LA REFORMA DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN

Se facilitan en esta sección tres documentos relacionados con la inminente reforma de la regulación legal del derecho de participación, la cual se producirá con motivo de la transposición de la Directiva 2001/84/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original. En primer lugar, aparece el Anteproyecto de Ley por la que se modifica el artículo 24 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, texto elaborado por el Ministerio de Cultura y dado a conocer con fecha 20 de mayo de 2008. El segundo documento es el Informe preparado sobre dicho Anteproyecto por la Asociación Literaria y Artística para la Defensa del Derecho de Autor (ALADDA). Por último, se proporciona el texto del Proyecto de Ley relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, tal y como ha sido remitido por el Gobierno a las Cortes Generales, y publicado en el Boletín General de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados (Serie A, Proyectos de Ley), el 9 de julio de 2008. Confiamos en que la lectura conjunta de estos tres materiales permita a nuestros lectores formarse una más fundada opinión sobre las novedades que en torno a esta materia están próximas a producirse en nuestro ordenamiento.

ANTEPROYECTO DE LEY POR LA QUE SE MODIFICA EL ARTÍCULO 24 DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL, APROBADO POR REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/1996, DE 12 DE ABRIL

Artículo único. *Modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.*

El artículo 24 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 24. *Derecho de participación*

1. Los autores de 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, siempre que estas constituyan creaciones ejecutadas por el propio autor o se trate de ejemplares considerados como obras de arte originales, tendrán derecho a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa que de las mismas se realice tras la primera cesión realizada por el autor. Los ejemplares de obras de arte objeto de este derecho que hayan sido realizados por el propio autor o bajo su autoridad se considerarán obras de arte originales. Dichos ejemplares estarán numerados, firmados o debidamente autorizados por el autor.

Este derecho se aplicará a todas las reventas en las que participen, como vendedores, compradores o intermediarios, profesionales del mercado del arte tales como salas de venta, 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. El derecho se aplicará igualmente cuando las actividades descritas se realicen a través de prestadores de servicios de la sociedad de la información, de conformidad con lo establecido en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

Se exceptúan de lo dispuesto en el párrafo anterior los actos de reventa de la obra que haya sido comprada directamente al autor, siempre que el período transcurrido entre esta primera adquisición y la reventa no supere tres años y el precio de reventa sea inferior a 10.000 euros.

2. El derecho de participación de los autores nacerá cuando el precio de la venta sea igual o superior a 1800 euros, excluidos los impuestos, por obra vendida o conjunto que pueda tener carácter unitario.

3. El importe de la participación que corresponderá a los autores estará en función de los siguientes porcentajes:

- a) El 4% de los primeros 50.000 euros del precio de la venta.
- b) El 3% de la parte del precio de la venta comprendida entre 50.000,01 y 200.000 euros.
- c) El 1% de la parte del precio de la venta comprendida entre 200.000,01 y 350.000 euros.
- d) el 0,5% de la parte del precio de la venta comprendida entre 350.000,01 y 500.000 euros.
- e) el 0,25% de la parte del precio de la venta que exceda de 500.000 euros.

En ningún caso el importe total del derecho podrá exceder de 12.500 euros. Los precios de venta contemplados en este apartado se entenderán sin impuestos.

4. El derecho establecido en el apartado primero de este artículo es irrenunciable, se transmitirá únicamente por sucesión *mortis causa* y se extinguirá transcurridos setenta años a contar desde el 1 de enero del año siguiente a aquel en que se produjo la muerte o la declaración de fallecimiento del autor.

5. El derecho de participación reconocido en el apartado primero se hará efectivo a través de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual existentes o que puedan existir.

6. Los profesionales del mercado del arte que hayan intervenido en la reventa deberán notificarla a la entidad de gestión correspondiente 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.

Las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual podrán exigir a cualquier profesional del mercado del arte mencionado en el párrafo segundo del apartado 1, durante un plazo de tres años a partir de la fecha de la reventa, toda la información necesaria para obtener la liquidación de los importes debidos.

7. La acción para hacer efectivo el derecho ante los profesionales del mercado del arte prescribirá a los tres años de la notificación de la reventa.

8. Las cantidades percibidas por las entidades de gestión en concepto de derecho de participación deberán ser repartidas a sus titulares, en todo caso en el año natural siguiente al de su percepción. Las cantidades percibidas y no repartidas deberán ser ingresadas por las entidades de gestión en el Fondo de Ayuda a las Bellas Artes en el plazo de tres meses contado desde la finalización del plazo referido.

9. Las entidades de gestión estarán obligadas a notificar a la Comisión Administradora del Fondo de Ayuda a las Bellas Artes, en el primer trimestre de cada año, la relación de cantidades percibidas por el derecho de participación y los repartos efectuados. La Comisión Administradora del Fondo publicará, con carácter anual, un informe sobre la aplicación del derecho de participación.»

Disposición derogatoria

Única. Quedan derogadas las disposiciones que se opongan a la presente Ley y, en particular, las siguientes:

- a) Disposición adicional segunda del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.
- b) Real Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre, de desarrollo de los artículos 24, 25 y 140 de la Ley 22/87, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual; artículos 2, 3.1, 3.2, 4, 6, 7.3 y 8.

Disposición final

Primera. *Fundamento constitucional*

Esta ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva que corresponde al Estado en materia de legislación sobre propiedad intelectual, conforme a lo establecido en el artículo 149.1.9.^a de la Constitución.

Segunda. *Desarrollo de la ley*

Se autoriza al Gobierno a dictar las normas para el desarrollo reglamentario de esta ley.

20.5.2008

INFORME DE LA «ASOCIACIÓN LITERARIA Y ARTÍSTICA PARA LA DEFENSA DEL DERECHO DE AUTOR» SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY POR LA QUE SE MODIFICA EL ARTÍCULO 24 DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL, APROBADO POR REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/1996, DE 12 DE ABRIL*

El Ministerio de Cultura ha dado publicidad el pasado día 21 de mayo de 2008, a través de su página electrónica, al texto de un Anteproyecto de reforma de la Ley de Propiedad Intelectual (en lo sucesivo, el Anteproyecto) con el que se pretende dar cumplimiento a 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 (en adelante, la Directiva), mediante la modificación del artículo 24 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril (en breve, LPI). ALADDA considera pertinente trasladar a la Subdirección General de Propiedad Intelectual de dicho Ministerio este Informe en el que se analizan algunos aspectos de la reforma proyectada, por si pudieran resultar de interés para una eventual mejora del futuro texto normativo.

1. Necesidad de la reforma del artículo 24 LPI

La necesidad está completamente fuera de duda. Además concurre la urgencia, toda vez que España ya ha sido objeto de una primera condena por parte del Tribunal de Luxemburgo, por el retraso en la incorporación de la Directiva de referencia (Sentencia 31 de enero de 2008, asunto C-32/07). Por tanto, no cabe sino **felicitar por la iniciativa del Ministerio de Cultura y desear que pueda tramitarse de la forma más rápida posible**, de cara a evitar la imposición de sanciones pecuniarias, que serían doblemente dolorosas pues, a diferencia de lo que sucedía en otros países, en el nuestro el derecho de participación era ya una realidad y todo hacía pensar en una pronta y poco problemática incorporación de la Directiva.

2. El objeto del derecho de participación

El derecho de participación es un derecho de autor peculiar, pues no se aplica a todas las obras sino, básicamente, a aquéllas en las que la creación va indi-

* La Asociación Literaria y Artística para la Defensa del Derecho de Autor (ALADDA) es una asociación de ámbito estatal constituida en 1986 e inscrita en el Registro Nacional de Asociaciones desde el 17 de agosto de 1987, con el número de registro 74622. Constituye el Grupo Español de la *Association Littéraire et Artistique Internationale* (ALAI), fundada en Francia en 1878. Según el artículo 3.2 de sus vigentes Estatutos, uno de los fines de ALADDA es «la colaboración con los poderes públicos para el estudio de las cuestiones relativas a la forma y perfeccionamiento de la legislación sobre el derecho de autor». El presente Informe se elabora con la finalidad de dar cumplimiento a este precepto estatutario.

solublemente unida a un objeto; o dicho de otra forma, a aquellas en las que la creación «es» el objeto y, por tanto, no cabe explotación mediante ejemplares en sentido propio (es decir, soportes que incorporan y permiten trasladar la obra a miembros del público, pero que no «son» la obra). La Directiva se refiere a «*obras de arte originales*» (véanse sus arts. 1.1 y 2.1). El vigente artículo 24 LPI lo hace a «*obras de artes plásticas*». La idea subyacente es la misma y no habría inconveniente en mantener la terminología actual. De hecho, es lo que, de alguna forma, viene a hacer el Anteproyecto cuando, en vez de usar la expresión «*obras de arte originales*», opta por recoger la explicación incluida en el artículo 2.1 de la Directiva, según el cual, «*a efectos de la presente Directiva se entenderá por «obras de arte originales» las obras de arte gráficas o plásticas tales como [...]»*. Aunque se trate de una cuestión menor, **se evita así incrementar la polisemia del término «originalidad»** con un nuevo sentido que sólo podría conectarse con el usual (art. 10.1 LPI) aduciendo que, en definitiva, cuando se habla de una «*obra de arte original*», lo que quiere decirse es que en ella está la impronta de la personalidad del autor (originalidad de la creación intelectual y originalidad del objeto material en que se ha *encarnado*).

No obstante lo anterior, cabe observar que **la fórmula «obras de arte originales» acaba apareciendo en el mismo artículo 24.1,I del Anteproyecto**, al tratar de los «*ejemplares*» que pueden beneficiarse del derecho de participación («*ejemplares considerados como obras de arte originales*»; «*los ejemplares [...] se considerarán obras de arte originales [...]*»). En vista de ello, cabrían dos posibilidades. La primera consistiría en restituir la referencia a «*obras de arte originales*» al comienzo del artículo 24.1,I del Anteproyecto, con una redacción como la siguiente: «*Los autores de obras de arte originales, entendiéndose por tales las obras de arte gráficas o plásticas, tales como [...]*». La segunda pasaría por eliminar toda alusión a «*obras de arte originales*», evitando referirse a los «*ejemplares*» en la primera parte del mencionado artículo 24.1 I. La redacción de éste podría ser: «*Los autores de obras de arte gráficas o plásticas, tales como los cuadros [...] y piezas de videoarte, siempre que estas constituyan creaciones ejecutadas por el propio autor, tendrán derecho a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa que de las mismas se realice tras la primera cesión realizada por el autor*». Luego, en la segunda parte, se podría añadir: «*También se aplicará este derecho a las reventas de ejemplares de las obras de arte antes indicadas, siempre que se realicen, en un número limitado, por el propio autor o bajo su autoridad*». Probablemente sea más fácil la primera de las dos opciones señaladas. Todo ello en el bien entendido de que el texto del Anteproyecto es correcto e incorpora bien la Directiva y, por tanto, podría dejarse como está.

La Directiva parte de un concepto abierto («*obras de arte gráficas o plásticas*»), seguido de una relación ejemplificativa («*tales como*»). Aunque no era estrictamente necesario, es oportuno que el Anteproyecto haya optado por acoger también la lista de ejemplos. Es útil y contribuirá a disipar dudas. Con alguna modificación menor e intrascendente (p. ej., hablar de «*tapices*» en lugar de «*tapicería*»), la enumeración está tomada de la propia Directiva. Hay, no obstante, algún aspecto que merece comentarse.

En primer lugar, la Directiva prescinde de la distinción entre obras de arte «*puro*» y de arte «*aplicado*». El vigente artículo 24.1,II LPI excluye del derecho de participación «las obras de artes aplicadas». La Directiva, en cambio, no lo hace. Maneja un único criterio: que las obras, aplicadas o no, sean «*obras de arte originales*» o, de forma más concreta, «*obras de arte gráficas o plásticas*». El Anteproyecto es a este propósito totalmente ortodoxo. Incorpora la Directiva en sus términos y, por tanto, desaparecerá de la Ley española la expresa exclusión de las obras de arte aplicadas. Su sujeción o no al derecho de participación dependerá de los parámetros comunes. Aunque no resulte necesaria, **sería oportuna una referencia a la cuestión de las obras de arte aplicadas en el Preámbulo o Exposición de Motivos** que, cabe suponer, acompañará al texto final del Anteproyecto. No se trataría, por supuesto, de adentrarse en problemas que, de darse, deberán decidir los tribunales caso por caso sino, simplemente, de señalar que ha quedado eliminada la exclusión general hoy vigente.

En la lista de ejemplos del artículo 24.1,I del Anteproyecto aparecen los «**objetos de cristal**». Así figuran también en el artículo 2.1 de la Directiva. No está muy claro a qué se alude. La versión francesa de la Directiva habla de «*verre-ries*»; la inglesa de «*glassware*»; la alemana de «*Glasobjekte*»... «*Objetos de cristal*» parece una traducción correcta. Pero, ¿de qué se trata? ¿Vidrieras, como en alguna ocasión se dijo durante la tramitación de la Directiva?... ¿Esculturas de cristal, introduciendo así una extraña referencia a un tipo de material concreto?... Probablemente todo ello quepa en la fórmula de la Directiva y del Anteproyecto, siempre que el objeto sea una obra de arte plástica. Las dudas deberán resolverlas los tribunales. En la Ley no cabe, ni se debe, ir más allá. Las dudas no son, pues, imputables al Anteproyecto que, simplemente, recoge lo que prevé la Directiva. La referencia es correcta y no hay ninguna objeción.

La lista de ejemplos del Anteproyecto procede literalmente de la Directiva y, como se viene diciendo, los eventuales problemas de aplicación deberán resolverse judicialmente, caso por caso. Hay, sin embargo, **un ejemplo que no está en la Directiva: las «piezas de videoarte»**. Con esta expresión parece aludirse a lo mismo que la legislación francesa describe como «*créations plastiques sur support audiovisuel ou numérique*», con una expresa limitación a doce ejemplares (art. R. 122-2 del *Code de la Propriété Intellectuelle*). En rigor, se trata de obras audiovisuales, que encajan perfectamente en la amplia definición del artículo 86 LPI: «*Creaciones expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que estén destinadas esencialmente a ser mostradas a través de aparatos de proyección o por cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y del sonido, con independencia de la naturaleza de los soportes materiales de dichas obras*». Desde este punto de vista, el videoarte no presenta peculiaridad alguna en relación con otras obras audiovisuales. No obstante, al parecer, habría casos en los que el autor, deliberadamente, opta por explotar su creación en un mercado peculiar, ajeno al de las otras obras audiovisuales: el mercado de las obras artísticas. Sucedería lo mismo que en el caso de las obras fotográficas. Es entonces cuando, además de la obra de videoarte, surge la «*pieza*» de videoarte: un objeto o conjunto de objetos (p. ej., una instalación) al que

se asocia un cierto carácter único. Lo decisivo no es el lenguaje expresivo utilizado, sino la forma en que el autor decide explotar la creación; algo que, por cierto, podría cambiar con una nueva decisión ya que, a diferencia de lo que sucede con otras técnicas (p. ej., grabado), no se puede asegurar la destrucción de las planchas o instrumentos que, en otro caso, permitirían la reproducción en un número indefinido de ejemplares. **Parece prudente no descartar que las piezas de videoarte puedan beneficiarse del derecho de participación. Pero aún lo sería más no pronunciarse al respecto.** La Directiva se refiere de forma expresa a obras de arte «*gráficas o plásticas*». Es dudoso que las «*piezas de video arte*» encajen con facilidad en la segunda categoría, única en la que cabría incluirlas. Ya es suficiente con que quede claro que la lista es ejemplificativa y, por tanto, abierta. El legislador español no debería ir más allá en este punto.

La posibilidad de que haya «ejemplares», en sentido impropio, sujetos al derecho de participación está admitida por la Directiva y nada hay que decir al respecto. Convendría, no obstante, **señalar de forma expresa que debe tratarse de series o ediciones limitadas**; algo que sólo está implícito y que, sin embargo, la Directiva recoge en su artículo 2.2. Por otra parte, la frase final del artículo 24.1,I del Anteproyecto suscita una duda. Se dice en ella que los ejemplares que se benefician del derecho «*estarán numerados, firmados o debidamente autorizados por el autor*». **La Directiva, sin embargo, incluye también un «normalmente» que en el texto del Anteproyecto no aparece.** Se convierte de este modo en normativo (imperativo) lo que parece ser sólo indicativo. No es lo mismo decir que puede servir de guía el hecho de que los ejemplares estén numerados, firmados, etc., que decir que deban estarlo. Ciertamente se ganaría en seguridad, pero a costa de añadir una exigencia que no está en la Directiva y que podría dejar fuera del derecho obras (ejemplares) que ésta no ha excluido. El carácter simplemente orientativo del adverbio «*normalmente*» queda confirmado a la vista de las versiones francesa («*en principe*»), inglesa («*will normally have been*») o alemana («*müssen in der Regel*») de la Directiva. Debería pues incluirse.

Finalmente, en relación todavía con el objeto del derecho de participación, hay algún aspecto de la redacción que cabría mejorar. Concretamente, hay un «estas» que acaso podría eliminarse. Cuando el artículo 24.1,I del Anteproyecto establece «*[...] y piezas de video arte siempre que «estas» constituyan creaciones ejecutadas [...]*», es claro que la palabra «estas» no va referida —aunque otra cosa pudiera parecer— a las «*piezas de videoarte*», sino a las «*obras de arte gráficas o plásticas*» de la primera línea del precepto. La redacción sería más clara si se suprimiera la palabra citada, del manera que se dijera «*siempre que constituyan*», en lugar de «*siempre que estas constituyan*».

3. Los actos sujetos al derecho de participación

El derecho de participación se activa cuando la obra es objeto de reventa en el mercado secundario profesional. Para el derecho de participación, como en general en materia de propiedad intelectual, también resulta esencial la distin-

ción entre el espacio público y el privado. El derecho no se activa cuando las reventas son privadas. Sí, en cambio, cuando son públicas por producirse en un mercado profesional. La reforma contribuirá a clarificar las cosas, al sustituir una serie de criterios presentados como formales (art. 24.1 I LPI: «venta en subasta, en establecimiento mercantil o intervención de comerciante o agente mercantil»), por un criterio único de carácter sustantivo (reventa conectada con el mercado secundario profesionalizado). Es este dato el que permite distinguir entre lo que hemos llamado ventas públicas y privadas. Se trata de expresiones breves y cómodas que, en cualquier caso, no deben inducir a confusión. Lo relevante, como queda dicho, no es la publicidad —formal— de las reventas sino el hecho de que se produzcan o guarden relación directa con el mercado profesional. A este respecto, el proyectado artículo 24 recoge correctamente las previsiones de la Directiva, con alguna particularidad digna de comentarse.

No hay duda de que **habrá «reventa» incluso cuando no hubo «primera venta» en el sentido civil de la expresión.** Pues es indiferente el título por virtud del que el se desprendió de la obra por primera vez. Tanto la Directiva como el Anteproyecto hablan de «la primera cesión realizada por el autor». Se sugiere no obstante mejorar la redacción del precepto para **evitar repetir el verbo «realizar»** en el artículo 24.1 I, primera parte: «[...] derecho a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa que de las mismas «se realice» tras la primera cesión «realizada» por el autor». Quizá bastaría con decir: «[...] derecho a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa de que sean objeto tras la primera cesión realizada por el autor».

La **exclusión de las ventas privadas** es uno de los elementos clave de la Directiva. Su artículo 1.1 establece que el derecho se activa con «cualquier reventa», mientras que el artículo 1.2 añade que el derecho se aplicará a «todos los actos de reventa» en los que participen profesionales del mercado del arte, ya sea como vendedores, compradores o intermediarios. La relación entre los citados dos apartados del artículo 1 de la Directiva podría entenderse de dos formas. En primer lugar, cabría pensar que el artículo 1.2 indica actos que necesariamente quedan sujetos, pero sin excluir que pueda haber otros. Dicho de otra forma: todas las reventas profesionales quedan necesariamente sujetas (art. 1.2 de la Directiva), pero «cualquier reventa» es una expresión más amplia, que podría aplicarse incluso a ventas entre particulares. Conforme a la segunda interpretación, el artículo 1.2 de la Directiva estaría precisando cuáles son las únicas reventas sujetas. La cuestión de la sujeción o no de las ventas entre particulares siempre ha sido *de lege ferenda* discutida (al margen de los problemas de gestión y efectividad, ¿por qué no debe remunerar al autor el particular que revende a otro particular?). El artículo 1 de la Directiva parece no zanjarla. Pero sí lo hace, con rotundidad, su considerando decimooctavo, del que resulta que la lectura correcta es la segunda de las indicadas. Reza así: «Conviene ampliar la aplicación del derecho de participación a todos los actos de reventa, salvo los efectuados directamente entre personas que actúen a título privado sin la participación de un profesional del mercado del arte». Por tanto, el derecho se aplicará a todas las reventas en que intervengan profesionales...pero sólo a ellas.

Desde luego, no cabe hacer ninguna objeción al artículo 24.1 II del Anteproyecto a este propósito, pues en él se recoge fielmente lo previsto en la Directiva. Pero **no estaría de más subrayar la frontera entre ventas públicas y privadas (en el sentido que se viene indicando: conexión o no con el mercado secundario profesional, aun sin publicidad) con una referencia expresa a la neta exclusión de estas últimas.** Podría hacerse en el propio artículo 24.1 II, añadiendo, tras punto y seguido, un párrafo que recogiera el considerando decimoctavo de la Directiva, en la parte que interesa. Otra posibilidad, quizá más simple, sería llevar esa explicación a la Exposición de Motivos o Preámbulo. Pero es oportuno que, de una u otra forma, la explicación se incluya. También lo sería —dada la prevista derogación del art. 2 RD 1434/1992— dejar claro que el ámbito de aplicación del derecho se extiende a cualesquiera reventas que reúnan las características previstas, **tanto si son enajenaciones voluntarias como si son forzosas** (subastas judiciales o administrativas).

Los **sujetos cuya intervención determina el carácter público de la reventa** (es decir, el hecho de que se trata de una operación realizada en el mercado secundario profesionalizado) son, de acuerdo con el artículo 24.1,II del Anteproyecto, los «*profesionales del mercado del arte*». Así lo dispone también la Directiva. El Anteproyecto y ésta coinciden igualmente en cuanto al **carácter de la intervención** («*como vendedores, compradores o intermediarios*»). Hay tan sólo una diferencia. Ambos textos, tras identificar a los sujetos («*profesionales del mercado del arte*»), añaden una relación ejemplificativa («*tales como*»). El artículo 1.2 de la Directiva se refiere a «*salas de ventas, galerías de arte y, en general, cualquier marchante de obras de arte*». El artículo 24.1,II del Anteproyecto menciona a esos mismos sujetos, pero desplaza la cláusula de cierre («*en general*») a un concepto nuevo: «*[...] y, en general, cualquier persona que realice habitualmente actividades de intermediación en este mercado*». Si bien se mira, no es tanto un ejemplo más como una definición o explicación del criterio básico («*profesionales del mercado del arte*»). Desde este punto de vista, acaso podría considerarse innecesario. Sin embargo, constituye una buena forma de cerrar la relación. Quien se dedica habitualmente a una actividad es un profesional; y está bien que la norma lo recuerde para evitar que quienes *de facto* actúan como intermediarios profesionales puedan sustraerse al pago del derecho, con el consiguiente daño no sólo para los autores y sus derechohabientes, sino también para aquellos profesionales cuya actividad se desarrolla regular y abiertamente y que con frecuencia padecen actos constitutivos de competencia desleal por infracción de normas (art. 15 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal).

El artículo 24.1 I del Anteproyecto da muestra de una muy actual sensibilidad hacia el **uso de las tecnologías de la información**, al establecer que «*el derecho se aplicará igualmente cuando las actividades descritas se realicen a través de prestadores de servicios de la sociedad de la información, de conformidad con lo establecido en la Ley 43/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de comercio Electrónico*». Cabe pensar que se trata de dejar claro que las actividades profesionales y, en particular, las subastas que puedan

hacerse por profesionales usando Internet u otras redes digitales, no escapan al derecho de participación. Desde este punto de vista, aunque acaso innecesaria, se trata de una precisión con sentido. Se entiende que las «*actividades descritas*» son sólo las de mediación profesional (art. 24.1,II del Anteproyecto), no las reventas en sí (art. 24.1,I del mismo). Si, por ejemplo, un particular vende a otro particular una pintura valiéndose de la red, está claro que no por ello la reventa quedará sujeta al derecho de participación. Sería oportuno no obstante **clarificar estas cuestiones para evitar que reventas privadas (en el sentido de la Directiva y del Anteproyecto) puedan verse sujetas al derecho**. Quizá podría hacerse remarcando que seguimos hablando del mercado secundario profesionalizado, mediante una redacción como la siguiente: «*El derecho se aplicará igualmente aunque «los profesionales del mercado del arte lleven a cabo las actividades descritas» a través de prestadores de servicios de la sociedad de la información, de conformidad con lo establecido en la Ley 43/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de comercio Electrónico*».

La Directiva contempla la **posibilidad de excluir las que se conocen como reventas promocionales** (véase su art. 1.3). Se trata de una cuestión a decidir por cada Estado. En el vigente artículo 24 LPI tales reventas no están excluidas. Pero no es absurdo acoger la excepción, como una forma de compensar los riesgos que asumen los marchantes y otros profesionales que invierten en autores noveles. Es difícil valorar el impacto de esta medida de estímulo. Pero su acogimiento no merece críticas. Constituye una alternativa sensata, por la que han optado otros países. Entre ellos, Francia (art. L. 122-8 del *Code de la Propriété Intellectuelle*). Ahora bien, hay **un punto en el que la redacción quizá podría mejorarse**. Las reventas promocionales podrían estar exentas de una forma muy generosa si, simplemente, se aplicara un criterio temporal (i.e. exclusión de todas las reventas producidas durante los tres primeros años desde la primera cesión). De esta forma se potenciaría el movimiento de obras de autores jóvenes en el medio profesional, permitiendo reventas sucesivas no sujetas al derechos durante los repetidos tres primeros años. El planteamiento de la Directiva, sin embargo, ha sido mucho menos generoso. Sólo contempla una primera y única reventa exenta. El derecho no se aplica «*si el vendedor compró la obra directamente al comprador*» (art. 1.3 de la Directiva, así como su considerando decimooctavo). **En el artículo 24.1,III del Anteproyecto este extremo queda un tanto indefinido**. Ciertamente se dice que la obra ha de haber sido comprada «*directamente*» al autor, cosa que debería bastar para oponerse a lecturas generosas (en el sentido indicado). Pero sería bueno **ceñirse a los términos de la Directiva**, mediante, por ejemplo, la siguiente redacción: «*Se exceptúan de lo dispuesto en el párrafo anterior los actos de reventa si el vendedor compró directamente la obra al autor [...]*».

Hay un segundo aspecto de esta cuestión en la que es necesario (aquí sin matices) modificar el Anteproyecto. La Directiva exige, para aplicar la excepción de reventa promocional, **que el precio «no exceda» de 10.000 euros**. El artículo 24.1,III del Anteproyecto, en cambio, requiere que el precio sea «*inferior*»

a los expresados 10.000 euros. Según la Directiva una reventa por 10.000 euros exactos se beneficia de la excepción. Conforme al Anteproyecto, por el contrario, no. Se trata de una cuestión menor, pero es obligado ajustarse a los términos de la Directiva. El artículo 24.1,III del Anteproyecto debe decir: «[...] y el precio de reventa «no excede de» 10.000 euros».

En relación con las reventas promocionales hay un tercer y último aspecto que merece un comentario. Se trata de **los beneficiarios de la excepción**. El considerando decimoctavo de la Directiva alude a «*la situación especial de las galerías de arte*». No habla, en general, de primeros adquirentes, sino sólo de dichas galerías. El artículo 1.3 de la Directiva, en cambio, se refiere simplemente al «*vendedor*», permitiendo entender que cualquiera que compre directamente al artista se podrá beneficiar de la excepción. La verdad es que cada uno de esos textos se va a un extremo en el posible debate y, por ello, ambos se prestan a críticas. El considerando habla sólo de «*galerías*» olvidando que puede haber muchos profesionales que no sean galeristas. ¿Por qué deberían quedar excluidos del beneficio de exención de las reventas promocionales los marchantes sin galería?... Hacerlo iría contra el espíritu y finalidad de la norma. Pero, en sentido contrario, ¿debe beneficiarse cualquiera que compre obras de arte, aunque no sea un profesional?... ¿Acaso no se trata de estimular la inversión en artistas jóvenes y su promoción?... En la duda, no obstante, **lo razonable es atenerse a los términos de la parte dispositiva, reproduciendo el artículo 1.3 de la Directiva**. Una eventual explicación en la Exposición de Motivos del porqué de la excepción no debería incluir la referencia a los galeristas salvo, en su caso, a título de ejemplo. En definitiva, si un no profesional aficionado al arte invierte en lo que le parecen jóvenes promesas, no hay razón para maltratarle en relación con los profesionales.

La Directiva excluye también —y no como mera posibilidad— ciertas **ventas a museos**. Lo hace en el considerando decimoctavo, aunque de forma vergonzante y pretendiendo convencer de que en realidad no se trata de una excepción, sino de algo que se desprende, de forma natural, del criterio básico. Conforme al citado considerando, «*conviene ampliar la aplicación del derecho de participación a todos los actos de reventa, salvo los efectuados directamente entre personas que actúen a título privado sin la participación de un profesional del mercado del arte; este derecho no debería, por tanto, aplicarse a los actos de reventa por parte de personas que actúen a título privado a museos no comerciales abiertos al público; [...]*». Es más que dudoso que ese tipo de ventas pudieran quedar excluidas en aplicación del artículo 1 de la Directiva. Desde luego, nadie lo entendería así si no fuera por el repetido considerando decimoctavo. Como quiera que sea, y según se ha dicho, **no se trata de una opción dejada a criterio de los Estados** sino de una excepción obligada o —si se quiere entrar en el juego de los autores de la Directiva— de una interpretación auténtica de los artículos 1.1 y 1.2 de la misma en lo que atañe a reventas sujetas. Siendo así, está claro que **hay que llevar la explicación al Anteproyecto**. Una forma de hacerlo sería transcribiendo el considerando en la Exposición de Motivos o Preámbulo de la futura Ley. La otra, que parece

preferible, sería atreverse a decir las cosas claras e **incluir el caso en la parte dispositiva** como lo que es: una excepción a la regla básica, querida por el legislador comunitario. A este objeto, podría añadirse un párrafo nuevo al artículo 24.1,III del Anteproyecto, del siguiente tenor: «*Asimismo se exceptúan los actos de reventa por parte de personas que actúen a título privado a museos no comerciales abiertos al público*».

4. El umbral de activación del derecho de participación

El artículo 24.2 del Anteproyecto cumple con lo exigido en cuanto a la necesidad de un umbral de activación y respeta el único límite impuesto (no superar los 3.000 euros). **Los 1.800 euros fijados se corresponden, en cifras redondas, con las 300.000 pesetas** establecidas por la Ley 30/1992 de reforma de la Ley de Propiedad intelectual de 1987 (art. 24.2 LPI). Carecemos de elementos para pronunciarnos sobre la conveniencia de reducir o aumentar la cifra; o bien relacionarla con la tipología de los objetos (pintura, grabados, fotografías, pequeñas piezas de cristal...). Es cierto que hay algún país con un umbral inferior (Francia: 750 euros, art. R. 122-4 del *Code de la Propriété Intellectuelle*). Pero, sin estudios de mercado, **respetar el umbral actual es lo más prudente**. También lo es mantener la vigente referencia a «**conjuntos unitarios**» pues, aunque sobre el papel podría suscitar algunos problemas, no parece que en la práctica se hayan producido. Como exige la Directiva, el Anteproyecto deja bien sentado que **el precio de activación se calcula sin impuestos** (art. 5 de la Directiva).

Hay **una cuestión terminológica, bastante académica**, que cabría plantearse. El artículo 24.2 de la Anteproyecto comienza con la afirmación de que «*el derecho de participación de los autores nacerá cuando el precio de venta [...]*». En rigor, el derecho nace con la creación de la obra (art. 1 LPI) y por eso sería mejor hablar aquí —y en los otros lugares en que corresponda— de «*crédito de participación*», «*derecho a la participación*» o, simplemente, «*la participación*». Con ello se lograría distinguir mejor entre el derecho y sus rendimientos.

5. El importe de la participación: tabla de porcentajes y tope máximo

El Anteproyecto **incorpora la tabla de porcentajes del artículo 4 de la Directiva en sus mismos términos**, con el **tope obligatorio de 12.500 euros** y la precisión de que **los precios se entienden sin impuestos** (art. 5 de la Directiva). Cabría buscar una redacción del Anteproyecto que evitara repetir cada vez la expresión «*parte del precio de la venta comprendida entre*». Pero, en lo que importa, el texto proyectado es impecable.

Conforme al artículo 4.3 de la Directiva, cuando el umbral de activación es inferior a 3.000 euros, es obligado establecer un porcentaje, no inferior al 4 %, que cubra ese tramo de precio. El Anteproyecto **podría pues haber fijado un porcentaje superior —incluso muy superior— al 4% para el precio de re-**

venta comprendido entre 1800 y 3000 euros. Pero no lo ha hecho, con lo que el porcentaje aplicable será el mismo del 4 % aplicable al primer tramo. Sobre el papel, el Estado disponía aquí de una herramienta para asegurar a los autores una participación mayor. Si, por ejemplo, se hubiera establecido un 10 % para los primeros 1.800 euros, el autor tendría siempre asegurados 180 euros. Pero **es prudente que no se haya hecho uso de esta posibilidad.** Añadir otro tramo y un nuevo porcentaje sería una complicación adicional. Quizá, en el futuro, haya elementos para replantearse la cuestión.

6. Carácter irrenunciable, intransmisibilidad inter vivos y duración del derecho de participación

El Anteproyecto, como la ley vigente (art. 24.3 LPI), declara de forma expresa la **irrenunciabilidad** del derecho, evitando —cosa de agradecer— el perturbador «*incluso por adelantado*» del artículo 1.1 de la Directiva. Queda asimismo claro que es **intransmisible inter vivos**, toda vez que sólo se admite la sucesión *mortis causa*, implícitamente remitida a las reglas comunes del Derecho de sucesiones que resulten aplicables.

En materia de **duración**, el artículo 8.1 de la Directiva (el resto de apartados del mismo no son aplicables a España), remite sin más al artículo 1 de la Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, que se corresponde con el artículo 1 de la Directiva del mismo nombre 2006/116/CE. Esto significa que se aplican las reglas generales completas (por ejemplo, cuando se trate de una obra en colaboración, el plazo se computará tomando como referencia la muerte del último autor superviviente). El artículo 24.4 del Anteproyecto se limita a recoger la norma princeps de los setenta años *post mortem auctoris*. Ello no impedirá entender que, en realidad, se aplican todas las reglas generales y, por tanto, las que en cada caso correspondan. Siendo así, ¿por qué no una remisión a las mismas? El derecho de participación es un derecho de autor más y no presenta especialidades en cuanto a la duración. Se podrá discutir, por ejemplo, si una obra plástica puede ser obra colectiva y, por tanto, si procede aplicar el plazo previsto para ésta. Pero las reglas serán siempre las mismas. Por esta razón, **resulta preferible sustituir la referencia al plazo de setenta años *post mortem auctoris* por una remisión a los artículos 26 y siguientes LPI.** La redacción del artículo 24.4 del Anteproyecto podría ser como sigue: «*El derecho establecido en el apartado primero de este artículo es irrenunciable, se transmitirá únicamente por sucesión mortis causa y se extinguirá de acuerdo con las reglas generales sobre plazo de protección previstas en esta ley [o previstas en los artículos 26 a 30 de esta Ley]*».

7. La gestión colectiva obligatoria

En la actualidad, el derecho de participación es de gestión colectiva voluntaria. A veces se presenta este hecho como una anomalía, con el argumento de

que se trataría del único derecho de remuneración sujeto a este régimen (del mismo modo que la distribución por cable sería el único derecho exclusivo de gestión colectiva obligatoria). Pero lo importante no son las cuestiones de estética dogmática sino las razones de fondo. El derecho de participación es de gestión colectiva voluntaria porque, de remuneración o no, responde a un acto individual (no se trata de una explotación masiva) y el titular es individualizable. Hay pues razones para mantener el sistema actual. Pero también las hay para optar por la gestión colectiva obligatoria; y no tanto —o no solo— del lado de los titulares como del lado de los obligados. Para éstos, si en efecto quieren cumplir, tener un único interlocutor puede ser una solución práctica. La Directiva se muestra sensible a los dos enfoques y, en consecuencia, deja abierta la cuestión: «*Los Estados miembros podrán prever la gestión colectiva opcional u obligatoria [...]*» (art. 6.2 de la Directiva).

En esa tesitura, el Anteproyecto se pliega al fin a la insistente petición de la sociedad de gestión que en España administra los derechos de los artistas plásticos (VEGAP). Se trata de **una decisión política en el sentido más estricto de la expresión**. Cuenta con argumentos no menores y jurídicamente resulta impecable, pues la Directiva, como queda dicho, la admite. Mala noticia para quienes intentaban eludir el pago. Y mala noticia también para quienes tienen capacidad para gestionar directamente su derecho y se les priva de tal posibilidad, imponiéndoles un administrador. En cualquier caso, una vez se opta por la gestión colectiva obligatoria, **la cuestión clave son los costes de administración, que deberían ser muy reducidos**. Hay una gran diferencia entre recaudar —y repartir— derechos relacionados con usos masivos y hacer lo propio con derechos que responden a actos perfectamente individualizados. Desde este punto de vista, para quienes tienen capacidad para proceder a una gestión individual (o colectiva voluntaria), existe el riesgo de tener que soportar parte de los costes de gestión correspondientes a otros titulares.

Una fórmula intermedia podría haber sido el recurso a la solidaridad. Ésta se prevé en el lado pasivo de la relación obligatoria. ¿Por qué no preverla también en el lado activo? De este modo, la entidad estaría legitimada, pero no por ello se deslegitimaría al titular del derecho. Sería una de tantas situaciones, bien conocidas en la teoría general de las obligaciones, en las que, para facilitar la gestión, se construye una solidaridad activa entre el verdadero acreedor y un administrador que, una vez cobre, liquidará a aquél, detrayendo —si procede— la retribución por sus servicios. La diferencia con la gestión colectiva obligatoria está en que, legitimándose a la entidad de gestión, no se desapoderaría al titular del derecho. En cualquier caso, quede claro, la solución del Anteproyecto es correcta.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe hacer una última observación, de carácter menor. El artículo 24.5 del Anteproyecto alude a las entidades de gestión «*existentes o que puedan existir*». Se trata de una fórmula inusual. En los otros casos en los que se prevé la gestión colectiva obligatoria no se alude a la posibilidad —obvia— de que puedan llegar a existir otras entidades. ¿Se cuen-

ta con ello como algo muy probable? ¿Se trata de una advertencia?... Quizá bastaría decir que el derecho será de gestión colectiva obligatoria, añadiendo, en su caso, que los titulares podrán escoger a cuál de las entidades, de ser varias, encargan la administración del derecho.

8. Deberes y responsabilidad de los profesionales del mercado del arte.

El Anteproyecto (art. 24.6, I, primera parte) impone a los profesionales del mercado del arte que intervienen (y de hecho siempre habrá alguno) el deber de notificar la reventa y proporcionar la información necesaria para la liquidación del derecho. Con ello **se va más lejos que la Directiva**, cuyo artículo 9 sólo prevé el derecho de los beneficiarios (titulares individuales y/o entidades de gestión) a recabar información. Se adopta pues (o mejor se mantiene; véase el actual art. 24.4 LPI) **un planteamiento que protege mejor a los titulares**.

El Anteproyecto mantiene asimismo la imposición de la **responsabilidad solidaria de los profesionales del mercado del arte** que hayan intervenido, si lo han hecho «*por cuenta o encargo del vendedor*» (art. 24.6, I, segunda parte). Tal posibilidad debe entenderse comprendida en la fórmula «*responsabilidad exclusiva o compartida*» del artículo 1.4 de la Directiva. Se trata de un planteamiento razonable que protege adecuadamente los intereses del titular. Ahora bien, no tiene mucho sentido que se siga hablando de responsabilidad solidaria si, en efecto, ha habido retención. Dicho de otra forma: ¿por qué el vendedor que ya ha recibido un precio mermado (porque el profesional ha retenido) debe seguir siendo responsable solidario?... A nuestro juicio, una vez hecha la retención, el profesional que media debería ser responsable «*exclusivo*», con la consiguiente exención del vendedor.

El deber de informar y entregar documentación previsto en el artículo 24.6,I del Anteproyecto se complementa con un **derecho a recabar información** previsto en el segundo párrafo de ese mismo precepto. Este derecho responde a lo previsto en el artículo 9 de la Directiva. No queda muy claro, sin embargo, si se trata de una pretensión genérica e indiscriminada dirigida a todos los profesionales (p. ej.: una petición del tipo «informen de todas las ventas sujetas al derecho de participación realizadas a lo largo del año») o, por el contrario, de una petición concreta a quien, en efecto, haya intervenido en una reventa determinada. Si —como parece más lógico— se trata de lo segundo, puede haber cierto solapamiento con el deber de informar del artículo 24.6,I del Anteproyecto. Aun así, no parece que vaya a suscitar problemas: los mediadores profesionales estarán obligados a informar en el plazo de dos meses (y a retener si actúan por cuenta o encargo del vendedor) y, además, durante tres años se les podrá reclamar la información. Para ellos esta última disposición tiene la ventaja de poner un límite temporal a las posibles peticiones de información. Resumiendo: sumar al derecho a recabar información durante un plazo de tres años (que es lo que exige la Directiva) un deber de informar y aportar documentos (que es lo que añade el art. 24.6,I del Anteproyecto) no causa daños y refuerza el derecho.

Sería razonable imponer a la entidad de gestión un **deber de reserva o confidencialidad en cuanto a los datos obtenidos**. Puede hacerse en el reglamento, pero es oportuna una llamada de atención al respecto en la ley.

9. La prescripción de la acción frente a los profesionales del mercado del arte

De acuerdo con el artículo 24.7 del Anteproyecto, pasados tres años desde la notificación de la reventa, la acción frente a los profesionales prescribe. No lo hará, en cambio, la acción frente al vendedor obligado, que quedará sujeta a las normas comunes sobre prescripción. Si el profesional del mercado del arte no cumplió con su obligación de notificar, no se beneficiará del plazo abreviado de prescripción y se le aplicarán también las normas comunes. Parece un planteamiento razonable dirigido a estimular el cumplimiento de la obligación de notificar la reventa.

10. El Fondo de Ayuda a las Bellas Artes

El Fondo es una institución bastante peculiar y muy polémica. Hasta ahora su función principal es de cierre, quedando configurado como una suerte de acreedor subsidiario. Se trata sobre todo de **conseguir que el derecho se pague**. El deudor no puede eludir el cumplimiento de su obligación con el argumento de que no conoce al acreedor o de que nadie le ha reclamado pues, en ese caso y de acuerdo con el artículo 24.5 LPI, las sumas correspondientes deberán ingresarse en el Fondo (véase asimismo el art. 6.3 del RD 1434/1992, de 27 de noviembre). En la práctica, sin embargo, esto no se ha producido porque, de hecho, el Fondo fue una realidad inexistente hasta la Orden CUL/1523/2007, de 24 de mayo, por la que se crea la Comisión Administradora del Fondo de Ayuda a las Bellas Artes (BOE n.º 131, de 1 de junio de 2007).

En principio cabría pensar que la opción por la gestión colectiva obligatoria priva de sentido al Fondo, ya que los deudores nunca podrán eludir el pago alegando falta de reclamación por parte de los acreedores. Sin embargo, no hay que olvidar que el Fondo de Ayuda a las Bellas Artes también se nutre de las cantidades recaudadas y no abonadas (art. 6.2 del RD 1434/1992). El art. 24.8 del Anteproyecto se centra precisamente en este segundo aspecto, al exigir que el reparto «*a [los] titulares*» —que lo son de forma individual— tenga lugar en el plazo de un año, pasado el cual «*las cantidades percibidas y no repartidas deberán ser ingresadas por las entidades de gestión en el Fondo de Ayuda a las Bellas Artes en el plazo de tres meses*». Resulta oportuno llevar a la ley esta obligación que, hasta ahora y a diferencia de lo que sucede con la que afecta a los deudores del derecho, sólo estaba en el RD 1434/1993. Pero, al margen de ello, no cabe ignorar que se produce un cambio importante.

En la configuración del Anteproyecto, **el Fondo pierde su función de expediente de cierre frente a los deudores (asegurar que, en todo caso, éstos**

pagan a alguien) para concentrarse en su papel en relación con las entidades (asegurar que el abono a de lo recaudado a sus titulares tiene lugar). No se trata de una función nueva. Pero ahora pasa a ser la única y, además, por primera vez podría tener sentido, precisamente como efecto de la propia gestión colectiva obligatoria. Cabe suponer que ésta favorecerá acuerdos globales con los obligados institucionales (galerías, casas de subastas...) y es posible que ello produzca desequilibrios entre recaudación y reparto que, por el contrario, cuando la gestión colectiva es voluntaria resulta muy difícil que se produzcan.

La reconfiguración del Fondo de Ayuda a las Bellas Artes tiene la ventaja de eximir a la Administración de los costes de eventuales reclamaciones frente a los obligados remisos al pago (riesgo real con la actual normativa, sobre todo desde la ya citada Orden ministerial). Pero, para las entidades de gestión, presenta el riesgo de constituir o más bien decantar —pues ya existía— un precedente peligroso. Es probable que VEGAP se queje de que sea el único caso en el cual los defectos del sistema de reparto no benefician a la propia entidad.

11. La situación de los beneficiarios de terceros países.

Por supuesto, como recuerda el considerando sexto de la Directiva invocando el caso *Phil Collins* (asuntos acumulados C-92/92 y C-326/92), el principio de no discriminación por razón de nacionalidad que impera en la Unión Europea exige que el derecho de participación se reconozca a todos los autores nacionales de los demás Estados miembros (ver en este sentido art. 163.1 LPI). Pero la Directiva ha prestado también atención singular al problema de los beneficiarios de terceros países, por considerarlo una pieza importante de cara a una posible expansión del derecho más allá de la Unión Europea. El principio del que parte su artículo 7 es el de la reciprocidad material: Sólo cabe reconocer el derecho a ciudadanos de terceros países (no miembros de la UE) si su legislación (la del autor o, en su caso, la del derechohabiente) «permite la protección del derecho de participación en dicho país para los autores de los Estados miembros y para sus derechohabientes». A este objeto, se prevé la publicación de una lista actualizada, de carácter indicativo, de países que cumplen con la exigencia (art. 7.2 de la Directiva). Además, «todo Estado miembro podrá equiparar a los autores que no sean nacionales de un Estado miembro pero que tengan su residencia habitual en dicho Estado miembro con sus propios nacionales a los efectos de protección del derecho de participación» (art. 7.3 de la Directiva). No se permiten otras libertades nacionales en este asunto.

El Anteproyecto no incluye previsión alguna en cuanto a la protección de los nacionales de terceros países. Se entiende pues que la cuestión está resuelta en las normas generales. Concretamente, en el artículo 163 LPI. De él resulta, en primer lugar, la protección de los autores no nacionales de países miembros de la Unión Europea pero con residencia habitual en España [art. 163.1,a) LPI]. Se trata de una excepción al principio de reciprocidad que, sin embargo, la

Directiva permite. Cabe pensar que esa solución, implícita en el silencio en el Anteproyecto, se ha tomado conscientemente. En otro caso, habría que valorarla. En segundo lugar, el art. 163.1,b) LPI protege a los nacionales de terceros países no residentes en España, «*respecto de sus obras publicadas por primera vez en territorio español o dentro de los treinta días siguientes a que lo hayan sido en otro país*». Esta situación podría darse en relación con las obras seriadas (por ejemplo grabados), respecto a las que puede hablarse de «publicación».

Entendemos que sería conveniente un análisis detenido de esta problemática para, en su caso, llevar al artículo 163 LPI las disposiciones correspondientes. En lo que atañe a los nacionales de terceros países con residencia habitual en España, si en efecto se quiere sujetarlos al trato nacional aun sin reciprocidad, podría usarse una fórmula como la siguiente: «*El derecho de participación contemplado en el art.24 de esta ley se reconoce a los autores españoles, a los autores nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea **así como a los nacionales de terceros países con residencia habitual en España**. Para los autores que sean nacionales de terceros países y no tengan residencia habitual en España, el derecho de participación se reconocerá únicamente cuando la legislación del país que el autor sea nacional permita la protección del derecho de participación para los autores de los Estados miembros de la UE y para sus derechohabientes. A estos efectos, se tendrán en cuenta la lista indicativa de países terceros que cumplen con tal condición, realizada por la Comisión de acuerdo con el art.7.2 Directiva [...]*».

Otra posible fórmula sería: «*El derecho de participación contemplado en el art.24 de esta ley se reconoce a los autores españoles, así como a los autores nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea. Para los autores que sean nacionales de terceros países, **tengan o no residencia habitual en España**, el derecho de participación se reconocerá únicamente cuando la legislación del país que el autor sea nacional permita la protección del derecho de participación para los autores de los Estados miembros de la UE y para sus derechohabientes. A estos efectos, se tendrán en cuenta la lista indicativa de países terceros que cumplen con tal condición, realizada por la Comisión de acuerdo con el art.7.2 Directiva [...]*»

12. La Disposición derogatoria y las Disposiciones finales del Anteproyecto

La Disposición derogatoria única del Anteproyecto deroga la Disposición adicional 2.^a LPI y determinados preceptos del 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. La derogación de la mencionada Disposición adicional 2.^a LPI («*La revisión del porcentaje y de la cuantía a que se refiere el artículo 24.2 de esta Ley, se realizará en la Ley de Presupuestos Generales del Estado*») obedece probablemente al hecho de que se considera que el porcentaje y la cuantía previstos en el artículo 24.3 del Anteproyecto han de permanecer inamovibles en la medida en que constituyen la transposición al ordenamiento jurídico interno del porcentaje y la cuantía establecidos en la Directiva.

Las cosas, sin embargo, no han de ser necesariamente así. La Directiva ofrece a los Estados, en la materia que analizamos, un cierto margen de libertad, por lo que nada impide que el Estado español, habiendo optado en un primer momento por los porcentajes y la cuantía establecidos en el artículo 24.3 del Anteproyecto, decida en un momento posterior modificarlos dentro de los márgenes que le confiere la Directiva. La derogación de la Disposición adicional 2.^a LPI podría ser interpretada como un deseo del Anteproyecto de «congelar» esos dos elementos; aunque, en realidad, sólo se pretenda eliminar una norma inaplicada y que remite a una ley —la de Presupuestos— con un contenido propio.

Es evidente, no obstante, que cualquier ley puede ser modificada por una ley posterior, y los porcentajes y la cuantía fijados en el artículo 24.3 del Anteproyecto no escapan, como es lógico, a esta posibilidad. Por tanto, aun derogada la Disposición adicional 2.^a LPI, el legislador español podrá decidir en cualquier momento, en el ejercicio de las funciones que constitucionalmente le corresponden (art. 66 CE) y dentro de los límites autorizados por la Directiva, modificar esos dos elementos.

La derogación de determinados preceptos del Real Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre, obedece al deseo de expulsar del ordenamiento jurídico español aquellas disposiciones reglamentarias que no son ya conformes con el nuevo régimen legal del derecho de participación, tal como queda establecido en el Anteproyecto. Merece una valoración muy positiva el hecho de que, en lugar de preferirse la derogación genérica a que el legislador nos tiene acostumbrados (y que en todo caso se produce, en virtud del art. 2.2 del Código Civil), el Anteproyecto haga el esfuerzo de identificar nominalmente cuáles son los artículos del Real Decreto 1434/1992 que, por su incompatibilidad con el nuevo artículo 24 LPI, han de considerarse derogados. Sería deseable que, una vez en vigor la Ley de transposición al ordenamiento jurídico interno de la Directiva, el Gobierno dictara un nuevo reglamento sobre el derecho de participación que supusiera la derogación de los preceptos del Real Decreto 1434/1992 todavía en vigor. De este modo, el régimen español sobre este derecho estaría totalmente actualizado. La habilitación para la aprobación de este nuevo reglamento se encuentra en la Disposición final 2.^a del Anteproyecto.

La Disposición final 1.^a del Anteproyecto, que establece el fundamento constitucional de la nueva Ley en el artículo 149.1.9.^a CE, no plantea ningún problema. En ausencia de otra previsión, la nueva Ley entrará en vigor a los veinte días de su completa publicación en el *Boletín Oficial del Estado* (art. 2.1 del Código Civil).

En Madrid, a veinte de junio de dos mil ocho.

BOLETÍN OFICIAL
DE LAS CORTES GENERALES
CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

IX LEGISLATURA

Serie A:

PROYECTOS DE LEY

9 de julio de 2008

Núm. 6-1

PROYECTO DE LEY

121/000006 Proyecto de Ley relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original.

La Mesa de la Cámara, en su reunión del día de hoy, ha adoptado el acuerdo que se indica respecto del asunto de referencia.

(121) Proyecto de ley.

121/000006

AUTOR: Gobierno.

Proyecto de Ley relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original.

Acuerdo:

Encomendar su aprobación con competencia legislativa plena, conforme al artículo 148 del Reglamento, a la Comisión de Cultura. Asimismo, publicar en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, estableciendo plazo de enmiendas, por un período de quince días hábiles, que finaliza el día 18 de septiembre de 2008.

En ejecución de dicho acuerdo se ordena la publicación de conformidad con el artículo 97 del Reglamento de la Cámara.

Palacio del Congreso de los Diputados, 2 de julio de 2008. — P. D., El Secretario General del Congreso de los Diputados, **Manuel Alba Navarro**.

**PROYECTO DE LEY RELATIVA AL DERECHO DE PARTICIPACIÓN
EN BENEFICIO DEL AUTOR DE UNA OBRA DE ARTE ORIGINAL**

Exposición de motivos

El derecho de participación de los artistas plásticos en el precio de reventa de sus obras fue introducido en el Derecho español con la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual.

Concebida como una figura destinada a extender los derechos de explotación del autor de una obra plástica más allá de la primera transmisión, su reconocimiento en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea resultaba muy desigual.

La incidencia de las disparidades referidas a la existencia y configuración del derecho de participación en el funcionamiento del mercado interior determinó la adopción de la Directiva 2001/84/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original.

Constituye el objeto de esta Ley adaptar la regulación del derecho de participación a lo dispuesto por la Directiva 2001/84/CE.

Pese a que, en líneas generales, la configuración del derecho presenta numerosos rasgos en común con la regulación contenida en la Directiva, se introducen ahora algunos cambios derivados del proceso de armonización comunitaria.

En línea con el modelo existente en el ordenamiento español, el derecho se define como la participación en un porcentaje del precio de reventa de la obra, y se aplica ahora a aquellas reventas en las que intervenga un profesional del mercado del arte como comprador, vendedor o intermediario. A la enumeración ejemplificativa contenida en la Directiva, que se refiere a salas de ventas, galerías de arte y marchantes, la regulación española añade las salas de subastas y además alude a cualquier persona física o jurídica que realice habitualmente actividades de intermediación, con el fin de evitar que puedan quedar excluidas del pago del derecho las reventas efectuadas por sujetos que, aun desempeñando de forma habitual actividades en el mercado del arte, actúen al margen de los circuitos tradicionales. Se incorpora asimismo la figura de los profesionales del mercado del arte que presten sus servicios a través de Internet, con el propósito de atender al surgimiento de estos nuevos modelos de negocio.

Las reventas que quedan excluidas son aquellas que se realizan directamente entre particulares que actúen a título privado sin la participación de un profesional del mercado del arte; por tanto, conforme a la Directiva 2001/84/CE, el derecho de participación no se aplica a los actos de reventa efectuados por personas que actúen a título privado a museos no comerciales abiertos al público. Se ha optado por eximir de la aplicación del derecho de participación las

reventas promocionales, que son aquellas que tienen lugar en los supuestos en que la obra ha sido adquirida directamente del autor, con el fin de facilitar la incorporación de la obra de nuevos artistas al mercado del arte.

Se fija el precio de activación del derecho en 3.000 euros, en línea con otros ordenamientos de nuestro entorno. La norma comunitaria deja libertad a los Estados miembros para que determinen este umbral mínimo de activación, siempre que no supere 3.000 euros.

El sistema de porcentajes decrecientes por tramos de precios, que contrasta con el anterior sistema de porcentaje único, constituye una de las principales novedades que se incorporan a consecuencia de la Directiva, y se completa con la previsión, imperativa en la norma comunitaria, de que el obligado no pagará en ningún caso más de 12.500 euros como consecuencia de la aplicación del derecho de participación.

A diferencia de la regulación inicial del derecho de participación en nuestro ordenamiento, se opta ahora por la gestión colectiva obligatoria del derecho. Es de esperar que el refuerzo de la seguridad jurídica que tal modelo introduce en el mercado resultará beneficioso para todos los agentes que en él operan. Para los obligados al pago, porque la intervención de las entidades de gestión les asegura que las transacciones se realizan con pleno respeto a los derechos de propiedad intelectual, al tiempo que permite una notable simplificación de sus obligaciones. Y para los derechohabientes, porque la gestión colectiva obligatoria afianza la efectividad del derecho. La actuación de las entidades de gestión redundará, por otra parte, en una mayor transparencia en el mercado, en la medida en que evitará que se produzcan situaciones de fraude derivadas del ejercicio ilegítimo de actividades de intermediación.

Finalmente, y como especificidad de nuestro ordenamiento jurídico, se mantiene la obligación de las entidades de gestión de ingresar las cantidades percibidas y no repartidas al Fondo de Ayuda a las Bellas Artes, cuyos fines son los de impulsar, fomentar y apoyar la creatividad en el campo de las artes plásticas. Desaparece por tanto la obligación de ingresar el importe de los derechos no reclamados en el Fondo, que se nutrirá únicamente del importe de los derechos recaudados por la entidad de gestión que no hayan sido repartidos a sus titulares. La existencia del Fondo asegura, por otra parte, un control público sobre la correcta administración del derecho, y a tal efecto le corresponde emitir un informe anual sobre la base de la información que le proporcionen las entidades de gestión.

Artículo 1. Contenido del derecho de participación.

Los autores de 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, siempre que es-

tas constituyan creaciones ejecutadas por el propio autor o se trate de ejemplares considerados como obras de arte originales, tendrán derecho a percibir por cuenta del vendedor una participación en el precio de toda reventa que de las mismas se realice tras la primera cesión realizada por el autor. Los ejemplares de obras de arte objeto de este derecho que hayan sido realizados por el propio autor o bajo su autoridad se considerarán obras de arte originales. Dichos ejemplares estarán numerados, firmados o debidamente autorizados por el autor.

Artículo 2. Sujetos del derecho.

1. El derecho de participación se reconoce al autor de la obra y a sus derechohabientes tras la muerte o declaración de fallecimiento.
2. La protección del derecho de participación se reconoce en los términos establecidos por el artículo 163 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

Artículo 3. Reventas sujetas al derecho de participación.

1. El derecho se aplicará 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.
2. El derecho se aplicará igualmente cuando los profesionales del mercado del arte lleven a cabo las actividades descritas a través de prestadores de servicios de la sociedad de la información, de conformidad con lo establecido en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.
3. Se exceptúan los actos de reventa de la obra si el vendedor compró directamente la obra al autor, siempre que el período transcurrido entre esta primera adquisición y la reventa no supere tres años y el precio de reventa no exceda de 10.000 euros excluidos impuestos.

Artículo 4. Umbral de aplicación.

El derecho de participación de los autores nacerá cuando el precio de la reventa sea igual o superior a 3.000 euros, excluidos los impuestos, por obra vendida o conjunto concebido con carácter unitario.

Artículo 5. Cálculo del importe.

El importe de la participación que corresponderá a los autores estará en función de los siguientes porcentajes:

- a) El 4% de los primeros 50.000 euros del precio de la reventa.
- b) El 3% de la parte del precio de la reventa comprendida entre 50.000,01 y 200.000 euros.
- c) El 1% de la parte del precio de la reventa comprendida entre 200.000,01 y 350.000 euros.
- d) El 0,5% de la parte del precio de la reventa comprendida entre 350.000,01 y 500.000 euros.
- e) El 0,25% de la parte del precio de la reventa que exceda de 500.000 euros.

En ningún caso el importe total del derecho podrá exceder de 12.500 euros.

Los precios de reventa contemplados en este artículo se calcularán sin inclusión del impuesto devengado por la reventa de la obra.

Artículo 6. Características del derecho de participación.

El derecho de participación es inalienable, irrenunciable, se transmitirá únicamente por sucesión mortis causa y se extinguirá transcurridos setenta años a contar desde el 1 de enero del año siguiente a aquel en que se produjo la muerte o la declaración de fallecimiento del autor.

Artículo 7. Gestión del derecho de participación.

1. El derecho de participación reconocido en el artículo 1 se hará efectivo a través de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual existentes o que puedan existir, cuya legitimación será conforme a lo establecido en el artículo 150 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

2. Cuando concurren varias entidades que gestionen el derecho de participación, conforme a sus estatutos, éstas deberán actuar frente a los deudores en todo lo relativo a la percepción de este derecho bajo una sola representación, en los términos que convencionalmente acuerden. Estas entidades de gestión comunicarán al Ministerio de Cultura el acuerdo que hayan adoptado.

3. Las entidades de gestión notificarán al titular del derecho que se ha hecho efectivo el pago a que se refiere el artículo 9 en el plazo máximo de un mes desde que este haya tenido lugar.
4. Las entidades de gestión 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 esta se efectuará en el mes siguiente a la reclamación.
5. Cuando el derecho de participación se refiera a una obra creada por dos o más autores, su importe se repartirá por partes iguales entre los autores de dicha obra, salvo pacto en contrario.

Artículo 8. Deberes de los sujetos obligados.

Los profesionales del mercado del arte que hayan intervenido en una reventa sujeta al derecho de participación estarán obligados a:

1. Notificar a la entidad de gestión correspondiente la reventa efectuada. La notificación se hará por escrito en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente de la fecha de la reventa y deberá contener en todo caso:
 - a) El lugar y la fecha en la que se efectuó la reventa.
 - b) El precio íntegro de la enajenación.
 - c) La documentación acreditativa de la reventa necesaria para la verificación de los datos y la práctica de la correspondiente liquidación. Dicha documentación deberá incluir, al menos, 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 y, en su caso, del autor de la obra.
2. Retener el importe del derecho de participación del autor en el precio de la obra revendida.
3. Mantener en depósito gratuito la cantidad retenida hasta la entrega a la entidad de gestión correspondiente.

Artículo 9. Pago del derecho.

Efectuada la notificación a que se refiere el apartado primero del artículo 8 los profesionales del mercado del arte harán efectivo el pago del derecho a la entidad de gestión correspondiente en un plazo máximo de dos meses.

Artículo 10. Responsabilidad solidaria.

Los profesionales del mercado del arte a que se refiere el apartado primero del artículo 3 responderán solidariamente con el vendedor del pago del derecho.

Artículo 11. Derecho de información.

1. Las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual podrán exigir a cualquier profesional del mercado del arte de los mencionados en el apartado primero del artículo 3, durante un plazo de tres años a partir de la fecha de notificación de la reventa, toda la información necesaria para obtener la liquidación de los importes debidos.
2. 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.

Artículo 12. Plazo de prescripción.

La acción de los titulares para hacer efectivo el derecho ante los profesionales del mercado del arte, que será ejercida a través de las entidades de gestión prescribirá a los tres años de la notificación de la reventa.

Artículo 13. Fondo de Ayuda a las Bellas Artes.

1. El Fondo de Ayuda a las Bellas Artes tiene como finalidad impulsar, fomentar y apoyar la creatividad en el campo de las artes plásticas.
2. La Administración del Fondo de Ayuda a las Bellas Artes corresponde a una Comisión adscrita al Ministerio de Cultura, sin perjuicio de su autonomía funcional. Dicha Comisión está presidida por el Ministerio de Cultura o la persona en quien él delegue.
3. Las cantidades percibidas por las entidades de gestión en concepto de derecho de participación no repartidas a sus titulares en el plazo establecido en el artículo 7.4 por falta de identificación de estos y sobre las que no pese reclamación alguna, deberán ser ingresadas en el Fondo de Ayuda a las Bellas Artes en el plazo máximo de un año.
4. Las entidades de gestión estarán obligadas a notificar a la Comisión Administradora del Fondo de Ayuda a las Bellas Artes, en el primer trimestre de cada año, la relación de cantidades percibidas por el derecho de participación y los repartos efectuados, así como los motivos que hayan hecho imposible el reparto de las cantidades ingresadas en el fondo.

5. La Comisión Administradora del Fondo publicará, con carácter anual, un informe sobre la aplicación del derecho de participación.

Disposición transitoria. Reventas afectadas.

La presente Ley se aplicará a las reventas efectuadas con posterioridad a su entrada en vigor.

Disposición derogatoria. Derogación normativa.

Quedan derogadas las disposiciones que se opongan a la presente Ley y, en particular, las siguientes:

- a) Artículo 24 y disposición adicional segunda del Texto Refundido de la Ley de Propiedad intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.
- b) Artículos 1 a), 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8 del Real Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre, de desarrollo de los artículos 24, 25 y 140 de la Ley 22/87, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual.

Disposición final primera. Título competencial.

Esta Ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva que corresponde al Estado en materia de legislación sobre propiedad intelectual, conforme a lo establecido en el artículo 149.1.9.^a de la Constitución.

Disposición final segunda. Desarrollo de la Ley.

Se autoriza al Gobierno a dictar las normas para el desarrollo reglamentario de esta Ley.

Disposición final tercera. Aplicación supletoria.

En lo no previsto en esta Ley será de aplicación supletoria el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.