Según RUBÍ PUIG (*op. cit.*, p. 108), «*quedan excluidas transacciones realizadas mediante prestadores de servicios de la sociedad de la información como eBay*». Entendemos que, a lo que se refiere este autor, es que se excluirán las ventas o subastas siempre que ambas partes actúen a título privado. En cambio, en opinión de CASAS VALLÉS («Comentario a la Ley 3/2008...», *cit.*, p. 23) sí habría que considerar eBay como profesional del mercado del arte, a pesar de la amplitud de su negocio, porque tiene una sección especializada que habitualmente hace de mediadora en reventas de obras entre particulares o incluso entre profesionales.

⁷⁴³ La presente Ley tuvo como objeto la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico)

⁷⁴⁴ *Vid. supra*, capítulo 4, 5.

⁷⁴⁵ Cfr. artículo 4 de la Ley 3/2008. Además, *vid.* BOCG, Congreso, Serie A, número 6-I, de 9 de julio de 2008, para comprobar cómo la negociación parlamentaria para fijar este umbral mínimo se enmarañó más de la cuenta. Cada grupo parlamentario defendía la idoneidad de aprobar límites muy diferentes, con los dos grupos con mayor representación en la cámara baja situados en las dos posiciones más extremas –el Grupo Popular abogaba por un umbral de 500 euros y el Grupo Socialista por un umbral de 2.400 euros–. A su vez, resulta interesante el contenido del Dictamen del CONSEJO DE ESTADO sobre el Anteproyecto de la Ley del derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, de 19 de junio de 2008, que recoge las alegaciones de los profesionales del mercado del arte acerca de la aprobación de la Ley. Todas las casas de subastas consultadas y las asociaciones de galerías (entre otras, Segre, Anteo, Goya,

no podrán detraerse otro tipo de gastos, como los seguros o los costes de transporte⁷⁴⁶. En consecuencia, las reventas cuyo precio se establezca por debajo de dicho umbral no generarán el crédito derivado del derecho de participación.

Con relación al *conjunto concebido con carácter unitario* resulta de gran interés acotarlo conceptualmente, ya que, en ocasiones, podría ser utilizado de manera interesada por parte del vendedor para evitar la aplicación del derecho de participación, por ejemplo, dividiendo el conjunto en obras separadas y, por consiguiente, tratándolas como reventas separadas.

Lógicamente, de entrada, se deben distanciar del concepto aquellas ventas en las que un comprador adquiriera varias piezas por un precio total, puesto que el hecho de que el precio pactado sea único no será en ningún caso condición suficiente para hablar de conjunto unitario, por mucho que las obras las hubiese firmado el mismo autor. El conjunto unitario supone una intención creativa única por parte del autor, que debe traducirse en una relación objetiva entre los elementos del conjunto. A modo de ejemplo, el vendedor estaría eludiendo fraudulentamente el derecho de participación si revendiera, por separado, dos lienzos fragmentos de un díptico, cuya temática tuviera una clara unidad artística.

Con todo, la condición necesaria y definitiva para referirnos a reventas de conjuntos unitarios será que la primera transmisión se hubiera realizado del mismo modo, esto es, con todos los elementos unidos por una motivación artística. En sentido contrario, las uniones de elementos sobrevenidas, realizadas con posterioridad a la primera cesión, difícilmente podrán tener dicha consideración.

2.5. OBLIGACIONES DEL DEUDOR Y DE LOS PROFESIONALES DEL MERCADO DEL ARTE

a) Obligación de soportar el pago

Para comprender mejor cuál es la obligación a cumplir por el sujeto deudor del crédito y las obligaciones de los profesionales del mercado del arte que intervienen en la reventa, debemos trazar una línea separadora entre la *obligación de soportar el pago* de la deuda generada por la aplicación del derecho participación –reservada al sujeto pasivo del derecho de participación– y la *obligación de efectuar materialmente el ingreso* de

Durán, Alcalá, Retiro, así como el Consorcio de Galerías de Arte Contemporáneo y la Agrupación Española de Galerías de Arte) alegaron que el umbral debía situarse en los 3.000 euros.

⁷⁴⁶ La SAP Madrid (sección 14ª) de 9 de julio de 2014 ratificó que no se pueden aplicar reducciones en ese sentido, debiéndose estar al precio de remate. En cambio, antes de la armonización comunitaria, en Portugal, el Decreto 45/85, de 17 de septiembre, preveía el descuento en la determinación del precio a efectos de aplicar el derecho de participación de ciertos gastos comprobados.

esta cantidad⁷⁴⁷. La última de estas obligaciones corresponde a los mencionados profesionales, cuyo principal deber es practicar una retención en el precio y liquidar la cantidad resultante al acreedor –entre otros deberes instrumentales–. En cuanto a la obligación de soportar el pago, no creemos que haya duda de que ésta es exigible, en última instancia, al propietario de la obra que revende, sujeto pasivo del derecho⁷⁴⁸.

Sin embargo, la Ley 3/2008, con una técnica legislativa confusa, establece un conjunto de obligaciones y responsabilidades a los profesionales del mercado del arte participantes en la reventa cuya lógica interna es difícil de articular. En primer lugar, el artículo 9 dispone que estos profesionales «*harán efectivo el pago del derecho a la entidad de gestión correspondiente o, en su caso, a los titulares del derecho*». Asimismo, para aclarar el funcionamiento de esta obligación en caso de que hubiera intervenido en la operación de reventa más de un profesional, el artículo 8.4 fija un orden de prelación referido al deber de retener y pagar el crédito. En dicho supuesto, será el obligado «*el profesional del mercado del arte que haya actuado como vendedor y, en su defecto, el que haya actuado de intermediario*».

Nada que objetar hasta este instante. El profesional que actúa como vendedor retiene la parte del precio correspondiente al crédito de participación y lo liquida a la entidad de gestión o al titular del derecho. Si concurren dos profesionales en la operación, mas ninguno como vendedor –por ejemplo, uno como intermediario y otro como comprador– el obligado será aquel que actúe como intermediario. Finalmente, si sólo hubiera intervenido un profesional en la reventa –aunque lo hiciera a título de adquirente–, éste sería el obligado a retener el porcentaje del precio establecido y hacer efectivo el pago.

Así las cosas, recuérdese que el artículo 1.4 de la Directiva 2001/84/CE establecía que la obligación de pago del derecho corre «*a cargo del vendedor*»; aunque los Estados miembros disponían de la facultad de incluir en sus legislaciones internas que «*una de las personas físicas o jurídicas a las que se refiere el apartado 2 (apuntamos: profesionales que actúan como vendedores, intermediarios o compradores) que no sea el vendedor tenga responsabilidad exclusiva o compartida con el vendedor para el pago del derecho*». En consecuencia, el legislador español podría haber optado por imponer una responsabilidad exclusiva o solidaria en cuanto a la obligación de soportar el pago a un

⁷⁴⁷ Aunque se empleen expresiones poco claras, el sujeto pasivo del derecho es el vendedor o transmitente, como afirma VICENT LÓPEZ (*op. cit.*, p. 187) apelando a la tradicional doctrina francesa. No obstante, RAMS ALBESA (*op. cit.*, p. 448) opina que, en el derecho de participación, no llega a saberse exactamente quién es el sujeto pasivo, sentenciando que será el profesional del mercado del arte, ya que «*una cosa es que la percepción se deduzca del precio y otra distinta es que el vendedor sea el sujeto pasivo*». Si bien no compartimos esta crítica, sí comprendemos que las redacciones defectuosas que tanto en la anterior regulación como en la actual se realizaron de este aspecto no inducen sino a confusión.

⁷⁴⁸ El artículo 1 de la Ley 3/2008 así lo dispone claramente: «*los autores (...) tendrán derecho a percibir del vendedor (...)*».

profesional del mercado del arte. Ante esta posibilidad, bien pareciera de sentido común designar como responsable solidario de la satisfacción principal de la deuda al profesional que actuara como intermediario en la transacción, especialmente si lo hiciera por cuenta del vendedor. En lugar de eso, el artículo 10 de la Ley 3/2008 establece una suerte de responsabilidad solidaria extendida a cualquier profesional que participe en la reventa. Su redacción resulta algo desconcertante: «los profesionales del mercado del arte que intervengan en las reventas sujetas al derecho de participación (...), responderán solidariamente con el vendedor del pago del derecho»⁷⁴⁹.

No obstante, la redacción de estos artículos, así como su intento de sistematización, resulta de difícil comprensión por cuanto no distingue bien entre la obligación de soportar el pago y el deber instrumental de retener la cantidad e ingresarla donde corresponda. Alternativamente, se podría llegar a poner en duda, incluso, si no hubiera sido mejor adoptar un modelo de responsabilidad exclusiva para el profesional del mercado del arte: si, precisamente, ya se compromete a estos profesionales a practicar la mencionada retención en el precio, el vendedor podría quedar liberado de dicha obligación de pago, con un esquema análogo al que tiene lugar en el sistema de retenciones de IRPF con relación al sujeto pasivo del impuesto⁷⁵⁰. O bien, si se quiere, hasta se podría haber optado por establecer como obligado subsidiario al vendedor, exclusivamente para aquellos supuestos en que, por error o mala fe, éste hubiera acabado cobrando el precio íntegro de la enajenación sin que del mismo se hubiera descontado la cantidad equivalente al porcentaje de participación⁷⁵¹. Aun así, es comprensible que, para facilitar el cobro del derecho de remuneración por parte del autor o sus derechohabientes, se imponga una responsabilidad solidaria que permita al acreedor dirigirse contra cualquiera de los sujetos responsables. De ese modo, se garantiza con mayor eficacia el cumplimiento práctico de la obligación de pago.

Lo que sí nos resulta totalmente incoherente y acaba por desmoronar la conexión entre las obligaciones de pago del derecho con los deberes instrumentales de los profesionales del mercado del arte es la extensión de esta responsabilidad solidaria a todos

⁷⁴⁹ Vid. DUCHEMIN, Wladimir, *op. cit.*, p. 47.

⁷⁵⁰ Por ejemplo, un trabajador por cuenta ajena tiene que soportar el pago del IRPF, ya que es el sujeto pasivo del impuesto, pero el que debe retenerlo de su nómina e ingresarlo en la Agencia Tributaria es el empleador, obligado a efectuar el pago, bajo su entera responsabilidad. Esta estructura de retenciones se repite en la normativa fiscal del IRPF para rendimientos de la actividad económica, del capital mobiliario y del capital inmobiliario. En esta línea, RAMS ALBESA (*op. cit.*, p. 448) opina que el vendedor debería quedar exonerado de su obligación desde el momento en que pudiera demostrar que a él se le efectuó la retención que señala la norma.

⁷⁵¹ BERCOVITZ ÁLVAREZ (*op. cit.*, p. 383) señala que el hecho de que los profesionales sean responsables solidarios con el transmitente, les obliga a retener del precio, en cualquier situación, la participación del acreedor. En caso de incumplimiento, se permitiría la aplicación de la normativa penal sobre la apropiación indebida (artículo 252 CP) al considerarse al intermediario como depositario, tal y como ha destacado la doctrina. Sin embargo, considera inoportuno que se establezca una retención *iuris et de iure* y, a su vez, pretender que el propietario sea responsable solidario, responsabilizándose, en definitiva, de algo ajeno.

«los profesionales del mercado del arte que intervengan» en la reventa, esto es, a los que hayan participado a título de vendedor y de intermediario, pero también de comprador. En nuestra opinión, no tiene ningún sentido que todos ellos puedan responder solidariamente del pago del derecho, como parece indicar el precepto, porque se estaría englobando a aquel que lo hace en calidad de adquirente. Imagínese la paradoja de una transmisión entre dos profesionales, en que uno actuara como intermediario y el otro como comprador; ¿podría acabar el titular del derecho de participación exigiendo al comprador que le satisficiera su crédito de participación, si éste ya hubiera pagado el precio íntegro de la venta al intermediario para que procediera a su retención? Nos resulta difícil pensar que el legislador no haya valorado que una situación como la descrita podría derivarse de una interpretación literal del precepto analizado y no se haya preocupado de destacar las especificidades de los profesionales del mercado del arte que intervienen como adquirentes en las reventas sujetas al derecho de participación, eximiéndoles de tal responsabilidad solidaria.

b) Obligaciones accesorias de los profesionales del mercado del arte

El profesional del mercado del arte que ha intervenido en la reventa es el eje subjetivo sobre el que pivota la generación del crédito de participación, por su intervención indispensable en el esquema, por lo que queda sujeto a una serie de obligaciones instrumentales dirigidas a permitir al acreedor satisfacer su pretensión de remuneración y su derecho de información⁷⁵².

i) Notificación de la reventa efectuada

Una vez vendida una obra en la que concurren los presupuestos estipulados legalmente, los profesionales que hayan participado en la operación deberán notificar al vendedor, al titular del derecho y a la entidad de gestión –VEGAP– que se ha producido la transmisión de la obra⁷⁵³. La notificación deberá ser fehaciente, realizarse en el plazo

⁷⁵² Para PFENNIG, el hecho de que el titular del derecho tenga la posibilidad de reclamar el derecho al profesional que participa en la venta, es el único modo de que se pueda garantizar que se respete el derecho, especialmente en las ventas por Internet («Aspectos prácticos de la aplicación del droit de suite...», *cit.*, p. 43). Asimismo, RAMS ALBESA (*op. cit.*, p. 448) expone, con relación al profesional del mercado del arte, que «*sin su participación, no hay nacimiento del derecho*», aunque insiste, este autor, según nuestro parecer equivocadamente, en que «*su verdadera función, oculta tras una tramoya equívoca y presentada de actuación pseudo-administrativa, es la de verdaderos deudores (no meros pagadores)*».

⁷⁵³ VICENTE DOMINGO destaca que, con el deber de notificación del profesional, la posición del acreedor está especialmente fortalecida, «*porque su posición es pasiva, se le tendría que informar y notificar la transmisión y poner a disposición el porcentaje, sin necesidad de que él lo exigiera*» (*op. cit.*, p. 103). De todos modos, entendemos que, si el titular del derecho de parti-

de dos meses desde el día siguiente a la fecha de la reventa⁷⁵⁴ y contener, cuando menos, la información acerca del lugar y fecha en que se realizó la reventa; precio íntegro de la transmisión, excluyendo impuestos; y datos identificativos de la obra de arte, de los sujetos contratantes, de los intermediarios, así como del autor de la obra⁷⁵⁵.

ii) Retención, depósito y realización del pago

Los profesionales del mercado del arte que hayan intervenido en la reventa, sea en calidad de vendedores, compradores o intermediarios, deberán retener el importe equivalente al porcentaje de participación⁷⁵⁶. Dicha cantidad, que dejará de percibir el vendedor –no olvidemos que éste es el deudor en la relación crediticia–, servirá para satisfacer al acreedor el crédito generado. El obligado deberá mantener dicha cantidad retenida en depósito gratuito, sin obligación de pago de intereses, hasta que proceda a su pago efectivo a la entidad de gestión o, en su caso, al titular del derecho que no hubiese cedido su correspondiente derecho⁷⁵⁷.

Una vez realizada la notificación y retenida la cantidad, el profesional contará con dos meses para hacer efectivo el pago del derecho a la entidad de gestión colectiva o, si procediera, por no estar adheridos a aquélla, a los titulares del derecho⁷⁵⁸.

Al tratarse éstas de las obligaciones sustanciales del profesional con relación al derecho de participación, para asegurar lo máximo posible su cumplimiento, el legislador ha establecido una responsabilidad subsidiaria –si bien incluyendo, asimismo, el deber de notificación– para todos aquellos profesionales que hubieran participado en la reventa, en caso de ser más de uno. En consecuencia, el primer obligado siempre será el profesional que intervenga en calidad de vendedor. En su defecto, si concurrieran dos profesionales actuando como intermediario y comprador, los deberes serán tendrán que ser cumplidos por el primero de ellos.

cipación ha derivado la gestión de su derecho a VEGAP, con que el profesional del mercado del arte notifique la reventa a ésta habrá cumplido con su obligación de manera suficiente.

⁷⁵⁴ Para GUTIÉRREZ VICÉN («Comentario al artículo 24», 2ª ed., *cit.*, p. 240) el plazo de notificación es demasiado largo, ya que los sujetos obligados han de notificar en el plazo de dos meses y deben pagar antes de dos meses desde dicha notificación. Por tanto, el acreedor podría tener que esperar cuatro meses desde la reventa, sin poder exigir intereses.

⁷⁵⁵ Cfr. artículo 8.1 de la Ley 3/2008. A su vez, señala BALLESTEROS GARRIDO (*op. cit.*, p. 157) que si el profesional incumple con la obligación de notificar, incurriría en apropiación indebida y el titular podría exigirle la cantidad dentro del correspondiente plazo de prescripción.

⁷⁵⁶ Cfr. artículo 8.2 de la Ley 3/2008.

⁷⁵⁷ El artículo 8.3 de la Ley 3/2008 fija que la cantidad sea retenida en depósito gratuito y sin intereses hasta que sea entregada al titular y, en su defecto a la entidad de gestión correspondiente. La realidad dicta que esta subsidiariedad se presenta en sentido contrario, puesto que la mayoría de titulares que hacen efectivos créditos de participación tienen derivada la gestión del derecho a VEGAP.

⁷⁵⁸ Cfr. artículo 9 de la Ley 3/2008.

iii) Deber de información

Esta última obligación, fundamental para el sostenimiento del derecho de participación, impone a los profesionales que han intervenido en la transmisión de la obra que, durante el plazo de tres años desde dicha operación, atiendan cualquier solicitud de información por parte de las entidades de gestión o del titular del derecho «*que resulte necesaria para calcular el importe del derecho de participación*» de entre la enumerada en el artículo 8.1 de la Ley 3/2008⁷⁵⁹ (a saber: datos relativos al lugar y fecha en que se realizó la reventa, el precio de la misma e identificación de la obra, autor, intermediarios y partes contratantes). Compartimos con CASAS VALLÉS que el derecho de información debe abarcar toda la información necesaria⁷⁶⁰. Aun así, la comunicación de dicha información siempre deberá llevarse a cabo respetando los principios de confidencialidad o intimidad mercantil⁷⁶¹.

Los posibles conflictos entre el derecho de información del titular y el derecho de confidencialidad que asiste a los propietarios de las obras respecto a los concretos datos de las operaciones de transmisión ha sido tradicionalmente uno de los escollos para implementar el *droit de suite* en determinadas legislaciones⁷⁶². En consecuencia, garantizar este equilibrio será de gran trascendencia para que las partes vean sus derechos protegidos sin vulnerar los de titularidad contraria⁷⁶³.

Para terminar, cabe destacar que el contenido del artículo 11 de la Ley 3/2008 puede ser entendido como un modo de que el autor controle la dispersión de sus creaciones mediante este derecho de información; sin embargo, no es ésta la finalidad buscada por el legislador, que no es otra que el aseguramiento del cobro del crédito de participación.

⁷⁵⁹ Cfr. artículo 11 de la Ley 3/2008.

⁷⁶⁰ Según CASAS VALLÉS («Comentario a la Ley 3/2008...», *cit.*, p. 46), en caso contrario, podría dejar al margen la identidad del adquirente no profesional, sobre el que no pesa obligación alguna, salvo la de soportar el pago.

⁷⁶¹ La Comisión Europea se ha mostrado preocupada en conseguir una mayor transparencia en la información, por lo que ha recomendado que ésta incluya, cuando menos, el nombre del artista, el precio y la fecha de venta (*vid.* COMISIÓN EUROPEA. *Key principles and recommendations on the management of the author's resale right*, febrero de 2014, p. 3).

⁷⁶² Por lo visto, éste era un tema que continuamente se ponía sobre la mesa en Alemania, en la primera mitad de siglo XX, cuando se tramitaba alguna iniciativa favorable a regular el *Folgerecht*. A su vez, en los Estados Unidos, el derecho a la privacidad de los coleccionistas también es un argumento poderoso para los detractores del *droit de suite* (*vid.* U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Droit de Suite...*, 1992, *cit.*, p. 13).

⁷⁶³ VICENT LÓPEZ (*op. cit.*, p. 190) es de la opinión de que la salvaguarda del derecho de información se cumpliría mejor con el ejercicio exclusivo del derecho de información a través de una entidad de gestión. Lógicamente, la consecuencia inmediata sería la gestión colectiva obligatoria.

2.6. CÁLCULO DEL IMPORTE DE PARTICIPACIÓN

El importe de la participación que corresponderá a los autores estará en función de los siguientes porcentajes:

El 4% de los primeros 50.000 euros del precio de la reventa.

El 3% de la parte del precio de la reventa comprendida entre 50.000,01 y 200.000 euros.

El 1% de la parte del precio de la reventa comprendida entre 200.000,01 y 350.000 euros.

El 0,5% de la parte del precio de la reventa comprendida entre 350.000,01 y 500.000 euros.

El 0,25% de la parte del precio de la reventa que exceda de 500.000 euros.

En ningún caso el importe total del derecho podrá exceder de 12.500 euros.

Los precios de reventa contemplados en esta esquema se calcularán sin inclusión de los impuestos devengados por la reventa de la obra, entendiéndose por tales el Impuesto del Valor Añadido o el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, en función de la naturaleza empresarial o privada del vendedor.

En el siguiente cuadro se puede observar la cantidad que, como máximo por cada tramo de porcentaje, puede percibir el autor.

Tramo de precio en Euros	Porcentaje aplicable	Máxima cantidad del tramo
3.000 a 50.000	4%	2.000 €
50.000,01 a 200.000	3%	4.500 €
200.000,01 a 350.000	1%	1.500 €
350.000,01 a 500.000	0,5%	750 €
Más de 500.000	0,25%	3.750 €
TOTAL		12.500 €

Según estos cálculos, en las transacciones cuyo precio se sitúe por encima de los 2.000.000 euros⁷⁶⁴, el exceso de esta cantidad no tendrá incidencia sobre el crédito a

⁷⁶⁴ Por otro lado, si el tramo inferior fuera del 5%, en lugar del 4% –opción que pueden escoger los Estados miembros–, la máxima cantidad a percibir en este primer margen sería de 2.500 euros, mientras que la del último se reduciría a 3.250 euros. Así, el exceso económico de las operaciones por encima de los 1.800.000 euros no tendría incidencia en el crédito de participación. Aquellos países que adoptan en el primer tramo un tipo del 5% potencian la aplicación del derecho a autores menos consagrados, porque recaudan un mismo máximo con ventas sustancialmente inferiores.

percibir por el autor. Por consiguiente, las obras destinadas a especular en el mercado del arte verán paliado el impacto de aplicar este derecho a las transmisiones, que quedará limitado, en todo caso, a 12.500 euros⁷⁶⁵.

2.7. GESTIÓN COLECTIVA

Para el titular del derecho de participación resultaría, a efectos prácticos, muy difícil hacer efectivo su crédito a título personal, puesto que no dispone de los recursos necesarios para controlar las reventas públicas de obras de arte que se realizan en el mercado. Por lo tanto, depende para hacer efectivo su derecho de la diligencia de galeristas, marchantes o casas de subastas, quienes, a la postre, son los obligados de notificar y realizar el pago del crédito⁷⁶⁶.

La Directiva 2001/84/CE otorgaba la facultad a los Estados miembros de «*prever la gestión colectiva opcional u obligatoria del derecho*»⁷⁶⁷. España, por razones que escapan a nuestra comprensión, terminó decantándose por la primera posibilidad, configurando el derecho de participación como un derecho de remuneración de gestión colectiva voluntaria. Extrañamente, todo apuntaba a que su gestión por parte de VEGAP sería obligatoria. El propio Proyecto de Ley relativo al derecho de participación, a pocos meses vista de la aprobación final de la Ley 3/2008, así lo recogía en su preámbulo⁷⁶⁸:

A diferencia de la regulación inicial del derecho de participación en nuestro ordenamiento, se opta ahora por la gestión colectiva obligatoria del derecho. Es de

⁷⁶⁵ Antes de la transposición de la Directiva 2001/84/CE al ordenamiento francés, en ese país no se aplicaba un límite de 12.500 euros para el cálculo del *droit de suite*. Ello ha provocado que actualmente se observe una reducción de la recaudación por este derecho en las ventas de mayor importe. Por ejemplo, en el año 2010, se recaudaron 37.500 euros por *droit de suite* para las obras revendidas por más de 2 millones de euros. De haberse aplicado el anterior sistema de cálculo lineal a las mismas transacciones, la recaudación en ese tramo se hubiera situado en 257.798 euros (*vid. Ministère de la culture et de la communication* (France). Dir. KANCEL, Serge. *Le droit de suite et le marché de l'art en France 2005-2010*. Doc. n° 2011-05, marzo de 2011, p. 34 [en línea]. Disponible en: <<http://www.culturecommunication.gouv.fr>> [última visita: 31 de diciembre de 2015]). En el mismo sentido, según cálculos realizados por CASAS VALLÉS, si a la reventa de «*Les femmes d'Alger*» de Picasso, por 160,8 millones de euros, no se hubiera aplicado el límite máximo para calcular el derecho, éste hubiera devengado 409.500 euros en favor de los derechohabientes del pintor («Comentario a la Ley 3/2008...», *cit.*, p. 30). Por su lado, W. DUCHEMIN (*op. cit.*, p. 65) lo resume perfectamente: «*en definitiva, las galerías y los organismos de ventas en subasta pública, así como su clientela pueden seguir enriqueciéndose sin límites, pero no los artistas que son quienes producen esa riqueza*».

⁷⁶⁶ En ocasiones, ha ocurrido que la casa de subastas ha tratado de ocultar la adjudicación para evitar el pago del derecho. Para evitarlo, personal de VEGAP suele desplazarse a las sesiones donde se subastan obras susceptibles de generar el derecho (*vid. SAP Madrid* (sección 28ª) de 12 de diciembre de 2008).

⁷⁶⁷ Cfr. artículo 6.1 de la Directiva 2001/84/CE.

⁷⁶⁸ Cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 6-1, de 09 de julio de 2008.

esperar que el esfuerzo de seguridad jurídica que tal modelo introduce en el mercado resultará beneficioso para todos los agentes que en él operan. Para los obligados al pago, porque la intervención de las entidades de gestión les asegura que la intervención de las entidades de gestión les asegura que las transacciones se realizan con pleno respeto a los derechos de propiedad intelectual, al tiempo que permite una notable simplificación de sus obligaciones. Y para los derechohabientes, porque la gestión colectiva obligatoria afianza la efectividad del derecho. La actuación de las entidades de gestión redundará, por otra parte, en una mayor transparencia en el mercado, en la medida en que evitará que se produzcan situaciones de fraude derivados del ejercicio ilegítimo de actividades de intermediación.

Compartiendo todas las virtudes expuestas en el preámbulo del Proyecto de Ley acerca de la gestión colectiva obligatoria del derecho de participación, GUTIÉRREZ VICÉN sintetiza la idoneidad de la misma en función de tres grandes beneficios: garantiza la efectiva aplicación del derecho, al simplificar las obligaciones de los intermediarios mercantiles; es de interés de vendedores y profesionales del mercado del arte, ya que permite una mejor protección de los datos de carácter personal; y es la mejor opción para autores y derechohabientes, puesto que la entidad se preocupará de informarse de las reventas de obras cuyos derechos les pertenezcan, incluso si tuvieran lugar fuera de España⁷⁶⁹.

Sea como fuere, el artículo 7.1 de la Ley 3/2008 dispuso que el derecho de participación «*se podrá*» hacer efectivo a través de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, cuya legitimación se halla en el art. 150 TRLPI⁷⁷⁰. De acuerdo a ello, nada impide que los titulares del derecho de participación decidan hacerlo efectivo a título personal o incluso mediante la constitución de asociaciones de artistas. Aun así, siendo realistas, resulta impensable garantizar la efectividad del derecho a efectos prácticos si los autores y derechohabientes no se adhieren a la correspondiente entidad de gestión colectiva que tiene atribuida la gestión de los derechos de autores de obras plásticas.

Actualmente, la entidad que se encarga de la gestión de los derechos de autor de los artistas plásticos de forma colectiva en España es Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP), autorizada por Orden Ministerial de 5 de junio de 1990 para actuar como tal⁷⁷¹. El titular del derecho que se adhiera a la entidad conferirá a la misma, a efectos de gestión colectiva, mandato en exclusiva en cuanto al ejercicio del derecho de participación⁷⁷². Para facilitar dicha adhesión, los titulares del derecho miembros de la

⁷⁶⁹ Vid. GUTIÉRREZ VICÉN, Javier. «Comentario al artículo 24», 2ª ed., *cit.*, p. 237.

⁷⁷⁰ El artículo 150 TRLPI dispone que «*las entidades de gestión, una vez autorizadas, estarán legitimadas en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales*».

⁷⁷¹ Nada impide que puedan crearse otras entidades colectivas o incluso asociaciones ligadas a uno o varios autores para la gestión y recaudación de los derechos de participación.

⁷⁷² La legitimación activa de VEGAP para reclamar los créditos de participación no requiere mayor formalidad que anunciar el mandato, extremo que ha sido ampliamente reconocido

entidad de gestión colectiva podrán excluir del mandato conferido alguna obra en concreto, lo que deberán comunicar fehacientemente a la entidad para, posteriormente, encargarse individualmente de su gestión.

Las funciones que desempeñará la entidad de gestión se encuentran establecidas por los artículos 7 y 13 de la Ley 3/2008 y son las que se indican a continuación:

i) Notificación al titular

La entidad notificará al titular del derecho cuya gestión se haya cedido que se ha hecho efectivo el pago del derecho, en el plazo máximo de un mes desde que éste haya tenido lugar.

ii) Liquidación del importe al titular

La entidad de gestión también se encargará de liquidar el importe debido al titular en concepto de derecho de participación en el plazo máximo de un año a contar desde el momento del pago, salvo que en dicho plazo el titular reclame la liquidación⁷⁷³, en cuyo caso se hará al mes siguiente de reclamarlo.

iii) Ingreso al Fondo de Ayuda a las Bellas Artes de las cantidades no repartidas a los titulares del derecho

Transcurrido un año desde el momento del pago del derecho sin que se hubiera podido identificar al titular y sin que sobre dicha cantidad se hubiera realizado reclamación alguna, la entidad de gestión deberá ingresarla en el Fondo de Ayuda a las Bellas Artes.

iv) Notificación de resultados al Fondo de Ayuda a las Bellas Artes.

por distintos tribunales (*vid.* SAP Madrid (sección 20ª) de 19 de abril de 2005 o SAP Madrid (sección 28ª) de 25 de septiembre de 2015).

⁷⁷³ Tal y como indica GUTIÉRREZ VICÉN, esta exigencia del titular del derecho de reclamar por anticipado el crédito de participación sólo tiene sentido si se hubiera optado por un modelo de gestión colectiva obligatoria, porque la entidad, si hubiera tenido que gestionar derechos de terceros no asociados, no podría haberlos sometido a las reglas de reparto que son comunes para todos los socios de manera exclusiva para ellos («Comentario al artículo 24», 2ª ed., *cit.*, p. 238).

Las entidades de gestión están obligadas a notificar al Fondo, en el primer trimestre de cada año, la relación de cantidades percibidas por el derecho de participación y los repartos efectuados, así como los motivos que hayan hecho imposible el reparto de las cantidades ingresadas en el Fondo.

2.8. PRESCRIPCIÓN

La acción de los titulares para hacer efectivo el derecho ante los profesionales del mercado del arte prescribirá a los tres años de la notificación de la reventa, siempre que no haya sido reclamada por la entidad de gestión colectiva o el titular del derecho de participación⁷⁷⁴. La Ley no especifica cómo computar el plazo si no se notifica, ya que el *dies a quo* de la prescripción viene determinado por la notificación⁷⁷⁵. Por razones puramente prácticas, podría entenderse que la acción prescribirá, igualmente, si la reventa de la obra no hubiera sido notificada. En ese caso, el plazo de prescripción comenzaría a contar transcurridos dos meses desde la fecha de la reventa –límite para realizar la notificación–⁷⁷⁶.

⁷⁷⁴ Cfr. artículo 12 de la Ley 3/2008. Nótese que la Directiva 2001/84/CE nada indicaba sobre el plazo de prescripción para ejercer esta acción, por lo que cada legislador nacional ha tenido libertad para determinar este plazo. Señala ROCHA (*op. cit.*, p. 177) que un plazo de prescripción breve en beneficio de los que intervienen en las transacciones es comprensible, ya que «son sujetos privados a quienes la ley impone obligaciones que pueden resultar muy gravosas y carecen de contrapartidas a su favor».

⁷⁷⁵ Éste es el criterio adoptado, por el momento, judicialmente. La SAP Madrid (sección 28ª) de 12 de febrero de 2008 ha interpretado que el plazo de prescripción sólo puede iniciarse con la notificación y no con la fecha en la que el titular tuvo conocimiento de la transmisión: «el "dies a quo" para el cómputo del plazo de prescripción de 3 años está constituido por la fecha en la que el revendedor comunica a la entidad de gestión el hecho y condiciones de la reventa, (...). El criterio general de la "actio nata" que enuncia el Art. 1969 del Código Civil impone computar el plazo de prescripción de las acciones "desde el día en que pudieron ejercitarse", criterio que, de aplicarse al caso ahora enjuiciado, otorgaría la razón a la apelante en la medida en que no puede negarse que, tan pronto como VEGAP tiene conocimiento del hecho de la venta, le resulta teóricamente posible el ejercicio de la acción de reclamación correspondiente. Sin embargo, es el propio Art. 1969 el que nos indica que dicha regla general solamente resultará aplicable "cuando no haya disposición especial que otra cosa determine". Pues bien, cuando de la reclamación del derecho de los artistas plásticos a participar en el precio de reventa de sus obras se trata, sí existe esa disposición especial ya que el Art. 24.5 de la Ley de Propiedad Intelectual dispone literalmente que "la acción para hacer efectivo el derecho ante los mencionados subastadores, titulares de establecimientos mercantiles, comerciantes y agentes, prescribirá a los 3 años de la notificación de la reventa"».

⁷⁷⁶ De aceptar esa interpretación, GUTIÉRREZ VICÉN denuncia que «se está favoreciendo la elusión de una responsabilidad que, según el caso, puede ser civil o penal (...). Este beneficio a favor del depositario crea una verdadera indefensión de los titulares y está obligando en práctica a la entidad de gestión española, VEGAP, a tener que realizar costosas operaciones de inspección y verificación, así como a sufragar costosos gastos judiciales en perjuicio solamente

No obstante, esta solución no se adecua a la literalidad del artículo 12 de la Ley 3/2008 y tampoco parece la mejor opción para fomentar que los profesionales cumplan con sus obligaciones formales. Por lo tanto, entendemos que la acción no prescribirá si el profesional del mercado del arte no ha notificado la reventa, puesto que el plazo de prescripción no puede iniciar su cómputo.

Otro aspecto que sorprende del plazo de prescripción es que, existiendo una responsabilidad solidaria del pago por parte del vendedor, la acción descrita aquí sólo alcance a los profesionales que participan en la operación de reventa y, en cambio, el titular del derecho de participación no pueda dirigirse contra el vendedor no profesional, obligado principal de la deuda. Parte de la doctrina aboga por resolver dicha laguna acudiendo al plazo general de prescripción para las acciones personales, *ex* 1.964 C.c., por lo que la reclamación dirigida al vendedor contaría con una prescripción de quince años desde la fecha de transmisión⁷⁷⁷. Sin embargo, esta solución presenta algunos conflictos de coherencia interna. El principal aparece cuando la gestión del derecho ha sido cedida a la entidad de gestión, ya que una vez transcurrido el plazo de un año del que ésta dispone para satisfacer el pago al titular del derecho, el crédito debe ingresarse en favor del Fondo de Ayuda a las Bellas Artes; con lo que tendría que darse por perdido por el acreedor cuando, en cambio, todavía restarían doce años para poder ejercitar la acción contra el vendedor, responsable solidario⁷⁷⁸.

En cambio, para aquellos casos en que la gestión del derecho de participación no hubiera sido cedido por parte del titular del mismo a la entidad de gestión, hay que entender que el profesional del mercado del arte, transcurridos los referidos tres años desde la notificación y una vez hubiera cumplido con sus obligaciones de retención y depósito, deberá restituir la cantidad del crédito de participación al revendedor, para los casos en que el pago no hubiera sido reclamado. Así, en este supuesto, sí tiene sentido complementar la acción contra el intermediario, con una prescripción de tres años, con la responsabilidad solidaria del vendedor, a quien se le podría reclamar la cantidad que le ha sido restituida hasta un plazo de, como se ha visto, quince años.

de los titulares del derecho» (GUTIÉRREZ VICÉN, Javier. «Comentario al artículo 24», *cit.*, p. 204).

⁷⁷⁷ *Vid.* VALLÉS RODRÍGUEZ, Matías, *op. cit.*, p. 452.

⁷⁷⁸ Compartimos con BERCOVITZ ÁLVAREZ (*op. cit.*, pp. 384 y 386) la incomprensión sobre el hecho de que existan dos organismos con funciones que podrían ser asimilables, VEGAP y el Fondo de Ayuda a las Bellas Artes, cuando lo sencillo hubiera sido que todas las finalidades confluyeran en una única institución, como ocurre con el *Arts Council* californiano, que, en todo caso, recauda provisionalmente las cantidades hasta su reclamación o prescripción definitiva.

PARTE TERCERA

EL DROIT DE SUITE Y EL MERCADO DEL ARTE

1. EL MERCADO DEL ARTE COMO CONTEXTO DEL *DROIT DE SUITE*

La economía de mercado se ha caracterizado tradicionalmente por la interacción de tres grandes categorías, que son el mercado de productos, el mercado de trabajo y el mercado de capitales⁷⁷⁹. *A priori*, el mercado del arte se circunscribe dentro del ámbito del mercado de productos, donde se suceden transmisiones de bienes a cambio de contraprestaciones económicas entre vendedores y compradores. El precio de este intercambio se determinará más que por el valor artístico de la obra por su cotización en el mercado, variables no siempre coincidentes⁷⁸⁰. En este aspecto, estudios sobre la materia han demostrado que la cotización puede verse alterada porque en los procesos comerciales del mercado del arte existen graves carencias de información, transparencia y homogeneidad⁷⁸¹. Por ese motivo, el hecho de que las obras de arte sean objeto de especulación por parte de inversores, nos lleva a aproximar este sector a la lógica de los mercados de capitales⁷⁸².

⁷⁷⁹ Vid. STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carl E. *Macroeconomía*, 2ª ed. Barcelona: Ariel, 2006, p. 41. Estos economistas resumen la interrelación de los tres mercados de una manera un tanto simplista pero muy gráfica. Las empresas venden sus productos en el mercado, pero antes «compran los servicios de trabajadores en el mercado de trabajo» y, cuando lo necesitan, «reúnen fondos con los que comprar factores en el mercado de capitales».

⁷⁸⁰ Vid. MONTERO MURADAS, Isabel. *Estrategias de distribución comercial...*, cit., p. 65.

⁷⁸¹ GRAMPP, a principios de los años noventa, llevó a cabo un análisis sobre la cuestión a partir de un esquema ideado por el Doctor Bongard. Así, realizó una asignación de puntos a los diferentes artistas del momento, en función de sus exposiciones en museos más o menos importantes, sus menciones en medios especializados, etc. La conclusión de dicho análisis fue que, si bien existía cierta correlación entre los cien artistas con mayor puntuación y las cotizaciones de sus obras más representativas, diferentes factores hacían que el precio por punto de éstas pudiera oscilar en un amplísimo margen, entre los 0,09 y los 2,7 marcos alemanes (GRAMPP, William D. *Arte, inversión y mecenazgo*, cit., pp. 39 y 40).

⁷⁸² Para examinar las características del mercado de capitales, vid. STIGLITZ, Joseph; WALSH, Carl E., *op. cit.*, pp. 43 ss. Se muestra crítico con esta visión GRAMPP, para quien el arte no debería ser únicamente objeto de especulación: «el arte es un activo que rinde su propio beneficio a quien lo valora por sí mismo, siendo el beneficio la satisfacción estética (...). El estético es uno de los dos componentes del rendimiento total y el otro, los cambios de su precio en el

Uno de los principales problemas del mercado artístico es que no se encuentra en absoluto regulado, lo que provoca que en su interior tengan lugar ciertas prácticas impensables en otro tipo de mercados, que podrían ser constitutivas de atentar contra el derecho de la competencia o la transparencia financiera. A modo de ejemplo, el crítico de arte LEWIS expone que, cuando en el mercado de capitales se emiten acciones y no se consigue el nivel de colocación esperado, está penalizado que el emisor realice acciones tendentes a simular la consecución de las operaciones con el objeto de mantener o aumentar su cotización y generar confianza en el mercado; en cambio, ésta es una actuación que se observa continuamente en el mercado del arte⁷⁸³. Podemos añadir otra comparación odiosa: según las diferentes regulaciones *antitrust* –en Europa, dispuesta en el *Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado*–, no está permitido que una única organización empresarial o de otra clase disponga de una cantidad de reservas relativas a un producto o servicio que le sitúe en una posición que le permita fijar los precios en el mercado y eliminar la competencia de otras empresas. Sin embargo, ciertos coleccionistas o marchantes disponen en *stock* de la mayoría de las obras de un cotizado autor y se dedican a realizar actuaciones tendentes a manipular los precios hasta subirlos a niveles que son de su interés⁷⁸⁴.

tiempo». Una vez aceptada esta premisa, concluye el economista alemán que «*la gente que compra arte con el único propósito de revenderlo por un precio mayor, es decir, los especuladores, obtiene un rendimiento inferior que aquellas personas que disfrutan de él*».

⁷⁸³ LEWIS denuncia en un mordaz documental algunas de estas prácticas (*The great contemporary art bubble* [vídeo]. Dir. LEWIS, Ben. Londres: BBC Four, 2008). El caso más flagrante se dio cuando, en 2009, la galería que representaba al artista contemporáneo británico Damien Hirst, decidió tratar de colocar en el mercado una obra titulada «*Por el amor de Dios*» –un cráneo humano recubierto de diamantes–, por un importe de £50 millones. Tras anunciar que la pieza había sido vendida por el precio establecido, al poco tiempo, se destapó que el adquirente era un consorcio de inversores en el que participaban mayoritariamente el propio Hirst, su representante y su galerista en el Reino Unido.

⁷⁸⁴ PEÑUELAS I REIXACH (*op. cit.*, p. 137) explica que en este sector se suele subir el precio de los productos artificialmente. Pone como ejemplo un galerista que posee ocho esculturas seriadas; si vende una de ellas muy cara en subasta, tras haber inflado su precio, puede vender luego las otras siete más caras en venta directa *inter partes*. Por lo tanto, ciertos actores utilizan el mercado de las subastas –pujando para sostener precios– con el fin de elevar el valor de ciertas obras y beneficiarse posteriormente de la comercialización de otras obras del artista en cuestión por otros canales, como las ventas directas a los clientes de las galerías. Esta cuestión ha sido ampliamente estudiada por COSLOR, quien relaciona directamente el incremento de precios en subastas con el establecimiento de referencias en la demanda por parte del público adquirente por otros canales (COSLOR, Erica. *Transparency in an Opaque Market: Auction Prices as Anchors and Guideposts*, 2011, pp. 21 ss. [en línea]. Disponible en: <<http://www.dukedalmi.org/wp-content/uploads/2014/01/Coslor-Transparency-in-an-Opaque-Market-03-22-2011.pdf>> [última visita 30 de diciembre de 2015]). Finalmente, según B. LEWIS (*op. cit.*, [vídeo]), el paradigma de este *modus operandi* lo representa la familia Mugarbi, coleccionistas que cuentan con más de 800 obras de Andy Warhol en propiedad y son los responsables directos de que piezas de una misma serie del artista pop, las conocidas «*Jackie*», pasaran de cotizarse por un valor de 40.000 \$ a 2.000.000 \$.

Una de las condiciones esenciales para que un mercado pueda ser considerado libre y justo es precisamente la transparencia, en el sentido de que el mismo debe proporcionar información inmediata y precisa sobre precios, oferta, volumen de transacciones, tasas, comisiones y otros aspectos relacionados⁷⁸⁵. En este sentido, en el mercado de capitales es preciso atender a determinadas reglas en favor de la transparencia de las operaciones que se realizan en los mismos⁷⁸⁶, para garantizar los derechos de los participantes, mientras en el mercado artístico no existen fuentes fiables con información suficiente ni contrastada acerca de sus movimientos, debido a su opacidad, y resulta imposible incluso tener correctamente censados a quienes son los únicos productores de los bienes comercializables, esto es, artistas que proveen a galerías y marchantes⁷⁸⁷.

Aun así, debemos reconocer que el mercado del arte presenta una serie de especificidades que lo convierten en único, como son la alta especialización de sus actores⁷⁸⁸ o la peculiaridad del objeto de su intercambio comercial, ya que lo que se enajena es el *corpus mechanicum* de una obra intelectual⁷⁸⁹. Estamos ante la transferencia de bienes esencialmente limitados, cuando no únicos, que dependen de la creatividad de una persona. Piénsese que los artistas son los únicos productores de arte, lo que supone un problema añadido, al que posteriormente nos referiremos, ya que muy poca información

⁷⁸⁵ Vid. LAW, Jonathan; SMULLEN, John. *A Dictionary of Finance and Banking*, 4ª ed. rev. Oxford: Oxford University Press, 2008 [en línea] <<http://www.oxfordreference.com>> [última visita: 30 de diciembre de 2015]).

⁷⁸⁶ Entre varios autores que advierten acerca de los inconvenientes de esta circunstancia, vid. TURNER, Stephanie B. «The Artist's Resale Royalty Right: Overcoming the Information Problem», *cit.*, p. 348.

⁷⁸⁷ Los actores que ofrecen productos o servicios en la mayoría de mercados suelen ser sociedades cotizadas, fiscalizadas por organismos nacionales y supranacionales, mientras en éste son personas naturales. Además, la actividad artística suele ser accesoria a una ocupación principal u otras veces extremadamente irregular, lo que provoca que muchos artistas operen en la economía sumergida y ni se registren como profesionales en la Agencia Tributaria ni declaren sus percepciones económicas. Según datos de la última Encuesta sobre Población Activa de Eurostat, en España hay registrados más de 25.950 artistas. Para MCANDREW, «*probablemente dicha cifra se haya estimado muy a la baja, puesto que muchos de ellos no inscriben la de artista como su primera profesión en el censo o tal vez no estén registrados bajo esa denominación*» (cfr. MCANDREW, Clare. *El mercado español del arte en 2014. Cuadernos arte y mecenazgo*. Barcelona: Fundación Arte y Mecenazgo, 2014, p. 70).

⁷⁸⁸ En palabras de VICENTE DOMINGO (*op. cit.*, p. 31), al tratarse de un mercado elitista y desconocido, es más sencillo que en el mismo se produzca el fraude o el engaño. Muestra de ello es que numerosas sentencias han condenado a «*expertos*» por delitos de estafa por aprovecharse del desconocimiento de los consumidores. Entre tantas otras, vid. STS (sala 2ª, sección 1ª) de 5 de junio de 2004, en la que un profesional engañó a un comprador para adquirir una obra a pesar de conocer la imposibilidad de la enajenación; o la STS (sala 2ª, sección 1ª) de 20 de diciembre de 2006, que recoge un habitual supuesto de engaño en la autoría de obras de arte, al tratar de hacer pasar como auténticas obras falsificadas.

⁷⁸⁹ Además, tal y como indica SERRANO GÓMEZ (*Los derechos de remuneración...*, *cit.*, p. 49), las obras de arte incorporan un valor estético, pero también «*un innegable componente económico que las hace atractivas desde un punto de vista eminentemente comercial (...) las obras de arte constituyen una fuente de poder (...)*».

puede ser verificada acerca de las primeras cesiones que los autores hacen de sus obras a galerías o clientes particulares, aspecto que impide examinar de manera certera el funcionamiento y los flujos económicos de este sector. Consecuencia de ello, la ley de la oferta y la demanda se puede ver alterada por un sistema de producción y comercialización *sui generis*, aspecto que será analizado en el presente capítulo.

1.1. DISTINCIÓN ENTRE MERCADO PRIMARIO Y MERCADO SECUNDARIO

Antes de examinar los rasgos generales característicos del mercado del arte, es necesario presentar conceptos con gran trascendencia para el desarrollo del *droit de suite*, como son los mercados *primario* y *secundario*, ya que el crédito de participación sólo se va a generar cuando la transmisión de la obra de arte tenga lugar en el último.

El mercado de arte primario se refiere al acceso inicial de las obras de arte en el circuito comercial. Este primer acceso, por definición, lo realiza el propio autor, aunque también es habitual que parta de los herederos del autor, tras haber recibido las obras *mortis causa*⁷⁹⁰. Por lo tanto, este mercado primario lo integran aquellos agentes, principalmente marchantes y galeristas, que operan con obras de arte que provienen directamente del artista.

Según STANFORD, el mercado primario puede estar estructurado bajo el modelo «*artista-marchante*» o bajo el modelo «*artista-galería*», en función del tipo de profesional mediante el cual se canalice la comercialización de las obras de arte⁷⁹¹. En ambos casos, el marchante o el galerista actúan como representantes del artista, generando un *producto* atractivo para el público. Para conseguirlo, construyen una red de promoción, intercambiando con otras galerías o establecimientos obras de sus respectivos artistas, presentándolas en ferias y, en definitiva, tratando de encajar a sus representados en las principales tendencias del momento. Su función es primordial para el adquirente de obras de artistas jóvenes, ya que la garantía de una buena compra será el prestigio del marchante o de la galería que lo apodera. Así, estos profesionales trabajan legítimamente para que el mercado incremente la valoración de sus artistas, diseñando una escalada de

⁷⁹⁰ No necesariamente una obra tiene que entrar en el mercado primario inmediatamente después de haber sido ejecutada. De hecho, es práctica habitual de los artistas realizar varias versiones de una misma pieza, en diferentes medidas, y reservar estos ejemplares. También es posible que un autor acumule obras en su estudio que, en ese momento, prefiere no comercializar. Ello explica que, muchas veces, los herederos dispongan de un amplísimo *stock* de obras consideradas menores –o no– con las que, debido a la cotización del artista, pueden obtener un gran rendimiento económico en el futuro.

⁷⁹¹ *Vid.* STANFORD, Jon. *Economic Analysis of the Droit de Suite - The Artist's Resale Royalty*. Discussion paper nº 301. Brisbane: School of Economics, University of Queensland, 2002, p. 4. Este autor añade que, al ser un mercado no regulado, los artistas tienen otras opciones para vender su obra, como ofrecerla directamente desde su estudio. Sin embargo, al final suelen decantarse por uno de los dos modelos planteados, en los que el profesional del mercado del arte tiene, lógicamente, una mayor facilidad para la comercialización de las obras.

precios al alza, es decir, incrementándolos paulatinamente para ganarse la confianza del público y consolidar la posición de sus representados⁷⁹².

De todos modos, no debemos confundir estrictamente la entrada en el mercado primario con la venta inicial que realiza el autor de una de sus obras, porque en el sector es totalmente frecuente que las galerías no adquieran en propiedad las obras de sus representados, sino que éstos las consignen mediante depósito –nótese que, en tal caso, técnicamente ya se encontrarían a la venta al público, esto es, en el *mercado*– para que, una vez vendidas al cliente final, el galerista perciba una comisión por sus servicios comerciales en proporción al precio de venta. En tales casos, la determinación del precio se basa en la reputación del artista y en las dimensiones de la obra. Así, cada pieza mostrada en una exposición tiene el mismo precio por centímetro cuadrado. Sin embargo, un buen galerista no puede permitirse el lujo de reducir los precios de las obras no vendidas, so riesgo de perder credibilidad, así que lo normal será retirarlas de circulación. Con el tiempo, el artista puede intentar acudir a otra galería de menor prestigio y tratar de reintroducirlas en el mercado con otros precios más económicos.

El mercado secundario, por el contrario, opera con obras que ya se han transmitido, al menos, una vez⁷⁹³. Así, está integrado por agentes que no trabajan directamente con el artista, sino que se dedican a la compraventa o intermediación con obras propiedad de terceros o que han adquirido previamente. Los principales actores, en este caso, son los propietarios que quieren vender sus obras –éstos pueden ser particulares o profesionales del sector artístico plástico– y las casas de subastas o determinadas galerías que, actuando principalmente como intermediarias, tratan de atraer la atención de coleccionistas o inversores interesados⁷⁹⁴.

En este aspecto, otro de los elementos que añade complejidad a este mercado secundario es que el potencial adquirente de la obra de arte puede tener motivaciones di-

⁷⁹² En un estudio realizado por VELTHIUS, los marchantes alemanes aseguraban que sus motivaciones no eran estrictamente económicas, sino que, a la hora de seleccionar nuevos artistas, se basaban en criterios personales y artísticos; puesto que, en el fondo, tienen la responsabilidad de establecer vínculos entre galerías, coleccionistas y museos (*vid.* VELTHIUS, Olav. *Talking Prices: Symbolic Meanings of Proces on the Market for Contemporary Art*. Nueva Jersey: Princeton University Press, 2013, p. 21). En el mismo sentido se expresa VETTESSE, para quien los galeristas del mercado primario muestran una pasión por el arte que tiene algo de paroxismo y, por lo tanto, no pueden ser definidos como simples especuladores (*Invertir en arte...*, *cit.*, p. 114).

⁷⁹³ Entiéndase *esa vez* necesariamente como una transmisión *inter vivos*, porque las transmisiones *mortis causa* no supondrían una introducción de la obra en el mercado.

⁷⁹⁴ VETTESSE reviste de un halo de romanticismo al mercado primario que, en cambio le niega al secundario. Para esta autora, en éste se mueven desde magnates multimillonarios a pequeños comerciantes, pero casi todos suelen desarrollar una actividad cultural mediocre, sólo dirigida a la pura venta. Aun así, reconoce que en el mercado secundario existen profesionales de alto nivel, que trabajan en estrecho contacto con la sociedad internacional, como es el caso de Leo Castelli o Larry Gagosian. Sin ser destacado como aspecto positivo, de éste último destaca que «*su aptitud para la especulación lo ha llevado, según se dice, hasta la venta de obras que no poseía y que no estaban en venta*» (VETTESSE, Angela, *op. cit.*, pp. 129 y 130).

versas. Habrá quienes atiendan exclusivamente al sentido estético de la pieza, otros se moverán por afán coleccionista, mientras un último grupo tomará la obra como una inversión con la que obtener rentabilidad en el futuro. Además de las motivaciones enumeradas, un rasgo relacionado con este punto y que podemos destacar del mercado secundario es que, pese a su evidente carácter internacional, presenta ciertos comportamientos endogámicos, puesto que los compradores de países ricos potencian el valor de sus propios autores que, no cabe duda, posteriormente se universalizan. No puede ser casualidad que los artistas más cotizados sean estadounidenses, británicos, franceses, alemanes y, desde hace unos años –coincidiendo con el desarrollo de su mercado interno–, chinos.

De todos modos, paradójicamente, la mayoría de los artistas son ajenos al funcionamiento y a los precios alcanzados por sus obras en el mercado secundario. Es decir, pueden intervenir indirectamente en el mismo a partir de un papel más o menos activo en el mercado primario, pero en ningún caso podrán controlar aspectos como el modo en que sus obras son comercializadas o la propia cotización económica de éstas⁷⁹⁵. De hecho, uno de los aspectos que más llaman la atención sobre el mercado secundario del arte es el elevado precio al que pueden llegar a realizarse algunas transacciones, lo que tiene difícil explicación incluso para los expertos en la materia⁷⁹⁶. En principio, los precios surgen de manera exclusiva, en el sentido de que en las casas de subastas, el tasador y el propietario acuerdan un precio mínimo de venta, por debajo del cual la obra no será vendida y, por lo tanto retirada (*bought in*)⁷⁹⁷. En tales supuestos, difícilmente la obra

⁷⁹⁵ Por ejemplo, el pintor alemán Gerhard Richter, que es actualmente el artista vivo europeo más cotizado, se lamenta de no poder hacer nada para detener el espiral de especulación en el que se ve inmerso su trabajo. Recientemente, se vendió en *Sotheby's* de Londres un lienzo de su serie «*Abstraktes Bild*» por un total de 41 millones de euros, cuando el autor había vendido esa pieza años antes en el mercado primario por unos 15.000 marcos (aproximadamente 7.500 euros). Así las cosas, Richter ha tratado de enfriar sus propios precios en el mercado secundario, pero no lo ha conseguido. Para intentarlo, lanzó una serie de hasta cien pinturas de pequeño formato, a precios muy reducidos, suponiendo que el aumento de oferta rebajaría su cotización. Sin embargo, a los pocos meses, ya se estaban subastando la mayoría de estas pequeñas obras por precios que triplicaban el original (*vid.* GARCÍA VEGA, Miguel Ángel. *Con arte y sonante*. Blog de *El País*, 11 de marzo de 2015 [en línea]. Disponible en: <<http://blogs.elpais.com/con-arte-y-sonante/2015/03/gerhard-richter-arremete-contra-el-mercado-del-arte.html>> [última consulta: 12 de diciembre de 2015]).

⁷⁹⁶ *Vid.* quien fue crítico de arte durante muchos años, ANSÓN, Luis María. *El mercado de la pintura*. *El Cultural*, 29 de marzo de 2007 [en línea]. Disponible en: <http://www.elcultural.com/version_papel/OPINION/20106/El_mercado_de_la_pintura> (última consulta: 30 de diciembre de 2015).

⁷⁹⁷ Esta práctica ha sido legitimada por la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia (CNMC). La SAN (sección 6ª) de 9 de diciembre de 2009 desestimó un recurso contencioso-administrativo interpuesto por una casa de subastas contra otra de su competencia que implantó en sus pujas un precio mínimo de reserva pactado con el vendedor. El caso parte de una Resolución del Pleno de la CNMC, de 2 de enero de 2008, debido a que el Servicio de Defensa de la Competencia concluyó que «establecer un precio de reserva no es un acto de competencia desleal, porque dicha figura puede ser utilizada por todas las salas, siendo un instrumento más en el diseño y negociación entre las partes (...)». *La aplicación de un precio de reserva no es un*

podrá ser revendida –se considera quemada (*burned*)– y tendrán que buscarse canales alternativos para ser colocada o bien ofrecida a entes públicos, como museos o galerías dependientes de la administración.

No obstante, existen ciertos requisitos que favorecen que una obra obtenga una elevada cotización, como puede ser el reconocimiento del autor, un historial de colecciones o exposiciones, un buen estado material del soporte o una verificación de su autenticidad⁷⁹⁸. De todos modos, especialmente en el caso del arte moderno y contemporáneo⁷⁹⁹, el valor de las obras se confía a la calificación de las mismas que hacen los acreditados participantes del circuito artístico⁸⁰⁰.

No podemos negar que este sistema ha ido funcionando razonablemente bien si se analiza el mercado en términos macroeconómicos –a pesar de la breve recesión que sufrió el sector entre los años 2008 y 2011, o de la continua advertencia que, desde ciertos sectores, se indica acerca del riesgo de estallido de la burbuja en la que se halla inmerso el mercado artístico contemporáneo⁸⁰¹–. Y parece que seguirá funcionando del

dato que se oculte al potencial licitador que, por tanto, conoce que el lote es susceptible de no ser finalmente asignado a la puja más alta».

⁷⁹⁸ Para un análisis de estos elementos de manera individualizada, *vid.* PEÑUELAS I REIXACH, Lluís, *op. cit.*, pp. 123 ss.

⁷⁹⁹ Tiene la consideración de *arte moderno* aquel creado a finales del siglo XIX y durante la primera mitad del siglo XX, normalmente asociado a las nuevas tendencias del momento (cubismo, fauvismo, futurismo, etc.), mientras que está aceptado en el sector que corresponde la denominación de *arte contemporáneo* a aquel creado después de 1945.

⁸⁰⁰ ANSÓN (*op. cit.*, [en línea]) censura con vehemencia esta situación: «*pura mercadería. Los marchantes, los intermediarios, las agencias, algunas revistas culturales, ciertos críticos voraces, han desvirtuado la creación artística, como han hecho algunas editoriales con la obra literaria, para convertirla en exclusivo factor económico, duro e impuro (...). La arrogancia de los rectores del arte internacional resulta inaccesible (...). Imponen su criterio dictatorialmente. Han convertido la pintura en un renglón económico de especulación*».

⁸⁰¹ Según datos ofrecidos por MCANDREW en el informe de TEFAF de 2015, la recesión en el mercado del arte a nivel mundial tuvo lugar entre los años 2008 y 2013. Así, tuvieron que transcurrir 6 años para volver a recuperar niveles de ventas (por valor económico) de 2007, año en que el sector tuvo un producto de venta de 48.065 millones de euros. El ejercicio más virulento de la crisis tuvo lugar en 2009, cuando el mercado del arte se redujo casi a la mitad de su facturación, situándose en 28.335 millones de euros. De todos modos, la recuperación fue relativamente rápida, puesto que, en 2010, las cifras volvían a situarse por encima de los 40.000 millones de euros (cfr. *TEFAF Art Market Report 2015, cit.*, p. 22). De todos modos, el resurgimiento del mercado que se experimentó en 2010, de alguna manera, supuso una cierta reestructuración del sector artístico, donde se habían observado los claros síntomas de una burbuja, como son el exceso de crédito y altos niveles de apalancamiento. Las principales casas de subastas dejaron de realizar dos prácticas que coadyuvaban, sin duda, a un modelo insostenible: por un lado, concedían créditos a los adjudicatarios de las subastas que organizaban, para que pudieran pujar por precios más altos; por el otro, se comprometían con los vendedores a adquirir las obras por un precio mínimo si no se adjudicaban mediante pujas (*vid. The great contemporary art bubble [documental en vídeo], cit.*). No obstante, el mercado no parece haberse librado del todo del riesgo de estas burbujas, como así reconoce la consultora ARTPRICE con relación al mercado chino (cfr. ARTPRICE; AMMA. *El mercado del arte en 2014*. Sant-Romain-au-Mont-d'Or: Artprice, 2015). Mientras, otros autores no se cansan de denunciar esta vorágine de precios insana,

mismo modo siempre y cuando los agentes intervinientes (galerías, casas de subastas, coleccionistas o entidades sin ánimo de lucro, entre muchos otros) consigan que las valoraciones de los principales artistas vayan incrementándose o, cuando menos, se mantengan⁸⁰². Cuando se reduce el interés por cierto *producto* –en el sentido de conjunto de obra especialmente reconocible por su mediatización–, como en su día sucedió con Damien Hirst⁸⁰³, el artista verá disminuida su cotización o, en el peor de los casos, será expulsado del mercado; entonces, los mencionados agentes deben ser capaces de encontrar productos sustitutos en detrimento de los más desgastados.

1.2. CARACTERÍSTICAS INHERENTES AL MERCADO DEL ARTE

a) Predominancia de ventas privadas

La opacidad que presenta el mercado artístico impide conocer, con más o menos exactitud, cuáles son las cifras reales del sector. Los estudios sobre ventas mundiales que elaboran las principales consultoras de arte año tras año se encuentran sesgados⁸⁰⁴, ya que se basan únicamente en transacciones realizadas en públicas subastas y datos ofrecidos por ciertas galerías o entidades de gestión, sin poder siquiera conjeturar cuál es el volumen de las ventas privadas que se suceden globalmente.

que, como ejemplo, llevó a la *Tate Gallery* a pagar, en el año 2000, más de 27.000 euros por una lata con las heces del artista italiano Piero Manzoni, envasadas en el año 1961 en 90 unidades de 30 gramos cada lata, para su obra «*Merda d'artista*» (vid. SPALDING, Julian. *The eclipse of art: tackling the crisis in art today*. Michigan: Prestel, 2003, p. 10).

⁸⁰² VELTHIUS (*op. cit.*, p. 23) destaca una peculiaridad de este mercado capitalista. Una galería o un marchante, como cualquier empresa comercial, tiene como objetivo vender un producto, mas no puede desentenderse de su destino, ya que, por interés de sus artistas representados, deberá procurar que las siguientes reventas de la obra sean al alza.

⁸⁰³ Damien Hirst fue, durante muchos años, el artista contemporáneo con mayor atractivo para inversores y coleccionistas. En un momento dado, Hirst decidió emplear técnicas de producción polémicas a la vez que eficientes: cientos de operarios ejecutan las obras que concibe. Así, no es él personalmente quien introduce los animales en tanques de formol («*Madre e hijo dividido*») o la icónica «*La imposibilidad física de la muerte en la mente de alguien vivo*») ni quien pinta decenas de miles de puntos en una superficie lisa (serie «*pinturas de puntos*»). Sin embargo, la excesiva oferta llegó a ser un problema. En 2012, muchos de sus trabajos eran retirados sin ser vendidos en las subastas; y es que, entre 2009 y ese año –trienio que se puede considerar el punto álgido en su carrera– llegó a poner a la venta más de 5.000 obras (cfr. *Daily Mail*, 29 de noviembre de 2012 [en línea]. Disponible en: <<http://www.dailymail.co.uk/news/article-2239504/as-prices-damien-hirsts-works-plummet-pity-credulous-saps-spent-fortunes-tosh.html?ito=feeds-newsxml>>).

⁸⁰⁴ Tal y como explica COSLOR (*op. cit.*, p. 3), compañías como *Artnet*, *ArtPrice* o *Art Market Research*, todas consultoras de arte, ayudan a mejorar la transparencia del mercado del arte publicando datos de cada ejercicio, pero dicha transparencia es sólo parcial, porque estas empresas no tienen acceso a los datos de las ventas privadas.

La principal doctrina especializada está de acuerdo en subrayar que estas ventas privadas –es decir, no adjudicadas en pública subasta ni realizadas mediante intervención declarada de un profesional del mercado del arte⁸⁰⁵– son una parte importante o predominante en el mercado⁸⁰⁶. No en vano, se estima que seis de las diez obras más caras de todos los tiempos se vendieron privadamente y no en una casa de subastas, lo que, sin duda, es un dato significativo para intuir la magnitud de las transacciones realizadas entre particulares⁸⁰⁷.

⁸⁰⁵ Según se vio anteriormente, no es fácil modular el grado de participación del profesional del mercado del arte para que la reventa se considere sujeta al *droit de suite* o bien se considere venta privada y, por ende, excluida del derecho. Lo cierto es que las principales casas de subastas han incorporado entre sus servicios uno de asesoramiento a las partes para transacciones privadas, lo que, sin duda, podría considerarse una venta no privada, a los efectos del *droit de suite*, encubierta.

⁸⁰⁶ El problema es que el porcentaje de ventas privadas en el mercado global del arte es difícil de estimar. En este sentido, VELTHIUS (*op. cit.*, apéndice C) se muestra desesperanzado a la hora de calcular el volumen total del mercado del arte, puesto que «*sólo rumores y no datos contrastados están disponibles acerca de las transacciones privadas*». No obstante, COSLOR, de acuerdo con otras opiniones expertas, sitúa las reventas realizadas en subastas en porcentajes entre el 30% y el 50% respecto al total, mientras el resto se repartiría entre reventas en galerías y transacciones privadas, siendo éstas mayoría (*op. cit.*, p. 16).

⁸⁰⁷ Normalmente, los listados que relacionan las obras de arte más caras que han sido vendidas aportan datos de adjudicaciones en subastas públicas. Sin embargo, existe un total consenso en que muchas ventas privadas se situarían en los primeros puestos de una clasificación como ésta. Así, portales especializados como *Arte Lista* o *The Art Wolf* (*vid.* <<http://www.artelista.com>> o <<http://www.theartwolf.com>>) indican las diez obras cuyas reventas han alcanzado los precios más altos de todos los tiempos –nueve pinturas y una escultura–. Pues bien, la mayoría de estas reventas fueron privadas. Por ello, aun reconociendo que no todos los datos de las operaciones que presentan han sido confirmados por las partes implicadas, podemos otorgar un innegable valor orientativo a los mismos con relación al hecho de que las transmisiones privadas sean mayoría en la clasificación que se presenta a continuación:

Autor	Título y año de la obra	Año de reventa	Precio (mill. \$)	Adquirente	Tipo de reventa
Paul Gauguin	<i>Nefea faa ipoipo?</i> (1892)	2015	300	Gobierno Qatar	Privada
Paul Cézanne	<i>Los jugadores de cartas</i> (1893)	2011	250	Familia Real Qatar	Privada
Pablo Picasso	<i>Las mujeres de Argel "O"</i> (1955)	2015	179,4	Anónimo	Subasta
Amedeo Modigliani	<i>Desnudo acostado</i> (1917)	2015	170	Liu Yiqian	Subasta
Pablo Picasso	<i>La rêve- El sueño</i> (1932)	2013	155	Steven Cohen	Privada
Francis Bacon	<i>Tres estudios de L. Freud</i> (1969)	2013	142,4	Anónimo	Subasta
Alberto Giacometti	<i>El hombre que apunta</i> (1947)	2015	141,2	Anónimo	Subasta
Jackson Pollock	<i>Número 5</i> (1948)	2006	140	David Martínez	Privada
Willem de Kooning	<i>Woman III</i> (1952)	2006	137,5	Steven Cohen	Privada
Gustav Klimt	<i>Adele Boch- Bauer</i> (1907)	2006	135	Ronald Lauder	Privada

Cabe señalar dos motivos de peso para comprender por qué en el mercado del arte predominan las ventas privadas. En primer lugar, por una cuestión de privacidad, puesto que las partes, normalmente, desean que una operación de cierta magnitud económica sea tratada con confidencialidad⁸⁰⁸. Múltiples razones pueden subyacer en dicho ánimo de privacidad, aunque básicamente todas ellas estarán relacionadas con el precio. A veces, el profesional revendedor no quiere revelar los márgenes de la compraventa para no ofrecer información a la competencia⁸⁰⁹ o para no contrariar al artista, quien podría sentirse molesto si se entera de que una de sus obras ha sido vendida por un precio muy superior al que él la transmitió⁸¹⁰ —lo que, adicionalmente, podría suponer que elevara sus precios en el mercado primario—. En otras ocasiones, será el comprador quien prefiera mantener secreto acerca del precio pagado por la obra para evitar proporcionar información a terceros acerca de su patrimonio.

Otro motivo importante para preferir una venta privada en lugar de una subasta pública se basa en el riesgo que ésta supone en caso de quedar desierta. Cuando ello ocurre, la obra se considera un bien obsoleto y resulta realmente complejo volver a intentar su venta por un precio que se acerque al solicitado en primera instancia⁸¹¹. Por el contrario, las ventas privadas ofrecen un amplio margen de negociación, donde las partes pueden llegar o no a acuerdos, en cuyo caso la obra puede ser nuevamente ofrecida a otros potenciales compradores.

Finalmente, debemos recordar que las principales regulaciones modernas del *droit de suite*, por motivos que ampliamente se han expuesto con anterioridad⁸¹², excluyen de su ámbito de aplicación las ventas privadas, esto es, aquellas llevadas a cabo sin la participación directa de un profesional del mercado del arte⁸¹³ y, por supuesto, sin que se conozcan fácilmente datos de la operación. Así las cosas, dicha exclusión provoca que una gran parte de las transacciones de obras de arte escapen al *droit de suite* por esta sola

⁸⁰⁸ En palabras de TURNER, en las ventas privadas ni siquiera se suele firmar un gran contrato para la compraventa, para evitar que quede documentada demasiada información (*op. cit.*, p. 352).

⁸⁰⁹ El porcentaje que las casas de subastas perciben del precio de venta, en concepto de honorarios, oscila entre un 10% y un 15% (cfr. VICENTE DOMINGO, Elena, *op. cit.*, p. 34).

⁸¹⁰ Para algunos ejemplos de infracción del deber de secreto del mercado norteamericano del arte, *vid.* WINKLEMAN, Edward. «The Case for Droit de Suite in New York». *Art Newspaper*, 28 de abril de 2010 [en línea]. Disponible en: <<http://www.theartnewspaper.com/articles/The-case-for-droit-de-suite-in-New-York/20673>> (última visita: 12 de diciembre de 2015).

⁸¹¹ *Vid.* TURNER, Stephanie, *op. cit.*, p. 351.

⁸¹² *Vid. supra*, capítulo 4, 1.

⁸¹³ Recuérdese que el considerando 18º de la Directiva 2001/84/CE, que excluye del ámbito de aplicación del *droit de suite* las ventas privadas, entiende éstas como aquellas transacciones que son efectuadas «directamente entre personas que actúen a título privado sin la participación de un profesional del mercado del arte».

circunstancia, aunque se cumplieran el resto de requisitos necesarios para la fructificación del mismo.

b) «Mercado de herederos»

En atención a su plazo de duración, el *droit de suite* se aplica a las reventas de obras cuyos autores estén vivos o no hubieran transcurrido setenta años de su fallecimiento⁸¹⁴. Esta limitación temporal podría llevarnos a pensar que una parte importante de las reventas realizadas en el mercado del arte escapan al derecho, al tratarse de obras antiguas, pertenecientes al dominio público. De hecho, con este razonamiento precipitado se podría llegar a concluir que, quizás, los adquirentes de piezas de arte puedan preferir obras de autores fallecidos en los que se hubiera agotado la protección patrimonial *post mortem auctoris* y, de ese modo, ahorrarse la obligación de liquidar del crédito de participación a los correspondientes derechohabientes. Sin embargo, tal y como tendremos ocasión de comprobar, la realidad del mercado nos demostrará precisamente todo lo contrario, debido a que los coleccionistas y consumidores de arte se decantan netamente por la adquisición de obras de los siglos XX y XXI.

Con el objeto de poder estudiar cuáles son las tendencias de compra, los agentes especializados realizan elaborados análisis de la evolución del mercado del arte, que suelen clasificar las obras objeto de transacción según la integración de sus autores en uno de los cinco grandes períodos de tiempo preestablecidos por el sector: *maestros antiguos* (hasta siglo XVIII), *autores del siglo XIX* (obras realizadas por autores nacidos en dicho siglo, hasta 1860), *autores de arte moderno* (obras realizadas por autores nacidos entre 1861 y 1920), *autores de posguerra* (obras realizadas por autores nacidos entre 1921 y 1945) y *autores contemporáneos* (obras realizadas por artistas nacidos después de 1945)⁸¹⁵.

Sin incluir datos del mercado asiático, que se mueve por parámetros propios y sustancialmente diferentes, el informe anual relativo al ejercicio 2014 sobre el mercado global del arte realizado por ARTPRICE Y *Art Market Monitor of Artron* (AMMA) nos permite observar que, en el mercado occidental –básicamente, Europa y Norteamérica–, el segmento de los *maestros antiguos* es prácticamente residual, con apenas un 6% del producto de ventas⁸¹⁶. Ciertamente, la media de precios de las obras de autores clásicos

⁸¹⁴ Si tomáramos como referencia una obra vendida en el año 2015, para poder aplicarse el *droit de suite* el autor debería haber fallecido en el año 1944 o con posterioridad.

⁸¹⁵ Esta distinción es la que usa el sector para segmentar las ventas (*vid.* ARTPRICE; AMMA. *El mercado del arte en 2014, cit.*, p. 19), pero recuérdese nuevamente que, en términos culturales, se considera *arte moderno* aquel que engloba desde finales del siglo XIX hasta la primera mitad del siglo XX, mientras sí se considera *arte contemporáneo* aquel cuyas obras se realizaron después de la II Guerra Mundial.

⁸¹⁶ Cfr. *ibidem*, p. 20.

sigue siendo ligeramente superior a la media del mercado global, pero la venta de este tipo de piezas va perdiendo fuerza año tras año; y si logran más o menos mantenerse en estos niveles es porque contribuyen a otorgar notoriedad a las casas de subastas, al permitirles celebrar sesiones especializadas⁸¹⁷.

Con relación al segmento de *autores del siglo XIX*, éste también ha ido bajando ligeramente a lo largo de la última década, aunque se mantiene estable alrededor del 12% del volumen de las ventas⁸¹⁸, básicamente impulsado por pintores todavía muy apreciados por los museos y los coleccionistas, como son Edouard Manet (†1883), Vincent Van Gogh (†1890), Camille Pissarro (†1903) y, sobre todo, Claude Monet (†1926).

Así las cosas, la venta de obras de maestros antiguos y de autores del siglo XIX tan sólo abarcaría el 18% de las reventas realizadas en los mercados occidentales. Piénsese que este grupo estaría excluido objetivamente del *droit de suite* por una cuestión de vigencia temporal de los derechos patrimoniales. Al contrario, el resto de los períodos que se expondrán a continuación sí serían susceptibles de contener obras cuyas reventas podrían generar el *droit de suite*, siempre y cuando la transacción se llevara a cabo mediante la intervención de un profesional del mercado del arte establecido en el EEE o bien la operación se celebrara en otros Estados extracomunitarios donde se reconozca el derecho y, a la vez, la legislación de origen del autor –o la del país de su residencia, en su caso– lo hubiera reconocido en el momento de la transacción.

A vueltas con el análisis de las ventas del mercado del arte fragmentadas por períodos, el segmento más importante desde un punto de vista mercantil es el que corresponde a los denominados *autores modernos*, porque aglutina por sí solo el 43% de las reventas de obras de arte⁸¹⁹. Además, se trata del grupo donde las adjudicaciones se llevan a cabo por los precios más altos, especialmente en cuanto a obras de Alberto Giacometti (†1966), Barnett Newman (†1970), Francis Bacon (†1992) o Mark Rothko (†1970) se refiere. Por supuesto, sin olvidar al artista moderno más rentable cada año en las salas de subastas, que sigue siendo Pablo Picasso (†1973)⁸²⁰.

Todavía lejos de estos números, pero ganando terreno a los autores modernos se encuentra el segmento de los llamados *autores del arte de posguerra*, que cuenta entre sus filas con dos de los artistas más valorados en la actualidad –Andy Warhol (†1987) y

⁸¹⁷ De todos modos, al contrario de lo que podría uno pensar, no estamos ante obras especialmente caras en términos relativos. Piénsese que la mejor adjudicación del año 2014 para un maestro antiguo, que además recayó en una pieza de gran rareza, una escultura de bronce de Adrien de Vries –llamado el «*Miguel Ángel alemán*»–, fue adquirida por el *Rijksmuseum* de Ámsterdam por 24,75 millones de dólares en *Christie's* de Nueva York. Este resultado es tan sólo el 40º mejor del año, detrás de una enorme mayoría de obras realizadas en el siglo XX (cfr. *ibidem*, p. 20).

⁸¹⁸ Cfr. *ibidem*, p. 20.

⁸¹⁹ Cfr. *ibidem*, p. 21.

⁸²⁰ Cfr. *ibidem*, p. 21.

Gerhard Richter– y constituye el 26% de las ventas contabilizadas a lo largo del ejercicio anterior⁸²¹.

Finalmente, hallamos el período que corresponde al grupo más mediatizado y especulativo, esto es, el de los *autores de arte contemporáneo*. En realidad, las obras de artistas vivos no se vendían con normalidad a mediados del siglo anterior, por los riesgos de implicaba comprar obras que, por diferentes motivos relacionados con la reputación del artista, el mercado podía apartar y se podían devaluar fácilmente. En cualquier caso, el arte contemporáneo representa actualmente el 13% del mercado occidental⁸²² y en él se engloban obras de Damien Hirst o Jeff Koons, quienes son considerados los artistas vivos más caros del planeta –muchos ejemplares de sus obras suelen venderse por encima de los 10 millones de dólares, situándolos a niveles de autores de la talla de Warhol y Picasso–⁸²³.

En conclusión, las obras realizadas hasta el siglo XIX –incluyendo las de los principales autores impresionistas– más las obras de los artistas vivos contemporáneos acumulan conjuntamente el 31% del mercado del arte occidental. No es una cifra desdeñable, pero no llega ni a un tercio de la totalidad. En consecuencia, se puede afirmar que la gran parte de las ventas –tanto en términos de valor como de volumen– las acaparan las obras de artistas fallecidos dentro de los últimos setenta años (Picasso, Warhol, Modigliani, De Kooning, Bacon...), lo que nos sitúa ante un fenómeno conocido como el *mercado de herederos*⁸²⁴, porque sus derechohabientes, además de obtener diferentes regalías provenientes de los derechos de autor de explotación y remuneración, normalmente cuentan con la capacidad de continuar introduciendo en el mercado primario obras que el artista acumuló en vida. En tal sentido, se destaca que los herederos de los autores más consolidados reciben gran parte de la recaudación que realizan las entidades

⁸²¹ Sin duda, este segmento es el que más rápido crece. El volumen de negocios de 2014 alcanza los 2.460 millones \$ cuando en el ejercicio anterior aún estaba en los 1.840 millones \$ –crecimiento del 33% en un solo año–. Ello se explica, en gran parte, debido al encumbramiento de Andy Warhol a la primera posición en cuanto a cotización en el mercado se refiere. Por ejemplo, la obra «*Silver Car Crash (Double disaster)*» se adjudicó por 94 millones de dólares en 2013 y, desde el año 2012 hasta este momento, las obras del artista estadounidense generan unos ingresos anuales más importantes que las de Pablo Picasso o las de todas las ventas de subastas públicas organizadas en Francia juntas (cfr. *ibidem*, p. 21).

⁸²² Según ARTPRICE, se han vendido un total de 2.000 millones \$ en obras contemporáneas en salas de subastas en 2014. Esto representa mil millones más que hace diez años. Algunos artistas contemporáneos consiguen incluso hacer subir las subastas a más de 10 millones de dólares, como los citados Hirst o Koons, pero también Doig, Wool, Kippenberger o el malogrado Basquiat (cfr. *ibidem*, p. 22).

⁸²³ Cfr. *ibidem*, p. 22.

⁸²⁴ Debemos interpretar como herederos en este contexto a todos los derechohabientes que explotan derechos patrimoniales del autor por causa de muerte.

de gestión respecto al *droit de suite*. Todas las estadísticas nos indican que los derechohabientes, y no los autores, son los principales beneficiarios de este derecho⁸²⁵.

c) Concentración geográfica de ventas en el mercado secundario

Si tomamos como referencia los datos del *TEFAF Art Market Report 2015*, en el ejercicio 2014 el mercado del arte global llegó a sus máximos históricos, por lo que se puede afirmar que fue ése el año en que el sector salió de la crisis definitivamente, alcanzando una cifra récord de ventas de 51.000 millones de euros⁸²⁶.

Según la misma fuente, los países con un mayor protagonismo en el mercado secundario, en atención al porcentaje que supone el valor de las ventas realizadas en su territorio respecto al total, son los Estados Unidos (38,8%), China –incluyendo Hong Kong, Taiwan y Macao– (22,4%), el Reino Unido (21,9%), Francia (5,9%), Alemania (1,6%) y Suiza (1,6%)⁸²⁷. Cabe reseñar que la Unión Europea ha perdido protagonismo en el sector, si acaso sólo sostenido por el Reino Unido, puesto que ha pasado de ostentar el 48% de las ventas del mercado del arte en el año 2003 a tan sólo un 34% en la actualidad⁸²⁸.

En consecuencia, existe una importante concentración de las ventas en los países con un mercado del arte más potente, en cuanto a estructura comercial de ventas de obras y a producción artística se refiere. Como se indica, una obra de arte puede ser ven-

⁸²⁵ RUBÍ PUIG (*op. cit.*, p. 98) pone como ejemplo que, en Francia, en el año 2010, un 43% de lo recaudado por *droit de suite* fue a parar a un 0,0025% del total de los posibles beneficiarios del derecho, esto es, básicamente, a los sucesores de Pablo Picasso, Marc Chagall y Henri Matisse. En este sentido, según el informe institucional de KANCEL, en Francia, en el año 2010, alrededor de un 45% de los beneficiarios del *droit de suite* en ese país eran autores vivos; sin embargo, éstos sólo percibían acerca de un 25% del volumen de ingresos totales por este derecho. La gran cantidad de dinero se la siguen repartiendo los herederos. Por ejemplo, según los últimos datos contrastados, los derechohabientes de Picasso –que gestionan directamente su *droit de suite*–, recaudaron en el año 2009 un total de 287.000 euros (*vid. Ministère de la culture...[France], KANCEL, Serge, cit.*, p. 15 y 19). Por otra parte, analizando la posible implantación del *resale right* en los Estados Unidos, WU ha calculado que el mercado despierta sobre todo el interés por William de Kooning, Jasper Johns, Roy Liechtenstein y Robert Rauschenberg, así que sus herederos recaudarían la inmensa mayoría de los royalties provenientes de un hipotético derecho de este tipo (*vid. WU, Jeffrey C. «Art Resale Rights and the Art Resale Market: A Follow-Up Study»*, 46 *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, 531, 1999, p. 543).

⁸²⁶ *Vid. MCANDREW, Clare. TEFAF Art Market Report 2015, cit.*, pp. 22 y 23.

⁸²⁷ Otorgamos aquí más importancia al análisis del mercado a partir del valor de las ventas realizadas en cada Estado, pero si examináramos el mercado global en atención al volumen de ventas, las cifras se reparten considerablemente, siendo los principales: Estados Unidos (20%), China (19%), Francia (12%), Reino Unido (9%), Alemania (7%), Italia (5%) (*vid. ibídem, cit.*, p. 28).

⁸²⁸ En la Unión Europea, el Reino Unido ostenta más de dos tercios del mercado, en términos de valor de las ventas, con un 64,9% del total. Le siguen, de lejos, Francia (17,3%), Alemania (5,1%), Italia (2,5%) y España (2%) (*vid. ibídem, cit.*, p. 25).

didada a precios muy diferentes según el lugar en que se efectúe la venta. Esto se debe a que la oferta y la demanda cambian según el país, las modas, los gustos, el conocimiento de autores, etc.; o, lo que es fundamental aquí, la comercialización suficiente y regular de piezas que permitan un mercado activo, esto es, que se retroalimente a sí mismo⁸²⁹.

En otro orden de cosas, debe destacarse otro elemento crucial en el desarrollo del mercado artístico, como son las ferias de arte. En el año 2014 tuvieron lugar 180 ferias de arte internacionales⁸³⁰, en las que se realizaron un 40% de las ventas llevadas a cabo por profesionales, lo que nos indica la importancia de este canal⁸³¹.

Tal y como expone ÁLVAREZ ÁLVAREZ⁸³², las ferias ejercen una influencia positiva en el desarrollo de los mercados del arte nacionales, tanto desde un punto de vista cultural como económico, ya que proporciona una mayor publicidad y conocimiento de ese tráfico. Además, la internacionalización del mercado que suscitan las ferias de arte infiere una homogeneización de los precios «*que tira hacia arriba de ellos*» y, a su vez, provoca que aparezcan mayores limitaciones legales a la exportación de bienes artísticos en aquellos países con un rico patrimonio histórico.

En términos parecidos se expresa VETTESE, para quien «*la progresiva internacionalización del mercado ha desembocado en la necesidad de crear puntos de encuentro geográfico de los marchantes, lugares en los que se favorezcan los intercambios de información y de mercancías y el nacimiento de grupos de galerías en países diversos*»⁸³³. Adicionalmente, las ferias ofrecen otra ventaja a los coleccionistas y es que las

⁸²⁹ Vid. PEÑUELAS I REIXACH, *op. cit.*, p. 98.

⁸³⁰ Para una visión histórica de cómo nacieron las principales ferias europeas de arte, *vid.* VETTESE, Angela. *Invertir en arte...*, *cit.*, pp. 157 ss. En resumen, en 1967, en Colonia, dieciocho galerías de vanguardia pusieron en pie la primera feria de arte completamente contemporáneo. El comité organizador había previsto una despiadada selección de galeristas expositores: quien quisiera obtener un *stand* debía ser capaz de demostrar una gran aptitud profesional. Ningún comerciante secundario debía formar parte de algo que no era sólo un encuentro comercial, sino un intercambio cultural de alto nivel. Ello hizo que comenzaran a surgir ferias alternativas, movimiento de donde surgió *Art Basel*, que se acabaría consagrando como la feria europea con una mejor oferta.

⁸³¹ De estas 180 ferias de arte con elementos internacionales, un 39% tuvieron lugar en los Estados Unidos, un 38% en Europa y un 12% en Asia. Entre las más importantes, en atención al número de visitas, se hallan *Arco Madrid*, con 100.000 visitantes; *Art Basel*, con 92.000; *TEFAF*, en Maastrich, con 74.000; *FIAC*, en París, con 73.543; *Art Basel Miami Beach*, con 73.000; *Art Basel Hong Kong*, con 65.000; *Frieze London*, con 60.000; *Paris Photo*, con 59.825; y *Art Colonia*, con 55.000 (cfr. MCANDREW, Clare. *TEFAF Art Market Report 2015*, *cit.*, p. 160).

⁸³² Vid. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, José Luis. «*Las ferias internacionales de arte*». En: *Estudios Jurídicos sobre el Patrimonio Cultural de España*. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2004, pp. 671-676.

⁸³³ VETTESE también contrasta el elemento internacional con la concentración del mercado en determinadas localizaciones. Para esta autora, todas las ferias tratan de favorecer el mercado local y la tendencia imperante es la de trabajar nombres conocidos por el público del país huésped. Es también el lugar apropiado para exponer jóvenes valores, básicamente para tomar el pulso a su exportabilidad. Como dato a valorar, destaca que las ferias europeas suelen trabajar

compraventas se hacen bajo su «*manto*» comercial y el de sus organizadores, por lo que es prácticamente imposible que los vendedores cometan estafas.

Para terminar, algún autor ha señalado la dificultad añadida que suponen las ferias de arte para la aplicación del *droit de suite*, ya que sería dificultoso establecer el lugar de celebración de la venta⁸³⁴. En nuestra opinión, según ya hemos expuesto anteriormente⁸³⁵, este problema quedaría superado si atendemos, para dar solución al conflicto de leyes en las reventas transfronterizas, al punto de conexión del profesional del mercado del arte que interviene en la operación de reventa, siendo aplicable la regulación del *droit de suite* del lugar de su establecimiento mercantil o, en su caso, de su residencia.

1.3. REGLAS DE MERCADO EN LA PRODUCCIÓN ARTÍSTICA

a) *La oferta de obras de arte*

A diferencia de lo que ocurre con la oferta de la mayoría de bienes y servicios, la oferta en el mercado del arte depende de la capacidad creativa de los artistas. Por lo tanto, existen ciertos condicionantes –factores personales, sociales o económicos– que, salvo excepciones, impiden planificar una producción concreta y seguir un esquema empresarial en la creación. La oferta de obras de un artista que el mercado podrá asumir vendrá determinado principalmente por su precio, aisladamente concebido o con relación a otras obras de terceros creadores.

No obstante, el posible ascenso de la carrera de un autor puede determinar que el valor de las obras creadas en su etapa postrera aumente en relación con las obras ejecutadas en épocas más tempranas. Así, el artista, sabedor de que la creación de obras sólo depende de él, podría llegar a optar por estrategias que le permitieran incrementar los precios de sus obras más recientes.

En términos económicos, esto se debe al hecho de que las obras de arte tengan la consideración de bienes duraderos, objetos con una larga vida útil. Tales bienes duraderos plantean complicaciones al productor cuando éste se encuentra en régimen de monopolio⁸³⁶, ya que afronta una suerte de competencia sobre sí mismo en relación con aquellos bienes que ha producido anteriormente⁸³⁷.

con autores americanos, mientras las americanas «*descuidan totalmente lo que ocurre al otro lado del atlántico*» y parecen querer centrarse en el público que acude a sus centros neoyorquinos (*Invertir en arte...*, *cit.*, pp. 161-165).

⁸³⁴ Cfr. VICENTE DOMINGO, Elena, *op. cit.*, p. 34.

⁸³⁵ *Vid. supra*, capítulo 4, 5.

⁸³⁶ No tiene sentido calificar de monopolio la producción artística, porque no es el autor el que fija unilateralmente el precio de sus obras, sino que las reglas de la oferta y la demanda de

Según los expertos, los bienes duraderos pueden ser complementarios o sustitutos⁸³⁸. De los primeros se presume que son consumidos de manera conjunta, precisamente por su acumulación. Por lo tanto, la disminución del precio de un bien duradero puede hacer más atractiva la adquisición de otro bien que actúa como su complementario –por ejemplo, un automóvil y el carburante que le permite funcionar–. En cambio, los bienes duraderos sustitutos se presentan habitualmente en el mercado como alternativos, por cuanto satisfacen en el consumidor una necesidad idéntica o parecida –se toma como ejemplo de este tipo de bienes un automóvil y una motocicleta, donde el adquirente podría llegar a decantarse por uno de ellos en base a una reducción en su precio–. En tales casos, la bajada de precio de un bien sustitutivo induce a algunos consumidores a comprar ese bien en lugar del que inicialmente pensaban comprar.

Sobre esta cuestión, SOLOW expresa que el precio que pueden alcanzar las obras de un autor plástico dependerá de su calificación como bienes complementarios –aquellos que se consumen conjuntamente con otros– o bienes sustitutos –aquellos que satisfacen una misma necesidad–⁸³⁹. Si consideramos que una obra de artes plásticas es un bien complementario, el autor podría continuar creando obras sin temer la sobreproducción, porque el mercado las asumiría como productos diferenciados e insustituibles, además de atractivos para su acumulación. De hecho, cuando las obras de etapas más avanzadas son complementarias a las desarrolladas en la época de juventud del artista, el valor de éstas suele aumentar en el mercado⁸⁴⁰.

Esta tesis podría sostenerse, principalmente, con aquellos artistas que generan sus obras a lo largo de dilatadas carreras y que, con el tiempo, se acaban clasificando por etapas creativas⁸⁴¹. Éstas son circunstancias apreciadas por los coleccionistas, quienes

sus obras vienen determinadas por muchos otros factores. Sin embargo, un artista afamado, con relación a su obra, se hallaría en una situación asimilable en el mercado primario.

⁸³⁷ COASE, Premio Nobel de Economía en 1991, analizó las posibilidades con las que cuenta un vendedor monopolista de bienes duraderos para fijar los precios de manera competitiva (*vid.* COASE, Ronald H. «Durability and Monopoly». *Journal of Law and Economics*, nº 15, abril de 1972. Chicago: University of Chicago Press, 1972, p. 143-149). De todos modos, que sean bienes duraderos no quiere decir que no estén sujetos a obsolescencia. Tal y como indica GRAMPP, las obras de arte son bienes que se hacen obsoletos. No se deprecian por completo, ni se pierden, ni tampoco se destruyen por sí mismos, pero al cabo de un tiempo, llegan a ser obsoletos. Prueba de ello es que hayan sobrevivido tan pocas obras de arte hasta nuestros días y las continuas actuaciones de restauración (*op. cit.*, pp. 75 y 76).

⁸³⁸ *Vid.* KRUGMAN, Paul R.; WELLS, Robin. *Macroeconomía: Introducción a la economía*. Barcelona: Reverté, 2007, p. 61.

⁸³⁹ *Vid.* SOLOW, John. «An Economic Analysis of Droit de Suite», *cit.*, p. 209.

⁸⁴⁰ HANSMANN y SANTILLI defienden que si la obra futura es complementaria de la desarrollada en la primera etapa del autor –según estos autores, lo natural–, el valor de esta última tenderá a aumentar (HANSMANN, Henry; SANTILLI, Marina. «Royalties for Artists versus Royalties for Authors and Composers». *Journal of Cultural Economics*, vol. 25, nº 4. Heidelberg: Springer, ACEI, 2001, pp. 265).

⁸⁴¹ Por otro lado, aunque sin terminar de desarrollar su argumentación ni contrastarla con datos estadísticos de las ventas de los autores que indican como ejemplo, los propios HANSMANN

prefieren adquirir obras que proporcionen a sus colecciones la mencionada complementariedad. Así, cuando un artista es altamente cotizado o *está de moda*, es probable que sus obras se vayan revalorizando al alza en función de su mayor volumen de producción –siempre y cuando ésta no sea desproporcionadamente excesiva–. Por consiguiente, aunque se incrementara la oferta, frecuentemente, ello provocaría que se incrementara también la demanda. La verdad es que, en el sector artístico, que un autor sea razonablemente prolífico a lo largo de su trayectoria no es visto como una amenaza para el valor económico de los ejemplares ya creados –que, por ende, serían menos exclusivos–, sino como una revalorización del *caché* del autor. Si el conjunto de las obras se extiende más y resulta más conocida, se fomentará en mayor medida su exhibición y coleccionismo.

Sin embargo, no podemos dar por cierta la hipótesis de que absolutamente todas las obras de arte sean entre sí bienes complementarios y que todos los adquirentes de obras artísticas sean amantes del arte, coleccionistas o meros consumidores cuyas motivaciones se basen en la estética. Por ello, cuando hablamos de obras que tienen valor económico en el mercado tenemos que aceptar que existe un componente especulativo, según el cual la compra de la obra se concibe como una inversión, a la expectativa de poder realizar una reventa futura con el objetivo de obtener una plusvalía. Un inversor, por supuesto, atenderá exclusivamente a la rentabilidad de la operación y, a estas alturas, a nadie le sorprende la proliferación en los últimos tiempos de fondos de inversión constituidos mediante obras de arte⁸⁴². De hecho, en tales casos las obras tienen la consideración de bienes sustitutivos, premisa que encaja con una demanda de compradores que pueden decantarse por el trabajo de un artista en sustitución del de otro, porque sus motivaciones de compra son las de inversión y no las de colección o puramente artísticas.

En conclusión, entendemos que las obras de arte responden a una realidad dual como bienes duraderos, ya que pueden considerarse bienes complementarios o sustitutivos en función del tipo de adquirente. Por una parte, podremos hablar de bienes complementarios cuando la obra de arte cumpla una función estética o de colección; por otra

y SANTILLI afirman que, aunque lo normal será que las obras de arte sean bienes complementarios, en otros casos, los menos, serán considerados sustitutivos: «*pueden haber ciertos artistas, particularmente aquellos cuyo periodo más creativo se dio durante su juventud, para quien la producción postrera reduzca el valor de la producción temprana*». Señalan como ejemplo de este fenómeno anómalo a Giorgio De Chirico y a Salvador Dalí (*op. cit.*, p. 265).

⁸⁴² Un fondo de inversión es un patrimonio conformado por una cartera de valores que se ha constituido mediante aportaciones de inversores. Su funcionamiento precisa de una Sociedad Gestora, que administra el Fondo y toma las decisiones de carácter económico, y de un Depositario, a quien corresponde la custodia de los activos (*vid.* ESCUDERO PRADO, María Eugenia. *Mercado de Capitales. Estudio sobre Bolsa, Fondos de Inversión y política monetaria del BCE.A* Coruña: Netbiblo, 2003, p. 265). Piénsese que los Fondos de Inversión de obras de arte eran unos 50 en todo el mundo, en el año 2012, y operaban con una cifra conjunta de unos 680 millones de euros anuales. Estas cifras, de todos modos, pueden ser muy superiores en la realidad, ya que muchas Sociedades Gestoras ocultan los datos de los activos que manejan (*cfr.* *El País*, 9 de febrero de 2012 [en línea]).

parte, podremos referirnos a las obras como bienes sustitutivos cuando un comprador tenga principalmente una intención especulativa y busque la rentabilidad con su reventa. En cualquier caso, somos contrarios a definir la oferta del mercado del arte como oligopolística⁸⁴³, por cuanto los autores no tienen una posición de supremacía, porque las propias obras de arte de un artista pueden ser bienes sustitutivos con relación a las de otro artista, pero además pueden presentarse como productos alternativos a las mismas otros bienes adecuados para la inversión, como antigüedades u objetos preciosos.

b) La demanda de obras de arte

En el caso de la demanda de obras de arte, si nos centramos en el mercado primario, nos encontramos en un supuesto denominado oligopsonio, lo que significa que unos pocos compradores gozan de una posición cómoda en el mercado, puesto que los artistas saben que tan sólo un número limitado de galerías o coleccionistas están dispuestos a adquirir sus obras⁸⁴⁴. Por consiguiente, los artistas están en desventaja en la negociación con los profesionales del mercado del arte⁸⁴⁵, en mayor medida cuando son jóvenes. Como se vio con anterioridad, este aspecto justifica que el *droit de suite* sea un derecho inalienable e irrenunciable. De todos modos, hay que tener presente que los principales beneficiarios del *droit de suite*, dejando de lado a los herederos, son autores con una carrera artística asentada, lo que pone en entredicho esta posición débil en la negociación para las primeras cesiones de sus obras que se sucedan más allá de las épocas iniciales de sus trayectorias profesionales.

Por otro lado, la demanda en un mercado del arte según se ha descrito hasta el momento, asimismo, tiene otra característica adicional, como es su elasticidad⁸⁴⁶. En este punto, se indica que la demanda de un bien es inelástica cuando el incremento en el pre-

⁸⁴³ Según SOLOW (*op. cit.*, p. 212) se debe concluir que nos encontramos ante un oligopolio de productos diferenciados.

⁸⁴⁴ De todos modos, sobre la cuestión, expresa RUBÍ PUIG –quien considera la existencia una demanda más restrictiva, hasta el punto de calificarla de monopsonio– que «*el argumento olvida el funcionamiento habitual de este mercado: raramente un galerista adquiere en virtud de una compraventa obras a un artista; las recibe para su venta y recibe una comisión por ello. Por consiguiente, el monopsonio se ejercería sobre el porcentaje de la comisión y el diseño de los contratos de exclusividad*» (*op. cit.*, p. 89).

⁸⁴⁵ Para PEÑUELAS I REIXACH (*op. cit.*, pp. 134 y 135) cuando en el mercado no hay libre concurrencia tanto de compradores como de vendedores, los precios alcanzados no podrán considerarse como representativos. Las distorsiones que provocan estas situaciones pueden darse por la existencia de relaciones de dependencia, puesto que en términos económicos, los profesionales del mercado del arte disponen de un poder de negociación asimétrico, muy superior al de los artistas quienes dependen de aquéllos. Para este tema, *vid.* MCCAIN, R.A. «Bargaining power and Artist's Resale Dividends». *Journal of Cultural Economics*, 18. Heidelberg: Springer; ACEI, 1994, pp. 101-112.

⁸⁴⁶ *Vid.* KRUGMAN, Paul R.; WELLS, Robin, *op. cit.*, pp. 127 ss.

cio del mismo no se refleja en un decrecimiento de la demanda. Esto sucedería si consideráramos los bienes artísticos como complementarios, porque un coleccionista seguiría deseando comprar una obra de arte concreta a pesar de un incremento en el precio, puesto que su objetivo es la adquisición exclusiva.

Cuando, por el contrario, la demanda es elástica, el porcentaje de incremento en el precio tiene una incidencia proporcional en la reducción de la demanda. Si aceptamos que los bienes de arte de cierta entidad económica, amén sujetos al *droit de suite* —esto es, aquellos que ya superan ciertos umbrales de precio—, son eminentemente sustitutivos, ello nos lleva a afirmar que la elasticidad será una condición intrínseca a la demanda de obras de artes plásticas. En ese caso, cuando el precio de un producto es alto y la demanda es baja, una modificación en el precio hace que disminuya un gran porcentaje en la cantidad total de adquirentes.

2. FACTORES QUE INCIDEN EN LA COMPETITIVIDAD DEL MERCADO DEL ARTE

Uno de los principales motivos por los que determinados países, especialmente aquellos circunscritos a la esfera del *copyright* en materia de propiedad intelectual, se han mostrado históricamente reacios a la introducción del *droit de suite* en sus ordenamientos jurídicos ha sido el temor a que este reconocimiento dañara sus mercados artísticos internos⁸⁴⁷. El razonamiento esgrimido suele ser el siguiente: el incremento directo del coste de las reventas perjudicaría a la competitividad del sector, ya que desviaría el interés de posibles compradores a otros mercados donde el derecho no fuera aplicable —éstos buscarían alternativas en las que el precio final de adquisición fuera menor— o incluso provocaría que propietarios de objetos de arte buscaran el modo de trasladar la operación de reventa a otras localizaciones donde el derecho no se reconociera al autor o sus derechohabientes⁸⁴⁸.

Este mismo argumento fue empleado por la Unión Europea como eje central de su fundamentación para conseguir aprobar la armonización llevada a cabo con la Directiva 2001/84/CE, justificando la necesidad de implementar de manera imperativa el *droit*

⁸⁴⁷ Se expresaron recurrentemente, en este sentido, diferentes voces autorizadas en los Estados Unidos (*vid.* U.S. COPYRIGHT OFFICE, Informe *Droit de Suite...*, 1992, *cit.*, p. 142), el Reino Unido (*vid.* Arts of Council. Dir. MCANDREW Clare; DALLA-CONTE, Lorna. *Implementing Droit de Suite*, *cit.*, p. 15) o Suiza (*vid.* FISCHER, Kuno. *Switzerland without Resale Right*, *cit.*, pp. 3 y 4).

⁸⁴⁸ En cualquier caso, el hipotético revendedor debería ser un particular, puesto que, de ser un profesional del mercado del arte del EEE, según nuestra opinión, no podría sortear la liquidación del *droit de suite* simplemente trasladando una obra al extranjero para su transmisión, puesto que precisamente el lugar del establecimiento habitual de dicho profesional sería el punto de conexión que determinaría la ley aplicable en caso de conflicto (*vid. supra*, capítulo 4, 5.).

de suite en todos los Estados miembros para evitar distorsiones en el mercado interior⁸⁴⁹. La Unión Europea, en su informe sobre el *droit de suite* de 2011, admitió que las posibles distorsiones se habrían superado a nivel comunitario, mas no a nivel global⁸⁵⁰. Por lo tanto, se fija como una de sus prioridades conseguir que el *droit de suite* sea reconocido y aplicado en el mayor número de países extracomunitarios posible –pensando, esencialmente en los Estados Unidos, Suiza y China– para que todos los mercados compitan en igualdad de condiciones y, asimismo, los autores puedan beneficiarse, por justicia, de este derecho de autor⁸⁵¹.

Desde una perspectiva económica y analizando la cuestión de manera aislada, se debe reconocer que en un mercado con una demanda más o menos elástica –en gran parte, por la preeminencia de la variable económica por encima de la artística como principal motivación de compra–, el incremento sustancial del precio de un bien tendrá como consecuencia la disminución del interés de los clientes por el mismo y, por ende, la reducción de la potencial demanda⁸⁵². Aceptada esta premisa, entonces debemos cuestionarnos si la aplicación del *droit de suite*, por sí misma, puede afectar a la demanda de obras de arte en un mercado hasta el punto de perjudicarlo, tanto por la disminución del interés de los clientes como por las posibles deslocalizaciones de las operaciones.

En esta tesitura, es necesario evaluar cuáles son las principales causas que, a nuestro juicio, pueden llegar a alterar la configuración interna de un mercado artístico hasta llegar a provocar que unas pocas ciudades en el mundo atraigan el mayor número de subastas y comercializaciones de arte, para posteriormente poder valorar, en conse-

⁸⁴⁹ Cfr. considerando 14º de la Directiva 2001/84/CE, donde se defiende que «*las diferencias entre las disposiciones nacionales sobre el derecho de participación del autor distorsionan la competencia, deslocalizan las operaciones de venta dentro de la Comunidad y originan diferencias de trato entre artistas en función del lugar en que se vendan sus obras (...), la no intervención de la Comunidad vulneraría el requisito establecido en el Tratado de corregir las distorsiones de la competencia y las desigualdades de trato*».

⁸⁵⁰ Vid. COMISIÓN EUROPEA. Informe COM (2011) 878 final, de 14 de diciembre de 2011, pp. 4 ss.

⁸⁵¹ La Directiva 2001/84/CE, en el momento de su aprobación, ya reconocía que «*el proceso de internacionalización del mercado de arte moderno y contemporáneo de la Comunidad, acelerado en la actualidad por los efectos de la nueva economía, en un contexto normativo en el que pocos Estados fuera de la Unión Europea reconocen el derecho de participación, hace esencial que la Comunidad Europea inicie negociaciones en el ámbito exterior para establecer la obligatoriedad del artículo 14 ter del Convenio de Berna*» (cfr. considerando 7º de la Directiva 2001/84/CE). Y éste sigue siendo un objetivo primordial para la Unión Europea, a tenor de lo indicado en su Informe de control de 2011 sobre la aplicación del derecho: «*la Comisión tratará asimismo de cumplir su compromiso de persuadir a terceros países para que apliquen el derecho de participación*» (cfr. COMISIÓN EUROPEA. Informe COM (2011) 878 final, de 14 de diciembre de 2011, p. 11).

⁸⁵² De todos modos, puestos a mostrarnos críticos de entrada con la relevancia que pudiera suponer la adición de un porcentaje sobre el coste de una obra, cabría señalar, entonces, la incidencia en la distorsión entre mercados que provoca la disparidad de tipos de gravamen en la imposición indirecta; de donde resulta una ostensible diferencia de precios entre países aun partiendo de una misma base imponible.

cuencia, si el *droit de suite* se encuentra entre éstas, aunque sea de un modo accesorio o secundario.

A continuación, vamos a analizar de una manera individualizada aquellas causas que consideramos que tienen mayor incidencia en la dinámica del mercado del arte, como son el prestigio de la plaza –donde las casas de subastas tienen una función determinante–; las medidas internas aplicadas por cada Estado con repercusión en su competitividad –destacando la política fiscal relativa al IVA, por su importancia–; y los costes asociados a la logística necesaria para el desplazamiento de obras de arte a nivel internacional.

2.1. CANALIZACIÓN COMERCIAL HACIA PLAZAS MÁS PRESTIGIOSAS

Hemos insistido en que el mercado del arte debe ser interpretado globalmente, puesto que una de sus principales características es precisamente su internacionalidad. A pesar de ello, la realidad nos demuestra que solamente algunos países concentran el mayor volumen de ese mercado⁸⁵³. Es un hecho que unas pocas ciudades acogen la mayor parte de las transacciones mundiales de obras de arte, sean comercializadas en subastas públicas o mediante otro tipo de ventas, incluso estrictamente privadas⁸⁵⁴.

Ciertamente, las casas de subastas más prestigiosas, como *Christie's* y *Sotheby's* o, en menor medida, *Bonhams* o *Phillips*, siempre han estado en aquellas ciudades que cuentan con una mayor tradición comercial artística⁸⁵⁵, aunque éstas extiendan cada vez más su negocio para llegar a otras localizaciones⁸⁵⁶. Curiosamente, las casas de subastas

⁸⁵³ Algunos de los motivos que la doctrina ha identificado para justificar la existencia de marcados mercados artísticos geográficos, dentro de un mundo globalizado, son la dificultad de trasladar las obras de arte o las restricciones legales a su exportación (*vid.* PEÑUELAS I REIXACH, Lluís, *op. cit.*, p. 98).

⁸⁵⁴ VICENTE DOMINGO reconoce, en un sentido parecido al expuesto, que, si bien uno de los rasgos que caracterizan el mercado del arte es su «*mercado carácter internacional, transfronterizo*», las sedes o puntos de venta donde se producen la mayor parte de los intercambios comerciales se concentran en unas pocas ciudades (*op. cit.*, p. 33).

⁸⁵⁵ ÁLVAREZ ÁLVAREZ expone que, según estudios realizados en Inglaterra, se considera que, en gran parte, el mercado de arte de Londres es uno de los más potentes, sin duda, por la presencia de las dos mayores casas de subastas de arte internacionales. Este factor, junto a sus museos y exposiciones, son básicos para comprender el gran número de turistas o visitantes que recibe esa ciudad y que constituye, para ella y su comercio, una de sus fuentes de riqueza y empleo más importantes («Las ferias internacionales de arte», *cit.*, p. 675).

⁸⁵⁶ Las casas de subastas más potentes ofrecen una amplia gama de servicios complementarios con márgenes brutos superiores al 80%, lo que les permite ser mucho más competitivas con las comisiones obtenidas estrictamente por las transacciones en subasta. Asimismo, *Christie's* y *Sotheby's* no organizan subastas en España pero tienen en nuestro país oficinas dedicadas a efectuar ventas privadas en el territorio nacional y a captar potenciales clientes para operaciones en Londres u otros mercados internacionales (cfr. MCANDREW, Clare. *El mercado español del arte en 2014*, *cit.*, pp. 25 y 31).

más prestigiosas tienen su origen en el Reino Unido. En la segunda mitad del siglo XVIII, las subastas se especializaron en Londres por sectores y así surgieron los dos gigantes que aún hoy se reparten la mayor porción del mercado del arte (*Christie's* y *Sotheby's*)⁸⁵⁷. A pesar de la importancia cada vez mayor de las sedes neoyorquinas de estas firmas, es en las salas londinenses de las mismas donde se sigue midiendo el pulso del mercado del arte. En cualquier caso, las sedes principales de estas empresas y los establecimientos donde prestan sus mejores servicios se hallan en las principales plazas artísticas mundiales. Ello proporciona seguridad a los clientes, que disponen de una propuesta fiable y especializada a la que poder dirigirse⁸⁵⁸, por lo que estas casas de subastas centralizan recursos y ofrecen precios más competitivos con un elevado nivel de calidad.

En este entramado, la preponderancia de las ciudades de Nueva York y Londres lleva afianzándose desde hace décadas y, entre ambas, detentan casi la mitad del mercado mundial de ventas de arte en subastas públicas⁸⁵⁹. De hecho, según datos de ARTPRICE, Nueva York es la capital mundial del arte por excelencia, con un 30,8% de cuota en el mercado global, lo que también se explica por la tendencia consumidora de arte en los Estados Unidos, el país líder en este sector; por su parte, Londres aglutina el 18,7% de cuota global del mercado. No obstante, China también está jugando un papel importante en los últimos tiempos y puede presumir de ser el único país con tres centros artísticos potentes, como son Pekín, Hong Kong y Shanghái, ciudad que ya se ha situado en 2014 al nivel de París⁸⁶⁰, con la que comparte la quinta posición en esta particular clasificación de ciudades con mayor volumen dentro del mercado del arte.

Así, especialmente Nueva York y Londres atraen compradores de todo el mundo, muchas veces captados por los servicios de asesoramiento personalizado de las empresas dedicadas a la intermediación y a la organización de subastas públicas⁸⁶¹. En cierto mo-

⁸⁵⁷ Vid. VETTESE, Angela, *op. cit.*, p. 137. Cabe añadir un dato de gran interés, y es que en el año 2014, las ventas en pública subasta fueron un 48% del volumen global del mercado del arte. Pues bien, dentro de ese segmento, las empresas *Christie's* y *Sotheby's* coparon el mercado acaparando un espectacular 42% del total de las ventas mundiales mediante subastas (cfr. MCANDREW, Clare. *TEFAF Art Market Report 2015, cit.*, p. 26).

⁸⁵⁸ Tal y como señala acertadamente VICENTE DOMINGO, «es difícil la entrada en el mercado del arte (...) ni siquiera como comprador, para lo cual, al menos, hay que acudir a los lugares adecuados o contactar con los profesionales precisos. (...) La falta de conocimiento es más difícil de suplir en este sector que en otros y, por consecuencia, es más sencillo el fraude o engaño» (*op. cit.*, p. 30).

⁸⁵⁹ Citando un informe de la mencionada consultora, en 2014, esta ciudad cosechó unos resultados colosales: «constituye por sí sola el 95% del mercado norteamericano (...). La clientela de la costa oeste está muy presente y activa en la evolución de las cotizaciones, pero ha tomado la costumbre de comprar en Nueva York» (cfr. *El mercado del arte en 2014, cit.*, pp. 37-40).

⁸⁶⁰ Vid. *ibidem*, p. 37.

⁸⁶¹ A modo de ejemplo, de entre los veinte precios más altos alcanzados por un artista español en subasta, sólo una venta tuvo lugar en España. El resto, se celebraron, básicamente, en Londres y Nueva York (cfr. MCANDREW, Clare. *El mercado español del arte en 2014, cit.*, p. 17).

do, las casas de subastas provocan que las transacciones más caras se terminen celebrando en las ciudades que les interesa, lo que provoca que la cotización de las obras de un artista se dispare exclusivamente cuando son vendidas en esas plazas. Sin embargo, el fenómeno no puede explicarse por el mero hecho de que *Christie's* y *Sotheby's* operen en ellas. Con seguridad, existen causas más profundas que han convertido a ambas ciudades en las referencias mundiales del sector artístico.

En primer lugar, los Estados Unidos y el Reino Unido, además de ser potencias económicas mundiales, siempre han sido países caracterizados por el establecimiento de marcadas políticas a favor del libre intercambio comercial, favoreciendo economías liberales en las que el mercado del arte halla un absoluto acoplamiento⁸⁶². Adicionalmente, estos mercados se hallan en países con elevados índices de renta per cápita y, lo que puede ser más trascendente, con un elevadísimo número de habitantes millonarios⁸⁶³; aspecto que, sin duda, favorece el coleccionismo, al contar con personas con suficiente capacidad adquisitiva como para afrontar subastas con mucho dinero. La adquisición de obras de arte a mayores precios promueve la oferta y la demanda, ya que provoca una mejor creación artística interna, lo que redundará en un incremento de la calidad de las obras producidas y alimenta nuevamente la comercialización con cotizaciones más altas. Piénsese que en la mayoría de los mercados de arte, un elevado porcentaje de las obras vendidas son de artistas nacionales a compradores nacionales, lo que coadyuva a mantener posiciones de predominio de los mercados más potentes⁸⁶⁴. Este hecho también puede generar un efecto llamada a artistas de otros países, quienes atraídos por un mercado más dinámico y con múltiples posibilidades, tratarán de instalarse en las ciudades de Nueva York o Londres –como antaño en París–, a la espera de poder desarrollar sus carreras con mejores perspectivas económicas de las que atesoraban en sus países de origen. Con el tiempo, estos autores extranjeros se asimilarán a los nacionales de los Estados donde se emplazan los principales mercados, así que continuarán alimentando un comercio artístico interior de mejor calidad y, por lo tanto, con precios cada vez más elevados.

⁸⁶² En este sentido, tal y como afirman MCANDREW y DALLA-CONTE, un mercado está moldeado indefectiblemente por influencias históricas, políticas, económicas y legales (Arts of Council. *Implementing Droit de Suite (artist's resale right) in England*, cit., p. 20).

⁸⁶³ En 2014, en los Estados Unidos se calculaba que residían 14.166.000 personas con un patrimonio neto superior al millón de dólares neto, mientras en el Reino Unido esta cifra alcanzaba las 2.043.000 personas. Por su parte, España ocupa la posición número 12 en esta clasificación, con 492.000 personas millonarias, según este criterio (cfr. MCANDREW, Clare. *TEFAF Art Market Report 2015*, cit., p. 129).

⁸⁶⁴ En Nueva York, más de la mitad de las obras vendidas en subastas corresponden a artistas estadounidenses. Asimismo, el 80% de las operaciones con obras de artistas estadounidenses que se realizan en todo el mundo tienen lugar en los Estados Unidos, constituyendo el 84% del valor de las ventas de los autores de dicho país términos globales (cfr. MCANDREW, Clare. *El mercado español del arte en 2014*, cit., pp. 15 y 16).

2.2. MEDIDAS INTERNAS DE CADA ESTADO

El entorno normativo de un país puede tener efectos atractivos o disuasorios en la potencial demanda de su mercado artístico. El establecimiento de unas medidas concretas por parte de un gobierno en materia económica, aduanera o fiscal, así como la flexibilización de los trámites administrativos relacionados con la comercialización de obras de arte, llevará a que la oferta artística de los agentes de dicho país sea más competitiva. Asimismo, también hay legislaciones nacionales que tratan de proteger especialmente a los artistas, además de favorecer las actividades de coleccionismo o mecenazgo, mientras otras apenas reconocen algún aspecto diferencial respecto a otros profesionales o consumidores. En el caso de España, se viene anunciando desde hace tiempo la intención de aprobar una verdadera Ley de Mecenazgo que agrupara todos los incentivos tributarios, así como otros aspectos relacionados con el Patrimonio Histórico Español⁸⁶⁵.

También cabría analizar la incidencia que tiene en el mercado del arte de un Estado la legislación de propiedad intelectual y, en particular, el *droit de suite*, si bien dejaremos para el final del presente capítulo la valoración sobre el impacto que tiene este derecho de remuneración en un mercado del arte concreto, centrándonos aquí en otro tipo de medidas de las que consideramos que se puede demostrar su incidencia en dicho ámbito.

Por otro lado, en este apartado dejaremos de lado la cuestión de la fiscalidad indirecta que grava la reventa de obras de arte, ya que consideramos que su incidencia en el mercado internacional del arte merece ser tratada más adelante con mayor detenimiento.

⁸⁶⁵ A pesar de que los artículos 17 y 25 de la Ley 49/2002, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, reconocen los donativos, donaciones y aportaciones realizadas en favor de entidades sin ánimo de lucro o de administraciones públicas, así como los convenios de colaboración empresarial en actividades de interés general, ciertos sectores interesados están redoblando esfuerzos para conseguir la tramitación parlamentaria de una Ley de Mecenazgo –la Fundación *Arte y Mecenazgo*, en 2014, llegó a realizar su propio borrador del Proyecto de Ley de medidas de fomento, impulso y desarrollo del arte y mecenazgo en España (disponible en: <<http://fundacionarteymecenazgo.org/wp-content/uploads/2014/08/Borrador-Proyecto-de-ley-FIDAM-20141.pdf>>). Por el momento, el empeño ha sido en vano y la iniciativa no ha terminado de tener éxito, puesto que el gobierno español declina hacer grandes avances en este sentido hasta estabilizar su situación presupuestaria. En realidad, se han aprobado algunas medidas aisladas, según se irá viendo, en forma de deducciones en el IRPF y el Impuesto de Sociedades, pero los coleccionistas siguen reclamando medidas como deducciones relativas a las prestaciones de servicios y al préstamo de obras para su exhibición o el reconocimiento de fondos patrimoniales indisponibles, por lo que el debate continúa abierto. No obstante, se cuenta en nuestro país con una experiencia pionera, la Ley Foral 8/2014, de 16 de mayo, reguladora del mecenazgo cultural y de sus incentivos en la comunidad foral de Navarra. En la misma, se dispone que la Comunidad Foral podrá aportar fondos directos a la producción de obras de arte, bajo parámetros de control sobre ejecución y destino (cfr. artículos 14 ss.). Además, aumenta porcentajes de deducción respecto a la normativa estatal y fomenta el micromecenazgo (cfr. artículos 16 ss.), amén de establecer incentivos fiscales a la cesión de bienes a título gratuito (cfr. artículo 11).

Para el análisis de las medidas concretas que tenemos por más relevantes con relación a la competitividad del sector, partiremos de la experiencia en España, para comprobar cómo terceros países, en comparación con el nuestro, cuentan con regulaciones más adecuadas que coadyuvan a que sus mercados sean más productivos.

a) La política de importación y exportación

Los Estados establecen políticas de importación y exportación de productos en función de los intereses que consideran oportunos para sus economías interiores. Simplificando la cuestión, podríamos decir que un país prefiere exportar sus productos cuando cuenta con excedente de los mismos, mientras que dificultará la importación de determinadas mercancías desde terceros países cuando considere que tiene la necesidad cubierta con relación a las mismas, estableciendo consecuentemente medidas de protección de su mercado interior en forma de barreras⁸⁶⁶. Esta premisa debe ser lógicamente matizada, tanto porque los países suelen concentrarse en organizaciones de comercio por razón de su situación geográfica –y, a su vez, formalizar acuerdos comerciales para facilitar el intercambio comercial con terceros países o con otras organizaciones internacionales de estas características– como por el hecho de que las políticas de importación y exportación deben ser interpretadas, en última instancia, por su aplicación específica a cada tipo de producto. En este último caso, la peculiaridad del objeto de circulación que nos ocupa –las obras de artes plásticas– condicionará las medidas a establecer por un Estado o una organización con relación a la entrada y salida de este tipo de productos por sus aduanas, en sentido contrario al expuesto.

Este aspecto se explica porque la exportación de arte significa la pérdida de bienes culturales por parte de un país, mientras que su importación se considera un enriquecimiento desde la perspectiva cultural –implica un incremento del patrimonio artístico, así como la dinamización de este ámbito– y económica –supone un polo de atracción de la demanda hacia su mercado, cuando el importador es un profesional del mercado del arte–. En consecuencia, suele ser totalmente habitual en derecho comparado que no se establezcan aranceles a la importación de obras de arte⁸⁶⁷ y, si acaso, la única barrera de

⁸⁶⁶ Las principales barreras son las arancelarias. Sin embargo, no son las únicas. Se denominan barreras comerciales no arancelarias al resto de medidas de naturaleza protectora o compensatoria frente a las importaciones. La doctrina especializada distingue, en este caso, entre barreras de carácter tributario-fiscal, barreras de carácter cuantitativo y barreras de carácter administrativo (*vid.* NAVARRO ARANCEGUI, Mikel. *El entorno económico y la competitividad en España*. Bilbao: Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2007, pp. 411 ss.).

⁸⁶⁷ Es el caso de la Unión Europea, que no grava mediante aranceles la importación de obras de arte (buscador de aranceles por mercancías disponible en la página web de la Comisión Europea: <http://ec.europa.eu/taxation_customs/dds2/taric/taric_consultation.jsp?Lang=es>). Asimismo, para más información sobre el funcionamiento del Arancel Aduanero Común (AAC),

entrada sea la imposición de IVA a la importación de la pieza artística, aspecto que, como tendremos ocasión de desarrollar, afectará principalmente a los adquirentes particulares mientras que tendrá otro tipo de impacto sobre los profesionales revendedores.

Esta política se encuentra regulada de manera unitaria para toda la Unión Europea, donde se suprimieron los derechos aduaneros dentro del mercado comunitario –denominado, a estos efectos, Territorio Aduanero Comunitario (TAC)⁸⁶⁸–, y se adoptaron aranceles comunes para los intercambios comerciales con terceros Estados⁸⁶⁹. En cualquier caso, las obras de arte son normalmente productos de elevado valor económico que suelen circular entre diferentes países, ya que sus propietarios las tratan de vender en diferentes galerías, exhibiciones o ferias internacionales. No obstante, los importadores tienen la posibilidad de acogerse al régimen aduanero de importación temporal, que permite la introducción y uso de mercancías extracomunitarias dentro del mercado de la Unión Europea, con la excepción total o parcial de los derechos de importación y de otras medidas de política comercial, siempre y cuando dicha mercancía sea reexportada, sin haber sufrido ninguna transformación o modificación, dentro de un plazo máximo de 24 meses⁸⁷⁰. En este sentido, tienen especial importancia en el mercado del arte los depósitos aduaneros –piénsese en naves, almacenes u otros emplazamientos análogos–, que permiten depositar bienes sin que les sean aplicadas medidas de política comercial ni estar sujetos a derechos de importación. Así, estos bienes podrán permanecer en los mencionados depósitos hasta que el operador pueda darles un destino definitivo, sea den-

basado en el sistema armonizado TARIC, *vid.* CABELLO PÉREZ, Miguel; CABELLO GONZÁLEZ, José Miguel. *Las aduanas y el comercio internacional*. 2014, 4ª ed. ESIC: Madrid, p. 144.

⁸⁶⁸ Cuando nos referimos a Territorio Aduanero Comunitario, básicamente nos referimos al territorio de la Unión Europea, aunque existen algunas salvedades. Un ejemplo: en España, Ceuta y Melilla forman parte del territorio de la Unión Europea pero no se incluyen en el Territorio Aduanero Comunitario. Por su parte, San Marino y Mónaco no forman parte del territorio de la Unión Europea pero sí se incluyen en dicho Territorio Aduanero Comunitario. Para controlar la entrada y salida de productos del TAC se requiere de aduanas, donde se hallan habilitados espacios en los que depositar las mercancías para su verificación, así como para la aplicación de las medidas de carácter fiscal o administrativo que correspondan (*vid. ibídem*, pp. 82 y 83). Para conocer la evolución histórica de la unión aduanera en Europa, configurada como un espacio sin aranceles sobre los intercambios interiores y con un arancel exterior común, *vid.* GALVIÑO SANTAMARÍA, Nadia. «Concepto, evolución y nuevos desafíos para el mercado». En: *Tratado de Derechos y Políticas de la Unión Europea*, Tomo IV. *Mercado Único Europeo y Unión Económica y Monetaria*, dir. Beneyto Pérez, José María. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2013, pp. 34 ss.).

⁸⁶⁹ Cfr. artículo 2 del *Reglamento (CEE) n° 2658/87, del Consejo, de 23 de julio de 1987, relativo a la nomenclatura arancelaria y estadística y al arancel aduanero común*.

⁸⁷⁰ Cfr. artículos 137 a 144 del *Reglamento (CEE) n° 2913/92, del Consejo, de 12 de octubre de 1992, por el que se aprueba el Código aduanero comunitario*. Señala MATESANZ que, si bien es imprescindible que los bienes sean reexportados sin modificación alguna, es aceptable «la depreciación normal causada por el uso que se haga de ellos». De todos modos, la exención puede ser total, pero si no se dan todos los condicionantes legales, será parcial, en cuyo caso sí se devengará el correspondiente IVA (MATESANZ, Fernando. *El IVA y el comercio exterior: la compraventa internacional de mercancías*. Barcelona: Atelier, 2015, p. 77).

tro del territorio aduanero en el que ya se hallan o reexportándolos a terceros países. En resumen, con el comercio de reexportación se permite importar bienes y exportarlos de nuevo sin ser despachados en las aduanas de los países por donde transitan. Ésta es una práctica habitual en el sector artístico plástico y, por lo tanto, no es casualidad que aquellos países con mercados interiores de arte más desarrollados cuenten con importantes depósitos globales. Por consiguiente, uno de los centros de reexportación más importantes es el de Nueva York, que abarca el grueso de las exportaciones e importaciones de arte mundiales, a pesar de que muchos de los compradores eventuales de obras que han sido importadas al país norteamericano provengan de terceros países⁸⁷¹. Otro ejemplo es el caso de Suiza, donde la zona franca de Ginebra es conocida como el «*mayor museo del mundo*». Miles de obras de arte penetran anualmente en territorio suizo sin necesidad de liquidar IVA ni derechos de importación, a la espera, sin limitación temporal, de su destino definitivo⁸⁷².

A pesar de la unificación aduanera en la Unión Europea, existen ciertas excepciones reglamentarias en materia de exportación que pueden motivar una canalización del comercio del arte hacia aquellos Estados miembros donde existen menos costes y los trámites son más sencillos. En principio, del mismo modo que cualquier bien objeto de comercio, las obras de artes plásticas pueden circular libremente por la Unión Europea. Sin embargo, como salvedad a esta regla general, cada Estado miembro podrá establecer restricciones a las exportaciones –aquí en el sentido de implicar una salida del país concreto, no del territorio comunitario– de obras que tengan la consideración de patrimonio histórico y cultural del Estado, con arreglo a la normativa interna⁸⁷³.

En el caso de España, la *Ley 6/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español* (LPHE) dispone que integran dicho patrimonio nacional «*los inmuebles y los objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico (...)*»⁸⁷⁴, estableciendo tres grandes categorías, con diferentes ni-

⁸⁷¹ Esto permite al mercado neoyorquino de reexportación acumular un volumen ingente de obras para proceder a su venta cuando llegue el momento, siendo ésta una circunstancia muy interesante para los coleccionistas de arte (vid. MCANDREW, Clare. *El mercado español del arte en 2014*, cit., p. 44).

⁸⁷² Vid. FUNDACIÓN ARTE Y MECENAZGO. *Sobre el estatuto jurídico del coleccionista en España y posibles medidas que contribuyan a su promoción*. Barcelona: 2014, p.50.

⁸⁷³ Cfr. artículo 30 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Así, se permite la preservación del patrimonio nacional con ciertas restricciones a la libre circulación de bienes, mas siempre que tales límites no constituyan «*un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros*».

⁸⁷⁴ Cfr. artículo 1.2 LPHE. Añade el precepto que también forman parte del Patrimonio Histórico Español «*el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico. Asimismo, forman parte del Patrimonio Histórico Español los bienes que integren el Patrimonio Cultural Inmaterial, de conformidad con lo que establezca su legislación especial*».

veles de protección⁸⁷⁵: *i*) los denominados Bienes de Interés Cultural (BIC) son obras especialmente protegidas que, por su importancia cultural, son representativos de la historia, el arte o la cultura de España, y necesariamente deben ser declaradas como tal e inscritas en un Registro General a estos efectos⁸⁷⁶; *ii*) bienes muebles que no son declarados BIC, pero que tienen una singular relevancia para el PHE, por lo que deben ser incluidos en un Inventario General por las administraciones competentes⁸⁷⁷; *iii*) y el resto de bienes que no se encuentren incluidos en las anteriores categorías pero hallan encaje en la definición principal, es decir, forman parte del PHE, pero ni son BIC ni aparecen inventariados, así que entran dentro del ámbito de aplicación de la Ley con el menor grado de tutela.

Por lo que aquí interesa, existen dos cuestiones con relación a las obras que conforman el patrimonio histórico o cultural de un país que pueden tener influencia en el debilitamiento de un mercado artístico: la falta de compensación económica por parte del Estado ante el bloqueo de una exportación de las mismas y la fijación de un gravamen de naturaleza fiscal a las obras que, finalmente, puedan ser exportadas.

En cuanto a la primera cuestión, el problema se produce cuando la ley de un Estado miembro le permite bloquear a su Gobierno la exportación de una obra de arte considerada de patrimonio histórico o de especial relevancia, pese a no estar su administración interesada en su adquisición, sin compensar económicamente al propietario o profesional del mercado del arte que pretendía subastarla⁸⁷⁸ o venderla fuera de su territorio⁸⁷⁹.

⁸⁷⁵ Vid. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, José Luis. *Estudios sobre el patrimonio histórico español y la Ley de 25 de junio de 1989*. Madrid: Civitas, p. 110. El establecimiento de estas categorías tiene consecuencias a nivel tributario, ya que los beneficios tributarios se otorgan en la mayoría de ocasiones, en exclusiva, a los BIC (vid. MUÑOZ DEL CASTILLO, José Luis; VEGA HERRERO, Manuela; VAQUERA GARCÍA, Antonio. *Beneficios fiscales al Patrimonio Histórico Español*. León: Universidad de León, 2004, pp. 16 y 17).

⁸⁷⁶ Cfr. artículo 9 LPHE. En principio, no puede ser declarada BIC la obra de un autor vivo, salvo si existe autorización expresa de su propietario o mediara su adquisición por la Administración del Estado.

⁸⁷⁷ Se pueden consultar en la página web del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de España la base de datos de los bienes muebles que están inscritos en el Inventario General o bien como BIC. Disponible en: <<http://www.mecd.gob.es/cultura-mecd/areas-cultura/patrimonio.html>>.

⁸⁷⁸ La regulación de los procesos de autorización para la exportación o de ventas en subastas de obras que integran el PHE se recoge en el *Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español*.

⁸⁷⁹ Éste es el caso de España, donde un particular o un profesional del mercado del arte que se propone vender una obra incluida en el Patrimonio Histórico Español (PHE) inscrita en el Inventario General –o que, simplemente, tenga más de cien años de antigüedad– fuera del territorio español, debe solicitar una autorización expresa al Gobierno, quien dispone de un plazo máximo de tres meses para estudiar la solicitud y permitir la exportación de la obra o bien ejercer un derecho preferente de adquisición, en el plazo de seis meses adicionales, basado en la valoración realizada por el exportador. Según se indica, en la práctica, se contesta a la gran mayoría de la solicitudes en el plazo máximo de 20 días y, cuando se decide adquirir la pieza, se paga en un plazo máximo de cuatro meses (cfr. MCANDREW, Clare. *El mercado español del arte*

Aunque se trata de casos excepcionales, ello genera una inseguridad jurídica que tiene difícil justificación. Precipitadamente, se podría pensar que una medida tan extrema favorece al mercado interior y evita deslocalizaciones de las ventas de obras de arte, pero un bloqueo de este tipo provocará, en el mejor de los casos, la caída de los precios en dicho mercado interior, al reducirse enormemente la potencial demanda –y no sólo para la obra concreta, sino para obras del mismo autor o categoría–; o incluso auspiciará las prácticas de contrabando y la ocultación de bienes susceptibles de ser calificados como PHE⁸⁸⁰. Para evitar este tipo de consecuencias, los Estados miembros con mercados más desarrollados, como el británico, no pueden realizar por ley bloqueos sin compensación, así que conceden siempre las autorizaciones para la exportación a menos que el Estado ejerza su derecho de adquisición en el plazo determinado legalmente por un precio de buena fe⁸⁸¹.

Por otro lado, como avanzábamos, la fijación de tasas para gravar la exportación de arte es otra de las medidas que dificultan el dinamismo de un mercado artístico. España es uno de los pocos países de la Unión Europea que decidió establecerlas, aunque hay que destacar que las exenciones a las mismas son cuantiosas⁸⁸². Ciertamente, estas

en 2014, pp. 45 y 46). De todos modos, en el sector se critica especialmente que el Estado español utilice su potestad para bloquear una exportación con la intención de conseguir adquirir los bienes que le interesan por precios hasta cuatro veces por debajo del valor que la obra tendría en el mercado internacional. En este sentido, atendiendo a datos del año 2013, destaca que el precio medio de una pieza de PHE adquirida por España esté sobre los 97.000 euros (año 2013) mientras que, en las que adquiere por el mismo canal el Reino Unido, el precio se sitúe por encima de los 1,4 millones de euros (*vid. ibidem*, p. 46).

⁸⁸⁰ El principal riesgo de las exportaciones ilegales es que permitirá al Estado incautar los bienes (*vid. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, José Luis. Estudios sobre el patrimonio histórico español y la Ley de 25 de junio de 1989, cit.*, pp. 407 y 408). En este sentido, *vid. STS (sala 3ª, sección 7ª) de 30 de octubre de 2006 para las consecuencias acumuladas de la exportación ilegal.*

⁸⁸¹ El precio tiene que estar basado en el valor de mercado, con la finalidad de evitar perjudicar los intereses del vendedor y, a la vez, mantener la competitividad del mercado interior (*vid. UNITED KINGDOM DEPARTMENT FOR CULTURE, MEDIA AND SPORT. Export of objects of cultural interest 2012-13, Statistical Release, 2014 [en línea]. Disponible en: <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/275823/Export_of_Objects_of_Cultural_Interest_2012-13.pdf> [última visita: 31 de diciembre de 2015]).*

⁸⁸² A pesar de que el artículo 30 LPHE expresa que el hecho imponible de la tasa lo constituye la concesión de la autorización de exportación de bienes integrantes del PHE, seguidamente indica que estarán exentas de la misma las exportaciones que tengan lugar durante los diez años siguientes a su importación legal –y las piezas no hayan sido declaradas BIC–; las salidas temporales autorizadas –normalmente, a efectos de conservación, estudio, exhibición, etc.–; y las exportaciones de bienes muebles de arte de autores vivos. En cualquier caso, el tipo de gravamen de la tasa se aplica sobre el valor real del bien, que debe ser declarado por el solicitante sujeto pasivo, en función de una escala progresiva con la siguiente estructura: a las obras valoradas hasta 6.000 euros, se aplica un tipo del 5%. Para el tramo situado entre 6.001 euros y 60.000 euros, el tipo será del 10%; para el tramo situado entre 60.001 euros y 600.000 euros, el tipo será del 20%; mientras que, finalmente, las cantidades superiores a los 600.000 euros tributarán a un 30%. Asimismo, ÁLVAREZ ÁLVAREZ se muestra contrariado con el sistema de concesión de licencias de exportación, al considerar que debería restringirse exclusivamente a aquellos bienes que merecen una máxima protección, sin atender a criterios más o menos cuestionables

tasas sólo se aplican a las exportaciones realizadas fuera del territorio de la Unión Europea⁸⁸³ y, asimismo, quedan excluidos de ser gravados los bienes que tengan menos de cincuenta años, así como aquellos que tengan entre cincuenta y cien años de antigüedad siempre y cuando su valor económico se sitúe por debajo de los umbrales fijados reglamentariamente⁸⁸⁴. A pesar de todo, en palabras de MCANDREW, esta tasa sí puede resultar problemática para galerías que trabajan principalmente con arte antiguo o bien con arte moderno de elevado valor, especialmente cuando asisten a ferias internacionales. En tales supuestos, difícilmente pueden competir en términos de precios con galerías de terceros países que no cuentan con exacciones similares. De hecho, señala la autora británica que, con la finalidad de evitar el pago de esta tasa, «*ciertas galerías han creado en países como el Reino Unido entidades que emplean para realizar operaciones extracomunitarias a un coste mucho menor*», situación con la que sale perdiendo nuestro país, puesto que «*ello representa una considerable pérdida neta para la economía española, ya que en esos casos todo el IVA se paga en el Reino Unido y no en España*»⁸⁸⁵.

b) Imposición directa: gravámenes e incentivos fiscales

Contrariamente a lo que se pueda pensar, la mayoría de Estados con mercados artísticos más o menos desarrollados no cuentan en su legislación con singularidades específicas en materia de imposición directa dirigidas a fomentar la producción artística y su conservación. Al contrario, en la mayoría de casos, tan sólo hallamos medidas aisladas que, en gran parte, están dirigidas a la cesión o transferencia de obras de patrimonio histórico a las administraciones públicas o a entidades sin ánimo de lucro.

En cualquier caso, los diferentes agentes que participan en el mercado del arte se encuentran sujetos a un marco normativo donde tienen que afrontar impuestos sobre beneficios por la venta de obras de arte, impuestos sobre el patrimonio por su mera tenencia o impuestos sobre donaciones y sucesiones cuando la obra es objeto de una transmisión *inter vivos* gratuita o *mortis causa*. Por lo tanto, si un país cuenta con un mercado artístico potente y, además, establece mejores condiciones fiscales para los su-

como su valoración económica (ÁLVAREZ ÁLVAREZ, José Luis. «Patrimonio Histórico y mercado único». En: *Estudios Jurídicos sobre el Patrimonio Cultural de España*. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2004, p. 492).

⁸⁸³ En los términos recogidos en el *Reglamento (CE) n° 116/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la exportación de los bienes culturales*.

⁸⁸⁴ Los valores que deben superar las piezas que cuenten entre cincuenta y cien años de antigüedad para ser gravadas, son los siguientes: en el caso de los dibujos, grabados y fotografías, la valoración deberá superar los 15.000 euros; para las acuarelas, aguadas y pasteles, el valor deberá ser superior a 30.000 euros; en el caso de las esculturas, el umbral se sitúa en 50.000 euros; finalmente, los cuadros deberán superar un valor de 150.000 euros (cfr. Reglamento (CE) n° 116/2009, anexo).

⁸⁸⁵ Cfr. MCANDREW, Clare. *El mercado español del arte en 2014, cit.*, p. 48.

jetos pasivos de sus impuestos directos, es probable que, por un lado, atraiga a artistas y empresas que quieran establecerse en su territorio y, por otro lado, motive a coleccionistas e inversores a declarar todas sus transacciones⁸⁸⁶.

i) Artistas

En España, el artista plástico no tienen ningún estatuto jurídico especial –debe darse de alta en el censo de la Agencia Tributaria y cotizar en el régimen de autónomos de Seguridad Social, como cualquier otro profesional– y los beneficios que obtenga por razón de su trabajo –salvo que estuviera contratado por cuenta ajena, hecho inusual– tendrán la calificación de rendimientos de la actividad económica. Así, tributarán por la base general del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), donde se aplica una escala de tarifas, en función de la Comunidad Autónoma, entre el 20% y el 48%, de manera progresiva⁸⁸⁷. El problema al que se enfrentan este tipo de artistas es la naturaleza inestable de sus percepciones económicas, debido a que es habitual en el sector que la producción de determinadas obras se alargue en el tiempo, período en que el autor no cuenta con ningún ingreso y, en cambio, obtenga todo su rendimiento de una sola vez, con la correspondiente venta en el mercado primario. El sistema tributario español penaliza esta situación, al no prever mecanismos de ajuste que permitan al profesional imputar sus rendimientos a diferentes ejercicios, mientras que en países como el Reino Unido o Alemania, en tales supuestos, se realizan promedios para ajustar los niveles de esas rentas variables, lo que permite al artista estabilizar su contribución fiscal⁸⁸⁸.

Asimismo, cabe destacar que las obras realizadas por el propio autor, mientras se mantienen en su propiedad, se encuentran exentas de tributación por Impuesto sobre el Patrimonio. Éste es el modelo que siguen los dos únicos países en la Unión Europea que cuentan con un impuesto que grava la fortuna, esto es, el valor de los bienes de los que

⁸⁸⁶ VETTESE atribuye el *boom* del coleccionismo empresarial americano y japonés a que, en su momento, gozó de una legislación especialmente favorable con los compradores, que permitía descontar de los impuestos buena parte del dinero gastado en comprar obras de arte. Sin embargo, la legislación norteamericana ha ido aboliendo deducciones y exenciones y su progresiva rigidez le ha ido acercando al modelo europeo. Por su parte, en Japón, hasta hace relativamente poco, las empresas podían registrar entre sus costes empresariales sus colecciones de arte con desgravaciones fiscales que suponían la financiación por parte del Estado de porcentajes cercanos al 25% de la obra –por ejemplo, como ocurrió con «*Los Girasoles*» de Van Gogh (*Invertir en arte...*, *cit.*, pp. 215 y 216).

⁸⁸⁷ El IRPF es un impuesto cedido parcialmente a las Comunidades Autónomas. En el caso de Catalunya, la escala autonómica aplicable a la base liquidable, combinada con la escala estatal, nos sitúa en un rango de tarifas entre el 22% y el 48% (*vid.* Disposición adicional trigésima primera de la *Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio*).

⁸⁸⁸ Cfr. MCANDREW, Clare. *El mercado español del arte en 2014*, *cit.*, p. 68.

dispone una persona física, que son España y Francia⁸⁸⁹. Un criterio contrario nos llevaría al absurdo de que la creación artística estuviera directamente gravada, a no ser que fuera inmediatamente enajenada, lo que supondría, a todos los efectos, el mayor elemento desincentivador posible para la producción y divulgación de nuevas obras de arte.

ii) Profesionales del mercado del arte

Los profesionales del mercado del arte realizan una actividad de carácter empresarial, sea individualmente –personas físicas– o bajo un tipo societario mercantil –personas jurídicas–. Con arreglo a la normativa fiscal española, los empresarios individuales tributarán sus rendimientos de la actividad por IRPF, encontrándose con las mismas dificultades expuestas para los artistas, debido a que operan con productos con baja rotación de *stock*. En cambio, las empresas constituidas como sociedades mercantiles –la gran mayoría de galerías, casas de subastas, comercios especializados, etc.– tributarán por el régimen general del Impuesto de Sociedades, con un tipo de gravamen del 25%, salvo para empresas de reciente creación, que en los dos primeros períodos impositivos en que la base imponible sea positiva, podrán tributar a un tipo reducido del 15%⁸⁹⁰.

El tipo aplicable al beneficio de las compañías es una de las variables que éstas valoran al momento de establecerse en un determinado país, puesto que la obtención de un mejor trato fiscal les permite ampliar sus márgenes de beneficios⁸⁹¹. No obstante, los principales Estados con mayor tráfico de arte, como es el caso del Reino Unido o de los Estados Unidos, a grandes rasgos, no cuentan con una fiscalidad sobre los beneficios societarios más ventajosa que la española. Así, las compañías británicas tributan a un tipo del 20% por los primeros £300.000 euros y de un 21% por el exceso de esa cantidad⁸⁹². Por su parte, en los Estados Unidos, los impuestos a sociedades se aplican combinando un tipo federal, determinado a partir de una escala progresiva entre el 15% y el 38%, con un tipo añadido estatal, que fija independientemente cada uno de los Estados

⁸⁸⁹ En España, se encuentra regulado en la *Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio*. Por su parte, en Francia, el llamado *Impuesto de Solidaridad sobre la Fortuna* se regula en el artículo 885 del *Code Général des Impôts*.

⁸⁹⁰ Cfr. artículo 29 de la *Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades*. Cabe añadir, como principales excepciones al tipo general del 25%, que las sociedades cooperativas especialmente protegidas tributarán a un tipo del 20%, las entidades sin fines lucrativos reguladas en la Ley 49/2002 lo harán a un tipo del 10%, y las Sociedades de Inversión de Capital Variable (SICAV) tributarán a un tipo de Impuesto de Sociedades de tan sólo el 1%.

⁸⁹¹ En la UE, cualquier empresa puede entregar bienes o prestar servicios en diferentes países, con apenas restricciones, siempre y cuando tenga nacionalidad de un Estado miembro de la Unión y opere dentro del EEE. Sin embargo, en general, donde tenga domiciliada su actividad principal será donde tributará sobre los beneficios.

⁸⁹² Para una información actualizada sobre los tipos del *corporation tax* británico, *vid.* la página web del gobierno del Reino Unido <<https://www.gov.uk/corporation-tax-rates/rates>>.

federados –por citar tres de ellos con mercados del arte destacados, nótese que el Estado de Nueva York añade un 7,1%; el de California, un 8,84%; y el de Illinois, un 7,3%⁸⁹³.

iii) Adquirentes (coleccionistas)

De los agentes que intervienen en el mercado del arte, aquellos a los que les resulta aplicable, en derecho comparado, una mayor particularidad en materia fiscal son los coleccionistas. Normalmente, éstos deben tributar los rendimientos obtenidos de eventuales explotaciones de las obras como rendimientos del capital mobiliario⁸⁹⁴ y, lo que es más común, las ganancias patrimoniales derivadas de reventas de obras, calculadas a partir de la diferencia entre el valor de adquisición y el valor de transmisión⁸⁹⁵. En nuestro país, en ambos casos los tipos aplicables vendrán determinados por la escala de la base del ahorro, que se sitúa entre el 19% y el 23%, por lo que se aplica a las ganancias patrimoniales uno de los tipos más elevados de toda la Unión Europea. Piénsese que en otros Estados miembros estas plusvalías están exentas de tributación, como es el caso de los Países Bajos, mientras en otros se aplican notables reducciones en función del tiempo que ha transcurrido entre la adquisición y la enajenación⁸⁹⁶.

Por otra parte, sí existe en España una suerte de sistema de deducciones y exenciones vinculado, en cierto modo, al coleccionismo y a la tenencia de bienes artísticos, esencialmente con relación al IRPF⁸⁹⁷, al Impuesto de Patrimonio⁸⁹⁸ y al Impuesto sobre

⁸⁹³ Asimismo, para consultar todos los tipos de gravamen establecidos por cada Estado federado, *vid.* la página web <<http://www.usa-federal-state-company-tax.com>>.

⁸⁹⁴ Cfr. artículo 25 de la Ley 36/2005 del IRPF.

⁸⁹⁵ Cfr. artículos 34 a 36 de la Ley 36/2005 del IRPF. Cuando la transmisión se realice a título gratuito, el valor deberá ser calculado en función del mercado. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que cuando dicha donación se realiza en favor de una entidad beneficiaria de la Ley 49/2002, la plusvalía se encuentra exenta de tributación, a diferencia de lo que sucede con las donaciones entre particulares u otras entidades.

⁸⁹⁶ Así sucede en el Reino Unido, Francia, Alemania o Italia (*vid.* FUNDACIÓN ARTE Y MECENAZGO. Informe *Sobre el estatuto jurídico tributario del coleccionista...*, *cit.*, pp. 38 ss.). Por ejemplo, en Alemania las plusvalías no están sujetas a tributación de impuesto sobre la renta siempre y cuando sea haya enajenado por una persona a título particular y haya transcurrido más de un año entre la adquisición y la reventa (cfr. *ibidem*, p. 45). En el Reino Unido también cuentan con un mecanismo de exención de tributación de las plusvalías, conocido como *Private Treaty Sales*. Por el mismo, si el titular de un bien considerado integrante del patrimonio cultural del Reino Unido lo vende al Estado, se podrá beneficiar de la exención de IRPF por ese incremento de valor entre precio de compra y reventa (cfr. *ibidem*, p. 41).

⁸⁹⁷ Se cuenta con una deducción del 15% en la cuota del IRPF –sin que pueda exceder del 10% de la base liquidable– para gastos o inversiones destinadas al mantenimiento o conservación de bienes de interés cultural o bien a la adquisición en el exterior de bienes del Patrimonio Histórico Español que permanezcan en el patrimonio del sujeto pasivo un mínimo de cuatro años (cfr. artículo 68 de la Ley 36/2005 de IRPF).

⁸⁹⁸ Se hallan exentos de tributación por Impuesto de Patrimonio los supuestos en que se trate de bienes del Patrimonio Histórico Español o registrados como Bienes de Interés Cultural;

Sucesiones y Donaciones⁸⁹⁹. Sin embargo, el aspecto más destacado dentro de nuestra legislación con relación a la fiscalidad de los coleccionistas es un régimen de incentivos (mecenazgo) por causa de donativos⁹⁰⁰ realizados a ciertas entidades, con amparo en la *Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de entidades sin fines lucrativos e incentivos fiscales al mecenazgo*. Éste consiste en el derecho de deducción, en la cuota de IRPF o de Impuesto sobre Sociedades, de parte de las cantidades o bienes⁹⁰¹ donados en favor de entidades beneficiarias del mecenazgo, siempre que éstas no tengan ánimo de lucro y hayan sido declaradas de utilidad pública⁹⁰².

Con todo, las deducciones e incentivos planteados en la normativa española se quedan lejos de medidas tributarias establecidas por terceros países. Así, países como el

cuando el valor de la obra de arte se encuentre por debajo de ciertos umbrales (cfr. artículo 26 del Real Decreto 111/1986, que clasifica los tipos de obras plásticas exentas por categorías y establece los umbrales por debajo de los cuales se podrá invocar la exención) y «*cuando hayan sido cedidos en depósito permanente por un período no inferior a tres años a museos o instituciones culturales sin fin de lucro para su exhibición pública, con independencia de su valor. La exención es aplicable mientras los bienes se encuentran depositados*» (cfr. artículo 4.Tres.a) de la Ley 19/1991, del Impuesto sobre el Patrimonio).

⁸⁹⁹ Respecto a tales deducciones en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, cabe destacar que las obras de arte deben formar parte de la base imponible del Impuesto, sin ninguna particularidad respecto a otros bienes, salvo cuando pertenecen al Patrimonio Histórico y se transmiten *mortis causa* o se donan al cónyuge o descendientes, en cuyo caso se aplica una reducción a la base liquidable del impuesto del 95%, siempre y cuando el heredero o donatario conserve diez años la misma dentro de su patrimonio (cfr. artículo 20.7 de la *Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*). En este sentido, cabe mencionar que, si se trata de una donación, para poder gozar de la reducción, se exige que el donante tenga 65 años –o más– o incapacidad permanente al momento de la transmisión. Adicionalmente, en el caso de Catalunya, el artículo 25 de la *Llei 19/2010, del 7 de juny, de regulació de l'impost sobre successions i donacions*, establece que: «*en les adquisicions per causa de mort que corresponguin al cònjuge, als descendents, als ascendents o als col·laterals fins al tercer grau del causant, es pot aplicar en la base imposable una reducció del 95 % del valor dels béns culturals d'interès nacional (...) català (...) o d'altres comunitats autònomes (...) i una reducció del 95 % del valor de l'obra pròpia dels artistes (...) si el causant és el mateix artista*».

⁹⁰⁰ En opinión de MUÑOZ DEL CASTILLO (*op. cit.*, p. 41), los conceptos legales denominados *donativos* y *aportaciones* son reconducibles a la donación, ya que en este contexto son disposiciones gratuitas de bienes a favor de las entidades beneficiarias. Además, se requiere que sean actos irrevocables, puros y simples, calificativos propios de las donaciones

⁹⁰¹ Cfr. artículo 18 de la Ley 49/2002. Piénsese que, en el caso de donaciones en especie, la deducción sólo es aplicable si los bienes forman parte del PHE o se trata de una constitución gratuita de un derecho real de usufructo sobre estos bienes a favor de la entidad.

⁹⁰² A finales de 2014 se introdujo una reforma fiscal para promover el micromecenazgo cuando el donante es una persona física. Ello da derecho al contribuyente, sobre el conjunto de donativos, donaciones y aportaciones realizadas a las entidades sin fines lucrativos reguladas en la Ley 49/2002, a deducirse de la base liquidable del IRPF un 75% de los primeros 150 euros y un 30% del resto del importe de la deducción (cfr. artículo 19 de la Ley 49/2002). Téngase en cuenta que, como régimen transitorio, durante el ejercicio 2015 los tipos de porcentajes de deducción serán del 50% para los primeros 150 euros y del 27,5% para el resto de la cantidad deducible. Mientras tanto, para las sociedades, la deducción es de un 35% del importe donado, sin que pueda superar el 10% de la base del período impositivo –aunque, en caso de exceso del límite apuntado, podrá aplicarse a lo largo de los diez ejercicios inmediatamente posteriores–.

Reino Unido o los Estados Unidos cuentan con grandes ventajas fiscales para personas físicas que reciben bienes artísticos a su patrimonio⁹⁰³; mientras las deducciones por mecenazgo, por su importancia, tienen la consideración de verdaderos incentivos fiscales.

En este último aspecto, el Reino Unido cuenta con una deducción similar a la española por razón de donaciones a organizaciones benéficas pero, en lugar de aplicarse aquélla con un porcentaje parcial del importe donado, el donante obtiene un beneficio fiscal más que proporcional a la cantidad o valor donado. Por su lado, en el país norteamericano existen grandes incentivos fiscales a la donación de obras de arte a determinadas entidades sin ánimo de lucro, con deducciones calculadas en función del valor de mercado y que pueden llegar hasta el 50% del importe total de la renta a declarar⁹⁰⁴.

c) Controles administrativos de las transacciones

El avance en las telecomunicaciones y la globalización de los mercados ha facilitado ciertas prácticas ilícitas que se aprovechan de dicho contexto. Algunas de éstas, especialmente las relacionadas con el blanqueo de capitales, se hospedan con facilidad

⁹⁰³ Para empezar, en el Reino Unido no existe imposición en el caso de donaciones propiamente dichas, aunque el Impuesto de Sucesiones británico sí grava aquellas donaciones realizadas dentro de los siete años anteriores al fallecimiento del donante. Por este motivo, los coleccionistas han empleado recurrentemente la figura de los *trusts*. Esto es, donan sus colecciones en vida para evitar el impuesto de sucesiones, pero no en favor de sus legítimos sucesores, sino de un *trust* o patrimonio impersonal, con el fin de conservar todas sus piezas, sin que puedan dispersarse. Sin embargo, este esquema se halla en peligro por una reforma fiscal reciente, que establece que las donaciones a *trusts* tributarán al tipo fijo del 20% y, adicionalmente, un 6% del valor de sus activos cada 6 años, salvo que se cumplan ciertas condiciones. De todos modos, este país también cuenta con instituciones jurídicas de gran tradición enfocadas a paliar la carga fiscal en la sucesión de obras de arte. Así, el *Conditional Exemption* permite que, cuando los bienes adquiridos por sucesión son calificados como de interés nacional y se ponen a disposición del público, manteniéndolos en el territorio y permitiendo su acceso, están exentos de tributación. Por su parte, la llamada *Acceptance in Lieu* permite liquidar el pago del Impuesto de Sucesiones con obras de arte. El beneficio fiscal que se deriva de la utilización de este mecanismo es que el sujeto pasivo del impuesto es capaz de recuperar, después del pago de impuestos, una cantidad mayor del valor del bien dado en pago que si se hubiera puesto a la venta por medio de otro mecanismo, como por ejemplo, en una subasta (*vid. FUNDACIÓN ARTE Y MECENAZGO. Informe Sobre el estatuto jurídico tributario del coleccionista en España..., cit., pp. 39 ss.*). En el caso de los Estados Unidos, este país tiene un mejor marco normativo que el nuestro relativo a las adquisiciones de obras de arte *mortis causa* o mediante donaciones: hay un mínimo exento elevado –2 millones \$ en la sucesión y 1 millón \$ en la donación–, a partir de cuyo exceso se debe aplicar un tipo fijo del 46%, amén de los porcentajes suplementarios que pueda aplicar cada Estado federado (*vid. ibidem, pp. 37 y 38*).

⁹⁰⁴ *Vid. FUNDACIÓN ARTE Y MECENAZGO. Informe Sobre el estatuto jurídico tributario del coleccionista..., cit., pp. 38 y 39.*

en el mercado del arte, debido a la opacidad de éste y a la consecuente complejidad para acceder a la información de las operaciones por parte de las administraciones públicas⁹⁰⁵.

En esta tesitura, la compraventa de bienes de arte es considerada una actividad de riesgo, así que los profesionales del mercado del arte son sujetos obligados en la aplicación de medidas contra el blanqueo de capitales y financiación del terrorismo⁹⁰⁶, cuando transmitan o intermedien por obras de valor igual o superior a 15.000 euros⁹⁰⁷, momento en que tendrán que registrarse como intermediarios e imponer controles a las transacciones⁹⁰⁸. Uno de los principales escollos que encuentran quienes pretenden blanquear dinero mediante la adquisición y reventa de obras de arte son los límites a los pagos en metálico⁹⁰⁹, extremo que ha provocado que dichos sujetos –pudiendo haber entre ellos coleccionistas de arte– hayan tenido que optar por pagar por otros medios, intentando seguir sin dejar rastro⁹¹⁰.

Evidentemente, si un Estado es más laxo con las cuestiones relativas a control administrativo de las transacciones, permitirá mayores incorporaciones en su mercado nacional de obras de contrabando, así como entradas de capital en el país sin declarar. Ello provocará que se produzcan altos niveles de blanqueo de capitales; pero, no hay duda, sus mercados atraerán a adquirentes extranjeros con grandes cantidades de dinero en efectivo y, a la postre, sus economías reflejarán unos mejores resultados. Tampoco es

⁹⁰⁵ La Unión Europea ha adoptado medidas para prevenir el blanqueo de capitales. En especial, la *Directiva 2005/60/CE, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo*, cuya plasmación normativa en España se halla en la *Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, con su correspondiente desarrollo reglamentario (LPBCFT)*.

⁹⁰⁶ Cfr. artículo 2.1.r) LPBCFT.

⁹⁰⁷ Cfr. artículo 38 LPBCFT.

⁹⁰⁸ Las medidas de diligencia debida a aplicar por el sujeto obligado se establecen de manera detallada en el *Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo*. Algunas de estas medidas son el deber de conservación de la información de la operación y la identificación de los clientes durante 10 años; o la obligación del profesional, cuando el adquirente es una persona jurídica, de identificar al titular real de la misma –es decir, el sujeto persona física que ostenta un 25% o más de las acciones o participaciones de la sociedad–.

⁹⁰⁹ Por otra parte, el artículo 7 de la *Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude*, establece la limitación de pagos en efectivo, cuando una de las partes intervinientes actúe en calidad de empresario o profesional, con un importe igual o superior a 2.500 euros o su contravalor en moneda extranjera. El citado importe se aumenta hasta los 15.000 euros o su contravalor en moneda extranjera cuando el pagador sea una persona física que justifique que no tiene su domicilio fiscal en España y no actúe en calidad de empresario o profesional.

⁹¹⁰ *Vid.* CALLEGARI, André Luis. *El delito de blanqueo de capitales en España y Brasil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación de Filosofía y Derecho, 2003, p. 87.

de extrañar que la comunidad internacional tenga puestos sus focos en los países donde se origina la actividad ilícita, pero también en los llamados *países de destino*⁹¹¹. Éstos, a pesar de, en ocasiones, disponer de una política legislativa suficientemente restrictiva contra estas actuaciones, acogen grandes cantidades de dinero ilícito, lo que les permite, indirectamente, mejorar el posicionamiento mundial de su mercado nacional de arte.

2.3. LA IMPOSICIÓN INDIRECTA: INCIDENCIA DEL IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO

a) Relación entre el IVA y el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales

Existen dos impuestos indirectos que pueden gravar la transmisión de una obra de arte. Por un lado, el Impuesto sobre el Valor Añadido, que recae sobre el tráfico empresarial si al menos una de las partes de la transacción actúa en calidad de empresario o profesional sujeto a una actividad económica. Por otro lado, el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados⁹¹², concretamente en su modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas (en adelante, ITP), que grava solamente aquellas transacciones que tienen lugar en el tráfico civil o entre particulares⁹¹³.

Ciertamente, la incidencia de ambos impuestos en el mercado del arte es muy dispar. Mientras el IVA es un impuesto que se liquida en la mayoría de operaciones del tráfico empresarial, porque los sujetos obligados a su recaudación están obligados a llevar un registro de ingresos y se encuentran fiscalizados por las administraciones tributarias, el ITP sólo deberá pagarse si la reventa de la obra de arte se da entre dos partes que no actúan como empresarios⁹¹⁴. Nótese que en algunas de esas reventas no sería aplica-

⁹¹¹ China es uno de los países de destino principales si tomamos como referencia el análisis del blanqueo de capitales en España que realiza el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (*vid.* Memoria 2013 del SEPBLAC, p. 36. Disponible en: <http://www.sepblac.es/espanol/informes_y_publicaciones/memoria2013.pdf>).

⁹¹² Este impuesto se regula en el *Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*.

⁹¹³ Para analizar la relación entre ambos impuestos, también en sus otras modalidades, *vid.* HERRERA MOLINA, Pedro M.; PUERTO RODRÍGUEZ-MONTAÑÉS, M^a del Mar, *op. cit.*, p. 539.

⁹¹⁴ En tales casos, para calcular la cuota tributaria del ITP hay que aplicar a la base imponible, que es el valor real del bien o derecho (en este sentido, *vid.* Resolución de la DGT de 10 de abril de 2003), el tipo de gravamen que corresponda. Éste, en defecto de regulación autonómica, será de un 4%. No obstante, las Comunidades Autónomas tienen la posibilidad de regular sus tipos propios para este impuesto. En el caso de Catalunya, se optó por incrementar hasta un 10% el tipo para las transmisiones de bienes inmuebles urbanos y, sin embargo, se ha mantenido el tipo general del 4% para las de bienes muebles, excepto en el caso de los vehículos. Por otro lado, tenemos el ejemplo de Andalucía, donde se aplica un 8% para la transmisión de embarcaciones de más de 8 metros de eslora, vehículos de más de 15 caballos de potencia fiscal y

ble el *droit de suite*, ya que tendrían la consideración de transmisiones privadas. Aun así, no olvidemos que si en la transacción hubiera participado un profesional del mercado del arte como intermediario –no como vendedor o comprador, ya que en esos casos, normalmente, devengaría IVA–, el correspondiente ITP sería exigible a la parte compradora⁹¹⁵ y, de superar el umbral de activación, el crédito de participación tendría que ser liquidado por la parte vendedora. De todos modos, a decir verdad, una gran cantidad de objetos artísticos se transmiten entre particulares cada año, pero pocos sujetos pasivos de este impuesto acaban liquidándolo⁹¹⁶. Cuando se trata de transmisiones onerosas de bienes muebles, ante la ausencia de registros públicos que exijan la inscripción de la misma –a diferencia de los bienes inmuebles y excepción hecha de bienes pertenecientes PHE–, difícilmente alguien ajeno a las partes, incluyendo los poderes públicos, podrán conocer las características de la compraventa, siquiera su existencia.

Adicionalmente, la carencia de figuras claramente equiparables al ITP en derecho comparado lo convierten en un impuesto sin mucho interés en el mercado global del arte; todo lo contrario que el IVA, que, por sus efectos económicos tanto en el mercado primario como en el secundario, sí requiere un análisis con mayor profundidad.

b) El IVA en las transacciones de arte

La urgencia armonizadora en la regulación del *droit de suite* en los Estados miembros de la Unión Europea –así como los esfuerzos realizados por parte de la misma para conseguir su implementación en otros Estados que no contemplaban el derecho y contaban con plazas artísticas relevantes– se justificó, principalmente, a partir de la ne-

«objetos de arte y antigüedades» (cfr. artículo 25 ter del Decreto Legislativo 1/2009, de 1 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de tributos cedidos).

⁹¹⁵ El artículo 8 del Real Decreto Legislativo 1/1993 reza: «estará obligado al pago del Impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: a) En las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere (...)».

⁹¹⁶ La importancia recaudatoria del ITP para las transmisiones de bienes muebles es menor, porque los precios de las compraventas suelen ser exiguos y se llevan a cabo en la esfera privada, donde la administración tiene poco poder de control y, por motivos de eficiencia, tampoco destina muchos recursos a investigar este tipo de fraude fiscal. Sin embargo, técnicamente, sea cual sea el precio de la transmisión, las transacciones de arte no escapan del ámbito de aplicación del ITP, puesto que el adquirente de la obra estaría obligado al pago en el caso de «las transmisiones patrimoniales de bienes y derechos, cualquiera que sea su naturaleza, que estuvieran situados, pudieran ejercitarse o hubieran de cumplirse en territorio español» y también en «en territorio extranjero, salvo que se trate de inmuebles en el extranjero o de operaciones realizadas en el extranjero con efectos fuera del territorio español, siempre que el obligado al pago del impuesto tenga su residencia en España» (cfr. HERRERA MOLINA, Pedro M.; PUERTO RODRÍGUEZ-MONTAÑÉS, M^a del Mar, *op. cit.*, p. 555).

cesidad de evitar la posible distorsión que podía producirse entre los diferentes mercados artísticos comunitarios, ya que éstos competían en desigualdad de condiciones.

Pese a todo, no puede entenderse la acción igualadora llevada a cabo por la Directiva 2001/84/CE, si no se contextualiza como acompañante de una armonización fiscal en la Unión Europea, iniciada años antes, con relación a la imposición indirecta⁹¹⁷. Por supuesto, si es aceptado el discurso de que el reconocimiento o no de un derecho de participación –o de su regulación con porcentajes sustancialmente diferentes– sobre la reventa de una obra de arte en beneficio de su autor puede provocar la deslocalización de dicha operación hacia un país con condiciones más favorables en este sentido, debería ser igualmente tenido en cuenta que los tipos impositivos de IVA coexistentes en la Unión y aplicables a las importaciones y entregas de obras de arte no son iguales entre los diferentes Estados miembros⁹¹⁸. En este sentido, nótese que el considerando 4º de la Directiva 2006/112/CE (actual Directiva IVA) ya destacaba esta cuestión entre los objetivos principales del texto legal:

La consecución del objetivo del establecimiento de un mercado interior exige la aplicación en los Estados miembros de legislaciones en materia de impuestos sobre el volumen de negocios que no falseen las condiciones de competencia y que no obstaculicen la libre circulación de bienes y servicios. (...) con objeto de eliminar, en la medida de lo posible, y tanto en el plano nacional como en el plano comunitario, los factores susceptibles de falsear las condiciones de competencia.

Así las cosas, un aspecto que tendrá decisiva repercusión a la hora de determinar el grado de armonización entre los diferentes Estados miembros respecto a la aplicación del IVA y, a la postre, en la importación y entrega de objetos de arte, será el tipo de gra-

⁹¹⁷ El objetivo de armonizar las legislaciones internas de los Estados miembros en lo que respecta al IVA surgió relativamente pronto a nivel comunitario, lo que se tradujo en la *Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo 1977, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios - Sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido*, denominada *Sexta Directiva*. Debido a las sucesivas modificaciones que dicho texto legal fue sufriendo con los años –introducidas en gran medida por la *Directiva 94/5/CE del Consejo, de 14 de febrero de 1994, por la que se completa el sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido* y por la que se modifica la *Directiva 77/388/CEE, sobre el régimen especial aplicable a los bienes de ocasión, objetos de arte, antigüedades y objetos de colección*–, se acabó aprobando años después la refundición de la misma, mediante la *Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido* (Directiva IVA).

⁹¹⁸ El tipo impositivo y la base imponible son los elementos de la relación jurídico-tributaria que contribuyen a la cuantificación de la deuda tributaria (*vid. Manual del Impuesto sobre el Valor Añadido*, dir. DE BUNES IBARRA, José Manuel. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2008, p. 822). En el caso del IVA, las bases imponibles de las transacciones de las obras de arte se hallan sujetas y su determinación, como se verá, dependerá del precio o de la aplicación de un régimen especial sobre el margen. Pero donde tiene posibilidad, sin duda, el legislador europeo para generar una mayor igualdad o establecer diferencias es mediante el tipo de gravamen.

vamen a aplicar sobre la transacción⁹¹⁹. No obstante, el establecimiento sistemático de tipos unificados de IVA para toda la Unión Europea se presenta como una utopía de imposible realización, ya que significaría presuponer que todos los países comunitarios cuentan con realidades socio-económicas idénticas, premisa refutable sin precisar aquí de mayor análisis. Por ello, el legislador europeo sólo ha tratado de armonizar gradualmente este aspecto a partir de los tipos de gravamen exigibles que se exponen seguidamente: *i*) el denominado *tipo normal*, por el que los Estados miembros no pueden aplicar un tipo de gravamen inferior al 15%, a pesar de la pretensión de la Unión Europea de realizar una futura revisión, supuestamente al alza⁹²⁰ y *ii*) los denominados *tipos reducidos*, ya que la Directiva IVA deja la puerta abierta a que los Estados miembros apliquen «*uno o dos tipos reducidos*» para determinadas entregas de bienes y prestaciones de servicios, en concreto a las incluidas entre las categorías que se encuentran listadas en el anexo III del referido texto legal⁹²¹. En principio, tales tipos no podrán fijarse en un porcentaje sobre la base imponible inferior al 5%; sin embargo, entre los Estados comunitarios, encontramos varias excepciones de tipos reducidos inferiores a dicho umbral, aunque, en teoría, todas ellas tienen carácter temporal⁹²².

⁹¹⁹ Con el objetivo de evitar distorsiones en la competencia, además de establecerse una base uniforme, hacía falta una unificación de los tipos impositivos. Para ahondar en las motivaciones para el establecimiento de los límites de los tipos, *vid. Manual del Impuesto sobre el Valor Añadido*, dir. DE BUNES IBARRA, José Manuel, *cit.*, p. 823.

⁹²⁰ En la Directiva 2006/112/CE se establecía que el tipo mínimo del 15% se mantendría hasta el 31 de diciembre de 2010 y que, llegada esa fecha, el Consejo debería decidir cuál sería el nuevo tipo normal mínimo. Sin embargo, la Directiva 2010/88/UE del Consejo, de 7 de diciembre de 2010, sobre este objeto, dispuso que «*resulta adecuado mantener el nivel mínimo de tipo normal actual en el 15% por un período adicional lo suficientemente largo como para garantizar la seguridad jurídica, permitiendo al mismo tiempo una revisión ulterior*». Este período adicional se fijó hasta finales de 2015 y, en consecuencia, se modificó el artículo 97 de la Directiva IVA, que quedó redactado como sigue: «*Desde el 1 de enero de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2015, el tipo normal no podrá ser inferior al 15%*». No obstante, todo indica que ese plazo será rebasado sin cambios. En otro orden de cosas, debido a la transposición de la normativa comunitaria al ordenamiento interno, España tuvo que incrementar su tipo general desde un 12% hasta un 15%, en enero de 1993, para dar cumplimiento a la regulación armonizadora de una de las modificaciones de la *Sexta Directiva*. A pesar de ello, desde esa fecha, y como resultado de las diferentes políticas recaudatorias de los Gobiernos españoles y a las presiones provenientes desde el propio seno de la Unión Europea, España ha ido incrementando, de manera gradual, el tipo general, hasta situarlo en un 21%.

⁹²¹ En cualquier caso, el artículo 100 de la Directiva IVA faculta al Consejo para que, basándose en un informe de la Comisión, pueda revisar, cada dos años, las categorías incluidas en la lista del anexo III.

⁹²² Los Estados miembros deben, en teoría, establecer para sus ordenamientos internos uno o dos tipos reducidos superiores o iguales al 5%. Sin embargo, el legislador europeo se ha venido mostrando especialmente flexible en este punto, en atención a diferentes circunstancias observadas en cada Estado miembro, permitiendo la aplicación temporal de tipos reducidos por debajo del umbral genérico apuntado, que será aplicable, según la propia Directiva, «*hasta que se introduzca el régimen definitivo*». Dentro de estas salvedades, se encuentra el caso de España, que, actualmente, cuenta con un tipo reducido, establecido en un 10%, pero también con un tipo denominado superreducido, que se ha mantenido a lo largo de los años, a pesar de las modifica-

Una vez asentadas estas cuestiones preliminares, resulta necesario comprobar si el objetivo armonizador se ha conseguido, aunque sea en parte, para la entrega de bienes que tienen la consideración de obras de arte, teniendo presente que son bienes que normalmente tienen un precio elevado –sobre todo los que son revendidos en más de una ocasión–; por lo que incluso ligeras diferencias impositivas podrían causar agravios comparativos entre mercados.

b.1) Régimen de IVA en España

En España, la legislación de referencia que recoge la regulación del impuesto y transpone la normativa comunitaria en la materia es la *Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor añadido* y el *Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido*, sin perjuicio de otras disposiciones complementarias. Respecto al IVA en las reventas de bienes artísticos, se verá a continuación cómo pueden resultar aplicables dos regímenes con funcionamientos totalmente diferentes.

i) Régimen normal

Las transacciones de obras de arte –operaciones internas, operaciones intracomunitarias e importaciones⁹²³– no se tratan de entregas de bienes incluida en el anexo III de la Directiva IVA. Por lo tanto, *a priori*, no podrían ser operaciones a las que aplicar alguno de los tipos reducidos. Sin embargo, nos hallamos ante una verdadera excepción, recogida expresamente en el artículo 103 de la Directiva IVA:

1. Los Estados miembros podrán establecer que el tipo reducido o uno de los tipos reducidos que apliquen con arreglo a los artículos 98 y 99 se aplique asimismo a las importaciones de objetos de arte (...). 2. Cuando hagan uso de la facultad pre-

ciones legislativas comunitarias y estatales, en un 4% (*vid. Manual del Impuesto sobre el Valor Añadido*, dir. DE BUNES IBARRA, José Manuel, *cit.*, p. 824). El motivo por el que nuestro país puede aplicar un tipo inferior al 5% a determinadas entregas de bienes y prestaciones de servicios –recuérdese, las que se hallen entre las categorías del anexo III de la Directiva–, se explica porque España tuvo que aumentar su tipo impositivo general del 12% al 15%, por tanto, en más de 2 puntos porcentuales. En tales supuestos, se podía continuar aplicando un tipo reducido inferior al exigido en la *Directiva IVA*.

⁹²³ Por exclusión, no entran en la categoría de transacciones de obras de arte ni las importaciones de objetos de arte del artículo 54 de la Ley de IVA, esto es, aquellas «*con carácter educativo, científico o cultural, que se importen por museos, galerías y otros establecimientos (...) y en ningún caso se destinen a la venta*» –que además se encuentran sujetas a autorización administrativa previa–, ni los servicios de artistas y escritores del artículo 20.Uno.26º de la Ley de IVA, en el sentido de la descripción de la Resolución de la DGT nº 299/95, de 15 de noviembre de 1995. Ambos supuestos están exentos de IVA.

vista en el apartado 1, los Estados miembros podrán aplicar igualmente el tipo reducido a las entregas siguientes: a) Las entregas de objetos de arte efectuadas por sus autores o derechohabientes de los mismos; b) Las entregas de objetos de arte efectuadas esporádicamente por un sujeto pasivo distinto del sujeto pasivo revendedor, cuando los objetos de arte hayan sido importados por él mismo, le hayan sido entregados por el autor o derechohabiente o le hayan dado derecho a una deducción íntegra del IVA.

Delimitado el marco comunitario en el que puede moverse España, con relación a los tipos de gravamen de IVA aplicables a las entregas de bienes, en primer lugar se debe señalar que a la anterior excepción –obras de arte– no se le podría aplicar el tipo superreducido español, que es del 4%, ya que éste sólo podrá operar, tal y como se ha visto, de modo exclusivo, para las categorías listadas en el anexo III de la Directiva IVA. En consecuencia, en el caso de las transacciones de arte del mencionado precepto se deberá observar la regla por la cual el porcentaje de la base imponible no puede ser inferior al 5%.

Asimismo, dichas transacciones tampoco pueden ser tratadas de operaciones exentas –materialmente, no se hallan entre los supuestos del artículo 131 y siguientes de la Directiva IVA–. No es ésta una apreciación gratuita, ya que en España, la entrega de la obra de arte realizada por el propio autor estuvo exenta de aplicación de IVA hasta el 1 de enero de 1995⁹²⁴.

En resumen, descartada la exención y la posibilidad de fijar el tipo superreducido, a lo sumo, el Estado español podría optar por aplicar, a las importaciones de objetos de arte⁹²⁵ y a las entregas realizadas por los autores o sus derechohabientes, entre su tipo

⁹²⁴ La primera ley de IVA española, Ley 30/1985, de 2 de agosto, declaró exentas las entregas de obras artísticas originales tales como pinturas, esculturas o grabados, cuando dicha entrega se realizara directamente por parte del autor. De hecho, la primera aprobación de la actual Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto del Valor Añadido, mantuvo esta exención, que finalmente fue derogada por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, para dar cumplimiento a la Directiva 94/5/CE, que modificaba la Sexta Directiva en esta materia, obligando a los Estados miembros a gravar las importaciones y las transacciones artísticas. Por ende, la exención no se contempla hoy en el artículo 20.1.14º de la Ley de IVA, que sí recoge otras exenciones, como las entregas de bienes directamente relacionadas con las prestaciones de servicios exentas realizadas por entidades de Derecho público o por entidades o establecimientos culturales privados de carácter social, tales como visitas a museos y galerías de arte o la organización de exposiciones y manifestaciones similares. Si acaso, como se ha visto, el artículo 54 de la misma ley recoge la única concesión relacionada a estos efectos, aunque alejada de la comercialización de obras de arte.

⁹²⁵ Tal y como explica PELECHÁ, el IVA a la importación no tiene un carácter protector, es decir, no quiere proteger la producción de la UE respecto a la competencia exterior, sino, simplemente, poner a las mercancías importadas en las mismas condiciones de tributación –por lo que IVA respecta– que se aplica a aquellas mercancías que son objeto de operaciones interiores o intracomunitarias (PELECHÁ ZOZAYA, Francisco. *Fiscalidad sobre el comercio exterior: el derecho aduanero tributario*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 179). Asimismo, cabe destacar que las importaciones deben ser de obras de arte originales. A modo de ejemplo, la Comisión Europea resolvió que las piezas artísticas del escultor estadounidense Dan Flavin, famoso por realizar instalaciones con luces fluorescentes, debían considerarse estrictamente instalaciones lumínicas,

normal (21%) o su tipo reducido (10%). Después de varios vaivenes⁹²⁶, actualmente en España, se aplica el tipo reducido del 10% a los supuestos recogidos en el artículo 103 de la Directiva IVA; por lo tanto, es aplicable a *i*) las importaciones de objetos de arte⁹²⁷, *ii*) a las entregas de obras originales realizadas por los propios autores de las mismas o por sus derechohabientes y *iii*) a las entregas llevadas a cabo por empresarios o profesionales que no se dediquen habitualmente a la reventa de obras de arte, cuando tengan «derecho a deducir íntegramente el Impuesto soportado por repercusión directa o satisfecho en la adquisición o importación del mismo bien», esto es, empresarios o profesionales que, a estos efectos, denominaremos *ocasionales*⁹²⁸. Por su parte, el tipo normal del 21% es aplicado para las operaciones generales de reventa de objetos de arte, llevadas a cabo por profesionales del sector, como subastadores o galerías.

Todo ello se traduce en que, en nuestro país, un consumidor final de arte deberá soportar⁹²⁹ un porcentaje del 10% añadido al importe de la transacción (base imponible⁹³⁰) cuando adquiera la obra directamente del autor o de sus derechohabientes –o al

en lugar de arte, por lo que su importación a la Unión Europea debía gravarse con un tipo normal, y no reducido.

⁹²⁶ Sólo por recoger las modificaciones más recientes en este ámbito, cabe destacar que, hasta el 1 de septiembre de 2012, la entrega de un objeto de arte realizada por el autor o su derechohabiente tributaba al tipo reducido –situado en el 7% en aquel momento–, mientras que las reventas realizadas por un profesional iban al tipo general –fijado entonces en un 18%–. Sin embargo, el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, unificó cualquier transacción de obras de arte, fuera quien fuera el vendedor, así como las importaciones, en un 21%. Esta medida, junto con otras de semejante magnitud, fue muy criticada por los diferentes agentes artísticos y se consideró una falta de sensibilidad del Gobierno del momento con el sector de la cultura. El Real Decreto-ley 1/2014, de 24 de enero, enmendó este extremo y la adquisición de objetos de arte volvió al esquema inicial, diferenciando, por un lado, las importaciones y las ventas realizadas por los autores y derechohabientes y, por otro, las ventas realizadas por profesionales, gravando aquéllas con el tipo reducido del 10% y éstas, en principio, con el tipo normal del 21%.

⁹²⁷ El IVA a la importación se devenga cuando se devengan los derechos aduaneros (*vid.* PELECHÁ ZOZAYA, Francisco, *op. cit.*, p.182).

⁹²⁸ Cfr. artículo 91.Uno. 4 de la Ley de IVA. En atención al mismo precepto, también hay que tener en cuenta que esta operación, de modo contrario a la norma general de imposición indirecta, no se grava en destino sino en origen. Por lo tanto, en este caso, será aplicable el porcentaje del 10% a las adquisiciones intracomunitarias cuando el proveedor de los mismos sea el autor, sus derechohabientes o empresarios ocasionales.

⁹²⁹ El adquirente no tendrá derecho a deducción de la cuota soportada, lógicamente, cuando no lleve a cabo una actividad económica que justificara la necesidad de dicha compra. En este sentido, *vid.* FUNDACIÓN ARTE Y MECENAZGO. Informe *Sobre el estatuto jurídico tributario del coleccionista...*, *cit.*, p. 33. Dicho informe destaca que los principales compradores de arte no suelen poder desgravar el IVA soportado, por cuanto éstos normalmente son «*particulares, las entidades sometidas al régimen de prorrata (destacan las entidades bancarias y aseguradoras) y las entidades o instituciones que no realizan actividades empresariales (Fundaciones, Asociaciones, Museos, Organismos Públicos, etc.)*».

⁹³⁰ La base imponible estará formada por el valor declarado en aduana de los bienes objeto de importación más los siguientes conceptos: impuestos y exacciones devengados fuera del TAI y gastos accesorios que se produzcan hasta el primer lugar de destino dentro de dicho territorio (*vid.* MATESANZ, Fernando. *El IVA y el comercio exterior...*, *cit.*, p. 86).

empresario revendedor ocasional, supuesto menos corriente—. Dicho porcentaje se disparará hasta un 21% cuando dicha adquisición se realice a un empresario revendedor de objetos de arte⁹³¹. Una de las consecuencias directas de esta realidad es que los profesionales evitarán modelos de negocio basados en la adquisición y reventa de las obras —cierto es, también por otros motivos, principalmente por el riesgo económico implícito en la operación económica— para adoptar otros modelos basados en la obtención de una comisión por su intervención en facilitar la compraventa entre las partes, donde el IVA sólo sería aplicable sobre ésta⁹³².

A pesar de lo expuesto hasta aquí, es totalmente necesario indicar que los revendedores profesionales pueden aplicar un régimen especial que afecta a las transacciones de obras de arte, lo que reducirá sustancialmente la carga fiscal en la adquisición de las mismas.

ii) Régimen especial de los bienes usados, objetos de arte, antigüedades y objetos de colección

Hemos reiterado que los revendedores empresariales o profesionales de obras de arte deben aplicar un tipo normal de IVA a sus operaciones de transmisión. Sin embargo, existe un régimen especial, de uso facultativo por parte del sujeto pasivo, contemplado en la Directiva IVA⁹³³, que fue ideado para reducir la carga fiscal de los adquirentes de obras de arte y, asimismo, para evitar sobreimposiciones. Con relación a este último punto, piénsese que, en caso contrario, si el vendedor de un bien no pudo deducir el impuesto en el momento de la compra —por ejemplo, por ser un particular—, incorporará al precio de venta parte o todo el impuesto soportado. A su vez, si el adquirente revendedor aplica el régimen general de IVA a la operación de reventa, aquella porción de impuesto

⁹³¹ Si, por el contrario, las ventas de los objetos de arte se realizan a consumidores que no sean residentes en la comunidad y los bienes son exportados fuera de sus fronteras, la transacción estará exenta de IVA, sin perjuicio de las posibles cargas arancelarias y fiscales que el adquirente debiera soportar en su país de residencia. Asimismo, cuando las obras de arte son importadas a la Unión Europea con intención de ser exportadas posteriormente, existe un régimen aduanero suspensivo, denominado de importación temporal —regulado por la Orden de 10 de abril de 1995, sobre autorización del régimen de importación temporal—, que es usado preminentemente por casas de subastas. A efectos fiscales, según los artículos 18.Dos y 24.Uno.1º b) de la Ley 37/1992 de IVA, con ello se permite, durante un plazo general de veinticuatro meses, que el sujeto pasivo no liquide el IVA de la importación, al menos hasta determinar el destino comunitario o extracomunitario de la obra de arte. Para un mayor detalle acerca del Régimen aduanero de importación temporal, *vid. infra*.

⁹³² Cfr. Arts of Council. Dir. MCANDREW, Clare; DALLAS-CONTE, Lorna. *Implementing Droit de Suite...*, *cit.*, p. 24.

⁹³³ Este régimen especial fue regulado por vez primera en la Directiva 94/5/CE y fue transpuesto inmediatamente al ordenamiento español por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social. Actualmente, se halla dispuesto en los artículos 311 y siguientes de la actual Directiva IVA.

no deducido se acabará integrando en la base imponible del importe final⁹³⁴. Por el contrario, con el régimen especial, el IVA sólo es aplicado sobre el margen de ganancia de cada operación⁹³⁵.

En España, este régimen aplicable a los bienes usados, objetos de arte, antigüedades y objetos de colección, se regula en los artículos 135 y siguientes de la Ley 37/1992 del IVA, y se reserva a los empresarios revendedores de objetos de arte – igualmente, se incluye en esta definición a los organizadores de ventas en subasta pública cuando actúen en nombre propio⁹³⁶–, siempre y cuando los referidos bienes hubieran sido adquiridos por el sujeto pasivo –esto es, el revendedor– a personas que no tengan la consideración de empresarios o profesionales, a los propios autores o sus derechohabientes, a empresarios revendedores ocasionales, a entidades que no se hubieran podido deducir el IVA soportado en su adquisición o a otro empresario acogido a este régimen especial. Igualmente, este régimen puede ser aplicado cuando los bienes hubieran sido importados directamente por los empresarios revendedores⁹³⁷.

El presente régimen especial de IVA también tiene un ámbito objetivo delimitado en cuanto a la transacción de objetos de arte, debido a que, como tales, sólo podrán ser considerados aquellos recogidos en el artículo 136.2 de la Ley de IVA. En una clasificación cerrada, *numerus clausus*, el legislador pretende recoger tan sólo obras de arte originales, *sensu contrario*, excluyendo aquellas que, pese a todo, pudieran tener cabida en una categorización de piezas artísticas si se aplicaran otro tipo de parámetros definitivos. Así, hallamos, indicativamente, ejemplares únicos de cuadros, dibujos y esculturas;

⁹³⁴ En tales casos, se ve afectada la necesaria neutralidad del IVA, que opera a través del mecanismo de repercusión y deducciones en la cadena de distribución hasta su consumo final. Así las cosas, se ve alterada y distorsionada si en esa cadena nos encontramos con un consumidor final que no agota el producto, sino que lo reintroduce en el mercado (*Vid. Manual del Impuesto sobre el Valor Añadido*, dir. DE BUNES IBARRA, José Manuel, *cit.*, pp. 1.380 y 1.381). Un ejemplo: un particular compra una obra de arte por 20.000 euros. Por lo tanto, soporta una cuota de IVA de 4.200 euros. Pongamos que revende la obra al cabo de 5 años a un profesional del mercado del arte por 10.000 euros –sin IVA, pero con una cuota implícita de 2.100 euros–. El revendedor profesional, que no pudo deducir IVA en la adquisición, lo vuelve a vender por 15.000 euros. Si aplica IVA a esta operación última, repercutirá 3.150 euros de IVA. Por lo tanto, el último adquirente soportaría 3.150 euros de IVA más el IVA implícito de la transacción precedente, que fue de 2.100 euros.

⁹³⁵ Cfr. Arts of Council. Dir. MCANDREW, Clare; DALLAS-CONTE, Lorna. *Implementing Droit de Suite...*, *cit.*, p. 71.

⁹³⁶ Los artículos 333 y siguientes de la *Directiva IVA* recogen un Régimen especial de ventas en subastas públicas, por el cual el legislador europeo permite un régimen de IVA basado en su aplicación sobre el margen obtenido por la casa de subastas, no sobre el precio del objeto. En cambio, la normativa española ha preferido incluir a los subastadores a quienes van dirigidas estas disposiciones dentro del ámbito objetivo del Régimen especial de los bienes usados, objetos de arte, antigüedades y objetos de colección.

⁹³⁷ Cfr. art. 135. Uno. 1º de la Ley de IVA.

pero también ejemplares múltiples de otro tipo de obras, siempre que, de algún modo, se incorporen al mercado mediante ediciones limitadas y bajo el control del autor⁹³⁸.

La especificidad de este régimen especial es que la base imponible del impuesto no parte del importe de reventa, sino que debe calcularse mediante el margen de beneficio de cada operación –diferencia entre precio de venta, IVA incluido y precio de compra⁹³⁹, IVA incluido–, minorado en la cuota del IVA correspondiente a dicho margen⁹⁴⁰. A continuación, se le aplicará el tipo de gravamen correspondiente –tipo normal, en España, del 21%– a la base imponible obtenida; y el resultado se añadirá al importe de venta, resultando el precio definitivo del objeto de arte para el destinatario final. Además, en las facturas emitidas que documentan estas operaciones no existe obligación por parte

⁹³⁸ La clasificación legal del artículo 136.2 de la Ley de IVA, derivada del anexo IX de la Directiva IVA, que tiene un mero interés fiscal en cuanto a las limitaciones planteadas, recoge las siguientes condiciones:

«a) Cuadros, "collages" y cuadros de pequeño tamaño similares, pinturas y dibujos, realizados totalmente a mano por el artista, con excepción de los planos de arquitectura e ingeniería y demás dibujos industriales, comerciales, topográficos o similares, de los artículos manufacturados decorados a mano, de los lienzos pintados para decorados de teatro, fondos de estudio o usos análogos (código NC 9701).

b) Grabados, estampas y litografías originales de tiradas limitadas a 200 ejemplares, en blanco y negro o en color, que procedan directamente de una o varias planchas totalmente ejecutadas a mano por el artista, cualquiera que sea la técnica o la materia empleada, a excepción de los medios mecánicos o fotomecánicos (código NC 9702 00 00).

c) Esculturas originales y estatuas de cualquier materia, siempre que hayan sido realizadas totalmente por el artista; vaciados de esculturas, de tirada limitada a ocho ejemplares y controlada por el artista o sus derechohabientes (código NC 9703 00 00).

d) Tapicerías (código NC 5805 00 00) y textiles murales (código NC 6304 00 00) tejidos a mano sobre la base de cartones originales realizados por artistas, a condición de que no haya más de ocho ejemplares de cada uno de ellos.

e) Ejemplares únicos de cerámica, realizados totalmente por el artista y firmados por él.

f) Esmaltes sobre cobre realizados totalmente a mano, con un límite de ocho ejemplares numerados y en los que aparezca la firma del artista o del taller, a excepción de los artículos de bisutería, orfebrería y joyería.

g) Fotografías tomadas por el artista y reveladas e impresas por el autor o bajo su control, firmadas y numeradas con un límite de treinta ejemplares en total, sean cuales fueren los formatos y soportes».

⁹³⁹ En el supuesto de una transmisión inicial sin contraprestación, como ocurre en una donación, el precio de compra se calculará en consideración a importe hipotético basado en condiciones normales de mercado, al que habrá que aplicarle el IVA que corresponda, en función de las características del donante (*vid.* Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos de 8 de septiembre de 2009). Por su parte, cuando se revendan objetos de arte importados, para la obtención del margen se contará como precio de compra la base imponible de la importación del bien, calculada con arreglo al artículo 83 de la Ley de IVA, así que se deberá añadir al valor de aduana los impuestos, derechos, exacciones y otros gravámenes devengados fuera del territorio de aplicación; así como los gastos accesorios, como comisiones, embalaje, transporte o seguros que se produzcan hasta el primer lugar de destino dentro de la Unión Europea.

⁹⁴⁰ La minoración de la cuota al margen bruto se obtiene multiplicando la diferencia marginal por 100 y dividiendo este resultado por 100 más el tipo de gravamen correspondiente.

del sujeto pasivo de especificar separadamente base imponible e IVA, por lo que presentarán un precio unitario de venta al público. Por ende, el adquirente no podrá deducir las cuotas de IVA soportadas por esta compra, sea particular o empresario o profesional.

Del mismo modo, los revendedores profesionales no podrán deducir las cuotas soportadas que ellos, a su vez, soportaron con la adquisición del objeto de arte, tanto si la realizaron a un empresario que aplicara el mismo régimen especial como si la adquirieron directamente del autor de la pieza, de los derechohabientes de éstos o de empresarios revendedores ocasionales. Además, como sujetos pasivos acogidos a este régimen tampoco podrán deducir las eventuales cuotas satisfechas por importaciones de obras de arte⁹⁴¹. Lógicamente, dentro de su actividad económica global sí podrán deducir las cuotas de IVA de todos aquellos gastos accesorios a la adquisición y reventa de la obra de arte, como los servicios de transporte o las comisiones liquidadas a intermediarios⁹⁴².

No obstante, como se ha avanzado, este régimen especial de los bienes usados, objetos de arte, antigüedades y objetos de colección regulado en el artículo 135 y ss. de la Ley 39/1992 de IVA es opcional, siendo necesario que el empresario que se quiera acoger al mismo lo solicite expresamente a la Agencia Tributaria. De todos modos, aun estando sometido a este régimen especial, el empresario revendedor podrá optar por aplicar a cualquiera de las operaciones, individualmente concebidas, el régimen general del impuesto, es decir, renunciar *ad hoc* a aquél sin que ello exija comunicación previa alguna a la Administración⁹⁴³. Por lo tanto, si el empresario renuncia al régimen especial en una operación concreta, sí podrá deducirse las cuotas soportadas o satisfechas en la adquisición de la obra –derecho que nacerá en el momento en que se devengue el impuesto por la entrega del bien–, con arreglo a las normas generales de deducción. No obstante, piénsese que el régimen especial se ideó para favorecer la competitividad de los sujetos pasivos –empresarios revendedores–, por lo que, en condiciones normales y sin atender a otros factores, la renuncia no será una buena opción económica para ellos⁹⁴⁴.

⁹⁴¹ Una particularidad de este régimen con relación a las operaciones intracomunitarias es que las adquisiciones cuya entrega se haya realizado acogida al mismo, no están exentas y tributan en el Estado miembro de origen. En sentido contrario, en las operaciones intracomunitarias en que no se aplique el régimen especial, la tributación será en destino, en atención a las reglas generales.

⁹⁴² Estos gastos deducibles se aclaran en la Resolución de la DGT nº 1/95, de 29 de marzo de 1995. Básicamente, son los gastos derivados de la importación de objetos y los que figuren separados en factura.

⁹⁴³ En la práctica, es habitual su aplicación operación por operación (*vid.* HERRERA MOLINA, Pedro M.; PUERTO RODRÍGUEZ-MONTAÑÉS, M^a del Mar, *op. cit.*, p. 730).

⁹⁴⁴ Un ejemplo práctico de cálculo de la operación, sin derecho a deducción por parte del sujeto pasivo, sería el siguiente: un empresario acogido al Régimen especial de los bienes usados, objetos de arte, antigüedades y objetos de colección importa una obra desde un país extracomunitario, por un importe total de 100.000 euros. Consecuentemente, sobre este importe satisfará un 10% de IVA, que serán 10.000 euros. Cuando vaya a realizar la venta, supóngase que por 125.000 euros, IVA incluido, para calcular el margen bruto de beneficio, detraerá el coste,

b.2) El IVA en derecho comparado

Antes de la armonización comunitaria en materia de IVA, la situación era de absoluta desigualdad entre los diferentes Estados miembros. Por poner un ejemplo relacionado con lo que aquí se está analizando, en 1995 el tipo de gravamen relativo a la comercialización de una obra de arte en Suecia era de un 25% de IVA sobre el precio de venta, mientras en el Reino Unido el tipo de gravamen era de un 17,50% y se calculaba sobre el margen de beneficio en la operación⁹⁴⁵. Por supuesto, el proceso legislativo de armonización que culminó con la *Directiva IVA* de 2006 tenía como finalidad corregir esta distorsión.

Sin embargo, en el año 1999 fue la última vez que la Unión Europea analizó, más o menos prolijamente, el impacto del IVA sobre la competitividad del mercado de arte de la Comunidad respecto a terceros mercados. A raíz de la aprobación de la Directiva 94/5/EC, que introdujo en la legislación europea las modificaciones más trascendentes en materia de IVA que aquí interesan –tipos mínimos aplicables por los Estados miembros, regímenes aplicables sobre el margen, etc.–, y ante la preocupación de los diferentes agentes económicos europeos –esencialmente, los británicos– relacionados con el mercado del arte por la inserción de un gravamen de imposición indirecta a las importaciones de obras artísticas, hasta la fecha inexistente, se elaboró el *Informe de la Comisión al Consejo para el examen del impacto de las disposiciones de la Directiva del*

110.000 euros, a 125.000 euros. Para obtener la base imponible, a dicho margen deberá minorarse la cuota de IVA: $15.000 \text{ €} * 100 / (100+21) = 12.396,70$ euros. Finalmente, a la base imponible se le aplica el 21%, IVA repercutido, de la operación, resultando una cuota devengada por la entrega del objeto de 2.603,31 euros. En definitiva, este empresario deberá ingresar en la Agencia Tributaria 10.000 euros por el IVA de la importación y 2.603,31 € por el IVA de la venta, esto es 12.603,31 €, sin derecho a deducir ninguna cuota de IVA por este concepto. Nótese que el beneficio económico neto de esta operación para el empresario será de 125.000 euros de venta, menos 100.000 euros de compra, menos 12.603,31 euros de IVA total a liquidar, lo que da un resultado de 12.396,69 euros. La consecuencia es que este mismo empresario revendedor, si hubiera renunciado al régimen especial en esta operación concreta y hubiera aplicado el régimen general, para poder obtener el mismo beneficio (12.396,69 euros), puesto que el IVA tendría un efecto neutro, debería haber vendido la obra por una base imponible de 112.396,69 euros, cantidad a la que habría que adicionar el 21% de IVA, con lo que se obtendría un precio final de venta al público de 135.999,99 euros, es decir, casi 11.000 euros más caro para el consumidor. En conclusión, la aplicación del Régimen especial permitirá al empresario obtener unos márgenes comerciales más holgados y, normalmente, al contar con una mayor flexibilidad y ganar competitividad, que el precio que deba pagar el consumidor final por el objeto de arte sea más reducido.

⁹⁴⁵ TORREMANS, Paul, *op. cit.*, p. 76. Asimismo, este autor cita un estudio realizado por Carine Doutrelepont (1996) referido a la venta en Londres de cuatro obras de arte de pintores belgas famosos. Pues bien, de haberse vendido dichas obras en Bélgica, la cantidad a pagar por los adquirentes en concepto de IVA se hubiera multiplicado por cuatro.

*Consejo 94/5/EC, sobre la competitividad del mercado del arte comunitario comparado con mercados del arte de terceros países*⁹⁴⁶.

En realidad, la Unión Europea había diseñado un sistema cuyo punto de partida era un régimen igualitario para las transmisiones de obras de arte, donde se establecían unos tipos mínimos aplicables de IVA, esto es, del 5% para las ventas efectuadas por el autor y para las importaciones⁹⁴⁷, y del 15% para las ventas ordinarias, amén de la posibilidad del empresario de acogerse al régimen especial aplicable sobre el margen de beneficio.

El problema de fondo, por tanto, no es la armonización de la Unión Europea, ya que ésta debe limitarse a indicar ciertos tipos mínimos, sino que cada Estado miembro, en función de sus necesidades recaudatorias y presupuestarias, establece unos tipos de gravamen de IVA más o menos por encima de esos límites preestablecidos. Actualmente, con relación a la importación o transmisión de obras de arte, los Estados miembros aplican los tipos que se relacionan en la siguiente tabla⁹⁴⁸:

	Ventas profesionales	Importaciones	Ventas de creadores
Alemania	19%	7% / 19%	7% / 19%
Austria	20%	10%	10%
Bélgica	21%	6%	6%
Bulgaria	20%	20%	20%
Chipre	19%	5%	N/A
Croacia	25%	25%	N/A
Dinamarca	25%	25%	25

⁹⁴⁶ Cfr. COMISIÓN EUROPEA. *Informe de la Comisión al Consejo para el examen del impacto de las disposiciones de la Directiva del Consejo 94/5/EC, sobre la competitividad del mercado del arte comunitario comparado con mercados del arte de terceros países*, COM (1999) 185 final, Bruselas, 28 de abril de 1999.

⁹⁴⁷ Para aplacar los ánimos de los profesionales del mercado del arte del Reino Unido, que hasta el momento contaban con un régimen de exención para las importaciones de obras de arte, con la negociación de los términos de la Directiva 94/5/CEE, se permitió a este Estado miembro la aplicación de un tipo mínimo de IVA del 2,5%, en un régimen transitorio que fue aplicable hasta el 30 de junio de 1999. No fue el único caso, ya que Alemania tuvo la posibilidad de seguir aplicando un régimen distinto y los tipos tributarios reducidos que venía aplicando anteriormente, hasta la misma fecha. Ignoramos por qué España no se acogió en la negociación a estas prerrogativas.

⁹⁴⁸ *Vid.* información actualizada de los tipos en el sitio web de la Comisión Europea: <http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/vat/how_vat_works/rates/vat_rates_en.pdf> (última visita: 31 de diciembre de 2015).

Eslovaquia	20%	20%	20%
Eslovenia	22%	9,5%	9,5%
España	21%	10%	10%
Estonia	20%	20%	20%
Finlandia	24%	10% / 24%	10%
Francia	20%	5,5%	10%
Grecia	23%	13%	13%
Hungría	27%	27%	27%
Irlanda	13,5%	13,5%	13,5%
Italia	22%	10%	10%
Letonia	21%	21%	21%
Lituana	21%	21%	21%
Luxemburgo	15%	6%	6%
Malta	18%	5%	18%
Países Bajos	21%	6%	6%
Polonia	23%	8%	8%
Portugal	23%	6%	6%
Reino Unido	20%	5%	20%
República Checa	21%	15%	21%
Rumanía	24%	24%	24%
Suecia	25%	12%	12%

Como se puede observar, no se puede afirmar que reine una igualdad material de condiciones en el mercado del arte en la Unión Europea. No existen evidencias de que la armonización haya paliado una distorsión del mismo con relación a la competitividad entre Estados miembros, puesto que se continúan apreciando diferencias sustanciales entre los tipos aplicables⁹⁴⁹.

Así, nos encontramos con que Francia y el Reino Unido aplican tipos del 5,5% y del 5%, respectivamente, a las importaciones, lo que hará especialmente competitivos a los operadores económicos de estos países cuando se acojan al régimen especial de IVA sobre el margen de beneficio aplicable a las obras de arte⁹⁵⁰. Piénsese que, en aplicación

⁹⁴⁹ TORREMANS, Paul, *op. cit.*, p. 77.

⁹⁵⁰ Ciertamente, hay que tener en cuenta que los Estados miembros tienen la posibilidad de acogerse al régimen especial de los bienes usados, objetos de arte, antigüedades y objetos de

de idénticos precios de compra y venta, su margen sería algo superior al de otros Estados miembros que aplicasen tipos superiores a la importación –por no tratarse de una cuota soportada deducible–; por ejemplo, reducirían sus costes en cinco puntos enteros calculados sobre el precio de adquisición respecto a un operador español o italiano, cuyos Estados tienen regulado un 10% de IVA para tales supuestos. Sin duda, los empresarios franceses y británicos podrán, entonces, abaratar los precios de venta, atrayendo a los compradores y, accesoriamente, mejorar la incidencia fiscal del IVA respecto a competidores de otros países de la Unión.

Alemania, por su parte, observa una regla peculiar. Por un lado, aplica un 19% a las ventas normales, esto es, a las realizadas por un profesional, mientras que aplica un tipo reducido del 7% para las ventas llevadas a cabo por el autor y sobre las importaciones, mas siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: que las obras sean originales y, en caso de múltiples, que se realicen con técnicas y limitaciones de edición concretas; en caso contrario, a dichos supuestos se deberá aplicar el tipo general del 19%.

En principio, el IVA de los Estados miembros no tiene que implicar una pérdida de competitividad de los mismos respecto a otros países desarrollados con mercados artísticos potentes, puesto que ninguno de estos terceros países carecerá de sistemas tributarios con imposición indirecta respecto a la adquisición de obras de arte. De hecho, desde el punto de vista del adquirente europeo de arte, tanto si éste importa la obra desde un país extracomunitario como si la adquiere dentro de su territorio, debe necesariamente soportar el IVA comunitario, calculado en función del supuesto concreto y de la legislación del Estado que le corresponda –obviamente, salvo que comprara el objeto en un tercer país y lo introdujera de contrabando–.

Finalmente, en comparación con los Estados Unidos, líder mundial en este sector, la fiscalidad norteamericana puede llegar a ser más gravosa en este sentido. Aunque en este país no existe un impuesto sobre el valor añadido a nivel general, sí existen impuestos indirectos sobre el consumo de base estatal o local⁹⁵¹. Por ejemplo, piénsese que en Nueva York, primera plaza mundial de subastas de obras arte, debe aplicarse a la transmisión de éstas un 8,38% de tipo impositivo indirecto sobre el precio de venta íntegro,

colección expuesto anteriormente y que el tratamiento que cada legislación nacional le dé a la base imponible –por ejemplo, estableciendo exenciones sobre ciertas operaciones– será determinante para establecer una comparación real entre la repercusión que el IVA pueda tener en un territorio u otro.

⁹⁵¹ En Nueva York el tipo de gravamen del impuesto indirecto sobre el consumo es del 8,38%, en Los Angeles es del 8,25%, en Chicago es del 9%, en Houston es del 8,25%, mientras en Miami es del 7%. El sistema tributario de los Estados Unidos se centra más en la imposición directa, estableciendo tipos más bajos para la indirecta (*vid.* FUNDACIÓN ARTE Y MECENAZGO. Informe *Sobre el estatuto jurídico tributario del coleccionista en España...*, cit., p. 37). En cualquier caso, se trata de un mercado muy competitivo en este sector porque no se gravan las importaciones de obras de arte (*vid.* Arts of Council. Dir. MCANDREW, Clare; DALLAS-CONTE, Lorna. *Implementing Droit de Suite...*, cit., p. 72).

mientas que los Estados miembros de la Unión Europea pueden cargar el IVA al margen de beneficio en lugar de al importe total. Según un estudio de la FUNDACIÓN ARTE Y MECENAZGO del año 2013, para que la carga fiscal a soportar por un adquirente europeo medio fuera superior a la de un adquirente cuya compra fuera realizada en Nueva York, el vendedor debería haber cargado a la operación un beneficio de más del 50%⁹⁵².

2.4. FACILIDADES PARA EL DESPLAZAMIENTO DE OBRAS DE ARTE

Uno de los principales argumentos de los que se ha servido la doctrina anglosajona contraria al *droit de suite*⁹⁵³ para denunciar los efectos negativos de la implementación del derecho es que, en un mercado global como el actual, con un sistema de comunicaciones eficiente entre diferentes partes del mundo y una creciente flexibilización de los derechos aduaneros, cualquier propietario de una obra de arte residente en la Unión Europea se podría plantear deslocalizar la operación de reventa hacia un emplazamiento donde el *droit de suite* no se reconociera y no compartir así el beneficio con el autor o sus derechohabientes. Esta explicación trata de encontrar apoyo en algunos hechos acaecidos en el pasado, para demostrar cómo la supuesta facilidad de deslocalización de las transacciones puede dañar la actividad de un mercado que ha introducido el *droit de suite*. En este sentido, en 1977, *Sotheby's* decidió dejar de celebrar un gran número de subastas en Los Angeles, después de que entrara en vigor la CRRA, y trasladó parte de su negocio a la otra costa de los Estados Unidos, especialmente a Nueva York⁹⁵⁴. Asimismo, en 2001, el francés René Gaffé vendió una colección de obras de arte por un valor superior a los 50 millones de dólares y la subasta se terminó celebrando en Nueva York a petición de UNICEF, beneficiario de la venta, presuntamente para evitar los cargos del *droit de suite*⁹⁵⁵.

Sin embargo, a nuestro juicio, a este razonamiento –por cierto, utilizado recurrentemente en la mayoría de estudios elaborados sobre los efectos de implementación del *droit de suite* en un territorio⁹⁵⁶– se la ha otorgado una excesiva importancia cuando, en realidad, carece de contenido práctico. Es cierto que, en los últimos años, los costes de

⁹⁵² Cfr. FUNDACIÓN ARTE Y MECENAZGO, *op. cit.*, p. 31.

⁹⁵³ *Vid.* MERRYMAN, John Henry et al. *Law, Ethics and the Visual Art*, *cit.*, p. 606. El autor norteamericano es uno de los principales defensores de la máxima según la cual el *droit de suite* «debilita el mercado» donde se implementa.

⁹⁵⁴ *Vid. ibidem*, p. 588.

⁹⁵⁵ *Vid.* GINSBURGH, Victor. *The Economic Consequences of Droit de Suite in the European Union*. Bruselas: Université Libre de Bruxelles, 2006, pp. 8 y 9.

⁹⁵⁶ Éste es un temor que han expresado los redactores de los principales informes relativos a la implementación derecho o la valoración de la misma. En este sentido, *vid.* AUSTRALIAN COPYRIGHT COUNCIL. *Droit de Suite. The Art Resale Royalty and Its Implications for Australia*, 1989; U.S. COPYRIGHT OFFICE, Informe *Droit de Suite...*, 1992; o incluso, COMISIÓN EUROPEA. Informe COM (2011) 878 final, de 14 de diciembre de 2011.

transporte internacional –sin olvidar que, a los mismos, habría que añadir los costes asociados que se derivasen del traslado de una obra de arte de un Estado a otro, entre otros, los seguros– han decrecido de un modo importante, situándose en precios muy competitivos; pero lógicamente hay que contrastarlos con los importes generados por el *droit de suite* en beneficio de su titular, en la reventa de una obra concreta.

Asimismo, nos parece una tesis excesivamente simplista, puesto que su aceptación nos llevaría a considerar el *droit de suite* como el único factor que un revendedor llegaría a valorar para trasladar su obra hasta otro país con el objetivo de maximizar los beneficios de la transacción. Así, este hipotético revendedor –supuestamente asesorado por un tercero profesional o teniendo un gran conocimiento del mercado–, estaría obviando otros elementos mucho más importantes para conseguir una venta exitosa que el pago del crédito de participación, como pueden ser la conexión entre el tipo de obra y los gustos del potencial público de un mercado concreto, el prestigio de la plaza donde pretende vender la obra –todavía más si pretendiera realizar la transacción en una casa de subastas–, la incidencia de los impuestos indirectos o las tasas de cambio de divisas, entre otros factores del entorno que han sido apuntados anteriormente.

En cualquier caso, el traslado de la transacción sólo tendría sentido cuando el propietario de la obra fuera un particular que requiriera los servicios de un profesional del mercado del arte para llevar a cabo la reventa actuando como intermediario⁹⁵⁷. Al fin y al cabo, si el propietario realizara la transmisión a título personal y entre particulares, no se generaría el *droit de suite*. Por otro lado, si el revendedor fuera un profesional del mercado del arte que ostentara la obra en propiedad, difícilmente podría articular una operación logística para evadir el derecho. A nuestro juicio, el hecho de cerrar una transacción en un Estado donde se encuentre vigente el *droit de suite* para, simplemente, formalizar su compraventa en otro Estado en que el derecho no se encuentre reconocido es un fraude de ley que en el seno del EEE se puede resolver apelando a la ley del lugar del establecimiento del profesional del mercado del arte que interviene en la operación, como punto de conexión para resolver el conflicto de leyes.

Piénsese que, desde la implementación de la Directiva 2001/84/CE en todos los Estados miembros de la Unión Europea, cualquier deslocalización de una reventa tendría que plantearse a partir de un desplazamiento hacia los Estados Unidos, ya que éste es el lugar donde se halla el único mercado más potente que el europeo en términos de precio y, por ende, donde el revendedor podría obtener más beneficios⁹⁵⁸.

⁹⁵⁷ No podemos obviar una práctica más o menos habitual en el mercado. Las grandes casas de subastas, con sucursales en diferentes países, ofrecen un servicio de asesoramiento para valorar en qué plaza podría llevarse a cabo una venta más elevada, redirigiendo al cliente al correspondiente establecimiento de su firma en la ciudad propuesta.

⁹⁵⁸ En términos generales, en Londres se consiguen precios mucho más altos de media que en Ginebra o Basilea, por lo que, *a priori*, no parece aconsejable para un propietario europeo de obras de arte redirigir sus transacciones a Suiza en lugar de al Reino Unido sólo por ahorrarse

A pesar de todo lo expuesto, algunos autores siguen defendiendo que hay un claro incentivo para el vendedor consistente en trasladar la pieza al mercado neoyorquino para realizar allí la transacción, siempre y cuando el coste de mover la obra de arte desde el país de origen fuera menor que la cantidad adeudada en concepto de *droit de suite*. Para demostrar esta afirmación, MCANDREW calcula los costes de «empaquetar, fletar y asegurar una obra desde el Reino Unido hasta los Estados Unidos»⁹⁵⁹. Según las tarifas de los principales transportistas de arte británicos, el coste para un vendedor de trasladar la obra de arte desde Londres hasta Nueva York estaría alrededor de los 1.500 euros – para obras de hasta 150.000 euros de valor–, incluyendo los gastos derivados de la recogida en un domicilio de Londres, el embalaje, el flete desde el aeropuerto de *Heathrow* mediante una compañía aérea estándar de mercancías, el correspondiente seguro, el despacho aduanero y costes de zona franca, así como la entrega desde el aeropuerto neoyorquino *JFK* hasta un domicilio de Nueva York⁹⁶⁰.

La autora asegura haber comprendido en el coste total gastos de coordinación de todo el proceso, pero también reconoce haber ignorado el IVA aplicable a todos los servicios descritos, así como otros posibles cargos o tributos estadounidenses, lo que, a nuestro juicio, dispararía en más de un 30% los costes estipulados. De todos modos, su conclusión es que, comparando los costes de traslado con un *droit de suite* generado en el Reino Unido, existirá una incontestable motivación para transportar obras hasta los Estados Unidos para su reventa cuando el valor de las mismas superen los 40.000 euros⁹⁶¹, según los parámetros que se pueden observar en la siguiente tabla:

Precio de obra	Costes de transporte ⁹⁶²	Precio neto	Royalty	Precio neto
35.000 €	1.480 €	33.520 €	1.400 €	33.600 €
40.000 €	1.490 €	38.510 €	1.600 €	38.400 €
45.000 €	1.505 €	43.495 €	1.800 €	43.200 €
50.000 €	1.515 €	48.485 €	2.000 €	48.000 €
100.000 €	1.640 €	98.360 €	3.500 €	96.500 €
150.000 €	1.760 €	148.235 €	5.000 €	145.000 €

los costes del *droit de suite* (cfr. MCANDREW, Clare. *TEFAF Art Market Report 2015*, cit., p. 33).

⁹⁵⁹ Vid. MCANDREW, Clare. *The Global Art Market in 2010. Crisis and Recovery*. Maastricht: The European Fine Art Foundation, 2011, pp. 153 y 154.

⁹⁶⁰ Vid. *ibidem*, p. 154.

⁹⁶¹ Cfr. *ibidem*, p. 154.

⁹⁶² Los presupuestos de las agencias de transporte están calculados para el transporte de una obra de 61 x 92 cm.

Esta regla, que puede funcionar en el plano teórico, ha sido puesta en tela de juicio incluso por la doctrina británica, ya que, cuando trata de hallar aplicación práctica, otros elementos entran a condicionar el punto de equilibrio indicado⁹⁶³. Compartimos especialmente el punto de vista de SZYMANSKI, para quien no es descabellado pensar que un vendedor pueda intuir, de un modo abstracto, que es posible obtener un beneficio por reubicar las ventas de una obra de arte en Estado sin *droit de suite*, siempre y cuando los gastos de envío y de seguros se situaran por debajo de la regalía a pagar que se deriva del derecho⁹⁶⁴. Sin embargo, de entrada, ya habría que descartar las ventas de poca entidad económica, puesto que, según sus palabras es «*poco probable que los vendedores incurran en molestias administrativas para ahorros de precios bajos o medianos; tampoco es prudente asumir que todos los artículos tienen demanda de compra fuera de su contexto regional*»⁹⁶⁵. Mas, por otro lado, reconoce que es cada vez más fácil mover arte por el mundo, y así lo corrobora con ejemplos proporcionados por una casa de subastas, quien indica que sería viable trasladar una pieza de arte valorada en £200.000 a los Estados Unidos por precios comprendidos entre las £1.075 y las £2.310; pero estas cifras estarían tan cerca de la cantidad generada por el *droit de suite* que es muy poco probable que una operación así fuera razonable, incluso para las obras de más alto valor, puesto que existe un límite de 12.500 € en el cálculo del crédito de participación⁹⁶⁶.

En conclusión, para SZYMANSKI, no es eficiente deslocalizar las operaciones desde el Reino Unido –ni desde gran parte de Europa– hacia Nueva York; y esta opción sólo podría plantearse si el mercado estadounidense fuera mucho más atractivo que el británico, por contar con unos precios medios más altos en las obras transmitidas o por una mayor facilidad para colocar piezas, aspectos en los que el mercado británico es igualmente competitivo.

⁹⁶³ Así las cosas, V. GINSBURGH no acaba de ver justificado el daño al mercado en este sentido, ya que no cree que a un vendedor europeo le saliera a cuenta transmitir la obra en Nueva York sólo para evitar el pago del derecho, especialmente si el comprador también residiera en Europa o, cuando menos, no en los Estados Unidos (*vid. The Economic Consequences of Droit de Suite in the European Union, cit.*, p. 6). De hecho, la propia MCANDREW, expresa, en otro foro, que los precios medios de las obras en Europa hacen poco viable el traslado a otros mercados extracomunitarios a los efectos de ahorrar el crédito de participación; si acaso sólo algunos propietarios que participan en los mercados británico o francés se lo podrían plantear, ya que son los únicos Estados que venden obras cuyos derechos de participación superarían con normalidad los costes de traslado (*vid. Implementing Droit de Suite (artist's resale right) in England, cit.*, p. 23).

⁹⁶⁴ *Vid. UKIPO. Dir. SZYMANSKI, Stefan; GRADY, Katy; HOROWITZ, Noah. A study into the effect on the UK market of the introduction of the artist's resale right. Londres: 2008, p. 49.*

⁹⁶⁵ *Vid. ibidem*, p. 49.

⁹⁶⁶ *Vid. ibidem*, p. 38.

3. LA EXPERIENCIA BRITÁNICA COMO MUESTRA DEL IMPACTO DE LA IMPLANTACIÓN DEL *DROIT DE SUITE*

Existe una experiencia que nos ayuda a dilucidar si la introducción del *droit de suite* en un mercado artístico saludable puede ser un factor alterador de su positiva evolución. El Reino Unido, país que cuenta con una de las más destacadas trayectorias económicas en el sector del arte y cuya capital, Londres, es uno de los puntos neurálgicos de ventas de arte a nivel mundial, introdujo en el año 2006 la *Artist's Resale Right Regulations Act*, como resultado de la transposición de la Directiva 2001/84/CE a su ordenamiento. Ello nos permite analizar si dicho mercado experimentó variaciones ostensibles tras el reconocimiento del *droit de suite* (*Artist's Resale Right*) en el sentido de llegar a afectar, en mayor o menor medida, al volumen total de ventas y si llegó a provocar el incremento del número de transacciones declaradas por debajo del umbral de aplicación del derecho participación que, recordemos, es el equivalente a 1.000 € en este país.

Parte de la doctrina británica clamó contra la introducción de este derecho en su legislación interna, asegurando que parte de la actividad del mercado de Londres podría trasladarse a ciudades donde el *droit de suite* tuviera una regulación más débil o donde no estuviera reconocido, como por ejemplo Nueva York⁹⁶⁷.

Asimismo, para la British Art Market Federation (BAMF)⁹⁶⁸, que aglutina a profesionales del mercado del arte del Reino Unido y es abiertamente contraria a este derecho, es necesario focalizar la incidencia negativa del *droit de suite* en el mercado de los herederos y no el de los autores –recuérdese que, en el país británico, hasta 2012 sólo se reconocía el derecho a autores vivos–. No obstante, esta entidad reconoce que la hegemonía del mercado artístico británico está asegurada en Europa. Para ello, subraya que cuando tuvo lugar la recuperación del mercado global en 2010, el Reino Unido consiguió incrementar sus ventas de arte un 83%, mientras el crecimiento medio en la Unión Europea fue de tan sólo un 24%⁹⁶⁹. Sin embargo, para la BAMF, el verdadero problema

⁹⁶⁷ Vid. BOGLE, Catherine; GINSBURGH, Victor. «Introducing droit de suite into the EU: an economic viewpoint». *Temas de integração*, vol. 3, nº 6. Coimbra: Almedina, 1998, pp. 115-137. Asimismo, la COMISIÓN EUROPEA (*Informe COM (2011) 878 final*, de 14 de diciembre de 2011, p.7) alertaba que ciertas «casas de subastas han informado de casos en los que los clientes optan por trasladar las ventas a Nueva York, mencionando el derecho de participación como factor de costes para tomar dicha decisión». No obstante, no aportaba más información acerca del número de operaciones afectadas.

⁹⁶⁸ MCANDREW y DALLA-CONTE (*Implementing Droit de Suite (artist's resale right) in England*, cit., 21) destacan que la BAMF es uno de los más poderosos oponentes al *resale royalty* y vaticinaba en el año 2005 que el ARR supondría unas pérdidas para el mercado británico de cerca de £60 millones por año y pondría en riesgo entre 5.000 y 8.000 puestos de trabajo.

⁹⁶⁹ BAMF. *The British Art Market 2014*, p. 11 [en línea]. Disponible en: <<http://tbamf.org.uk/wp-content/uploads/2014/08/British-Art-Market-2014.pdf>> (última visita: 31 de diciembre de 2015).

de Londres sería su falta de competitividad con los otros dos grandes mercados mundiales del momento, ya que en ese mismo año de recuperación, según sus cálculos, China consiguió aumentar las ventas un 112% y los Estados Unidos un 133%. Según esta entidad, el Reino Unido no pudo afrontar el período de crisis que azotó al mercado global del arte a finales de la primera década de siglo en las mejores condiciones, por contar con el derecho de participación como gravamen añadido a las reventas –entre otras causas– lo que le dejó en una posición de inferioridad respecto a su auténtico competidor, que son los Estados Unidos⁹⁷⁰.

Como contrapunto a lo expuesto, en cambio, la DACS, la mayor sociedad de gestión colectiva británica, se apresuró a publicar un estudio que afirmaba que el sector del arte británico no sólo no se había contraído desde el año 2006 –la disposición reguladora del *Artist's Resale Right* entró en vigor en febrero de ese año– sino que continuaba mostrando, año tras año, una evolución altamente positiva⁹⁷¹. La entidad de gestión colectiva, asimismo, puso en valor el hecho de que el *droit de suite* no tuvo precisamente una aplicación ínfima en esos primeros años de aplicación, sino que en apenas dos ejercicios y medio ya había conseguido recaudar £6,6 millones, repartidos a un total de casi 1.500 artistas asociados a DACS o a otras sociedades en convenio con ésta⁹⁷². En conclusión, para la entidad de gestión no existía evidencia alguna de que, a pesar de que la implementación del derecho se estuviera realizando en el Reino Unido a un muy buen ritmo, ello hubiera provocado un impacto negativo en el mercado del arte de este país, ni que hubiera provocado una bajada de los precios declarados de las obras de arte⁹⁷³.

A estas mismas conclusiones llegó la Comisión Europea, después de presentar las cifras del mercado artístico europeo en su *Informe sobre la aplicación y efectos de la Directiva 2001/84/CE relativa al derecho de participación*, publicado en el año 2011, esto es, tras un período de crisis global del sector que propició un espectacular creci-

⁹⁷⁰ *Vid. ibidem*, pp. 11 y 12.

⁹⁷¹ Cfr. STOKES, Simon. *Art and Copyright*, 2ª ed. Londres: Bloomsbury Publishing, 2012, p. 108.

⁹⁷² DACS publica anualmente sus memorias de gestión, que se pueden consultar en su sitio web <<http://www.dacs.org.uk/about-us/annual-reviews>>. De las mismas se desprende que la evolución en la recaudación ha ido creciendo, prácticamente, año tras año. En 2009, se recaudaron £2,4 millones, repartidos entre 840 artistas; en 2010, fueron £2,3 millones, a repartir entre 868 artistas; en 2011, la cifra de recaudación subió hasta los £2,7 millones, con un total de 750 artistas perceptores. Cabe destacar que, a partir del año 2012, las cifras se disparan, debido a finalización de la exención temporal de aplicación del ARR a las obras de artistas fallecidos. Así, en el año 2012 se dobla, DACS dobló su recaudación, que fue de £4,7 millones, a repartir entre 1.300 beneficiarios del derecho; en 2013, fueron £8,4 millones para 1.500 artistas; y, finalmente, en 2014, último año con memoria publicada, DACS consiguió recaudar £9,6 millones, que fueron repartidos a 1.500 beneficiarios.

⁹⁷³ *Vid. STOKES, Simon, op. cit.*, p. 108.

miento del comercio de arte en China en detrimento de los mercados europeos⁹⁷⁴. En este sentido, señala el informe que:

No es posible establecer patrones claros que vinculen la pérdida de cuota de la Unión Europea en el mercado mundial de arte moderno y contemporáneo con la armonización de la disposiciones relativas a la aplicación del derecho de participación que tuvo lugar en la UE en 2006. Actualmente, tampoco se pueden establecer patrones claros que indiquen una desviación sistemática del comercio en el seno de la Unión desde los Estados miembros que introdujeron el derecho para los artistas vivos en 2006.

Con todo, se podría pensar que las conclusiones de la BAMF, de DACS y de la Comisión Europea en torno a los efectos del derecho de participación en el mercado del arte británico y europeo deben ser tomadas con cautela, ya que son partes interesadas en la contienda entre defensores y opositores al *droit de suite*. La primera defiende los intereses de los profesionales del mercado del arte, la segunda los derechos económicos de artistas –y, a la vez, su propia financiación– y la última representa los intereses de la Unión Europea y es adalid de este derecho en el ámbito internacional.

Sin embargo, las cifras objetivas demuestran que, en los años 2006 y 2007 –años inmediatamente posteriores a la entrada en vigor del *droit de suite* en el Reino Unido– el mercado del arte de este país continuó creciendo a un buen ritmo, incluso más rápido que en otros Estados donde el *droit de suite* no se encontraba reconocido⁹⁷⁵. Por este motivo, resulta de gran interés el estudio denominado *A study into the effect on the UK market of the introduction of the artist's resale right* (en adelante Informe SZYMANSKI), publicado en el año 2008 y elaborado a instancias de la *United Kingdom Intellectual Property Office* (UKIPO). Dicho informe sirvió para desarrollar en el Reino Unido el documento de respuesta a la consulta de la Comisión Europea a los Estados miembros para valorar el grado de implementación y efectos de la Directiva 2001/84/CE⁹⁷⁶. Debemos reiterar que el gobierno del Reino Unido no se había mostrado proclive a la introducción del *droit de suite* en su país, por lo que resulta dudosa la parcialidad a favor del derecho de un informe encargado por la *Intellectual Property Office* británica.

Para su fundamentación, el Informe SZYMANSKI realizó un estudio comparativo en el que contrastó los datos sobre el mercado del arte en el Reino Unido en los años 2003 y 2004, años anteriores a la introducción del *droit de suite*, frente a los datos de los años 2006 y 2007, inmediatamente posteriores a la introducción de este derecho. En

⁹⁷⁴ Vid. COMISIÓN EUROPEA. Informe COM (2011) 878 final, de 14 de diciembre de 2011, p. 11.

⁹⁷⁵ Vid. STOKES, Simon, *op. cit.*, p. 108.

⁹⁷⁶ INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE. *Response to consultation in preparation of a Commission report on the implementation and effect of the Resale Right Directive (2001/84/EC)*, 2010 [en línea]. Disponible en: <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/307218/ipo-artist-response.pdf> (última visita: 31 de diciembre de 2015).

principio, los números parecen ser clarificadores en cuanto a la evolución del mercado británico: en el primer período se tuvo constancia de la venta de 22.613 obras de arte, mientras en el segundo –con el *droit de suite* vigente– se vendieron un total de 29.538 obras. Por si fuera poco, los precios medios de las transacciones de arte también crecieron desde la implementación del derecho, puesto que el precio medio por obra –sin contar las de valor inferior al equivalente en libras esterlinas a 1.000 €– fue de £41.000, cuando cuatro años la cifra media del mismo cálculo se situaba casi en la mitad, concretamente, en £21.000⁹⁷⁷.

Siguiendo con la comparación entre ambos períodos, hay que tener en cuenta que si en el primero período hubiera estado vigente el *droit de suite*, este derecho se habría aplicado a un 7,6% de las ventas llevadas a cabo en el Reino Unido, lo que hubiera supuesto un 5,1% del valor total de las transacciones. Por su parte, en los años 2006 y 2007 el derecho se aplicó a un 11% de las ventas, alcanzando un 9% del valor total de las transacciones (cifras reales)⁹⁷⁸.

En atención a ambas tendencias alcistas, el Informe SZYMANSKI argumentó que no había motivos para pensar que este derecho tuviera un efecto negativo en las ventas de arte en el Reino Unido en los años posteriores a su implementación; del mismo modo, tampoco se pudo constatar que destacados propietarios británicos de obras de arte hubieran buscado otras localizaciones para realizar sus transacciones por motivo del *droit de suite*⁹⁷⁹. Lógicamente, en el informe también se reconocía la imposibilidad material de conocer cuál hubiera sido el estado del mercado del arte en los años 2006 y 2007 de no haber entrado en vigor el *droit de suite*. Puestos a especular, quizás las ventas se hubieran disparado todavía más.

Sin embargo, sí se confrontaron los datos del mercado del arte del Reino Unido con los del mercado del arte estadounidense con relación al período temporal referido en el estudio. El resultado es sorprendente, porque durante los primeros años de vigencia del *droit de suite* el mercado británico creció un 10,5% en número de ventas y un 5,8% en valor global de las transacciones, mientras que el estadounidense incrementó las ventas en un 7,8% y el valor total de las transacciones en un 3%. En consecuencia, el sector creció sustancialmente más en el Reino Unido que en los Estados Unidos⁹⁸⁰. Curiosamente, en el mismo período, el nivel de ventas de arte en Alemania y Francia decrecie-

⁹⁷⁷ Cfr. UKIPO. Dir. SZYMANSKI, Stefan *et al.*, *op. cit.*, p. 9.

⁹⁷⁸ *Vid. ibidem*, pp. 10 y 11. Asimismo, señala SZYMANSKI (UKIPO, *cit.*, p. 16) que en dicho período se pudo observar cómo artistas vivos británicos habían penetrado en múltiples países, y habían crecido, tanto en volumen como en número. Este incremento de artistas ingleses en otros mercados se dio tanto en países con *droit de suite*, como en países en que no existía, así que no se debe buscar correlación entre los elementos.

⁹⁷⁹ Cfr. *ibidem*, p. 16.

⁹⁸⁰ Cfr. *ibidem*, p. 17.

ron hasta situarse en resultados realmente bajos⁹⁸¹. A nuestro juicio, ello es evidencia de la escasa incidencia del *droit de suite* en el desarrollo de un mercado artístico determinado. Londres y Nueva York, como epicentros del sector artístico, siguieron creciendo a ritmos parecidos, si acaso más en el primer caso, incluso tras entrar en vigor el *droit de suite* en el Reino Unido.

Así las cosas, se podría aducir, sin embargo, que los mejores análisis acerca del impacto del *droit de suite* en la economía británica se realizaron tomando como referencia los años en que el derecho sólo era aplicable a artistas vivos, desconociendo su impacto reciente. Así, no fue hasta enero de 2012 cuando comenzaron a liquidarse créditos de participación en favor de los derechohabientes de artistas fallecidos, lo que provocó que, inmediatamente, la recaudación de DACS por este concepto se duplicara.

4. VALORACIÓN DE LA INCIDENCIA DEL *DROIT DE SUITE* EN EL MERCADO DEL ARTE

Según se ha visto hasta el momento, el funcionamiento de un mercado artístico viene determinado por varios factores heterogéneos. En este aspecto, no consideramos que el *droit de suite* sea un elemento de suficiente entidad económica y social como para producir los efectos negativos que los análisis gubernamentales (Unión Europea en su momento o Estados Unidos en la actualidad) le atribuyen en un mercado concreto, tales como la pérdida de competitividad o la fuga de operaciones económicas⁹⁸². Por lo tanto, el infradesarrollo y la pérdida de fuelle de ciertos mercados nacionales del arte poco tiene que ver con la introducción de este derecho en sus regulaciones internas⁹⁸³. De igual modo, tampoco el crecimiento espectacular de otras economías del arte parece que provenga, ni siquiera en parte, del acogimiento de las transacciones desviadas desde aque-

⁹⁸¹ Cfr. *ibidem*, p. 17.

⁹⁸² ADAGP afirma que la posible fuga de transacciones fuera de Francia no puede explicarse por el *droit de suite*, ya que las obras de los pintores impresionistas, que ya son de dominio público, tampoco se venden dentro del territorio francés, sino en Londres o Nueva York (*vid. Ministère de la culture...[France]*, KANCEL, Serge, *cit.*, p. 34).

⁹⁸³ Son de la misma opinión RICKETSON y BARRISTER, para quienes, con seguridad, otras causas tienen mayor relevancia en este sentido, como son los impuestos, el papel preeminente de los intermediarios y, sobre todo, un efecto devastador de una crisis que ha provocado que parte de la economía mundial se concentre en China (*op. cit.*, p. 19). Igualmente, para KANCEL, más allá de analizar datos macroeconómicos, es imposible determinar el impacto del *droit de suite* en el mercado del arte, ya que ello depende de decisiones microeconómicas. De todos modos, según el Inspector Cultural de Asuntos Culturales de Francia, por encima del *droit de suite*, otros factores tendrán mayor incidencia en la evolución del sector, como la agresividad de los profesionales para atraer a los vendedores, buenas prácticas comerciales de los adquirentes, la concentración y renovación de personas con fortunas económicas, visibilidad de los artistas nacionales, el atractivo de la plaza y, en el buen sentido, leyes e impuestos locales favorables (*Ministère de la culture...[France]*, KANCEL, Serge, *cit.*, p. 33).

llas plazas que cuentan con *droit de suite* fruto de deslocalizaciones, sino que los buenos datos estadísticos responden con mayor probabilidad a otros condicionantes económicos.

A pesar de todo, reconocemos que nuestra postura de considerar que la incidencia de este derecho en el estado económico de un mercado nacional o supranacional es escasa, se debe en gran parte a dos concesiones que el legislador moderno —específicamente nos referimos a la Directiva 2001/84/CE, que sirve de modelo para otras legislaciones— ha venido realizando a sectores reticentes al reconocimiento del *droit de suite*. Por una parte, las llamadas ventas promocionales han permitido excluir del derecho de participación las reventas de obras adquiridas por el profesional del mercado de arte directamente a los autores, siempre y cuando el período transcurrido entre la primera cesión y la reventa no supere los tres años y el precio de la misma no sobrepase los 10.000 euros. Con ello, se permite que el galerista habituado a trabajar con artistas jóvenes pueda continuar apostando por ellos sin ningún gravamen añadido. Por otro lado, consideramos que el principal argumento para defender que el *droit de suite* no supone un efecto negativo para un mercado desarrollado es el hecho de que se estableciera como tipo aplicable para calcular el derecho una tabla porcentajes decrecientes y, lo que todavía es más relevante, que se fijara, en el cálculo de la misma, un límite de 12.500 euros como máximo a liquidar en concepto del crédito de participación⁹⁸⁴. Con esta medida se consiguió que países con mercados del arte importantes perdieran el recelo de que los vendedores de obras de arte se plantearan deslocalizar las transacciones de sus obras ante la tesitura de tener que desembolsar auténticas fortunas a las entidades de gestión.

Por lo tanto, el prestigio de las plazas es determinante para el mantenimiento de la actividad económica del sector del arte. Si los compradores continúan adquiriendo arte en ciudades como Londres o Nueva York se debe a su tradición comercial y a que actores como *Sotheby's* y *Christie's* son capaces de atraer clientes y representar a la perfección los intereses de los agentes profesionales de un mercado del arte altamente profesionalizado.

Asimismo, basándonos en los datos ofrecidos por el Informe SZYMANSKI, se pueden extraer dos conclusiones que refuerzan nuestra postura y que vendrían a demostrar la falta de conexión entre la introducción del *droit de suite* en un mercado y su evolución económica. En primer lugar, desde el año 2005 —el anterior a la implementación del *droit de suite* británico—, el sector artístico en el Reino Unido ha ido creciendo año tras año y su evolución ha sido muy parecida a la del mercado estadounidense, lo que nos conduce a pensar que la incidencia del *droit de suite* es mínima. Es verdad que China, por su parte, tuvo un crecimiento más rápido en el mismo período, pero la trayectoria del país asiático no tiene parangón con otros mercados de arte mundiales, ya que cuando éstos se hallaban en sus puntos más bajos, China vivía una explosión del mercado del

⁹⁸⁴ La legislación australiana no contempla un límite de esas características al calcular el derecho. Así, el crédito de participación más elevado cobrado en ese país en el año 2014 fue de 55.000 A\$ (*vid.* <<http://www.resaleroyalty.org.au/>>).

arte provocada por el contexto económico del país⁹⁸⁵. En segundo lugar, es especialmente significativo que el mercado británico mostrara un muy buen estado de salud con relación a sus mercados competidores precisamente en el período 2006-2007. De haberse considerado únicamente el primer año para el estudio comparativo se podría haber criticado que las conclusiones eran prematuras, debido a que la demanda suele tardar en reaccionar cierto tiempo a las modificaciones, pero que en el año 2007 Londres obtuviera mejores números, en términos relativos, que Nueva York nos confirma la tesis expuesta.

Para terminar, consideramos que el hecho de que el mercado británico atraiga gran parte de la demanda mundial responde a múltiples causas que tienen un mayor impacto que el *droit de suite*. Éstas ya han sido analizadas en general, pero conviene ser puestas nuevamente en valor de un modo, si cabe, más particular:

i) La política del Reino Unido al respecto de las importaciones y exportaciones de obras de arte fortalece su mercado nacional. Por un lado, el Estado facilita la llegada de arte extranjero que será revendido en su territorio –si bien este aspecto no es exclusivo de un Estado miembro de la Unión Europea–; por otro lado, al ofrecer precios justos en aquellas adquisiciones preferentes cuando un propietario se dispone a vender obras de interés cultural fuera del país –exportación–, consigue que el sistema de precios sea estable y que terceros no tomen como referencia en el mercado precios de compras que pueden ser abusivas por parte de la administración.

ii) En líneas generales, la legislación tributaria británica no parece ser tan ventajosa como para justificar la robustez de su mercado del arte. Sin embargo, sí es totalmente trascendente que su tipo de gravamen de IVA para las importaciones sea el más bajo de toda la Unión Europea, estipulado en un 5%. Piénsese que ello permite que, cuando sus empresas del sector apliquen el régimen especial de IVA relativo a objetos de arte, puedan ser mucho más competitivas con relación al margen de beneficio.

iii) Así las cosas, parece que estamos en condiciones de afirmar que el prestigio y potencial de una plaza como Londres, donde tienen su sede las casas de subastas y las galerías más reconocidas internacionalmente, es el aspecto con mayor incidencia para ejercer un influjo de atracción sobre la demanda mundial de arte, muy por encima de otros factores que pueden considerarse coyunturales o bien de menor importancia –entre ellos, la introducción del *droit de suite*–.

iv) Finalmente, cabe destacar que, aunque la implementación del *droit de suite* en el Reino Unido supuso un aumento de los costes de transacción en el sistema, lo que necesariamente implica cierta desventaja del mercado británico respecto al estadounidense, hay que resaltar que la entidad de gestión colectiva británica DACS es una de las que más eficiencia demuestra a nivel europeo, con unos costes de administración propios

⁹⁸⁵ El mercado chino del arte, en 2006, suponía un 8% sobre el mercado mundial; pero en 2009 conseguía llegar al 18% y, en 2011, al 30%. Sin embargo, la burbuja se ha ido desinflando paulatinamente y, actualmente, vuelve a situarse, con un 22%, ligeramente por debajo del mercado británico (cfr. MCANDREW, Clare. *TEFAF Art Market Report 2015*, cit., pp. 23 y 24).

del 15% sobre el total recaudado. Por otro lado, si bien los costes que los profesionales del mercado del arte tuvieron que asumir para adaptarse a la introducción de este derecho fueron elevados, es razonable pensar que, con el paso del tiempo, tienden a reducirse hasta situarse en niveles asumibles para el sector⁹⁸⁶.

⁹⁸⁶ *Vid. infra*. En el siguiente capítulo se analizarán los costes de transacción del *droit de suite*. En cualquier caso, compartimos el planteamiento de VICKERS, según el cual, conforme va transcurriendo más tiempo desde la implantación del *droit de suite* en un mercado determinado, es de esperar una relajación en cuanto a la reducción de precios en el mercado primario se refiere, ya que los diferentes agentes terminan por asimilar el derecho como algo consustancial a la transmisión de obras de arte (*op. cit.*, p. 461).

CAPÍTULO 8: EFECTOS ECONÓMICOS DEL *DROIT DE SUITE*

El *droit de suite* no es un elemento que tenga suficiente trascendencia como para llegar a incidir en la estructura de un mercado artístico, en el sentido de afectar a su competitividad o provocar la fuga sistemática hacia otras localizaciones de aquellos intercambios que normalmente tendrían lugar en su seno. Sin embargo, lo que no se puede negar es que este derecho tenga efectos económicos en las relaciones particulares y comerciales que se llevan a cabo entre los diferentes agentes que participan en el sector (artistas, adquirentes, profesionales...). Ciertamente, cuando un vendedor soporta un gravamen inherente a una transacción, en este caso el pago del crédito de participación, tratará de encontrar soluciones para mantener la plusvalía que se derivaría de la reventa de no existir aquél, como añadir al precio de venta el coste del derecho de participación.

Por otro lado, no debemos olvidar que la introducción del *droit de suite* en la legislación de un país supone el nacimiento espontáneo de unos nuevos costes de transacción para sus operadores económicos, aspecto que analizaremos a continuación.

En cualquier caso, podemos anticipar que la doctrina que ha analizado el *droit de suite* a partir de un prisma económico ha cuestionado su eficiencia. Así, V. GINSBURGH opina que este derecho se plantea normalmente desde una perspectiva proteccionista, olvidando la vertiente económica, que debería ser tenida más en cuenta. Añade este autor que rara vez se analizan las implicaciones más profundas de su implementación y que, cuando se ha hecho, «los economistas generalmente han llegado a la conclusión de que es ineficiente»⁹⁸⁷.

No obstante, hay que tener en cuenta que lo verdaderamente relevante para valorar la eficacia del *droit de suite* no es tanto su incidencia en el mercado de obras de arte sino su contribución a incrementar los ingresos económicos de los creadores de este tipo de obras. Su finalidad no es otra que paliar la importante merma que experimenta la ex-

⁹⁸⁷ Vid. GINSBURGH, Victor. *The Economic Consequences of Droit de Suite...*, cit., p.1. En términos parecidos se expresa STANFORD, para quien el *droit de suite* está basado en «un análisis inadecuado del mercado del arte» (*Economic Analysis of the Droit de Suite*, cit., p. 20).

plotación de obras de artes plásticas al agotarse el derecho de distribución de sus autores con la primera venta de sus originales.

1. COSTES DE TRANSACCIÓN DEL *DROIT DE SUITE*

Se denominan costes de transacción aquellos costes relacionados con el intercambio en el mercado. En general, se distinguen tres tipos⁹⁸⁸: *i*) los costes de búsqueda, que, como en cualquier relación empresarial, se centran en las acciones de localización previas a la prestación del servicio o a la entrega de bienes –el artista tiene que buscar, por un lado, clientes y, por el otro, profesionales que le representen; mientras éstos tienen el deber de estar informados de las tendencias del mercado, buscar talentos para obtener mayores márgenes comerciales, etc.–; *ii*) los costes de negociación, que implican que en caso de desequilibrio entre las partes el negocio se resolverá con peores condiciones económicas y contractuales para una de ellas; y *iii*) los costes de vínculo o cumplimiento, esto es, aquellos que se generan una vez la relación comercial o contractual se ha iniciado –por ejemplo, derivados de problemas de interpretación o de impagos, entre otros–.

El autor no es parte en la transacción de la reventa, así que él no experimenta estos costes, pero sí el vendedor. En consecuencia, el *droit de suite* es un coste añadido a la reventa y se enmarca en los llamados costes de vínculo o cumplimiento, al desarrollarse en el período posventa.

1.1. COSTES ADICIONALES

La implantación del *droit de suite* en un ordenamiento jurídico implica necesariamente otros costes en el sistema que, en ocasiones, han provocado que su aplicación no sea efectiva en Estados donde existe un reconocimiento formal del derecho⁹⁸⁹. Estos costes de carácter administrativo son imputados, generalmente, a los profesionales del mercado del arte, ya que se derivan del preceptivo cumplimiento por su parte de una serie de obligaciones instrumentales con relación al esquema de funcionamiento del derecho –por ejemplo, la búsqueda de los autores y herederos, el deber de informarlos, etc.–.

⁹⁸⁸ Vid. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*, 5ª ed. Londres: Pearson Addison-Wesley, 2007, p. 87.

⁹⁸⁹ Parece ser el caso, en la actualidad, de algunos países que lo tienen legislado pero no lo aplican, como India, Turquía o Rusia (vid. RICKETSON, Sam; BARRISTER, Victoria. *Proposed international treaty on droit de suite*, cit., p. 18, nota 45).

Por otro lado, también existe la necesidad de que las entidades de gestión trabajen de una manera eficiente, ya que no tendría sentido un método de recaudación del *droit de suite* en el que éstas incurrieran en unos costes administrativos tan elevados que, calculados idealmente de manera individualizada para cada transmisión, llegaran a desmerecer la cantidad a percibir por el titular del crédito de participación, lo que en la práctica querría decir que éstos apenas cobrarían nada⁹⁹⁰.

Para paliar estos problemas, las diferentes legislaciones adoptaron mayoritariamente medidas para simplificar los procesos de cálculo, aplicación y recaudación del derecho, tales como la determinación del mismo a partir del precio en lugar de la plusvalía o el establecimiento de umbrales mínimos de activación; mientras que, mediante convenios de colaboración y bajo el paraguas de la CISAC, se avanzó igualmente hacia un mejor aprovechamiento de economías de escala entre las diferentes entidades de gestión, con la finalidad de que sus asociados pudieran beneficiarse de regalías generadas en terceros Estados.

a) Costes derivados del derecho de información

Uno de los principales elementos que subyace en estos costes adicionales del *droit de suite* es satisfacer el derecho de información que ostenta su titular. Recuérdese que el artículo 9 de la Directiva 2001/84/CE dispone que:

Los Estados miembros dispondrán que durante un plazo de tres años a partir la fecha de la reventa, los beneficiarios (...) puedan exigir a cualquier profesional del mercado del arte (...) toda la información necesaria para obtener la liquidación de los importes debidos, en virtud del derecho de participación, resultantes de la reventa.

⁹⁹⁰ En España, según datos publicados por VEGAP con relación a su último ejercicio auditado, 2014, se recaudó por derecho de participación un total de 8.14.728 euros. De dicha cantidad, se repartió a los titulares de este derecho 567.185 euros. Así las cosas, se estiman unos costes de administración de la entidad española, en referencia al derecho de participación, de un 30% sobre lo recaudado (cfr. VEGAP. *Memoria 2014*, pp. 9 y 30). La entidad de gestión danesa encargada del *droit de suite* al entrar éste en vigor hizo una valoración media del coste administrativo para aplicar correctamente este derecho de un 40% sobre el crédito de participación (vid. PERLOFF, Jeffrey M. «Droit de suite». En: Newman, Peter. *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Nueva York: Palgrave Mc Millan, 2002, p. 647). En Francia, las cantidades detraídas de los beneficiarios para cubrir los costes del *droit de suite* son de un 12% en el caso de ADAGP y de un 20% en el caso de SAIF (*Société des auteurs des arts visuels et de l'image fixe*) (vid. *Ministère de la culture...*(France), KANCEL, Serge, *cit.*, p. 20). Sin embargo, también se han explorado otras fórmulas para reducir al máximo los costes de transacción. Por ejemplo, en Alemania, durante un tiempo, funcionó la fórmula de un pago único en concepto de *Folgerecht* global para evitar los complicados cálculos y promover la redistribución del dinero recaudado entre los asociados a *Bild-Kunst* (vid. GINSBURGH, Victor. *The Economic Consequences of Droit de Suite...*, *cit.*, p. 5).

En la legislación española se amplía este derecho de información a las entidades de gestión⁹⁹¹, lo que, en teoría, debería reducir estos costes de cumplimiento, al establecerse un canal más habitual y estandarizado entre los profesionales del mercado del arte y VEGAP. De todos modos, en un mercado global, ejercer este derecho de manera individual, se revela imposible, así que lo más razonable es delegar la recaudación del derecho y el derecho de información a las entidades de gestión⁹⁹². Por otra parte, este derecho a obtener información que asiste a los titulares del derecho está enfocado a permitir asegurar el cobro de los créditos de participación devengados; sin embargo, los artistas y los derechohabientes, en ocasiones, también quieren controlar la evolución de sus obras y su cotización en el mercado, lo que puede derivar en situaciones abusivas del uso de su derecho a estar informados de las condiciones de las reventas⁹⁹³.

Así las cosas, el hecho de que las galerías, las casas de subastas y los marchantes tengan, por un lado, la obligación de notificar al titular del derecho cuando hayan intervenido como compradores, intermediarios o vendedores en una reventa pública⁹⁹⁴, y por otro, el deber de custodiar y proporcionar a los sujetos interesados⁹⁹⁵ durante un período tan extenso como son tres años toda la información relacionada con las transmisiones – fechas, importes, identidad de las partes, etc.– se traduce en unos costes de administración de cierta importancia.

Además, nos encontramos con el agravante de que los participantes en el mercado del arte son muy reacios a que sus datos personales y los relativos a las transacciones en las que han concurrido se incorporen a bases de datos de manera estable, aspecto que

⁹⁹¹ Cfr. artículo 11.1 de la Ley 3/2008.

⁹⁹² No hay una alternativa efectiva a la gestión colectiva del derecho de información. En los Estados Unidos, en ocasiones, el autor ha intentado reservarse este derecho, incorporándolo en contratos privados que incluían cláusulas de obligatoria inclusión en los sucesivos contratos de reventa, pero ello es muy costoso de controlar y deriva en numerosos litigios.

⁹⁹³ La opción francesa de limitar a los herederos forzosos la transmisión *mortis causa* del *droit de suite* puede obedecer, además de las razones históricas, también, a tratar de minimizar los costes de información, evitando que muchas personas diferentes lo puedan ejercer con relación a un mismo artista.

⁹⁹⁴ El derecho de información del titular del derecho se transfiere asimismo en la Ley en el deber de notificación que se impone a los profesionales del mercado del arte cuando intervienen en la reventa de una obra, que se traduce en la obligación de «notificar al vendedor, al titular del derecho de participación y a la entidad de gestión correspondiente la reventa efectuada. La notificación se hará por escrito o por otro medio que permita dejar constancia de la remisión y recepción de la notificación en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente de la fecha de la reventa» (cfr. artículo 8 de la Ley 3/2008).

⁹⁹⁵ Por supuesto, los datos personales custodiados, deberán someterse, asimismo, a lo dispuesto en la *Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal* (LOPD). Por lo tanto, la recogida de los datos deberá realizarse acorde a lo expresado en la mencionada LOPD, mientras que las medidas técnicas a aplicar por parte del profesional para la custodia de los datos y su organización en ficheros deberá llevarse a cabo con arreglo al *Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal*.

ha tratado de salvar el artículo 11.2 de la Ley 3/2008, al expresar que «*los titulares del derecho de participación o, en su caso, las entidades de gestión deberán respetar los principios de confidencialidad o intimidad mercantil en relación con cualquier información que conozcan en el ejercicio de las facultades previstas en la presente Ley*». Sin embargo, la realidad nos demuestra que, quizás excepción hecha en el caso de los vendedores y compradores que acuden a las casas de subastas, los adquirentes en galerías o las partes de un contrato de compraventa en la que ha intervenido un intermediario profesional no encuentran incentivos a declarar la información de la operación, puesto que ven en ello grandes problemas de privacidad⁹⁹⁶.

b) Cuantificación de los costes administrativos

La visión de que el *droit de suite* conlleva unos excesivos costes asociados a su funcionamiento ha trascendido en ciertos informes que cuentan con datos aislados obtenidos de publicaciones de entidades de gestión y de algunas pinceladas doctrinales, muchas veces presentados bajo el influjo de sectores opuestos al reconocimiento de este derecho en el mercado del arte⁹⁹⁷. Sin embargo, un estudio británico independiente, realizado por FROSCHAUER en el año 2008, llamado *The impact of the artist resale rights on the market in the United Kingdom*, consiguió por fin cifrar con rigor los costes de administración que el *droit de suite* supone para los profesionales del mercado del arte —no en un mercado cualquiera, sino en uno altamente profesionalizado, como es el británico—.

Se debe reconocer que, en pleno debate sobre la incorporación del *droit de suite* en el Reino Unido, la previsión de los costes de administración que se derivarían de su implementación se calcularon a la baja y fueron subestimados por los poderes públicos. Aunque, en un primer momento, entre otros, la *British Art Market Federation* (BAMF), había realizado una valoración preliminar que alertaba de un coste medio de £40 de costes administrativos por transacción⁹⁹⁸, el gobierno de Londres se vio influenciado finalmente por un informe de DACS que previó un coste administrativo de apenas £1 por

⁹⁹⁶ Según V. GINSBURGH, esa reticencia a aportar información de la transacción y, en última instancia, de liquidar el crédito de participación podría solucionarse aplicando sanciones a las partes que participan en la compraventa en caso de infracción. Sin embargo, termina por reconocer que lo más realista sería aplicar solamente este derecho de información a las casas de subastas, donde sí hay cierta transparencia en las transmisiones (*The Economic Consequences of Droit de Suite...*, *cit.*, p. 4).

⁹⁹⁷ En este sentido, por ejemplo, *vid.* BAMF. *The British Art Market 2014*. [en línea]. Disponible en: <<http://tbamf.org.uk/wp-content/uploads/2014/08/British-Art-Market-2014.pdf>> (última visita: 31 de diciembre de 2015).

⁹⁹⁸ *Vid.* FROSCHAUER, Toby, *op. cit.*, p. 8. De hecho, este autor indica que Leeuwenburgh, en un estudio similar previo, consultando diferentes fuentes, entre ellas la principal asociación de marchantes de Londres, ya había estimado unos costes de transacción entre £28 y £38.

obra revendida y de £10 trimestrales por gestión interna⁹⁹⁹. Con esta última tesis se comenzó a trabajar para la aprobación de la *Artist's Resale Right Regulations Act* de 2006. No obstante, una vez entró en vigor, estos costes se revelaron muy superiores a los estimados.

En su estudio, FROSCHAUER sitúa dichos costes en torno a £23,30 y £53,60. Para llegar a estas cantidades medias, este autor realizó encuestas y entrevistas personales a profesionales del mercado del arte, especialmente a galerías y casas de subastas. Los primeros determinaron que los costes de administración que se veían obligados a asumir venían motivados, principalmente, por las siguientes tareas¹⁰⁰⁰: determinar los artistas que tienen derecho al cobro del derecho –principalmente, descubrir si está vivo¹⁰⁰¹ y cuál es su nacionalidad–; calcular el precio de la transmisión, descontando impuestos indirectos y convirtiendo el precio final a euros –ya que el umbral del *resale right* británico está fijado en euros y no en libras esterlinas–; rellenar los formularios y realizar los cálculos trimestrales con DACS; resolver errores y omisiones básicamente referidos a pagos indebidos o a falta de pago del crédito de participación; y liquidar el pago por el saldo adeudado. Las galerías de arte calcularon un tiempo medio de dedicación a todas estas funciones de 35 minutos por operación y, habiéndose estipulado que un profesional de este sector supone un coste empresarial de £40 por hora, el coste medio por transacción resultante es de £26,50. Adicionalmente, las grandes casas de subastas, como *Sotheby's* o *Christie's*, incidieron en la necesidad de incluir también, a la hora de calcular los costes de transacción del *droit de suite*, aquellos costes de adaptación o implementación interna¹⁰⁰², si bien reconocieron que éstos debían ser amortizados durante los primeros años a contar desde su vigencia. No obstante, en tal caso, el promedio económico del coste administrativo por transacción se elevaría hasta las £53,60.

Uno de los principales problemas señalados por FROSCHAUER que revierte en un incremento del coste total es que los profesionales del mercado del arte e, incluso, las propias entidades de gestión, a veces tienen dificultades tanto para conocer con exactitud los artistas que tienen derecho a exigir el *droit de suite* –normalmente por confusiones acerca de su nacionalidad¹⁰⁰³–, como para saber a quién lo tienen que liquidar material-

⁹⁹⁹ Vid. DACS. *A response to the inquiry by the Culture Media and Sport Committee into the UK art market*. February 2005, p. 2.

¹⁰⁰⁰ Vid. FROSCHAUER, Toby, *op. cit.*, p. 9.

¹⁰⁰¹ Recuérdese nuevamente que, hasta el año 2012, en el Reino Unido el *droit de suite* sólo se reconocía a los artistas vivos, debido a una medida transitoria contenida en la Directiva 2001/84/CE.

¹⁰⁰² Estos costes de adaptación interna se pueden resumir en los siguientes conceptos: asistencia legal, consultoría informática, adaptación en la organización interna de la empresa y control de departamentos de calidad. SZYMANSKI (UKIPO, *cit.*, p. 48) señalaba que, entre los principales costes de administración del *droit de suite* se encontraban los de adquisición de software e implementación de procesos en la estructura empresarial.

¹⁰⁰³ Piénsese que, aunque las entidades de gestión cobran comisiones por sus servicios, no asumen responsabilidad por la omisión de nombres o por fallos de nacionalidad en sus bases

mente. Con relación a este último punto, ciertamente, en el Reino Unido no debería haber excesivos problemas, puesto que el *droit de suite* es un derecho de gestión colectiva obligatoria¹⁰⁰⁴. De esta medida se ha criticado por parte de un sector doctrinal británico una posible pérdida de dinero del artista en favor de DACS, además de un aumento de los costes de transacción en casos concretos¹⁰⁰⁵. El argumento en este sentido es que, en ocasiones, los profesionales del mercado del arte están estrechamente vinculados con ciertos autores por su relación en el mercado primario. Así las cosas, les resultaría más sencillo –y sería más beneficioso para el artista– liquidar directamente el crédito de participación al titular del derecho, sin tener que depositarlo en la entidad de gestión, ya que ésta cobrará sus honorarios por tramitar la recaudación y pagar al autor (en el mejor de los casos, un 15%). En cambio, en España, ese problema no se da, al disponer de una gestión colectiva facultativa con relación al derecho de participación¹⁰⁰⁶, por lo que un autor puede decidir gestionarlo individualmente o, incluso, cederlo a VEGAP pero excluyendo de su gestión determinadas obras concretas –es decir, reservándose para sí, solamente en ciertas piezas, la reclamación de los créditos y su efectivo cobro–.

En cualquier caso, estas dificultades cada vez están mejor resueltas, puesto que las entidades de gestión colectiva están mejor coordinadas entre ellas a nivel internacional e, incluso, desde sus páginas web, publican buscadores avanzados para localizar a los autores y conocer sus datos –o los de sus derechohabientes–, indicando a qué entidad de gestión colectiva están adheridos originariamente¹⁰⁰⁷.

No obstante, no podemos mostrarnos tan positivos con los costes administrativos que deben soportar los profesionales del mercado del arte y que significan unos altos costes de transacción derivados de la existencia del *droit de suite*. Para valorar este aspecto, a falta de otros datos fiables más recientes, debemos basarnos en las cifras ofrecidas por el estudio de FROSCHAUER. Así, si tomáramos como base el rango de coste más alto calculado –a nuestro juicio, el más razonable al contener los gastos de adaptación–,

de datos. FROSCHAUER expone dos casos que ilustran estas dificultades materiales (*op. cit.*, pp. 13 y 14). El primero de ellos, concierne al artista Yan Pei Ming. Según las bases de datos de DACS, este autor era chino y, por lo tanto, las reventas de sus obras no estaban sujetas al ARR. Sin embargo, luego resultó que tenía nacionalidad francesa, así que el artista reclamó su derecho y la casa de subastas tuvo que liquidarle hasta £28.000 por sus créditos no satisfechos. En el segundo ejemplo, se dio por supuesto por la entidad de gestión que el conocido autor *Christo* tenía nacionalidad búlgara, pero él mismo llamó a la casa de subastas para desmentirlo y aclarar que era estadounidense. Así, ésta tuvo que ponerse en contacto con los vendedores que habían liquidado indebidamente el ARR para reembolsarles las cantidades oportunas.

¹⁰⁰⁴ Cfr. artículo 14 de la *Artist's Resale Right Regulations 2006*: «*el resale right deberá ser ejercido sólo a través de una sociedad de gestión colectiva*».

¹⁰⁰⁵ *Vid.* FROSCHAUER, Toby, *op. cit.*, p. 18.

¹⁰⁰⁶ Cfr. artículo 7 de la Ley 3/2008.

¹⁰⁰⁷ Por poner dos ejemplos internacionales, son muestra de buen funcionamiento los buscadores de la entidad francesa ADAGP (<http://www.adagp.fr/fr/mysearch/rp_rights?keyword=>>) y de la alemana *Bild-Kunst* (<[>](http://www.bildkunst.de/en/service-for-users/artist-search/resale-royalty-rights.html)>).

esto es £53,60, el coste administrativo total de los profesionales y empresas del sector por las transacciones realizadas en el período tomado como referencia para el examen (4.744 operaciones) se situaría alrededor del 6,8% respecto al montante total de créditos de participación liquidados (£3,758,903) en el mismo tiempo, lo que, analizado de manera global nos parece un coste alto para un mercado tan competitivo como el británico¹⁰⁰⁸. De todos modos, teniendo en cuenta que el estudio se llevó a cabo entre los años 2006 y 2007, consideramos que ha habido tiempo suficiente para que estos costes se hayan reducido, atendiendo a una presumible mejora de los procesos internos de las empresas y a un constatable aumento de la eficiencia y de los niveles de recaudación por parte de las entidades de gestión, lo que nos sitúa ante un punto débil con margen de mejora.

1.2. EL «EFECTO CASCADA»

Otro coste de transacción asociado a las reventas sujetas al *droit de suite* se deriva del llamado «efecto cascada». Los profesionales del mercado del arte, cuando intervienen en la transmisión de una obra de arte en el mercado secundario vienen obligados a retener del precio la cantidad correspondiente al crédito de participación para satisfacer al titular del mismo su derecho. En el caso de la legislación española, en última instancia, el obligado a soportar el pago del mismo es el vendedor¹⁰⁰⁹, pero no ocurre así en las regulaciones de todos los Estados miembros. En este sentido, recuérdese que el artículo 1.4 de la Directiva 2001/84/CE establece que «*el pago del derecho (...) correrá a cargo del vendedor*» para añadir que los Estados miembros podrán disponer que el profesional del mercado del arte que intervenga en las reventas y «*que no sea el vendedor tenga responsabilidad exclusiva o compartida con el vendedor para el pago del derecho*».

Ésta es una cuestión que preocupa a la Comisión Europea, y así lo ha dejado reflejado en sus informes cuando ha tenido ocasión¹⁰¹⁰. Ciertamente, no es inusual que los propios profesionales actúen en las operaciones como parte vendedora o como parte compradora. Si concurren en una operación profesionales en las dos posiciones, se ha criticado el hecho de que éstos deban liquidar el derecho de participación cuando adquieren la obra y, a su vez, nuevamente en el futuro cuando vuelven a transmitir la obra, por ejemplo, a un particular¹⁰¹¹.

¹⁰⁰⁸ Para los profesionales franceses, los costes de administración se sitúan entre un 2% y un 3% de las ventas sobre las que se aplica el *droit de suite* (vid. Ministère de la culture...(France), KANCEL, Serge, *cit.*, p. 20).

¹⁰⁰⁹ Cfr. artículo 1 de la Ley 3/2008.

¹⁰¹⁰ Vid., especialmente, COMISIÓN EUROPEA. Informe COM (2011) 878 final, de 14 de diciembre de 2011, pp. 9 y 10.

¹⁰¹¹ Obviamente, especialmente sangrante es el caso en los Estados miembros en los que tanto el vendedor como el comprador pueden estar obligados al pago del derecho. Así, un mar-

En este sentido, el informe de la Comisión Europea *Key principles and recommendations on the management of the author's resale right*, de febrero de 2014, centraba en esta cuestión uno de los principales aspectos a resolver en un futuro inmediato¹⁰¹², alertando de que el fenómeno no sólo estaba teniendo lugar en aquellos Estados miembros donde los profesionales tienen la obligación principal de pagar el derecho, sino que ciertas prácticas de mercado podían también complicar la situación. Por ejemplo, en el Reino Unido es habitual que el derecho se repercute al comprador, mientras que en Francia lo normal es que el *droit de suite* lo pague el comprador. En consecuencia, un profesional que adquiriera una obra en una subasta en Londres y la revendiera en otra subasta en París estaría pagando dos veces el derecho¹⁰¹³.

En consecuencia, este derecho puede tener un efecto acumulativo sobre las obras de arte que se hubieran enajenado en sucesivas ocasiones. A diferencia de lo que ocurre con el IVA, donde los empresarios pueden deducir las cuotas soportadas de las cuotas repercutidas, en el caso del *droit de suite* los profesionales deben abonarla para cada transacción y no se podrá compensar en ningún caso¹⁰¹⁴.

Asimismo, aunque sea indirectamente, tampoco se librarían completamente de este «efecto cascada» aquellos Estados miembros que, como España, optaron por limitar el pago del crédito de participación a la parte vendedora. Como no es un derecho que se aplique sobre la plusvalía, sino sobre el precio íntegro, presumiblemente el vendedor habrá repercutido el *droit de suite* en el precio de reventa; por lo tanto, ello provocará que el importe del derecho vaya aumentando, con cada nueva transmisión, calculado sobre un precio ya incrementado por un derecho soportado en la anterior transmisión.

2. EFECTOS ECONÓMICOS DERIVADOS DE LA RELACIÓN ARTISTA-ADQUIRENTE

El hecho de que un autor pueda seguir participando de los beneficios que se generan con las reventas de sus obras es, a simple vista, algo positivo para aquél. Si no existiera el *droit de suite*, a los artistas les resultaría imposible percibir remuneraciones de aquellas obras de las que se hubieran desprendido en el pasado. A lo largo de este trabajo ya se han apuntado numerosos ejemplos de reventas espectaculares en cuyo precio no pudo participar el autor.

chante de arte que participe en dos operaciones consecutivas puede pagarlo dos veces por una misma obra de arte –primero como comprador y a continuación como vendedor–.

¹⁰¹² Vid. COMISIÓN EUROPEA. *Key principles and recommendations on the management of the author's resale right*, febrero de 2014, p. 5.

¹⁰¹³ Si bien es cierto que, de suceder lo contrario –es decir, que dicho profesional comprara en Francia y revendiera en el Reino Unido– no pagaría el derecho ni una vez.

¹⁰¹⁴ Vid. MCANDREW, Clare. *The Global Art Market in 2010*, cit., p. 155.

En un mercado que reconoce el *droit de suite* hay que suponer que el artista tiene, si cabe, un mayor interés en que su reputación incremente, lo que significará que sus obras de juventud se puedan seguir revendiendo y, por lo tanto, se halle en disposición de percibir las correspondientes regalías derivadas de las reventas de sus obras. No obstante, esta aseveración puede aplicarse únicamente a los artistas con cierta trayectoria, que pueden necesitar incentivos para no frenar su escalada de prestigio y así mantener o aumentar los precios de sus obras presentes y pasadas. En cambio, los autores jóvenes, en los inicios de su carrera, no suelen mostrar preocupación acerca de la cotización potencial de sus obras; simplemente se mostrarán satisfechos con conseguir acceder al mercado primario y colocar sus primeras creaciones¹⁰¹⁵.

Hasta el momento, hemos relegado la cuestión económica a un segundo plano, dando por buena la premisa de que al autor le interesa la existencia del *droit de suite* porque internaliza los beneficios de las sucesivas reventas de sus obras¹⁰¹⁶, evitando que terceros adquirentes de aquéllas se aprovechen de una posible exitosa carrera¹⁰¹⁷. Sin embargo, se ha indicado que este derecho tiene que lidiar con una aparente contradicción en el plano económico: su desarrollo y, por lo tanto, sus frutos, tienen lugar en el mercado secundario, donde unos pocos artistas –y algunos más derechohabientes– se pueden beneficiar del mismo; no obstante, como a continuación se expone, sus presuntos efectos negativos –si los hubiere– pueden manifestarse en el mercado primario, donde la gran mayoría de artistas no encuentran facilidades para comercializar sus obras y requieren de un mayor apoyo externo para conseguirlo¹⁰¹⁸.

¹⁰¹⁵ Tal y como indica VETTESE, los propios artistas saben que muy pocos de ellos terminan por asentarse en la profesión (*op. cit.*, p. 78). Por ende, lo razonable será que un autor joven no calcule su carrera a largo plazo, sino que trate de aprovechar la coyuntura para obtener el máximo de rendimiento a corto plazo.

¹⁰¹⁶ Asimismo, destacados juristas que han estudiado a fondo el derecho de participación han obviado la perspectiva económica del derecho. Así, CASAS VALLÉS («Comentario al artículo 24», 3ª ed., *cit.*, p. 415 y 416) considera que cualquier objeción que se plantee a este derecho desde una óptica economicista puede ser rebatida. Por su lado, GUTIÉRREZ VICÉN se muestra hasta contrariado cuando se antepone la función económica del *droit de suite* a su función social: «el derecho de participación de los artistas, no siempre es analizado por los estudiosos desde la conciencia de su verdadera importancia social, que no ha de quedar limitada sólo al beneficio económico que dispone a favor de sus titulares». Según su parecer, por encima de todo, el derecho sirve para «preservar el humanismo en la cultura, razón de ser del derecho moral y, por otra parte, garantizar a los autores plásticos su legítimo derecho a participar del éxito de sus obras» («Comentario al artículo 24», 2ª ed., *op. cit.*, p. 227).

¹⁰¹⁷ Dicho esto, encajaría perfectamente un derecho de participación calculado sobre la plusvalía obtenida por el revendedor en la transmisión de la obra. No obstante, ya se han visto anteriormente, con detenimiento, los motivos –basados en razones de eficiencia económica, con el objetivo de reducir los recursos destinados a su recaudación y simplificar su método de cálculo– por los cuales los legisladores del *droit de suite*, en casi todos los países, se decantaron por un sistema de participación mediante un porcentaje sobre el precio.

¹⁰¹⁸ LANDSBURG resume esta circunstancia del siguiente modo: el *droit de suite* sirve para transferir el dinero que debería corresponder a los artistas con menos éxito hacia los artistas famosos (LANDSBURG, Steven E. *Price theory and Applications*, 8ª ed. Boston: Cengage Lear-

2.1. FIJACIÓN DE PRECIOS EN LAS PRIMERAS VENTAS DEL ARTISTA

Normalmente, podemos presuponer que el autor va a realizar la venta de su obra en el mercado primario por un determinado precio, independientemente de que vaya a conseguir revenderla o no. No obstante, cuando el adquirente de la primera venta es un profesional del mercado del arte sus decisiones se rigen, aunque sea en parte, por una lógica empresarial. Por consiguiente, si la intención de dicho profesional es comprar la obra al autor para revenderla a un tercero y conoce de antemano que, en caso de lograrlo, la operación no le proporcionará un rendimiento pleno porque tendrá que compartir sus beneficios de la reventa con el autor, es razonable pensar que tratará, en la medida de lo posible, aplacar la potencial merma económica. En este sentido, se ha defendido que la opción más viable que tiene dicho empresario para aminorar ese futuro gasto es reducir el precio de su adquisición en proporción a la pérdida que le supondría el crédito de participación en una futura transacción¹⁰¹⁹. Según esa tesis, el *droit de suite* tendría un efecto claramente negativo para el creador, al estar relacionado el supuesto decremento del precio en la primera venta con la expectativa de cobro que tiene el artista en futuras reventas¹⁰²⁰.

Además, aunque algunos creadores jóvenes se creen con la capacidad de fijar los precios en el mercado primario, pocos pueden conseguirlo¹⁰²¹. Por ello, se ha criticado que la función tuitiva que le otorga al *droit de suite* su carácter irrenunciable e indisponible, en esta ocasión, podría jugar en contra de los intereses particulares del autor no consolidado que pretende obtener el máximo beneficio de sus transmisiones en el mercado primario. Así, si el autor pudiera renunciar a su futuro derecho, el adquirente, por su parte, podría llegar a pagar un mayor precio en la primera cesión, al no tener que preocuparse de repartir sus posibles ganancias obtenidas con una reventa posterior. El

ning, 2010, p. 537). También V. GINSBURGH destaca que el derecho distribuye los ingresos de un período de necesidad –los primeros años de vida profesional del artista– en un período donde el dinero tiene menor utilidad (*The Economic Consequences of Droit de Suite...*, *cit.*, p. 2). En cambio, SOLOW no comparte esta visión, al considerar que, *ex ante*, no se puede saber si cierto artista va a tener una carrera exitosa y va a beneficiarse del derecho (*op. cit.*, p. 201).

¹⁰¹⁹ PERLOFF fue de los primeros autores en argumentar que, cuando existe un derecho de participación del artista, el precio que estarán dispuestos a pagar los compradores por sus obras será inferior que si tal derecho no existiera, puesto que éstos tendrán en cuenta el valor descontado de los potenciales importes que pudiera reclamar el artista en adelante (*op. cit.*, p. 646).

¹⁰²⁰ *Vid.* GINSBURGH, Victor. *The Economic Consequences of Droit de Suite...*, *cit.*, p. 2. Este autor asegura que, en definitiva, «el artista ganará menos», haciendo notar que éste no es un fenómeno extraño en el tráfico económico, ya que cuando se transfiere una propiedad y el vendedor o un tercero continúa disponiendo de ciertos derechos en su favor, el valor del bien transmitido se verá reducido.

¹⁰²¹ Usando la terminología económica de LANDSBURG (*op. cit.*, p. 537), en un primer momento, el artista tiene poder negociador suficiente para establecer los precios, por lo que tan sólo el tiempo resolverá si se acaba convirtiendo en un «ganador» –su carrera deviene más exitosa de lo esperado– o en un «perdedor» –su carrera resulta menos exitosa de lo esperado–.

autor perdería un derecho de participación en las transacciones en el mercado secundario, pero dispondría de la facultad de valorar si prefiere obtener en un primer instante un precio superior por la venta de sus obras o bien esperar a obtener un porcentaje sobre una transacción que, estadísticamente, difícilmente va a suceder¹⁰²². A estos efectos, no son pocas las voces que abogan por convertir el *droit de suite* en un derecho renunciabile¹⁰²³ para que, de ese modo, los artistas pudieran decidir libremente la asunción del riesgo de participar en futuras reventas¹⁰²⁴.

Estrechamente relacionado con lo anterior, también se ha puesto en tela de juicio el hecho de que, en un mercado con *droit de suite*, los profesionales del mercado del arte estén dispuestos a mantener los gastos destinados a la representación y promoción de los artistas jóvenes¹⁰²⁵. Sin duda, los profesionales realizan esta tarea de promoción para tratar de obtener unos mayores beneficios en el mercado secundario. Sin embargo, ante la tesitura de tener que liquidar el crédito de participación en el momento de revender la obra y, por tanto, compartir sus ganancias con el autor, se podrían mostrar reacios a realizar un gasto superior por tales conceptos, al no poder tener una recuperación íntegra de su inversión. En sentido contrario, en un mercado sin *droit de suite*, el margen correspondiente al crédito de participación podría ser invertido netamente por el profesional en gastos de representación y promoción de la obra para sus autores patrocinados, ya que se trataría de un gasto a modo de inversión cuyos beneficios, esta vez sí, percibiría íntegramente.

Llevada esta lógica al límite, se podría llegar a afirmar que cada euro que gasta el promotor para incrementar el precio de la obra redundaría en un potencial beneficio económico compartido con el autor, por lo que cuanto más alto llegue a ser el porcentaje del *droit de suite*, menores cantidades estaría dispuesto el profesional del mercado del arte a gastar en concepto de promoción para el autor, debido a que más complicada sería su recuperación económica. Consecuentemente, el primer comprador de la obra tendría

¹⁰²² Según RUBÍ PUIG, la reducción del precio que sufre el artista sirve de prima para que éste pueda obtener en el futuro, cuando se produzca el evento consistente en la reventa, la renta fijada legalmente (*op. cit.*, p. 93).

¹⁰²³ Así lo han defendido STANFORD (*op. cit.*, p. 20), que se muestra absolutamente partidario de que el derecho sea alienable, o SZYMANSKI (UKIPO, *cit.*, p. 50), para quien la inalienabilidad es problemática, al impedir al artista conseguir un mejor precio en el mercado primario.

¹⁰²⁴ RUBÍ PUIG (*op. cit.*, p. 95) a pesar de no posicionarse sobre la idoneidad o no de esta medida, sí supone que habría un punto en que el autor estaría conforme con reducir el precio inicial cuando los beneficios esperados superaran netamente esta merma en el precio de venta de la obra.

¹⁰²⁵ La mayoría de autores de artes plásticas que tienen un mercado secundario se introducen en el mercado primario a través de marchantes o galerías, donde éstos tienen que realizar una serie de gastos de promoción para conseguir precisamente vender las obras de sus representados. La venta directa, sin intermediarios, sólo es factible en el mercado del arte cuando los clientes potenciales del artista son pocos y pueden ser identificados, o bien cuando el artista es un especialista y recibe encargos directos (*vid.* MONTERO MURADAS, Isabel. *Estrategias de distribución comercial en el mercado del arte*, *cit.*, p. 93).

menos incentivos en promocionarla si no puede capturar todas las rentas asociadas, lo que, a su vez, puede redundar en una mayor dificultad para revender las obras y, en última instancia, provocar una disminución de la producción¹⁰²⁶. No obstante, no es fácil trasladar a la práctica que el *droit de suite* implique una disminución en cuanto a la promoción de la obra por parte del profesional, puesto que éste, en principio, siempre tendrá interés en revenderla al precio más alto posible. En consecuencia, la inversión económica en promoción y publicidad, siempre y cuando lograra su objetivo, en ningún caso debería tener un efecto directo negativo sobre el primer adquirente revendedor, salvo que tuviera que compartir sus beneficios con el titular del derecho en un porcentaje desproporcionado.

2.2. ELEMENTO GENERADOR DE CONFIANZA

En la relación entre el artista y el adquirente de la obra, también se ha apuntado una función del *droit de suite* como factor generador de confianza para determinados tipos de clientes¹⁰²⁷, en especial, aquéllos con un mayor perfil especulativo. En efecto, ciertos compradores quieren convencerse de que la obra adquirida no sólo mantendrá el precio inicial, sino que en un futuro le proporcionará la obtención de una plusvalía económica¹⁰²⁸.

Pues bien, ante esta situación de incertidumbre del adquirente acerca de la rentabilidad económica que le puede dar una determinada obra de arte con el tiempo¹⁰²⁹, el *droit de suite* actuaría como un elemento de garantía por parte del autor-vendedor –una

¹⁰²⁶ Vid. GINSBURGH, Víctor. *Economic Consequences of Droit de Suite...*, cit., p. 3.

¹⁰²⁷ Vid. SOLOW, John, *op. cit.*, pp. 211 ss.; o HANSMANN, Henry; SANTILLI, Marina, *op. cit.*, pp. 6 ss.

¹⁰²⁸ No se debe entender que las obras de arte no sean bienes sujetos a obsolescencia. Para GRAMPP, la prueba de ello es que la mayor parte del arte que se ha creado a lo largo de los tiempos no ha sobrevivido. De todos modos, los compradores de obras de arte también son conscientes de que los bienes que adquieren tienen una duración determinada –al final, se acaban desechando, se destruyen, se deterioran, etc.– pero ello no quiere decir que no tengan valor durante su vida útil (*op. cit.*, pp. 70 y 75).

¹⁰²⁹ RUBÍ PUIG advierte que el argumento se refiere a la reducción de incentivos *ex post*, esto es, cuando ya se ha creado una obra o un conjunto de obras. El problema de este razonamiento, siguiendo al mismo autor, es que no tiene en cuenta que la existencia del *droit de suite* reduce los incentivos *ex ante*. Así, concluye que «no parece que deba ser función del legislador interferir en las carreras artísticas individuales desincentivando la producción de obra futura sustitutiva de la anterior» (*op. cit.*, p. 96). Asimismo, tal y como hemos visto anteriormente, la actuación del autor con relación a la producción de obra y la calificación que el mercado haga de la misma marcará la tendencia en la cotización de sus creaciones. Para las obras de arte que tengan consideración de bienes complementarios, el artista debería expandir su producción, con la finalidad de promover el coleccionismo y que los precios alcanzaran cotas mayores; por el contrario, para las obras de arte consideradas bienes sustitutivos, sería mejor que el artista restringiera la producción, para favorecer la exclusividad de las piezas y no introducir en el mercado otros bienes que dejaran sin valor a los primeros.

muestra de convicción en sus propias posibilidades–, ya que el hecho de estar interesado en participar en los rendimientos futuros derivados de las reventas de sus obras sería suficiente demostración para entender que éste concibe su carrera a largo plazo, con ánimo de seguir una trayectoria ascendente¹⁰³⁰. SOLOW considera que, como el artista o sus intermediarios pueden intentar hacer creer que el valor de las obras se va a mantener en el tiempo – aunque dichas promesas no siempre son creíbles–, el *droit de suite* sí ayudaría a demostrar que el creador tendrá un interés futuro en el éxito de su obra, ofreciendo esa seguridad al cliente¹⁰³¹.

Asimismo, HANSMANN y SANTILLI parten de la tesis de que permitir al artista participar en posibles beneficios futuros de sus obras generará incentivos para que continúe produciendo obra e incrementando el valor de su obra anterior. De hecho, para estos dos autores, en un mercado donde no existiera el *droit de suite*, al no poder internalizar los beneficios de un futuro éxito, muchos artistas preferirían pactar contractualmente con el comprador un derecho de participación incluso a cambio de reducir su precio inicial en el mercado primario. Por su parte, el adquirente también sería proclive a que el autor exigiera en el contrato de compraventa la inclusión de un derecho de participación para reventas futuras; lo contrario le haría sospechar que aquél sólo quiere obtener un mayor rendimiento presente y que, en cambio, se desentiende de las cotizaciones futuras de sus obras.

En atención a este esquema, ¿preferiría un autor medio cobrar un precio superior al vender su obra o bien se decantaría por intentar obtener un precio más reducido a cambio de una participación futura por cada reventa que se sucediera de la misma? De entrada, se podría aducir que esta pregunta carece de sentido, puesto que allí donde existe regulación del *droit de suite*, éste es irrenunciable. Aun así, nos parece interesante tratar de dilucidar cuál sería la preferencia de tal autor de no tener reconocido el derecho, ante esta hipotética proposición.

Para obtener una respuesta, hay que proceder a evaluar el riesgo que está dispuesto a asumir un artista en esa situación. En términos económicos, el riesgo es aceptado por los individuos de tres maneras diferentes¹⁰³². Primeramente, encontramos aquellas personas que adoptan una posición neutral ante el riesgo y, por lo tanto, no les afecta especialmente la incertidumbre; en segundo lugar, están los amantes del riesgo, esto es, aquellas personas que experimentan la incertidumbre como un elemento positivo y pro-

¹⁰³⁰ SOLOW defiende que para hacer un análisis adecuado de esta materia hay que dividir la carrera del artista en dos etapas diferenciadas. Una inicial, donde el creador no tiene reconocimiento del mercado, y una final, en la que el artista tiene una posición de cierta comodidad. Por ende, el interés residual en la producción de la primera etapa y el incentivo a mantener el valor de dichos bienes no existirían si el artista no tuviera reconocido el *droit de suite*. En consecuencia, el derecho es beneficioso para los artistas, porque les permite evitar el problema de «competir con uno mismo en el futuro» (*op. cit.*, p. 221).

¹⁰³¹ *Vid. ibidem*, pp. 211 y 212.

¹⁰³² *Vid. LAW, Jonathan; SMULLEN, John, op. cit.*, p. 387.

vechoso; finalmente, se hallan aquellas personas que muestran aversión al riesgo y que, por lo tanto consideran la incertidumbre como un elemento negativo sin posibles frutos. Para conocer en cuál de estos tres grupos descritos deberíamos situar a un artista medio, podemos valernos de una comparación en términos relativos con otro grupo que opera en el mercado del arte, como es el de los adquirentes de arte que pretenden revender obras – galeristas, algunos coleccionistas, etc.–. Éstos, además del disfrute estético, compran las obras con la expectativa de conseguir plusvalías futuras mediante posibles reventas, pero no suelen menospreciar el riesgo, así que normalmente diversifican su colección o *stock* realizando algunas compras arriesgadas y otras seguras, con el objetivo de contar con un *pool* que les permita repartir los riesgos de ciertas operaciones entre diferentes bienes. Aun así, en comparación, se afirma que un artista medio –esto es, excluyendo a autores famosos y consolidados– tiene un perfil de mayor aversión al riesgo que un coleccionista o un profesional del mercado del arte adquirente, ya que seguramente el artista dispone de una menor capacidad económica y, a su vez, no puede diversificar los riesgos, al sólo contar con sus propias obras¹⁰³³. Por lo tanto, si concluimos que el artista es alguien, por definición, poco capaz de arriesgarse, en teoría debería optar por cobrar un mayor precio en la venta inicial en lugar de dejar de percibir una parte de éste a cambio de una participación en una reventa incierta.

A partir del anterior razonamiento se critica la irrenunciabilidad del *droit de suite*. Si se supone que el precio de la venta inicial se fija a la baja, se está obligando al artista medio a asumir parcialmente el riesgo de la operación, porque hay una gran incertidumbre acerca de que su obra se acabe revendiendo y, por lo tanto, así pueda cobrar rendimientos futuros¹⁰³⁴. El problema de esta conclusión es que se basa plenamente en el esquema que presupone que el precio de la obra en el mercado primario puede verse reducido por la existencia del *droit de suite*, extremo que, como se verá a continuación, no compartimos.

3. CUMPLIMIENTO ECONÓMICO DE LA FINALIDAD JURÍDICA DEL *DROIT DE SUITE*

Como ya se ha indicado a lo largo de este trabajo, la configuración jurídica del *droit de suite* obedece a razones estrictamente de equidad y, ante todo, pretende corregir la deficiente explotación que experimentan los autores de obras de artes plásticas frente a otros autores dentro del marco legal de derechos de propiedad intelectual. Bajo este

¹⁰³³ Vid. RUBÍ PUIG, *op. cit.*, p. 93.

¹⁰³⁴ Según estas tesis, con el *droit de suite* el legislador está considerando que el artista es más amante del riesgo que el profesional revendedor, cuando ello no es así. Adicionalmente, la irrenunciabilidad del derecho trunca la función señalizadora del mismo, sin que pueda saberse el grado de riesgo que el artista está dispuesto a asumir (HANSMANN, Henry; SANTILLI, Marina, *op. cit.*, p. 22).

prisma, hay que evaluar si, como parece, su puesta en práctica resulta poco eficaz en términos económicos.

Según hemos visto, desde una óptica economicista se ha venido defendiendo que la actual regulación del *droit de suite* implica irremediablemente la reducción de precios en el mercado primario. Sin embargo, por nuestra parte negamos que exista una regla inapelable que establezca una relación inversamente proporcional entre la cuantía de un hipotético crédito de participación –calculado sobre el precio esperado de reventa– y el precio que un profesional del mercado del arte está dispuesto a pagar en esa primera adquisición¹⁰³⁵. Así, afirmar lo contrario supondría alejarse de la realidad de un mercado del arte con una casuística muy variada en cuanto a la relación económica entre el artista y el primer adquirente, que a continuación trataremos de ordenar:

i) Piénsese que cuando un galerista o un marchante promueve la obra de un artista joven lo más habitual es que no adquiera sus obras para una reventa incierta, sino que convenga con él el depósito de las piezas en un establecimiento, o bien pacte una mera intermediación en la comercialización, en cuyos casos los eventuales contratos de compraventa se realizarían entre el artista y el consumidor final directamente, a cambio de una comisión a liquidar por parte de aquél al profesional intermediario. Al tratarse de la primera transmisión realizada por el autor, esta operación no se encontraría sujeta al *droit de suite*. *Sensu contrario*, si el galerista o marchante se interesaran en la adquisición de las obras para su reventa, además podrían acogerse a las llamadas reventas promocionales, por las que no tendrían que liquidar el derecho de participación en las transmisiones de menos de 10.000 euros que tuvieran lugar en los tres siguientes años.

ii) Por otro lado, la mayoría de los artistas vivos cuyas reventas de obras generan *droit de suite* no tienen una posición negociadora débil, por lo que difícilmente los profesionales del mercado del arte conseguirán rebajar el precio de las nuevas creaciones de aquéllos para supuestamente tratar de compensar la pérdida derivada de la eventual asunción de la liquidación del crédito de participación.

iii) Finalmente, la experiencia nos dicta que el efecto que produce la introducción de un gravamen en un sector económico es el encarecimiento del producto final. Como muestra, no podemos olvidar que el objeto de discusión de la citada STJUE (Sala 4ª), de 26 de febrero de 2015 (asunto C-41/14) fue la licitud de la regulación de la repercusión del crédito de participación al comprador dentro de las condiciones generales de la contratación de la casa de subastas *Christie's*, lo que vendría a refrendar que ésta es la práctica habitual en el sector, cuando menos, en el mercado británico¹⁰³⁶. Por tanto, podría pensarse que una aplicación generalizada del *droit de suite* puede llevar, si acaso,

¹⁰³⁵ Diferentes factores pueden influir sobre la valoración económica de dicha primera cesión –reconocimiento del autor, necesidades de vendedor y comprador, relación comercial, etc.–.

¹⁰³⁶ Asimismo lo confirman galerías españolas de prestigio con las que hemos conversado acerca de esta cuestión. En España, en la medida de lo posible, es también habitual tratar de negociar el pago del coste del derecho de participación a cargo del comprador.

a un leve incremento de precios de las obras que superen el umbral de activación del derecho y se vendan de manera pública en el mercado secundario¹⁰³⁷. De todos modos, factores como el propio crecimiento del mercado, la inflación o el contexto económico dificultan el análisis de la repercusión de este derecho en las ventas de obras de arte, así que su causalidad tampoco tiene fácil demostración.

Por lo tanto, si aceptamos que el *droit de suite* tiene un efecto neutro en el precio de las obras en el mercado primario y moderado en el mercado secundario, no consideramos que del reconocimiento de este derecho se pueda inferir un efecto negativo en el desarrollo de las carreras de los artistas¹⁰³⁸. Para ser justos, por el lado contrario tampoco pensamos que el *droit de suite* sea un elemento incentivador de peso a la creación artística, aunque proporciona la internalización de beneficios que, de otro modo, quedarían fuera del alcance del autor.

En las primeras etapas de la carrera del artista, ya será un éxito poder vender las obras y si el artista llega a disfrutar de una etapa de consolidación, el *droit de suite* no supondrá un verdadero incentivo para seguir produciendo ni escalando en los precios; o, por lo menos, en mucho menor grado que la propia posibilidad de vender nuevas obras o, incluso, sacar a circulación viejas obras del estudio, no vendidas en etapas anteriores, e introducirlas en el mercado para obtener un mayor beneficio que si las hubiera vendido inmediatamente después de su ejecución. Por el mismo motivo, tampoco somos partidarios de destacar el *droit de suite* como un elemento generador de confianza o seguridad económica en el adquirente, al entender forzado el razonamiento por el cual el autor y el comprador comparten el interés en el éxito futuro de la trayectoria de aquél especialmente si existe el reconocimiento del derecho; el sentido común nos dicta que el propio artista tratará de aumentar la cotización de su obra independientemente de este factor.

La aparente insustancialidad de este derecho en cuanto al beneficio económico para el autor se revela en los datos estadísticos, que nos demuestran que solamente un pequeño porcentaje de creadores plásticos consigue que sus obras se revendan con la

¹⁰³⁷ Una conclusión errónea que se podría sonsacar de un supuesto incremento de precios en el mercado secundario es que aquel margen adicional de coste que tienen que soportar el vendedor o, finalmente, el comprador, podría ser destinado a adquisiciones en el mercado primario – de artistas menos conocidos–, otorgándole un carácter redistributivo al *droit de suite*. Sin embargo, no sólo no hay datos que confirmen este extremo, sino que se podría aducir en sentido contrario que los habituales compradores del mercado secundario, suelen preferir obras de autores reconocidos, por cuanto tampoco estarían especialmente interesados en autores emergentes.

¹⁰³⁸ No es una opinión unánime, ni siquiera entre los propios artistas. Cuando se estaba tramitando la Directiva 2001/84/CE, cincuenta prominentes artistas europeos como Hockney, Caro o Baselitz se mostraron contrarios a la aprobación de la misma, al considerar que el *droit de suite* debilitaría el mercado del arte y que su irrenunciabilidad violaba los derechos del artista (vid. «Artists Oppose Resale Rights». *The Arts Newspaper*, enero de 2000). Por su parte, V. GINSBURGH indica que el derecho sí puede provocar que se reduzca drásticamente la creación de arte, ya que, cuando un artista tiene muy pocos ingresos, una pequeña variación a la baja –por verse afectado el mercado– puede suponer la necesidad de tener que buscar otra profesión (*Economic Consequences of Droit de Suite...*, cit., p. 3).

intervención de un profesional del mercado del arte –en resumen, en una subasta o en una galería de arte– y, todavía menos, que lo hagan por encima de los umbrales de activación del *droit de suite*. MCANDREW trata de realizar una aproximación del número de artistas vivos que se encuentran en disposición de cobrar créditos de participación, concluyendo que son una minoría reducida, que no sobrepasaría el 1% del total de autores de obras de artes plásticas que participan en el mercado del arte¹⁰³⁹. En el mismo sentido, FROSCHAUER destaca en su estudio económico que el *droit de suite* no beneficia a un gran número de artistas plásticos, poniendo en tela de juicio la eficiencia de un derecho que implica un gran coste de gestión tanto para los profesionales del mercado del arte como para las entidades de gestión y, además, supone un pago limitado para sus titulares¹⁰⁴⁰. Sin embargo, consideramos que, en el caso del Reino Unido, el problema seguramente parte de unas expectativas poco realistas: en 1999, la Comisión Europea predijo que más de 250.000 artistas europeos se beneficiarían del *droit de suite* una vez entraran en vigor las leyes que debían transponer la Directiva 2001/84/CE¹⁰⁴¹. En una línea

¹⁰³⁹ MCANDREW desarrolla con claridad su postura, que nos parece interesante reproducir en las siguientes líneas: «*para formarse una idea de la parte del mercado a la que en principio afecta el pago de royalties, conviene observar el mercado de los artistas vivos en España y el de aquellos que fallecieron en los 70 años anteriores a 2013 y que pueden optar al cobro de estos derechos. En el mercado de subastas, en el sector de obras de artistas vivos de todas las nacionalidades en España, las ventas alcanzaron la cifra de 5,7 millones de euros, un 27% de todas las subastas de obras de bellas artes efectuadas en 2013. El mercado de artistas vivos europeos en las subastas se situó en 3,2 millones de euros, un 15% del total. El mercado para las obras de artistas fallecidos en los 70 años previos a 2013 era bastante mayor. Incluyendo a artistas de todas las nacionalidades, este mercado representaba un tercio de todas las ventas en subastas de obras de bellas artes de 2013 en términos de valor. En lo referente a los artistas europeos ya fallecidos (en el citado periodo de 70 años) el mercado se valoró en 6,7 millones de euros, un considerable 32% del mercado de subastas de objetos de bellas artes en España. En 2013 un total de 258 artistas europeos vivos registraron ventas en subastas superiores a 1.000 euros, del total de 6.648 contabilizado en la UE. Según las estimaciones, muy bajas, de la Encuesta de Población Activa, esto supone que no más del 1% de los artistas en España contaría con ventas susceptibles de beneficiarse del derecho de participación en su nivel mínimo posible de 1.000 euros, y un porcentaje bastante inferior al 0,5% en su nivel superior, de 3.000 euros. Los herederos de alrededor de 350 artistas europeos podrían optar al cobro del derecho de participación (también en el nivel inferior de 1.000 euros), lo que supone un número mayor y un mayor valor de ventas. Sumando las cifras de herederos y artistas vivos, los artistas con ventas susceptibles de generar ingresos en este concepto siguen representando menos del 1% de los titulares de derechos registrados en VEGAP. Aunque estos datos únicamente cubren las ventas en subastas, es altamente probable que aquellos que venden en subastas sean los mismos que revenden en el sector de los galeristas. En otras palabras: es probable que en España el 99% de los artistas no perciba importe alguno en concepto de derecho de participación» (Vid. *El mercado español del arte en 2014*, cit., pp. 70 y 71). En términos parecidos, VICKERS apunta que «un 1% o menos de los artistas vivos tienen un mercado secundario», añadiendo que «se estima que en los Estados Unidos, los únicos beneficiarios reales del resale right serían unos 50 artistas, a quienes el mercado secundario ya les funciona» (op. cit., pp. 458 y 461, nota 194).*

¹⁰⁴⁰ Vid. FROSCHAUER, Toby, op. cit., pp. 18 y 19.

¹⁰⁴¹ Vid. COMISIÓN EUROPEA. *Proposed Directive on Artist's Resale Right*. Memo/99/68. Bruselas, diciembre de 1999, p. 1. Disponible en: <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-99-68_en.htm?locale=en>.

igualmente optimista, DACS consideró que, si el umbral de aplicación del *resale right* se situaba en 1.000 euros, aproximadamente un 50% de sus artistas asociados estarían en disposición de percibir regalías por razón de este derecho¹⁰⁴². Si tomáramos como referencia tales parámetros, a sabiendas de que la Cámara de los Comunes británica cifraba en el año 2004 alrededor de 90.000 artistas plásticos censados en el Reino Unido, y aplicáramos el 50% de beneficiarios con esa nacionalidad o residencia propuesto por DACS, aproximadamente obtendríamos que 45.000 artistas británicos tendrían que haber gozado del *resale right*¹⁰⁴³. En cambio, las cifras contrastadas por FROSCHAUER son, en sentido contrario, mucho más modestas¹⁰⁴⁴: en el período analizado en su estudio, entre febrero de 2006 y agosto de 2007, se realizaron 4.744 reventas sujetas a ARR, que se liquidaron a 1.104 autores. De éstos, 568 tenían nacionalidad británica –insultantemente lejos de los 45.000 estimados por la entidad de gestión británica–. No obstante, no acaban aquí las cifras poco halagüeñas: 20 artistas acapararon el 40% del total recaudado; además, los créditos de participación cobrados en su mayoría eran irrisorios, ya que de los 1.104 autores beneficiados que se han expresado, 112 cobraron royalties por debajo de £40 y 316 (casi un tercio del total) por debajo de las £100.

A pesar de estos resultados, estamos de acuerdo con RICKETSON y BARRISTER en que nada de extraordinario tiene esta situación en el ámbito de la propiedad intelectual¹⁰⁴⁵. El hecho de que el *droit de suite* sólo beneficie a una minoría de autores no es algo exclusivo de este derecho. Al contrario, se trata de una tónica general, que se repite con otros derechos patrimoniales de autor en otros campos y no difiere demasiado de lo que ocurre con ciertos derechos de explotación, que sólo benefician a los escritores o a los compositores más reconocidos, ya que pocos son los que pueden captar la atención del público y generar negocio económico.

Además, en los países donde se encuentra correctamente establecido el *droit de suite*, existen pruebas de que el mismo está beneficiando cada vez a más artistas vivos¹⁰⁴⁶, lo que nos permite valorar positivamente su implementación. Si examinamos los datos actualizados de las principales entidades de gestión sobre derechos de gestión colectiva, podemos afirmar que la situación está mejorando paulatinamente. Hoy, ni el

¹⁰⁴² Vid. FROSCHAUER, Toby, *op. cit.*, p.16.

¹⁰⁴³ Vid. *ibidem*, p. 16.

¹⁰⁴⁴ Cfr. *ibidem*, pp. 17 ss.

¹⁰⁴⁵ Vid. RICKETSON, Sam; BARRISTER, Victoria. *Proposed international treaty on droit de suite*, cit., p. 5.

¹⁰⁴⁶ Según los mismos autores, a partir de datos que le fueron proporcionados directamente por ADAGP, en Francia, en el año 2013, 24.293 reventas fueron sujetas al *droit de suite*, lo que supuso una recaudación de 12.443.901 euros, de la que se beneficiaron 1.938 artistas. Pues bien, el 45% de los mismos fueron autores vivos (cfr. *ibidem*, p. 20).

droit de suite beneficia a tan pocos artistas plásticos ni se trata de un derecho menor para éstos¹⁰⁴⁷.

En el año 2014, VEGAP recaudó por derechos individualizados de propiedad intelectual correspondientes a artistas plásticos un total de 3.625.080 euros¹⁰⁴⁸, de los cuales 814.728 euros lo fueron en concepto de derecho de participación (22,5%) y se repartieron entre un total de 553 titulares¹⁰⁴⁹. El resto de la recaudación provino de derechos de reproducción (34,1%), puestas a disposición del público (7%) y otros conceptos – básicamente, licencias y derechos audiovisuales– (36,4%). Además, si se compara la tendencia con anualidades anteriores, se puede observar cómo el derecho de participación adquiere cada vez un mayor peso específico; ahora mismo, significa casi una cuarta parte de todos los derechos individualizados recaudados por la entidad española, se encuentra muy cerca de los derechos de reproducción y triplica en volumen de ingresos a otros derechos, como es el caso de la comunicación pública¹⁰⁵⁰.

Asimismo, encontramos experiencias en otros países donde el *droit de suite* se ha convertido, sin discusión, en el principal derecho patrimonial de un autor de obras de artes plásticas gestionado por las entidades colectivas. Por ejemplo, en Francia los datos hablan por sí solos. Según el informe de KANCEL realizado en el año 2011 para el Ministerio de Cultura y Comunicación del Gobierno de Francia, en el año 2008, en concepto de *droit de suite* se recaudaron 7.019.728 euros; en el año 2009, 6.442.297 euros; y, en el año 2010, 6.901.621 euros –si bien en este último ejercicio no estaban computados los datos relativos a las reventas de obras de Picasso–¹⁰⁵¹. Sin embargo, desde esos años, las cifras han evolucionado muy positivamente, ya que según ADAGP, en el último ejercicio recaudó un total de 8.268.881 euros para autores asociados a su entidad de gestión y 4.211.849 euros para otras entidades con las que tiene convenios de colabora-

¹⁰⁴⁷ A pesar de que las cantidades liquidadas en concepto de *droit de suite* no sean muy altas, no se pueden menospreciar. Así, compartimos las palabras de RICKETSON y BARRISTER, para quienes, «*al respecto, es fácil quitar relevancia a los pagos individuales por ser pequeños, pero cabe recordar que los artistas son pobremente remunerados en general y el RRR puede proveer ingresos útiles suplementarios para comprar materiales, alquiler, y similares*» (cfr. *Proposed international treaty on droit de suite, cit.*, p. 20).

¹⁰⁴⁸ Vid. VEGAP. *Memoria 2014, cit.*, p. 30.

¹⁰⁴⁹ Aunque VEGAP presenta las cifras por trimestres, sin poder saber si alguno de estos titulares se repite en más de uno de éstos –primer trimestre, 122 titulares; segundo trimestre, 229; tercer trimestre, 95 y cuarto trimestre, 107– (vid. *ibidem*, p. 9).

¹⁰⁵⁰ Además, parece ir en evolución positiva. En el ejercicio 2013, el derecho de participación tenían un peso del 19,5% sobre el total de los derechos recaudados por VEGAP, esto es, tres puntos menos que en 2014 (vid. *ibidem*, p. 30).

¹⁰⁵¹ En estas cifras se incluye lo recaudado por ADAGP, que es la entidad de gestión más importante de Francia para artistas plásticos, pero también por SAIF, que gestiona sobre todo derechos de autores de obras fotográficas y cuenta con profesionales reconocidos como Lucien Klergue o William Kleine; y a la vez se incluyen los derechos recaudados por los derechohabientes de Matisse y Picasso (vid. *Ministère de la culture...[France]*, KANCEL, Serge, *cit.*, p. 19).

ción, lo que suma un total de 12.480.730 euros por este concepto. Esta cifra ya supera a las cantidades recaudadas por todos los derechos de reproducción de artistas plásticos y gráficos adheridos a esta entidad de gestión francesa, situados en 11.505.974 euros¹⁰⁵².

Por su lado, el Reino Unido no se queda atrás. A pesar de ser un mercado más especulativo que el francés –en Londres tienen lugar ventas de importes muy elevados, lo que explica una facturación parecida a la francesa, donde hay más volumen de ventas con recaudación–, DACS recaudó a lo largo del ejercicio 2014 algo más de £17 millones. Pues bien, el *Artist's Resale Right* supuso una recaudación, por sí solo, de £9.688 millones, es decir, bastante más de la mitad de la cantidad recaudada en total¹⁰⁵³. Se repartió entre más de 1.500 artistas y derechohabientes, y superó, con creces, en cuanto a percepciones económicas, a cualquier otro derecho –piénsese que por derechos de reproducción, incluyendo ingresos por infracciones, se recaudaron £1.842 millones–. Además, el *droit de suite* es el derecho que menos coste de administración conlleva a DACS actualmente, con tan sólo un 15% del valor ingresado –muy por debajo del 26% del derecho de reproducción– lo que quiere decir que, entre los beneficiarios se ha repartido un importe neto total de £8.190 millones¹⁰⁵⁴.

En Italia, la situación es igualmente halagüeña con relación al *diritto di seguito*. En 2014, aumentó su recaudación por este derecho en un 5,6% respecto al ejercicio anterior, lo que la *Società Italiana degli Autori ed Editori* (SIAE) atribuye a atentas acciones de control por su parte de las transacciones realizadas en territorio italiano¹⁰⁵⁵. Se repartieron 6,43 millones de euros por créditos de participación, lo que representa la gran mayoría de las regalías que obtienen los artistas plásticos y fotográficos de la entidad de gestión colectiva italiana –por ejemplo, los derechos de reproducción ascienden a 2,80 millones de euros y los derechos de comunicación pública apenas superan el medio millón de euros–¹⁰⁵⁶.

Por su lado, según se ha ido viendo, las entidades de gestión demuestran trabajar con una notable eficiencia en la actualidad, por cuanto están situando sus costes para administrar el derecho alrededor del 15% (DACS), 12-20% (ADAGP-SAIF) o 30% (VEGAP), lo que parece razonable para la gestión de un derecho que requiere un control y conocimiento del mercado tan exhaustivo.

¹⁰⁵² Vid. la página web de ADAGP: <<http://www.adagp.fr/fr/adagp/chiffres-cles>> (última visita 31 de diciembre de 2015).

¹⁰⁵³ Vid. DACS. *Annual review 2014, cit.*, p. 16.

¹⁰⁵⁴ Vid. *ibidem*, p. 16. De todos modos, el aumento anual de las cifras por recaudación del *resale right* en el Reino Unido es espectacular, bajo nuestro punto de vista. Piénsese que en 2013, ya se recaudaron £8,4 millones (por 4,7 millones en 2012), que fueron distribuidos entre 1.400 beneficiarios, a pesar de que aquél era tan sólo el segundo año de plena implementación de la Directiva 2001/84/CE en Gran Bretaña (vid. DACS. *Annual review 2013*, pp. 10 ss.).

¹⁰⁵⁵ Vid. SIAE. *Riconto di gestione al 31 dicembre 2014*, p. 42 [en línea]. Disponible en: <<https://www.siae.it/sites/default/files/Rendiconto%20di%20Gestione%202014.pdf>>.

¹⁰⁵⁶ Vid. *ibidem*, p. 48.

En definitiva, pese a que las cifras no son espectaculares y podrían ser más los artistas que se beneficiaran del derecho, ello no es suficiente para hacer tambalear la eficacia del *droit de suite* desde un punto de vista económico, sino que puede afirmarse que cumple su función dirigida a complementar los derechos de explotación de los artistas plásticos al no poder éstos explotar sus obras con la misma magnitud con la que lo hacen otros autores. Asimismo, según se ha visto, el *droit de suite* está experimentando una evolución positiva en Europa, donde cada vez más artistas se están beneficiando de regalías provenientes de aquél y se ha convertido en uno de los derechos patrimoniales con un mayor nivel de recaudación para sus titulares, esto es, autores de obras de artes plásticas y sus derechohabientes.

CONCLUSIONES

I

Debido a su contenido exclusivamente económico, el *droit de suite* es un derecho de naturaleza patrimonial y se ha configurado en nuestra Ley de Propiedad Intelectual, como señala la doctrina, dentro de la categoría de los derechos de remuneración. Sin embargo, a diferencia del resto de los derechos de remuneración contenidos en la Ley, el *droit de suite* no encuentra su generación ni en la presunción de cesión de derechos de explotación de un autor a un tercero ni en el reconocimiento de un límite legal en la aplicación de éstos.

En nuestra opinión, no podemos otorgar al derecho de participación una finalidad compensatoria. Se diferencia, sustancialmente, del origen del otro derecho de remuneración, la compensación equitativa por copia privada, con el que compartía ubicación en la Sección 3ª («*otros derechos*») del Capítulo III del Libro I de la Ley de Propiedad Intelectual. Esta compensación, con cargo a los Presupuestos generales del Estado, está dirigida a resarcir económicamente los derechos de propiedad intelectual que el autor o sus derechohabientes dejan de percibir por causa del límite legal de copia privada.

Nótese, en cambio, que en el caso del derecho de participación estamos ante un derecho de remuneración que se genera por el acaecimiento de un hecho puntual, la venta de una obra de artes plásticas, que no consideramos que se pueda concebir como nexo causal de un supuesto perjuicio al titular del derecho de participación. El acto por el cual el adquirente legítimo de una obra de arte la transmite de nuevo en el mercado secundario no implica para el autor ni sus derechohabientes un perjuicio patrimonial ni tampoco moral, por lo que debemos rechazar de plano una naturaleza compensatoria del derecho de participación como derecho de remuneración.

Por otra parte, tampoco el autor tendría derecho a ser indemnizado con motivo de que el adquirente de su obra no la volviera a enajenar en el futuro. De hecho, en el caso de que tuviéramos que identificar este perjuicio, sólo nos cabría aproximarnos al concep-

to del lucro cesante recogido en el artículo 1.106 C.c., según el cual un daño también puede ocasionarse por la ganancia que deja de obtener el titular de un derecho económico. No obstante, con el *droit de suite* no podríamos establecer una hipotética reparación para la pérdida de eventuales ganancias por parte del autor, ya que no es materialmente posible adivinar las reventas futuras de las obras ni sus precios —que, además, recordemos, deberían sucederse fuera del ámbito privado—; mientras que para atender a una eficacia indemnizatoria necesariamente el perjuicio debe ser probado.

II

Como derecho de remuneración, la justificación del *droit de suite* debe buscarse en su relación con los derechos exclusivos de explotación. Dicha relación se asienta en la complementariedad, ya que el derecho de participación viene a completar las mermadas posibilidades de explotación patrimonial que experimentan los autores de obras de artes plásticas.

Esta necesidad de completitud es debida a que los creadores plásticos experimentan un déficit en la explotación de sus obras, fruto de la especial naturaleza de las mismas. Las obras a las que se aplica el *droit de suite* son singulares; se trata de creaciones cuyo valor económico reside en los ejemplares originales que, además, deben haber sido materializados por el propio autor en un soporte físico, lo que provoca que los modos de explotarlas también sean extraordinariamente limitados. Ante esas limitaciones, los artistas plásticos no pueden aprovechar plenamente los derechos de explotación tradicionales (reproducción, distribución o comunicación pública), hecho que los sitúa en una situación de inferioridad respecto a otro tipo de autores, como los músicos o los escritores.

Según lo expuesto, el *droit de suite* realiza una función correctora y se presenta como un complemento económico para los autores de obras de artes plásticas. Sin embargo, tal función correctora no puede predicarse respecto de cada uno de los derechos patrimoniales de estos autores, ni de todos sus derechos patrimoniales en su conjunto.

Primeramente, descartamos cualquier tipo de vínculo entre el *droit de suite* y el derecho de comunicación pública, ya que la presunción de cesión del derecho de exposición pública en la compraventa de la obra en favor de cada nuevo adquirente obedece a razones pragmáticas y, en cualquier caso, el autor siempre podría reservarse contractualmente esta facultad en la enajenación del original (artículo 56.2 TRLPI).

Sin embargo, sí observamos anomalías en el ejercicio por parte del artista plástico de los derechos de reproducción y distribución. En el primer caso, y dado que la obra de artes plásticas es un *opus unicum*, las reproducciones que se puedan realizar de ésta serán impropias. Nunca llegarán a tener el mismo valor económico aquellos ejemplares ejecutados por el autor que las reproducciones de los mismos llevadas a cabo por otros

procedimientos, como puede ser el fotográfico. La situación empeora en el caso del derecho de distribución, por causa del artículo 19.2 TRLPI, que establece el agotamiento de este derecho en el ámbito de la Unión Europea, tras la primera venta del soporte donde la obra haya quedado fijada. En consecuencia, si su autor se ve abocado a enajenar el original porque el mercado no le admite otra posibilidad de comercialización de su obra, una vez vendido el original en cualquiera de los países de la Unión Europea, ve cómo se agota su derecho de distribución de esa obra dentro del mercado único europeo, por lo que vería prácticamente finalizadas sus posibilidades de obtener ingresos derivados de la distribución de su obra, de no existir el derecho de participación,

En esta tesitura, la facultad de exigir una remuneración por las sucesivas reventas públicas de sus obras refuerza las facultades patrimoniales del artista plástico. Aun así, debemos insistir en que, desde el punto de vista legal, el derecho de participación no actúa como una *compensación* al agotamiento del derecho de distribución. Simplemente, se concibe como un incremento de las posibilidades que la ley otorga al creador plástico para que pueda obtener mejor rendimiento económico de su obra, en este caso, participando de los beneficios de las reventas que se van sucediendo más allá de esa primera cesión.

III

El origen humanista del *droit de suite* caló en su desarrollo positivo hasta el punto de concebirse, por algunos, como un derecho a caballo entre la personalidad del autor y su obra. Y, a tenor de algunas opiniones doctrinales, el debate sobre si la naturaleza jurídica de este derecho es exclusivamente patrimonial o cuenta con connotaciones morales no se encuentra actualmente cerrado.

Sobre esta cuestión, descartamos la condición moral del *droit de suite*, ya que este derecho se encuentra desprovisto del *ius prohibendi* característico de los derechos morales y atribuye al autor únicamente la facultad de exigir una remuneración. Su contenido es netamente patrimonial. Asimismo, sus características de irrenunciabilidad e indisponibilidad hallan una mejor explicación en la potestad tuitiva del legislador, que ha querido así proteger al autor, ante la supuesta inferioridad que ostenta en la negociación de las ventas de sus creaciones con el profesional adquirente. El objetivo es que el autor conserve un derecho económico que, de otro modo, presumimos que se vería obligado a renunciar en la gran mayoría de los contratos cuyo objeto fuera la primera cesión de la obra.

Otra de las máximas expresiones de esta aparente ambigüedad –entre derecho patrimonial y moral– se puede observar en el contenido del artículo 11 de la *Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una*

obra de arte original, regulador del derecho de información del autor o de las entidades de gestión para acceder a ciertos datos con relación a la reventa (fecha, lugar, precio, etc.). En cierto modo, este derecho de información se podría identificar como un mecanismo para que el autor pudiera controlar la dispersión de sus obras y, por tanto, conocer de primera mano la evolución de su carrera artística. Ello proporcionaría al *droit de suite* un significado más allá de su contenido patrimonial, lo que nos podría llevar incluso a aceptar una facultad del autor basada exclusivamente en la obtención de información, sin tener asociada una remuneración económica.

Accesoriamente, este derecho de información le permite al autor gozar de sus derechos morales de una manera más eficaz, muy especialmente en el caso del derecho moral de acceso al ejemplar único de la obra (art.14.7 TRLPI), ya que la localización del *corpus mechanicum* de las obras creadas y enajenadas en el pasado resulta imprescindible para su ejercicio.

A pesar de todo, no consideramos que este derecho de información trascienda el objetivo económico del *droit de suite*, por mucho que el derecho a la información persista a lo largo de las sucesivas reventas y permita a su titular tener cierto control sobre el estado y la localización física de sus creaciones. Por consiguiente, defendemos la naturaleza exclusivamente patrimonial del derecho de participación y circunscribimos el derecho de información del artículo 11 de la Ley 3/2008 al aseguramiento del cobro de la percepción económica que deviene exigible cuando se dan las circunstancias determinadas *ex lege* y a su correcto cálculo, por lo que le atribuimos un mero carácter instrumental.

En este sentido, consideramos una propuesta razonable de *lege ferenda* que el legislador español optara, del mismo modo que ocurre en otros países, por restringir la posibilidad de obtener información sobre las reventas exclusivamente a las entidades de gestión colectiva, solución que desprendería al derecho de participación de posibles interpretaciones relativas a su afinidad moral por causa del ejercicio del derecho de información por el autor.

La consecuencia de esta propuesta sería la gestión colectiva obligatoria del derecho de participación, extremo que consideramos conveniente a los efectos de simplificar la gestión de este derecho y ahorrar costes de transacción a los agentes que intervienen en el proceso de reventa y en el de recaudación. De ese modo, se protegería mejor la confidencialidad de las operaciones económicas, así como los datos personales de las partes contratantes, ya que tanto los profesionales del mercado del arte como las entidades de gestión son siempre sujetos obligados al tratamiento de los datos de carácter personal con arreglo a lo dispuesto en la LOPD.

IV

En el ámbito objetivo del *droit de suite* tienen cabida únicamente las obras de arte originales, que en el presente trabajo hemos denominado obras de artes plásticas, por su asimilación con las Bellas Artes. Así las cosas, para que se genere el *droit de suite* debe tener lugar la reventa de una obra cuyo proceso de creación se caracterice, bajo nuestro punto de vista, por los siguientes hechos: primero, que la concepción y la ejecución de la obra hayan sido realizadas por el autor en unidad de acto, debido a la «*estrinsecazione*» –exteriorización de la obra– y, segundo, que la materialización de la obra dé como resultado su fijación en un soporte físico (*corpus mechanicum*).

En cualquier caso, no podemos olvidar que el *droit de suite* es un derecho que se somete plenamente a las reglas del mercado del arte. Como dispone el artículo 1 de la Ley 3/2008, sólo se genera cuando la transacción en el mercado secundario se lleva a cabo mediante una casa de subastas, una galería de arte u otros profesionales similares. Por consiguiente, el ámbito objetivo de aplicación del derecho se ve delimitado tanto por la tipología de obras como por las circunstancias en las que se produce la reventa. Este último criterio comporta la exclusión del ámbito objetivo del *droit de suite* de las obras arquitectónicas, ya que, ciertamente, el tráfico económico de este tipo de obras es muy diferente al de los cuadros, las esculturas o los grabados. En su comercialización no intervienen los mismos profesionales y los elevados precios de aquéllas atienden más a criterios urbanísticos o de materiales de construcción que a su valor artístico.

Asimismo, consideramos que, a pesar de que las obras fotográficas sí aparecen en el listado ejemplificativo del artículo 1 de la Ley, no pueden ser catalogadas como obras de artes plásticas. De hecho, en la actualidad, la ejecución de una obra fotográfica puede no exigir una *intervención directa* del autor, ya que el ejemplar resultante de una obra fotográfica se podría modificar e imprimir por medios puramente mecánicos o de tratamiento informático. Sin embargo, la Ley flexibiliza la categoría de obras de artes plásticas, para incluir las obras fotográficas en el objeto de este derecho, debido a su innegable presencia en el mercado secundario, así como por su tradición como objeto artístico en exposiciones y subastas. Todo ello ha provocado la equiparación de las obras fotográficas a las obras de artes plásticas, si bien en derecho comparado las obras fotográficas han ido saliendo y entrando del ámbito objetivo del *droit de suite*, de un modo parecido a lo que ha ocurrido con los manuscritos originales.

Por otra parte, nos hemos detenido en la discusión acerca de la inclusión de las obras múltiples en el ámbito de aplicación del derecho, al entrar en aparente contradicción con el concepto de *opus unicum* que caracteriza a las obras de artes plásticas. Para tratar de solventar este problema de interpretación, tanto la Ley 3/2008 como la *Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original*

especifican que también tendrán la consideración de obra original, a efectos de aplicación del derecho de participación, los ejemplares múltiples que haya ejecutado el autor directamente por sus propios medios o bajo su supervisión.

En nuestra opinión, lo más adecuado es considerar cada ejemplar de la obra plástica múltiple como una obra única en sí misma. Y ello sólo se puede justificar por el hecho de que el autor haya intervenido en la realización de la obra de una manera suficiente, esto es, de un modo en que su personalidad pueda haber quedado plasmada en cada uno de estos ejemplares (grabados, esculturas de bronce, etc.). Por ende, creemos necesario el cumplimiento de dos condiciones en este sentido, como son la fabricación o diseño de la plancha, molde o matriz por parte del autor y su intervención directa en la ejecución de los ejemplares múltiples.

Sensu contrario, se descarta que otros requisitos tengan que ser observados para que la obra múltiple sea considerada original, como, por ejemplo, la limitación del número de ejemplares o la exigencia de firma en cada uno de ellos. Ni una cosa ni la otra tienen absolutamente nada que ver con el proceso de creación y exteriorización característico de una obra de artes plásticas. Si acaso, ya será el mercado el que regulará si dichos múltiples merecen un reconocimiento económico y artístico—cuantos más ejemplares haya, menor será su coste unitario, lo que seguramente provocará que no superen los umbrales mínimos de activación del derecho de participación—.

V

Cuando se destaca que el *droit de suite* se encuentra regulado actualmente en más de 80 países, podríamos pensar que estamos ante un exitoso proceso de expansión del mismo a nivel internacional. Sin embargo, la cifra se revela engañosa al comprobar que este derecho no está reconocido en países cuyo mercado del arte representa casi un 50% de la facturación mundial en la comercialización de obras de artes plásticas. En consecuencia, hasta que no se implante en países como Estados Unidos, China, Suiza o Canadá, no podremos hablar de una aplicación global efectiva del *droit de suite*.

La *ratio* de este problema subyace en el hecho de que el *Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas* prevé que el *droit de suite* no sea exigible en un país miembro de la Unión de Berna mientras la legislación de origen del autor no lo admita y, asimismo, su aplicación se realizará únicamente en la medida en que lo permita la legislación del país donde se reclama la protección. En resumidas cuentas, estamos ante un derecho de reconocimiento facultativo por parte de los Estados firmantes del Convenio de Berna, que se aplica con arreglo a un principio de reciprocidad material (artículo 14 ter.2 CB) que es una verdadera excepción al principio de trato nacional que rige en el mencionado Tratado Internacional. Por tanto, sólo si se logra su imple-

mentación en todos los países que atesoran la mayoría de las reventas de obras de arte podremos concluir que se trata de un derecho consolidado globalmente, al mismo nivel que otros derechos de autor que pueden ser invocados en cualquier país sin más limitaciones que el contenido de la legislación nacional.

A pesar de lo expuesto, el Convenio de Berna no impide que los Estados cuyas legislaciones nacionales reconocen el *droit de suite* opten por acogerse al principio de trato nacional. En este sentido, el hecho de que una legislación nacional reconociera esta protección a todos los autores extranjeros cuyas obras fueran revendidas en su territorio sería una buena estrategia para fomentar la expansión del *droit de suite* a los países de origen de dichos autores. Al haber un número muy superior de beneficiarios del derecho, resulta plausible presuponer que se ensancharía su ámbito de aplicación, al normalizarse su reconocimiento internacional.

No obstante, ésta no ha sido la opción escogida por ninguna legislación moderna de propiedad intelectual y todos los Estados que reconocen el *droit de suite* han incluido una regla de reciprocidad material con respecto a su reconocimiento a autores extranjeros. Así, nos parece destacable que países u organizaciones que abogan abiertamente por conseguir la expansión internacional del derecho se hayan mostrado, en cambio, tan conservadores a la hora de reconocerlo más allá que de un modo recíproco.

El caso más paradigmático de este supuesto contrasentido lo encontramos en la Unión Europea. La Comisión Europea manifestó en su momento su preocupación por el hecho de que algunos de sus Estados miembros regularan de modo tan dispar el *droit de suite* y que otros ni tan siquiera lo reconocieran. Según sus análisis, ello podía provocar distorsiones en su mercado interior comunitario, así como deslocalizaciones de las transacciones de obras de arte a los países dentro de la Unión Europea que no reconocieran el derecho –especialmente, el Reino Unido–, lo que permitiría al revendedor ahorrarse la liquidación del crédito de participación. De hecho, éste fue el principal motivo para justificar la armonización del *droit de suite*.

Sin embargo, tras aprobarse la Directiva 2001/84/CE esta preocupación continuó vigente en el seno de la Unión Europea –así se desprende del contenido de los sucesivos informes emitidos por la Comisión Europea, que insisten en la necesidad de extender su regulación internacional–, si bien dicha inquietud se produjo con respecto a terceros países, al considerar que seguía existiendo un riesgo de deslocalización de las operaciones en el mercado del arte, que podrían fugarse *ad extra* hacia los países con mercados artísticos potentes donde el derecho no se encuentra regulado (Estados Unidos y China).

Con todo, el artículo 7 de la Directiva 2001/84 reserva el reconocimiento del derecho de participación a beneficiarios extranjeros únicamente si la legislación del país de la nacionalidad del autor o derechohabiente permite, a su vez, la protección del derecho para los autores de los Estados miembros y sus derechohabientes. Discutimos que esta última medida sea adecuada para conseguir la regulación universal del *droit de suite*,

mas aceptamos que sigue la lógica comunitaria según la cual un mayor reconocimiento en el ámbito subjetivo en la Directiva 2001/84 podría debilitar todavía más su mercado interior, auspiciando que las partes intervinientes en la reventa prefirieran formalizar la transacción en países donde el derecho no se regulara.

En nuestra opinión, para tratar de paliar este problema, habría que aplicar un criterio de normativa conflictual que actualmente no se encuentra asentado. El conflicto de leyes que puede presentar la aplicación del *droit de suite* con puntos de conexión en diferentes países se resuelve, normalmente, mediante la regla *lex loci protectionis*, aplicando la ley del estado donde tiene lugar la compraventa. Tal y como asegura VEGAP, si una galería española hace de intermediaria para vender en Francia un cuadro de un autor español a un comprador de nacionalidad española, se aplicará la legislación francesa del *droit de suite*, según su umbral mínimo y sus condiciones. La experiencia puede ser más sangrante cuando la venta tiene lugar en Suiza, donde no se reconoce en absoluto el derecho y donde muchos profesionales del mercado del arte europeos acuden a la celebración de ferias por unos pocos días y concluyen fructíferas operaciones con los asistentes.

Sin embargo, a nuestro juicio, de dicha regla no se establece siempre la ley nacional más estrechamente vinculada a la situación de conflicto. Así, en una transmisión de una obra de arte en el mercado secundario en que se advierten elementos de diferentes países (nacionalidad distinta de las partes contratantes y del autor de la obra, lugar de celebración del contrato, etc.), consideramos que cabe destacar la figura del profesional del mercado del arte por encima del resto. Así, abogamos por establecer la ley de residencia del profesional del mercado del arte —a partir de la localización del país donde tiene su establecimiento operativo— como criterio decisivo para la selección de la ley nacional aplicable.

No obstante, reconocemos que la solución que proponemos encuentra un escollo y es que el Convenio de Berna no vincula la aplicación del *droit de suite* a la intervención de una casa de subastas o una galería; incluso, permite que el derecho se genere en reventas privadas, si así lo considerara oportuno el Estado en el momento de su regulación en su ordenamiento interno. Aun así, dicho criterio sí sería completamente aplicable en el ámbito de la Directiva 2001/84 y, por extensión, en el de otros países donde se exija como necesaria la participación de un profesional y se restrinja su ámbito de aplicación a las reventas públicas. En cualquier caso, como en su día hizo el *Tribunal Supremo alemán* es de esperar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se manifieste sobre esta cuestión en el sentido propuesto cuando se genere la suficiente casuística, ya que consideramos que es insostenible que se permita eludir en la práctica la aplicación del derecho de participación simplemente provocando que la reventa tenga lugar en un país donde no se aplica el mismo.

VI

Hemos venido defendiendo que la eficacia internacional del *droit de suite* pasa principalmente por su reconocimiento en países como Estados Unidos y China. En este último caso, la introducción en su ordenamiento jurídico no debería ser difícil, ya que su legislación en materia de derechos de autor se asimila a los sistemas continentales europeos. No obstante, las principales reticencias a su implantación en China provienen de los agentes económicos de este país que, en una situación de desaceleración después de un período extraordinario de crecimiento, pueden ver amenazados sus intereses económicos en un mercado con intereses millonarios.

Por el contrario, advertimos que el *droit de suite* es un derecho que va a encontrar severas dificultades para legislarse en los Estados Unidos. Con ello no queremos aseverar que no se acabe incorporando el *resale right* a la legislación estadounidense –en los últimos años ha estado cerca–, pero si llegara a hacerse será, seguramente, de una manera desvirtuada. La última proposición legislativa en este sentido fue la *American Royalty Too Act*, que planteaba la regulación en el *copyright* americano de un derecho en beneficio del creador plástico por las reventas de sus obras, pero con determinadas limitaciones que se explican por las presiones realizadas por los *lobbies* del sector económico del mercado del arte. A pesar de presentar unas condiciones asumibles por los diferentes agentes interesados, la mencionada proposición de ley fue desechada para su aprobación en el Congreso norteamericano.

Además, la implantación del *droit de suite* en los Estados Unidos no solamente debe superar la oposición de los poderes económicos, sino que la doctrina jurídica americana, al realizar un juicio de utilidad sobre el mismo partiendo de una lógica economista, tampoco ve claro su reconocimiento, al considerar que tiene un difícil encaje en su legislación de *copyright* y entra en conflicto con algunos de sus principios jurídicos.

Uno de los puntos que consideramos que podría ayudar a desencallar esta situación es el replanteamiento de la irrenunciabilidad del derecho. Piénsese que desde el punto de vista doctrinal anglosajón, donde han sido estudiados los contratos privados en que el adquirente se compromete a compartir los beneficios de una eventual reventa a cambio de una rebaja del precio inicial, el *droit de suite* no favorecería al artista, tanto por este motivo como por debilitar la competitividad de los mercados a los que se dirigen sus productos. Así las cosas, flexibilizar la indisponibilidad del *droit de suite* podría servir para que su introducción en un ordenamiento jurídico de la esfera del *copyright* tuviera una mayor aceptación entre la opinión experta. En este sentido, una alternativa algo más ambiciosa y a la vez intermedia pasaría por estipular su renunciabilidad tras el fallecimiento del autor, donde, igualmente desde la perspectiva del derecho de autor, la función tuitiva carecería de sentido.

De todos modos, cabe reconocer que este planteamiento debilitaría la aplicación efectiva del *droit de suite* y, asimismo, entraría en conflicto con lo dispuesto en el Convenio de Berna, donde éste se recoge como un derecho irrenunciable, por lo que sería necesaria una modificación del Tratado Internacional para acoger esta nueva modalidad.

VII

Después de analizar los estudios económicos que nos merecen mayor confianza – especialmente el Informe SZYMANSKI, al tratarse de un documento elaborado para la UKIPO que permite ahondar en la experiencia británica en la introducción de este derecho en su mercado–, hemos llegado a la conclusión de que el *droit de suite* tiene una incidencia escasa en el mercado del arte y, por lo tanto, apenas supone un impacto económico que exija cambiar su lógica interna.

Por consiguiente, no consideramos que su implementación pueda provocar la fuga de operaciones a otros Estados que no reconocen el *droit de suite*, y nos pronunciamos en sentido contrario a los malos augurios iniciales de la Comisión Europea. El principal motivo para realizar esta última afirmación es que no tiene sentido económico la asunción de unos costes asociados al traslado de una obra de arte para venderla en el extranjero –servicio de transporte, gestión aduanera, seguros, etc.– que sean iguales o superiores al crédito de participación que se debería haber liquidado por la reventa en el país de origen de la operación prevista.

La explicación de la leve incidencia económica que ha demostrado tener la incorporación del *droit de suite* en países de la Unión Europea que no lo habían incorporado *motu proprio* proviene del juego de equilibrios que se produjo en la negociación del proceso de aprobación de la Directiva 2001/84. Principalmente, por la postura del Reino Unido y de los Países Bajos, quienes trataron de minimizar el impacto del *droit de suite* en sus economías, lo que se tradujo en la inclusión en el texto legal definitivo de dos elementos dirigidos a atenuar los efectos del derecho. El primero, de menor importancia, es la facultad que tienen los Estados miembros para incluir las llamadas reventas promocionales en sus regulaciones nacionales del derecho, lo que permite que queden exentas de pago las transmisiones en el mercado secundario que provengan de una primera cesión realizada por el autor a una galería, siempre que no hayan transcurrido más de tres años entre ambas operaciones y el precio de la reventa llevado a cabo por la mencionada galería no supere los 10.000 €.

El segundo, de gran relevancia económica, y que tiene presencia en la mayoría de regulaciones modernas del *droit de suite*, es la limitación a 12.500 € (en la UE) del importe total del crédito a liquidar al titular del derecho por el vendedor. Cuando hablamos de un mercado que mueve cifras millonarias, un elemento tan limitado económicamente

como el *droit de suite* difícilmente puede tener un efecto distorsionador ni pernicioso en la competitividad de aquél.

En cambio, sí podemos señalar ciertos factores que, a nuestro juicio, tienen mucho más peso específico que el *droit de suite* para lograr fortalecer o debilitar un mercado nacional artístico. Primeramente, es determinante el prestigio de las plazas del mercado del arte para atraer operaciones económicas a sus senos. El hecho de que los mercados londinense o neoyorquino se muestren tan activos a nivel comercial seguramente trasciende de condiciones de tipo legal o fiscal y, sin embargo, dependen en mayor medida de la capacidad de estas plazas y las empresas que en ellas operan (como, por ejemplo, las grandes casas de subastas *Christie's* y *Sotheby's*) para generar negocio y confianza a todos los actores participantes. Por lo tanto, ello nos lleva a pensar que el británico seguirá siendo el principal mercado de arte europeo, ya que a pesar de la introducción del *droit de suite* en 2007 su volumen de negocio ha seguido creciendo a buen ritmo, con resultados parecidos al del mercado estadounidense.

Por otro lado, puestos a hallar un elemento que indirectamente pudiera afectar a la competitividad de un mercado del arte, éste no sería el *droit de suite*. Una exacción fiscal como el IVA tiene mucha más incidencia en este sentido, tanto por su cuantía económica como por las diferencias sustanciales entre legislaciones nacionales en materia fiscal. En otras palabras, las bases sujetas y los tipos de gravámenes en la aplicación del IVA aprobados por cada Estado incidirán en el precio a pagar por la obra de arte por parte de un consumidor final, pero también puede afectar sobremanera en los márgenes comerciales de los profesionales del mercado del arte.

En el ámbito europeo, el IVA es un impuesto al que se le supone una neutralidad económica para los operadores empresariales. No obstante, consideramos importante subrayar que dicha neutralidad queda desvirtuada desde el momento en que el *Régimen especial de bienes usados, objetos de arte, antigüedades y objetos de colección* permite aplicar el tipo de gravamen no sobre el precio de venta, sino sobre el margen. En tal caso, obliga a concebir el IVA soportado como un gasto, aspecto que favorecerá, sin duda, a los países que tienen tipos reducidos de IVA más bajos con relación a la importación. Si un profesional británico, asume como coste el 5% de IVA en la importación de una obra de arte y, en cambio, un profesional español debe asumir un 10%, lógicamente el primero de ellos podrá hacer un precio más competitivo, al haberse ahorrado cinco puntos en el precio de compra, aunque luego deba tributar ligeramente al alza. Éste es un elemento de mayor repercusión económica que el *droit de suite* en un mercado del arte desarrollado.

VIII

Pese a que opinamos que el *droit de suite* no tiene un impacto económico suficiente en el mercado del arte para cambiar ni aun ligeramente sus reglas y lógica interna, sí tiene efectos microeconómicos en las relaciones entre los artistas y profesionales, así como entre éstos y el mercado.

A diferencia de lo que defienden los principales autores que han estudiado el *droit de suite* desde una perspectiva económica, nos mostramos escépticos en considerar que la introducción de este derecho en un ordenamiento jurídico provoque un descenso sistemático en los precios de las ventas en el mercado primario. Al contrario, sostenemos que el profesional del mercado del arte tratará de recuperar la posible carga económica derivada de liquidar el crédito de participación mediante su repercusión en el precio de la reventa. Esta postura nos parece más lógica, ya que se adecua a un hecho verificado y no a conjeturas –el precio y el impacto del derecho en la operación es ya conocido por el profesional–. Asimismo, según hemos podido contrastar, el incremento de precios en las transmisiones realizadas en el mercado secundario, en función del importe del derecho, es una práctica generalizada en el sector. Muestra de ello es el supuesto de hecho que motivó la STJUE (Sala 4ª), de 26 de febrero de 2015 (asunto C-41/14), ya que *Christie's* contenía en sus condiciones generales de la contratación una estipulación que automáticamente repercutía el pago del *droit de suite* al comprador.

Por otro lado, consultando las cifras del mercado del arte de los últimos años (informes de FROSCHAUER y MCANDREW, entre otros), debemos reconocer que el *droit de suite* es un derecho que produce un aprovechamiento económico escaso para los autores respecto a sus obras producidas. El posible beneficio viene restringido por sus propias características, al estar enfocado a un mercado artístico altamente profesionalizado. Piénsese que, en términos absolutos, pocas obras circulan en el mercado de reventas, así que el hecho de que el *droit de suite* tenga precisamente sede en este mercado reduce el número de titulares perceptores del mismo a un 1% del total de potenciales beneficiarios. A su vez, el establecimiento de umbrales de precio mínimo para su activación tampoco ayuda a que beneficie a un mayor número de creadores. En resumen, son pocos los titulares que perciben regalías regulares provenientes del *droit de suite*.

Nos parece interesante destacar que se podría replantear por parte del legislador la configuración del derecho de participación de un modo que repercutiera económicamente, aun de manera indirecta, a un mayor número de artistas. Así, no consideramos desatinada la solución establecida en otros países –principalmente, escandinavos– para conseguir este objetivo y que consiste en repartir un porcentaje de lo recaudado por este derecho a fondos asimilables al Fondo de Ayuda de Bellas Artes o a la entidad de gestión colectiva correspondiente, con el objetivo de promocionar la creación entre los jóvenes artistas.

Adicionalmente, cabe destacar que el aumento de precios en el mercado secundario y el incremento de los costes de transacción que sufren los profesionales del mercado por causa del *droit de suite* son realidades incontestables, lo que provoca que muchos de estos agentes empresariales que intervienen en la operación traten de eludir el pago del derecho, principalmente haciendo pasar las reventas como transacciones privadas, cuando no, simplemente, dejándolas de declarar. Para evitar eso, se deberían explorar soluciones desde los poderes públicos, como la creación de incentivos para promover su pago, como por ejemplo permitir que el sujeto pasivo se pudiera deducir fiscalmente el crédito liquidado.

IX

Como conclusión final, queremos destacar que el *droit de suite* encuentra pleno acomodo y justificación en la legislación de propiedad intelectual. Con respecto a su eficacia, no somos partidarios de otorgar un valor absoluto a sus resultados económicos, que igualmente podrían juzgarse de otros derechos de autor, mas sí resulta interesante comprobar su aplicación práctica.

Si conjugamos las realidades jurídica y económica, como hemos hecho a lo largo de este trabajo, podemos obtener algunas conclusiones alentadoras. Hemos argumentado que la justificación de este derecho encuentra su razón de ser en el hecho de permitir a los autores de obras de artes plásticas obtener mayor beneficio económico de sus obras, para tratar de equipararse con el que obtienen otro tipo de autores. No obstante, para que este razonamiento pueda potenciarse, hemos visto necesario comprobar si el *droit de suite*, en términos de recaudación para los artistas plásticos, realmente cumple esa función y, por consiguiente, si complementa de una manera destacada a los derechos de explotación. Debemos concluir que el resultado ha sido positivo, aunque no del todo satisfactorio.

En efecto, cada vez hay más recaudación con motivo del *droit de suite* por parte de las entidades de gestión y, a nivel europeo, se ha situado ya como el derecho que representa una mayor importancia económica de entre todos los derechos de los que puede beneficiarse el artista plástico por gestión colectiva –muy por encima del derecho de reproducción o comunicación pública–. Ello es síntoma del cumplimiento de la función jurídica defendida, aunque cuantitativamente sigan siendo pocos los autores o derechohabientes que se benefician del derecho.

Por todo lo expuesto, podemos confirmar que el *droit de suite* cumple suficientemente su función de complementar los derechos de explotación para el artista plástico, corrigiendo el déficit que supone la imposibilidad de reproducir el *opus unicum* y permi-

tiendo que el agotamiento del derecho de distribución tras la primera venta no suponga una extinción total de sus posibilidades de explotar económicamente la obra enajenada.

Cornellà de Llobregat, enero de 2016.

BIBLIOGRAFÍA

1. OBRAS Y ESTUDIOS CONSULTADOS

- ACHA, Juan. *Expresión y apreciación artística: artes plásticas*. Trillas: México D.F., 1993.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, 16ª ed. Madrid: Edisofer, 2004.
- ALESSANDRI, Arturo *et al.* *Tratado de derecho civil. Partes preliminar y general*, Tomo I. Santiago: Editorial jurídica de Chile, 1998.
- ALGARDI, Zara Olivia. *La tutela dell'opera dell'ingegno e il plagio*. Padua: CEDAM, 1978.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, José Luis. *Estudios sobre el patrimonio histórico español y la Ley de 25 de junio de 1985*. Madrid: Civitas, 1989.
- «El mercado del arte y el coleccionismo»; «Las ferias internacionales de arte»; «Patrimonio Histórico y mercado único». En: *Estudios jurídicos sobre el Patrimonio Cultural de España*. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2004.
- ANSÓN, Luis María. *El mercado de la pintura*, 29 de marzo de 2007. En: <http://www.elcultural.com/version_papel/OPINION/20106/El_mercado_de_la_pintura>.
- ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Estudios de derecho de autor y derechos afines*. Madrid: Reus, 2007.
- ARE, Mario. *L'oggetto del diritto di autore*. Milán: Giuffrè, 1963.
- ARTPRICE; AMMA. *El mercado del arte en 2014*. Saint-Romain-au-Mont-d'Or: Atrprice, 2015.
- ASCARELLI, Tullio. *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, 3ª ed. Milán: Giuffrè, 1960.

- ASTON, Maria. *L'aspettativa e le tutele. Contributo allo studio degli effetti preliminari nelle situazioni di pendenza*. Milán: Giuffrè, 2006.
- AYLLÓN SANTIAGO Héctor S. *El derecho de comunicación pública directa*. Madrid: Reus, 2011.
- BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. «El derecho de participación o seguimiento del autor de una obra de arte. Estudio del artículo 24 de la Ley de Propiedad Intelectual». *Actualidad Civil*, XII. Madrid: La Ley-Actualidad, 1991.
- BAMF. *The British Art Market 2014*. En: <<http://tbamf.org.uk/wp-content/uploads/2014/08/British-Art-Market-2014.pdf>>.
- BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. *Tratado de derecho industrial: propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*, 2ª ed. Madrid: Civitas, 1993.
- BAYLOS MORALES, María. «Concepto y tipología general de las creaciones espirituales». En: Baylos Corroza, Hermenegildo *et al. Tratado de Derecho Industrial*, 3ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2009.
- «Doctrinas sobre la naturaleza jurídica de los derechos intelectuales». En: Baylos Corroza, Hermenegildo *et al. Tratado de Derecho Industrial*, 3ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2009.
- BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán. *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*. Madrid: Tecnos, 1997.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto. «La reforma necesaria». En: Moscoso del Prado, Javier; Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto *et al. Los creadores visuales ante la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid: Trama, 2007.
- «Límites al derecho de autor». En: Delgado Porras, Antonio; Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto *et al. Protección y límites del derecho de autor de los creadores visuales*. Madrid: Trama, 2006.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. «Comentarios a los artículos 15 y 16 TRLPI». En: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 2ª ed. Madrid: Tecnos, 1997.
- «La Directiva sobre el derecho de participación: historia de una iniciativa frustrada». *Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, nº 8, mayo-agosto 2001. Madrid: Ed. Bercal, 2001.
- «Introducción a la propiedad intelectual». En: *Manual de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 4ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- BERGER, Bernhard. *Why resale rights for artists are a bad idea*, 2001. En: <http://www.law.harvard.edu/faculty/martin/art_law/why_resale_rights_for_artists.htm>.

- BIGLIAZZI GERI, Lina. *Oneri reali e obbligazioni propter rem. Trattato di Diritto Civile e commerciale*, XI, t. 3, dir. Cicu, Antonio *et al.* Milán: Giuffrè, 1984.
- BLAS, Javier; CIRUELOS, Ascensión; BARRENA, Clemente. «Diccionario del arte gráfico». *Diccionario del dibujo y de la stampa. Vocabulario y tesaurus sobre las artes del dibujo, grabado, litografía y serigrafía*. Madrid: Real Academia de Bellas Artes de San Fernando, Calcografía Nacional, 1996.
- BLEDA NAVARRO, Gonzalo Manuel. «Análisis del derecho de participación y su evolución normativa». En: *Cuestiones Actuales de la Propiedad Intelectual*, coord. Ortega Doménech, Jorge; dir. Rogel Vide, Carlos. Madrid: Reus, 2010.
- BOGLE, Catherine; GINSBURGH, Victor. «Introducing droit de suite into the EU: an economic viewpoint». *Temas de integração*, vol. 3, nº 6. Coimbra: Almedina, 1998.
- BONDIA ROMÁN, Fernando. «Los autores asalariados». *Revista de Derecho del Trabajo*, nº 19. Madrid: Civitas, 1984.
- «Comentario al artículo 24». En: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Rodríguez Tapia, J. Miguel; Bondía Román, Fernando. Madrid: Civitas, 1997.
- «La compraventa de una obra de arte». En: *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Tomo I, coord. Llamas Pombo, Eugenio. Madrid: La Ley, 2006.
- «Derecho de participación». En: *Diccionario Jurídico de la Cultura*. En: <<http://www.diccionario-juridico-cultura.com/voces/derecho-de-participacion>>.
- BOTANA AGRA, Manuel. «España: la Ley 3/2008 reguladora del derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original». *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor (ADI)*, 29 (2008-2009). Madrid; Santiago de Compostela: Marcial Pons; Universidad de Santiago de Compostela, 2009.
- BRIGHT, Susan. *Fotografía hoy*. Donostia: Nerea, 2005.
- CABEDO SERNA, Llanos. *El derecho de remuneración*. Madrid: Dykinson, 2011.
- CABELLO PÉREZ, Miguel; CABELLO GONZÁLEZ, José Miguel. *Las aduanas y el comercio internacional*. 2014, 4a ed. Madrid: ESIC, p. 144.
- CALLEGARI, André Luis. *El delito de blanqueo de capitales en España y Brasil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación de Filosofía y Derecho, 2003.
- CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Derecho Internacional Privado*. Vol. I, 6ª ed. Granada: Comares, 2005.
- CAMACHO CLAVIJO, Sandra. *Partes intervinientes, formación y prueba del contrato electrónico*. Madrid: Reus, 2005.

- CÁMARA ÁGUILA, M^a del Pilar. *El derecho moral del autor: con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor*. Granada: Comares, 1978.
- «El soporte material de una obra plástica». *Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, n^o 18, septiembre-diciembre 2004. Madrid: Ed. Bercal, 2004.
- «Comentario a los artículos 15 y 16 TRLPI». En: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 3^a ed. Madrid: Tecnos, 2007.
- CANAT, Jean François; GUIBAULT, Lucie. *Study on copyright limitations and exceptions for museums*, OMPI SCCR 30/2, de 30 de abril de 2015. Ginebra: OMPI, 2015.
- CARBAJO CASCÓN, Fernando. *Publicaciones electrónicas y propiedad intelectual*. Madrid: Colex, 2002.
- «Enlaces de prensa (*press linking*): entre la flexibilización y la regulación del derecho de autor en la era digital». *Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, n^o 47, mayo-agosto 2014. Madrid: Ed. Bercal, 2004.
- CARFAC; RAAV. *Recommendations for an Artist Resale Right in Canada*, abril de 2013. En: <<http://www.carfac.ca/wp-content/uploads/2015/06/Artist-Resale-Right-Proposal-Oct-2015.pdf>>.
- CAROSONE, Oscar. *L'opera dell'ingegno per commissione*. Milán: Giuffrè, 1970.
- CARRASCO PERERA, Ángel. «Comentario al artículo 7». En: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 3^a ed. Madrid: Tecnos, 2007.
- CASAS VALLÉS, Ramón. «La protección de los artistas plásticos en el derecho español». En: *I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual*. Madrid: Ministerio de Cultura, 1996.
- «El derecho de participación de los artistas plásticos (Droit de Suite) en la LPI». En: *Derechos del Artista Plástico*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto. Pamplona: Aranzadi, 1996.
- «Comentario al artículo 24». En: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 2^a ed. Madrid: Tecnos, 1997.
- «Propiedad Intelectual». En: *Derecho y nuevas tecnologías*, coord. PEGUERA POCH, Miguel Ángel. Barcelona: Editorial Universitat Oberta de Catalunya, 2005.
- «Comentario al artículo 24». En: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 3^a ed. Madrid: Tecnos, 2007.
- «Comentario a la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original (BOE 25/12/2008)», pendiente de publicación.

- CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Antonio. *El plagio y otros estudios sobre derecho de autor*. Madrid: Reus, 2009.
- CASTÁN TOBEÑAS, José. «Los derechos de la personalidad». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto 1952. Madrid: Reus, 1952.
- CHAVES, Antonio. «Obra plástica. Planteamiento. Su realidad actual». En: *I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual*. Madrid: Ministerio de Cultura, 1996.
- CISAC; EVA; GESAC. *What is the Artists Resale Right?*, 2014. En: <http://www.cisac.org/Media/Studies-and-Reports/Publications/SG140464_Resale_right_2014-05-15_EN>.
- COASE, Ronald H. «Durability and Monopoly». *Journal of Law and Economics*, nº 15, abril de 1972. Chicago: University of Chicago Press, 1972.
- COLOMBET, Claude. *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 9ª ed. París: Dalloz, 1999.
- CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. «Los derechos de autor sobre la obra plástica». En: *La protección de la propiedad intelectual*, dir. Concepción Rodríguez, José Luis. Cuadernos de Derecho Judicial, XIII. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 5ª ed. Londres: Pearson Addison-Wesley, 2007.
- CORNISH, W.R.; LLEWELYN, David. *Intellectual property: patents, copyrights, trade marks and allied rights* 5ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2003.
- COSLOR, Erica. *Transparency in an Opaque Market: Auction Prices as Anchors and Guideposts*, 2011. En: <<http://www.dukedalmi.org/wp-content/uploads/2014/01/Coslor-Transparency-in-an-Opaque-Market-03-22-2011.pdf>>
- CUADRADO PÉREZ, Carlos. *La moderna configuración de la doctrina del abuso del derecho*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2014.
- CUERVA DE CAÑAS, Juan A.; CASTELLVÍ LAUKAMP, Lluís. «Arquitectura de autor: un análisis de ciertos problemas suscitados en torno a la obra arquitectónica y la propiedad intelectual». *Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, nº 36, septiembre-diciembre 2010. Madrid: Ed. Bercal, 2010.
- DAVISON, Mark J.; MONOTTI, Ann L.; WISEMA, Leanne. *Australian Intellectual Property Law*, 2ª ed. Nueva York: Cambridge University Press, 2011.
- DE BUNES IBARRA, José Manuel (dir.). *Manual del Impuesto sobre el Valor Añadido*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2008.

- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, «Los llamados derechos de la personalidad». En: *Anuario de Derecho Civil*. Tomo XII, nº 2. Madrid: Ministerio de Justicia, 1959.
- Compendio de Derecho civil. Introducción y derecho de la persona*. 5ª ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1970.
- Temas de derecho civil*. Madrid: Rivadaneira, 1972.
- Derecho civil de España*. Madrid: Civitas, 1984.
- DE COUTO GÁLVEZ, Rosa et al. *La tutela de la obra plástica en la sociedad tecnológica*. Madrid: Trama Editorial, 2005.
- DE PABLO CONTRERAS Pedro. «Comentario al artículo 42». En: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 3ª ed. Madrid: Tecnos, 2007.
- DE PIERREDON-FAWCETT, Liliane. *The droit de suite in literary and artistic property: a comparative law study*. New York: Center for Law and the Arts, Columbia University School of Law, 1991.
- DE ROMÁN PÉREZ, Raquel. *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*. Madrid, Reus: 2003.
- DE SANCTIS, Vittorio M. *La protezione delle opere dell'ingegno*, 2ª ed. Milán: Giuffrè, 2004.
- DELGADO PORRAS, Antonio. *Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1988.
- «Gestión colectiva de los derechos de autor». En: *Estudios sobre derecho industrial. Homenaje a Hermenegildo Baylos. Colección de trabajos sobre propiedad industrial e intelectual y derecho de la competencia*. Barcelona: Grupo Español de la AIPPI, 1992.
- «Los derechos exclusivos en el ámbito de la creación visual». En: Delgado Porras, Antonio; Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto et al. *Protección y límites del derecho de autor de los creadores visuales*. Madrid: Trama, 2006.
- Derecho de autor y derechos afines al autor*, t. 2. Madrid: Instituto de Derecho de Autor, 2007.
- «Derechos de autor». En: Baylos Corroza, Hermenegildo et al. *Tratado de Derecho Industrial*, 3ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2009.
- DEPOT ARTSPACE. *Artists Resale Royalties Aotearoa*. Auckland: Depot Artspace, 2014.
- DESBOIS, Henri. *Le droit d'auteur en France*, 3ª ed. París: Dalloz, 1978.
- La propriété littéraire et artistique*. París: Armand Colin, 1953.

- DIETZ, Adolf. *El derecho de autor en España y Portugal*. Madrid: Ministerio de Cultura, 1992.
- DIEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. 7ª ed. Madrid: Tecnos, 2012.
- DOLL, Elisa D. «The Equity for Visual Artists Act of 2011 (EVAA): Crafting an Effective Resale Royalty Scheme for the United States through Comparative Meditation». *Indiana International and Comparative Law Review*, Vol. 24:2. Indianapolis: Indiana School of Law, 2014
- DRAGUET, Michel. *Chronologie de l'art du XXe siècle*, 9ª ed. París: Flammanion, 2003.
- DREIER, Thomas; HUGENHOLTZ, P. Brent. *Concise European Copyright Law*. Alphen ann de Rijn: Kluwer Law International, 2006.
- DUCHEMIN, Jean-Louis. *Le droit de suite des auteurs*. París: Recueil Sirey, 1948.
- DUCHEMIN, Wladimir. «La directive communautaire sur le droit de suite». *Revue Internationale du droit d'auteur*, nº 191, Enero de 2002. Neuilly-sur-Seine: Association Française pour la diffusion du Droit d'Auteur, 2002.
- ERAUW, Johan. «Conflict of Laws with Folgerecht ('Droit de Suite') on the Sale of Works of Art in and out of Europe - After the EC Directive No. 2001/84». En: *Convergence and Divergence in Private International Law –Liber Amicorum Kurt Siehr*. Boele-Woelki, Katharina *et al.* La Haya-Zurich: Eleven International Publishing - Schulthess, 2010.
- ERDOZAIN LÓPEZ, José Carlos. *Derechos de autor y propiedad intelectual en Internet*. Madrid: Tecnos, 2002.
- «Los derechos de explotación». En: *Manual de Propiedad Intelectual*, coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, 4ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- ESCUADERO PRADO, María Eugenia. *Mercado de Capitales. Estudio sobre Bolsa, Fondos de Inversión y política monetaria del BCE.A* Coruña: Netbiblo, 2003.
- ESPÍN ALBA, Isabel. *El caso Fundación Gala-Salvador Dalí VEGAP: la transmisión mortis causa del derecho de participación en la reventa de obras de artes plásticas*, 2014. En: <<http://pidcc.com.br/artigos/072014/14082014.pdf>>.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego. *Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*. Madrid: Civitas, 1991.
- Fundamento y protección del derecho de autor en las obras de arte*. Madrid: Civitas, 1995.
- Cien estudios jurídicos del profesor Diego Espín Cánovas (1942-1996)*, Tomo III, *Posesión. Propiedad. Propiedad Intelectual*. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 1998.

- ESTEVE PARDO, M^a Asunción. «El abuso de Derecho, el fraude de ley y la contratación de derechos de autor de los creadores visuales». En: Delgado Porras, Antonio; Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto *et al.* *Protección y límites del derecho de autor de los creadores visuales*. Madrid: Trama, 2006.
- EVANGELIO LLORCA, Raquel. *El encargo de la obra intelectual*. Dykinson: Madrid, 2006.
- FABIANI, Mario. «Diritto d'autore e diritti degli artisti interpreti o esecutori». En: *Raccolta sistematica di giurisprudenza commentata*. Milán: Ed. Giuffrè, 2004.
- FAWCETT, James J.; TORREMANS, Paul. *Intellectual Property and Private International Law*, 2^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- FELICI, Lucio. *Encyclopédie de l'Art*. 3^a ed. Milán: Garzanti, 2005.
- FERNÁNDEZ, Pura. «En torno a la edición fraudulenta de impresos españoles en Francia: la convención literaria hispano-francesa (1853)». En: *Estudios de Literatura Española de los siglos XIX y XX. Homenaje a Juan María Díez Taboada*. Madrid: Raycar, 1998.
- FISCHER, Kuno. *Switzerland without Resale Right (droit de suite). Supplementary Paper based on Practical Experience*. KUR 3/4, 2008. En: <http://www.fischerauktionen.ch/UserData/Download_41920_00.pdf>
- FORMIGGINI, Aldo. «L'aumento di valore dell'opera d'arte». *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milán: Giuffrè, 1947.
- FREY, Bruno S. *La economía del arte*. Barcelona: Servicio de estudios de La Caixa, 2000.
- FROSCHAUER, Toby. *The impact of the artist resale rights on the market in the United Kingdom*, 2008. En: <http://www.lapada.org/public/Impact_Study_by_Toby_Froschauer.pdf>.
- FUNDACIÓN ARTE Y MECENAZGO. *Sobre el estatuto jurídico del coleccionista en España y posibles medidas que contribuyan a su promoción*. Barcelona: Fundación Arte y Mecenazgo, 2014.
- GALÁN CORONA, Eduardo. «Comentario al artículo 3». En: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. 3^a ed. Madrid: Tecnos, 2007.
- GALVIÑO SANTAMARÍA, Nadia. «Concepto, evolución y nuevos desafíos para el mercado». En: *Tratado de Derechos y Políticas de la Unión Europea*, Tomo IV. *Mercado Único Europeo y Unión Económica y Monetaria*, dir. BENEYTO PÉREZ, José María. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2013.
- GAO, Gordon; ZHANG, Dixon; QU, Fang. *Intellectual Property Rights in China*. Hong Kong: Thomson Reuters, 2011.

- GARCÍA DE MARINA, Manuel. *El derecho de acceso*. Barcelona: Cedecs, 1995.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio. *El derecho de autor en Internet. Los Tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho Español de la Directiva 2001/29/CE*, 2ª ed. Granada: Comares, 2003.
- «Las reproducciones provisionales del art. 31.1 TRLPI». En: *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- GERVAIS, Daniel. *La notion d'oeuvre dans la Convention de Berne et en droit comparé*. Ginebra: Droz 1998.
- Collective Management of Copyright and Related Rights*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010.
- GIANNINI, Amedeo. «L'aumento di valore delle opere d'arte nella nuova legge sul diritto d'autore». *Rivista del Diritto Commerciale*, I. Padova: Piccin, 1942.
- GIMENO OLCINA, Luis. «Comentario a la STS de 27 de septiembre de 2012. En torno a la acumulación de derecho de autor y diseño industrial». En: *Estudios sobre propiedad industrial e intelectual*. Barcelona: AIPPI, 2015.
- GINSBURG, Jane C. «La protección de las obras de arte en los Estados Unidos». En: *Derechos del Artista Plástico*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto. Pamplona: Aranzadi, 1996.
- GINSBURGH, Victor. *The Economic Consequences of Droit de Suite in the European Union*. Bruselas: Université Libre de Bruxelles, 2006.
- GOLDSTEIN, Paul. *International copyright: principles, law and practice*. Nueva York: Oxford University Press, 2001.
- GOLDSTEIN, Paul; HUGENHOLTZ, P.B. *International copyright: principles, law and practice*. Nueva York: Oxford University Press, 2010.
- GOMBRICH, Ernst Hans. *La Historia del Arte*. Barcelona: Círculo de Lectores, 1997.
- GOUYETTE, Cyrille. «La Galería Táctil del Museo del Louvre». *Revista Agenda Cultural de la Universidad de Antioquia*, nº 152, marzo de 2009. Medellín: Universidad de Antioquia, 2009.
- GRAMPP, William D. *Arte, inversión y mecenazgo. Un análisis económico del mercado del arte*. Barcelona: Ariel, 1991.
- GRECO Paolo; VERCELLONE Paolo. *I diritti sulle opere dell'ingegno*. Turín: UTET, 1974.
- GUTIÉRREZ VICÉN, Javier. «La gestión de los derechos de autor en las artes plásticas». En: *I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual*. Madrid: Ministerio de Cultura, 1996.

- «Comentario al artículo 24». Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, coord. RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel. Cizur Menor: Aranzadi, 2007.
- «Comentario al artículo 24». En: Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, 2ª ed., dir. RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel. Cizur Menor: Thomson Civitas, 2009.
- HANSMANN, Henry; SANTILLI, Marina. «Royalties for Artists versus Royalties for Authors and Composers». *Journal of Cultural Economics*, vol. 25, nº 4. Heidelberg: Springer; ACEI, 2001.
- HAUSER, Arnold. *Història social de l'art i de la literatura*. Barcelona: Ed. 62, 1966.
- Sociología del Arte*, Vol. II. Madrid: Guadarrama, 1975.
- HAUSER, Rita E. *The French Droit de Suite: The Problems of Protection for the Unprivileged Artists Under the Copyright Law. Copyright Law Symposium Number Eleven*. Nueva York: ASCAP, 1962.
- HERNÁNDEZ ROBLEDO, Miguel Ángel. «El embargo de los derechos de autor: su problemática registral». En: *El derecho de autor y las nuevas tecnologías. Reflexiones sobre la reciente reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Macías Castillo, Agustín. Madrid: La Ley, 2008.
- HERRERA MOLINA, Pedro M.; PUERTO RODRÍGUEZ-MONTAÑÉS, Mª del Mar. «Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados». En: *Manual de derecho tributario. Parte especial*, dir. QUERALT MARTÍN, Juan; TEJERIZO LÓPEZ, José Manuel; CAYÓN GALIARDO, Antonio. 12 ed. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2015.
- HUALDE SÁNCHEZ, José Javier. «Comentario al artículo 56». En: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. 3ª ed. Madrid: Tecnos, 2007.
- HUNT, Katie. *China debates droit de suite*. Art Newspaper, febrero de 2013. En: <<http://www.theartnewspaper.com/articles/China-debates-droit-de-suite/28565>>.
- IPPOLITO, Marguerita-Marie. *Image, droit d'auteur et respect de la vie privée*. París : L'Hermattan, 2006.
- KATZENBERGER, Paul. *Das Folgerecht im deutschen und ausländischen Urheberrecht*. Múnich: Beck, 1970.
- «Harmonisierung des Folgerechts in Europa». *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil*, nº 4, 1997. Weinheim: Verlag, 1997.
- «Folgerecht». *Urheberrecht: Kommentar*, coord. Schricker, Gerhard; Loewenheim, Ulrich. Múnich: Beck, 2010.
- KNOBLER, Nathan. *El diálogo visual. Introducción a la apreciación del arte*. Madrid: Aguilar, 1970.

- KRUGMAN, Paul R.; WELLS, Robin. *Macroeconomía: Introducción a la economía*. Barcelona: Reverté, 2007.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil III, Derechos Reales*, Vol. II, *Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, 3ª ed., revisada y puesta al día por Luna Serrano, Agustín. Madrid: Dykinson, 2009.
- Elementos de Derecho Civil. Parte General*. Vol. II. Personas, 6ª ed., revisada y puesta al día por Delgado Echeverría, Jesús. Madrid: Dykinson, 2010.
- «Comentario al artículo 2». En: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. 3ª ed. Madrid: Tecnos, 2007.
- LANDSBURG, Steven E. *Price theory and Applications*. 8ª ed. Boston: Cengage Learning, 2010.
- LAW, Jonathan; SMULLEN, John. *A Dictionary of Finance and Banking*, 4ª ed. rev. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- LEWIS, Ben. *The great contemporary art bubble* [vídeo]. Londres: BBC Four, 2008.
- LIPSZYC, Delia. «Droit de suite. Enfoque de derecho comparado». En: *Estudios sobre derecho industrial. Homenaje a Hermenegildo Baylos. Colección de trabajos sobre propiedad industrial e intelectual y derecho de la competencia*. Barcelona: Grupo Español de la AIPPI, 1992.
- Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: Ediciones Unesco Cerlalc Zavalia, 1993.
- LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, Aurelio. «Dimensión internacional de la relación entre los sistemas DRM». En: *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, coord. Moreno Martínez, Juan Antonio. Madrid, Dykinson, 2008.
- «Comentario al artículo 5». En: *Comentarios al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. Madrid: Tecnos, 2013.
- LUCAS, André; LUCAS, Henri-Jacques; LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4ª ed. París: LexisNexis, 2012.
- MAGRO SERVET, Vicente. *Tratado Práctico de Propiedad Intelectual*. Madrid: El Derecho, 2010.
- MARCO MOLINA, Juana. *La propiedad intelectual en la legislación española*. Madrid: M. Pons, 1995.
- MARÍN LÓPEZ, Juan José. *El Conflicto entre el Derecho Moral del Autor Plástico y el Derecho de Propiedad sobre la Obra*. Cizur Menor: Ed. Aranzadi, 2006.

- «La contratación de obra por encargo y la compraventa de obras plásticas». En: Delgado Porras, Antonio; Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto *et al.* *Protección y límites del derecho de autor de los creadores visuales*. Madrid: Trama, 2006.
- MARTÍN BERNAL, José Manuel. *El abuso del derecho*. Madrid: Montecorvo, 1982.
- MARTÍN SALAMANCA, Sara. *Remuneración del autor y comunicación pública*. Madrid: Reus, 2004.
- MARTÍN VILLAREJO, Abel, «El ejercicio de los derechos de propiedad intelectual en el ámbito de las nuevas tecnologías». En: *Nuevas tecnologías y propiedad intelectual*, coord. Rogel Vide, Carlos, Madrid: Reus, 1999.
- «Comentario al ámbito de aplicación de la Ley». En: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, dir. Rodríguez Tapia, José Miguel, 2ª ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2009
- MARTÍNEZ, Francisco. *Introducción al conocimiento de las Bellas Artes. Diccionario de Pintura, Escultura, Arquitectura y Grabado*. Madrid: Real Academia Española, 1989
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual. «Comentario al artículo 14». En: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, 3ª ed. Madrid: Tecnos, 2007.
- MATESANZ, Fernando. *El IVA y el comercio exterior: la compraventa internacional de mercancías*. Barcelona: Atelier, 2015.
- MAYORGA RUANO, Juan. *Revolución conservadora y conservación revolucionaria. Política y memoria en Walter Benjamin*. Rubí: Anthropos, 2003.
- MCANDREW, Clare. *TEFAF Art Market Report 2015*. Maastrich: The European Fine Art Foundation, 2015.
- MCANDREW Clare— *The Global Art Market in 2010. Crisis and Recovery*. Maastrich: The European Fine Art Foundation, 2011.
- *El mercado español del arte en 2014. Cuadernos arte y mecenazgo*. Barcelona: Fundación Arte y Mecenazgo, 2014.
- MCCAIN, R.A. «Bargaining power and Artist's Resale Dividends». *Journal of Cultural Economics*, nº 18. Heidelberg: Springer; ACEI, 1994.
- MERRYMAN, John Henry; ELSÉN, Albert E.; URICE, Stephen K. *Law, Ethics and the Visual Art*, 5ª ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007.
- MINERO ALEJANDRE, Gemma. «Comentario al artículo 14 ter». En: *Comentarios al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. Madrid: Tecnos, 2013.
- MONTERO AROCA, Juan. *La legitimación colectiva de las entidades de gestión de la propiedad intelectual*. Granada: Comares, 1997.

- MONTERO MURADAS, Isabel. *Estrategias de distribución comercial en el mercado del arte*. Tenerife: Servicio de publicaciones de Caja General de Ahorros de Canarias, 2003.
- MOYLES, Daniel C.; LASHNITS Nancy M. «*Intellectual Property*». *Golden Gate University Law Review*, vol. XI, 1981. San Francisco: Digital Commons, 1981.
- MUÑOZ ARROYO, Juana. «El arte en tus manos: actividades de exploración táctil en la exposición Obras maestras del patrimonio de la Universidad de Granada». *Revista Integración*, nº 50, Abril 2007. Madrid: Once, 2007.
- MUÑOZ DEL CASTILLO, José Luis; VEGA HERRERO, Manuela; VAQUERA GARCÍA, Antonio. *Beneficios fiscales al Patrimonio Histórico Español*. León: Universidad de León, 2004.
- MYER, Rupert. *Report of the Contemporary Visual Arts and Crafts Inquiry*, 2002. En: <http://arts.gov.au/sites/default/files/pdfs/Report_of_the_Contemporary_Visual_Arts_and_Craft_Inquiry.pdf>.
- NAVARRO ARANCEGUI, Mikel. *El entorno económico y la competitividad en España*. Bilbao: Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2007.
- OCAMPO, Estela. *Diccionario de términos artísticos y arqueológicos*. Barcelona: Montesiños, 1988.
- ORTEGA DOMÈNECH, Jorge. *Obra plástica y derechos de autor*. Madrid: Reus, 2000.
- «El resurgimiento europeo del *droit de suite* o derecho de participación en la reventa de obra plástica». En: *Anuario de propiedad intelectual 2001*, dir. Rogel Vide, Carlos. Madrid: Reus, 2002.
- Arquitectura y derecho de autor*. Madrid: Ed. Reus, 2005.
- ORTUÑO MENGUAL, Pedro. «La experiencia de los límites: una aproximación al término de vídeo arte». En: *Creatividad y discursos hipermedia*, dir. Perales Blanco, Verónica. Murcia: Editum, 2013.
- OTERO LASTRES, José Manuel. «El grado de creatividad y de originalidad requerido al diseño artístico». *Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, nº 19, enero-abril 2005. Madrid: Ed. Bercal, 2011.
- «Obras de arte aplicado a la industria, diseños industriales y derechos de autor». En: Morral Soldevilla, Ramón; Boet Serra, Elena *et al.* *Problemas actuales de derecho de la propiedad industrial*. Cizur Menor: Civitas, 2011.
- PELECHÁ ZOZAYA, Francisco. *Fiscalidad sobre el comercio exterior: el derecho aduanero tributario*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. «Comentario a los artículos 428 y 429 C.c.». En: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, vol. V, t. 2, dir. Albaladejo García, Manuel. Madrid: Edersa, 1985.
- Derechos reales. Derecho Hipotecario*, 3ª ed. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 1999.
- PEÑUELAS I REIXACH, Lluís. *Valor de mercado y obras de arte: análisis fiscal e interdisciplinario*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- PERLOFF, Jeffrey M. «Droit de suite». En: NEWMAN, Peter. *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Nueva York: Palgrave Mc Millan, 2002.
- PETTY, M. Elizabeth. «Rauschenberg, Royalties, and Artists' Rights: Potential Droit de Suite Legislation in the United States». *William & Mary Bill of Rights Journal*, nº 977, 2014. Williamsburg: Washington and Lee's Law Library, 2014.
- PFENNIG, Gerhard. *El derecho de participación de los artistas en la reventa ("droit de suite")*. Documento IGC (1971)/XI/4, 9 de abril de 1997. París: Ediciones UNESCO, 1997.
- «Aspectos prácticos de la aplicación del droit de suite, en particular en el ámbito digital, y sus incidencias en la evolución del mercado del arte en el plano internacional y en la mejora de la protección de los artistas plásticos». *La propiedad intelectual como derecho humano. Boletín de derecho de autor*. Vol. XXXV, nº 3, julio-septiembre 2001. París: Ediciones UNESCO, 2001
- PICASSO, Olivier Widmaier. *Picasso: Retratos de Familia*. Madrid: Algaba, 2003.
- PIJOAN, Josep. *Historia del Arte*, vol. IV. Barcelona: Salvat, 1970.
- RAESTAD, Arnold. *La Convention de Berne révisée a Rome 1928*. París: Les Editions Internationals, 1931.
- RAMS ALBESA, Joaquín. «Comentario al artículo 24». En: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, vol. 4-A, t. 5, dir. Albaladejo García, Manuel; Díaz Alabart, Silvia. Madrid: Edersa, 1994.
- READ, Herbert E. *Educación por el arte*, 3ª ed. Barcelona: Paidós, 1982.
- RIBERA BLANES, Begoña. *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*. Madrid: Dykinson, 2002.
- RICKETSON, Sam; GINSBURG, Jane C. *International Copyright and neighbouring rights: the Berne Convention and beyond*, Vol. I, 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- RICKETSON, Sam; BARRISTER, Victoria. *Proposed international treaty on droit de suite/resale royalty right for visual artists*, 2015. En:

<<http://www.cisac.org/Media/Studies-and-Reports/Publications-PDF-files/Resale-Right-Academic-Study>>.

- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. «Reproducción de obra plástica propiedad de museos y colecciones privadas». En: *Derechos del Artista Plástico*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto. Pamplona: Aranzadi, 1996.
- «Comentario a la Sección 2ª». En: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 3ª ed. Madrid: Tecnos, 2007.
- «Comentario al artículo 18». En: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 3ª ed. Madrid: Tecnos, 2007.
- ROCHA, María Victoria. «Derecho de participación (droit de suite): análisis do artigo 24 do "Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI)»». *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor (ADI)*, 21, 2000. Madrid; Santiago de Compostela: Marcial Pons; Universidad de Santiago de Compostela, 2000.
- RODRÍGUEZ, Amardo; CLAIR, Robin Patric. «Graffiti as communication: exploring the discursive, tensions of anonymous texts ». *Southern Communicational Journal*, nº 1, Vol. 65. Londres: Taylor and Francisc, 1999.
- RODRÍGUEZ HIDALGO, José Gustavo; ÁLVAREZ CUESTA, Henar. *La siempre conflictiva relación del trabajador intelectual y un apunte específico para el creador de software*. Universidad de León. Secretariado de Publicaciones y Medios Audiovisuales: León, 2004.
- RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel. «Transmisión de los derechos del autor asalariado». En: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Civitas: Madrid, 1997.
- «Comentario al artículo 9». En: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, dir. Rodríguez Tapia, José Miguel. 2ª ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2009.
- ROGEL VIDE, Carlos; SERRANO GÓMEZ, Eduardo. *Manual de derecho de autor*. Madrid: Reus, 2008.
- ROSE-ACKERMAN, Susan. «Inalienability and the Theory of Property Rights». *Columbia Law Review*, vol. 85. Nueva York: Columbia Law School, 1985.
- ROSELLÓ MANZANO, Rafael. *Derechos de la personalidad y derechos morales de los autores*. Madrid: Reus, 2011.
- ROSSBACH, Claudia. *Die Vergütungsansprüche im deutschen Urheberrecht: praktische Wahrnehmung, Rechtsverkehr und Dogmatik*, Vol. 23. Baden-Baden: Nomos-Verlag-Ges, 1990.
- RUBÍ PUIG, Antoni. «Incentivos, costes de transacción y rent-seeking». *Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, nº 38, mayo-agosto 2011. Madrid: Ed. Bercal, 2011.

- SÁNCHEZ ARISTI, Rafael. «Las ideas como objeto protegible por la propiedad intelectual». *Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, nº 4, enero-abril 2000. Madrid: Ed. Bercal, 2000.
- SARDÁ, Mariona. «Los derechos de autor». *El futuro de la creación: los derechos de autor de los creadores visuales*, coord. Gutiérrez Vicén, Javier. Madrid: Trama, 2003.
- SARTWELL, Crispin, *Thoroughly rehearsead human combustion*, 2006. En: <<http://www.crispinsartwell.com/graff.htm>>.
- SCIARRA QUADRI, Armando. «El droit de suite en América Latina». *Revue Internationale du droit d'auteur*, nº 102, octubre de 1979. Neuilly-sur-Seine: Association Française pour la diffusion du Droit d'Auteur, 1979.
- SCHNEIDER-BRODTMAN, Jörg. *Das Folgerecht des bildenden Künstlers im europäischen und internationalen Urheberrecht*. Heidelberg: C. Winter, 1996
- SCHRICKER, Gerhard; LOEWENHEIM, Ulrich. «Kommentar zum 29». *Urheberrecht: Kommentar*, coord. Schricker, Gerhard. Múnich: Beck, 2010.
- SCOGNAMIGLIO, Renato. «Aspettativa di diritto». En: *Enciclopedia del Diritto*, vol. III. Milán: Giuffrè, 1958.
- SERRANO GÓMEZ, Eduardo. *Los derechos de remuneración de la propiedad intelectual*. Madrid: Dykinson, 2000.
- SOLOW, John. «An Economic Analysis of Droit de Suite». *Journal of Cultural Economics*, nº 22, 1998. Heidelberg: Springer; ACEI, 1998.
- SPALDING, Julian. *The eclipse of art: tackling the crisis in art today*. Michigan: Prestel, 2003
- STANFORD, Jon. *Economic Analysis of the Droit de Suite - The Artist's Resale Royalty*. Discussion paper nº 301. Brisbane: School of Economics, University of Queensland, 2002
- STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carl E. *Macroeconomía*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 2006.
- STOKES, Simon. *Art and Copyright*, 2ª ed. Oxford: Hart Publishing, 2012.
- STROWEL, Alain. *Droit d'auteur et copyright: divergences et convergences: étude de droit comparé*. Bruselas: Bruylant, 1993.
- SUÁREZ, Alicia; VIDAL, Mercè. «Cambios y transformaciones del arte en el siglo XX». En: *Historia Universal del Arte*, vol. IX, coord. Milicua Illaramendi, José. Barcelona: Planeta, 1987.
- SUNDARA RAJAN, Mira T. *Moral Rights: Principles, Practice and New Technology*. Nueva York: Oxford University Press, 2011.
- TATARKIEWICZ, Władysław. *Historia de la estética II. La estética medieval*. Madrid: Akal, 1989.

- TORREMAN, Paul. «The Proposed Droit de Suite: A Critique and a Euro-Polish Comparison». En: *Legal Convergence in the Enlarges Europe of the New Millenium*, coord. Torremans, Paul. La Haya: Martinus Nijhoff, 2000.
- TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*, 19ª ed. Milán: Giuffrè, 2011.
- TURNER, Stephanie B. «The Artist's Resale Royalty Right: Overcoming the Information Problem». En: *UCLA Entertainment Law Review*. Vol. 19:2, 2012. Los Angeles: UCLA School of Law, 2012.
- UAIPIT. *El requisito de la originalidad en los derechos de autor*. En: <http://www.uaipit.com/files/publicaciones/0000001974_La%20originalidad-Art-uaipit2.pdf>.
- UBERTAZZI, Luigi Carlo; AMMENDOLA, Maurizio. *Il diritto d'autore*. Turín: UTET, 1993.
- VALENTIN, Pierre. «Droit de suite». *European Intellectual Property Review*, nº 268, 28 (5). Londres: Sweet & Maxwell, 2006.
- VALERO MUÑOZ, Antonio. *Principios de color y holopintura*. Alicante: Club Universitario, 2013.
- VALLÉS RODRÍGUEZ, Matías. «Comentario al artículo 24». En: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. Madrid: Tecnos, 1989.
- VAN CAENEGEM, William. *Intellectual Property Law in Australia*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010.
- VEGA VEGA, José Antonio. *Derecho de autor*. Madrid: Tecnos, 1990.
—*Contratos electrónicos y protección de los consumidores*. Madrid: Reus, 2005.
- VELTHIUS, Olav. *Talking Prices: Symbolic Meanings of Proces on the Market for Contemporary Art*. Nueva Jersey: Princeton University Press, 2013.
- VETTESE, Angela. *Invertir en arte: producción, promoción y mercado del arte contemporáneo*. Madrid: Pirámide, 2002.
- VICENT LÓPEZ, Cristina. *Derechos de autor sobre la obra plástica enajenada*. Valencia: Ediciones Revista General de Derecho, 1999.
- VICENTE DOMINGO, Elena. *El Droit de Suite de los artistas plásticos*. Madrid: Reus, 2007.
- VICKERS, Carole M. «The Applicability of the Droit de Suite in the United States». *Boston College International and Comparative Law Review*, nº 433, Vol. 3, 1980. Boston: Boston College Law School, 1980.
- WALTER, Michel M.; VON LEWINSKI, Silke. *European Copyright Law: A Commentary*. Nueva York: Oxford University Press, 2010.

- WELLER, Matthias. «*Droit de Suite*: The applicable law in cross-border resale of works of arte under Directive 2001/84/CE». *Rivista di arte e diritto online*, 2006. En: <<http://www.aedon.mulino.it/archivio/2006/3/weller.htm>>.
- WERBIN, Barry. *Federal Art Resale Royalty Inches Toward Reality*. Art & Advocacy. Vol. 18. Verano 2014. Nueva York: Herrick, Feinstein LLP Publications, 2014.
- WINKLEMAN, Edward. «The Case for Droit de Suite in New York». *Art Newspaper*, 28 de abril de 2010. En: <<http://www.theartnewspaper.com/articles/The-case-for-droit-de-suite-in-New-York/20673>>.
- WOLFF, Janet. *La producción social del arte*. Madrid: Istmo, 1997.
- WU, Jeffrey C. «Art Resale Rights and the Art Resale Market: A Follow-Up Study», 46 *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, 531, 1999.
- XUE, Hong. *Intellectual Property Law in China*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010.
- ZEISBERG, Hans-Joachim et al. *Urheberrecht*, 3ª ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2013.

2. DOCUMENTOS INSTITUCIONALES CONSULTADOS

ESPAÑA

CONSEJO DE ESTADO. *Dictamen sobre el Anteproyecto de la Ley del derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original*, de 19 de junio de 2008.

SEPBLAC. *Memoria del ejercicio 2013*.

VEGAP. *Memorias de los ejercicios 1991 a 2014*.

UNIÓN EUROPEA

COMISIÓN EUROPEA. *Making the Most of the Internal Market: Strategic Programme*, COM (93) 632 final, de 22 de diciembre de 1993.

PARLAMENTO EUROPEO. *Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos y de Derechos de los Ciudadanos de la Unión Europea sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original*, A4-0030/973, de febrero de 1997 (Ponente: Ana Palacio Vallelersundi).

COMISIÓN EUROPEA. *Proposed Directive on Artist's Resale Right*, Memo/99/68. Bruselas, diciembre de 1999.

COMISIÓN EUROPEA. *Informe de la Comisión al Consejo para el examen del impacto de las disposiciones de la Directiva del Consejo 94/5/EC, sobre la competitividad del mercado del arte comunitario comparado con mercados del arte de terceros países*, COM (1999) 185 final, Bruselas, 28 de abril de 1999.

COMISIÓN EUROPEA. *Screening Report Croatia*, 2007.

COMISIÓN EUROPEA. *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación y efectos de la Directiva relativa al derecho de participación (2001/84/CE)*, COM (2011) 878 final, de 14 de diciembre de 2011.

PARLAMENTO EUROPEO. *Informe sobre la aplicación y efectos de la Directiva relativa al derecho de participación (2001/84/CE) de la Comisión de Asuntos Jurídicos*, 2012/2038 (INI), de 15 de octubre de 2012 (Ponente: Marielle Gallo).

COMISIÓN EUROPEA. *Key principles and recommendations on the management of the author's resale right*, febrero de 2014.

UNIÓN DE BERNA

UNIÓN DE BERNA. *Examen de un estudio sobre los principios de orientación relativos al funcionamiento del derecho de participación (droit de suite)*, Documento IGC (1971)/VI/14 del Comité Ejecutivo de la Unión Internacional para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, vigésimo cuarta reunión, París, 17-25 de junio de 1985.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

OMPI. *Documento n° 812 (E)*. Ginebra: 1976.

—*Guide de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*. Ginebra: 1978.

—*Documento CE/MPC/I/2-II*. Ginebra: 1989.

UNESCO

COPYRIGHT DIVISION. «Droit de Suite», (DA/6). París: 9 de Mayo de 1949.

AUSTRALIA

AUSTRALIAN COPYRIGHT COUNCIL. *Droit de Suite. The Art Resale Royalty and Its Implications for Australia*. Sidney: Australia Council and the Department of the Arts, Sport, the Environment, Tourism and Territories, 1989.

AUSTRALIAN OFFICE FOR ARTS. *Review of the Resale Royalty Scheme Discussion Paper and Terms of Reference*, junio de 2013. Sidney: Office for arts, Australian Government, 2013.

ESTADOS UNIDOS

U.S. COPYRIGHT OFFICE. *Droit de Suite. The artist's resale royalty*. Washington: US Government Printing, 1992.

U.S. SUPREME COURT. Informe n° 11-697, de 9 de julio de 2012.

U.S. COPYRIGHT OFFICE. *Resale royalties: an updated analysis*. Washington: U.S. Government Printing, 2013.

FRANCIA

SENAT DE FRANCE. *L'Accumulation de handicaps ponctuels. § Le Droit de Suite*. En: <<http://www.senat.fr/rap/r98-330/r98-33012.html>>.

Ministère de la culture et de la communication (France). Dir. KANCEL, Serge. *Le droit de suite et le marché de l'art en France 2005-2010*. Doc. n° 2011-05, marzo de 2011.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL DE FRANCE. Décision n° 2012-276 QPC, de 28 de septiembre de 2012.

ITALIA

SIAE. *Riconto di gestione 2014*, de 31 de diciembre de 2014.

NUEVA ZELANDA

NEW ZEALAND MINISTRY OF CULTURE. *A Resale Royalty Right for Visual Artists. Options for its possible application to New Zealand*, 2007.

REINO UNIDO

Arts Council of England. Dir. MCANDREW Clare; DALLA-CONTE, Lorna. *Implementing Droit de Suite (artist's resale right) in England*. Londres: 2002.

DACS. *A response to the inquiry by the Culture Media and Sport Committee into the UK art market*, febrero de 2005.

UKIPO (*United kingdom Intellectual Property Office*). Dir. SZYMANSKI, Stefan; GRADDY, Katy; HOROWITZ, Noah. *A study into the effect on the UK market of the introduction of the artist's resale right*. Londres: 2008.

INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE. *Response to consultation in preparation of a Commission report on the implementation and effect of the Resale Right Directive (2001/84/EC)*, 2010.

DACS. *Annuals reviews 2009-2014*.

UNITED KINGDOM DEPARTMENT FOR CULTURE, MEDIA AND SPORT. *Export of objects of cultural interest 2012-13, Statistical Release*, 2014.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

STJUE de 20 de octubre de 1993 (asuntos acumulados C-92/92 y C-326/92)

STJUE (sala 5ª) de 31 de enero de 2008 (asunto C-32/07)

STJUE (sala 3ª) de 15 de abril de 2010 (asunto C-518/08)

STJUE (Sala 4ª), de 26 de febrero de 2015 (asunto C-41/14)

TRIBUNAL SUPREMO

STS (sala 2ª) de 21 de junio de 1965

STS (sala 1ª, sección 1ª) de 24 de junio de 1965

STS (sala 1ª, sección 1ª) de 9 de diciembre de 1985

STS (sala 1ª, sección 1ª) de 3 de junio de 1991

STS (sala 1ª) de 20 de febrero de 1998

STS (sala 1ª, sección 1ª) de 28 de septiembre de 2001

STS (sala 1ª) de 12 de diciembre de 2001

STS (sala 3ª, sección 7ª) de 30 de octubre de 2006

STS (sala 2ª, sección 1ª) de 5 de junio de 2004

STS (sala 1ª, sección 1ª) de 6 de noviembre de 2006

STS (sala 2ª, sección 1ª) de 20 de diciembre de 2006

La STS (sala 1ª, sección 1ª) de 5 de abril de 2011

STS (sala 1ª, sección 1ª) de 27 de septiembre de 2012

STS (sala 1ª) de 18 de enero de 2013

AUDIENCIA NACIONAL

SAN (sección 6ª) de 9 de diciembre de 2009

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP Zaragoza de 2 de mayo de 1991

SAP Valladolid de 24 de septiembre de 1992

SAP Salamanca de 1 de febrero de 1993

SAP Barcelona (sección 15ª) de 29 de septiembre de 2000

SAP Barcelona (sección 15ª) de 20 de enero de 2001

SAP Vizcaya (Sección 3ª) de 26 de septiembre de 2001

SAP Guadalajara (sección 1ª) de 13 de octubre de 2003

SAP Madrid (sección 20ª) de 19 de abril de 2005

SAP Barcelona (sección 15ª) de 28 de marzo de 2006

SAP Alicante (sección 8ª) de 19 de diciembre de 2006

SAP Madrid (sección 28ª) de 12 de febrero de 2008

SAP Madrid (sección 28ª) de 12 de diciembre de 2008

SAP Vizcaya (sección 4ª) de 10 de marzo de 2009

SAP Madrid (sección 14ª) de 9 de julio de 2014

SAP Madrid (sección 28ª) de 25 de septiembre de 2015

TRIBUNALES EXTRANJEROS

ALEMANIA. *Bundesgerichtshof*. Sentencia de 16 de junio de 1994.

—*Bundesgerichtshof*. Sentencia de 17 de julio de 2008.

BÉLGICA. *Tribunal Première Instance de Anvers*. Sentencia de 15 de enero de 2015.

FRANCIA. *Tribunal Grande Instance de Paris*. Sentencia de 20 de mayo de 2011.

—*Tribunal Grande Instance de Paris*. Sentencia de 8 de julio de 2011.

Cour d'Appel de Paris. Sentencia de 28 de enero de 1991.

ITALIA. *Corte di Cassazione (Sezioni Unite Penali)*. Sentencia de 22 de noviembre de 2000.

ESTADOS UNIDOS. *U.S. Court of Appeals. Morseburg v Baylon 621 F, 2d 972, 9th circuit 1980.*

—U.S. Court of Appeals. *Estate of Graham v. Sotheby's Inc; Sam Francis Foundations v. Christie's, INC et al.*, 860 F. Supp. 2d 1117, 9th circuit 2015.

—U.S. Supreme Court. *Kirtsaeng, DBA Bluechristine99 v. John Wiley & Sons, INC.* 568 U.S. __ (2013).