

INCENTIVOS, COSTES DE TRANSACCIÓN Y *RENT-SEEKING* EN LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN DE ARTISTAS PLÁSTICOS

Antoni RUBÍ PUIG
Profesor Lector de Derecho Civil
Universitat Pompeu Fabra

RESUMEN: El objeto del trabajo es proporcionar un examen crítico de la regulación contenida en la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, a partir de tres instrumentos analíticos tradicionales en la literatura sobre *law and economics*: a) el juego de incentivos que las reglas generan para los autores plásticos, los adquirentes de obras de arte y otros participantes en el mercado; b) los costes de transacción aparejados a la gestión y recaudación del derecho; y c) la búsqueda de rentas que el sistema puede comportar para determinados sujetos, como los artistas de renombre y las entidades de gestión colectiva. El análisis de estos elementos permite concluir que la institución del *droit de suite* no se aviene demasiado bien con las teorías de los derechos de autor más difundidas, en especial, entra en contradicción tanto con el enfoque más utilitarista propio de la tradición del *common law*, centrado en el diseño eficiente de un sistema de incentivos a la creación, como con el enfoque deóntico de ascendente kantiano, basado en la personalidad y la autonomía del autor.

PALABRAS CLAVE: derecho de participación, *droit de suite*, derechos de autor, análisis económico del derecho, incentivos, costes de transacción, VEGAP.

SUMARIO: I. CONCEPTO, FUENTES Y NATURALEZA DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN. 1. CONCEPTO. 2. FUENTES. 3. NATURALEZA. II. FUNDAMENTOS DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN. 1. ARGUMENTOS A FAVOR DEL *DROIT DE SUITE*. 1.1. *Artistas pobres y artistas explotados*. 1.2. *Agravios comparativos y equilibrio de la situación económica con otros creadores*. 1.3. *Enriquecimiento injusto y participación subsiguiente del artista en la creación de valor*. 1.4. *Información*. 2. ARGUMENTOS EN CONTRA DEL *DROIT*

DE SUITE. 2.1. Economía del derecho de participación y análisis de incentivos. 2.2. Afectación del mercado. 2.3. Public choice y auténticos beneficiarios del derecho de participación. 2.4. Costes del sistema. III. EL ÚLTIMO LAUDEMIO: UNA APROXIMACIÓN A LA LEY 3/2008, DE 23 DE DICIEMBRE, RELATIVA AL DERECHO DE PARTICIPACIÓN EN BENEFICIO DEL AUTOR DE UNA OBRA DE ARTE ORIGINAL. 1. ÁMBITO OBJETIVO DEL DERECHO. 1.1. Obras. i) Concepto amplio de obra. ii) Obras de arte aplicado y otras reproducibles en serie. iii) Exclusión de manuscritos, obras arquitectónicas y obras generadas sin intervención humana. 1.2 Actos de reventa. i) Primer acto transmisor. ii) Segundo acto transmisor. iii) Exigencia de participación de profesionales en la reventa. 1.3. Precio de reventa y cálculo del importe del derecho. i) Precio de reventa. ii) Reventas excluidas por razón del precio. iii) Cálculo del importe del derecho. 2. BENEFICIARIOS DEL DERECHO. 2.1. Obras en coautoría. 2.2. Derechohabientes. 3. DURACIÓN. 4. OBLIGADOS AL PAGO DEL DERECHO Y GESTIÓN COLECTIVA. 4.1. Obligados al pago del derecho. 4.2. Prescripción de la acción. 4.3. Gestión colectiva del derecho de participación. 4.4. El Fondo de Ayuda a las Bellas Artes. IV. BIBLIOGRAFÍA.

ABSTRACT: This article aims at providing a critical assessment of the Spanish Act 3/2008, December 23rd, on the resale right for the benefit of the author of an original work of art, by especially examining three analytical elements that have become conventional in the law and economics scholarship: a) the set of incentives that the Act's rules create for artists, artworks purchasers and other stakeholders in the art market; b) the transaction costs involved in the management and collection of resale right royalties; and c) the rent-seeking opportunities for some agents such as renowned artists and collecting societies. A closer inspection of those elements shows how an institution as the *droit de suite* challenges the most prominent copyright theories and, in particular, how it conflicts with both the utilitarian common law approach focused on the efficient device of incentives to creation and the Kantian deontological approach based in author's personality and autonomy.

KEYWORDS: resale right, *droit de suite*, copyright, law and economics, incentives, transaction costs, VEGAP.

CONTENTS: I. DEFINITION OF THE RESELL RIGHT, LEGAL SOURCES AND INALIENABILITY. 1. DEFINITION. 2. LEGAL SOURCES. 3.

INALIENABILITY. II. RESALE RIGHT'S FOUNDATIONS. 1. ARGUMENTS IN FAVOR OF *DROIT DE SUITE*. 1.1. *Starving artists and exploited artists*. 1.2. *Redressing the balance between authors of graphic and plastic works of art and other creators*. 1.3. *Unjust enrichment and artist's value-enhancing activities*. 1.4. *Information*. 2. ARGUMENTS AGAINST *DROIT DE SUITE*. 2.1. *The economy of resale rights and incentives analysis*. 2.2. *Impact on markets*. 2.3. *Public choice theory and the true beneficiaries of resale rights*. 2.4. *Transaction costs*. III. THE LAST OF THE LIENS: A DISCUSSION OF THE SPANISH ACT 3/2008, DECEMBER 23RD, ON THE RESALE RIGHT FOR THE BENEFIT OF THE AUTHOR OF AN ORIGINAL WORK OF ART. 1. SUBJECT-MATTER OF THE RESALE RIGHT. 1.1. *Original works of art*. i) A wide concept of work. ii) Applied arts and serial works of art. iii) Exclusion of manuscripts, architecture works and works generated by computer in circumstances such that there is no human author. 1.2 *Acts of resale*. i) First ownership transfer. ii) Second ownership transfer. iii) Necessary professional involvement in the resale. 1.3. *Resale price and calculation basis*. i) Resale price. ii) Excluded resales and threshold. iii) Calculation basis for royalties. 2. PERSONS ENTITLED TO RECEIVE ROYALTIES. 2.1. *Coauthors*. 2.2. *Successors*. 3. TERM OF PROTECTION. 4. LIABILITY FOR ROYALTY PAYMENT AND COLLECTIVE MANAGEMENT. 4.1. *Liability for royalty payment*. 4.2. *Statutes of limitations*. 4.3. *Collecting societies*. 4.4. *The Fund Supporting the Arts*. IV. REFERENCES.

I. CONCEPTO, FUENTES Y NATURALEZA DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN

1. CONCEPTO

En algunos ordenamientos, como el español, los artistas plásticos son titulares de un derecho de participación (*droit de suite*, *resale royalties*, *Folgerecht*, *direito de sequência*), esto es, de un derecho de contenido patrimonial, habitualmente de naturaleza inalienable e irrenunciable, que les hace acreedores de un porcentaje del precio de reventa de sus obras en el mercado secundario¹.

¹ Paul KATZENBERGER, «§ 26 UrhG», en Gerhard SCHRICKER, *Urheberrecht Kommentar*, 3ª edición, C.H. Beck, München, 2006, §26 UrhG, Rn 1): «Das *Folgerecht* ist das Recht des Urhebers eines Werkes der bildenden Künste auf eine Geldleistung bei Weiterveräußerung des Original des Werkes»; Gunda DREYER, «§ 26 UrhG», en Gunda DREYER, Jost KOTTHOFF y Astrid MECKEL (Coord.), *Heidelberger Kommentar zum Urheberrecht*, 2ª edición, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2009, §26 UrhG, Rn 1): «[D]as Recht des Urhebers eines Werkes der bildenden Künste auf Beteiligung am Veräußerungserlös seines

2. FUENTES

En la Unión Europea, la Directiva 2001/84/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original², armonizó el derecho de participación en los Estados miembros e instauró, no sin polémica, un nuevo campo de juego: antes de la Directiva, once de los entonces quince Estados miembros preveían esta institución³. En el momento de la promulgación, carecían de *droit de suite* el Reino Unido, Irlanda, Austria y Holanda, aunque en la práctica sólo se aplicaba en nueve estados⁴.

En España, el derecho está hoy regulado en la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de

Werkes»; y Henry HANSMANN y Marina SANTILLI, «Royalties for Artists versus Royalties for Authors and Composers», *Journal of Cultural Economics*, Vol. 25 num. 4 (2001), págs. 259-281 (también disponible en www.ssrn.com, por donde se cita, pág. 1): «*This royalty right typically consists of a claim to a given fraction of either the gross or net proceeds received for a work by the artist when the current owner of the work resells it*».

² Directiva 2001/84/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original (DO L 272/32 de 13.10.2001).

³ Para un estudio de los diferentes regímenes nacionales europeos antes de la Directiva, así como las características de la figura en otros derechos, véase Liliane DE PIERREDON-FAWCETT, *The Droit de Suite in Literary and Artistic Property. A Comparative Law Study*, Center for Law and the Arts, Columbia University School of Law, New York, 1991. Antes, véase el trabajo clásico de Jean-Louis DUCHEMIN, *Le Droit de Suite des Artistes*, Éditions Ramgal, Thuilleries, París, 1948.

⁴ Michael RAYMOND y Serge KANCEL, *Le droit de suite et la protection sociale des artistes plasticiens*, Inspection générale des affaires sociales/Inspection générale de l'administration des affaires culturelles, Avril 2004, pág. 8 (<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/044000267/0000.pdf>). Sin embargo, este dato no es uniforme en la literatura: Clare McANDREW y Lorna DALLAS-CONTE señalan que el derecho de participación era aplicado en ocho Estados miembros [Clare McANDREW y Lorna DALLAS-CONTE, *Implementing the Droit de Suite (artists' resale right) in England*, The Arts Council of England, 2004, pág. 15 (<http://www.artscouncil.org.uk/documents/publications/325.pdf>)]. Por su parte, Alexander WEATHERALL, siguiendo el informe elaborado por el *Institut für Wirtschaftsforschung*, afirma que sólo se aplicaba efectivamente en cinco Estados [Alexander WEATHERALL, «Harmonising the Droit de Suite; a Legal and Economic Analysis of the EC Directive and an Overview of the Recent Literature», *German Working Papers in Law and Economics* 22, 2003, pág. 4 (www.bepress.com)]. Finalmente, Liliane DE PIERREDON-FAWCETT, *op. cit.*, pág. 106, reducía el número a cuatro. De acuerdo con Ramon CASAS, el derecho de participación, en la actualidad, está reconocido, además de en los veintisiete Estados de la Unión Europea, en el Espacio Económico Europeo (Islandia, Liechtenstein y Noruega), Croacia, Mónaco, Montenegro, Rusia, Serbia, Argelia, Burkina Fasso, Congo, Costa de Marfil, Guinea, Madagascar, Mali, Marruecos, Senegal, Túnez, Turquía, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, Perú, Uruguay, Irak, Filipinas, Laos y California (Ramon CASAS VALLÈS, «Comentario al artículo 24», en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª edición, Tecnos, Madrid, 2008, pág. 414, n. 18). Para una lista de los ordenamientos que prevén el derecho, véase asimismo <http://www.dacs.org.uk/pdfs/ARR%20countries.pdf> (consultado en 30 de mayo de 2011).

arte original⁵, que, con casi tres años de retraso, transpuso al ordenamiento español la Directiva 2001/84/CE⁶.

En el plano internacional, el derecho de participación está reconocido en el artículo 14ter del Convenio de Berna⁷, en cuyo articulado fue introducido por el Acuerdo de Bruselas de 1948. La aplicación del Convenio es residual: en éste, el derecho de participación carece de carácter imperativo para los Estados parte

⁵ Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original (BOE núm. 310, de 25.12.2008). Para los antecedentes históricos del derecho en el ordenamiento español, véase, por todos, Ramon CASAS, «Comentario al artículo 24», 3ª edición, *op. cit.*, pág. 420. El derecho de participación fue reconocido por primera vez en el derecho español mediante la Ley de Propiedad Intelectual de 1987. El régimen previsto en el texto de 1987 fue modificado por Ley 20/1992, de 7 de julio, y, a los pocos meses, se aprobó el Real Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre, de desarrollo de los artículos 24, 25 y 140 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de propiedad intelectual, en la versión dada a los mismos por la Ley 20/1992, de 7 de julio (BOE núm. 301 de 16.12.1992), que desarrollaba el régimen jurídico del derecho de participación. El régimen legal del derecho se incorporó finalmente al artículo 24 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (BOE núm. 97, de 22.4.1996), en adelante, TRLPI), que junto al RD 1434/1992, constituyeron las reglas de aplicación al *droit de suite* en el ordenamiento español, incluso después del plazo para transponer la Directiva de armonización comunitaria.

⁶ La Directiva establecía el 1 de enero de 2006 como plazo para la transposición interna de su contenido y, ante el retraso del Estado español, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, a petición de la Comisión, resolvió condenarlo en Sentencia de 31.1.2008 (Asunto C-32/07, *Comisión c. Reino de España*) (DO C-79 29.3.2008, p. 6). En el procedimiento, el Tribunal rechazó la argumentación del Abogado del Estado, para quien la regulación contenida en el antiguo 24 TRLPI y en el RD 1434/1992 suplía de suyo la falta de incorporación de la Directiva, a pesar de las varias contradicciones entre las regulaciones nacional y comunitaria. Antes de la promulgación de la Ley 3/2008, el legislador español había contado con varias oportunidades para transponer la Directiva. La mejor ocasión hubiera sido tal vez aprovechar las reformas operadas por las *Leyes 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios* (BOE núm. 134, de 6.6.2006) o *23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril* (BOE núm. 162, de 8.7.2006), que modificaban el TRLPI a los efectos de implementar en el ordenamiento español respectivamente la Directiva 2004/48/CE, de 29 de abril de 2004, relativa a las medidas y procedimientos destinados a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual y la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. De hecho en algún Borrador de Modificación del TRLPI se incluía la reforma de su artículo 24 para la implementación de la Directiva (Ramon CASAS, «Comentario al artículo 24», 3ª edición, *op. cit.*, págs. 411-412). Finalmente, el legislador español optó por la promulgación de una ley especial en lugar de modificar el artículo 24 TRLPI. La opción tomada, motivada por el temor a abrir la caja de los truenos de una reforma de la ley en un momento y contexto político no oportunos, es criticable desde el punto de vista de la técnica legislativa utilizada y por alentar la dispersión normativa en la materia. Cfr., durante la tramitación parlamentaria de la Ley 3/2008, la enmienda núm. 15 presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), que proponía la modificación del artículo 24 por razones de seguridad jurídica y economía legislativa. (BOCG, Congreso, Serie A, núm. 6-5 de 30.10.2008, pág. 6).

⁷ Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas, de 9 de septiembre de 1886.

y queda sólo sujeto al principio de reciprocidad: «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».

3. NATURALEZA

El artículo 1.1 de la Directiva 2001/84/CE define el derecho de participación como «un derecho inalienable e irrenunciable, incluso por adelantado, a percibir un porcentaje sobre el precio de venta obtenido en cualquier reventa de que sea objeto la obra tras la primera cesión realizada por el autor». Se trata, por supuesto, del mismo concepto utilizado por el legislador español en el artículo 1 de la Ley 3/2008: «[...] derecho a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa que de las [obras de arte gráficas o plásticas] se realice tras la primera cesión realizada por el autor», así como en el artículo 6: «[e]l derecho de participación es inalienable, irrenunciable [...]».

La Directiva 2001/84/CE configura el derecho de participación como «parte integrante de los derechos de autor» (considerando cuarto)⁸ y ésta ha sido su

⁸ Desde el punto de vista del derecho español, puede sorprender la referencia en el artículo 10 de la Directiva a las obras que «cumplan [...] los criterios de protección establecidos en esta Directiva», que puede construirse como una categoría diferente a las obras protegidas mediante derechos de autor. Toda la tipología de obras contenida en el artículo 2 de la Directiva es susceptible de ser protegida mediante derechos de autor en el ordenamiento español (Cfr. artículo 10.1 e) TRLPI) y, por consiguiente, la disyunción prevista en el artículo 10 de la Directiva sería totalmente prescindible. Sin embargo, la finalidad del artículo 10, introducido en la Posición Común del Consejo de 19 de junio de 2000, era dilucidar con la mayor claridad posible las dudas acerca del ámbito objetivo y la aplicación retroactiva del derecho. Sobre ello, véase Wladimir DUCHEMIN, «La directive communautaire sur le droit de suite», *Revue Internationale du Droit d'Auteur (RIDA)*, 191, enero 2002, p. 107. Así, el derecho de participación puede devengarse en reventas de obras creadas antes de la fecha prevista para el cumplimiento de la Directiva por los Estados miembros [1 de enero de 2006] que cumplan los criterios de protección establecidos por la Directiva, con independencia de si en esa fecha estaban protegidas o no por las leyes nacionales. Los supuestos que pueden dar lugar a la aplicación de la regla son probablemente escasos, pero no puede desconocerse que algún ordenamiento pueda rechazar el carácter original —y, en efecto, la protección por derechos de autor— a algunas obras comprendidas en la Directiva, como los grabados o las litografías. La fórmula utilizada por el artículo 10 de la Directiva, con el objeto de armonizar el derecho en la Unión, puede encontrarse en otros textos comunitarios, como por ejemplo, el artículo 10.1 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información; artículo 11 de la Directiva 2006/115/CE del Parlamento

sede tradicional en el derecho español⁹. Parte de la literatura se ha preocupado de la naturaleza de este derecho de autor y, en especial, sobre su relación con los llamados derechos *morales*.

Siguiendo una interpretación sistemática del TRLPI, la doctrina mayoritaria configuraba al derecho de participación como un derecho patrimonial con características que lo aproximan a los derechos morales como son la inalienabilidad y la irrenunciabilidad: se trataría de un *tertium genus* a medio camino entre el derecho moral (TRLPI, Libro Primero, Título Segundo, Capítulo III, Sección Primera) y los derechos de explotación (*idem*, Sección Segunda)¹⁰. Sin embargo, María Victoria ROCHA¹¹, al interpretar el antiguo artículo 24 TRLPI, apuntaba tres argumentos para defender su carácter exclusivamente patrimonial: a) su duración *post mortem* es de 70 años como los derechos de explotación (artículos 24.3 y 26 TRLPI); b) es posible su transmisión *mortis causa*; y, finalmente c) el artículo 147 TRLPI, al enumerar las competencias de los órganos de gestión, se refiere a ellos como «otros [derechos] de carácter patrimonial». Para esta autora, las notas de inalienabilidad e irrenunciabilidad¹² deben entenderse como añadidos necesarios para la eficacia del derecho. Asimismo, Ramon CASAS es rotundo en afirmar que no deben buscarse pretendidos parentescos con el derecho moral de autor y que el derecho de participación puede incluirse en los llamados derechos de simple remuneración¹³.

Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual; y artículo 10.2 de la Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines.

⁹ Para un análisis de la evolución legislativa en el derecho español, véanse, especialmente, Ramon CASAS, «Comentario al artículo 24», 3ª edición, *op. cit.*, págs. 420-421; y María Victoria ROCHA, «Derecho de participación (*droit de suite*): análisis do artigo 24 do «Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual» (TRLPI)», *ADI* Tomo XXI, 2000, págs. 147-184.

¹⁰ En el mismo sentido, véase la sentencia del BGH alemán de 16 de junio de 1994 en el caso *Joseph Beuys* (NJW 1994, p. 2889), en la que, entre otras cuestiones, se planteaban los efectos del derecho de participación contenido en la legislación alemana en el desplazamiento de las reventas de arte a países que carecieran de la institución, particularmente, el Reino Unido. El valor del derecho de participación reclamado por la reventa de la obra de Beuys ascendía a casi 64.000 marcos alemanes (aprox. 32.700 euros).

¹¹ María Victoria ROCHA, *op. cit.*, pág. 154.

¹² Sin recurrir ahora a examinar las consecuencias de articular el derecho de participación mediante una regla de inalienabilidad (véase *infra*), no podemos dejar de mencionar que algunos ordenamientos jurídicos permiten la renuncia de derechos morales por parte de artistas plásticos (así, sucede en Canadá con los derechos de integridad y autoría (sec. 14.1 (2) *Copyright Act*) y que en otros, el *droit de suite* es transmisible (sec. 986a *California Civil Code*). Tampoco puede olvidarse que los derechos morales no son neutros patrimonialmente: sobre el análisis económico de los derechos morales y su influencia en la obra del artista, véanse Henry HANSMANN y Marina SANTILLI, «Authors' and Artists' Moral Rights: A Comparative Legal and Economic Analysis», 26 *Journal of Legal Studies* 95 (1997); y William M. LANDES y Richard A. POSNER, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2003 (se cita por traducción de Víctor Manuel Sánchez Álvarez, *La estructura económica del Derecho de propiedad intelectual e industrial*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2006, especialmente, págs. 351-380).

¹³ Ramon CASAS, «Comentario al artículo 24», 3ª edición, *op. cit.*, pág. 421. Menos rotundo, pero en el mismo sentido, Javier GUTIÉRREZ VICÉN, «Comentario al artículo 24», en José María RODRÍGUEZ

II. FUNDAMENTOS DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN

Los fundamentos del derecho de participación son muy discutidos, a pesar de que la mayoría de doctrina española que se ha ocupado de aquél parece dar a entender lo contrario¹⁴. En este sentido, una nutrida literatura especializada cuestiona la bondad económica de la institución, así como su utilidad para alcanzar los fines que de ordinario se le atribuyen.

De hecho, es posible concluir que la institución del *droit de suite* no se aviene demasiado bien con las teorías de los derechos de autor más difundidas, en especial, entra en contradicción tanto con el enfoque más utilitarista propio de la tradición del *common law*, centrado en el diseño eficiente de un sistema de incentivos a la creación, como con el enfoque deóntico de ascendente kantiano, basado en la personalidad y la autonomía del autor¹⁵. En relación con el primero, y como se dirá, reduce los incentivos que puedan tener los autores para crear nueva obra, sin que, en contraprestación, se produzca un impacto sustancial en las posibilidades de terceros de acceder a la expresión original. En relación con el segundo, la objeción es más ambigua. Dada la ductilidad de conceptos como «personalidad» y «dignidad humana»¹⁶, los argumentos que pueden esgrimirse en contra o a favor del derecho de participación pueden construirse *ad hoc*: por una parte, el derecho subraya la conexión del autor con su obra y la facultad de seguirla en su devenir comercial; pero, por otra parte, el carácter inalienable del derecho de participación comporta la imposibilidad de ejercer su autonomía personal y de

TAPIA (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, págs. 194-195.

¹⁴ Dos destacadas excepciones son Joaquín RAMS ALBESA, «Comentario al artículo 24» en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo V, Vol 4º-A: Artículos 428 y 429 del Código Civil y Ley de Propiedad Intelectual, EDERSA, Madrid, 1994; y Ramon CASAS, «Comentario al artículo 24», en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1997. Véanse asimismo, Ramon CASAS VALLÈS, «El derecho de participación de los artistas plásticos (Droit de suite) en la Ley de Propiedad Intelectual: Bases teóricas», en Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Derechos del artista plástico*, Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 67-122; y Ramon CASAS, «Comentario al artículo 24», 3ª edición, *op. cit.*

¹⁵ Sobre las teorías y fundamentos de los derechos de autor, véanse William W. FISHER III, «Theories of Intellectual Property», en Stephen MUNZER (Ed.), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge University Press, 2001 (también disponible en <http://cyber.law.harvard.edu/people/ffisher/liptheory.pdf>), Mark A. LEMLEY, «Ex Ante Versus Ex Post Justifications for Intellectual Property», 71 *University of Chicago Law Review* 129 (2004), y, entre nosotros, Juana MARCO MOLINA, «Bases históricas y filosóficas y precedentes legislativos del derecho de autor», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 47, 1994, págs. 121-208.

¹⁶ Véase para un análisis de las diferentes concepciones de la autonomía personal, Richard H. FALLON, JR., «Two Senses of Autonomy», 46 *Stanford Law Review* 875 (1994). Otras referencias indispensables en la materia son Gerald DWORKIN, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge University Press, Cambridge/New York, 1988; Joseph RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford/New York, 1986; John CHRISTMAN, «Constructing the Inner Citadel: Recent Work on the Concept of Autonomy», 99 *Ethics* 109 (1988) y Joel FEINBERG, *Harm to Self. The Moral Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford/New York, 1984.

desarrollar su personalidad en primer término. Que prime una u otra faceta de la autonomía personal es una cuestión valorativa, abonada a la ideología, que puede mitigarse, sin embargo, recurriendo a consideraciones de corte empírico¹⁷.

Las páginas que siguen recurren al instrumental propio del análisis económico del derecho¹⁸ para poner de relieve los efectos probables que una regulación imperativa como la contenida en la Directiva 2001/84/CE y, por ende, en la Ley 3/2008, conlleva en el comportamiento de los agentes del mercado del arte. El análisis es, pues, principalmente descriptivo: el juego de incentivos que genera el derecho de participación y el incremento de costes de transacción derivados de su implementación y gestión no nos hacen a todos más ricos —ni siquiera hacen más ricos a *todos* los artistas—; de ahí que, en los ordenamientos que carecen de una regulación legal en la materia, los artistas en los contratos que suscriben no pacten royalties derivados de futuras reventas de sus obras¹⁹. La regulación puede entonces, entenderse, como meramente redistributiva de rentas. Ante tal resultado, el análisis propuesto sirve para legitimar interpretaciones restrictivas de las reglas imperativas²⁰: el hecho de que la regulación del *droit de suite* sea ineficiente no faculta al juez a dejar de aplicar el derecho, pero sí, una vez puestos de manifiesto los costes generados por la regulación, optar por aquellas interpretaciones que los minimicen.

¹⁷ Véase Yochai BENKLER, «Siren Songs and Amish Children: Autonomy, Information, and Law», 76 *New York University Law Review* 23 (2001), pág. 32; quien apunta que a partir de un concepto tan nebuloso y vago como el de autonomía se hace difícil extraer una guía normativa aceptable para la evaluación de medidas de política legislativa en la regulación de las tecnologías de la información.

¹⁸ Ramon CASAS ha destacado el predominio del análisis económico del derecho en las críticas al *droit de suite*: «[...] los detractores del derecho —sobre los que parece haber recaído la carga de la prueba— oponen una cadena sucesiva de objeciones, entre las que últimamente han adquirido un relevante papel las consideraciones de orden económico; sobre todo en el ámbito angloamericano, poco proclive a dejarse deslumbrar por construcciones que no sean capaces de demostrar su valía en el mercado. A la *lógica dogmática* —que a veces sucumbe a una cierta estética del *sistema*— ha venido así a oponerse una *lógica económica*, para la que el derecho de participación no sería más que el *ineficiente* resultado de análisis desconectados de la realidad y sólo favorecedores de la *burocracia cultural* encarnada en las sociedades de gestión» (Ramon CASAS, «Comentario al artículo 24», 2ª edición, *op. cit.*, pág. 476, énfasis en el original).

¹⁹ Por supuesto, el principio de eficacia relativa de los contratos puede suponer un obstáculo a la implementación contractual de un *droit de suite*. Frente a la oponibilidad *erga omnes* o la reparatoriedad de un derecho establecido legalmente, la capacidad de obligar a terceros —eventuales adquirentes en la cadena transmisiva de la obra— por medio del contrato es mucho más limitada. Sin embargo, véase Henry HANSMANN y Reinier KRAAKMAN, «Property, Contract, and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights», 31 *Journal of Legal Studies (Supp.)*, S373 (2002); quienes ensayan formulas para el diseño contractual de derechos de participación de los artistas plásticos en la reventa de sus obras.

²⁰ Sobre la cuestión, véanse Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, «Imperialismo económico y dogmática jurídica», *Revista de Derecho Mercantil* núm. 223 (1999), págs. 925-976; y Cándido PAZ-ARES, «Principio de eficiencia y Derecho Privado», en *Estudios en homenaje a M. Broseta*, Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 2843-2900.

En la segunda parte del trabajo, se discuten algunas formas de interpretación restrictiva de la norma española, como, por ejemplo, el tipo de obras cuya reventa genera derechos de participación o el tipo de actos de transmisión que pueden considerarse una reventa a los efectos de la normativa. Asimismo, también se proponen interpretaciones de la Ley 3/2008 que minimizan las restricciones a la autonomía individual y a la libertad de configuración de las facultades del titular, en especial, en el ámbito *post mortem* y en la gestión colectiva voluntaria del derecho.

1. ARGUMENTOS A FAVOR DEL *DROIT DE SUITE*

1.1. *Artistas pobres y artistas explotados*

El derecho de participación es, en buena medida, consecuencia del mito del artista pobre (*genius in the garret, the starving artist*)²¹. Se cuenta que el *droit de suite* tiene su origen en Francia después de que la sociedad parisina descubriera que la nieta de Jean-François Millet (1814-1875) vivía en extrema pobreza mientras el magnífico *Angelus* pintado por su abuelo acababa de ser vendido por una cifra astronómica.

A partir de un artículo publicado por Albert Vaunois, abogado, en la *Chronique de Paris* el 25 de febrero de 1893, apoyando la protección social de los artistas²², el diputado Abel Ferry (1881-1918) reelaboró la idea y presentó una iniciativa de ley de reconocimiento de derechos de participación a los artistas plásticos, cuyo debate fue interrumpido por la Primera Guerra Mundial. Después de la guerra, el entonces diputado y después ministro León Bérard (1876-1960) recuperó la iniciativa, que, tras ser aprobada por las cortes, resultó en la *Loi du 20 mai 1920*.

Algunos autores han sugerido un origen exclusivamente sentimental del *droit de suite*²³. Así, su implantación legal traería causa de las reacciones a una viñeta del dibujante Jean-Louis Forain (1852-1931) titulada «Une séance de l'Hotel des ventes», que mostraba a dos niños en harapos frente a una casa de subastas en la que se adjudicaba una obra a un precio astronómico y uno de ellos decía al otro: «¡Mira, un cuadro de papá!»:

²¹ En términos de Monroe E. PRICE, tales argumentos constituyen las bases de la «teología del *droit de suite*». Véase Monroe E. PRICE, «Government Policy and Economic Security for Artists: The Case of the Droit de Suite», 77 *Yale Law Journal* 1333 (1968).

²² Liliane DE PIERREDON-FAWCETT, *op. cit.*, pág. 2; y Jonathan TEPPER, «Le Droit de Suite: An Unartistic Approach to American Law», Working paper, 2007, págs. 9-12 (http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=jonathan_tepper).

²³ Sobre ello, David RANGEL MEDINA, «El droit de suite de los autores en el derecho contemporáneo», *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 19, 1988-1989, págs. 429-450 (disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/19/pr/pr27.pdf>).



Así pues, en plena consolidación sociocultural —gracias, en buena parte, al éxito cosechado por Giacomo Puccini con *La bohème*²⁴—, de la mitología del genio pobre²⁵, dispuesto a sacrificar bienestar, salud y la propia vida en pro del arte, surgía el primer esquema legal que ofrecía a los artistas y a sus allegados una nueva fuente de ingresos: el éxito sobrevenido o incluso póstumo²⁶. Efectivamente, uno de los cometidos expresados en la Ley de 1920 era proveer de asistencia social a las viudas y huérfanos de los artistas franceses fallecidos en combate²⁷.

²⁴ El argumento de la ópera, estrenada en Turín en 1896 e interpretada en París por primera vez en 1898 con una traducción al francés de Paul Ferrier, se basaba en la novela *Scènes de la vie de bohème* (1851), de Henry Murger, muy popular en París, gracias a su adaptación teatral.

²⁵ Sobre la influencia de la situación económica de la Francia posbélica en el nacimiento de la institución, véase RAMS ALBESA, *op. cit.*. Por su parte, Alexander WEATHERALL, *op. cit.*, pág. 6, destaca el declive de los Salones de París como otra de las razones a tener en cuenta.

²⁶ Sobre el análisis del papel de los descendientes y otros causahabientes del autor y los derechos de propiedad intelectual, véase Deven R. DESAI, «Copyright's Hidden Assumption: A Critical Analysis of the Foundations of Descendible Copyright», *Thomas Jefferson School of Law Research Paper No. 1353746*, 2009 (disponible en <http://ssrn.com/abstract=1353746>).

²⁷ Este mismo argumento —evitar situaciones de pauperismo de artistas y de los suyos cuando otros especulan con el producto del esfuerzo de aquéllos— se ha utilizado en la última década para apoyar la introducción de un *droit de suite* en Australia en relación con las obras de arte aborígenes y ha servido para la promulgación de la *Resale Royalty Right for Visual Artists Act 2009* (Cth), que entró en vigor el pasado 9 de junio de 2010. En los últimos años, los precios de obras de arte producidas por indígenas han alcanzado elevadas cifras en el mercado secundario. Por ejemplo, la obra *Water Dreaming of Kalipinyapa* de Johnny Warangkula Tjupurrula (1925-2001) fue subastada en 1997 en Sotheby's de Sydney por 210.000 dólares australianos (unos 130.000 euros). Tres años más tarde volvió a salir a subasta y vendida por 486.500\$. Tjupurrula la había vendido en 1972 por 150 \$.

Los críticos del *droit de suite* contraargumentan que las características del mercado de arte, tanto en las primerías del siglo XX como en las del XXI, desmienten el mito del artista pobre, que reducen a constructo social o ficción artística²⁸. Situaciones extremas como la de Vincent Van Gogh (1853-1890), Henri de Toulouse-Lautrec (1864-1901) o Charles Méryon (1821-1868) respondían más a problemas psiquiátricos que a las fuerzas del mercado del arte. Además, estudios empíricos muestran cómo los ingresos de un artista no difieren en exceso de los obtenidos en otros sectores de la economía²⁹.

La mitología del artista pobre se ha complementado con la del artista explotado. Así, vinculado con la asistencia social al artista, algunos autores defienden que el derecho de participación opera como remedio *ex post* al poder monopsonico de los marchantes y galeristas —esto es, la posibilidad que uno o unos pocos compradores puedan fijar el precio de adquisición de las obras—, y su consecuente superioridad en la negociación (*bargaining power*) frente a los creadores visuales. La existencia de monopolios es comúnmente tratada en la literatura del análisis económico del derecho como uno de los fallos de mercado que, junto a las asimetrías informativas y a la infraproducción de bienes públicos, respaldan *normativamente* la intervención del Estado. En efecto, la existencia sistémica de diferencias significativas en el poder de negociación de las partes justificaría el establecimiento en este ámbito de una transferencia futura de riqueza articulada mediante una regla de inalienabilidad (diseñada especialmente para el ahorro de costes de transacción), que velara por la justicia distributiva en el mercado del arte³⁰. Así las cosas, un sistema imperativo de *droit de suite* califica a los artistas como malos negociantes, como «incapaces» necesitados de la intervención paternalista del Estado³¹.

²⁸ John Henry MERRYMAN y Albert E. ELSEN, *Law, Ethics and the Visual Arts*, 4th ed., Kluwer Law International, Londres/La Haya/New York, 2002, págs. 491-492.

²⁹ Randall K. FILER, «The 'Starving Artist' – Myth or Reality? Earnings of Artists in the United States», 94 *Journal of Political Economy* 56 (1986).

³⁰ Mas, como se dirá, no existe evidencia empírica de ninguno de los tres fundamentos que respaldan normativamente la adopción de una *inalienability rule*: necesidad de paternalismo, exigencias de justicia distributiva o frenos jurídicos a monopolios. Por todos, Susan ROSE-ACKERMAN, «Inalienability and the Theory of Property Rights», 85 *Columbia Law Review* 931 (1985). Véase también Michael RUSHTON, «The Law and Economics of Artists' Inalienable Rights», 25 *Journal of Cultural Economics* 243 (2001). El reverso de la inalienabilidad, la contratación forzosa, también puede encontrar su fundamento en la existencia de monopolios, además de la reducción de costes de transacción. Ante el riesgo de que el titular de los derechos pueda abusar de su posición (*hold-up*), el ordenamiento establece un sistema de licencias obligatorias con remuneración al titular o sin remuneración (además de la limitaciones a los derechos de autor; los derechos de cita y parodia son analíticamente licencias obligatorias de uso a precio 0). Sobre ello, véase el influyente artículo de Wendy J. GORDON, «Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors», 82 *Columbia Law Review* 1600 (1982).

³¹ No está de más recordar las palabras del Juez Felix Frankfurter en el asunto *Fred Fisher Music Co. v. M. Witmark & Sons* (318 U.S. 643 (1943)), sentencia del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos cuyo objeto era la discusión sobre el carácter inalienable o no de la facultad de renovar los derechos de autor sobre una obra musical. En el caso, el Tribunal se pronunció a favor de la libre transmisibilidad de la facultad y señaló, entre otras consideraciones, las que

En contra, sin embargo, se ha subrayado la falta de evidencia empírica en cuanto al carácter monopsónico de la demanda en el *mercado primario* de arte³². Además, el argumento olvida el funcionamiento habitual de este mercado: raramente un galerista adquiere en virtud de una compraventa obras a un artista; las recibe para su venta y recibe una comisión por ello. Por consiguiente, el monopsonio se ejercería³³, en su caso, sobre el porcentaje de la comisión y el diseño de los contratos de exclusividad³⁴.

Por otra parte, se ha señalado que los artistas disponen de otros mecanismos para evitar que sólo los compradores iniciales se beneficien de su reputación artística: aquéllos pueden producir nuevas obras y venderlas³⁵ o pueden almacenar estratégicamente parte de su obra para comerciar con ella en el futuro³⁶

siguen: «Si un autor no puede ceder válidamente su derecho de renovación, éste pierde todo su valor en el momento en que el autor más lo necesita. Nadie querría pagar a un autor por algo que aquél no puede vender. No podemos obtener un principio de derecho a partir de las historias que nos son familiares sobre hombres que han desarrollado su genio literario en la pobreza de sus buhardillas. Y aunque pudiéramos, no nos atreveríamos a decir que dichos hombres acogerían de grado una norma que les impidiera realizar sus bienes cuando más lo necesitaren. Tampoco podemos estar seguros de que los propios autores no hayan ideado medios para salvaguardar sus intereses. Carecemos de una contrastación en tal sentido, y en particular en el ámbito de las obras musicales y la psicología de los autores y compositores más dotados, para llegar a justificar en nuestro papel de jueces la inclusión en la norma aprobada por el Congreso de un límite a la libertad de los autores de disponer de sus bienes. Si bien algunos hábitos de los autores pueden acarrearles una miseria intermitente, el espíritu de independencia con el que cuentan obliga a rechazar que se les trate como incapaces bajo la tutela del derecho».

³² Jeffrey M. PERLOFF, «Droit de suite» en Peter NEWMAN (Ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Palgrave MacMillan, New York, Vol. 1, 2002, págs. 645-648; pág. 647.

³³ Para algunas críticas a los contratos de obras de arte por compradores especializados —museos y grandes coleccionistas— véase, en nombre de VEGAP, el comentario de Javier GUTIÉRREZ VICÉN, «Compraventa de obras de arte y cesión del derecho de autor», no fechado (disponible en http://www.arteyderecho.org/ES/Derechos_de_Autor/Ensayos_y_Conferencias_).

³⁴ Algunas biografías desmienten la generalización de los artistas como malos negociantes: Pablo Picasso (1881-1973) era un gran negociante y, además, puede atribuírsele en parte el primer sistema informal de derechos de participación: un grupo de amigos, capitaneados por André Level, decidieron invertir durante la primera década del siglo XX en obras de arte de jóvenes desconocidos con el compromiso de enajenarlas en diez años. Aportando cada uno 250 francos anualmente formaron un fondo conocido como *La peau de l'ours*, que fue finalmente vendido en 1914. Los beneficios fueron considerables y los inversores, movidos por la alegría y alentados por algunos artistas como el propio Picasso, decidieron regalar un 20% del valor de reventa a los artistas. Así, por ejemplo, Picasso se embolsó 3.978 francos de entonces y Matisse 2.000. Sobre ello, véase Jack FLAM, *Matisse and Picasso: The Story of Their Rivalry and Friendship*, Westview Press, Cambridge (MA), 2003, pág. 99.

³⁵ Téngase en cuenta, sin embargo, que para mantener su monopolio sobre bienes duraderos (las obras artísticas, en general, lo son), el artista puede preferir no producir más obra, que reduciría el valor de aquélla ya presente en el mercado. John SOLOW ha argumentado que si las obras posteriores de un artista son sustitutivas y no complementarias de las anteriores, el *droit de suite* puede generar los incentivos adecuados en esta dirección [John L. SOLOW, «An Economic Analysis of Droit de Suite», 22 *Journal of Cultural Economics* 209 (1998)]. Véase *infra* apartado II.2.1.

³⁶ Críticos con esta alternativa, Henry HANSMANN y Marina SANTILLI «Royalties for Artists versus Royalties for Authors and Composers», *Journal of Cultural Economics*, Vol. 25 num. 4 (2001), págs. 259-281 (también descargable en www.ssrn.com, por donde se cita; pág. 8). Entre otros motivos,

1.2. *Agravios comparativos y equilibrio de la situación económica con otros creadores*

Otro de los argumentos esgrimidos a favor del *droit de suite* recurre a la comparación con los derechos patrimoniales asociados a otras formas de propiedad intelectual. Se dice que el artista de obras únicas, paradigmáticamente el artista plástico, carece de royalties provenientes de su reproducción y distribución (de los que sí disfrutaban especialmente escritores y músicos) y que habitualmente no obtendrá beneficios derivados de un canon por exposición pública³⁷. Ésta es la razón presente, por ejemplo, en el considerando tercero de la Directiva: «*El derecho de participación [...] tiende a restablecer un equilibrio entre la situación económica de los autores de obras de arte gráficas y plásticas y la de otros creadores que se benefician de la explotación sucesiva de sus obras*».

De entrada, hay diferencias sustanciales entre el carácter de los beneficios esperados por artistas plásticos y por autores en otros ámbitos de producción de propiedad intelectual: el hecho objetivo que genera el derecho de participación tiene un carácter altamente estocástico mientras que los beneficios esperados derivados de la explotación sucesiva para escritores y músicos cuentan con mayor previsibilidad y, de hecho, es por ello que se articulan habitualmente, y al menos en parte, mediante contratos con remuneración proporcional³⁸. Las diferencias se hacen más patentes en los casos de obras de éxito: mientras el escritor o músico ve como al aumentar su fama, aumentan también los ejemplares vendidos de su obra; el artista plástico no puede anticipar que un mayor éxito supondrá que sus obras se revendan más; incluso es posible que sus adquirentes quieran conservarlas durante más tiempo por diferentes motivos.

El derecho de participación se concibe como un mecanismo legal para superar esta desigualdad o, como reza la Directiva, para *restablecer un equilibrio*, que muy probablemente no haya existido nunca, al menos desde que hay normas sobre propiedad intelectual. Así, y aplicando la analogía con otros creadores de obras intelectuales, se puede entender que toda reventa pone a disposición del público la obra y genera una nueva audiencia, por lo que se trataría de una nueva *performance* o una nueva lectura, de la que de alguna manera tendría que beneficiarse el artista³⁹. Esto es, se trataría de una especie de acto de explotación a caballo entre la distribución (artículo 19 TRLPI) y la comunicación

apuntan que se trata de una estrategia más costosa que el propio derecho de participación y que elimina en parte los efectos reputacionales de tener la obra presente en el mercado.

³⁷ Véanse, en este sentido, KATZENBERGER, §26 UrhG, Rn 1; y DREYER, §26 UrhG, Rn 7.

³⁸ Sobre ello, William LANDES y Richard POSNER, *op. cit.*, págs. 57 y ss.

³⁹ Sobre ello, Ramon CASAS VALLÈS, «El derecho de participación de los artistas plásticos...», *op.cit.*, págs. 97-98. Paralelamente, algunos autores han propuesto el establecimiento de derechos de exposición, esto es, la percepción de un importe por parte del artista cada vez que una de sus obras es expuesta en un museo o galería. Véase, entre otros, Walter SANTAGATA, «Institutional Anomalies in the Contemporary Art Market», 19 *Journal of Cultural Economics* 209 (1995).

pública (artículo 20 TRLPI). De hecho, el propio TRLPI presume la cesión de un derecho similar; el de exposición pública de la obra, a su adquirente (artículo 56.2 TRLPI⁴⁰).

Otra vez, las características del mercado ayudan a desmentir este fundamento. Está la posibilidad de explotar la obra plástica a través de obras derivadas mediante licencias o directamente y, en efecto, las tiendas de los museos están colmadas, por ejemplo, de reproducciones de obras de arte ya sea en pósters, postales, camisetas o en joyería y tazas (*merchandising*). En este mismo sentido, la aplicación del derecho de participación a la reventa de fotografías refuerza el rechazo al fundamento defendido en la Directiva: las copias de fotografías —por ejemplo, mediante la publicación de libros recopilatorios— constituyen una importante fuente de ingresos de muchos fotógrafos⁴¹. Otro tanto vale para el vídeo-arte. La disponibilidad de rentas esperadas en virtud del sistema de *droit de suite* puede reducir hasta cierto grado las decisiones de un artista en destinar esfuerzos a desarrollar e innovar nuevos modelos de negocio en relación con su obra, como, por ejemplo, mediante aplicaciones para plataformas digitales.

Con todo, la supuesta necesidad de equiparar la situación de los artistas plásticos con otros autores no explica el carácter inalienable del derecho de participación, en casi todos los ordenamientos⁴².

⁴⁰ Artículo 56 TRLPI: «1. El adquirente de la propiedad del soporte a que se haya incorporado la obra no tendrá, por este solo título, ningún derecho de explotación sobre esta última. 2. No obstante, el propietario del original de una obra de artes plásticas o de una obra fotográfica tendrá el derecho de exposición pública de la obra, aunque ésta no haya sido divulgada, salvo que el autor hubiera excluido expresamente este derecho en el acto de enajenación del original. En todo caso, el autor podrá oponerse al ejercicio de este derecho, mediante la aplicación, en su caso, de las medidas cautelares previstas en esta Ley, cuando la exposición se realice en condiciones que perjudiquen su honor o reputación profesional».

⁴¹ De entrada, la misma razón —imposibilidad de obtención de royalties— abogaría por la aplicación del derecho de participación en la transmisión de obras de arquitectura, que quedan fuera del ámbito objetivo de la Directiva (véase *infra*).

⁴² No pueden desconocerse las facultades que pueden corresponder a otros autores para participar de los beneficios de un éxito sobrevenido («*Share-cropping*»), que, en algunos casos, tienen naturaleza inalienable. Por ejemplo, el artículo 47 TRLPI permite, en los supuestos de cesión a tanto alzado de derechos de explotación, que el autor solicite una revisión del sistema de remuneración pactado en el contrato en los diez años siguientes a la cesión, si considera que se produce una desproporción manifiesta entre la remuneración convenida y los beneficios obtenidos por el cesionario y obtener, con ello, una remuneración equitativa, ya sea complementando el precio contractual o introduciendo algún sistema de porcentaje. En el derecho federal sobre copyright en los EE.UU., el § 203 de la *Copyright Act* (17 U.S.C. 203) establece el derecho inalienable de un autor —o sus derechohabientes después de la muerte de aquél— a terminar una cesión contractual o licencia de derechos de explotación con reversión de sus facultades transcurridos 35 años del inicio de la explotación y durante el período de cinco años subsiguientes. Sobre ello, véase Peter S. MENELL y David NIMMER, «Pooh-Poohing Copyright Laws «Inalienable» Termination Rights», 57 *Journal of the Copyright Society of the USA* 799 (2010). También deben tenerse presentes mecanismos como el previsto en el § 41 UrhG, que permite al autor revocar una licencia sobre derechos de explotación si considera que el cesionario no explota de manera adecuada los derechos objeto de la licencia y que configura tal facultad como inalienable, aunque la somete a límites temporales y al pago de una indemnización por los daños causados. De forma similar, el artículo 48 TRLPI al establecer la obligación del ce-

1.3. *Enriquecimiento injusto y participación subsiguiente del artista en la creación de valor*

Argumentos a favor del derecho de participación enfatizan que el precio obtenido en una reventa no es más que una manifestación en el mercado secundario de un valor latente ya presente cuando la obra se transmitió por primera vez. Una variante más refinada de esta tesis consiste en afirmar que la actividad posterior del artista contribuye a la revalorización de su obra ya vendida y, por ello, debe participar de la plusvalía generada con la finalidad última de evitar un enriquecimiento injustificado. Sin embargo, es habitual que el derecho de participación opere incluso cuando el valor de reventa sea inferior al de venta inicial y no sólo devengue en casos de plusvalía⁴³. Así se pone de manifiesto en el considerando vigésimo de la Directiva: «[...] conviene que el derecho de participación se calcule como un porcentaje del precio de venta y no de la plusvalía de las obras cuyo valor original haya aumentado»⁴⁴.

El mejor argumento hasta la fecha a favor del *droit de suite* ha sido presentado por Henry HANSMANN y Marina SANTILLI⁴⁵. Su tesis básica está conformada por la idea según la cual permitir al artista participar en posibles beneficios futuros generará incentivos para que continúe produciendo obra e incrementando el valor de su obra anterior⁴⁶. Pero, además y sobre todo, HANSMANN y SANTILLI destacan

sionario de «poner todos los medios necesarios para la efectividad de la explotación concedida, según la naturaleza de la obra y los usos vigentes en la actividad profesional, industrial o comercial de que se trate», permitiría, en caso de su incumplimiento, la resolución del contrato de cesión.

⁴³ Jeffrey PERLOFF, *op. cit.*, pág. 646.

⁴⁴ Un derecho de participación sobre la plusvalía podía encontrarse en Estados Unidos en la proposición de ley federal presentada en 1987 por los senadores Kennedy y Markey y en el derecho italiano pre-Directiva. Las diferencias desde el punto de vista de los incentivos generados por un régimen basado en el precio de reventa y otro en la plusvalía están resumidas en Larry S. KARP y Jeffrey M. PERLOFF, «Legal Requirements that Artists Receive Resale Royalties», 13 *International Review of Law and Economics* 163 (1993). Principalmente, los propietarios de las obras tendrán menos incentivos a revenderlas si el sistema de royalties está basado en el precio de venta. Por su parte, el cálculo de la plusvalía puede acarrear mayores costes de información que la utilización como base del precio de reventa.

⁴⁵ Henry HANSMANN y Marina SANTILLI, «Royalties for Artists...», *op. cit.*, págs. 6-8.

⁴⁶ Por supuesto, la tesis según la cual la plusvalía es el resultado del trabajo posterior del artista es muy anterior a los trabajos de HANSMANN y SANTILLI. El diputado francés Abel Ferry (1881-1918) habría ya afirmado que «la obra vendida no es más que una hoja separada del libro en el que, cada día, el artista escribe su personalidad, su carácter [...] si el artista trabaja, mejora, se perfecciona [...], sus obras de todas las épocas aumentan en la estima y apetencia de los hombres» (*apud* Ramon CASAS, «Comentario al artículo 24», 2ª edición, *op. cit.*, pág. 479, n. 74; quien toma la cita de Jean-Louis DUCHEMIN, *op. cit.*, pág. 41). Por otra parte, ilustra este argumento un incidente muy citado en la literatura especializada causado por el pintor Robert Rauschenberg hace más de tres décadas. En 1976, Rauschenberg, después de que su obra *Thaw* hubiera sido vendida en subasta por 85.000 \$, se dirigió furioso al vendedor, el coleccionista Robert Scull, y le conminó: «he estado dejándome el culo para que ahora tú te lucrees con ello». Scull había comprado la obra a mediados de los cincuenta al marchante del artista, el galerista Leo Castelli, por tan sólo 900 \$. El video con estas imágenes ha sido utilizado en EE.UU. por los defensores —entre ellos, el propio Rauschenberg— de la introducción en el ordenamiento federal de un derecho de participación en la reventa de obras plásticas. Sobre ello, véase, por todos, John Henry MERRYMAN, «The Wrath of

que, al no poder internalizar los beneficios de un éxito futuro, muchos artistas preferirían pactar un derecho de participación con el comprador. Especialmente, aquellos artistas que confían más en sí mismos serán más propensos a dejar de percibir parte del precio de adquisición (el valor descontado presente del importe del derecho de participación) a cambio de una participación futura en el éxito de su carrera: la predisposición de un autor a pactar derechos de participación constituye así una señal de la que se puede servir el comprador profesional para discriminar entre aquellos artistas que proyectan una carrera profesional a largo plazo y aquellos otros que pretenden una remuneración cortoplacista.

Con todo, como apuntan HANSMANN y SANTILLI, la imposibilidad de renunciar al derecho, dado su carácter inalienable, trunca la función señalizadora del derecho incluida en un contrato entre un artista y un marchante⁴⁷. Al ser el pacto de derechos de participación imperativo, el comprador tiene menos posibilidades de averiguar qué artistas están más dispuestos a producir nueva obra que contribuya a incrementar el valor de la adquirida.

El establecimiento de un derecho de participación equivale, además de a una señalización reputacional, a la contratación de una suerte de seguro: la reducción del precio que experimenta el comprador y que sufre el artista sirve de prima para que éste pueda obtener en el futuro, cuando se produzca el evento consistente en la reventa, la renta pactada o, en el sistema legal actual en Europa, la renta fijada legalmente. Téngase presente que, dados el menor coste del acceso al capital del comprador profesional y la diversificación de su cartera (formada por numerosos artistas), puede asumir el riesgo más fácilmente que el artista individual.

1.4. Información

Un argumento adicional refiere que el derecho de participación permite el control de la dispersión de la obra por parte del autor y asegura, en su caso, el derecho de acceso a la obra (artículo 14.7 TRLPI)⁴⁸.

Con todo, tal objetivo puede conseguirse sin necesidad de un derecho de participación: podría ser suficiente con un sistema de información similar al previsto en el artículo 11 de la Ley 3/2008, que permitiera a los artistas —y otros

Robert Rauschenberg», 40 *Journal of the Copyright Society of the USA* 241 (1992) (reproducido en John Henry MERRYMAN, *Thinking About the Elgin Marbles. Critical Essays on Cultural Property, Art and Law*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2000, págs. 352-376).

⁴⁷ HANSMANN y SANTILLI, «Royalties for Artists...», *op. cit.*, pág. 22.

⁴⁸ Pueden encontrarse ejemplos en las biografías de artistas sobre los esfuerzos gastados por aquéllos en controlar su obra vendida y concentrarla en las manos de unos pocos coleccionistas. Así, Marcel Duchamp (1887-1968) persuadió con frecuencia a sus dos mayores coleccionistas, la Sra. Katherine Dreier y el matrimonio Arensberg, para que adquirieran piezas a terceros y evitar así que su producción se desperdigara (sobre ello, véase la magnífica biografía escrita por Calvin TOMKINS, *Duchamp*, Anagrama, Barcelona, 1999, *passim*).

titulares del derecho de participación— exigir a los profesionales del mercado del arte información acerca de las circunstancias de la reventa y la identidad de los sujetos contratantes y de los intermediarios. Asimismo, es también posible establecer mecanismos mediante contrato para la obtención de información, aunque más limitados dado el principio de eficacia relativa de los contratos. Excede del objeto de este trabajo un análisis de la eficiencia de este sistema que tome en consideración los posibles costes derivados de la afectación a la intimidad de los adquirentes de obras de arte⁴⁹.

2. ARGUMENTOS EN CONTRA DEL *DROIT DE SUITE*

En el apartado anterior hemos adelantado algunas de las críticas que se han realizado en contra del derecho de participación y que pueden resumirse como siguen: las características del actual mercado de arte hacen innecesario un *droit de suite* ya para proporcionar una fuente adicional de ingresos a los artistas, ya para equipararlos a otros autores de propiedad intelectual. En cualquier caso, a pesar de las posibles ventajas asociadas al derecho de participación, su naturaleza imperativa conlleva que no puedan desplegarse. Junto a lo anterior, es preciso tener en cuenta otros argumentos que abogan por la supresión o por una interpretación restrictiva de la figura.

2.1. *Economía del derecho de participación y análisis de incentivos*

La crítica principal que se hace a la implementación del *droit de suite* es su efecto en la disminución de los precios iniciales de las obras y, en consecuencia, de los ingresos de los artistas.

Dada la existencia de derechos de participación, el precio que estarán dispuestos a pagar los compradores por las obras será inferior puesto que éstos tendrán en cuenta el valor descontado de los posibles importes que pudiera reclamar el artista en el futuro⁵⁰. Como ya se ha señalado, en caso de un derecho de partici-

⁴⁹ Cfr. artículo 11.2. de la Ley 3/2008: «Los titulares del derecho de participación o, en su caso, las entidades de gestión deberán respetar los principios de confidencialidad o intimidad mercantil en relación con cualquier información que conozcan en el ejercicio de las facultades previstas en la presente Ley». Véase, en general, Eulàlia AMAT LLARI, «El control del autor sobre su obra», *RCDI*, págs. 1941 y ss, 1989.

⁵⁰ John SOLOW, *op. cit.*, pág. 210; Jeffrey PERLOFF, *op. cit.*, pág. 646. Es por ello que RAMS ALBESA compara el derecho de participación con una suerte de censo. Véase Joaquín RAMS ALBESA, *op. cit.* La relación del derecho de participación con el *laudemio censal* ha sido puesta de relieve desde los primeros intentos de implementación de un sistema de *droit de suite* en el derecho español. Así, por ejemplo, la edición de 19 de julio de 1927 del diario *El Sol* abogaba por la consideración de la Proposición de Ley sobre beneficios de ventas sucesivas de obras de arte, presentada en 1921 por el senador Lluís Durán i Ventosa (1870-1954), y describía su objeto en los términos siguientes: «Es en resumen este proyecto la atribución a los artistas y a sus herederos, por el tiempo que se

pación dispositivo, habrá artistas que preferirían, con todo, pactar tal crédito con el comprador, y así desplegar la doble función de señalización reputacional y de seguro para la obtención de rentas futuras, asumiendo que el factor de descuento del vendedor es superior al del artista dada su menor tasa de interés que debe satisfacer para obtener crédito⁵¹. Así, habrá predisposición del artista a pactar un derecho de participación en aquellos casos en los cuales sus beneficios esperados —sobre los cuales el propio artista dispone de mayor información y además en los cuales puede influir con sus esfuerzos posteriores— superen la reducción en el precio de venta de la obra. Sin embargo, dado el carácter inalienable del derecho, la reducción de precios afectará a todos los artistas y no sólo a aquellos que voluntariamente hubieran pactado un *droit de suite* con el comprador.

En consecuencia, si asumimos que los artistas son aversos al riesgo (esto es, prefieren una cantidad segura en el presente que una posible en el futuro), su producción también va a reducirse: a menor posibilidad de ingresos, menor será la actividad desplegada por el artista para conseguirlos⁵². Con todo, en algunas ocasiones podrá resultar óptimo desincentivar la producción de obras en el futuro⁵³. Para SOLOW, el derecho de participación puede servir para superar los problemas que apuntó Ronald H. COASE⁵⁴, Premio Nobel de Economía en 1971, en relación con los bienes duraderos vendidos por un monopolista: el derecho contribuirá a frenar los incentivos del artista a crear en su madurez un número de obras que harían perder valor a las obras que hubiera realizado en su juventud. Mas, la cuestión de los incentivos generados por la implantación

determine, de unas resurrecciones de su derecho de propiedad sobre sus obras, aunque las enajenen; mejor, una perduración de un derecho de señor directo sobre sus obras cedidas al comprador, reservándose algo que pudiera ser comparado al laudemio censal, del que difiere —siempre dentro de la semejanza— en que sería temporal el derecho a exigirlo» (pág. 1). El propio Durán i Ventosa también se refirió al laudemio en su artículo sobre el *droit de suite* publicado en *La Veu de Catalunya* el 7 de agosto de 1927. Sobre ello, véase Ramon CASAS, «Comentario al artículo 24», 2ª edición, *op. cit.*, pág. 464, n. 3.

⁵¹ Roland KIRSTEIN y Dieter SCHMIDTCHEN, «Do Artists Benefit from Resale Royalties? An Economic Analysis of a New EU Directive», Working Paper, 2000 (reproducido en Bruno DEFFAINS y Thierry KIRAT (Eds.), *Law and Economics in Civil Law Countries*, Elsevier, Vol. 6, 2001, págs. 257-274).

⁵² La función señalizadora de la confianza que el artista tiene en el desarrollo de su carrera junto con otros incentivos acaso no patrimoniales (placer, beneficios expresivos) obligan, con todo, a matizar la anterior afirmación. Asimismo, deben tenerse en cuenta las percepciones sesgadas que el propio artista puede tener de su carrera profesional futura y, en particular, de los fenómenos de optimismo o pesimismo excesivos. Sobre ello, Christian KIRCHNER, «Zur Ökonomik des Folgerechts in § 26 UrhG», en Karl RIESENHUBER y Lars KLÖHN (Eds.), *Das Urhebervertragsrecht im Lichte der Verhaltensökonomik*, De Gruyter Recht, Berlin, 2009, págs. 211-234.

⁵³ El argumento refiere a la reducción de incentivos *ex post*, esto es cuando ya se ha producido una obra o un conjunto de obras («monopolio duradero»), cuya protección se pretende. El argumento no tiene en cuenta que la existencia de derechos de participación reduce los incentivos *ex ante* y, en efecto, que la obra o conjunto de obras inicial se ve también afectado. Sobre las falacias de los discursos retrospectivos en el ámbito de la propiedad intelectual, véase Mark A. LEMLEY, «Ex Ante Versus Ex Post Justifications for Intellectual Property», *op. cit.* En general, véase Ward FARNSWORTH, *The Legal Analyst. A Toolkit for Thinking about the Law*, The University of Chicago Press, Chicago, 2007, especialmente, el capítulo 1 «Ex Ante and Ex Post», págs. 3-12.

⁵⁴ Ronald H. COASE, «Durability and Monopoly», 15 *Journal of Law and Economics* 143 (1972).

de un sistema de *droit de suite* dependerá de la relación entre obra presente y obra futura del artista y el juego de substitución o complementariedad entre una y otra. En este sentido, HANSMANN y SANTILLI⁵⁵ apuntan que este fundamento sólo tiene sentido si la obra futura es substitutiva de la realizada en los primeros años de actividad y que ello ocurre en el caso de unos pocos artistas, entre los que incluyen a Salvador Dalí (1904-1989) y Giorgio de Chirico (1888-1978). Si la obra futura es complementaria de la desarrollada en la primera etapa del autor, el valor de esta última aumentará. En cualquier caso, no parece que deba ser función del Legislador interferir en las carreras artísticas individuales desincentivando la producción de obra futura substitutiva de la anterior.

Otra consecuencia negativa del derecho de participación para el artista es que el comprador de la obra de aquél tendrá menos incentivos en promocionarla si no puede capturar todas las rentas asociadas en el futuro. En efecto, al disminuir los beneficios esperados de una reventa de una obra de arte, debido a la obligación de entregar un porcentaje de éstos al autor, la predisposición a promocionar al artista será inferior. Tales consecuencias pueden resultar más acuciantes en los artistas jóvenes que en los ya asentados en el mercado. Por ello, muchos artistas —entre ellos, Georg Baselitz, David Hockney, Sigmar Polke o Karen Appel— se han pronunciado en contra de la implantación legal de derechos de participación⁵⁶.

2.2. *Afectación del mercado*

El *droit de suite* no sólo supone un límite a la autonomía privada en general y, por tanto, una distorsión hasta cierto punto del principio de libre transmisibilidad de bienes. También distorsiona el mercado, ya que actúa como un impuesto indirecto más (*turnover tax*)⁵⁷. Aumenta el precio de los productos y, en función de la elasticidad de la demanda⁵⁸, reduce el consumo.

⁵⁵ HANSMANN y SANTILLI, «Royalties for Artists...», *op. cit.*, pág. 7.

⁵⁶ VICTOR GINSBURGH, «The Economic Consequences of Droit de Suite in the European Union», 35 *Economic Analysis and Policy* 61 (2005).

⁵⁷ Carecemos todavía de resultados empíricos sobre los efectos que la Directiva 2001/84/CE ha tenido sobre el mercado de arte europeo. Recientemente, la Comisión Europea, de cara a la preparación del informe sobre la implementación de la Directiva con arreglo a lo previsto en el artículo 11 de ésta, inició una consulta pública cuyo plazo venció el pasado 11 de marzo de 2011. En el texto del cuestionario al efecto, la Comisión requería a los interesados información, fundada en datos empíricos, sobre las consecuencias concretas del derecho de participación en el mercado interno y el nivel de competencia, por lo que, probablemente en breve, dispongamos de un mejor conocimiento de la afectación del mercado. Si bien las respuestas de los interesados no están disponibles, el cuestionario puede consultarse en la dirección siguiente: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/resale_right/consultation_paper_en.pdf (consultado en 30 de mayo de 2011).

⁵⁸ La elasticidad de la demanda vendrá determinada, entre otros factores, por la existencia de sustitutos en el mercado. En este sentido, es preciso distinguir entre diferentes tipos de compradores: coleccionistas y otros sujetos interesados en realizar compras expresivas (*id est* señalar su estatus

Éste es uno de los argumentos que con más insistencia fue utilizado en el Reino Unido para oponerse a la Directiva 2001/84/CE. La introducción de un *droit de suite* inalienable, se decía, iba a suponer el desplazamiento de buena parte del mercado de arte británico, el más importante de Europa, sobre todo hacia Nueva York. En cualquier caso, si se tienen en cuenta los costes derivados del transporte, seguro y otros gastos para poder comercializar una obra en EE.UU., sólo merecería la pena incurrir en ellos en obras de arte por valor superior a los 50.000 \$⁵⁹. Muchos autores han apuntado que se exageraron los efectos de la Directiva sobre el mercado de arte londinense⁶⁰.

Con todo, si se carece de un sistema de gestión y recaudación eficaz, las partes serán proclives a disimular transacciones o a llevarlas a cabo de tal manera que eviten pagar el importe del derecho de participación, por ejemplo, declarando sólo una parte del precio para no alcanzar el umbral mínimo de aplicación o atribuyendo al profesional del mercado del arte un mero papel de asesor externo en la reventa.

2.3. Public choice y auténticos beneficiarios del derecho de participación

Como hemos mencionado, la economía del derecho de participación sugiere que los artistas noveles ven mermados sus ingresos y las posibilidades de prosperar por cuanto los compradores profesionales tienen menos incentivos para promocionarlos. Entonces, ¿a quién beneficia el *droit de suite*?

La literatura sobre *Public Choice Theory* ha descrito, desde hace ya décadas, situaciones en las cuales un determinado grupo de sujetos destinatarios de una regulación pueden hasta cierto punto capturar al autor de la norma para

social) pueden percibir las obras de arte como bienes sin sustitutivos en el mercado; por otra parte, un inversor únicamente preocupado por la rentabilidad puede decidir invertir en otros mercados.

⁵⁹ MTIC Limited, *Droit de Suite in the UK*, Report for the British Patent Office, United Kingdom, 1999. Además, deben tenerse en cuenta los costes tributarios, que hacen poco atractivo desplazar las ventas a Nueva York o a Ginebra (Bunny SMEDLEY, «How the EU will destroy Britain's Art Market», *European Journal* 8, vol. 7, 22-24 (2001), pág. 22.). No están de más las palabras de Ramon CASAS VALLÈS, «El derecho de participación de los artistas plásticos...», op.cit., pág. 91: «[...] cabe preguntarse: ¿usan los amantes del arte la calculadora? Y, en ese caso, ¿hasta qué punto?».

⁶⁰ Jennifer B. PFEFFER, «The Costs and Legal Impracticalities Facing Implementation of the European Union's Droit de Suite in the United Kingdom», 24 *NW. J. Int'l L. & Bus.* 533 (2004); y Kathryn GRADDY y Chanont BANTERNGHANSA, «*The Impact of the Droit de Suite in the UK: An Empirical Analysis*», Centre for Economic Policy Research (CEPR), Discussion Paper No. 7136, 2009. Este último trabajo aporta evidencia empírica de los nulos efectos sobre el mercado británico de subastas de arte que ha tenido la introducción del derecho de participación en el Reino Unido. Con todo, debe tenerse en cuenta que, en el período analizado, sólo generan créditos de participación las reventas de obras realizadas por artistas vivos. En el mismo sentido, véase el estudio encargado por la UK Intellectual Property Office, Katy GRADDY, Noah HOROWITZ y Stefan SZYMANKSI, *A study into the effect on the UK art market of the introduction of the artist's resale right*, Enero de 2008, United Kingdom Intellectual Property Office (disponible en <http://www.ipo.gov.uk/study-droitdesuite.pdf> [consultado en 30 de mayo de 2011]).

alinearse el sentido de la reglamentación con sus propios intereses⁶¹. De entrada, puede haber, al menos, dos grupos de destinatarios de la norma interesados en el mantenimiento de un sistema imperativo de derechos de participación: artistas que obtienen rentas sustanciales del devengo del derecho y sujetos —como entidades de gestión colectiva— que se nutren, al menos en parte, de las cantidades recaudadas al efecto.

En cuanto al primer grupo, las estadísticas reflejan que los principales beneficiarios del derecho son (los herederos de) aquellos artistas absolutamente consolidados en el mercado del arte. Por ejemplo, en Francia, un 43 % de lo recaudado por este concepto va a parar a un 0,0025% de los posibles beneficiarios del derecho⁶², esto es, a los sucesores de Pablo Picasso (1881-1973), Marc Chagall (1887-1985) y Henri Matisse (1869-1954)⁶³. En cuanto al segundo, pueden destacarse las críticas realizadas por la entidad VEGAP a la adopción de un sistema de gestión voluntaria de derechos de participación en lugar de otro obligatorio, como habían perseguido durante la tramitación parlamentaria de la Ley 3/2008.

Una pista más en las posibilidades de captura de rentas viene dada por el carácter parcialmente retroactivo de los sistemas de *droit de suite*, una característica que ha sido habitual en las reformas en materia de derechos de autor de las últimas décadas en Europa y en Estados Unidos. Como muestran el artículo 10 de la Directiva y la Disposición transitoria de la Ley 3/2008, el régimen del derecho de participación se aplica a las reventas realizadas después de la entrada en vigor de la norma pero el objeto de aquellas incluye obras creadas —y, posiblemente, transmitidas— tanto antes como después de la aprobación de la norma⁶⁴. En las obras transmitidas onerosamente antes de la entrada en vigor de un sistema de derechos de participación, su adquirente no descontó el coste esperado del porcentaje en una reventa futura que correspondería al

⁶¹ W. Kip VISCUSI, John M. VERNON y Joseph E. HARRINGTON, *Economics of Regulation and Antitrust*, 3rd. ed., The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2000. En España, véase, Pablo SALVADOR CODERCH, «Técnica legislativa y teorías de la regulación», *Indret* 1/2004 (www.indret.com).

⁶² VV.AA., «Droit de Suite Impasse», *Art Business Today*, London, January 2000.

⁶³ Según Michael RAYMOND y Serge KANCEL, los herederos de Pablo Picasso recibieron 20.572 en 2001 y 90.026 en 2002 por derechos de participación. En 1998, la cantidad por este concepto ascendió a 682.000 gracias a la venta de gran parte de la colección de Dora Maar [Michael RAYMOND y Serge KANCEL, *Le droit de suite et la protection sociale des artistes plasticiens*, Inspection générale des affaires sociales/Inspection générale de l'administration des affaires culturelles, Avril 2004, pág. 4, <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/044000267/0000.pdf> (consultado en 30 de mayo de 2011)]. En Estados Unidos, Jeffrey C. Wu ha mostrado cómo un pequeño grupo de artistas —Willem de Kooning, Jasper Johns, Roy Lichtenstein y Robert Rauschenberg— y sus herederos recaudaban la inmensa mayoría de royalties provenientes de un hipotético derecho de participación. Véase Jeffrey C. Wu, «Art Resale Rights and the Art Resale Market: A Follow-Up Study», 46 *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.* 531 (1999), pág. 543.

⁶⁴ El mismo problema se daba con la introducción del *droit de suite* en la Ley de Propiedad Intelectual de 1987. Ramon CASAS VALLÉS, «El derecho de participación de los artistas plásticos...», *op.cit.*, págs. 114-117.

autor. Esto es, la regla permite al autor o sus derechohabientes cobrar el seguro sin haber pagado prima alguna⁶⁵

2.4. *Costes del sistema*

Un sistema de derechos de participación es costoso, como lo demuestra el hecho de que, antes de la transposición de la Directiva, en algunos ordenamientos europeos que preveían esta institución en su legislación sobre propiedad intelectual no se aplicara y los artistas no reclamaran sus créditos. El problema puede mitigarse en parte y, así, una recaudación eficaz de los derechos de participación pasa por el aprovechamiento de las economías de escala desplegadas por las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual. Con todo, las entidades de gestión colectiva también incurren en importantes costes en el *enforcement* del derecho. Por ejemplo, según PERLOFF⁶⁶, las entidades sueca y danesa consumían en los años 90 entre un 40% y un 45% de lo que recaudaban.

Por ello, resulta recomendable establecer umbrales mínimos de aplicación del derecho, como el previsto en la Directiva 2001/84/CE, que tomen en consideración los costes de administración del sistema.

Además de los costes de aplicación del sistema, la necesidad de abonar los derechos de participación devengados en una reventa de una obra de arte incrementa los costes de transacción del negocio jurídico al obligar a las partes a informarse y a identificar los acreedores del derecho. Tales costes de información no pueden desdeñarse, en un sistema legal como el español, en el cual la gestión del derecho es voluntaria y en el cual, después de la muerte del artista, los diferentes derechos de participación asociados a cada obra pueden legarse a sujetos diferentes⁶⁷. En este contexto, la solución legislativa francesa con

⁶⁵ Una solución para evitar este problema pasa por entender que el régimen de la ley se aplica únicamente a aquellas obras, con independencia del momento de su creación, con el límite temporal de los setenta años posteriores a la muerte del autor, que han sido transmitidas al menos una vez después de la entrada en vigor de la norma. En este sentido, Ramon CASAS VALLÈS, «El derecho de participación de los artistas plásticos...», *op.cit.*, págs. 116-117.

⁶⁶ Jeffrey PERLOFF, *op. cit.*, pág. 647.

⁶⁷ Si bien la situación no equivale a una «tragedia de los anticomunes», por cuanto no impide la conclusión del negocio jurídico, sí que pone palos a las ruedas de su celebración. La «tragedia de los anticomunes» es un constructo teórico desarrollado por Michael Heller —como contrapunto a la metáfora de la tragedia de los comunes o del procomún, propuesta por Hardin en un célebre trabajo de 1968— con el objeto de analizar situaciones en las cuales la excesiva fragmentación de la propiedad o la atribución de facultades de uso a diferentes sujetos puede impedir o entorpecer su capacidad productiva y generadora de riqueza. Las hipótesis son varias pero tienen su denominador común en la multiplicidad de titulares cuyo consentimiento es requerido para un acto sobre un determinado recurso y el riesgo que conlleva de *hold-up* o negativa de colaboración de uno de los sujetos. El lector interesado podrá encontrar varios ejemplos del problema en Michael HELLER, «The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets», 111 *Harv. L. Rev.* 621 (1998); y Michael HELLER, *The Gridlock Economy. How Too Much Ownership Wrecks Markets, Stops Innovation, and Costs Lives*, Basic Books, New York, 2008. En el ámbito de la propiedad intelectual e industrial, véanse Michael HELLER y Rebecca S. EISENBERG, «Can Patents

arreglo a la cual el número de derechohabientes queda reducido al artista y a sus herederos forzosos puede entenderse como una estrategia de minimización de costes de información⁶⁸.

III. EL ÚLTIMO LAUDEMIO: UNA APROXIMACIÓN A LA LEY 3/2008, DE 23 DE DICIEMBRE, RELATIVA AL DERECHO DE PARTICIPACIÓN EN BENEFICIO DEL AUTOR DE UNA OBRA DE ARTE ORIGINAL

La Ley 3/2008, de 23 de diciembre, incorporó finalmente al ordenamiento español la Directiva 2001/84/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original (DO L 272/32 de 13.10.2001) y puso fin a las incoherencias, si bien no sustanciales, entre el régimen del antiguo artículo 24 TRLPI y la regulación comunitaria, que alimentaban la inseguridad jurídica en este sector de actividad⁶⁹.

1. ÁMBITO OBJETIVO DEL DERECHO

1.1. Obras

i) Concepto amplio de obra

El artículo 1 de la Ley, que reproduce el artículo 2 de la Directiva, establece que los autores de las obras siguientes serán acreedores de un derecho de participación en el precio de su reventa: «[...] obras de arte gráficas o plásticas tales como los cuadros, collages, pinturas, dibujos, grabados, estampas, litografías, esculturas, tapices, cerámicas, objetos de cristal, fotografías y piezas de vídeo arte».

El precepto acoge pues un concepto amplio de obra de arte: ofrece un catálogo abierto de ejemplos que van desde el lienzo tradicional a obras multimedia, pa-

Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research», *Science*, Vol. 280, May 1, 1998; y Moly Shaffer VAN HOUWELING, «Author Autonomy and Atomism in Copyright Law», 96 *Virginia Law Review* 549 (2010). Sobre la tragedia de los comunes, véase el trabajo seminal de Garrett HARDIN, «The Tragedy of the Commons», *Science*, Vol. 162, December 13, 1968. En nuestro país, da buena razón del artículo Pablo SALVADOR CODERCH, «Los derechos de propiedad (*Property Rights*)», en Salustiano DE DIOS, JAVIER INFANTE, Ricardo ROBLEDÓ, Eugenia TORRIANO (Coords.), *Historia de la propiedad en España, siglos XV-XX*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, págs. 509-532. ⁶⁸ Véase *infra* apartado III.2.2.

⁶⁹ Sobre una introducción sucinta a las diferencias que existían entre ambos textos, véase Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Derecho de participación», *Aranzadi Civil* núm. 16, 2000; Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La Directiva sobre el derecho de participación: historia de una iniciativa frustrada», *pe. I*, núm. 9 mayo-agosto 2001, págs. 9-24; y Ramon CASAS, «La Directiva sobre el derecho de participación de los artistas plásticos», *ADI*, Tomo XXII, 2001.

sando por manifestaciones de las llamadas artes aplicadas. A pesar del carácter expansivo del concepto de obra de arte que genera el nacimiento de derechos de participación en la Ley 3/2008, resulta preciso señalar la existencia de límites generales y específicos. Entre los primeros, se hallan los requisitos necesarios para que una determinada obra quede protegida mediante derechos de autor: así, deberá ser original, expresada en algún medio y presentar cualidades formales o expresivas que superen la comunicación de una mera idea (artículo 10 TRLPI). Entre los segundos, la propia Ley 3/2008 delimita hasta cierto punto el concepto de «obras de arte gráficas o plásticas», como se comenta en los apartados siguientes.

ii) Obras de arte aplicado y otras reproducibles en serie

El antiguo artículo 24.1 *in fine* TRLPI establecía que «[s]e exceptúan [...] las obras de artes aplicadas» de la generación del derecho de participación. La exclusión histórica de las obras de artes aplicadas en el derecho español, tomada de la Ley alemana de 1965 (UrhG⁷⁰), se fundaba de ordinario en el carácter normalmente reproducible de este tipo de obras. Esto es, se entendía que la posible explotación seriada de una creación debía excluir la fuente de ingresos que representaba el derecho de participación. Sin embargo, muchas obras de arte aplicado son únicas —una cerámica de Miquel Barceló, por ejemplo— o su explotación se realiza a partir del original creado por el autor —la primera silla «Wassily» de Marcel Brauer—, circunstancia que había generado críticas a la excepción contenida en el derogado artículo 24 TRLPI⁷¹.

En el régimen comunitario y, por tanto, en el de la ley española, la reproducibilidad técnica de las obras continúa jugando un papel en la dinámica del derecho de participación. Así, el artículo 1 *in fine* de la Ley (artículo 2.2 de la Directiva) enfatiza el carácter restringido de la reproducción de una obra como requisito para el nacimiento del derecho y exige que los ejemplares de tales ediciones limitadas estén «numerados, firmados o debidamente autorizados por el autor»⁷² (según la traducción española de la Directiva, los ejemplares deberán estar «normalmente numerados, firmados o debidamente autorizados de

⁷⁰ *Urheberrechtsgesetz vom 9. September 1965* (BGBl. I S. 1273) [última modificación por Ley de 17 de diciembre de 2008 (BGBl. I S. 2586)].

⁷¹ Entre otros, María Victoria ROCHA, *op. cit.*, págs. 166-169.

⁷² En relación al derogado artículo 24 TRLPI, RAMS ALBESA, *op. cit.*, había defendido que no deberían generar derecho de participación «aquellas producciones plásticas que son susceptibles de una producción en serie, tales como litografías, grabados, etc.; es decir, [...] cuantas admiten una reproducción mecánica, salvo que se parta de la garantía absoluta de su limitación, siendo ésta significativa, y con destrucción comprobada y fehacientemente consignada de las planchas originales o de su depósito en museo». Asimismo, María Victoria ROCHA, *op. cit.*, pág. 165: «Se o artista beneficia já da produção da obra em series com grande número de exemplares, então beneficia já de algum modo do direito de reprodução, pelo que nao se justifica a cumulação com o «derecho de participación» que, precisamente, o procura compensar pelo facto de a obra se plasmar num único exemplar ou em

otra manera por el artista»)⁷³. Así, por ejemplo, no podrán generar derecho de participación ediciones *post mortem* de obras plásticas, como un nuevo tiraje de grabados o una nueva edición de escultura a partir del molde creado por el autor en vida. Permea toda esta concepción del derecho de autor el prejuicio estético de la autenticidad: sólo el original de la obra es auténtico⁷⁴.

Otra razón aducida para la exclusión de (al menos determinadas) obras de arte aplicado encuentra su fundamento en el ahorro de costes de transacción. En muchas ocasiones, el valor de las obras de arte aplicado dependerá sobre todo de los materiales empleados y, en mucho menor grado, del trabajo del artista⁷⁵: piénsese, por ejemplo, en unos pendientes de oro y diamantes. En estos supuestos, la mayoría de autores proponen la aplicación del derecho de participación únicamente sobre la parte de valor añadido por la actividad del artista y su determinación mediante peritaje, lo que eleva sobremanera los costes de administración del sistema.

La ley española incluye entre las obras sometidas al *droit de suite* el vídeo-arte, un ámbito sobre el que la propia Directiva guarda silencio. Las críticas planteadas hasta aquí son extensibles a la aplicación del derecho de participación en este ámbito: por ejemplo, autores de vídeo-arte como Bill Viola o Matthew Barney obtienen beneficios de las ventas de sus obras mediante DVDs. Por ello, tal vez la referencia en la Ley al vídeo-arte se refiere sobre todo a la instalación artística de la que forma parte y no la propia obra audiovisual (en los términos del artículo 86 TRLPI).

En cuanto a las fotografías, es preciso distinguir en cuanto a la generación del derecho entre obras fotográficas, que sí hacen acreedores a sus autores de un

series muito limitadas e ser explorada mediante a venda». En definitiva, la posibilidad de situar en el mercado copias seriadas de una obra se erigía como límite al alcance del derecho de participación.

⁷³ El derecho de autor francés establece límites numéricos a los conjuntos de copias que generan un derecho de participación. Con independencia de su carácter más o menos arbitrario, tales límites abaratan costes de transacción. Véase artículo R. 122-3. II del *Code de la propriété intellectuelle*: «*Les oeuvres exécutées en nombre limité d'exemplaires et sous la responsabilité de l'auteur sont considérées comme oeuvres d'art originales au sens de l'alinéa précédent si elles sont numérotées ou signées ou dûment autorisées d'une autre manière par l'auteur. Ce sont notamment:*

- a) *Les gravures, estampes et lithographies originales tirées en nombre limité d'une ou plusieurs planches;*
- b) *Les éditions de sculpture, dans la limite de douze exemplaires, exemplaires numérotés et épreuves d'artiste confondus;*
- c) *Les tapisseries et oeuvres d'art textile faites à la main, sur la base de modèles originaux fournis par l'artiste, dans la limite de huit exemplaires;*
- d) *Les émaux entièrement exécutés à la main et comportant la signature de l'artiste, dans la limite de huit exemplaires numérotés et de quatre épreuves d'artiste;*
- e) *Les oeuvres photographiques signées, dans la limite de trente exemplaires, quels qu'en soient le format et le support;*
- f) *Les créations plastiques sur support audiovisuel ou numérique dans la limite de douze exemplaires».*

⁷⁴ Ramon CASAS, «Comentario al artículo 24», 3ª edición, *op. cit.*, pág. 412. En el mismo sentido, KATZENBERGER, §26 UrhG, Rn 22: «*Eigentlicher Gegenstand des Folgerechts sind daher nur die Werke der sog. „reinen“, „freien“ oder „hohen“ Kunst*».

⁷⁵ María Victoria ROCHA, *op. cit.*, pág. 168.

crédito de participación dentro de los límites antes mencionados y las meras fotografías, que sólo dan lugar a los derechos establecidos en el artículo 128 TRLPI⁷⁶.

- iii) Exclusión de manuscritos, obras arquitectónicas y obras generadas sin intervención humana

Finalmente, debemos referirnos a las obras que quedan fuera del ámbito objetivo de aplicación del derecho de participación. A diferencia del artículo 14ter.1 Convenio de Berna, se excluyen, y ello queda reflejado en el considerando decimonoveno de la Directiva, los manuscritos literarios o musicales. La razón, para ROCHA⁷⁷, es que se trata de meros medios de expresión: no existe un vínculo indisoluble entre la creación y el soporte de expresión, como ocurre, por ejemplo, con una pintura sobre un lienzo. Y, en efecto, sus formas de explotación pueden articularse mediante derechos de reproducción o comunicación pública. Para esta autora, sólo cuando contengan algún elemento de originalidad que les dote de un carácter plástico serán objeto de un derecho de participación (por ejemplo, un caligrama).

Un problema particular puede plantearse con los originales de un cómic. De entrada, parece que puedan quedar excluidos de la aplicación del derecho de participación, pues pueden equipararse a un manuscrito para su posterior reproducción seriada. Con todo, no puede desconocerse su comercialización en el mercado de arte y, en efecto, las reventas de viñetas directamente realizadas —con independencia de la utilización de *software* específico— por autores como Daniel Clowes, Robert Crumb o Marjane Satrapi podrán generar derechos de participación para sus autores. Esta consideración es extensible a los *storyboards* de películas y otros diseños como los expuestos recientemente por Tim Burton en el Museum of Modern Art (MoMA) de Nueva York.

Ni la Directiva, ni la ley española mencionan otras exclusiones, como, por ejemplo, las obras arquitectónicas. La posible exclusión de las obras de arquitectura⁷⁸ tiene sus razones en las mismas que matizan la aplicación del derecho de

⁷⁶ En este sentido, Gernot SCHULZE, «§ 26 UrhG», en Thomas DREIER y Gernot SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrmungsgesetz, Kunsturhebergesetz, Kommentar*, 3ª edición, C.H. Beck, München, 2008, §26 UrhG, Rn. 9.

⁷⁷ María Victoria ROCHA, *op. cit.*, pág. 164. En el mismo sentido, Ramon CASAS, «Comentario al artículo 24», 3ª edición, *op. cit.*, pág. 427.

⁷⁸ Téngase en cuenta la posibilidad de que algunos bienes culturales que pudieran dar lugar al derecho de participación, pueden transmitirse como parte de un edificio. Por lo general, mosaicos, esculturas, frescos u otras obras de arte incorporadas de forma fija a un inmueble y que no puedan separarse de éste sin deteriorarse se reputarán bienes inmuebles (artículos 334.3 del Código Civil 1889 y 511-2.1.c) Código Civil de Cataluña). La mayoría de autores sostiene que solamente generan un crédito de participación cuando se transmiten separados del bien inmueble. Véanse KATZENBERGER, §26 UrhG, Rn 23; y SCHULZE, §26 UrhG, Rn 35.

participación a las obras de arte aplicado: el ahorro de costes de transacción y la circunstancia según la cual el valor del terreno y de los materiales superarán las más de las veces la aportación realizada por el arquitecto.

Pueden plantearse otras hipótesis de exclusión, como, por ejemplo las obras en las cuales la aportación humana a su autoría es mínima, puesto que son generadas por un procedimiento automático o informatizada o son el resultado del comportamiento de un animal o de un fenómeno natural. En cualquier caso, *ex nihilo nihil fit*; alguien habrá concebido el código fuente del *software*, o al menos lo activará mediante algún input, para que genere alguna obra automatizada; o, alguien anticipará el resultado y dispondrá los materiales adecuados para que la naturaleza participe en la producción de una obra. La excepción es residual y seguramente, no haría falta excluir del derecho de participación a trabajos atribuibles a Giuseppe Penone o Aganetha Dyck —quienes dejan que sean plantas o animales los que acaben sus obras—: muchos de ellos difícilmente se revenderán a lo largo del tiempo y, en su caso, el problema puede reconducirse a la falta del *modicum* de originalidad exigido para la creación de derechos de propiedad intelectual⁷⁹.

1.2. Actos de reventa

Según el artículo 1 de la Ley, el derecho de participación nace en «*toda reventa que de las mismas [obras de arte gráficas o plásticas] se realice tras la primera cesión realizada por el autor*» (art 1.1. Directiva: «*cualquier reventa de que sea objeto la obra tras la primera cesión realizada por el autor*»).

i) Primer acto transmisivo

El antiguo artículo 24.1 TRLPI suscitaba algunas dudas en torno a su aplicación, pues el derecho se generaba con «*toda reventa que de las mismas [obras de arte plásticas] se realice en pública subasta, en establecimiento mercantil, o con la intervención de un comerciante o agente mercantil*». La utilización en el TRLPI del término «reventa»⁸⁰ sin más, esto es «venta subsiguiente a otra» generaba incertidumbre jurídica: una lectura literal del precepto daba a entender que

⁷⁹ Sobre el umbral de originalidad, véanse Ángel CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 5», en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3a edición, Tecnos, Madrid, 2008, pág. 105; y Ramon CASAS VALLÈS, «The requirement of originality», en Estelle DERCLAYE (Ed.), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham/Northampton, 2009, págs. 102-232. En relación con la protección mediante derechos de autor del arte contemporáneo, véase Edouard TREPPOZ, «Quelle(s) protection(s) juridique(s) por l'art contemporain?», *Revue Internationale du Droit d'Auteur (RIDA)*, núm. 209, págs. 51-125.

⁸⁰ RAE, 1ª acepción: «Acción y efecto de revender [Volver a vender lo que se ha comprado con ese intento o al poco tiempo de haberlo comprado]».

tanto el primer acto de cesión como el segundo deberían revestir la forma de una compraventa⁸¹.

La nueva ley, siguiendo el artículo 1.1 de la Directiva, hace referencia a la «*primera cesión [de la obra] realizada por el autor*»⁸², y abre la vía a cualesquiera transmisiones del dominio ya a título oneroso ya a título gratuito. Así pues, este primer acto transmisivo podría alcanzar a títulos distintos a una compraventa, como, por ejemplo, donaciones *inter vivos*, permutas, aportaciones societarias, daciones en pago, o una adjudicación en un procedimiento de insolvencia del artista. No alcanza, sin embargo, a actos que simplemente impliquen un traspaso posesorio de la obra, sin efectos sobre el dominio.

El primer acto transmisivo también incluye cualquier título *mortis causa* que suponga una transmisión del dominio de la obra del autor a su derechohabiente⁸³. En caso contrario, si se considerara que una transmisión por causa de muerte no constituyera una primera cesión a efectos de la Ley, se daría el supuesto de que aquellas obras no transmitidas en vida del artista no generarían un derecho de participación en reventas futuras, puesto que el artículo 1.1. establece como requisito que la primera cesión sea «*realizada por el autor*».

Durante la vigencia del régimen del artículo 24 TRLPI, se había discutido la posibilidad de considerar una adquisición por un negocio *mortis causa* como primera transmisión. En efecto, si los herederos procedían a realizar una «reventa» con participación de un profesional del arte podían llegar a ser a la vez deudores y acreedores del derecho de participación, que se extinguiría teóricamente por confusión (salvas las tasas del órgano de gestión)⁸⁴. En este sentido, se pronunció la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 19 de diciembre de 2006⁸⁵: un pintor y escultor, fallecido en 1985, legó a un familiar un conjunto de obras, que a la muerte de este último fueron transmitidas a sus herederos y, luego, vendidas por éstos al Ayuntamiento de Alicante por mediación de una sociedad mercantil. VEGAP, que contaba con mandato de gestión de los herederos del artista y, en tal condición, titulares de los de-

⁸¹ De hecho, en España, RAMS ALBESA, *op. cit.*, pág. 446, defendía la literalidad del precepto en cuanto al primer acto transmisivo y, por lo tanto, entendía excluidas las transmisiones gratuitas de la obra. La mayoría doctrinal sostuvo, no obstante, su extensión a otros negocios jurídicos (Ramon CASAS, «Comentario al artículo 24», 3ª edición, *op. cit.*; María Victoria ROCHA, *op. cit.*, págs. 170-171) y, así, debía interpretarse, al menos después de la adopción de la Directiva de conformidad con su artículo 1.1.

⁸² En inglés la Directiva utiliza *first transfer of ownership*, en francés *cession*, en alemán, *Veräußerung*.

⁸³ Por ejemplo, la ley británica (*Artist's Resale Right Regulations 2006*) incluye, con arreglo a su artículo 3 (5)(a), en el concepto de «transfer of ownership by the author»: «(a) transmission of the work from the author by testamentary disposition, or in accordance with the rules of intestate succession».

⁸⁴ Esta solución no parecía adecuada a ROCHA, quien siguiendo a Liliane PIERREDON-FAWCETT, *op. cit.*, pág. 89, y la jurisprudencia francesa en el asunto *Pisarro* (1929), sostenía su exclusión.

⁸⁵ SAP Alicante, Sección 8ª, de 19.12.2006 (JUR 2007\222242; MP: Enrique García-Chamón Cervera).

rechos de participación sobre las obras, reclamó a la mercantil la cantidad de 27.218,64 euros. En la contestación a la demanda, la sociedad alegó que las transmisiones a título de legado y de herencia no suponían una primera cesión con arreglo a la literalidad del artículo 24 TRLPI. Primero, el Juzgado de lo Mercantil y, después, la Audiencia Provincial desoyeron este argumento.

Ramon CASAS⁸⁶ matiza la cuestión para los supuestos en los cuales el legatario que revende la obra no fuera el titular del derecho de participación sobre la misma. En tales supuestos, resulta de aplicación el artículo 56.1 TRLPI, que establece que: «*El adquirente de la propiedad del soporte a que se haya incorporado la obra no tendrá, por este solo título, ningún derecho de explotación sobre esta última*». Así, el legatario de la obra no lo es automáticamente del derecho de participación y, en efecto, si transmite aquélla mediante un título oneroso, nacerá un crédito de participación a favor del derechohabiente.

ii) Segundo acto transmisivo

En cuanto al segundo acto de cesión, existen mayores fundamentos para limitarlo a su sentido técnico de compraventa, a excepción de aquellas transmisiones realizadas en fraude de ley. Con todo, algunos autores entienden que el concepto de reventa debería extenderse a otros negocios onerosos de disposición, tales como una aportación a sociedad, una permuta o una dación en pago⁸⁷. La limitación del concepto a la compraventa contribuye a la reducción de costes de transacción, como, por ejemplo, los derivados de identificar el valor de la obra en una permuta⁸⁸.

Obviamente, la destrucción de una obra de arte no supone un acto transmisivo a efectos de la Ley. Sin embargo, en el caso de destrucción negligente o dolosa de la obra de arte y consiguiente imposibilidad de devengar nuevos derechos de participación, puede discutirse si el titular del derecho puede solicitar una

⁸⁶ Ramon CASAS, «Comentario al artículo 24», 3ª edición, *op. cit.*, pág. 437.

⁸⁷ Germán BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 374. El artículo 2.1 del derogado RD 1434/1992, de 27 de noviembre, establecía que «[s]e exceptúan [...] las enajenaciones forzosas realizadas mediante subastas judiciales o administrativas». Críticos con esta exclusión: Ramon CASAS, «Comentario al artículo 24», 3ª edición, *op. cit.*, pág. 441; y María Victoria ROCHA, *op. cit.*, pág. 173, quienes sugerían su supresión de *iure condendo*. El argumento esgrimido apuntaba que si el propietario de una obra de arte la vende para obtener líquido para satisfacer sus deudas, tal transmisión generará un derecho de participación. En cambio, si son sus acreedores quienes inician un procedimiento concursal y consiguen ejecutar la obra de arte, el derecho no nacerá. Lo mismo ocurriría con la expropiación forzosa de la obra de arte. Con todo, debe tenerse en cuenta que la Ley y la Directiva exigen, para el devengo del derecho, la participación en este tipo de transmisiones de un profesional del mercado del arte especializado, sin ser suficientes las tareas de asesoramiento y peritaje pertinentes (véase *infra*).

⁸⁸ Ramon CASAS entiende que en tal caso el valor a tomar para el cálculo del derecho es el de precio de mercado de la obra, pero no puede desconocerse la inseguridad jurídica que comporta el criterio (Ramon CASAS, «Comentario al artículo 24», 3ª edición, *op. cit.*, pág. 502).

indemnización por la pérdida de expectativa, con arreglo a las reglas generales del derecho de daños. En este sentido, se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Barcelona, en sentencia de 29 de septiembre de 2000⁸⁹.

iii) Exigencia de participación de profesionales en la reventa

De acuerdo con el artículo 3 de la Ley, el derecho de participación se aplica «a todas las reventas en las que participen, como vendedores, compradores o intermediarios, profesionales del mercado del arte tales como salas de venta, salas de subastas, galerías de arte, marchantes de obras de arte y, en general, cualquier persona física o jurídica que realice habitualmente actividades de intermediación en este mercado», con independencia de si tales actividades se realizan por prestadores de servicios de la sociedad de la información, con arreglo a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (BOE núm. 166, de 12.7.2002, LSSI)⁹⁰.

La necesidad de participación de «profesionales del mercado de arte» requiere cierta especialización y dedicación a este sector de comercio. Así, por ejemplo, quedan excluidas transacciones realizadas mediante prestadores de servicios de la sociedad de la información como eBay, que con el régimen anterior, podrían entenderse incluidos en los conceptos de «pública subasta» o «establecimiento mercantil».

El criterio es funcional⁹¹: no deberían devengar derecho de participación aquellas transacciones en las cuales los profesionales del mercado del arte hubieran intervenido sólo con un papel de asesoría externa o peritaje.

Quedan asimismo excluidos los actos de reventa por parte de personas que actúan a título privado y transmiten sus obras a museos no comerciales abiertos al público (en este sentido, considerado 18 de la Directiva 2001/84/CE y preámbulo de la Ley española).

El legislador español ha optado por introducir en el artículo 3.3 de la Ley la facultad de exclusión prevista en el artículo 1.3 de la Directiva en relación con las adquisiciones efectuadas por galerías de arte directamente a un autor: «Los Estados miembros podrán disponer que el derecho [de participación] no se

⁸⁹ SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 29.9.2000 (JUR 2001\19424; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel).

⁹⁰ El nuevo régimen supera el esquema normativo del antiguo 24 TRLPI. Mas, ya en atención a la Directiva, la mejor doctrina (Ramon CASAS, «Comentario al artículo 24», 3ª edición, *op. cit.*, págs. 438-439, y María Victoria ROCHA, *op. cit.*, págs. 173-175) había defendido que el TRLPI recogía unos conceptos amplios de establecimiento mercantil, comerciante, e intervención de éstos en la transacción.

⁹¹ SCHULZE, §26 UrhG, Rn 15.

aplique a las operaciones de reventa si el vendedor compró la obra directamente al autor menos de tres años antes de la reventa y el precio de reventa no excede de 10.000 euros». Así pues, en el derecho español, se excluyen de la aplicación del *droit de suite* aquellos supuestos en los cuales una galería de arte adquiere directamente la obra al autor y la revende dentro de los tres años siguientes por un precio que no exceda de 10.000 euros excluidos impuestos⁹². Se trata de una excepción diseñada para fomentar las denominadas «ventas promocionales» por parte de galerías de arte. La inclusión de este supuesto en la Directiva y su adopción por el Legislador español demuestran a las claras el conocimiento de los efectos negativos del derecho de participación sobre la adquisición de nuevas obras y los incentivos de los galeristas para promocionar a sus artistas.

1.3. Precio de reventa y cálculo del importe del derecho

i) Precio de reventa

El importe del derecho de participación resulta de un porcentaje sobre el precio de reventa de la obra de arte gráfica o plástica y no, como ya se ha dicho, sobre la plusvalía obtenida con tal transmisión.

El artículo 4 de la Ley —siguiendo el artículo 5 de la Directiva— establece que los precios de reventa se entienden «excluidos los impuestos». Por su parte, el artículo 5 *in fine* de la Ley añade «*Los precios de reventa contemplados en este artículo se calcularán sin inclusión del impuesto devengado por la reventa de la obra*». Es decir, resulta clara la posibilidad de descontar los impuestos indirectos (IVA, ITP)⁹³.

No ocurre lo mismo con la posibilidad de sustraer otros cargos (comisiones, descuentos por pronto pago, gastos de transporte, o seguro, entre otros).

⁹² La exclusión queda limitada exclusivamente a las adquisiciones y reventas efectuadas por *galerías de arte* (Cdo. 18 de la Directiva). En el Proyecto de Ley (BOCG, Congreso, Serie A, núm. 6-1, de 9.7.2008), la excepción estaba prevista para cualesquiera vendedores de obras de arte y fue modificada a propuesta de una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (BOCG, Congreso, Serie A, núm. 6-5, de 30.10.2008), para ajustarla a lo dispuesto en la Directiva. Con todo, la excepción tiene alcance residual, pues ésta no es la forma más habitual de actuar de las galerías: para muchos artistas emergentes, tales compraventas serán la excepción. Lo más habitual será la actuación de la galería como mandataria del artista y que reciba la obra para su venta. Sobre todo, la excepción es clara en las llamadas *vanity galleries*, cuyo esquema de negocio se sustenta a partir de las sumas pagadas por los artistas por día para exhibir su obra en sus paredes.

⁹³ No analizamos aquí la interacción de los impuestos directos con el derecho de participación. Este tema, especialmente el carácter deducible del derecho de participación en el cómputo de las ganancias patrimoniales en IRPF, queda fuera del alcance de este trabajo.

ii) Reventas excluidas por razón del precio

Con todo, el crédito del derecho de participación de los autores nace únicamente cuando el precio de la reventa sea igual o superior a 1.200 euros por obra vendida o conjunto concebido con carácter unitario (artículo 4 de la Ley).

El artículo 3 de la Directiva había deferido a las legislaciones nacionales la fijación del umbral de nacimiento del derecho, que en ningún caso podría exceder de los 3.000 euros. La fijación de este mínimo fue uno de los elementos más importantes en la negociación del texto final de la Directiva. El Reino Unido, principal opositor de la introducción general del *droit de suite* en la Unión Europea, proponía un umbral mínimo de 10.000 euros; la propuesta inicial de Directiva asumía un umbral de 1.000 euros, que los Estados podían reducir. La Posición común de Directiva elevó el umbral a 4.000 euros (COM (96) 97 final [1996] DO C-178/16).

También en España, la negociación sobre el umbral mínimo de aplicación del derecho fue polémica. El Proyecto de Ley establecía un umbral de 3.000 euros⁹⁴, que, finalmente, tras los trámites parlamentarios fue rebajado a 1.200 a partir de las propuestas de enmienda presentadas por Grupo ER-IU-ICV (500 euros), Grupo Popular (500 euros), Grupo Canario-CIU (1.800 euros) y Grupo Socialista (2.400 euros)⁹⁵. De hecho, la nueva legislación ha reducido el umbral mínimo en relación con la legislación anterior: el derogado artículo 24.3 TRLPI establecía que el derecho nacía «*cuando dicho precio sea igual o superior a 300.000 pesetas*» (aprox. 1.800 euros).

El establecimiento de este umbral mínimo responde al ahorro de costes de transacción: en algunas ventas de arte, el importe del derecho de participación no llegaría a compensar los costes de aplicación aparejados al sistema.

Los problemas en esta sede se plantean a la hora de determinar qué debe entenderse por un conjunto unitario o si, por el contrario, sería posible, para eludir el devengo del derecho, articular la transmisión mediante reventas separadas, por ejemplo, vendiendo un tríptico en tres negocios diferentes.

iii) Cálculo del importe del derecho

El cálculo del importe del derecho de participación constituye una de las novedades más relevantes de la Ley 3/2008 en relación con el régimen anterior. Conforme al derogado artículo 24 TRLPI, los beneficiarios del derecho participaban en un 3% del precio de reventa. El nuevo artículo 5 de la Ley 3/2008 recurre a un sistema de porcentajes decrecientes para el cálculo del derecho:

⁹⁴ BOCG, Congreso, Serie A, núm. 6-1, de 9.7.2008.

⁹⁵ BOCG, Congreso, Serie A, núm. 6-5, de 30.10.2008.

<i>Parte del precio comprendida entre (en euros)</i>	<i>Porcentaje (%)</i>
0-50.000 ⁹⁶	4 ⁹⁷
50.000,01-200.000	3
200.000,01-350.000	1
350.000,01-500.000	0,5
500.000,01-...	0,25

No obstante, el importe máximo del derecho no podrá superar los 12.500 euros. Este límite cuantitativo también constituye otra novedad sustancial con el régimen anterior. Con todo, tal límite sólo operará a partir de reventas efectuadas por un precio superior a 2.000.000 euros⁹⁸.

2. BENEFICIARIOS DEL DERECHO

Los beneficiarios del derecho son el autor de la obra y sus derechohabientes tras la muerte de aquél (artículo 6.1 de la Directiva y 2.1 de la Ley). Según el artículo 2.1 de la Ley: «*El derecho de participación se reconoce al autor de la obra y a sus derechohabientes tras la muerte o declaración de fallecimiento*».

Por otra parte, el derecho es inalienable y sólo puede transmitirse *mortis causa*⁹⁹. En efecto, al menos en vida del autor, se trata de un derecho inalienable, inembargable e imprescriptible¹⁰⁰.

2.1. Obras en coautoría

Cuando la obra de arte revendida hubiera sido realizada por dos a más autores, el importe del derecho, con arreglo al artículo 7.4 de la Ley, se repartirá por partes iguales entre ellos, salvo pacto en contrario.

⁹⁶ Un problema no resuelto ni por la Directiva, ni por la Ley que la transpone al ordenamiento español es determinar si la parte del precio por debajo del umbral mínimo fijado por cada legislación —en nuestro país, la parte comprendida entre 0 y 1.200 euros— debe tenerse en cuenta para calcular el importe del derecho. Dada la redacción de los artículos 4.3 de la Directiva y 5 de la Ley española, entiendo que no, aunque ello podrá generar incentivos para la defraudación del derecho en reventas a precios ligeramente superiores al umbral mínimo. En otras versiones lingüísticas de la Directiva, la cuestión queda más clara («*up to EUR 3,000*»; «*für die Tranche [...] bis zu 3.000 euros*»; «*parte del prezzo [...] fino al importo di 3.000 euros*»).

⁹⁷ Los legisladores nacionales, de acuerdo con el artículo 4.2 de la Directiva, están facultados a elevar este porcentaje a 5 %.

⁹⁸ Esto es, en España el importe del derecho se homogeniza en obras vendidas por más de 2.000.000 o, en su caso, 2.019.200 euros, si no se grava con un 4% la cantidad comprendida hasta el umbral mínimo (véase nota 96).

⁹⁹ Por supuesto, una vez devengado el derecho de participación, el derecho de crédito consiguiente sí es cedible a terceros.

¹⁰⁰ KATZENBERGER, «§ 26 UrhG», Rn 48-49; DREYER, «§ 26 UrhG», Rn 24-25.

El problema en esta sede es relativo, dada la existencia del órgano de gestión colectiva que puede tener más facilidad para conocer el porcentaje de cada uno de los autores que acaso los obligados al pago del derecho.

2.2. *Derechohabientes*

Como se ha adelantado, a la muerte del autor, el derecho puede ser transmitido *mortis causa*. La ley española no especifica quiénes pueden suceder al autor en el derecho y, en efecto, podrán hacerlo tanto personas físicas o jurídicas, de derecho privado o de derecho público, por cualquier título sucesorio (sucesión testada, intestada, legado)¹⁰¹.

Las características patrimoniales del derecho de participación prevalecen en este ámbito sobre los rasgos de derecho de la personalidad que podría llegar a atribuirse al *droit de suite*. En este sentido, la transmisión del derecho una vez fallecido el autor no conlleva necesariamente la conservación de su titularidad en la familia del artista. Incluso, por vía intestada, el Estado podrá llegar a ser titular del derecho de participación¹⁰².

El círculo de posibles derechohabientes es mucho más amplio, pues, que en otros ordenamientos. Por ejemplo, en el derecho francés, la transmisión *mortis causa* queda restringida a los herederos forzosos del artista, con exclusión de herederos y legatarios testamentarios así como cualesquiera otros causahabientes¹⁰³. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en Sentencia de 15 de abril de 2010¹⁰⁴, ha resuelto que esta solución legislativa es compatible con el régimen de la Directiva 2001/84/CE.

¹⁰¹ Recientemente, en otros ordenamientos, algunas entidades de gestión de derechos de artistas plásticos, temerosas ante los rumores de que pueda reducirse o incluso eliminarse el alcance *post mortem* del *droit de suite*, han iniciado campañas a favor del derecho. Así, en Francia, la *Société des Auteurs dans les Arts Graphiques et Plastiques* (ADGP) ha elaborado un video con el lema «*Le droit de suite est en danger*» (véase http://www.adagp.fr/FR/static_index.php y <http://www.youtube.com/watch?v=ywYoHXc-z4> [consultados en 30 de mayo de 2011]). La versión inglesa del video también está disponible desde el sitio web de *European Visual Artists* (EVA): <http://www.eartists.org/uk/home.html> [consultado en 30 de mayo de 2011]).

¹⁰² Por ejemplo, en la ley británica, podrán ser derechohabientes sólo las personas naturales y determinadas *charities* (The Artist's Resale Right Regulations 2006, Sec. 9). Téngase en cuenta, sin embargo, que según el artículo 8.2 de la Directiva «[...] los Estados miembros que (en la fecha de entrada en vigor mencionada en el artículo 13) no apliquen el derecho de participación no estarán obligados, durante un período que concluirá a más tardar el 1 de enero de 2010, a reconocer ese derecho a los derechohabientes del artista tras su muerte», facultad que fue contemplada por el legislador británico.

¹⁰³ Artículo L. 123-7 del *Code de la propriété intellectuelle*: «Après le décès de l'auteur, le droit de suite mentionné à l'article L. 122-8 subsiste au profit de ses héritiers et, pour l'usufruit prévu à l'article L. 123-6, de son conjoint, à l'exclusion de tous légataires et ayants cause, pendant l'année civile en cours et les soixante-dix années suivantes».

¹⁰⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Tercera, de 15 de abril de 2010, Asunto C-518/08. Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de grande instance de París el 27 de noviembre

Los hechos del pleito que llevaron al Tribunal de Grande Instance de París a elevar una cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo fueron los siguientes: Salvador Dalí, fallecido el 23 de enero de 1989 en Figueres, instituyó mediante testamento de 20 de septiembre de 1982 al Estado español como heredero universal de los derechos de propiedad intelectual sobre su obra. Los derechos son administrados por la Fundación Gala-Salvador Dalí, que en 1997, confió a VEGAP un mandato exclusivo para su gestión en todo el mundo. La entidad de gestión francesa *Société des Auteurs dans les Arts Graphiques et Plastiques* (ADAGP), por contrato suscrito con VEGAP, se encarga de la gestión de los derechos de explotación de la obra de Salvador Dalí en territorio francés y, desde 1997 ha abonado a la Fundación, a través de VEGAP, todas las cantidades recaudadas en relación con la obra de aquél, a excepción de los importes referidos a los derechos de participación, que con arreglo al derecho francés, pagaba directamente a los herederos forzosos del pintor.

La Fundación Gala-Salvador Dalí, al considerar que en virtud de la voluntad testamentaria del autor es acreedora de los derechos de participación sobre la obra del pintor, demandó, junto con VEGAP, a ADAGP, que instó la intervención en el litigio de los herederos forzosos del pintor.

El Tribunal de Justicia ha resuelto que una norma como la incluida en el *Code de la propriété intellectuelle*, que atribuye la condición de derechohabientes del *droit de suite* únicamente a los herederos forzosos del artista, con exclusión de los legatarios testamentarios, es compatible con el régimen de la Directiva. Ahora bien, en relación con el conflicto en cuestión, el Tribunal señaló en el fallo de la sentencia que deben tenerse en cuenta las normas de derecho internacional privado y, en particular, las relativas a la ley aplicable en materia de atribución sucesoria del derecho de participación. La solución legislativa francesa, si bien reduce sobremanera el ámbito de libertad del autor para adoptar las decisiones que considere convenientes en relación con la gestión y explotación de su obra después de su muerte, puede entenderse como una medida destinada a la reducción de costes de transacción en las reventas de obras de arte: la identificación de los herederos forzosos de un artista puede resultar más sencilla que la del titular de un derecho de participación sobre una obra determinada, especialmente, si se permite la atribución de legados específicos a diferentes derechohabientes.

En el ordenamiento español, los negocios jurídicos *mortis causa* constituyen, como se ha señalado, la única posibilidad para que un autor pueda transmitir el derecho de participación. Por su parte, no especifican tampoco la ley, ni

de 2008 — Fundación Gala-Salvador Dalí, Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos/Société des Auteurs dans les Arts Graphiques et Plastiques, Juan Leonardo Bonet Doménech, Eulalia María Bas Dalí, María del Carmen Doménech Biosca, Antonio Doménech Biosca, Ana María Busquets Bonet, Mónica Busquets Bonet.

la Directiva, si el carácter inalienable del derecho persiste una vez ha sido transmitido *mortis causa*. La inalienabilidad del derecho, se dice, encuentra su razón, al menos en el primer caso, en las asimetrías informativas y en las diferencias en el poder de negociación entre artistas y profesionales del arte, pero existen más dudas acerca de tales asimetrías una vez fallecido el artista y puede plantearse la posibilidad de que los derechohabientes puedan renunciar al derecho o transmitirlo mediante formas diferentes a la vía sucesoria¹⁰⁵. La autonomía privada y el principio general de libre transmisibilidad de bienes y derechos abogarían por esta solución. Sin embargo, el consiguiente aumento en costes de información que conllevaría la libre transmisibilidad del derecho por sus derechohabientes puede hacer deseable, en caso de superar los beneficios sociales aparejados, aplicar también una regla de inalienabilidad. Muerto el autor, no preocupan los efectos perversos de la inalienabilidad del derecho de participación en la señalización de reputación y en los incentivos a labrar una carrera artística que contribuya a la revalorización de su obra.

A falta de disposición testamentaria al respecto, el derecho se transmitirá a los derechohabientes *in totum*. Ello no obsta a que puedan transmitirse derechos de participación individuales a derechohabientes diferentes o, en su caso, la posibilidad de que obras no enajenadas en vida del causante se transmitan a un determinado sujeto y los eventuales derechos de participación asociados a otro sujeto, por ejemplo, una fundación. Esto es, es posible la asignación por vía sucesoria de diferentes derechos de participación a diversos causahabientes¹⁰⁶. Por ejemplo, un artista podría legar el derecho de participación sobre sus obras vendidas a sus hijos y, en cuanto a las obras no vendidas en vida del artista, podrá separarlas en dos lotes *a* y *b*, legados respectivamente a sus hijos y a la fundación de su nombre, y decidir que los derechos de participación sobre las obras que conforman el legado *a* corresponden a la Fundación y viceversa en cuanto al legado *b*¹⁰⁷.

¹⁰⁵ A favor del carácter alienable del derecho *post mortem*, véase Liliane DE PIERREDON-FAWCETT, *op. cit.*, págs. 41-45. Cfr. Ramon CASAS, «Comentario al artículo 24», 3ª edición, *op. cit.*, pág. 423: «[...] a ley no distingue. Los herederos, por tanto, tampoco podrán renunciar al derecho ni cederlo. Se trata de una cuestión que podría prestarse al debate, pero no en mayor medida que en el caso de otros derechos de remuneración con la misma configuración».

¹⁰⁶ Sobre la libertad de testar y su relación con los derechos de autor, véase Lee-ford TRITT, «Liberating Estates Law from the Constraints of Copyright», 38 *Rutgers Law Journal* 109 (2006).

¹⁰⁷ En el régimen anterior, cuando el vendedor de la obra revendida era el obligado al pago del derecho de participación, no deberían haber existido obstáculos a la modificación voluntaria de las obligaciones en relación con el derecho. Así, por ejemplo, con la finalidad de evitar la dispersión de la producción artística, el autor podría establecer un porcentaje superior para desincentivar determinadas reventas o podría suprimir el nacimiento del derecho en reventas efectuadas entre los herederos y la fundación. En la Ley actual, en la que el obligado al pago es el profesional del mercado del arte (véase *infra* apartado III.4.1), se reduce el ámbito de maniobra de los autores sobre el derecho.

3. DURACIÓN

El derecho de participación será eficaz en vida del artista y setenta años después de su muerte o declaración de fallecimiento. Los setenta años se cuentan desde el 1 de enero del año siguiente a aquel en que se produjo la muerte o la declaración de fallecimiento del autor (artículos 6 Ley y 8.1 Directiva)¹⁰⁸. En caso de obras realizadas en colaboración, deberá estarse a lo dispuesto en el artículo 28.1 TRLPI: el plazo de 70 años empezará a contar desde la muerte o declaración de fallecimiento del último de los coautores vivos. Asimismo, la regla sobre duración prevista en la Ley 3/2008 no desplaza las generales para supuestos de obras seudónimas u anónimas (artículo 27 TRLPI).

Evidentemente, el derecho sólo afecta al mercado de arte moderno y contemporáneo (en el sentido temporal y no estético) (véase considerando 17º de la Directiva); sector que constituye el 35% de las ventas en subasta en Europa¹⁰⁹.

4. OBLIGADOS AL PAGO DEL DERECHO Y GESTIÓN COLECTIVA

4.1. *Obligados al pago del derecho*

Según el artículo 1.4 Directiva «[e]l pago del derecho contemplado en el apartado 1 correrá a cargo del vendedor».

La regla tiene claro sentido cuando el vendedor es un profesional del mercado de arte. Es por ello que el mismo apartado establece que los Estados miembros podrán disponer que una de las personas físicas o jurídicas mencionadas en el artículo 1.2 distintas del vendedor (compradores o intermediarios que sea profesionales del mercado del arte como salas de ventas, galerías de arte y marchantes) tenga responsabilidad exclusiva o compartida con el vendedor para el pago del derecho. El sistema español contempla tal posibilidad, si bien la técnica legislativa utilizada en esta ocasión presenta varias deficiencias. En el origen, está con alta probabilidad, la fusión, no siempre acertada, del régimen previsto en el derogado del artículo 24.4 TRLPI con las facultades previstas en la Directiva.

El artículo 24.4 TRLPI regulaba o, más bien, encriptaba esta cuestión del siguiente modo: «Los subastadores, titulares de establecimientos mercantiles, o agentes mercantiles que hayan intervenido en la reventa deberán notificarla a la

¹⁰⁸ Algunos tribunales han resuelto a favor de la suspensión del plazo de duración por causas excepcionales. Así, por ejemplo, en relación al *droit de suite* por las reventas de obras de Renoir y Redon, la *Cour d'appel* de París, en sentencia de 5 de mayo de 1974, no tuvo en cuenta en el cómputo del plazo los años de la Primera Guerra Mundial, aunque ésta tuvo lugar antes de la entrada en vigor de la ley francesa de 1920.

¹⁰⁹ Lisa BECKER *et al.*, *The Droit de Suite*, Institut für Wirtschaftsforschung (ifo), Munich, 1995.

entidad de gestión correspondiente 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».

En definitiva, el vendedor venía obligado al pago del derecho de participación. Si el vendedor era un profesional del mercado del arte, la regla no generaba demasiados problemas: retenía la cantidad, informaba y pagaba. Si el vendedor no era profesional pero actuaba representado por un profesional, éste respondería solidariamente con aquél. La consideración del profesional como depositario del importe reforzaba el carácter solidario de la responsabilidad.

En cambio, cuando era el comprador el profesional del arte o actuaba representado por un profesional, la obligación de pago continuaba correspondiendo al vendedor, sin ninguna relación solidaria con el profesional del mercado del arte que «*en todo caso*» era considerado depositario del importe del derecho de la participación.

El artículo 9 de la Ley 3/2008 establece ahora que «*los profesionales del mercado del arte harán efectivo el pago del derecho a la entidad de gestión correspondiente o, en su caso, a los titulares del derecho*». Así pues, el vendedor no es el obligado al pago del derecho, salvo si a su vez es un profesional del mercado del arte. Podrán ser también deudores del derecho compradores, mandatarios o intermediarios que sean profesionales de dicho mercado.

Con todo, el vendedor puede llegar a responder del pago del derecho. Así el artículo 10 de la Ley establece que «*[l]os profesionales del mercado del arte que intervengan en las reventas [...] responderán solidariamente con el vendedor del pago del derecho*». La redacción no es muy afortunada y, acaso, hubiera sido preferible convertir al vendedor en sujeto de este enunciado normativo: «*el vendedor responderá solidariamente con los profesionales del mercado del arte que hubieran intervenido en la reventa*».

Pero, además, tal responsabilidad solidaria con el conjunto de «*los profesionales del mercado del arte que intervengan en las reventas*» no casa demasiado bien con la individualización de responsabilidad que establece el artículo 8.4 del mismo texto legal. Con arreglo a este precepto, «*[c]uando haya intervenido en la reventa de la obra más de un profesional del mercado del arte, el sujeto obligado a [...] el pago del derecho, será el profesional del mercado del arte que haya actuado como vendedor y, en su defecto, el que haya actuado de intermediario*» (énfasis añadido). Por otra parte, en esta última regla, no se contempla la posible situación en que uno de los profesionales del mercado del arte hubiera actuado como comprador, a quien también alcanzaría la responsabilidad solidaria con el vendedor.

Junto con la obligación de pago, se atribuyen a los profesionales del mercado del arte otros deberes (artículo 8 de la Ley 3/2008):

- a) Notificar la reventa efectuada al vendedor, al titular del derecho de participación y a la entidad de gestión correspondiente. La notificación debe hacerse por escrito o por otro medio que permita dejar constancia de la remisión y recepción de aquélla en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente de la fecha de la reventa y debe contener información sobre: lugar y fecha en que se efectúa la reventa; precio íntegro de la enajenación; documentación acreditativa de la reventa necesaria para la verificación de los datos y la práctica de la correspondiente liquidación. Dicha documentación debe incluir, como mínimo, el lugar y la fecha en la que se realizó la reventa, el precio de la misma y los datos identificativos de la obra revendida, así como de los sujetos contratantes, de los intermediarios, en su caso, y del autor de la obra.
- b) Retener el importe del derecho de participación del autor en el precio de la obra de arte revendida.
- c) Mantener en depósito gratuito, y sin obligación de pago de intereses, la cantidad retenida hasta la entrega al titular o, en su caso, a la entidad de gestión correspondiente.

4.2. Prescripción de la acción

Con arreglo al artículo 12 de la Ley, «*la acción de los titulares para hacer efectivo el derecho ante los profesionales del mercado del arte prescribirá a los tres años de la notificación de la reventa*».

El plazo de prescripción trienal fijado por el artículo 12 de la Ley opera frente a los profesionales del arte. Por su parte, la eventual acción contra el vendedor no profesional para el pago del importe del derecho quedaría sujeta al plazo general de quince años (artículo 1964 CC) a contar desde la reventa¹¹⁰. El legislador ha dejado pasar la oportunidad para poner fin a la dualidad de plazos prescriptivos, que ya había denunciado la mejor doctrina¹¹¹. En efecto, entrarán en juego las intrincadas consecuencias que la solidaridad entre deudores puede conllevar sobre la prescripción (artículos 1140 y 1148 CC)¹¹².

¹¹⁰ Ramon CASAS, «Comentario al artículo 24», 3ª edición, *op. cit.*, pág. 444, n. 167.

¹¹¹ Ramon CASAS, «Comentario al artículo 24», 3ª edición, *op. cit.*, pág. 444.

¹¹² Sobre ello, por todos, Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, *Solidaridad y derecho de daños. Los límites de la responsabilidad colectiva*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007.

4.3. *Gestión colectiva del derecho de participación*

Según el artículo 6.1 de la Directiva, «[l]os Estados miembros podrán prever la *gestión colectiva opcional u obligatoria del derecho*». La Ley 3/2008 configura la gestión colectiva como opcional, si bien la incentiva¹¹³.

En la actualidad, la entidad que tiene encomendada la gestión de derechos de participación es «Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos» (VEGAP)¹¹⁴, entidad autorizada por OM del Ministerio de Cultura de 5 de junio de 1990, pero ello no impide que puedan constituirse en el futuro otras entidades colectivas, u otras personas jurídicas —por ejemplo, una asociación de artistas—, autorizadas con arreglo a lo dispuesto en los artículos 147 y ss. TRLPI para la gestión de derechos de propiedad intelectual que se encarguen de la recaudación y distribución de derechos de participación.

Según el artículo 7.2 de la Ley, las entidades de gestión «*notificarán al titular del derecho cuya gestión haya sido cedida que se ha hecho efectivo el pago [...] en el plazo máximo de un mes desde que éste haya tenido lugar*» y el artículo 7.3 añade que «*liquidarán el importe debido al titular, en concepto de derecho de participación, en el plazo máximo de un año a contar desde el momento del pago, salvo que en dicho plazo el titular reclame la liquidación, en cuyo caso ésta se efectuará en el mes siguiente a la reclamación*».

El importe de los derechos de participación percibidos por las entidades de gestión y no repartidos a sus titulares en el plazo establecido en el artículo 7.3

¹¹³ En el Proyecto de Ley (BOCG, Congreso, Serie A, núm. 6-1, de 9.7.2008), la gestión era obligatoria. Se presentaron, al menos, ocho enmiendas en relación con el carácter obligatorio de la gestión del derecho de participación (BOCG, Congreso, Serie A, núm. 6-5, de 30.10.2008): enmiendas 45 (G.P. Popular), 4 y 5 (G.P. Mixto), 32, 33, 34 y 35 (G.P. Esquerra Republicana-Izquierda Unida-ICV), y 18 (G.P. Catalán CIU). Esta última, la más fundamentada, señalaba que: a) no hay razones para modificar el sistema de gestión voluntario establecido en 1987; b) el sistema voluntario es el sistema mayoritario en la UE; c) VEGAP ha incrementado progresivamente la recaudación por este concepto, sin que el sistema voluntario haya sido un obstáculo para ello, especialmente, teniendo en cuenta que las entidades de gestión han sido criticadas por falta de transparencia; y d) el respecto a la libertad del creador pasa por reconocerle el derecho a elegir. En el informe de la Ponencia, ya se había suprimido el carácter obligatorio de la gestión del derecho de participación (BOCG, Congreso, Serie A, núm. 6-6, de 11.11.2008).

¹¹⁴ En la jurisprudencia menor, pueden encontrarse algunos casos que ilustran cómo VEGAP gestiona el derecho de participación. Por ejemplo, dos acciones de la entidad contra la casa de subastas de Fernando Durán resueltas por sendas sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid (SAP Madrid, Sección 14ª, de 9.7.2001 (JUR 2001\272630; MP: Miguel Ángel Sánchez Plaza); y SAP Madrid, Sección 20ª, de 19.4.2005 (JUR 2005\106043; MP: Ramón Fernando Rodríguez Jackson), que confirman las sentencias de instancia que habían condenado a la demandada a abonar a VEGAP, respectivamente, las cantidades de 3.449.000 ptas. y 10.574,81 euros por derechos de participación no satisfechos. Véase, sin embargo, la SAP Madrid, Sección 10ª, de 3.3.2003 (JUR 2004\157337; MP: Joaquín Navarro Estevan), que desestima una demanda contra la referida casa de subastas por falta de acreditación de la legitimación activa. Por otra parte, la SAP Madrid, Sección 28ª, de 12.2.2008 (AC 2008\839; MP: Pedro Gómez Sánchez) condena a Castellana de Subastas de Pintura, S.A. a abonar a VEGAP casi 45.000 euros por derechos de participación no satisfechos.

por falta de identificación de éstos y sobre los que no pese reclamación alguna, deberá ser ingresado en el Fondo de Ayuda a las Bellas Artes en el plazo máximo de un año (artículo 13.2). La regla tiene sentido en un sistema de gestión obligatoria del derecho de participación, en el que los obligados al pago evitan los costes de recabar información para identificar a los acreedores de los derechos. De hecho, la minimización de costes de transacción opera de fundamento a la gestión obligatoria de derechos de autor¹¹⁵, en especial de las prestaciones remuneratorias que derivan de actos producidos masivamente en el mercado.

Para el caso de la gestión opcional, que asume la Ley española, la entidad que no cuenta con un mandato de un artista para la gestión de uno o varios derechos de participación es un tercero en la relación obligatoria y el pago del importe que se le efectúe deberá sujetarse a las reglas generales del pago a tercero (artículos 1162 y 1163 CC). En este sentido, el pago efectuado por el profesional del arte a la entidad de gestión no será extintivo y el titular del derecho continuará estando legitimado para exigir su importe, con el límite de la prescripción, que, debe recordarse, empezará a contar desde el momento de la notificación del primero al segundo.

En el régimen anterior, en cambio, el obligado al pago que no podía identificar al acreedor del derecho podía extinguir su obligación mediante el pago del importe al Fondo de Ayuda a las Bellas Artes.

4.4. *El Fondo de Ayuda a las Bellas Artes*

Como se ha indicado, las cantidades no repartidas por las entidades de gestión por falta de identificación de los titulares del derecho deben ser ingresadas en el Fondo de Ayuda a las Bellas Artes. Para ello, las entidades de gestión deben notificar a los responsables del Fondo, en el primer trimestre de cada año, la relación de cantidades percibidas y los repartos efectuados, así como los motivos que hayan hecho imposible el reparto de las cantidades ingresadas en el Fondo.

La administración del Fondo corresponde a una Comisión adscrita al Ministerio de Cultura, que fue nombrada por la Orden 1523/2007 del Ministerio de Cultura de 24 de mayo de 2007¹¹⁶. Esta Comisión estará presidida por el Ministro de Cultura o la persona en quien él delegue y estará integrada por representantes de las comunidades autónomas, de los sujetos obligados y de las entidades de gestión del derecho.

Algunos autores se han mostrado muy críticos con el Fondo de Ayuda a las Bellas Artes¹¹⁷: no se justifica que un organismo público que persiga el interés

¹¹⁵ William LANDES y Richard POSNER, *op. cit.*, pág. 157.

¹¹⁶ BOE núm. 131, 1.6.2007.

¹¹⁷ María Victoria ROCHA, *op. cit.*, págs. 178-182.

general tenga que financiarse mediante patrimonio generado a partir de un interés privado (derechos de autor); y, además, se superpone a las funciones que corresponden a las entidades de gestión colectiva¹¹⁸.

Dados los problemas competenciales en materia de fomento de la cultura, la disposición final cuarta de la Ley establece que el Gobierno llevará a cabo, en el plazo de un año desde la entrada en vigor del texto, las modificaciones legislativas precisas para distribuir territorialmente entre comunidades autónomas, los recursos del Fondo a fin de que sean las administraciones autonómicas las que, de acuerdo con su competencia exclusiva, gestionen directa e íntegramente los citados recursos.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, «Imperialismo económico y dogmática jurídica», *Revista de Derecho Mercantil* núm. 223 (1999), págs. 925-976.
- Eulàlia AMAT LLARI, «El control del autor sobre su obra», *RCDI*, págs. 1941 y ss, 1989.
- Lisa BECKER *et al.*, *The Droit de Suite*, Institut für Wirtschaftsforschung (ifo), Munich, 1995.
- Yochai BENKLER, «Siren Songs and Amish Children: Autonomy, Information, and Law», *76 New York University Law Review* 23 (2001).
- Germán BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Tecnos, Madrid, 1997.
- Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Derecho de participación», *Aranzadi Civil* núm. 16, 2000.
- «La Directiva sobre el derecho de participación: historia de una iniciativa frustrada», *Pe. I*, núm. 9 mayo-agosto 2001, págs. 9-24.
- Ángel CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 5», en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª edición, Tecnos, Madrid, 2008.
- Ramon CASAS VALLÈS, «El derecho de participación de los artistas plásticos (Droit de suite) en la Ley de Propiedad Intelectual: Bases teóricas», en Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Derechos del artista plástico*, Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 67-122.
- «Comentario al artículo 24», en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1997.
- «La Directiva sobre el derecho de participación de los artistas plásticos», *ADI Tomo XXII*, 2001.
- «Comentario al artículo 24», en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª edición, Tecnos, Madrid, 2008.
- «The requirement of originality», en Estelle DERCLAYE (Ed.), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham/Northampton, 2009, págs. 102-232.

¹¹⁸ Véase la STS, 3ª, de 10.2.1997 (Ar. 1556; MP: Segundo Menéndez Pérez), que desestima la impugnación por la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución del RD 1434/1992, entre otros extremos sobre el Fondo, por cuanto el Tribunal resolvió que la actora no ostentaba un interés legítimo en su supresión.

- John CHRISTMAN, «Constructing the Inner Citadel: Recent Work on the Concept of Autonomy», 99 *Ethics* 109 (1988).
- Ronald H. COASE, «Durability and Monopoly», 15 *Journal of Law and Economics* 143 (1972).
- Deven R. DESAI, «Copyright's Hidden Assumption: A Critical Analysis of the Foundations of Descendible Copyright», *Thomas Jefferson School of Law Research Paper No. 1353746*, 2009 (disponible en <http://ssrn.com/abstract=1353746>).
- Gunda DREYER, «§ 26 UrhG», en Gunda DREYER, Jost KOTTHOFF y Astrid MECKEL (Coord.), *Heidelberger Kommentar zum Urheberrecht*, 2ª edición, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2009.
- Jean-Louis DUCHEMIN, *Le Droit de Suite des Artistes*, Éditions Ramgal, Thuillies, París, 1948.
- Wladimir DUCHEMIN, «La directive communautaire sur le droit de suite», *Revue Internationale du Droit d'Auteur (RIDA)*, 191, enero 2002.
- Gerald DWORKIN, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge University Press, Cambridge/New York, 1988.
- Richard H. FALLON, JR., «Two Senses of Autonomy», 46 *Stanford Law Review* 875 (1994).
- Ward FARNSWORTH, *The Legal Analyst. A Toolkit for Thinking about the Law*, The University of Chicago Press, Chicago, 2007.
- Joel FEINBERG, *Harm to Self. The Moral Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford/New York, 1984.
- Randall K. FILER, «The 'Starving Artist' – Myth or Reality? Earnings of Artists in the United States», 94 *Journal of Political Economy* 56 (1986).
- William W. FISHER III, «Theories of Intellectual Property», en Stephen MUNZER (Ed.), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge University Press, 2001 (también disponible en <http://cyber.law.harvard.edu/people/ffisher/iptheory.pdf>).
- Jack FLAM, *Matisse and Picasso: The Story of Their Rivalry and Friendship*, Westview Press, Cambridge (MA), 2003.
- Victor GINSBURGH, «The Economic Consequences of Droit de Suite in the European Union», 35 *Economic Analysis and Policy* 61 (2005).
- Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, *Solidaridad y derecho de daños. Los límites de la responsabilidad colectiva*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007.
- Wendy J. GORDON, «Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors», 82 *Columbia Law Review* 1600 (1982).
- Kathryn GRADY y Chanont BANTERNGHANSA, «*The Impact of the Droit de Suite in the UK: An Empirical Analysis*», Centre for Economic Policy Research (CEPR), Discussion Paper No. 7136, 2009.
- Katy GRADY, Noah HOROWITZ y Stefan SZYMANKSI, *A study into the effect on the UK art market of the introduction of the artist's resale right*, Enero de 2008, United Kingdom Intellectual Property Office (disponible en <http://www.ipo.gov.uk/study-droitdesuite.pdf>).
- Javier GUTIÉRREZ VICÉN, «Comentario al artículo 24», en José María RODRÍGUEZ TAPIA (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007.
- Javier GUTIÉRREZ VICÉN, «Compraventa de obras de arte y cesión del derecho de autor», no fechado (disponible en http://www.arteyderecho.org/ES/Derechos_de_Autor/Ensayos_y_Conferencias_).
- Henry HANSMANN y Reinier KRAAKMAN, «Property, Contract, and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights», 31 *Journal of Legal Studies (Supp.)*, S373 (2002).

- Henry HANSMANN y Marina SANTILLI, «Authors' and Artists' Moral Rights: A Comparative Legal and Economic Analysis», 26 *Journal of Legal Studies* 95 (1997).
- «Royalties for Artists versus Royalties for Authors and Composers», *Journal of Cultural Economics*, Vol. 25 num. 4 (2001), págs. 259-281 (también descargable en www.ssrn.com, por donde se cita).
- Garrett HARDIN, «The Tragedy of the Commons», *Science*, Vol. 162, December 13, 1968.
- Michael HELLER, «The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets», 111 *Harvard Law Review* 621 (1998).
- *The Gridlock Economy. How Too Much Ownership Wrecks Markets, Stops Innovation, and Costs Lives*, Basic Books, New York, 2008.
- Michael HELLER y Rebecca S. EISENBERG, «Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research», *Science*, Vol. 280, May 1, 1998.
- Paul KATZENBERGER, «§ 26 UrhG», en Gerhard SCHRICKER, *Urheberrecht Kommentar*, 3ª edición, C.H. Beck, München, 2006.
- Larry S. KARP y Jeffrey M. PERLOFF, «Legal Requirements that Artists Receive Resale Royalties», 13 *International Review of Law and Economics* 163 (1993).
- Christian KIRCHNER, «Zur Ökonomik des Folgerechts in § 26 UrhG», en Karl RIESENHUBER y Lars KLÖHN (Eds.), *Das Urhebervertragsrecht im Lichte der Verhaltensökonomik*, De Gruyter Recht, Berlin, 2009, págs. 211-234.
- Roland KIRSTEIN y Dieter SCHMIDTCHEN, «Do Artists Benefit from Resale Royalties? An Economic Analysis of a New EU Directive», Working Paper, 2000 (reproducido en Bruno DEFFAINS y Thierry KIRAT (Eds.), *Law and Economics in Civil Law Countries*, Elsevier, Vol. 6, 2001, págs. 257-274).
- William M. LANDES y Richard A. POSNER, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2003 (se cita por traducción de Víctor Manuel Sánchez Álvarez, *La estructura económica del Derecho de propiedad intelectual e industrial*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2006).
- Mark A. LEMLEY, «Ex Ante Versus Ex Post Justifications for Intellectual Property», 71 *University of Chicago Law Review* 129 (2004).
- Juana MARCO MOLINA, «Bases históricas y filosóficas y precedentes legislativos del derecho de autor», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 47, 1994, págs. 121-208.
- Clare McANDREW y Lorna DALLAS-CONTE, *Implementing the Droit de Suite (artists' resale right) in England*, The Arts Council of England, 2004 (<http://www.artscouncil.org.uk/documents/publications/325.pdf>).
- Peter S. MENELL y David NIMMER, «Pooh-Poohing Copyright Laws «Inalienable» Termination Rights», 57 *Journal of the Copyright Society of the USA* 799 (2010).
- John Henry MERRYMAN, «The Wrath of Robert Rauschenberg», 40 *Journal of the Copyright Society of the USA* 241 (1992) (reproducido en John Henry MERRYMAN, *Thinking About the Elgin Marbles. Critical Essays on Cultural Property, Art and Law*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2000, págs. 352-376).
- John Henry MERRYMAN y Albert E. ELSEN, *Law, Ethics and the Visual Arts*, 4th ed., Kluwer Law International, Londres/La Haya/New York, 2002.
- MTIC Limited, *Droit de Suite in the UK*, Report for the British Patent Office, United Kingdom, 1999.
- Cándido PAZ-ARES, «Principio de eficiencia y Derecho Privado», en *Estudios en homenaje a M. Broseta*, Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 2843-2900.
- Jeffrey M. PERLOFF, «Droit de suite» en Peter NEWMAN (Ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Palgrave MacMillan, New York, Vol. 1, 2002, págs. 645-648.

- Jennifer B. PFEFFER, «The Costs and Legal Impracticalities Facing Implementation of the European Union's Droit de Suite in the United Kingdom», 24 *NW. J. Int'l L. & Bus.* 533 (2004).
- Liliane DE PIERREDON-FAWCETT, *The Droit de Suite in Literary and Artistic Property. A Comparative Law Study*, Center for Law and the Arts, Columbia University School of Law, New York, 1991.
- Javier PLAZA PENADÉS, «El derecho de participación del artista en la reventa de sus obras (*droit de suite*) en la Unión europea y su repercusión en el Derecho español», en *Libro Homenaje a D. Antonio Hernández Gil*, Tomo II, editorial Ramón Areces, Madrid, 2001, págs. 2119 a 2131.
- Monroe E. PRICE, «Government Policy and Economic Security for Artists: The Case of the Droit de Suite», 77 *Yale Law Journal* 1333 (1968).
- Joaquín RAMS ALBESA, «Comentario al artículo 24» en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo V, Vol 40-A: Artículos 428 y 429 del Código Civil y Ley de Propiedad Intelectual, EDESA, Madrid, 1994.
- David RANGEL MEDINA, «El droit de suite de los autores en el derecho contemporáneo», *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 19, 1988-1989, págs. 429-450 (disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/19/pr/pr27.pdf>).
- Michael RAYMOND y Serge KANCEL, *Le droit de suite et la protection sociale des artistes plasticiens*, Inspection générale des affaires sociales/Inspection générale de l'administration des affaires culturelles, Avril 2004 (<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/044000267/0000.pdf>).
- Joseph RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford/New York, 1986.
- María Victoria ROCHA, «Derecho de participación (*droit de suite*): análisis do artigo 24 do «Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual» (TRLPI)», *ADI Tomo XXI*, 2000, págs. 147-184.
- Susan ROSE-ACKERMAN, «Inalienability and the Theory of Property Rights», 85 *Columbia Law Review* 931 (1985).
- Michael RUSHTON, «The Law and Economics of Artists' Inalienable Rights», 25 *Journal of Cultural Economics* 243 (2001).
- Pablo SALVADOR CODERCH, «Los derechos de propiedad (*Property Rights*)», en Salustiano DE DIOS, Javier INFANTE, Ricardo ROBLEDO, Eugenia TORIJANO (Coords.), *Historia de la propiedad en España, siglos XV-XX*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, págs. 509-532.
- «Técnica legislativa y teorías de la regulación», *InDret* 1/2004 (www.indret.com).
- Walter SANTAGATA, «Institutional Anomalies in the Contemporary Art Market», 19 *Journal of Cultural Economics* 209 (1995).
- Gernot SCHULZE, «§ 26 UrhG», en Thomas DREIER y Gernot SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz, Kommentar*, 3ª edición, C.H. Beck, München, 2008.
- Bunny SMEDLEY, «How the EU will destroy Britain's Art Market», *European Journal* 8, vol. 7, 22-24 (2001).
- John L. SOLOW, «An Economic Analysis of Droit de Suite», 22 *Journal of Cultural Economics* 209 (1998).
- Jonathan TEPPER, «Le Droit de Suite: An Unartistic Approach to American Law», Working paper, 2007 (http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=jonathan_tepper).

- Calvin TOMKINS, *Duchamp*, Anagrama, Barcelona, 1999.
- Edouard TREPPOZ, «Quelle(s) protection(s) juridique(s) por l'art contemporain?», *Revue Internationale du Droit d'Auteur (RIDA)*, núm. 209, págs. 51-125.
- Lee-ford TRITT, «Liberating Estates Law from the Constraints of Copyright», 38 *Rutgers Law Journal* 109 (2006).
- Moly Shaffer VAN HOUWELING, «Author Autonomy and Atomism in Copyright Law», 96 *Virginia Law Review* 549 (2010).
- Elena VICENTE DOMINGO, *El droit de suite de los artistas plásticos*, Ed. Reus/Aisge, Madrid, 2007.
- W. Kip VISCUSI, John M. VERNON y Joseph E. HARRINGTON, *Economics of Regulation and Antitrust*, 3rd. ed., The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2000.
- VV.AA., «Droit de Suite Impasse», *Art Business Today*, London, January 2000.
- Alexander WEATHERALL, «Harmonising the Droit de Suite; a Legal and Economic Analysis of the EC Directive and an Overview of the Recent Literature», *German Working Papers in Law and Economics* 22, 2003 (www.bepress.com).
- Jeffrey C. WU, «Art Resale Rights and the Art Resale Market: A Follow-Up Study», 46 *Journal of the Copyright Society of the USA* 531 (1999).