

Notas al proyecto de reforma de la Ley de Propiedad Intelectual en relación con el derecho de participación de los artistas plásticos (art. 24 LPI)

RAMON CASAS VALLES

Titular de Derecho Civil. Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. Preliminar. 2. Regulación actual. 2.1. Los precedentes del art. 24 LPI. 2.2. Derecho vigente. 3. El Proyecto de Ley. 3.1. Las propuestas de reforma. 3.2. Texto del Proyecto. 4. Comentario. 4.1. El problema de la transmisión «mortis causa»: *a)* admisión; *b)* beneficiarios y duración del derecho. 4.2. Porcentaje y precio mínimo: *a)* porcentaje; *b)* precio mínimo; *c)* el expediente de revisión. 4.3. Los deberes instrumentales: *a)* sujetos obligados; *b)* deber de informar; *c)* deber de retener y responsabilidad solidaria; *d)* deber de poner a disposición y condición de depositario; *e)* prescripción trienal. 4.4. El Fondo de Ayuda a las Bellas Artes: *a)* el Fondo y la justificación del derecho de participación; *b)* el Fondo y la prescripción trienal; *c)* el Fondo y la idea de «*domaine public payant*». 4.5. Otras cuestiones: *a)* la remisión a normas reglamentarias; *b)* sobre la justificación del derecho de participación; *c)* la distinción «*ventas públicas-ventas privadas*»; *d)* el problema de la localización de la obra; *e)* el papel de las Entidades de gestión. 4.6. Los intentos de armonización en el ámbito de la CE. 5. Anexo documental.

1. PRELIMINAR

En el acto de apertura del Primer Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual (Madrid, 28-31 de octubre de 1991) se hizo público el deseo del Ministerio de Cultura de proponer la introducción de algunas reformas parciales en la vigente Ley de 1987 (LPI). La idea, muy avanzada en aquel momento, ha tomado definitivamente cuerpo mediante la reciente publicación del correspondiente Proyecto de Ley aprobado por el Gobierno el 13 de diciembre de 1991 (1).

(1) «Modificación de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual», *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso*, IV Legislatura, Serie A (Proyectos de Ley), n.º 76-1, 30 de diciembre de 1991. Corrección de errores de 22 de enero de 1992.

Vista con ojos de profano, es posible que la iniciativa ministerial resulte un tanto sorprendente. ¿Para qué, se preguntará más de uno, reformar una Ley tan nueva? ¿Es acaso peor que la de 1879, cuya vigencia pudo prolongarse durante más de un siglo?... Estos interrogantes resultan comprensibles, pero sería un error precipitarse en las conclusiones. Dejando a un lado el hecho de que la LPI de 1879 no pudo evitar la necesidad de promulgar leyes especiales al margen de ella, la de 1987 es un texto que destaca por sus méritos en el concierto internacional y que, sin ser perfecto, ha recibido elogios tanto de sus destinatarios naturales —los autores y titulares de derechos conexos— como de los juristas especializados en la materia.

No obstante, que una Ley sea buena no significa que no pueda mejorarse, sobre todo en aspectos adjetivos para aumentar su eficacia o, eventualmente, para adecuarse a los avances tecnológicos respecto de los cuales tan estrecha es la dependencia de la propiedad intelectual. Teniendo en cuenta que el problema suele ser el contrario (envejecimiento de las leyes sin que nadie ponga remedio), debemos felicitarnos de la agilidad del Ministerio de Cultura, a la que sin duda no es ajena la existencia de una Subdirección General de Propiedad Intelectual.

La reforma afecta a unos pocos preceptos (arts. 24, 25, 103, 119, 127, 140 y DDAA LPI). Algunos tratan cuestiones básicas que reclamaban atención inmediata. En este sentido, el logro de la plena efectividad del derecho de reenumeración compensatoria por copia privada (art. 25 LPI) o la eliminación de las incertidumbre surgidas en relación con la adopción de medidas cautelares (art. 127 LPI) bastarían por sí solos para justificar el proyecto de Ley.

Pero, una vez surgida la ocasión, era lógico que la reforma se extendiera a otras disposiciones. Tal es el caso del artículo 24 LPI, que regula el derecho de participación de los artistas plásticos en el mercado secundario de sus obras. Cuando se decidió introducirlo en nuestra legislación, se hizo con un prudente planteamiento gradualista que ya anunciaba reformas futuras. Además, tratándose de una novedad absoluta, era de esperar que la experiencia de estos años pusiera de relieve algunos puntos débiles. Por último, el texto vigente incluye, al menos, un grave defecto de concepción (la intransmisibilidad «mortis causa»), cuya subsanación había sido reclamada con insistencia desde diferentes ámbitos. En cualquier caso, es probable que esta reforma no sea la última. Con independencia del propio ritmo evolutivo de la legislación española (no se olvide que el Proyecto actual se concibe sólo como un paso más), existe una notable presión favorable a una unificación normativa en el ámbito de la Comunidad Europea.

Las presentes Notas no tienen por objeto un análisis exhaustivo de la institución y se limitan a un comentario de las reformas propuestas, precedido de la exposición de los antecedentes y de la actual normativa. En particular se omite la que, sin embargo, debiera ser la cuestión previa: ¿Por qué el «droit de suite»? Entre nosotros ese debate prácticamente no ha existido, suplido por una adhesión en cierto grado mimética a la decisión favorable adoptada en países como Francia o Alemania. Tarde o temprano

habrá que abordarlo, y no por simples razones doctrinales ya que de él depende el futuro del derecho (2).

2. REGULACION ACTUAL

2.1. Los precedentes del artículo 24 LPI

La idea del llamado derecho de participación nació, como es sabido, en los últimos años del siglo XIX. Su caldo de cultivo fue la «bohemia» del París de la época. Un mundo en el que —según las descripciones al uso— los artistas vivían en pequeñas buhardillas, pasando frío, comiendo mal y vistiendo peor, mientras producían auténticas obras maestras que luego se veían obligados a vender por precios irrisorios para pagar al casero, comprar pinturas y lienzos o adquirir medicinas para sus hijos enfermos... De esta situación sacaban provecho avispados marchantes y coleccionistas que, con una inversión mínima, lograban espectaculares plusvalías revendiendo, a veces al poco tiempo, las obras adquiridas. Este sombrío panorama se completaba con el triste fin del artista, recluido por caridad en un hospicio o, peor aún, quitándose la vida abrumado por sus desventuras.

El caso de Constantin Guys (1805-1892), vendiendo un lote de 300 dibujos por 200 francos para costear su ingreso en una casa de salud, la triste estampa de la viuda de Stanislas Lepine (1836-1892) empujando trabajosamente su carrito de vendedora ambulante frente al local en que se exponían los cuadros de su marido o la miseria en que quedó la mujer de Alfred Sisley (1834-1899) obligada a recurrir a la piedad de los amigos para no morir de hambre tras el fallecimiento del artista, son algunos de los muchos ejemplos que —presididos por la inevitable referencia al «Angelus» de Jean-François Millet (1814-1875)— pueden encontrarse en muchas de las obras sobre el derecho de participación de los artistas plásticos. A este muestrario ha venido a añadirse, en fecha más reciente, la imagen del pintor Robert Rauschenberg (1925-), dirigiéndose airadamente al coleccionista Robert Scull después de que éste, en una importante subasta, lograrse vender por 85.000 dólares una obra de aquél adquirida por tan solo 960 dólares. Esta escena, que fue filmada, desempeña en los EUA un papel

(2) Para una visión general acerca del actual art. 24 LPI, *vid.* el comentario al mismo de M. Valles, en «Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual» (coord. R. Bercovitz), Madrid, 1989, pp. 443 y ss. Para una primera aproximación al derecho de participación en general, *vid.* W. Duchemin, «Le droit de suite», *RIDA*, 1974, pp. 5 y ss. Más ampliamente, pueden consultarse las monografías de J. L. Duchemin («Le Droit de suite des artistes», París-Thuillies, 1948), y en particular, P. Katzenberger («Das Folgerecht im Deutschen und Ausländischen Urheberrecht», München, 1970). De este último autor, *vid.* asimismo el comentario correspondiente en «Urheberrecht Kommentar (G. Schrickler)», München, 1987, pp. 379 y ss. Breve, pero útil por su anexo legislativo, es también el Informe elaborado por la OMPI en 1983 («Derecho de participación », *Droit de Suite*, *Boletín de Derecho de Autor*, n.º 3/1983).

análogo al que en su día correspondió en Francia al famoso dibujo de Jean Louis Forain (1852-1931) en el que aparecían unos niños desharrapados asistiendo a la venta millonaria de un cuadro de su difunto padre.

Estos y otros ejemplos semejantes han servido para persuadir a la opinión pública y a la clase política de bastantes países, entre ellos el nuestro, de la necesidad del «droit de suite». Pero su uso y abuso ha provocado vicios de origen en algunas legislaciones y ha expuesto al propio derecho a objeciones muy serias y en buena parte fundadas (3).

Fuese o no exacta, la imagen del genio incomprendido e infravalorado resultó determinante para que, a principios del siglo XX y tras una activa campaña de prensa, algunos países europeos reconociesen el derecho de los artistas plásticos a participar en el mercado secundario de sus obras. Esta propuesta tuvo que vencer el obstáculo que suponían las concepciones imperantes en la época acerca del contrato (eficacia *inter partes*) y la propiedad (carácter absoluto). En particular, se le opuso con fuerza el conocido principio de que «les meubles n'ont pas de suite par hypothèque» (art. 2119 del Código Civil francés). Es jurídicamente inadmisibile —se decía— que el artista pueda ostentar sobre la obra —bien mueble— un derecho oponible frente a cualquier propietario. Precisamente por ello, asumiendo la crítica, los promotores del derecho creyeron conveniente recurrir a una denominación que destacase el carácter de excepción a la regla general. Se pretendía dejar bien claro que, aunque las obras plásticas cambien de manos, el derecho de los artistas «las sigue»; de ahí el nombre «droit de suite» (de «suivre», seguir) (4).

Primero fue Francia (1920), siguiéndole Bélgica (1921) y, algo más tarde, Checoslovaquia (1926) (5). En los años sucesivos, el derecho sería

(3) Puede verse, como muestra, la sarcástica y ya clásica crítica de M. E. Price, «Government Policy and Economic Security for Artists: The Case of The Droit de Suite», *The Yale Law Journal*, junio de 1968, pp. 1333 y ss.

(4) Es obvio, sin embargo, que con esta defectuosa expresión no se aludía a otra cosa que a la reipersecutoriedad, sin caer en la cuenta de que el derecho de participación no es un derecho real en cosa mueble sino una manifestación de la autoría y que, por tanto, su compatibilidad con la propiedad del objeto o *corpus mechanicum* no necesitaba una declaración específica (cfr. art. 3.1. LPI). Son todos los derechos de los autores —y no sólo el que nos ocupa— lo que «siguen» a la obra. Pese a ello, la terminología francesa está extendida en todos los países, por lo general acompañada de traducciones más o menos afortunadas. De ella se hará uso en estas notas por tratarse de una fórmula consolidada y porque, además, entre los no francohablantes, es difícil que induzca a errores sobre la naturaleza del derecho.

Entre nosotros, a falta de *nomen* legal (cfr. art. 24 LPI), la terminología resulta variada habiéndose empleado, además de la francesa, las expresiones «derecho de continuidad», «derecho de continuación», «derecho de secuencia», «derecho de seguimiento» o incluso «derecho de prosecución» y —más raro aún— «derecho de recuperación» o «de recobrar». Junto a ellas, en un intento de lograr una denominación expresiva del contenido, es igualmente corriente la fórmula «derecho de participación», también usada en estas notas. El proyecto que se comenta tampoco impone un nombre, pero en su Exposición de motivos alude a los dos que —con «droit de suite»— parecen de mayor uso entre los juristas españoles: «derecho de participación o de seguimiento».

acogido en otras legislaciones, entre ellas la de Uruguay (1937), primera de la comunidad Iberoamericana, y la de dos países europeos que constituyen un punto de referencia habitual para los juristas españoles: Italia (1941) y Alemania (1965). En la actualidad, está incorporado a las leyes de propiedad intelectual de bastantes naciones más, si bien en versiones muy variadas (6).

Sin embargo, no hay que dejarse engañar por las apariencias. El derecho de participación dista de gozar de una aceptación unánime. Por una parte, en la lista de países que lo admiten —no pocos de ellos pertenecientes al área de influencia francesa— hay ausencias significativas. Están Francia y Alemania, pero no los EUA, el Reino Unido y el Japón. Esto significa que, a reserva de lo que pueda resultar de la aplicación de las normas de Derecho internacional privado, quedan fuera de su ámbito dos tradicionales plazas fuertes del mercado mundial del arte (Nueva York y Londres) y una que está cobrando importancia por momentos (Tokyo) (7). Por otra

(5) Para la historia de estas primeras leyes —en particular la francesa— *vid.* la *op. cit.*, de J. L. Duchemin.

(6) En 1983, la OMPI (*Informe cit.*) daba la siguiente relación alfabética: Alemania (RFA), Argelia, Bélgica, Brasil, Congo, Costa de Marfil, Checoslovaquia, Chile, Ecuador, Filipinas, Francia, Hungría, Italia, Laos, Luxemburgo, Madagascar, Marruecos, Perú, Portugal, Santa Sede, Senegal, Túnez, Turquía, Uruguay y Yugoslavia. A ellos se añadían Dinamarca e Irlanda como países en los que «existen algunas prácticas al mismo propósito». Asimismo se hacía constar que, por aquellas fechas, la cuestión estaba siendo estudiada en Canadá, España y Japón. Hoy, además de España, la lista incluye a Costa Rica, Dinamarca, Guinea y Mali. Como se ve, ha habido un pequeño aumento.

(7) Las resistencias al «droit de suite» han sido y son notables en el área de la «Common law», en parte por considerarlo —como hasta hace poco sucedía con el derecho moral— una creación de la estéril y teorizante —a su juicio— dogmática jurídica de los países de «Civil Law» (como decía M. E. Price —*op. cit.*, p. 1351— «We have learned that Blackstonian theory may be as misleading in art as in law»). Debido a esa resistencia —en la que, por cierto, han tenido parte activa significados defensores de los derechos de los artistas— el «droit de suite» no se ha aceptado en el Reino Unido ni en los EUA, aunque, en cuanto a éstos, hay que hacer dos importantes precisiones. En primer lugar, que el derecho sí ha sido admitido en uno de los Estados de la Unión (California), al aprobarse en 1976 la «California Resale Proceeds Act» (Cal. Civ. Code, § 986), reformada en 1982 (se reproduce y comenta en J. H. Merryman & A. E. Elsen, *Law, Ethics and the Visual Arts*, 2.ª ed., Philadelphia, 1987, vol 1, pp. 232 y ss.; *vid.*, también, L. D. Duboff, «Art Law», 1984, pp. 240 y ss. y recientemente, Neumann, *The Berne Convention and Droite de Suite Legislation in the United States*, IIC, 1/1992, pp. 47 y ss.). En segundo lugar, que está en fase avanzada una propuesta para introducir el derecho, en la legislación federal. La propuesta, patrocinada por el senador E. Kennedy, data de 1987. Sobre ella puede verse, L. D. Duboff *et alii*, «Artist rights: The Kennedy proposal to amend the Copyright Law», *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 1989, vol. 7, n.º 2, pp. 227 y ss. La cuestión sigue hoy pendiente, a la espera de que el «Register of Copyrights», en colaboración con la «National Endowment of the Arts», evacue el informe que le fue encomendado por la «Visual Artists Rights Act», de 1990 (cfr. P. H. Karlen *et alii*, Sumario del Informe sobre los EUA presentado en el Symposium sobre «Los aspectos legales del Comercio Internacional del Arte», Madrid, febrero de 1992, inédito). Para Japón y el Reino Unido, cfr. los Informes presentados en el mismo Symposium por

parte, en muchos casos, el reconocimiento del derecho es puramente formal, sin que tenga en la práctica virtualidad alguna. Sea porque no cuentan con un mercado artístico de una mínima importancia, sea por la inexistencia de una infraestructura capaz de controlarlo y recaudar regularmente la participación de los artistas, sea —en fin— por haber puesto en vigor una regulación inadecuada, en la mayoría de países el «droit de suite» es un simple elemento decorativo en sus leyes de propiedad intelectual. Tal es, señaladamente, el caso de Italia. Lo mismo parece suceder con California, aunque en este caso, por extraño que pueda resultar tratándose de hechos, la información disponible es contradictoria. Si a todo ello añadimos que la polémica respecto a la justificación y fundamento de la institución sigue viva, fácilmente se comprenderá que las espadas sigan en alto, incluso en los países que han reconocido el derecho como la propia Francia (8).

España, como es lógico, no fue ajena al movimiento en pro del reconocimiento del derecho de participación. Ya en los años veinte hubo una temprana e interesante iniciativa del Senador Luis Durán y Ventosa (1870-1954) para atribuir a los artistas el derecho a un 10 por 100 del precio obtenido en las ventas sucesivas de sus obras originales. Su Proposición, que no era mera copia de las leyes francesa o belga, preveía una configuración del derecho de participación razonablemente completa y sensata, anticipándose incluso a algunas de las novedades del Proyecto objeto de estas notas. Todavía en 1927 suscitaba comentarios elogiosos en la prensa, aunque pronto quedó sepultada en el olvido (9). Este olvido, sin embargo, no fue

M. Furuki Sato y A. Barr-Smith & A. Mair, respectivamente. Está prevista su publicación en el cuarto volumen sobre «International Trade in Art Law».

(8) La «Chambre Nationale des Commissaires Priseurs» ha pedido reiteradamente su supresión o, como mal menor, su extensión al mayor número posible de países (cfr. «Première résolution sur le droit de suite» de 5 de junio de 1990, inédita). Para una ilustrativa selección de las diversas opiniones, a favor y en contra del «droit de suite», *vid. la op. cit.*, de J. H. Merryman & A. E. Elsen, vol. 1, pp. 217 y ss. En la 1.ª edición de esta obra (1979) se incluye algún material adicional de interés.

(9) Hasta el punto de que sólo se da cuenta de ella en algunas monografías extranjeras, como las ya citadas de J. L. Duchemin y P. Katzenberger. En ambas se alude a un proyecto que habría sido presentado en el Senado por Durán en 1927 y según el cual se reconocería a los artistas plásticos una participación del 2 por 100. Los errores en la fecha y en la cifra son imputables a la fuente utilizada: Una referencia incidental en la revista *Droit d'Auteur* (1928, p. 6), que a su vez se remitía a un artículo aparecido en agosto de 1927 en *La Veü de Catalunya*. Sin embargo, en este artículo, del propio Durán, se decía que el proyecto fue presentado «en el temps en què les Corts es reunien», es decir antes de la dictadura de Primo de Rivera (septiembre de 1923). La «Proposición de Ley sobre beneficios de ventas sucesivas de obras de arte» fue presentada en el Senado en noviembre de 1921 (*Diario de las Sesiones de Cortes, Senado*, 11 de noviembre de 1921, apéndice) y reproducida, sin éxito, en la siguiente legislatura (*Diario de las Sesiones de Cortes, Senado*, 14 de marzo de 1922, apéndice). Su texto —salvo el preámbulo— se recoge en el *Anexo documental*. Es una lástima que no fuese incluida en la, por otra parte muy completa, documentación preparada para la tramitación parlamentaria de la vigente LPI (*Congreso de los Diputados, Documentación*, n.º 46, *Propiedad Intelectual*, 1986). Habría resultado de gran utilidad.

total pues la Proposición de Durán coincide sustancialmente con los correspondientes preceptos de un proyecto privado de Ley de Propiedad Intelectual elaborado en los años ochenta en el seno del Colegio de Abogados de Barcelona (10). Su huella es asimismo evidente en las enmiendas presentadas por algunos parlamentarios catalanes durante la tramitación de la vigente LPI. Como se ve, Durán aún tuvo valedores —seguramente inconscientes— mucho después de su muerte.

Posteriormente, en la segunda República, el «droit de suite» se incluyó en el Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual de 1934, bajo la denominación «derecho de continuidad» (11). Los acontecimientos históricos impidieron que el Proyecto se convirtiese en Ley; aunque es preciso admitir que de poco habría servido su aprobación, dadas sus características y en particular su opción por el sistema de plusvalía.

A pesar de estos fracasos la idea se mantuvo viva, al menos entre los especialistas en la materia (12). Además de los antecedentes españoles y del ejemplo de otros países, a ello contribuyó, sin duda, la incorporación del derecho a la Convención de Berna —de la que España es signataria— y, en menor medida, su presencia en textos internacionales como la Ley Tipo de Túnez (13).

Finalmente, en 1985, las demandas de los artistas plásticos fueron recogidas en el Dictamen sobre prioridades legislativas en materia de propiedad intelectual de la Comisión senatorial presidida por Carlos Barral, que constituye el antecedente inmediato de la vigente LPI (14). En él se recomendaba «el reconocimiento del derecho de secuencia a los artistas vivos, que

(10) El texto, que amablemente me ha facilitado uno de sus autores, se incluye en el *Anexo documental*.

(11) *Diario de Sesiones de las Cortes*, 28 de junio de 1934. *Vid.* el texto de los artículos correspondientes en el *Anexo documental*.

(12) Cfr., por ejemplo, J. Molas Valverde («Propiedad Intelectual. Suma Jurídica para la práctica forense», Barcelona, 1962, p. 156).

(13) El «droit de suite» fue introducido como art. 14 bis del Convenio de Berna en la Conferencia de Bruselas (1948), aunque con libertad de los Estados signatarios para incorporarlo o no a su legislación (*vid.*, por todos, W. Nordemann *et alii*, «International Copyright and Neighboring Rights Law», Weinheim, 1990, pp. 150 y ss.). El texto del precepto (hoy art. 14 ter) puede verse en el *Anexo documental*. El «droit de suite» también se contempla —con el mismo carácter facultativo— en la Ley Tipo de Túnez para países en desarrollo, elaborada en 1976 bajo los auspicios de la OMPI y la UNESCO. Su art. 4 bis se reproduce asimismo en el *Anexo documental*.

(14) Cfr. «Dictamen de la Comisión de Educación de Universidades, Investigación y Cultura sobre prioridades legislativas en materia de derechos de autor y de la propiedad intelectual» (puede consultarse en *Congreso de los Diputados, Documentación...*, *cit.*, I, pp. 403 y ss.). Aunque resulte llamativo, aún se discute si el «droit de suite» es realmente una exigencia generalizada entre los artistas o, más bien, una demanda de unos pocos, seducidos ante la brillante invención de algunos especialistas en propiedad intelectual. A falta de estudios acerca de la cuestión en España, tendremos que limitarnos a la declaración afirmativa que se contiene en el «Dictamen Barral», en el que, con referencia a las consultas que precedieron a su elaboración, se afirma que los artistas sí reivindicaron el derecho.

consistiría en la participación en el 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».

Como puede verse, las peticiones de los artistas y el mismo Dictamen Barral eran muy prudentes. Tanto que, de haberse acogido en sus propios términos, el «droit de suite» no habría pasado de ser mera teoría sin trascendencia práctica alguna. En este sentido, el Dictamen presentaba tres importantes defectos, algunos de los cuales pasaron luego a la LPI: La opción por el sistema de plusvalía (heredada del Proyecto de la Segunda República), la limitación del derecho a la vida del artista y, por último, aunque este sea el más disculpable por las dificultades que entraña, la imprecisa definición del ámbito del derecho. En concreto, la limitación de la participación del artista a las ventas que se llevan a cabo «por instrumento público o con publicidad» se prestaba a interpretaciones restrictivas, capaces de situar fuera del alcance del derecho buena parte de las transmisiones onerosas de obras de arte (15).

Con esos antecedentes, el «droit de suite» fue incluido en el Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual de 1 de febrero de 1986 (16). No obstante, la finalización de la legislatura impidió que fuese tramitado e hizo que decayera. Una vez inaugurada la siguiente, fue nuevamente presentado, aunque con algunas diferencias respecto al texto anterior. Entre ellas destaca la decisión de deslegalizar la fijación del precio mínimo, remitiéndola a normas reglamentarias (17).

El texto finalmente aprobado en noviembre de 1987 tan sólo introdujo algunos cambios, que afectan al número 2 del precepto y entre los que sobresale la referencia a las Entidades de gestión, de las que nada decía el Proyecto. La ausencia de mayores modificaciones no significa, sin embargo, inexistencia de debate parlamentario. Al contrario, fueron muchas —y algunas importantes— las cuestiones discutidas o, como mínimo, planteadas. En una apretada síntesis cabe mencionar las siguientes: La separación del «droit de suite» de los derechos de explotación y la conveniencia o no de incluirlo en la categoría residual de «otros derechos»; la irrenunciabilidad; la relación Ley-reglamento; la transmisibilidad a los herederos; el montante del porcentaje y del precio mínimo; el sujeto —¿vendedor o

(15) En otro orden de cosas, en el Dictamen se aludía también a la necesidad de que el derecho del artista pudiera «estimarse razonable». Si con ello se entendía que el «juicio de razonabilidad» sería hecho por el legislador —con carácter general— al configurar el derecho, la cuestión no tenía mayor importancia. Pero quizá se pensaba en una apreciación caso por caso —inevitablemente judicial— de esa «razonabilidad», al estilo de la que se contempla en la legislación de algún país como Checoslovaquia (cfr. art. 31 de la Ley de 25 de marzo de 1965 [RUDA], y, antes, art. 35 de la Ley de 1926, [cit., en J. L. Duchemin, *op. cit.*, pp. 298-299]). Evidentemente, esta segunda opción aún habría hecho más ilusorio si cabe el derecho de participación de los artistas plásticos.

(16) *BQCG, Congreso*, II Legislatura, Serie A (Proyectos de Ley), n.º 184-1, 1 de febrero de 1986, pp. 3843 y ss. *Vid.* el texto en el *Anexo documental*.

(17) *BOCG, Congreso*, III Legislatura, Serie A (Proyectos de Ley), n.º 14-1, 24 de noviembre de 1986, pp. 1 y ss. *Vid.* el texto en el *Anexo Documental*.

comprador?— obligado con carácter principal; la posible afección de la obra al pago, y, por último, la conveniencia de una exclusión expresa de las obras de arquitectura e ingeniería.

Poco después de la entrada en vigor de la Ley, y con una celeridad en consonancia con la decidida voluntad de que el derecho no quedase en letra muerta, se procedió al desarrollo del art. 24 LPI mediante el Real Decreto 395/88, de 25 de abril (18).

2.2. Derecho vigente

El «droit de suite» ha sido descrito al comienzo de estas notas como el derecho del artista a participar económicamente en el mercado secundario de sus obras. Se trata de una definición deliberadamente amplia e imprecisa. A partir de ella, las opciones son muchas, pudiendo dar lugar a configuraciones legales muy diferentes entre sí.

Los parámetros más importantes manejados para esa ulterior definición afectan: A los sujetos beneficiados (el autor, sus herederos, la comunidad artística en general, instituciones culturales...); al objeto o tipo de obras a las que se aplica el derecho, tanto desde el punto de vista del género al que pertenecen (artes plásticas, artes aplicadas, obras de arquitectura, manuscritos literarios y musicales...) como en atención a su propia naturaleza (originalidad, carácter único, múltiples hasta cierto número...); asimismo, a las condiciones exigidas a la transmisión (onerosidad, realización mediante subasta, carácter público, intervención de profesionales, precio mínimo...); y finalmente —destacándose entre estas últimas, hasta convertirse en el rasgo fundamental— a la necesidad o no de que exista plusvalía en favor del transmitente.

Las opciones básicas del legislador español resultan de la simple lectura del artículo 24 LPI y de los dos artículos del Real Decreto 395/88. En síntesis son las siguientes:

1.^a— El derecho de participación corresponde al autor con carácter irrenunciable, rechazándose su transmisibilidad tanto *inter vivos* como *mortis causa* (art. 24.3 LPI).

2.^a— Se reconoce en relación con todas las «obras de artes plásticas», sin otra excepción expresa en cuanto a éstas que las «obras de artes aplica-

(18) Para mayor comodidad, el Derecho vigente (art. 24 LPI y Real Decreto 395/88) se incluye en el *Anexo documental*.

(19) La posible extensión a los manuscritos se contempla en el Convenio de Berna y en la Ley tipo de Túnez. Asimismo en el art. 54 del Código portugués de Derecho de autor de 1985 (*RUDA*). Sin duda, por ello, A. Chaves («La protección de las obras de arte plásticas», *I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual*, Madrid, 1991, I, p. 247), ha criticado el art. 24 LPI aduciendo el ejemplo de recientes subastas (36 hojas de apuntes de Leonardo da Vinci adjudicadas por 2,2 millones de libras, una colección de cartas de Franz Kafka vendidas por 605.000 dólares o el manuscrito de «El Proceso», del mismo autor, valorado en 1,8 millones de dólares). No obstante, sin perjuicio de reconsiderar en el futuro la cuestión, la opción de la LPI es razonable.

das» (art. 24.1 LPI). Obviamente tampoco se extiende a los manuscritos originales de obras literarias y musicales (19).

Téngase en cuenta, no obstante, que la LPI no da una definición de lo que sean «obras de artes plásticas». Su misma terminología es variable: «obras plásticas» [art. 10.1.e)], «obras de arte» [art. 20.2 g)], «obras de artes plásticas» (arts. 24.1 y 56.2), «obras de carácter plástico o figurativo» (art. 32), sin faltar tampoco una referencia subjetiva a los «artistas plásticos» (DA, 3.^a). Podemos admitir la idea de que se trata de obras que expresan un contenido estético mediante líneas, formas, volúmenes o colores. Sin embargo, esa amplísima definición no nos ahorrará la necesidad de precisar más en relación con el «droit de suite». Por lo pronto habrá que aclarar —y tampoco disponemos de un pronunciamiento legal— qué entra dentro del concepto de «obras de artes aplicadas» (desde luego sería absurdo excluir géneros completos como la cerámica, el forjado, la orfebrería o la tapicería, por lo que habrá que considerar cada caso). Asimismo, será preciso pronunciarse acerca de las obras arquitectónicas y de ingeniería (que sería razonable excluir).

Con todo, el problema más importante desde el punto de vista práctico, lo plantean los llamados múltiples (aguafuertes, litografías, pequeñas esculturas hechas a partir de un molde...). ¿Existe para ellos derecho de participación y, en su caso, a cuántos ejemplares se limita? Nótese que el art. 24 LPI no alude de forma expresa a obras «originales», aunque se trata de una exigencia obvia. ¿Se requiere que el artista ejecute los ejemplares por su propia mano, como exigía la Proposición de Durán y Ventosa? ¿Basta que supervise la ejecución? ¿Basta que estampe en ellos su firma? En algún país esas cuestiones vienen resueltas mediante acuerdos de los sectores profesionales interesados (20). Es de suponer que también se alcanzarán entre nosotros, aunque no estaría de más un pronunciamiento legal o reglamentario.

(20) Es el caso de Francia, donde se aplica un «Acuerdo interpretativo», entre la «Chambre des Commissaires-Priseurs» y las Sociedades de Autores, de 15 de enero de 1958. En él se fijan las condiciones (ejecución personal, firma, número de ejemplares...) en que los grabados, litografías, esculturas y tapices pueden beneficiarse del «droit de suite», especificando las consecuencias de la eventual falta de alguna de ellas. Por ejemplo, los grabados deben estar firmados por el artista y no superar los 75 ejemplares (información SPADEM y ADAGP). Cabe señalar que, en el marco de los trabajos para una eventual armonización legislativa en el ámbito de la Comunidad Europea, las «Conclusions de l'Audition du 21-11-91 sur le "droit de suite"» recogen como mayoritaria la opinión de que lo que debe prevalecer para determinar la originalidad de la obra es la opinión del propio artista (cfr. *Infra*, nota 84).

(21) Gráficamente, en un viejo artículo sobre la Proposición de Durán, publicado en el diario madrileño *El Sol* (19 de julio de 1927), se recurría a la imagen —casi inmediata para un jurista— del «laudemio censal» (como, por cierto, ha hecho muchos años después M. Peña y Bernaldo de Quirós, en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales», dirigidos por M. Albaladejo, V-2, Madrid, 1985, p. 723). M. Valles, *op. cit.*, sugiere hablar de «derecho» y «crédito» de participación para distinguir entre el «droit de suite» y sus frutos.

3.^a— El «droit de suite» es un derecho fructífero (21). Su productividad —no su existencia— depende de que la obra sea objeto de «reventa» (art. 24.1 LPI). Este concepto, de uso bastante común, excluye las transmisiones que se produzcan a título gratuito o *mortis causa*, así como las simples cesiones de uso (entre ellas el alquiler y —por supuesto— la exhibición por precio, a pesar de constituir formas de explotación de la obra por su propietario, de las que hoy el artista está excluido) (22).

En cualquier caso, la expresión «reventa» no está exenta de problemas. En primer lugar, ¿hemos de limitarnos estrictamente a la compraventa o, por contra, podemos incluir cualquier transmisión onerosa de la propiedad de la obra (por ejemplo, dación en pago)? Lo más razonable es lo segundo, aunque admitirlo exige superar dificultades interpretativas y plantea problemas de índole práctica. Piénsese, por ejemplo, en la permuta o en el caso, aún más complicado, de venta de las acciones de una sociedad cuyo patrimonio está constituido por obras de arte.

En segundo lugar, la «reventa» exige una venta anterior o, para ser más precisos, una «primera venta». Esto significa que están sujetas a participación las ventas que efectúan las galerías de arte cuando han comprado al artista las obras que exponen (23). Cabría preguntarse si también nacerá el crédito cuando quien vende la obra la recibió del artista de forma gratuita. En este caso, en rigor, no hay «reventa». La cuestión es dudosa. Los primeros defensores del «droit de suite», quizá observarían que, en este caso, no se dan razones para aplicar el derecho, ya que el artista no se desprendió de la obra malvendiéndola por necesidad. Pero con ello se introduce un factor de confusión. Forzando la interpretación en favor del artista, quizá pudiera resolverse la duda entendiendo que con la palabra «reventa» se alude a toda transmisión onerosa posterior a la primera realizada por aquél por cualquier título *inter vivos* (venta, encargo, donación...).

Por lo demás, supuestos como el anterior y la misma dependencia de una circunstancia (la reventa) de carácter imprevisible y no siempre en relación con el mérito o cotización de la obra, no hacen sino poner de relieve la fragilidad del fundamento tradicionalmente dado al derecho de participación.

En otro orden de cosas, parece oportuno señalar que, resultando el crédito del artista de la reventa, cuanto afecte a ésta debe repercutir en aquél.

(22) Cabe señalar, como notable excepción aunque sin proyección práctica, que en la Ley uruguaya de 1937 el «droit de suite» se configura con una gran amplitud, aplicándose a cualesquiera beneficios que obtengan los sucesivos adquirentes de una obra, sea ésta o no de carácter plástico (cfr. art. 9, *RUDA*).

(23) La «primera venta» es la del artista a la galería. Quizá sería mejor, por esta y otras razones —considérese el caso de quiebra de la galería— que éstas actuaran como depositarias o fiduciarias con mandato de venta. Cabe observar que se ha reclamado la exclusión de estas «reventas iniciales» en las que el marchante o la galería no hacen sino introducir la obra en el mercado. Cfr. «Study on Guiding Principles concerning the operation of “Droit de suite”», elaborado por los Secretarios de la Unión de Berna y de la OMPI (París, junio de 1985, Anexo, p. 33). En sentido análogo, para excluir la actividad promocional de los «dealers», cfr. apdo. b-6 de la Ley californiana. Vid. también las «Conclusiones... cit» infra nota 84.

Así sucederá en caso de nulidad del contrato o de resolución por impago del precio, con los consiguientes problemas derivados de la restitución de obra y precio y de la eventual existencia de compensaciones al vendedor por el uso de aquélla. Parece evidente que la existencia del derecho de participación obligará a que los artistas sean parte en este tipo de pleitos (cfr. art. 1252 del Código Civil), lo que puede constituir una molestia inesperada para ellos.

4.^a— No es necesario que la reventa produzca beneficios al vendedor. La participación del 2 por 100 en el precio existirá aunque éste sea igual o incluso inferior al de adquisición de la obra (art. 24.1 LPI). Por tanto, la LPI, como ya propusiera Durán y Ventosa, ha rechazado el sistema de plusvalía, optando por el de precio (24).

Esta era la cuestión más comprometida y de ella dependía, sin duda alguna, el futuro de la institución entre nosotros. No obstante, la opción hace vulnerable el «droit de suite», entre otras, a la persistente crítica de quienes encuentran injusto que el artista no participe también en las minusvalías. Por supuesto, la solución del problema no es otra que buscar y encontrar una explicación del derecho mejor que las que hasta ahora vienen dándose.

(24) En relación con este punto cabían tres posibilidades:

1.^a—Limitar la participación a los casos en que la reventa se produce con ganancias («sistema de plusvalía»). Esta solución parecía la única posible a partir de la argumentación utilizada por los promotores del «droit de suite», según la cual éste vendría a remediar el injusto enriquecimiento de los propietarios a expensas del artista. Aparte de su frágil fundamentación desde el punto de vista de los principios de la propiedad intelectual, el inconveniente más grande de este sistema reside en la dificultad —de hecho imposibilidad— para ponerlo en práctica, dada la información que requiere (precio anterior, índice de inflación, inversiones hechas por el propietario en seguros o restauración...).

2.^a—Prescindir de la plusvalía y tomar como base para la aplicación del porcentaje el precio de reventa («sistema de precio»). Por él se decidieron las leyes francesa y belga (de ahí que inicialmente se conociese como «sistema franco-belga»), aunque —importa subrayarlo— no por convicción sino por necesidad. Con excepciones, los autores de estos textos legales pensaban que el sistema correcto era el de plusvalía y si se decidieron por el de precio fue sólo porque aquél resultaba impracticable. De hecho, este contradictorio planteamiento está presente en la mayoría de los defensores del «sistema de precio»: Optan por él, pero cuando han de justificar el «droit de suite» aducen, de forma inevitable, la injusticia que supone excluir al artista de los beneficios que produce la reventa de sus obras. En la tramitación de nuestra LPI hay constantes ejemplos de ello.

3.^a—Tomar como referencia el precio, pero admitiendo que el vendedor pueda probar que no ha obtenido beneficios («sistema mixto»). Se intenta con esta solución asegurar la operatividad del derecho, salvando las críticas que provoca la eventualidad de que el vendedor deba ceder parte del precio al artista incluso cuando ha vendido con pérdidas. Este sistema es el previsto en Italia, aunque sólo para la «primera venta pública» (cfr. art. 144 de la Ley de 22 de abril de 1941, *RUDA*) y fue también propuesto en Alemania, pero sin que llegase a ser aceptado (*vid.* Katzenberger, «Das Folgerecht...», *cit.*, pp. 2 y 25).

5.^a — No toda reventa da lugar a participación. Se requieren determinadas condiciones. Para fijarlas, se ha recurrido a dos criterios de uso muy extendido:

En primer lugar, la distinción —tan conocida como arbitraria y difícil de perfilar— entre «ventas públicas» y «ventas privadas». Nuestra LPI ha recurrido a una fórmula un tanto compleja: La reventa deberá producirse «en pública subasta, en establecimiento mercantil o con la intervención de un comerciante o agente comercial» (art. 24.1 LPI). Se renuncia pues, al menos por ahora, a extender la efectividad del derecho de participación a las reventas que tienen lugar «entre particulares». Pero se va bastante más allá que las leyes de otros países al introducir elementos capaces de ampliar la noción de «venta pública». Nótese que juegan, de forma disyuntiva, tres criterios: La forma de la venta (subasta pública), el lugar en que ésta se produce (establecimiento mercantil), y por último, la intervención de ciertos sujetos (comerciante o agente comercial). Basta con que se dé uno de ellos para que nazca el crédito en favor del artista. Con todo, éste es uno de los puntos menos claros de la vigente normativa y en el que más útil sería un replanteamiento a fondo.

En segundo lugar, la fijación de un precio mínimo, por debajo del cual no hay derecho a participar. En nuestro caso, la cifra alcanzada deberá ser igual o superior a las 200.000 pesetas (arts. 24.1 LPI y 1 Real Decreto 395/88). Oportunamente se aclara que la aplicación del porcentaje legal del 2 por 100 se hará sobre el precio bruto «sin previa deducción alguna» (art. 2 del Real Decreto). Conceptos como costes de la subasta, alquileres, comisiones de intermediarios, impuestos a cargo del vendedor y, en particular, la suma umbral de 200.000 pesetas, no podrán descontarse del precio estipulado. Si una obra se vende por un millón, el artista tendrá derecho a cobrar 20.000 pesetas (25).

6.^a —El deudor es el vendedor (26). No obstante, para asegurar el pago, también se imponen obligaciones de tipo instrumental a otros sujetos: «Subastadores, comerciantes y agentes que intervengan en la reventa.»

(25) Cfr., en cambio, el art. 54 del Código portugués de Derecho de autor, que permite deducir del precio «los gastos de publicidad, representación y otros relacionados con la promoción y venta de la obra».

(26) Esta es la solución casi unánime de las legislaciones que admiten el «droit de suite», aunque en España se discutió al haberse presentado una enmienda en la que se hacía «responsable del pago» al comprador, en la línea de la Proposición de Durán. Es interesante señalar que en el «Study on Guiding Principles concerning the operation of "Droit de suite"», *cit.*, p. 35, se expresa la opinión de que el pago por el comprador «está más de acuerdo con la naturaleza del "droit de suite"», aduciendo que «es lógico que cada nuevo usuario pague por el derecho a usar la obra». Por supuesto si se admitiese que ese, y no otro, es el fundamento del «droit de suite», habría que dejar de hablar de «participación en el precio» y reconocer al artista el derecho a obtener una retribución con ocasión de toda transmisión de la propiedad de la obra por cualquier título, tomando como referencia no ya el precio de venta sino su valor de mercado. Se trataría, desde luego, de un cambio radical en la concepción del derecho que chocaría con numerosos e importantes obstáculos.

Sobre ellos pesan los deberes de informar acerca de ésta y sus condiciones, retener el porcentaje correspondiente del precio y ponerlo a disposición del artista (art. 24.2 LPI). En su deseo de asegurar la posición de éste, la LPI no ha llegado, sin embargo, al extremo de afectar la obra al cumplimiento. Quizá sería una opción a considerar, aunque debe admitirse que de poco serviría si no se apoyase en un buen sistema de publicidad registral (27).

7.^a—Junto a los anteriores rasgos, de carácter sustantivo, deben destacarse otros dos de tipo instrumental, muy importantes para que el derecho de participación sea efectivo: En primer lugar, la previsión —aunque bastante tímida— de un sistema de gestión colectiva. En segundo, la renuncia a una regulación exclusivamente legal, remitiendo ciertos aspectos a normas reglamentarias.

3. EL PROYECTO DE LEY

3.1. Las propuestas de reforma

Si se acepta la conveniencia del «droit de suite», debe admitirse que la configuración del mismo que resulta de las opciones anteriores merece, sin duda, un juicio favorable. Es acertado, ante todo, el rechazo del sistema de plusvalía y la opción por el de precio en su variante de «precio mínimo». Asimismo lo es, pese a los interrogantes que suscita, la amplia referencia general a «obras de artes plásticas». Y otro tanto hay que decir de la voluntad de extender el campo de efectividad del derecho al mayor número posible de reventas.

Hoy, cuando todavía no han transcurrido cinco años desde que el «droit de suite» quedó definido, su puesta en práctica es una realidad entre nosotros. Aún no se ha logrado una plena efectividad, pero la experiencia ha bastado para demostrar la inconsistencia de la vieja crítica de su irrealizabilidad. Nuestro ordenamiento, que ha podido aprender de los errores ajenos, ha compensado así su tardanza en reconocer el derecho, adelantando a otros que en su día se le anticiparon (28).

No obstante, el favorable juicio global que la normativa merece no excluye ciertas objeciones. Algunas —la mayor parte— son resultado del plantea-

(27) Recuérdese que este punto se discutió al tramitarse la Ley. Cfr. también art. 2 de la Proposición de Durán (que, no se olvide, hacía responsable del pago al comprador).

(28) De acuerdo con los escasos datos de que dispongo, facilitados por la entidad de gestión francesa ADAGP, en 1989 se obtuvieron en nuestro país 100.000 FF por parte de la SGAE y 120.000 FF más por parte de ADAGP-España. En 1990 esta última recaudó 156.738 FF. Por supuesto, estas cifras están muy lejos —pero también nuestro mercado— de lo obtenido según la misma fuente en 1990 en Francia (83.303.000 FF) o Alemania (14.566.200 FF). Para más información sobre la evolución del mercado francés (años 1972-1979) y alemán (1982-1985) puede verse, respectivamente, «Informe OMPI», *cit.*, y P. Katzenberger, «Unheberrecht Kommentar (G. Schrickler)», *cit.*, p. 383.

miento conscientemente posibilista al que la Ley responde (así sucede, por ejemplo, con la exclusión de las «ventas privadas» o con lo escaso del porcentaje del 2 por 100). Otras, como el desvaído papel otorgado a las Entidades de gestión, pueden explicarse —aunque sólo hasta cierto punto— por la incertidumbre inicial acerca de su actuación en el mercado de las artes plásticas. Asimismo por tratarse de un derecho nuevo, también es disculpable que no se lograra la deseable precisión al definir los deberes instrumentales impuestos a quienes, sin ser parte, intervienen en la reventa. Quizá la única deficiencia sin justificación posible, la única que no reclama mejoras sino una pura y simple rectificación, sea la intransmisibilidad *mortis causa* del derecho.

Haciéndose eco de tales objeciones y a partir de la experiencia de estos pocos años, el Ministerio de Cultura elaboró un Borrador de Anteproyecto de reforma, cuyo texto se difundió entre los diversos sectores interesados (artistas, galerías, entidades de gestión, etc.), a fin de recabar su opinión y, en su caso, sugerencias (29). En este «Primer Borrador» estaban ya presentes las novedades más importantes del Proyecto que aprobaría el Gobierno. No obstante, aunque en general su orientación era acertada, incurría en numerosos defectos que, de no haberse superado, habrían supuesto un paso atrás —en cuanto a claridad y precisión— en relación con el vigente art. 24 LPI (30).

Las críticas hicieron que se elaborase, al menos, un «Segundo Borrador», al que también se dio difusión. En él se corrigieron algunos de los

(29) «Borrador de posible proyecto de ley por el que se modifican determinados preceptos de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de propiedad intelectual» (sin fecha). En adelante, «Primer Borrador», *vid. Anexo Documental*.

(30) A reserva de comentar otros aspectos al analizar el texto del Proyecto de Ley (en particular los que afectan a la transmisibilidad *mortis causa*), El «Primer Borrador» presentaba, a mi juicio, los siguientes defectos:

1. Omisiones inexplicables. Por ejemplo, no decía que el obligado al pago es el vendedor. Tampoco que están sujetas al derecho las ventas «en establecimiento mercantil». Asimismo desaparecían los deberes de informar al artista dentro de plazo y de retener el porcentaje. Y otro tanto sucedía con las Entidades de gestión (a menos que se entienda que se las quiso aludir con la incorrecta fórmula de «representantes legales» del artista). Igualmente llamativo resultaba el silencio en relación con el problema de la revisión del precio mínimo.

2. Imprecisiones y errores terminológicos. Por ejemplo, hablar de participación en «el producto» o en las «transacciones», en vez de en el precio. O fijar el inicio de los tres años para reclamar no en la notificación de la venta sino en su «formalización». O referir las obligaciones del n.º 4 a «los intermediarios», olvidando a otros sujetos aludidos al definir el ámbito de efectividad del derecho.

3. Previsiones de alcance equívoco. Por ejemplo, calificar el porcentaje legal de «mínimo». ¿Qué se pretendía con ello? ¿Permitir pactar porcentajes superiores? ¿Advertir de futuros incrementos, pensando quizá en el recurso a normas reglamentarias? No menos dudas suscitaba la referencia a la determinación reglamentaria de «los elementos necesarios para la efectividad de este derecho», que fácilmente podría haber hecho pensar en una «inefectividad» provisional del mismo.

(31) *Vid. Anexo documental*. Asimismo se recoge en éste, dado su interés para la comprensión del Proyecto de Ley, un «Texto alternativo», elaborado por diversas Entidades de gestión.

defectos del primero, aunque no todos (31). Ya como Anteproyecto, el texto aún experimentaría modificaciones, si bien de poca entidad (32). El Proyecto de Ley, finalmente, se ha limitado a añadir pequeños cambios en la redacción y, sobre todo, en la estructura de la norma, que ha sido sensiblemente mejorada.

3.2. Texto del Proyecto

El texto propuesto en el Proyecto para el artículo 24 LPI es el siguiente:

«1. Los autores de obras 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 intermediación de un comerciante o agente mercantil, en la forma que reglamentariamente se determine.

Se exceptúan de lo dispuesto en el párrafo anterior las obras de artes aplicadas.

2. La mencionada participación de los autores será del 3 por 100 del precio de la reventa, y nacerá el derecho a percibir aquélla cuando dicho precio sea superior a 300.000 pesetas por obra vendida.

La revisión del porcentaje y de la cuantía a que se refiere el párrafo anterior se realizará en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

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 uno de enero del año siguiente a aquél en que se produjo la muerte o la declaración de fallecimiento del autor.

4. Los subastadores, titulares de establecimientos mercantiles, comerciantes o agentes mercantiles que hayan intervenido en la reventa deberán comunicar a la Entidad o Entidades de gestión correspondientes o, en su caso, al autor o sus derechohabientes, en el plazo de dos meses, y facilitarán la documentación necesaria para la práctica de la correspondiente liquidación. Asimismo, cuando actúen por cuenta o encargo del vendedor, responderán solidariamente con éste del pago del derecho, a cuyo efecto, retendrán del precio la participación que proceda. En todo caso, se considerarán depositarios del importe de dicha participación.

5. 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 comunicación 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

(32) «Anteproyecto de Ley por el que se modifican determinados arts. de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de propiedad intelectual». *Vid. Anexo documental*. En nota se indican las diferencias entre el texto reproducido y una versión anterior.

de Ayuda a las Bellas Artes que reglamentariamente se establezca y regule.»

Una lectura rápida del precepto permite comprobar que, si bien gana en extensión en relación con el texto vigente, no se introducen cambios verdaderamente esenciales. Con la salvedad de la aparición de un Fondo de Ayuda a las Bellas Artes como posible beneficiario de las sumas obtenidas, los rasgos básicos de la actual regulación se mantienen: El «droit de suite» sigue consistiendo en una participación en el precio de reventa de las obras originales que el vendedor debe pagar al artista; su objeto continúa limitado a las artes plásticas, con exclusión de las aplicadas, y asimismo se mantiene la renuncia a extenderlo a todas las ventas, recurriendo para ello a los criterios ya conocidos (exclusión de las «ventas privadas» y fijación de un precio umbral). Como se dice en la Memoria que acompaña al Proyecto de Ley, en éste «se respetan [...] las líneas esenciales de la regulación de 1987, por lo que no observarán grandes diferencias [...]. Se trata solamente [...] de corregir una serie de deficiencias, lagunas y contradicciones denunciadas por la experiencia» (33).

Pese a ello, no puede decirse que el Proyecto carezca de importancia. Al contrario, son bastantes las cuestiones afectadas por él. Entre ellas, como más relevantes:

1.^a.—La transmisibilidad *mortis causa* del derecho de participación, que pasa a admitirse, presentándose este cambio como «la razón fundamental que ha motivado la nueva redacción del artículo 24», según destaca la propia Exposición de motivos del Proyecto.

2.^a.—El porcentaje y el precio umbral de reventa, que se incrementan (en un punto y 100.000 pesetas, respectivamente), elevándose asimismo el rango de la norma en que se establece el segundo y remitiéndose la revisión de ambos a la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

3.^a.—Los deberes instrumentales a cargo de los sujetos que, sin ser parte, intervienen en la reventa, que se redefinen en un intento de lograr mayor claridad.

4.^a.—El destino de lo recaudado, introduciéndose la posibilidad de que beneficie a un Fondo de Ayuda a las Bellas Artes.

4. COMENTARIO

4.1. El problema de la transmisión *mortis causa*

El actual artículo 24.3 LPI se limita a establecer que el derecho de participación es «irrenunciable e intransmisible». Nada dice sobre la posibilidad de transmisión *mortis causa* ni, por supuesto, sobre los eventuales beneficiarios de la misma o el límite temporal del derecho en tal caso (34).

(33) «Memoria del Proyecto de Ley de Modificación de la Ley 22/87, de 11 de noviembre, de propiedad intelectual.»

(34) Cfr., en el mismo sentido, el art. 54 del Código de Derecho de autor portugués de 1985.

Pese a ello, al principio no faltó quien entendiese que el derecho de participación, tal y como había sido admitido entre nosotros, era transmisible a los herederos con el límite de sesenta años previsto para los derechos de explotación (art. 26 LPI). La suposición no era disparatada si se tiene en cuenta el origen histórico del derecho y la solución que suelen dar al problema la mayor parte de las legislaciones (35). De acuerdo con esta tesis, el artículo 24 LPI, al establecer la «intransmisibilidad», sólo habría querido impedir las cesiones *inter vivos* para proteger al artista de sí mismo, evitando que la cesión del derecho al adquirente de la obra se convirtiese una cláusula de estilo.

No obstante, la anterior interpretación era incorrecta. El vigente 24 LPI no admite la transmisión *mortis causa* del derecho de participación, que se configura como estrictamente vitalicio y se extingue a la muerte del artista (sin perjuicio, por supuesto, de que sí se transmitan los créditos nacidos mientras éste vivió). Los trabajos parlamentarios resultan inequívocos al respecto, ya que la cuestión fue expresamente discutida, rechazándose enmiendas de varios grupos parlamentarios que pretendían extender el derecho a los herederos (36). Ese rechazo —importa subrayarlo— se produjo teniendo a la vista tanto las leyes de otros países que admiten la transmisibilidad *mortis causa* como, en particular, el Proyecto de LPI de la Segunda República que seguía idéntico criterio. No fue, por tanto, una decisión inconsciente como se ha podido creer. ¿Por qué se adoptó? En primer lugar, como sabemos, porque se consideró «prudente» una introducción gradual del derecho en nuestra legislación. En segundo, no se olvide, porque según el «Dictamen Barral» los propios artistas sólo habían pedido

(35) Francia, Alemania, Bélgica e Italia, por ejemplo, reconocen la transmisibilidad *mortis causa* del derecho. *Vid.*, en el mismo sentido art. 14 ter del Convenio de Berna.

(36) Respondiendo a una de ellas, el Diputado P. Jover, defensor del Proyecto por el PSOE, observaba: «Nos encontramos con una (institución) nueva que no se sabe exactamente qué efectos va a producir en el mercado de obras de arte. Parece que debemos ser cautelosos y que, al menos en sus primeras andaduras, esta (institución) se debe aplicar solamente para los autores y no para sus causahabientes (...) es un derecho patrimonial, pero no es un derecho de explotación ... Nos parece que esos derechos, tanto el que está en este art. 24 como el que está en el 25, no deben ser objeto de transmisión *mortis causa* (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 12 de mayo de 1987, pp. 4832 y ss.). Sobre la cuestión hay también un pronunciamiento expreso en la «Memoria», que acompañaba al Proyecto del RD 395/88: «Se trata de un derecho irrenunciable e intransmisible, tanto por actos entre vivos como *mortis causa*. El derecho se extingue con la desaparición —muerte física o declaración de fallecimiento— del autor.»

(37) Cfr. J. Gutiérrez («La gestión de los derechos de autor en las artes plásticas», *I Congreso Iberoamericano...*, cit., I, p. 253) y R. Casas («La protección de los artistas plásticos en el Derecho español», en *I Congreso Iberoamericano*, cit., I, p. 278). En idéntico sentido se expresó el propio Subdirector General de Propiedad Intelectual, E. de la Puente («Tendencias en la legislación española sobre propiedad intelectual. Sus perspectivas», *I Congreso Iberoamericano*, cit., I, p. 297.).

un derecho vitalicio. La opción fue muy desacertada y suscitó críticas y lógicas demandas de reforma. La intransmisibilidad «mortis causa» del derecho carece de toda justificación (37).

Por lo pronto, un derecho de participación vitalicio choca abiertamente con los orígenes históricos de la institución. ¿Acaso no se justificó ésta recurriendo a ejemplos de viudas y huérfanos en la miseria, mientras asistían impotentes a subastas millonarias de obras malvendidas en su día por necesidad? Por otra parte, continuando con las razones esgrimidas en favor del «droit de suite» ¿No es con frecuencia a la muerte de los artistas cuando sus creaciones se revalorizan más? ¿Es lógico limitar a la vida del autor un derecho en cuya base —acertadamente o no— está la idea de que la sociedad tarda en reconocer al auténtico genio? Por otra parte, dado que la efectividad del derecho depende de una circunstancia aleatoria, cuanto más breve sea el plazo menos posibilidades hay de que lleguen a producirse beneficios por este concepto. ¿Cuántas reventas en las condiciones exigidas por la ley pueden tener lugar en vida del artista? Sin duda pocas.

No obstante, los argumentos anteriores no son los determinantes. Es más, buena parte de ellos están en estrecha dependencia de concepciones erróneas acerca del fundamento del «droit de suite» que, desdibujando su naturaleza de derecho de autor, llevan a confundirlo con una institución asistencial. Lo que realmente hace inadmisibles la actual solución legal es la discriminación que supone en perjuicio de los artistas plásticos. La intransmisibilidad *mortis causa* del derecho de participación es una odiosa excepción a la regla general por la que se rigen los derechos patrimoniales de los demás autores (escritores, compositores...) (38). La «prudencia» en la introducción del derecho en nuestra LPI, para evitar perjuicios al mercado español del arte, puede justificar un porcentaje moderado o un precio mínimo alto, o la misma exclusión de las llamadas «ventas privadas», pero nunca la limitación del derecho a la vida del artista.

El Proyecto de Ley viene a enmendar el error, estableciendo de forma expresa la transmisibilidad *mortis causa* del derecho de participación (art. 24.3). La justificación que se da en la Exposición de Motivos es la siguiente: «La admisión de la transmisión *inter vivos* de este derecho podría, en determinados casos, eliminar, de hecho, su carácter irrenunciable y perder su finalidad de incentivo a la creación de obras plásticas. Sin embargo, una vez fallecido el autor, dicha finalidad carece de sentido, por lo que es justo y lógico admitir su transmisión por causa de muerte.» Seguramente habría sido mejor reconocer, sin más, que se trataba de poner fin a una discrimina-

(38) No estará de más observar, aunque otra cosa se haya podido insinuar (cfr. M. Valles, *op. cit.*, p. 450), que el «droit de suite» no es un derecho moral sino patrimonial, por más que no se incluya entre los «de explotación» dadas sus especiales características. *Vid.*, en este sentido, la intervención parlamentaria citada en al anterior nota 36. Asimismo cabe mencionar el art. 123 LPI, en el que se precisa que la actividad de las Entidades de gestión se extiende a los derechos de explotación «u otros de carácter patrimonial», en clara alusión a los reconocidos en los artículos 24 y 25 LPI.

ción, evitando pronunciamientos acerca del fundamento y finalidad del derecho, que siempre son arriesgados y respecto a los que luego es difícil mantener una total coherencia.

Como es lógico, este cambio de criterio abre numerosos interrogantes. Los dos más importantes —beneficiarios del derecho y duración de éste— se resuelven de forma expresa:

a) *Sujetos beneficiarios*. El «Primer Borrador» del Proyecto establecía que, a la muerte del artista, el derecho de participación debía pasar a sus «herederos forzosos». Esta solución suscitó críticas inmediatas pues suponía reconocer la transmisibilidad *mortis causa*, pero no la facultad de decidir el destino del derecho. Es probable que con esta restricción se quisiera beneficiar a viudas y huérfanos, en la línea de algunas legislaciones que someten la transmisión del derecho de participación a reglas especiales (39).

De nuevo nos hallamos ante un malentendido provocado por los argumentos históricos utilizados para conseguir el reconocimiento del «droit de suite» y que llevaron a concebirlo —por lo demás con un optimismo excesivo en cuanto a sus hipotéticos beneficios— como un recurso para satisfacer las necesidades del artista y los suyos.

Aceptar este enfoque, habría supuesto, una vez más, discriminar a los artistas plásticos en relación con el resto de los autores, que pueden disponer *mortis causa* de sus derechos con toda libertad. Nos habríamos encontrado, por ejemplo, con el absurdo de que un artista no pudiese dejar el «droit de suite» sobre sus obras —alguna, varias o todas— a una Fundación o un Museo. Por otra parte, la expresión «herederos forzosos» habría provocado serios problemas aplicada a los distintos Derechos civiles de España (¿quienes tendrían tal condición? ¿Los legitimarios? ¿Los herederos abintestato? ¿Cuáles serían los derechos de la viuda?).

(39) Tal es, señaladamente, el caso de Francia. Sobre las normas sucesorias aplicables en este país al «droit de suite», los problemas que han planteado y la jurisprudencia recaída, *vid.*, por todos, C. Colombet, «Propriété littéraire et artistique et droits voisins», 5.^a ed., París, 1990, pp. 283 y ss.

(40) Cuestión previa será la de determinar qué lugar corresponde al «droit de suite» en el régimen económico del matrimonio. Como ha destacado C. Rogel («Bienes gananciales, bienes privativos y propiedad intelectual en España», *BDA*, 2/1989), la LPI no incluye norma alguna sobre derechos de autor y economía del matrimonio. Sin duda, es lo más correcto, tanto desde el punto de vista sistemático como —sobre todo— de la pluralidad legislativa existente en España en esta materia. Pero ello nos obliga a recurrir a una normativa —estatal o autonómica— que, como es lógico, poco o nada dice acerca de tan importante materia. Por lo que respecta al régimen de gananciales, sin embargo, el art. 1346.5.º del Código Civil sí nos da una respuesta clara para el caso del «droit de suite». Si nos atenemos a la configuración aún vigente, es obvio que el derecho de participación —vinculado a la persona del artista— tiene carácter privativo, pues encaja como pocos en la debatida fórmula «derechos patrimoniales inherentes a la persona». Y la solución no variará de aprobarse el Proyecto, pues en él el derecho continúa siendo «no transmisible *inter vivos*» (art. 1346.5.º del Código Civil). Claro está que los créditos que nazcan en cada reventa sí tendrán carácter ganancial.

Con buen criterio, ya desde el «Segundo Borrador», se optó por admitir la sucesión *mortis causa* —voluntaria o intestada— sin restricciones, remitiéndose, por tanto, a las normas generales de Derecho sucesorio (art. 24.3 Proyecto) (40). Por supuesto, el «droit de suite» se transmitirá aunque se trate de las obras que el artista tenga en su estudio al fallecer (41). Hay que tener presente que en este caso, si el adquirente *mortis causa* de la obra la vende, no se tratará de «reventa» sino de «primera venta», por lo que el titular del «droit de suite» —que bien puede ser otro sujeto— todavía no participará en el precio obtenido.

Hay otra cuestión que acaso no se haya considerado. El Proyecto dispone que el derecho de participación «se transmitirá únicamente por sucesión *mortis causa*». Con esta fórmula —que no habla de los «herederos del artista»— se nos ahorran discusiones tanto sobre los títulos sucesorios (herencia, legado) como acerca de la posibilidad de que el derecho sea objeto de varias sucesiones, mientras no venza su plazo de vigencia. Pero al propio tiempo se cierra la posibilidad de que los titulares *mortis causa* puedan transmitirlo a su vez por actos *inter vivos*. Para ellos el derecho sigue siendo intransmisible, salvo por causa de muerte. ¿Es esto lógico? ¿No habrá aquí —otra vez— un residuo del enfoque asistencial que inspiró las primeras iniciativas en pro del «droit de suite»? Si los beneficiarios hubieran de ser necesariamente las viudas y huérfanos, podría entenderse que —como al autor— se les proteja de sí mismos. Ahora bien, una vez admitido que el nuevo titular del derecho de participación puede ser cualquier persona física o jurídica, esa restricción —aunque de escasa trascendencia práctica— no tiene demasiado sentido (42). Huelga decir, por último, que la intransmisibilidad *inter vivos* en nada afectará a los eventuales acuerdos particionales entre los coherederos, que podrán distribuir el derecho de participación sobre las distintas obras como estimen conveniente.

En otro orden de cosas, también hay que tener en cuenta que la transmisibilidad *mortis causa* del derecho de participación suscita importantes problemas prácticos que sería muy conveniente resolver, si no se quiere proporcionar nuevos argumentos a sus enemigos. Por ejemplo, los relativos a la identificación de los titulares: ¿Cómo saber quién es el heredero del autor? ¿Qué hacer si éste ha decidido adjudicar el «droit de suite» sobre distintas obras a diversas personas? ¿Y si lo ha incluido en un legado? ¿Y si, para complicarlo más, se trata de un artista extranjero? También planteará dificultades la eventual pluralidad de titulares. Ciertamente que no es una situación nueva, ya que también se da en los supuestos de coautoría. Pero con la transmisibilidad *mortis causa* resultará mucho más frecuente, lo que complicará la gestión del derecho. Sería deseable que todas esas cuestiones

(41) Se podría acaso discutir si el derecho de participación nace con la creación de la obra (en este sentido, M. Valles, *op. cit.*, p. 450) o con su divulgación, pero es indudable que no lo hace con la «primera venta».

(42) La misma Exposición de Motivos del Proyecto de Ley lo admite cuando dice que, tras la muerte del artista, desaparece la razón de ser de la intransmisibilidad *inter vivos*.

se resolvieran sin aumentar las cargas que pesan sobre los sujetos pasivos de las diversas obligaciones resultantes del derecho de participación.

b) *Duración del derecho.* En relación con el límite temporal del derecho de participación, el «Primer Borrador» proponía un plazo de cincuenta años. Afortunadamente, este criterio se abandonó muy pronto en favor del plazo general de sesenta años (cfr. art. 26 LPI). Este es el que se prevé en el Proyecto de Ley. No había ninguna razón para apartarse de él y, caso de haberla, sería más bien para ampliarlo que para reducirlo.

En cuanto al cómputo, el Proyecto se acoge a la regla del artículo 30 LPI, aunque no coincida con él plenamente pues omite considerar el caso de la obra no divulgada. Ignoro si se trata de una omisión consciente o inadvertida, pero puede dar como resultado que también en este caso la duración del «droit de suite» se compute tomando como referencia el momento de «la muerte o declaración de fallecimiento», al margen de que la divulgación pueda producirse más tarde. No obstante, una interpretación rígida de la fórmula del Proyecto tendría la virtud de eliminar la incertidumbre que puede existir en cuanto a la divulgación (nótese que el art. 56.2 LPI admite que ésta puede no haber tenido lugar a pesar de la enajenación de la obra).

Cabe hacer, por último, una precisión en relación con el supuesto de declaración de fallecimiento. El plazo, dice el Proyecto, se empezará a contar «desde el 1 de enero del año siguiente a aquél en que se produjo [...] la declaración de fallecimiento». La fórmula es la misma que emplea el artículo 30 LPI y por ello es lógico mantenerla. Pero quizá sería una buena ocasión para aclarar que, en este caso, el plazo no empieza a correr a partir de la fecha de la declaración sino a partir de la establecida en ésta para la muerte (cfr. art. 195, párrafo 2.º del Código Civil). Se llegue o no a decir en forma expresa, esa es la interpretación que hay que dar tanto al artículo 30 LPI como al artículo 24.4 del Proyecto.

4.2. Porcentaje y precio mínimo

La reforma proyectada también afecta a las cifras. Varían el porcentaje establecido en favor de los artistas, el precio mínimo que da derecho a la participación y, por último, el expediente para la puesta al día de uno y otro. Consideremos separadamente las tres cuestiones.

a) *Porcentaje.* La LPI, ya desde el primer Proyecto de Ley, optó por un más que modesto 2 por 100, muy alejado del 10 por 100 que en su día propusiera Durán y Ventosa. Hubo diferentes enmiendas que sugirieron

(43) El diputado P. Jover, por el PSOE, rechazó algunas enmiendas que proponían un 5 por 100, señalando que los efectos del derecho de participación en el mercado del arte no podían preverse y añadiendo algo muy ilustrativo: «Nos parece que en cierta medida el 2 por 100 ya es suficiente y, sobre todo, lo importante es que la ley ha introducido el principio. El porcentaje me parece que, en este sentido, no es demasiado importante en sí» (*loc. cit.*).

cifras más elevadas, pero no prosperaron. La decisión, como otras, se justificó con la necesidad de actuar con cautela en la introducción del «droit de suite», a fin de no causar daños al mercado del arte en España (43).

Ciertamente, una cifra elevada podría retraer la demanda y perjudicar a los propios artistas. Pero, en sentido contrario, un porcentaje demasiado reducido puede comprometer la rentabilidad del derecho, cuya recaudación —no se olvide— implica ciertos costes. En general, se ha coincidido en considerar insuficiente un 2 por 100 (44).

El artículo 24.2 del Proyecto eleva este porcentaje en un punto. Sin duda, el aumento será bien recibido por artistas y Entidades de gestión, aunque sigue quedando por debajo de las peticiones en favor de un 5 por 100 (45). Pese a ello, las críticas han de ser forzosamente moderadas. En primer lugar, porque cada país debe decidir en función de las características de su propio mercado (y hay que suponer que el Ministerio de Cultura dispone de buena información al respecto). En segundo, porque el 3 por 100 no es una cifra definitiva y siempre cabe que, en un plazo razonable, se eleve hasta alcanzar el 5 por 100 si ello se cree oportuno (46).

Hemos de entender, por último, a la vista del silencio del Proyecto en este punto, que seguirá vigente el artículo 2 del Real Decreto 395/1988. Por tanto, como hasta ahora, para la aplicación del porcentaje «se tomará como base el precio de enajenación de la obra o el de su adjudicación, en el caso de subasta, sin previa deducción alguna».

b) *Precio mínimo de reventa.* El artículo 24.1 LPI establece que el crédito del artista nace cuando el precio de enajenación de la obra fuere «superior a la cantidad que reglamentariamente se establezca». Como sabemos, el mínimo quedó establecido en 200.000 pesetas por el artículo 1 del Real Decreto 395/88.

En comparación con la reglamentación actual, lo primero que llama la atención del Proyecto de Ley es que eleva el rango de la norma en la que se fija el precio umbral a partir del cual el «droit de suite» cobra virtualidad, su artículo 24.2, párrafo 1.º, ya no se remite a normas reglamentarias sino que establece directamente la suma de 300.000 pesetas. Se vuelve así al planteamiento del Primer Proyecto de LPI. ¿Por qué este cambio de crite-

(44) En este sentido, entre otros, A. Gual («La Ley de Propiedad Intelectual, de 11 de noviembre de 1987. Estudio crítico», *RJC*, IV/1988, p. 50); J. Gutiérrez («La gestión de los derechos...», *cit.*, p. 253); R. Casas («La protección de los artistas...», *cit.*, p. 277).

(45) En el panorama internacional, los porcentajes varían mucho, si bien hay que evitar comparaciones entre los de los países que siguen el «sistema de plusvalía» (más elevados) y los de aquellos que se acogen al «sistema de precio» (más reducidos). En cuanto a éstos, Francia tiene establecido el 3 por 100. En cambio Alemania lo ha fijado en el 5 por 100. Esta cifra se maneja también en las propuestas para la armonización legislativa en el ámbito de la Comunidad Europea, aunque no hay pleno acuerdo (cfr. *infra*, nota 84).

(46) Ese futuro aumento estaba seguramente en el ánimo de los autores del Proyecto de Ley, como revela la fórmula «porcentaje mínimo», que aparecía en los «Borradores».

rio? Sin duda ha pesado la consideración de que, siendo el «droit de suite» una restricción de los derechos del propietario, es mejor que sus caracteres esenciales se establezcan en normas del máximo rango normativo (47). Por otra parte, esa solución hará más fácil mantener la adecuada relación entre porcentaje y precio mínimo. A este respecto, cabe observar que el Proyecto de Ley, que aumenta ambos, desautoriza la pretendida «proporción inversa» entre uno y otro, de la que se había hablado en la «Memoria» del Proyecto de Real Decreto 395/88 (48). Lo que sí cabría plantearse es la posibilidad de fraccionar el precio en tramos, fijando distintos porcentajes progresivamente menores a medida que aquéllos ascienden. Quizá sea una opción a considerar.

El segundo aspecto destacable es el relativo al montante de la cifra. La suma hoy vigente de 200.000 pesetas ha sido objeto de críticas al considerarse demasiado elevada, y ello a pesar de que supuso una rebaja sustancial en relación con las 500.000 pesetas previstas en el Primer Proyecto de LPI. Hay que tener en cuenta que, una vez admitida la razonabilidad del derecho de participación, limitar su campo de aplicación es discriminar a unos artistas respecto de otros (aunque formalmente la diferencia no vaya referida a personas sino a obras, muchos artistas —sea por la calidad de su producción sea por el género que cultivan— difícilmente rebasarán una cifra

(47) Este aspecto del problema pasó inadvertido en el preceptivo dictamen del Consejo de Estado (18-2-1988) al Proyecto del Real Decreto 395/88. No obstante, la propia «Memoria» que acompaña al actual Proyecto de Ley ha venido a reconocer que con éste «se despejan [...] eventuales dudas sobre la constitucionalidad de la Ley de 1987 que remitía a norma reglamentaria tal extremo».

(48) Se decía en ella: «A mayor cuantía en la cifra mínima básica para ejercer el derecho menor habrá de ser el tipo o porcentaje a aplicar. Por el contrario si el listón de la cifra mínima descende habrá de utilizarse un porcentaje más elevado. En la legislación de los países que han adoptado el sistema del precio mínimo como punto de partida para la recaudación de este derecho, se observa la existencia de esta proporción inversa.»

(49) En la «Memoria» del Proyecto de Real Decreto 395/88 se decía: «Es necesario operar con prudencia. No se puede fijar una cifra mínima demasiado elevada, ya que no resulta conveniente excluir de modo total a los artistas noveles o principiantes; pero tampoco se puede fijar una cifra demasiado baja puesto que en este caso los gastos de recaudación y de gestión serían demasiado elevados en comparación con las pequeñas sumas a recibir.» La observación es irrefutable, pero convendría no pasar por alto que la limitación o al menos concentración del «droit de suite» —o, mejor, de su productividad— en artistas prestigiados será inevitable, pues sólo ellos disponen de un *mercado secundario de una mínima entidad*. Según datos correspondientes a 1990 y facilitados por J. M. Guttón (ADAGP), sobre un total de 1.700 artistas que percibieron derechos a través de esta Sociedad, 1.100 obtuvieron de 100 a 10.000 FF, 400 de 10.000 a 100.000 FF, 100 de 100.000 a 200.000 FF y sólo 50 superaron los 200.000 FF. Seguramente si analizásemos un período suficientemente largo veríamos que unos pocos artistas consagrados son los grandes beneficiados por el «droit de suite». Esto puede no cuadrar con el romanticismo de las primeras épocas (ayuda al artista necesitado), pero sí con las reglas del mercado: Los mejores ganan más en cualquier actividad y el Arte no tiene por qué ser una excepción.

demasiado alta). Por supuesto, esa discriminación deja de existir si tiene una causa razonable, como sucede con la necesidad de mantener el equilibrio entre costes y beneficios (49).

En base a consideraciones de este género, eran muchos los que sugerían reducir el precio mínimo a 100.000 o incluso a 6.000 pesetas. Sin embargo, el Proyecto de Ley ha optado por elevarlo. Según su artículo 24.2, párrafo 1.º, el precio tendrá que ser «superior a 300.000 pesetas por obra vendida». ¿Qué juicio merece esta previsión? En relación con la cuantía de la cifra poco cabe decir, salvo constatar que en otros países es muy inferior (50). Al igual que con el porcentaje, habrá que suponer que también esta decisión se ha tomado con un buen conocimiento de las circunstancias del mercado español (51).

También merece una referencia la expresión «precio “superior a”» utilizada en el Proyecto y que ya aparece en el vigente artículo 24 LPI. Por supuesto es del todo correcta. Pero pienso que sería más fácil hablar de «precio “a partir del cual”», como hace el Real Decreto 395/88 (52). Con la fórmula que utiliza el Proyecto, si una obra se revende por 300.000 pesetas el artista no obtendrá participación alguna. Personalmente, por comodidad y dado que suele hablarse de «precio mínimo», creo que sería preferible que las 300.000 pesetas fuesen la cifra «a partir de la cual» el artista tiene derecho a participar. En este sentido, la fórmula ideal es la propuesta en el «Texto alternativo» de las Entidades de gestión: «Precio de enajenación “igual o superior a” 300.000 pesetas».

Por último, constituye una mejora que el artículo 24.1, párrafo 1.º del Proyecto, tras señalar el precio umbral, precise «por obra vendida». Para verificar si se supera o no el mínimo establecido, lo que importa no es el

(50) Por ejemplo: Francia (100 FF), Bélgica (1.000 FB), Alemania (100 DM). Nada tiene de extraño, por tanto, la crítica de A. Dietz al mínimo español («Das Urheberrecht in Spanien und Portugal. Rechtsvergleichende Studie erstellt im Auftrag der Kommission der Europäischen Gemeinschaften»), München, 1989, p. 160. No obstante, en apoyo de la decisión española, cabría citar el caso de California (1.000 dólares).

(51) En la «Memoria» del Proyecto del Real Decreto 395/88, con referencia al actual precio umbral (200.000 pesetas), se decía que «no es producto del azar, sino la resultante de un detenido examen de las características de naturaleza, proporciones, precios de oferta, etc., de una larga relación de obras plásticas, de autores españoles que circularon en el mercado español durante los años 1986 y 1987». Es lógico suponer que ese cuidado del Ministerio en no escoger cifras de forma arbitraria se ha mantenido al sugerir la de 300.000 pesetas. A este respecto resulta significativa su aceptación en el «Texto alternativo» de las Entidades de gestión. En cuanto a los estudios de mercado hechos o encargados por el Ministerio, sería interesante su publicación, pues, sin duda, constituyen un elemento muy importante para formarse una opinión acerca de la normativa española.

(52) Nótese que entre el vigente art. 24 LPI y el art. 1 del Real Decreto 395/88 hay una pequeña diferencia a este respecto. Aquél habla de precio «superior a» determinada cifra, en tanto que éste lo hace de precio «a partir del cual» podrá exigirse la participación. La cosa no tiene mayor importancia, pero puede producir malentendidos. Contra lo que induce a creer el art. 24 LPI, para que nazca el crédito del artista no es preciso que la obra se venda por más de 200.000 pesetas: Basta que se alcance esta cifra.

precio del lote sino el de cada una de las obras que lo componen. La aclaración, en la línea de otras leyes (Francia, Bélgica...), solventa las dudas que había planteado el caso —no raro— de la venta conjunta y tiene la virtud de poner de relieve —y, por tanto, obligar a estudiar— un tema de gran importancia práctica (53). Lógicamente, el Proyecto de Ley no solventa todos los problemas. Sobre todo, será preciso establecer cuándo nos hallamos ante un lote de diversas obras —quizá algunas de ellas fuera del ámbito de aplicación del «droit de suite»— o ante una obra única formada por un conjunto inseparable (considérese, por ejemplo, la venta de una carpeta temática de grabados o litografías). También, desde el punto de vista práctico, habrá que conseguir que la fijación del precio de cada obra se haga sin excesivos costes.

c) *La revisión de porcentaje y precio.* El porcentaje es un elemento bastante estable. De hecho, una vez se alcance el óptimo, la modificación será muy excepcional; entre otras cosas por el deseable mantenimiento de la máxima uniformidad internacional, al menos en el ámbito de la Comunidad Europea. Sin embargo, ello no significa que no deban existir mecanismos de revisión.

Como sabemos, los autores de la LPI eran muy conscientes de que, tarde o temprano, habría que elevar el 2 por 100 inicial. Pese a ello, no incluyeron en el artículo 24 LPI ninguna previsión específica con este objeto. En teoría podían haber dejado la cuestión a normas reglamentarias, reproduciendo el expediente establecido para el precio mínimo. Pero, con buen criterio, no lo hicieron. El porcentaje es un componente básico del derecho de participación y su cuantía debe estar fijada en la Ley. Por ello el vigente artículo 24 LPI remite implícitamente la cuestión a futuras reformas legales. La opción tiene, sin embargo, el riesgo de petrificar el porcentaje o, como mínimo, hacer muy difícil su variación. Esta es la razón por la cual, buscando un punto de equilibrio entre el rango normativo deseado y la necesaria agilidad, se ha acabado recurriendo a la Ley de Presupuestos.

El precio mínimo, a diferencia del porcentaje, es un dato que puede resultar mucho más variable. En su determinación juegan factores muy diversos, que van desde la salud del mercado artístico hasta los costes de gestión del derecho, con particular atención a las fluctuaciones monetarias. Por ello es lógico prever un procedimiento específico de revisión dotado de una cierta flexibilidad. En teoría cabría el recurso a criterios automáticos, como el índice de inflación, aumento del coste de vida u otros (54). Pero el Proyecto, en mi opinión con acierto, ha descartado ese sistema.

Como es lógico, una vez quede absorbida por la LPI la fijación del precio mínimo, su variación ya no podrá producirse mediante normas regla-

(53) Sobre él llama la atención J. A. Ballesteros, «El derecho de participación o seguimiento del autor de una obra de arte. Estudio del art. 24 de la LPI», *AC*, 12/1991.

(54) Cfr., por ejemplo, el art. 39 de la Ley brasileña de Derecho de autor de 14 de diciembre de 1973 (*RUDA*), que excluye la participación cuando «el precio obtenido haya sido inferior a cinco veces el valor del salario mínimo más elevado en vigor en el país».

mentarias, salvo nueva habilitación expresa. Esto es lo que se olvidaba en los «Borradores», e incluso en la versión inicial del Anteproyecto, al referir sólo al porcentaje el nuevo mecanismo de revisión. Por supuesto, el silencio de la norma no habría impedido utilizar la Ley de Presupuestos para poner al día el precio mínimo, por lo que el olvido era de hecho irrelevante. No obstante, bien está que se haya subsanado.

Aparte de las consideraciones anteriores, ¿qué juicio merece el recurso a la Ley de Presupuestos Generales? Por lo pronto, hay que decir que el alcance de esta revisión es en realidad bastante reducido. Como es lógico, con ella no se limitan los cauces de reforma del artículo 24 LPI: Cualquier norma con rango de Ley —sea o no la de Presupuestos— podrá modificar tanto el porcentaje como el precio mínimo. Por otra parte, habida cuenta que la remisión se hace a otra Ley, es claro que la revisión no se impone. En resumen, en relación con esta cuestión el Proyecto se limita a expresar un deseo, sin tan siquiera sugerir periodicidad alguna para su ejecución. La revisión del porcentaje y el precio mínimo queda así a la entera discreción del legislador. Pero ello no significa que nos encontremos ante una disposición inútil. Al contrario, es muy oportuno que la LPI llame la atención acerca de la necesidad de que tanto el porcentaje como, sobre todo, el precio mínimo sean revisados cuando las circunstancias lo requieran. Desde este punto de vista, resulta acertado que se indique la vía de la Ley de Presupuestos. Aunque en teoría poco aporta, en la práctica facilitará mucho las cosas al Ministerio de Cultura. Las iniciativas de éste tendrán así —al menos en las cuestiones expresamente mencionadas— una puerta permanentemente abierta.

Es posible, por último, que surjan las inevitables críticas que suscita todo recurso exorbitante a la Ley de Presupuestos. Nadie duda de que, por muchas razones, convendría poner coto al uso y abuso que de ésta se hace para legislar sobre las materias más diversas. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, hay una diferencia esencial: no se trata de una intromisión por propia iniciativa de la Ley de Presupuestos en la LPI sino que es ésta misma la que se remite a aquélla, especificando con claridad los extremos afectados.

4.3. Los deberes instrumentales

Tomando como punto de referencia las condiciones exigidas a la reventa, el vigente artículo 24.2 LPI impone una serie de deberes a «los subastadores, comerciantes y agentes que intervengan» en ella. Como sabemos, tales deberes son: Informar de la reventa y sus circunstancias, retener el porcentaje correspondiente al artista y, por último, ponerlo a su disposición. Huelga decir que de la fidelidad con que se cumplan dependerá en no poca medida el éxito o fracaso del derecho de participación. De hecho éste, en los países en que funciona, se apoya en gran medida en acuerdos entre las Entidades de gestión y las asociaciones profesionales de marchantes y galeristas. Por ello no debe extrañar que el Proyecto de Ley se proponga mejorar en este punto la normativa vigente, haciéndola más detallada y

precisa, aunque —como se verá— ello no se logre del todo. Las novedades propuestas afectan a las siguientes cuestiones:

a) *Sujetos obligados*. Buscando una plena simetría con la definición de las reventas sujetas al derecho de participación, el artículo 24.4 del Proyecto añade a los sujetos sobre los que pesan deberes instrumentales a los «titulares de establecimientos mercantiles», de los que nada dice el actual artículo 24.2 LPI.

La adición resulta lógica. No obstante, plantea un pequeño problema de interpretación. El artículo 24.1 del Proyecto, al igual que el artículo 24.1 LPI, considera que será suficiente que la reventa se produzca en un establecimiento mercantil para que el artista pueda participar en el precio obtenido. El criterio es pues el del lugar, sin ninguna otra exigencia (ni siquiera se requiere que la actividad normalmente desarrollada en ese establecimiento guarde relación directa con el mercado artístico). Ahora bien, en el artículo 24.4 del Proyecto, como en el vigente artículo 24.2 LPI, se condiciona la imposición de deberes a los sujetos allí mencionados al hecho de que «intervengan» en la reventa. Parece caber, por tanto, la posibilidad de que, estando sujeta una reventa al derecho de participación por producirse en un establecimiento mercantil, el titular de éste no asuma deber alguno por no «intervenir» en ella (no parece que facilitar el local sea, por sí, suficiente «intervención»). Por supuesto, si la intención del Proyecto difiriese de la interpretación que aquí se expone, mejor sería optar por una redacción diferente (aludiendo, por ejemplo, a las personas «que hayan intervenido o en cuyo establecimiento se haya producido la reventa»).

b) *Deber de informar*. En el Proyecto la información sigue siendo objeto de un deber, cuyo cumplimiento no requiere una expresa petición del interesado (55). Pero se introducen algunas modificaciones. En primer lugar, en relación con los destinatarios de la información. Por una parte, al admitirse la transmisión *mortis causa*, aparecen los derechohabientes del artista (con los graves problemas de identificación que ello supone y a los que se ha hecho referencia con anterioridad). Por otra, se altera el orden en que se les alude, pasando las Entidades de gestión a ocupar el primer lugar (comp. art. 24.2 LPI y art. 24.4 Proyecto); aunque este cambio carece de consecuencias y sólo constituye una concesión formal a las Entidades, que presionaron en favor no ya de un mayor protagonismo sino incluso de una gestión colectiva obligatoria.

La reforma también afecta al contenido del deber. Como en la regulación vigente, los sujetos «que hayan intervenido en la reventa» deben «comunicarla» en el plazo de dos meses (art. 24.4 Proyecto). Asimismo deben proporcionar los datos necesarios para la liquidación del derecho. Sin embargo, en cuanto a éstos, se ha sustituido la palabra «información» por «documentación». Las razones del cambio son obvias: Se trata de lograr una mayor certidumbre en la liquidación y un mejor control. Ahora bien ¿a qué documentación se alude? ¿A una copia del contrato de compra-

(55) Cfr., en cambio, el § 26.3 y 4 de la Ley Alemana de Derecho de Autor.

venta y, en su caso, del recibo librado por el vendedor? ¿O se trata simplemente de exigir que la información a la Entidad o al artista sea escrita? Sería oportuno que la norma aclarase si se trata de «facilitar documentos» (como induce a pensar al redacción del Proyecto) o de «facilitar información por escrito». Asimismo debería concretarse, en la Ley o en el futuro reglamento, cuál es la documentación a la que se alude y los extremos acerca de los que debe informarse —de los que nada se dice en el vigente artículo 24 LPI ni en el Proyecto— estableciendo además los oportunos mecanismos de verificación (56). Por último, no estaría de más que se aclarase que el plazo de dos meses no sólo afecta al deber de «comunicar» la reventa sino también al de facilitar la documentación.

c) *Deber de retener y responsabilidad solidaria.* El actual artículo 24.2 LPI dispone que los sujetos que intervengan en la reventa deben retener el porcentaje y ponerlo a disposición del artista o la Entidad de gestión correspondiente. Sin embargo, no prevé consecuencia alguna para el eventual incumplimiento del obligado. Por contra, el Proyecto, que introduce un cambio sustancial, establece la responsabilidad solidaria de quienes intervengan «por cuenta o encargo del vendedor», limitando a este caso el deber de retener y calificando, por último, la situación como «depósito». Es evidente que el Proyecto ha acogido aquí las sugerencias de las Entidades de gestión, deseosas de forzar la colaboración de los profesionales que actúan en el mercado artístico (57). Desde este punto de vista, la propuesta es positiva.

La retención sigue configurada como un deber (58). Pero ya no se impone, de forma indiscriminada, a todos los sujetos (como sucede en el actual art. 24.2 LPI) sino, al parecer, únicamente a los que «actúen por cuenta o encargo del vendedor». ¿Por qué esta limitación? Seguramente

(56) La información debiera incluir: Título y características de la obra, autor de la misma, fecha de la reventa, sujeto o sujetos que han intervenido en ella o establecimiento en que se ha producido, vendedor, comprador y precio de enajenación o adjudicación. Posiblemente el único dato que puede suscitar conflictos es el de la persona del comprador, habida cuenta el deseo de reserva que a menudo se da en el tráfico de obras de arte. Sobre ello, más adelante.

(57) Compárense los «Borradores» y el «Texto alternativo» de las Entidades de gestión (art. 24.3, párrafo 2.º).

(58) Cabe observar que los «Borradores» ni siquiera la mencionaban y que el Anteproyecto inicialmente la concebía como una facultad.

(59) Desde este punto de vista quizá habría que considerar la posibilidad de que el deber de retener y la obligación de pagar se impusieran al comprador. Ello no supondría una alteración sustancial de la configuración actual del «droit de suite», ya que éste seguiría siendo una participación en el precio a cargo del vendedor, que cobraría menos. Tal era el planteamiento de la Proposición de Durán y Ventosa (*vid.* art. 2). En ella, aún consistiendo el derecho en una participación en el precio, se hacía al comprador responsable del pago, lo que obviamente le llevaría a retener en todo caso el porcentaje establecido. Por supuesto, cosa distinta sería establecer que el adquirente de una obra, como deudor, ha de pagar al autor por el disfrute al que accede (cfr. la anterior nota 26).

obedece al hecho de que es éste —y no el comprador— el deudor de la participación. Sin embargo, lo verdaderamente importante no debiera ser por cuenta de quién se actúa sino si realmente se está en condiciones de retener. Cabe que lo esté quien actúa por el comprador y no, en cambio, quien lo hace por el vendedor. Todo depende de cómo se produzca el pago. Y éste a menudo tendrá lugar directamente entre comprador y vendedor, sin que el sujeto teóricamente obligado a retener tenga posibilidad material de hacerlo (consíderense, en particular, casos como los de pago aplazado o mediante letras de cambio) (59).

Si el obligado a retener no lo hace, responderá solidariamente con el vendedor frente al artista. Ahora bien ¿y si la retención se lleva a cabo? De acuerdo con el Proyecto parece que sigue habiendo solidaridad y, por tanto, posibilidad de reclamar el pago al vendedor. Sería más lógico que, una vez efectuada la retención, el artista o la Entidad de gestión sólo pudiesen dirigirse contra quien retuvo, nunca contra el vendedor. La solución contraria (admitir la posibilidad de que el vendedor se vea obligado a pagar, pudiendo luego reclamar a quien retuvo) sería excesiva teniendo en cuenta que la retención no resulta de un acuerdo entre el vendedor y quien actúa por él sino de una imposición legal.

d) *Deber de poner a disposición y condición de depositario.* El Proyecto de Ley califica como depositario del porcentaje debido a quien ha efectuado la retención. Con ello se aumentan sus responsabilidades, que pueden llegar a ser de índole penal.

También aquí nos hallamos ante la aceptación de una sugerencia de las Entidades de gestión, aunque con alguna diferencia. En el «Texto alternativo» de éstas, tras aludir a la responsabilidad solidaria y al deber de retención de quienes actúan por el vendedor, se decía: «En todo caso, dicho porcentaje lo pondrán a disposición de la entidad de gestión, teniendo, mientras tanto, la cualidad de depositarios del mismo.» El Proyecto de Ley es mucho más escueto: «En todo caso, se considerarán depositarios del importe de dicha participación.»

Como puede verse, en el Proyecto desaparece el deber de poner a disposición del acreedor la suma retenida. ¿Acaso se ha considerado innecesario? Difícilmente puede ser ésta la razón, ya que es evidente que el acreedor necesita saber que la retención se han llevado a cabo y que el obligado está dispuesto a cumplir. Más bien parece una omisión no intencionada,

(60) Los «Borradores» preveían el deber de «depositar» la suma retenida «a la disposición de sus titulares». El «Texto alternativo» de las Entidades de gestión» (art. 24.3, párrafo 2.º, *in fine*) tampoco olvidaba ese deber, pero —fiel a su idea de una gestión colectiva— lo refería exclusivamente a las propias Entidades, sin aludir al artista: «En todo caso, dicho porcentaje lo pondrán a disposición de la entidad de gestión, teniendo, mientras tanto, la cualidad de depositarios del mismo». Es muy probable que, al eliminar la frase intermedia, el Anteproyecto sólo quisiera suprimir la necesidad de que el porcentaje se pusiera a disposición «de la entidad de gestión». Al prescindir de toda la frase —enlazando abruptamente el «en todo caso» con la calificación de depósito— se fue sin duda más allá de lo pretendido.

resultado de las sucesivas redacciones que precedieron al texto final y, más concretamente, de la no aceptación de la propuesta en favor de una intervención necesaria de las Entidades de gestión (60).

La obligación de poner lo retenido a disposición del artista o, en su caso, de la Entidad de gestión correspondiente debería incluirse de nuevo en la norma de forma expresa. Bastaría con que el artículo 24.4 *in fine* del Proyecto, dispusiera que quienes actúen por cuenta o encargo del vendedor «retendrán del precio la participación que proceda, poniéndola a disposición del artista o de la entidad de gestión correspondiente y siendo considerados depositarios de la misma».

e) *Prescripción trienal*. El vigente artículo 24 LPI, en su apretado n.º 2, establece que «la acción para reclamar la citada participación prescribirá a los tres años de la fecha de notificación de la reventa». Esta previsión se prestaba —y se presta— a dos interpretaciones. De acuerdo con la primera, el plazo de prescripción trienal afectaría a cualquier acción que tenga por objeto el cobro de la participación, con independencia del sujeto ante el que se haga valer. Conforme a la segunda, ese plazo más breve sólo regiría para las acciones contra los sujetos que, sin ser parte, «intervienen en la reventa»; frente al vendedor, en cambio, el plazo para reclamar sería el general de quince años de las acciones personales (art. 1964 del Código Civil) (61).

El Proyecto de Ley se ha hecho eco de esta cuestión, resolviéndola al parecer en favor de la segunda de las interpretaciones. Resulta difícil entender otra cosa a la vista de la fórmula empleada, en la que se dispone expresamente que la prescripción de tres años afecta a «la acción para hacer efectivo el derecho ante los mencionados subastadores, titulares de establecimientos mercantiles, comerciantes y agentes» (art. 24.5). Esta precisión indicaría —por vía de silencio— que para reclamar al vendedor el artista dispondrá de quince años, contados a partir del día en que la acción pudo ejercitarse (art. 1969 del Código Civil).

El deseo de establecer un plazo de prescripción breve en beneficio de quienes intervienen en el tráfico de obras de arte resulta comprensible, dado que se trata de sujetos privados a los que —para asegurar la efectivi-

(61) M. Valles (*op. cit.*, p. 452), tras señalar que el problema es dudoso, se inclina por los dos plazos de prescripción, dando un doble argumento. El primero, de tipo finalista: El art. 24 LPI, como norma tutelar, debe interpretarse en favor del artista. El segundo, de tipo sistemático: El art. 24 LPI regula claramente por separado la relación artista-vendedor (n.º 1, sin mención de plazos) y la relación artista-otros sujetos (n.º 2, donde se establece el plazo trienal, cuyo cómputo además —observa Valles— «se determina por un hecho totalmente ajeno al vendedor: la notificación de la reventa, que corresponde realizar por mandato legal al mediador»). La distinción de dos plazos tiene cierta lógica (sobre todo si se considera que al vendedor no se le impone —¿por qué?— el deber de información). Sin embargo, sospecho que, al fijar un plazo trienal especificando con mayor o menor precisión a qué iba referido, no se pretendía llegar tan lejos sino, simplemente, salvaguardar la imprescriptibilidad del «droit de suite»: el «derecho» es imprescriptible, pero «la acción para exigir el crédito» sí lo hace, en un plazo de tres años.

dad del derecho de participación— se han impuesto obligaciones legales que pueden resultar muy gravosas y que carecen de contrapartidas directas para ellos. Por otra parte, el acortamiento del plazo de prescripción puede estimular el recurso a las Entidades de gestión, lo que en sí es positivo.

Cabe preguntarse, no obstante, hasta qué punto es acertada la existencia de dos plazos en función del sujeto pasivo de la reclamación. Nada impide que la solidaridad exista entre sujetos obligados por plazos distintos (art. 1140 del Código Civil), pero ¿no sería mejor, más simple y claro, establecer un plazo de prescripción común? Y, en ese caso, ¿no debería ser éste algo mayor (por ejemplo, cinco años)? (62). El establecimiento de un plazo único evitaría además las dificultades que —como se verá— provoca la previsión de que, transcurrido el plazo de tres años, el porcentaje sea ingresado en un «Fondo de Ayuda a las Bellas Artes» (63).

4.4. El Fondo de Ayuda a las Bellas Artes

En el artículo 24.5 del Proyecto se prevé que «transcurrido dicho plazo (tres años desde la comunicación de la reventa) 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». Se trata de una novedad absoluta en relación con la regulación vigente, aunque con precedentes en otras legislaciones y —entre nosotros— en la vieja Proposición de Durán y Ventosa. El artículo 5 de ésta preveía que las cantidades no reclamadas se destinasen «a la adquisición de obras de arte para los Museos nacionales», añadiendo —con una prevención muy propia de un Senador por Barcelona— que el

(62) En principio, la tutela del artista no pasa tanto por un plazo de prescripción largo como por el hecho de que éste sólo empiece a correr cuando se tiene conocimiento de la reventa y sus condiciones. No obstante, la admisión —junto a la colectiva— de una posible gestión individual del derecho por el propio artista, aconseja un plazo mayor que el de tres años. En el mismo sentido aboga el reconocimiento de la transmisibilidad *mortis causa*, que incrementará los problemas de identificación y localización de los titulares del derecho. Cabe observar que la Ley Alemana, que también establece un plazo de prescripción específico para el crédito de participación, lo fija en diez años (cfr. § 24.7).

(63) En favor del plazo común se pronunciaba el «Texto alternativo» de las Entidades de gestión: «La acción para hacer efectiva, del vendedor o de los responsables de su pago, la citada participación prescribirá a los tres años...» (art. 24.3, párrafo 3.º).

(64) El Proyecto español presenta también evidentes analogías con la «Resale Proceeds Right Law» de California. En ella se dispone que si el vendedor o agente es incapaz de localizar y pagar al artista en el plazo de noventa días, el porcentaje del 5 por 100 del precio será transferido al «Arts Council». Si el «Arts Council» tampoco logra localizar al artista y éste no presenta una reclamación escrita en el plazo de siete años a partir de la fecha de la venta, su derecho se extingue transfiriéndose el dinero al Consejo para que sea usado en la adquisición de obras de arte en aplicación del «Art in Public Buildings program» (cfr. § 976, apdo. a núms. 2 y 5).

Ministerio debería procurar que el reparto de las obras se hiciese «equitativamente entre los Museos de las distintas ciudades españolas» (64).

Es de suponer que la importancia práctica de la previsión será muy reducida y cabe pensar que el Fondo se nutrirá también por otras vías, ya que dejar su subsistencia al derecho de participación —a sus residuos, más bien— sería tanto como condenarlo a muerte antes de nacer. Pese a ello, el eventual destino del porcentaje a un Fondo de Ayuda a las Bellas Artes resulta de un enorme interés, por lo que respecta a la configuración del derecho en España. Tanto, que llama la atención el silencio de la Exposición de Motivos del Proyecto, por más que su «Memoria» no deje de aludir a lo que califica como «destino alternativo» del porcentaje.

a) *El Fondo y la justificación del derecho de participación.* La mera existencia del Fondo como posible beneficiario —que no titular— del derecho de participación, obliga a replantearse el fundamento y justificación de éste. Se coincide en afirmar, con pocas excepciones, que constituye una manifestación de la propiedad intelectual de los artistas sobre sus obras, y sólo por ello se ha llegado a admitir que el propietario pierda una parte del precio de reventa en beneficio del autor. El derecho de participación aparece así destinado a la satisfacción de un interés privado (el del artista), en tanto que la de los intereses generales sólo se produce de forma indirecta (en la medida en que toda la comunidad se beneficia si los creadores ven retribuido su esfuerzo). El eventual destino del porcentaje a un Fondo de Ayuda viene a alterar el anterior planteamiento, al colocar como posible beneficiario directo a un ente —hemos de suponer que administrativo— que no guarda relación alguna con el titular del derecho.

La constatación de que la propiedad intelectual tiene una importancia económica considerable dentro del conjunto de actividades de un país, ha atraído la atención de muchos que ven en ella una apetecible fuente de ingresos. Obviamente, me refiero en primer lugar a la Administración que, habiendo asumido un impresionante protagonismo en el mundo de la Cultura, suele encontrar graves dificultades para financiarla. La tentación de recurrir a los derechos de autor es fuerte y así, junto a la tradicional concepción de la propiedad intelectual como reconocimiento y retribución de la labor creadora, empieza a dibujarse la idea de hacer de ella —además—, una fuente de financiación de políticas culturales (65).

La ayuda pública al desarrollo cultural pocas objeciones puede suscitar. Sin embargo, ¿por qué esa financiación debe proceder de los propios artistas en virtud del juego de un plazo de prescripción breve? Si el interés que se quiere satisfacer es general, que sea la comunidad quien lo financie, con cargo a unos Presupuestos Generales a los que los artistas ya contribuyen mediante el pago de impuestos. Se dirá —y es muy cierto— que el Proyecto sólo prevé que lo obtenido se destine al Fondo en el caso de que la suma no sea reclamada y que, de hecho, lo que se pretende básicamente es habi-

(65) *Vid.*, sobre esta cuestión, las observaciones de A. Bercovitz, «La importancia económica de los derechos de autor y de los derechos conexos. Planteamiento y líneas generales», en *I Congreso Iberoamericano, cit.*, I, pp. 323 y ss.

litar un cauce para que los obligados se liberen de sus responsabilidades. Pero la excepcionalidad de la hipótesis y su escasez cuantitativa no restan valor a su significación cualitativa. Habrá que estar pues atentos a la evolución futura de la institución, para impedir posibles desviaciones en perjuicio de los artistas. Por lo pronto, habría que asegurarse de que, al menos, fuese la colectividad de éstos, la directa beneficiaria del Fondo, evitando su aplicación a otros fines que también caben en la expresión «las Bellas Artes» (66).

La propuesta del Proyecto también plantea interrogantes —mucho más serios— desde el punto de vista del vendedor. El derecho de participación no es un impuesto o tasa que éste deba pagar en todo caso. El destino del porcentaje a un Fondo de Ayuda a las Bellas Artes es sólo la consecuencia de la prescripción de la acción para reclamarlo. En la regulación actual, la prescripción juega en favor del vendedor. En la proyectada lo hará en favor del Fondo. ¿Desde cuando la prescripción debe beneficiar a otro sujeto que al propio deudor? ¿Por qué el vendedor debe ceder parte del precio de enajenación para promocionar la Cultura? Esto no sucede en ningún otro sector, pese a haber intereses tan o más atendibles. ¿Acaso los honorarios adeudados a médicos o abogados, una vez prescritos, deben pasar a engrosar un Fondo de ayuda a los enfermos o a los necesitados de asistencia jurídica?

b) *El Fondo y la prescripción trienal.* Al margen de las cuestiones teóricas (que cabría resolver admitiendo una noción parcialmente distinta del derecho), el «destino alternativo» previsto por el Proyecto no es de encaje fácil en la regulación que se hace del crédito de participación.

El primer problema —ya apuntado con anterioridad— es el que resulta de la aparente previsión de dos regímenes distintos para la acción contra el vendedor y contra los sujetos que intervienen por su cuenta o encargo. ¿Qué sucede con la primera de ellas? ¿Acaso no se mantiene durante quince años? Desde luego, sería absurdo que, transcurrido el plazo de tres años e ingresada la cantidad retenida en el Fondo, el artista pudiera aún reclamar del vendedor. Como ya se ha señalado, debe entenderse que la retención exime a éste de responsabilidad y que, tras ella, sólo cabe reclamar a quien la llevó a cabo. Sólo así se elimina la posibilidad —absurda— de un doble pago (al Fondo y al artista) como consecuencia de los diferentes plazos de prescripción. Ahora bien ¿y si no ha habido retención? Aparentemente el pago al Fondo sólo se impone a los sujetos que actúan por el vendedor, no a éste mismo (67). Si la retención no se lleva a cabo —bien por incumplimiento, bien porque no correspondía hacerla— el porcentaje seguirá en

(66) Claro que, en tal caso, el Fondo entrará en concurrencia con las actividades asignadas por el art. 140 LPI a las Entidades de gestión. Me parece significativo, y desde su punto de vista comprensible, que el «texto alternativo» de éstas omita toda referencia al Fondo (*vid.* art. 24.3).

(67) La previsión se incluye en el n.º 5 del art. 24 del Proyecto, que trata de la acción «ante los mencionados subastadores, titulares de establecimientos mercantiles, comerciantes y agentes».

poder del vendedor hasta que le sea reclamado y, si esto no sucede en el plazo de quince años, finalmente lo hará suyo. Por tanto, si hubo retención la prescripción beneficia al Fondo; si no la hubo, al vendedor. Esta diversa solución resulta incoherente. Es posible que, contra la interpretación que aquí se hace, el Proyecto pretenda que también el vendedor —cuando no hay retención— venga obligado a ingresar el porcentaje en el Fondo. Pero, en tal caso, debería decirse con más claridad (quizá convirtiendo la segunda parte del n.º 5 en un n.º 6 independiente).

Todo ello abunda en la conveniencia de unificar el régimen de las acciones frente al vendedor y frente a quienes actúan por él. Asimismo — por idénticas razones— sería lógico que el pago al Fondo se impusiera también a las Entidades de gestión cuando, cobrado por éstas el porcentaje de algún artista, no les fuese reclamado dentro del plazo de prescripción (en este caso, quince años).

En segundo lugar, es preciso no pasar por alto que el ingreso en el Fondo constituye un deber legal. No se trata de que quien retuvo pueda liberarse de sus responsabilidades entregando el porcentaje al Fondo: Ha de hacerlo necesariamente. Pero ello no encaja con el hecho de que se trate de una deuda simplemente prescrita, pues la prescripción no extingue el derecho limitándose a proporcionar una excepción al deudor. Quien paga una deuda prescrita paga bien, por lo que quien retuvo, pese a estar obligado a ingresar la suma en el Fondo, aún podría entregársela al artista después de los tres años.

Por otra parte, el Proyecto nada dice acerca del régimen de la obligación legal de ingreso en el Fondo. Hemos de suponer que éste podrá reclamar la entrega del porcentaje. ¿Pero cómo conocerá la existencia de la retención si, respecto de él, no se impone de forma expresa deber alguno de comunicación? ¿Cuál es el plazo de prescripción de la acción correspondiente? El silencio de la norma nos lleva al general de quince años, con lo que el Fondo recibe un trato mejor que el propio artista... Es de esperar que estos y otros interrogantes sean resueltos en las normas de desarrollo reglamentario que previsoramente anuncia el artículo 24.5 *in fine* del Proyecto.

Cabe preguntarse, por último, si el «destino alternativo» previsto para el porcentaje una vez consumido el plazo de tres años impide a quien retuvo liberarse antes de sus responsabilidades mediante el expediente de consignación judicial. La respuesta lógica es la negativa. La retención no tiene por qué prolongarse en daño del obligado, sin perjuicio de que finalmente se dé a la suma el destino previsto en la Ley.

c) *El Fondo y la idea de «domaine public payant».* Conforme al art. 41 LPI, la extinción de los derechos de explotación sobre una obra trae consigo la posibilidad de que cualquiera la use libre y gratuitamente. No se ha aceptado, por tanto, un *dominio público de pago* (68). No obstante, la idea de que los rendimientos generados por el uso de las creaciones intelectuales

(68) Cfr. N. Pérez de Castro, «Comentario al art. 41 LPI», en *Comentarios...*, Coord. R. Bercovitz, *cit.*, pp. 633 y ss.

tuales puede servir para financiar políticas culturales no es ajena a la LPI (*vid.*, por ejemplo, el art. 140, relativo a las actividades o servicios de las entidades de gestión y al que también alcanza la reforma proyectada). El Fondo de Ayuda previsto en el artículo 24.5 del Proyecto es un paso más en esta línea, aunque afecta al período en que aún están vigentes los derechos de explotación.

Cabría plantearse —aunque sea sin más alcance que el especulativo— si no podría buscarse una forma distinta de introducción del Fondo. ¿Y si, por ejemplo, éste se nutriese de rendimientos obtenidos tras la extinción del «droit de suite»? ¿Y si se dispusiera que, tras el plazo de sesenta años, el porcentaje hasta entonces debido al artista y sus derechohabientes pasaría a pagarse a un Fondo de Ayuda a las Bellas Artes?

Por supuesto, esta solución exigiría haber resuelto en sentido afirmativo la polémica acerca del «dominio público de pago». Pero, en ese caso, podría ser una solución interesante desde muchos puntos de vista. Por lo pronto, nos ahorraría las complicaciones que plantea un sistema basado en la prescripción de la acción para reclamar. El Fondo tampoco entraría en conflicto con los derechos de los autores (aunque sí con los de los propietarios). Asimismo se acallaría la vieja crítica de que el «droit de suite» provoca un desplazamiento del mercado hacia las obras antiguas en detrimento de las modernas. Además se lograría una cantidad de dinero mucho mayor, con lo que el Fondo no sería meramente testimonial.

Hay que admitir que una iniciativa de este tipo resulta difícilmente viable y, desde luego, al traerla a colación no pretendo sugerir que el Proyecto la incorpore. Entre otras cosas porque, aplicada a un solo país, dañaría gravemente su mercado artístico. Las alternativas son otras: O suprimir el Fondo o proceder a una regulación mejor.

4.5. Otras cuestiones

a) *La remisión a normas reglamentarias.* Como sabemos, el vigente artículo 24.1 LPI contiene una remisión a normas reglamentarias para la cuestión del precio mínimo. El Proyecto hace otro tanto en relación con el Fondo de Ayuda a las Bellas Artes (art. 24.5. *in fine*). Pero, yendo más allá, también incluye una remisión de tipo general (art. 24.1, párrafo 1.º).

A la vista de los precedentes del Proyecto resulta evidente que esta previsión ha sido objeto de curiosos movimientos dentro del precepto. En los «Borradores» y en alguna versión del Anteproyecto, aparecía como párrafo 5.º del número 1 con la siguiente redacción: «Reglamentariamente se determinarán los elementos necesarios para la efectividad de este derecho.» En el Anteproyecto definitivo la disposición pasó a ser el número 5 del artículo 24, sin alterarse su redacción. Por fin, en el Proyecto se sitúa como inciso final del número 1, con un redactado diferente.

Por lo que respecta a la redacción hay que felicitar al cambio, pues la anterior, al hablar de elementos «necesarios para la efectividad del derecho» se prestaba a entender que —a pesar de la fijación legal de sus ele-

mentos básicos, incluido el precio mínimo— el derecho de participación carecería de virtualidad antes del anunciado desarrollo reglamentario. En cuanto al alcance de la remisión, la fórmula empleada resulta muy imprecisa. Su ubicación como inciso final de la propia definición del derecho podría inducir a pensar que se trata de una amplia habilitación para regular cualquier cuestión, incluso sustancial. Sin embargo, esa interpretación no sería coherente con la voluntad declarada de elevar el rango de las normas en las que se definen los rasgos fundamentales del derecho de participación. Cabe suponer, por tanto, que la remisión se limita a aspectos adjetivos (69). Pese a ello, no hay que descartar que, al amparo de la vaguedad de la fórmula y quizá presentándose como mera interpretación del precepto legal, acaben introduciéndose cambios de alguna importancia. Puede ser significativo que las Entidades de gestión, en su «Texto alternativo», suprimieran toda referencia a normas reglamentarias, acaso deseando un derecho basado sólo en la Ley y en eventuales acuerdos con las asociaciones profesionales.

En cualquier caso, no hay que olvidar que, además de la previsión que se comenta, el recurso al reglamento goza de un doble apoyo adicional: La habilitación general de la DA 2.^a LPI y la DF 1.^a del propio Proyecto, en la que «se autoriza al Gobierno para dictar las normas de desarrollo reglamentario de la presente Ley».

b) *Sobre la justificación del derecho de participación.* La cuestión del fundamento o justificación del derecho de participación, todavía polémica, dista mucho de ser meramente teórica. De ella depende tanto la interpretación que se haga de la normativa vigente como, sobre todo, el futuro de la misma. Por ello merecen atención —y a ellos me ceñiré— los pronunciamientos expresos o implícitos que al respecto se contienen en el Proyecto de Ley y acerca de los cuales ya se ha hecho algún comentario en estas Notas.

En la Exposición de Motivos del Proyecto se afirma que el derecho de participación «tiene, en parte, su fundamento en el justo derecho del autor a participar en eventuales revalorizaciones de su obra como consecuencia de ulteriores reventas a través de los intermediarios antes señalados». Se recurre así al viejo, persistente y perturbador argumento de la plusvalía, según el cual el «droit de suite» vendría a ser una aplicación del principio de enriquecimiento injusto: Una suerte de correctivo a la lesión en su día

(69) No en vano la norma habla de la «forma» en que se producirá la participación. En el mismo sentido se pronuncia la «Memoria» del Proyecto de Ley: «Por último, hay que destacar el necesario desarrollo reglamentario del precepto legal, también en los aspectos procedimentales, para mejorar y asegurar las relaciones entre los sujetos implicados.»

(70) Esta idea se hacía ya patente en la «Memoria» que acompañaba al Proyecto del Real Decreto 395/88, en la que se explicaba que «el derecho de participación (...) se inspira en razones de equidad», sirviendo «para compensar a los autores plásticos contra la frecuente injusticia que supone la necesidad de tener que vender sus obras originales a un precio muy bajo en las primeras épocas de su vida artística, para atender necesidades inmediatas de subsistencia».

sufrida por el artista al malvender (70). Teniendo en cuenta que nuestra LPI ha optado, con rotundidad, por el «sistema de precio», la referencia a eventuales plusvalías resulta inoportuna. Por supuesto, la precaución de especificar que ese fundamento sólo lo es «en parte» atenúa en gran medida la crítica. Pero no la elimina. El derecho de participación sólo tiene con la idea de plusvalía un vínculo: El histórico, derivado de haber sido el argumento que sirvió para facilitar su introducción. Mantener otra cosa — aunque sólo sea «en parte»— sólo puede ser fuente de malentendidos y causa de fáciles críticas al derecho.

También en la Exposición de motivos del Proyecto, al justificar el rechazo de la transmisibilidad *inter vivos* y la admisión de la *mortis causa*, se dice que lo primero «podría, en determinados casos (hacer que el derecho perdiese) su finalidad de incentivo a la creación de obras plásticas», mientras que «una vez fallecido el autor, dicha finalidad carece de sentido». En pocas palabras: El «droit de suite» sirve, entre otras cosas, para que los artistas produzcan más y mejor ya que, aumentando su fama, revalorizan su mercado secundario. La explicación puede parecer intrascendente pero no lo es, pues con ella el derecho se conecta al trabajo del artista. En este caso, no tanto al que realizó en su día —al producir la obra ahora revendida— como al desarrollado en otras obras con posterioridad. De nuevo aparece la idea de enriquecimiento injusto: El artista, cuando trabaja, no sólo lo hace en su propio beneficio sino también en el de aquellos que poseen obras suyas. Los propietarios se benefician económicamente del aumento del renombre del artista y, por tanto, deben compensarle. Esta es otra de las explicaciones tradicionales al derecho de participación (71). Sin embargo, se presta a numerosas objeciones (por ejemplo ¿cómo justificar los aumentos de valor una vez fallecido el artista?). En definitiva, al basarse en la misma idea de plusvalía, también debe rechazarse. Por lo demás, es improbable que el artista responda a ese tipo de estímulos económicos. Y si es sensible a ellos, quizá decida rentabilizar su fama por un procedimiento más fácil, que ya ha sido utilizado por algún reconocido pintor: Copiarse a sí mismo, produciendo obras semejantes a las de su etapa más cotizada.

Aunque resulta comprensible que el Proyecto de Ley incluya apreciaciones relativas a la justificación del derecho de participación, es importante no aceptarlas de forma acrítica. Debemos evitar dar por resuelto un debate que dista mucho de estar cerrado y que, en particular, en España ni siquiera parece haberse abierto.

c) *La distinción «ventas públicas-ventas privadas»*. Estrechamente relacionada con la polémica acerca del fundamento del derecho de participación

(71) También estaba presente en la «Memoria» del proyecto de Real Decreto 395/88: «A medida que el autor va adquiriendo prestigio, aquellas obras suyas van incrementado también su valor y cotización en el mercado de obras de arte ampliándose progresivamente su precio, por cada operación de venta pública, a través de coleccionistas, subastas, etc.» Las sucesivas ventas irían así aflorando el valor añadido a la obra por el trabajo diario del artista.

se presenta la relativa a la distinción entre las que, de forma convencional, se ha dado en llamar «ventas públicas» y «ventas privadas» y cuyo origen — conviene no olvidarlo— está asociado a una pura y simple razón de operatividad. La limitación a las «ventas públicas» no viene impuesta por la naturaleza del derecho sino por la dificultad de controlar el mercado de las obras plásticas. Desde su origen éste, y no otro, ha sido el problema a resolver.

Por ello, cualquiera que sea el fundamento que se acepte del «droit de suite», lo coherente sería que todas las reventas, incluidas las «privadas», diesen lugar a una participación del artista en el precio (72). A pesar de esto, es muy comprensible que, por las razones expresadas, se estableciese la distinción entre unas y otras, limitando a las «públicas» el ámbito de aplicación del derecho (73). Ahora bien, de lo que se trata es de ir ampliando de forma progresiva el ámbito del derecho, hasta absorber las reventas que hasta ahora escapan a él por razones puramente contingentes.

Como sabemos, el vigente artículo 24 LPI, aceptando la repetida distinción, ha fijado la frontera reconociendo el derecho a participar en el precio de toda reventa «efectuada en pública subasta, en establecimiento mercantil o con la intervención de un comerciante o agente comercial». Según ha habido ocasión de señalar, la fórmula es compleja y, en cierto modo, no exenta de mérito pues la terminología empleada («subasta pública», «establecimiento mercantil», «comerciante», «agente», «intervención») podría servir para una interpretación extensiva (74). No obstante también se presta a algunas objeciones. Por ejemplo, una reventa sin intervención profesional efectuada mediante documento público, a pesar de la facilidad de control, no dará lugar a participación en el precio. Tampoco la habrá si un Museo —que no es «establecimiento mercantil» ni «comerciante»— vende una obra o la adquiere de un particular de forma directa (75).

En esta cuestión, el Proyecto de Ley es claramente continuista. Prudentemente no ha dado paso alguno para extender el derecho a las «ventas pri-

(72) Cfr., por ejemplo, la Proposición de Ley de Durán y Ventosa, que sólo hablaba de participación en las «ventas que sucesivamente se hagan», sin exigencias adicionales.

(73) La distinción ya aparecía en el Proyecto de LPI de 1934. En una u otra forma la recogen también numerosas leyes extranjeras. Por ejemplo, la francesa, que habla de ventas «en pública subasta o por mediación de un comerciante» (art. 42) o la Ley alemana, que exige que en la reventa participe «un marchante de obras de arte o un perito tasador [...] en calidad de adquirente, vendedor o intermediario» (§ 26.1).

(74) Evidentemente el art. 24.2 LPI se redactó pensando, básicamente, en casas de subastas, galerías de arte y marchantes, es decir, en todos aquellos casos en que la reventa se realice «públicamente o con la intermediación de comerciantes cuya actividad consista precisamente en la compraventa de bienes de esta naturaleza» («Memoria» del Proyecto de Ley de reforma). Pero las expresiones «subasta pública», «establecimiento mercantil» y «comerciante o agente comercial» podrían aplicarse a otros casos.

(75) El caso de las adquisiciones por Museos tiene además el agravante de que, al menos en España, ello puede suponer una suerte de «amortización» de hecho de la obra, haciendo difíciles —aunque no imposibles— nuevas reventas en el período de vigencia del «droit de suite».

vadas». Su artículo 24.1 prácticamente repite las palabras del actual artículo 24.1 LPI. Tan sólo hay un par de diferencias. La primera consiste en sustituir al expresión «agente comercial» por «agente mercantil». La segunda en cambiar «intervención» por «intermediación». Seguramente con ello no se ha pretendido modificar el ámbito de aplicación del derecho de participación. Sin embargo, la modificación se presta a restricciones que constituirían un paso atrás. La palabra «intermediar» (¿y por qué no «mediar»?) sugiere que el «comerciante o agente mercantil» es un tercero que pone en contacto a vendedor y comprador. Esta interpretación conduciría a negar al artista el derecho de participación en muchos casos, algunos de ellos históricos. Por ejemplo, cuando un marchante compra para sí, de un propietario cualquiera, una obra de arte ¿dónde está la «intermediación»? ¿Entre quienes «intermedia»? Lo mismo cabrá preguntarse cuando ese mismo marchante venda a un tercero las obras de las que es propietario.

El Proyecto, para evitar el riesgo de un retroceso debería mantener la expresión «intervención» (como, por cierto, hace en su artículo 24.4). Es evidente que el marchante, cuando compra o vende, «interviene», aunque no «intermedie». Y lo mismo sucede con los expertos o peritos tasadores que «intervienen», aunque sin «intermediar», para establecer la autenticidad o el precio de la obra en muchos casos de venta directa entre particulares.

d) *El problema de la localización de la obra.* La LPI ha supuesto una mejora más que sustancial en la posición de los artistas plásticos a los que, como a los demás autores, se reconoce un amplio elenco de derechos morales y patrimoniales. Sin embargo, ese reconocimiento sigue quedando en ocasiones en pura teoría dadas las peculiaridades de las obras que producen. En la obra plástica, al menos en sus formas tradicionales, creación y expresión se identifican de forma absoluta. A diferencia de lo que sucede con la obra literaria o la musical, en la plástica la obra no tiene vida independiente del medio a través del que se ha expresado. Un libro o un disco no son más que soportes que permiten acceder a la obra. Un óleo en cambio no es un mero soporte: Es la obra misma.

Esta particular condición de la obra plástica hace que, aún hoy, algunos de los derechos reconocidos a los artistas sean sólo nominales. Basta con reparar la enumeración de derechos morales del artículo 14 LPI para constatarlo. El ejercicio de algunos de ellos depende fatalmente de algo que en ningún momento se asegura al autor plástico: Una puntual información acerca de la localización de las obras que ha ido produciendo a lo largo de su vida. El artista puede saber —sabe, salvo en casos excepcionales— quien es el primer adquirente, pero a partir de ahí pierde la pista de la obra. Ni siquiera conoce con certeza en qué país se encuentra. ¿Cómo ejercer en estas condiciones todos los derechos que la LPI le otorga, sean morales (p. ej., integridad de la obra) o económicos (p. ej. reproducción o exhibición si se lo reservó). ¿Cómo hacer, por ejemplo, una «exposición retrospectiva»?

Sin duda sería un gran avance en la posición real de los artistas plásticos que se estableciese un derecho de información relativo a la localización de la obra. Indirectamente, este objetivo lo satisface el derecho de partici-

pación, siempre que —claro está— admitamos que entre los datos que deben proporcionarse al artista se incluye el nombre del adquirente. Aunque en principio esa información no sea imprescindible para la liquidación del derecho, sí puede serlo para eventuales comprobaciones. Por otra parte, la reserva que a menudo preside las transmisiones de obras de arte no es razón para mantener oculto este extremo. Es cierto que con ella no se trata sólo de evadir impuestos y que a menudo responde a intereses legítimos (p. ej., evitar incrementos en el precio una vez conocida la identidad del interesado en adquirir la obra). Sin embargo, una vez realizada la venta, el artista debiera saber en todo caso quien es el nuevo propietario (76).

De todas formas, aún admitiendo lo anterior, la dependencia de la localización de la obra del derecho de participación limita mucho su efectividad. Cuando la reventa tenga lugar a precios inferiores a los establecidos, así como cuando sea «privada», el artista desconocerá el cambio de propietario. Y lo mismo sucederá cuando éste no obedezca a una reventa sino a otras causas (p. ej., donación o sucesión).

Si el derecho de participación se extendiese a las ventas privadas se reduciría el número de casos en los que el artista queda desinformado. Quizá un primer paso pudiera ser el sometimiento de estas ventas al deber de informar al artista o a la correspondiente Entidad de gestión, estableciendo quizá un precio mínimo que podría ser inferior al que da derecho a participar. En este sentido resulta de gran interés —pese a su carácter excepcional en el panorama internacional, lo previsto en la Ley Yugoslava sobre Derecho de Autor de 30 de marzo de 1978, en cuyo artículo 40, invirtiendo el planteamiento habitual, se coloca en primer lugar el derecho de información (77).

e) *El papel de las Entidades de gestión.* No es preciso encarecer la importancia que tienen las Entidades de gestión en la efectiva puesta en práctica del derecho de participación. Hay pleno acuerdo en que ésta resultaría imposible si dependiese de la actuación individual de los artistas o sus derechohabientes. Recaudar el porcentaje, verificar la liquidación y distribuir lo obtenido sólo puede hacerse con eficacia y rentabilidad a través de una gestión colectiva. Así lo acredita la experiencia. Son entidades como

(76) Alguna Ley extranjera permite, sin embargo, que el marchante o perito se niegue a dar este dato, siempre que pague el porcentaje debido (Alemania, § 26.4).

(77) «Los autores de obras originales de artes figurativas, en lo que respecta a esas obras, y los autores de obras literarias, científicas y musicales, en lo que respecta a los manuscritos originales de éstas, tienen el derecho a recibir información de los propietarios o usuarios de esas obras o de esos manuscritos, sobre la identidad del nuevo propietario o del nuevo usuario (derecho de participación). Si se produjese una venta del original de una obra de arte figurativa o de un manuscrito original, el vendedor deberá permitir que su autor perciba un porcentaje determinado del precio de venta.

El propietario o el usuario de las obras de artes figurativas y el propietario o usuario de los manuscritos literarios, científicos y musicales previstos en el primer párrafo del presente artículo están obligados a informar al autor, siempre que éste lo solicite, acerca de la identidad del nuevo propietario o del nuevo usuario, según sean los casos» (cfr. *Informe OMPI*, 1983, *cit.*).

«ADAGP» y «SPADEM» (Francia), «BILD-KUNST» (Alemania) o «SABAM» (Bélgica), las que han logrado que el derecho de participación sea una realidad en estos países. Resulta, por tanto, razonable que en el nuestro se potencie la actividad de Entidades como «VISUAL» y otras que se ocupan de gestionar los derechos e intereses de los artistas plásticos.

Ahora bien ¿hasta dónde debe llevarse el protagonismo de las Entidades de gestión? Hace ya algún tiempo que, por parte de éstas, se viene reclamando una intervención obligatoria, de forma que el derecho de participación sólo pueda ser exigido a través de ellas (78). Los esfuerzos en este sentido se intensificaron durante la preparación del Proyecto de Ley para la reforma del artículo 24 LPI. En el «Texto alternativo» de las Entidades, al que se ha hecho reiterada referencia en estas Notas, se preveía, de forma imperativa, que el autor y sus derechohabientes ejercitarían el «droit de suite» «a través de una entidad de gestión» (art. 24.3). Es evidente, sin embargo, que esa demanda no ha sido atendida. El recurso a una Entidad de gestión sigue siendo voluntario. Acaso se haya pensado que esta era la única solución constitucionalmente aceptable, ya que imponer la gestión colectiva podría vulnerar el derecho de asociación. Pero esto es algo muy discutible.

La gestión colectiva no sólo interesa a los beneficiarios del derecho sino también, de forma muy particular, a los obligados. Para éstos, poder dirigirse a una o dos Entidades para comunicar la reventa y pagar, facilitaría enormemente las cosas. No se olvide que la admisión de la transmisión *mortis causa* del derecho de participación dará lugar a serias dificultades en orden a la identificación y localización de los titulares. De ahí la conveniencia de que la gestión del derecho se encomiende a las correspondientes Entidades.

Por el momento, no hay unanimidad acerca de la conveniencia de una gestión colectiva forzosa (79). Sin embargo, si no *de iure de facto*, debería tenderse a ella. En este sentido, sería razonable que bastara dirigirse a cualquier Entidad —hubiese o no encargo previo del artista— para que los sujetos que intervienen en la reventa pudieran liberarse de sus obligaciones (80).

(78) Este era uno de los reproches que J. Gutiérrez, de «Visual», dirigía al actual art. 24 LPI, afirmando: «En cuanto a la conveniencia de fijar la gestión colectiva obligatoria para este derecho de simple remuneración, decir que así fue entendido por el comité de expertos sobre las «disposiciones tipo» para las diferentes legislaciones en el ámbito de los derechos de autor, de la OMPI, en el Memorándum preparado por el Buró Internacional en la sesión celebrada en Ginebra entre el 20 de febrero y el 3 de marzo de 1989» (*I Congreso Iberoamericano...*, cit., I, p. 253).

(79) Las «Conclusions de l'Audition du 21-11-1991 sur le "droit de suite"», cit., reflejan una discrepancia de opiniones entre los países de la Comunidad Europea favorables a la armonización (cfr. *infra*, nota 84).

(80) Aunque se tratase de un sistema rudimentario en comparación con el de gestión colectiva, era notable la previsión de la vieja Proposición de Durán y Ventosa, que no se olvidaba de establecer un procedimiento específico de consignación para que el comprador pudiera liberarse de su obligación sin necesidad de costosas y complicadas indagaciones.

4.6. Los intentos de armonización en el ámbito de la CEE

Como sabemos, el derecho de participación no existe en todos los países de la Comunidad Europea. En una presentación simplista, suele decirse que lo reconoce una gran mayoría (ocho frente a cuatro). Pero las cifras son engañosas. De los ocho países que lo admiten, sólo funciona con regularidad en tres (Francia, Bélgica y Alemania) (81). En otros, aunque se aplica, aún esta dando sus primeros pasos (España y Dinamarca). Y en el resto carece de efectividad (Italia, Luxemburgo y Portugal). Entre los que lo rechazan, además de Irlanda y Grecia, se incluyen Holanda y, sobre todo, el Reino Unido. Holanda, aparte de ser cuna de cambios sociales estrechamente ligados a la aparición de un mercado artístico en sentido estricto, es la patria de Vincent Van Gogh (1853-1890), el pintor en quien inevitablemente se piensa hoy para ilustrar la aparición histórica del «droit de suite» (82). En cuanto al Reino Unido, su capital, Londres, es uno de los principales mercados mundiales del arte y sede de las más conocidas casas de subastas. Por supuesto, no han faltado intentos para lograr su aceptación. Pero hasta la fecha todos han fracasado ante la decidida y tenaz oposición del mercado (83).

Por tanto, la cuestión no es tan clara como el «ocho a cuatro» sugiere. En la actualidad, los países que han incluido el derecho de participación en sus leyes presionan —con Alemania a la cabeza—, intentando que se extienda a los demás. Su argumento es el de la salvaguarda de la libre competencia en el ámbito del Mercado Común. La inexistencia de derecho de participación en varios países provocaría, según esta tesis, distorsiones inadmisibles. En concreto favorecería al mercado británico,

(81) Sin embargo, hay que señalar que en Alemania al parecer se da un divorcio entre la teoría (5 por 100 del precio en ventas superiores a 100 DM) y la práctica. De acuerdo con la información de la ADAGP, en este país el sistema real consistiría en el pago a la «BILD-KUNST» por parte de los comerciantes de un 1 por 100 del precio de venta de todas las obras posteriores a 1900. Caso de confirmarse este extremo, se estaría dando un argumento más a los críticos del derecho de participación.

(82) Holanda ya se opuso en Bruselas (1948) a la incorporación del derecho a la Convención de Berna. En 1980 la «Vereniging voor Auteursrecht» elaboró un estudio para su introducción en el Derecho holandés, pero fue rechazado. Para el estado de la cuestión —y en favor del derecho—, *vid.* B. J. Van Der Broek, «Het droit de suite in Nederland: einde van een stil leven», *Informatierecht*, nov., 9/1991, pp. 191 y ss.

(83) *Vid.*, por ejemplo, el «Statement by the Society of London Art Dealers» de 1982 (reproducido en J. H. Merryman & A. E. Elsen, *op. cit.*, pp. 227 y ss.). En abril de 1986 el Gobierno Británico volvió a rechazar el «droit de suite» en su documento «Intellectual Property and Innovation», aduciendo las razones habituales (derecho carente de fundamento, dañino, contraproducente, de difícil administración, necesitado de burocracia, con costes superiores a los beneficios...), *cfr.* A. Mair, «Auction sales and the rights (including droit de suite) of artists and their heirs», Ponencia (inédita) en el IV Symposium sobre «Los aspectos legales del Comercio Internacional del Arte», Madrid, febrero de 1992. En ella se contiene un exhaustivo alegato contra el «droit de suite».

estimulando la venta de obras plásticas en Londres, en perjuicio de París, Frankfurt o Madrid.

A resultas de esta queja la Comisión de las Comunidades Europeas decidió emprender un estudio sobre el «droit de suite», dándose de plazo hasta el 31 de diciembre de 1992, para luego decidir si resulta o no oportuna una iniciativa comunitaria sobre la materia. Los resultados de la Audiencia de 21 de noviembre de 1991 sólo demuestran que la división de opiniones entre mayoría (léase Alemania y Francia) y minoría (léase Reino Unido) permanece (84).

(84) En síntesis las «Conclusions de l'audition du 21-11-1991 sur le "droit de suite"» son las siguientes (traducción resumida del texto francés):

1.—La mayoría considera que la armonización en la Comunidad es una necesidad dadas las distorsiones que la diversidad legislativa provoca en la competencia; la minoría entiende que tales distorsiones no obedecen al «droit de suite» sino a otras razones, entre ellas las fiscales, sugiriendo que —en su caso— serían los países que han introducido el derecho los llamados a corregir sus efectos perturbadores.

2.—Una mayoría estima que el «droit de suite» forma parte integrante del derecho de autor y que constituye un derecho esencial para los autores de obras de arte originales, por lo que su introducción en toda la Comunidad es una necesidad; la minoría considera que es un derecho aparte y que los artistas, si participan en las plusvalías, también deberían tener parte en las minusvalías.

3.—Los favorables a la armonización consideran que el derecho debe aplicarse a obras originales, entendiendo una gran mayoría que, una vez una obra ha sido introducida en el mercado, debe estar sujeta al derecho siempre que el propio autor la considere como tal; sin embargo, algunos piensan que un instrumento comunitario debería incluir una definición armonizada; la mayoría considera que debe dejarse a las leyes nacionales o a acuerdos de los interesados. Los ejemplos citados de obras que debieran quedar sujetas al «droit de suite» son: ejemplares únicos, múltiples en número limitado (grabados, litografías, esculturas, tapicerías, fotografías, libros, etc.) y manuscritos.

4.—La mayoría de los que están a favor de la armonización: *a*) coincide en que deben sujetarse las ventas que se producen por medio de comerciantes y las públicas, con exclusión de las que tienen lugar entre particulares y asimismo opina que debería establecerse una exención para las galerías con relación a la primera reventa, cuando han comprado la obra directamente al artista; *b*) está dividida en cuanto al porcentaje (del 3 al 5 por 100) y al umbral de aplicación (de 150 a 1.000 ECU); algunos opinan que el derecho debiera tener un techo o someterse a un porcentaje regresivo, y *c*) se coincide en que la gestión colectiva es muy importante, pero no en si debe hacerse obligatoria.

5.—Problemas específicos que plantea el derecho: algunos señalan que sólo beneficia a los artistas reconocidos; otros que el problema básico es el de obtener información sobre ciertas ventas (obras, identidad de los titulares y precio); la recompra por las galerías de ciertas obras para mantener la cotización de los artistas se ve dificultada por el «droit de suite»; algunos observan que los problemas surgidos a nivel nacional siempre han encontrado solución mediante negociaciones paritarias entre los interesados.

6.—En cuanto al riesgo de «huida de ventas» hacia países terceros en caso de aplicación del derecho en toda la CEE, la gran mayoría considera que no es preocupante pues: El problema sólo se plantearía si la tasa del derecho es tan elevada como para justificar los costes de desplazar la venta a otro país; los grandes centros de ventas son

En su caso, para la armonización, habría que recurrir a los artículos 100 y siguientes del Tratado de Roma. Pero antes se tendría que demostrar que la ausencia de derecho de participación en algunos países «falsea las condiciones de competencia en el mercado común y provoca, por tal motivo, una distorsión que deba eliminarse» (art. 100). Y eso es precisamente lo que niegan los británicos. En su opinión, si los propietarios de obras plásticas de otros países europeos acuden a Londres no es sólo por el «droit de suite». En ello influirían otros factores (trato fiscal, posibilidad de lograr mayores precios, presencia de compradores de todo el mundo...). Y, en cualquier caso, aún admitiendo que hubiese alguna distorsión, su escasa entidad nunca justificaría una intervención comunitaria (85). La solución que proponen es simple: Son los otros quienes deben rectificar el error cometido al aceptar un derecho que, además de infundado, daña su mercado.

No parece que a corto plazo la extensión del derecho de participación pueda lograrse por la vía de la acción comunitaria. Téngase en cuenta que si se busca la unanimidad (art. 100 del Tratado de Roma), ésta nunca se alcanzará mientras el Reino Unido se oponga. Y si se intenta la vía abierta por el Acta Unica Europea (art. 100 A), siempre cabrá que los disidentes se excluyan de la decisión (86).

No obstante, la armonización de normativas entre los países que ya reconocen el «droit de suite» sería un paso muy importante. En primer lugar, para lograr su efectiva puesta en práctica en todos ellos. En segundo, quizá, como ejemplo, para persuadir a los otros de su utilidad y realizabilidad.

Al margen de lo que pueda resultar de la iniciativa comunitaria, hay otro aspecto de la cuestión que puede cambiar algo las cosas: La eventual aplicación del derecho de participación a ventas realizadas en Londres en virtud de las normas de Derecho internacional privado. Hay un caso, pendiente de solución definitiva, en el que se ha planteado esta posibilidad.

pocos y el mercado comunitario es suficientemente atractivo; la tendencia de los países terceros también es favorable a introducir el «droit de suite». La gran mayoría insta a la Comunidad a actuar en favor de una mayor armonización internacional del «droit de suite», en particular en el caso de los EUA y Japón que son los lugares de venta más importantes.

7.—Los artistas beneficiarios deberían ser los súbditos comunitarios, así como los de países terceros que otorgan el «droit de suite» sobre una base de reciprocidad.

8.—La mayoría estima que el «droit de suite» debe ser intransmisible en vida del autor e irrenunciable.

9.—Ciertos participantes consideran que el derecho sólo debe beneficiar al autor, su cónyuge y sus descendientes directos en primer grado. Sin embargo, la mayoría se opone.

10.—Una gran mayoría estima que la duración del «droit de suite» debe ser igual a la del derecho patrimonial del autor.

(85) Cfr. en este sentido, A. Mair «Auction sales...», *cit.*

(86) Cfr. en este sentido J. B. Van Der Broek, «Het droit de suite...», *cit.*, pp. 194 a 196.

Los hechos son los siguientes (87). A principios de los años sesenta un ciudadano alemán llamado G. Graubner —de profesión pintor— adquirió a bajo precio tres obras del discutido artista, también alemán, Josep Beuys (1921-1986). Al parecer para eludir el «Folgrecht» alemán, Graubner decidió vender las obras en Inglaterra. Pese a ello el «Landgericht» de Düsseldorf (31 de octubre de 1990) falló en su contra, imponiéndole la obligación de pagar a los herederos de Beuys la suma de 75.881 marcos. Caso de prevalecer finalmente este criterio, es obvio que la inexistencia de derecho de participación en el Reino Unido dejaría de ser —si es que lo es— una razón para llevar a vender las obras a Londres. En cualquier caso, los británicos seguirán teniendo razones para oponerse al derecho pues una buena parte de las obras que se venden en el mercado londinense —según algunos datos hasta un 50 por 100— proceden de países ajenos a la Comunidad Europea.

5. ANEXO DOCUMENTAL

5.1. España

a) *Proposición de Ley de Durán y Ventosa «sobre beneficios de ventas sucesivas de obras de arte» (1921)*. «Art. 1.º.—Los autores de obras de arte tendrán, en adelante, el derecho de percibir un 10 por 100 del precio que por sus originales se satisfaga en las ventas que sucesivamente se hagan de ellas.

Art. 2.º.—El comprador de la obra de arte será responsable del pago al autor de la cantidad representativa de dicho 10 por 100, quedando afecta a dicha obligación la obra objeto del contrato de compraventa.

Art. 3.º.—En el caso de no poder pagar directamente aquella cantidad al autor o su habientederecho, por cualquier causa, el comprador podrá eximirse de aquella responsabilidad consignando aquella suma en la Delegación de Hacienda de la provincia, la que la ingresará en la Caja General de Depósitos, a la disposición del que acredite tener derecho a la misma. El comprador recibirá el correspondiente resguardo para su seguridad.

Art. 4.º.—El derecho reconocido en el artículo 1.º de esta ley tendrá la duración que a la propiedad artística se conceda en las leyes generales de Propiedad Intelectual.

No obstante, el derecho al 10 por 100 del precio de toda venta prescribirá a los cinco años de realizada ésta.

Art. 5.º.—En el caso de que se haya hecho uso del derecho concedido en el artículo 3.º, pasados los cinco años del ingreso de la cantidad mencionada en la Caja General de Depósitos, el Ministro de Instrucción Pública y Bellas Artes podrá disponer de ella, con destino exclusivamente a la adquisición de obras de arte para los Museos nacionales, procurando que el

(87) Los tomo de J. B. Van Der Broek, «Het der droit de suite...», *cit.*, p. 195.

reparto se haga equitativamente entre los Museos de las distintas ciudades españolas.

Art. 6.º.—Para los efectos de esta ley, se entenderá obras de arte las pinturas de toda clase y esculturas, y, en general, todas las obras artísticas en que el pensamiento del autor reviste forma plástica, por virtud del trabajo realizado por su propia mano. Se exceptuarán, no obstante, las joyas y alhajas y, en general, todas aquellas obras en que el valor de la materia en que han sido ejecutadas tiene una influencia notoria en su precio de venta.

Art. 7.º.—El Ministro de Instrucción Pública y Bellas Artes dictará las disposiciones complementarias que puedan ser necesarias para la eficacia de esta ley.»

b) *Proyecto de LPI de la 2.ª República (1934)*. «Art. 22.—El adquirente de obras de arte plástico conserva su propiedad sin limitación de tiempo, pero en las transmisiones de las mismas, a título lucrativo, vendrá obligado a satisfacer al autor o a los herederos antes mencionados [herederos testamentarios, descendientes, ascendientes, cónyuge viudo o hermanos] el derecho de continuidad establecido en el artículo 46.»

«Art. 46.—Los autores de obras originales de Pintura, Escultura, Dibujo y Grabado, y su [s] derechohabientes gozan, mientras dure el período de protección legal, de un derecho inalienable, llamado derecho de continuidad», sobre sus obras que sean objeto de venta pública.

Este derecho se traducirá en un 25 por 100 de la «plusvalía».

c) *Proyecto privado del Colegio de Abogados de Barcelona*. «Art. 57.—Los autores de obras de carácter plástico, o sus derechohabientes, gozarán a partir de la entrada en vigor de la presente Ley del derecho a un 5 por 100 sobre el precio de las ventas que sucesivamente se realicen, a partir de la primera.

Art. 58.—Estará obligado al pago del porcentaje establecido en el artículo anterior el comprador de la obra de arte, la cual quedará afectada por dicha obligación.

Art. 59.—En el caso de que no se pueda realizar directamente el pago al autor o a sus derechohabientes, el comprador quedará liberado de tal obligación mediante la consignación en la Caja General de Depósitos de la Delegación de Hacienda de la Provincia o, en su caso, de la correspondiente Comunidad Autónoma, de la oportuna cantidad, a disposición de aquél o de quien legalmente ocupe su lugar o derecho.

Art. 60.—Para los efectos de lo dispuesto en los artículos anteriores, se entenderán como obras de arte, las comprendidas en los apartados g) y d) del artículo 17 de la presente Ley [g) las ilustraciones de cualquier clase; d) las obras escultóricas, bajo relieves y mosaicos, pictóricas, del arte del dibujo, del grabado, del grafismo, tapicería y de las artes figurativas, aplicadas y análogas, incluida la escenografía, aunque estén destinadas a la Industria, y siempre que su valor artístico pueda ser considerado con separación del carácter industrial del producto al que se encuentren anexas].

Art. 61.—El derecho a que se refieren los anteriores artículos es irrenunciable e intrasferible.

Art. 62.—Las disposiciones anteriores no son de aplicación a las obras de arquitectura, ni a las de ingeniería.

Art. 63.—El Ministerio de Cultura dictará las disposiciones que puedan ser necesarias para la eficacia de lo dispuesto en los artículos anteriores.»

d) *LPI de 1987*

d.1) *Primer Proyecto de Ley.*—«Art. 24.1.—En caso de reventa de obras de artes plásticas efectuada en pública subasta, en establecimiento mercantil o con la intervención de un comerciante o agente comercial, el autor tendrá derecho a exigir del vendedor una participación de un 2 por 100 del precio de enajenación, *si éste fuere superior a 500.000 pesetas.*

Las obras *de arte* aplicadas no se beneficiarán de lo dispuesto en el apartado anterior.

2. Los subastadores, comerciantes y agentes que intervengan en la reventa deberán facilitar al autor la información necesaria para la liquidación de su derecho, exhibiéndole los oportunos justificantes del cobro del precio de enajenación. Asimismo retendrán del precio de venta el porcentaje correspondiente y lo pondrán a disposición del autor. La acción para reclamar la citada participación prescribirá en el plazo de tres años.

3. Este derecho es irrenunciable *por anticipado* e intransmisible» (88).

d.2.) *Segundo Proyecto de Ley.* «Art. 24.1.—En caso de reventa de obras de artes plásticas efectuada en pública subasta, en establecimiento mercantil o con la intervención de un comerciante o agente comercial, el autor tendrá derecho a exigir del vendedor una participación de un 2 por 100 del precio de enajenación, *si éste fuere superior a la cantidad que reglamentariamente se establezca.*

Las obras *de artes* aplicadas no se beneficiarán de lo dispuesto en el párrafo anterior.

2. Los subastadores, comerciantes y agentes que intervengan en la reventa deberán facilitar al autor la información necesaria para la liquidación de su derecho, exhibiéndole los oportunos justificantes del cobro del precio de enajenación. Asimismo retendrán del precio de venta el porcentaje correspondiente y lo pondrán a disposición del autor. La acción para reclamar la citada participación prescribirá en el plazo de tres años, *a partir de la comunicación de la reventa.*

3. Este derecho es irrenunciable e intransmisible» (89).

d.3) *Normativa vigente.* Artículo 24 LPI (1987).—«1. En caso de reventa de obras de artes plásticas efectuada en pública subasta, en establecimiento mercantil o con la intervención de un comerciante o agente comercial, el autor tendrá derecho a exigir del vendedor una participación

(88) Se han destacado las frases o expresiones que más tarde desaparecerían o serían modificadas.

(89) Se han destacado las frases o expresiones que presentan alguna diferencia con el Primer Proyecto.

de un 2 por 100 del precio de enajenación, si éste fuere superior a la cantidad que reglamentariamente se establezca.

Las obras de artes aplicadas no se beneficiarán de lo dispuesto en el párrafo anterior.

2. Los subastadores, comerciantes y agentes que intervengan en la reventa deberán *comunicarla al autor directamente o por medio de la correspondiente entidad de gestión en el plazo de dos meses* y facilitarle la información necesaria para la liquidación de su derecho. Asimismo, retendrán del precio de venta el porcentaje correspondiente y lo pondrán a disposición del autor. La acción para reclamar la citada participación prescribirá a los tres años de la fecha de *notificación* de la reventa.

3. Este derecho es irrenunciable e intransmisible» (90).

Real Decreto 395/1988 de 25 de abril.—«Art. 1.º.—A los efectos prevenidos en el artículo 24.1 LPI, 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.

Art. 2.º.—Para la aplicación del 2 por 100 establecido en dicho artículo se tomará como base el precio de enajenación de la obra o el de su adjudicación, en el caso de subasta, sin previa deducción alguna.»

e) *Proyecto de reforma*

e.1.) *Borradores*.—Primer Borrador: «Art. 24.1.—Los autores de obras de artes plásticas tendrán un derecho de participación en el producto de toda reventa que de las mismas se realice en pública subasta o con la intermediación de un comerciante o agente dedicado habitualmente a esta actividad mercantil.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación a las obras de artes aplicadas.

La participación de los autores en las transacciones a que se refiere el párrafo primero será de un mínimo del 3 por 100 del producto de la venta, surgiendo el derecho a aquélla cuando esta última tenga una cuantía superior a 300.000 pesetas por obra vendida.

La adaptación periódica del porcentaje mínimo a que se refiere el párrafo anterior se realizará en la Ley de Presupuestos del ejercicio correspondiente.

Reglamentariamente se determinarán los elementos necesarios para la efectividad de este derecho.

2. El derecho establecido en el número anterior es irrenunciable, transmitiéndose únicamente *mortis causa* a los herederos forzosos.

3. El derecho se extinguirá transcurridos cincuenta años a contar desde el 1 de enero del año siguiente a aquél en que se produjo la muerte o la declaración de fallecimiento del autor.

(90) Se destacan las expresiones o frases que difieren del Proyecto.

4. Los intermediarios en la reventa de obras que genere el derecho regulado en este artículo, depositarán —en la forma que reglamentariamente se determine— el importe de la participación a que dicho derecho da lugar a la disposición de sus titulares. Estos podrán reclamarlo, por sí o por medio de sus representantes legales, dentro de los tres años siguientes al día en que se hubiese formalizado la venta. 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.»

Segundo Borrador: «Art. 24.1.—Los autores de obras 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 intermediación de un comerciante o agente mercantil.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación a las obras de artes aplicadas.

La participación de los autores en las transacciones a que se refiere el párrafo primero será de un mínimo del 3 por 100 del precio de la venta, surgiendo el derecho a aquélla cuando esta última tenga una cuantía superior a 300.000 pesetas por obra vendida.

La adaptación periódica del porcentaje mínimo a que se refiere el párrafo anterior se realizará en la Ley de Presupuestos del ejercicio correspondiente.

Reglamentariamente se determinarán los elementos necesarios para la efectividad de este derecho.

2. El derecho establecido en el número anterior es irrenunciable, transmitiéndose únicamente por sucesión *mortis causa*.

3. El derecho se extinguirá transcurridos sesenta años a contar desde el 1 de enero del año siguiente a aquél en que se produjo la muerte o la declaración de fallecimiento del autor.

4. Los intermediarios en la reventa de obras que genere el derecho regulado en este artículo, depositarán —en la forma que reglamentariamente se determine— el importe de la participación a que dicho derecho da lugar a la disposición de sus titulares. Estos podrán reclamarlo, por sí o por medio de las correspondientes entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, dentro de los tres años siguientes al día en que se hubiera formalizado la venta. 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.

Los intermediarios se considerarán depositarios del importe de dicha participación y deberán informar y comunicar periódicamente a los autores o a las correspondientes entidades de gestión los elementos esenciales para la fijación del mismo.»

e.2.) *Texto alternativo de las Entidades de gestión.* «Art. 24.1.—En el caso de reventa de obras de artes plásticas efectuada en pública subasta, en establecimiento mercantil o con la intervención de un comerciante o agente comercial, el autor tendrá derecho a percibir del vendedor una participa-

ción de un 3 por 100 del precio de la enajenación, si éste fuere igual o superior a la cantidad de 300.000 pesetas.

Lo dispuesto en el número anterior no será de aplicación a las obras de artes aplicadas.

2. El derecho establecido en el número anterior es irrenunciable, transmitiéndose únicamente por sucesión *mortis causa* durante el plazo de vigencia de los derechos de explotación de la obra.

3. El autor y sus derechohabientes ejercerán este derecho a través de una entidad de gestión, que actuará conjuntamente con cualquiera otra autorizada en el mismo sector de administración, quedando exonerados los obligados a su pago de toda responsabilidad en el caso de reclamación por cualquier titular, incluso extraño a la entidad o entidades.

Los subastadores, titulares de los establecimientos mercantiles, comerciantes o agentes que hayan intervenido en la reventa, deberán comunicarla a la entidad de gestión en el plazo de dos meses y facilitarle la información necesaria para la liquidación del derecho. Asimismo, cuando actúen por cuenta o encargo del vendedor, responderán solidariamente con éste del pago del derecho, a cuyo efecto retendrán del precio el porcentaje correspondiente. En todo caso, dicho porcentaje lo pondrán a disposición de la entidad de gestión, teniendo, mientras tanto, la cualidad de depositarios del mismo.

La acción para hacer efectiva, del vendedor o de los responsables de su pago, la citada participación, prescribirá a los tres años de la fecha de la comunicación de la reventa.»

e.3.) *Anteproyecto.* «Art. 24.1.—Los autores de obras 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 intermediación de un comerciante o agente mercantil.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación a las obras de artes aplicadas.

La mencionada participación de los autores será del 3 por 100 del precio de la reventa, y nacerá el derecho a percibir aquélla cuando dicho precio sea superior a 300.000 pesetas por obra vendida.

La revisión del porcentaje y de la cuantía a que se refiere el párrafo anterior se realizará en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

2. El derecho establecido en el número anterior es irrenunciable, y se transmitirá únicamente por sucesión *mortis causa*.

3. El derecho se extinguirá transcurridos sesenta años a contar desde el 1 de enero del año siguiente a aquél en que se produjo la muerte o la declaración de fallecimiento del autor.

4. Los subastadores, titulares de establecimientos mercantiles, comerciantes o agentes mercantiles que hayan intervenido en la reventa deberán comunicarla a la entidad o entidades de gestión correspondientes o, en su caso, al autor o sus derechohabientes, en el plazo de dos meses, y facilitarán la documentación necesaria para la práctica de la correspondiente liquidación. Asimismo, cuando actúen por cuenta o encargo del vendedor, responderán solidariamente con éste del pago del derecho, a cuyo efecto,

retendrán del precio la participación que proceda. En todo caso, se considerarán depositarios del importe de dicha participación.

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 comunicación 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.

5. Reglamentariamente se determinarán los elementos necesarios para la efectividad de este derecho» (91).

5.2. Textos internacionales

a) *Convenio de Berna*. «Art. 14 ter.—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 cesión 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 la medida en que la 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.»

b) *Ley Tipo de Túnez*. «Art. 4 bis.—1. Los autores de obras gráficas y plásticas (y de manuscritos) tendrán, no obstante una 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 pública subasta 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 artes aplicadas.

3. Las condiciones del ejercicio de este derecho estarán determinadas por un reglamento que promulgará la autoridad competente.»

(91) En una versión anterior el Anteproyecto presentaba ciertas diferencias con el texto reproducido: Hablaba de «adaptación periódica» del porcentaje «mínimo», omitiendo aludir al precio (cfr. art. 24.1, párrafo 3.º AP); incluía en el n.º 1 la remisión a normas reglamentarias que aquí aparece como n.º 5, y aludía a la retención como simple facultad («podrán retener», cfr. art. 24.4, párrafo 1.º AP).