

ALGUNAS CUESTIONES A PROPÓSITO DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN DEL AUTOR DE UNA OBRA DE ARTE ORIGINAL SOBRE EL PRECIO DE REVENTA (DROIT DE SUITE)

SOME QUESTIONS CONCERNING THE ARTIST'S RESALE RIGHT (DROIT DE SUITE)

CARLOS MANUEL DÍEZ SOTO
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Politécnica de Cartagena
orcid ID: 0000-0003-4774-1191

Recibido: 11.07.2017 / Aceptado: 12.09.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3872>

Resumen: La progresiva consolidación del llamado “derecho de participación” (*droit de suite*) de los artistas plásticos y gráficos en el Derecho español y en otros sistemas europeos se viene produciendo de forma paralela al proceso de armonización puesto en marcha por la Directiva 2001/84. Sin embargo, tanto en el ámbito de la propia Directiva como en el de los distintos Derechos nacionales subsisten todavía importantes incertidumbres a la hora de definir con claridad algunos aspectos relevantes de su régimen jurídico (presupuestos de activación, transmisión *mortis causa*, sujetos obligados, prescripción, legitimación de las entidades de gestión colectiva, etc.). Ello supone un indeseable factor de inseguridad y de perturbación a la hora de afrontar el complejo tema de la gestión del derecho de participación, poniendo así en peligro su propia viabilidad de cara al futuro.

Palabras clave: Propiedad intelectual, derecho de participación, *droit de suite*, artistas visuales, mercado del arte.

Abstract: The progressive consolidation of the so-called “resale right” (*droit de suite*) of plastic and graphic artists in Spanish law and in other european systems has been taking place in parallel with the process of harmonization launched at European level by Directive 2001/84. However, both within the scope of the Directive itself and in that of the different national laws, there are still important uncertainties in defining some relevant aspects of its legal regime (activation requirements, *mortis causa* transfer, persons subject to the payment, prescription, legitimation of collective management entities, etc.). This is an undesirable factor of insecurity and disruption when facing the complex issue of the management of the *droit de suite*, thus jeopardizing its viability for the future.

Keywords: Intellectual property, artist's resale right, *droit de suite*, visual artists, art market.

Sumario: I. Concepto, naturaleza y fundamento del derecho de participación. II. Antecedentes normativos. III. Obras de arte a las que se aplica el *droit de suite*. IV. Presupuestos de la generación del crédito de participación. 1. Aspectos cuantitativos: la exclusión del sistema de plusvalía; umbral de aplicación; porcentajes aplicables y tope máximo; prueba del precio de reventa. 2. La intervención de profesionales del mercado del arte. 3. La primera cesión realizada por el autor. 4. La “reventa” de la obra: naturaleza del negocio que genera el crédito de participación. V. Titulares del derecho de participación. VI. Obligados al pago y responsables. VII. Gestión, recaudación y pago del derecho de participación. 1. El sistema de gestión colectiva voluntaria. 2. Los deberes instrumentales impuestos a los profesionales que intervienen en la operación. 3. El pago del crédito de participación. 4. Las entidades de gestión: su legitimación para la reclamación judicial del derecho de participación. 5. El Fondo de Ayuda a las Bellas Artes. VIII. Conclusiones.

I. Concepto, naturaleza y fundamento del derecho de participación

1. En el ámbito de la legislación sobre propiedad intelectual se conoce como “derecho de participación”, “derecho de seguimiento” o –siguiendo a la tradición francesa– *droit de suite* al derecho que se reconoce al autor de una obra de arte original y a sus sucesores para recibir un porcentaje del precio de las sucesivas reventas de la obra que se produzcan durante un determinado período de tiempo.

2. Se trata de un derecho de naturaleza claramente económica (no reconducible, por tanto, al ámbito del derecho moral de autor), pero que no puede encuadrarse en el contenido ordinario del derecho patrimonial de autor, en la medida en que no encuentra su fundamento en el derecho exclusivo que se reconoce a aquel para explotar la obra y obtener los rendimientos económicos derivados de dicha explotación, bien sea de forma directa o mediante su negociación con terceros; y es que el derecho de participación se deriva, precisamente, de ciertas formas de explotación realizadas por terceros y que el autor no puede prohibir¹. Por ello, se suele incluir al *droit de suite* entre los llamados “derechos de simple remuneración” (“otros derechos”, en la terminología utilizada por el TRLPI²) que se reconocen al autor además del derecho moral y del derecho patrimonial³.

3. El art. 6 de la Ley 3/2008, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original (en lo sucesivo, LDP)⁴, lo define (en línea con el art. 1.1 de la Directiva 2001/84⁵) como un derecho inalienable, irrenunciable⁶, transmisible únicamente por sucesión *mortis causa*, y sometido a un plazo de duración de setenta años a contar desde el 1 de enero del año siguiente a aquel en que se produjo la muerte o declaración de fallecimiento del autor.

4. En sus orígenes, el reconocimiento del derecho de participación aparecía vinculado a la idea de que, por razones de equidad, resultaba necesario habilitar un cauce legal para que los creadores de obras plásticas, una vez enajenado el soporte (que, en este tipo de obras, aparece indisolublemente unido a la creación intelectual), pudieran participar de algún modo en la revalorización que aquellas pudieran experimentar a raíz de las sucesivas reventas que tuvieran lugar en el mercado secundario. De esta ma-

¹ Un resumen de las distintas teorías acerca de su naturaleza puede verse en C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “La Directiva 2011/84/CE relativa al derecho de participación y su transposición en España y Portugal”, en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, t. 32, 2011-2012, pp. 30 y ss. Vid. también C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, “Los derechos especiales en la Ley de Propiedad Intelectual: el derecho de participación de los artistas en la reventa de sus obras y la remuneración compensatoria por copia privada”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 34, 1995, p. 66; R. CASAS VALLÉS, “El derecho de participación de los artistas plásticos (*droit de suite*) en la Ley de Propiedad Intelectual: bases teóricas”, en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, (coord.), *Derechos del artista plástico*, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1996, p. 102; J. A. BALLESTEROS GARRIDO, “El derecho de participación o seguimiento del autor de una obra de arte. Estudio del artículo 24 de la Ley de Propiedad Intelectual”, en *Actualidad Civil*, núm. 1, 1991, p. 156.

² Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (BOE núm. 97, de 22 abril 1996) (en adelante, TRLPI).

³ SAP Baleares, Sección 5ª, de 19 abril 2016 (AC. 2016/879). M. V. ROCHA, “Derecho de participación (*droit de suite*): análisis do artigo 24 do ‘Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual’ (TRLPI)”, en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, t. 21, 2000, pp. 153-154; I. ESPÍN ALBA, “La transmisión *mortis causa* del derecho de participación en la reventa de obras de arte plásticas”, en M. P. GARCÍA RUBIO, y A. DOMÍNGUEZ LUELMO (dirs.), *Estudios de Derecho de Sucesiones. ‘Liber amicorum’ T. F. Torres García*, ed. La Ley, Madrid, 2014, p. 439; E. VICENTE DOMINGO, *El Droit de Suite de los artistas plásticos*, ed. Reus, Madrid, 2007, p. 72.

⁴ BOE núm. 310, de 25 diciembre 2008.

⁵ Directiva 2001/84/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 septiembre 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original (DOCE L. 272/32, de 13 octubre 2001); en adelante, la Directiva.

⁶ El carácter irrenunciable e intransmisible del derecho no solo es predicable respecto al propio autor, sino también respecto a sus derechohabientes (CAAMIÑA, “La Directiva...”, cit., p. 34; VICENTE, *op. cit.*, p. 85), aunque en el caso de estos se ha señalado que esa limitación no resulta de todo coherente con la plena libertad que se reconoce al autor para disponer del derecho *mortis causa* incluso a favor de personas físicas o jurídicas por completo ajenas a su ámbito familiar; en este sentido, ROCHA (*op. cit.*, pp. 156-157) y R. CASAS VALLÉS (“Notas al nuevo proyecto de reforma de la Ley de Propiedad Intelectual en relación con el derecho de participación de los artistas plásticos (art. 24 LPI)”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 45, núm. 1, 1992, p. 175), quien recuerda que la intransmisibilidad *inter vivos* no afecta a los eventuales acuerdos particionales entre coherederos, que podrán distribuir el derecho de participación sobre las distintas obras como estimen conveniente.

nera el derecho de participación venía a asumir un cierto carácter asistencial y alimenticio, con el que se trataba de poner algún remedio a la situación de aquellos artistas que, típicamente, se veían obligados a vender sus obras a bajo precio, quedando así privados de la posibilidad de aprovechar económicamente el posterior éxito de aquellas, que sin embargo sí beneficiaba a los sucesivos vendedores e intermediarios⁷.

5. No obstante, la necesidad de dotar al *droit de suite* de una configuración técnica idónea para garantizarle una mínima efectividad práctica dio lugar a que el mismo adquiriera, ya desde una fecha temprana, unas características y limitaciones que no siempre resultaban del todo coherentes con su justificación original⁸, singularmente en aspectos tales como la delimitación de los supuestos de reventa que habían de generar el crédito de participación (exigiendo que se tratara de reventas dotadas de un cierto grado de publicidad o profesionalidad, ante la constatación de que, en la práctica, las transmisiones entre particulares no podrían ser objeto de control), el establecimiento de un umbral o precio mínimo de reventa (por debajo del cual se consideraba que la cuantía del derecho generado a favor del autor no justificaría los costes asociados a su gestión), o, especialmente, el hecho de que la activación del derecho no se hiciera depender de la existencia de una revalorización o plusvalía efectiva de la obra (cuya comprobación sería prácticamente imposible), sino que se concretara directamente en un porcentaje del precio de reventa. De ahí que desde diversos sectores doctrinales se haya venido apuntando la conveniencia de replantear sobre bases nuevas el propio fundamento del derecho de participación, en aras de dotar de una cierta coherencia a su régimen jurídico actual⁹. En este sentido, se tiende hoy a considerar el *droit de suite* como un aspecto más del derecho de propiedad intelectual, que trata de compensar en alguna medida la situación de desventaja en la que se encuentran los creadores de obras plásticas o gráficas originales –cuyos derechos de explotación vinculados a la distribución y a la comunicación o exposición pública se agotan o se ven muy limitados desde el momento en que se enajena el soporte¹⁰– frente a los autores de otros tipos de creaciones susceptibles de ser objeto de una explotación continuada mediante el ejercicio de las facultades de reproducción y distribución¹¹.

⁷ Por todos, ROCHA, *op. cit.*, p. 155; VICENTE, *op. cit.*, pp. 63 y ss. Sobre la relación entre el *droit de suite* y el proceso histórico de surgimiento y desarrollo del mercado secundario del arte, vid. el interesante estudio de CASAS, “El derecho...”, *cit.*, pp. 81 y ss., y también en “Notas...”, *cit.*, pp. 157 y ss.

⁸ CASAS, “El derecho...”, *cit.*, pp. 85 y ss.; BALLESTEROS, *op. cit.*, p. 157.

⁹ Para CONDE-PUMPIDO (*op. cit.*, p. 67), una vez que el *droit de suite* deja de concebirse como una participación en la revalorización para pasar a ser una participación en el precio de reventa, el mismo pierde su carácter tuitivo y pasa a ser una manifestación autónoma del derecho de explotación más allá de la primera transmisión de la obra (en igual sentido, SAP Madrid, Sec. 28ª, de 19 abril 2005, *JUR.* 106043). Por su parte, CASAS (“El derecho...”, *cit.*, pp. 95 y ss.) considera que en su actual configuración el derecho de participación podría explicarse como una manifestación del derecho de propiedad intelectual que tiene por objeto garantizar al autor la obtención de una remuneración como contrapartida por la atribución a los sucesivos compradores de un derecho de “exhibición privada” sobre la misma. Para G. BERCOVITZ ÁLVAREZ (*Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 364), el *droit de suite* puede entenderse como un derecho del artista en cuanto ejecutor plástico más que como autor de la concepción plástica. Una exposición de los diferentes fundamentos manejados actualmente para justificar la existencia del *droit de suite* puede verse en VICENTE, *op. cit.*, pp. 69 y ss.; y en BERCOVITZ ÁLVAREZ, *op. cit.*, pp. 356 y ss.

¹⁰ Sobre la compleja relación que media entre el derecho de propiedad intelectual y la propiedad del soporte de las obras plásticas, cuando esta corresponde a un tercero distinto del autor (en el caso concreto, la entidad que había adquirido las obras directamente de los autores), vid. la interesante SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 29 septiembre 2000 (*JUR.* 2001/19424), en la que se declara que la responsabilidad del propietario del soporte por la pérdida o deterioro debidos a su negligencia implica el deber de indemnizar los daños sufridos por el autor, en la medida en que este, pese a la enajenación, conserva, en el orden moral, los derechos al respeto de la integridad de la obra y al acceso al ejemplar único, y, en el orden patrimonial, el derecho de participación (no así el derecho de exposición pública, ya que en el caso concreto no se había incluido salvedad alguna al respecto en el acto de enajenación del soporte, tal como resultaría exigible conforme al art. 56.2 TRLPI). En todo caso, el Tribunal deja para ejecución de sentencia la liquidación del valor de los derechos afectados, incluyendo el de participación. Se aparta así la sentencia del punto de vista previamente mantenido por BERCOVITZ ÁLVAREZ (*op. cit.*, p. 353), quien rechazaba “la pretensión de quienes consideran que la deformación o destrucción de la obra es lesiva del *droit de suite* (al no permitir futuros cobros por transmisiones)”.

¹¹ Cfr. cdo. (3) de la Directiva. En la doctrina, G. PFENNIG, “El derecho de participación de los artistas en la reventa (*droit de suite*)”, en *Boletín de derecho de autor*, vol. XXXI, n.º 3, 1997, p. 21; D. ESPÍN CÁNOVAS, *Los derechos del autor de obras de arte*, ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 111 y ss.; CASAS, “El derecho...”, *cit.*, p. 94; CAAMIÑA, “La Directiva...”, *cit.*, p. 29; P. JIMÉNEZ BLANCO, “La sucesión de Dalí: ¿quién puede reclamar los derechos de participación de su obra? (Comentario a la STJUE de 15 de abril de 2010, As. C-518/08)”, en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 320, 2011 (ejemplar dedicado a: Derecho privado europeo), p. 126; VICENTE, *op. cit.*, pp. 72 y ss.

6. Son también consideraciones de orden eminentemente práctico, vinculadas a la necesidad de articular mecanismos ágiles, eficaces y económicos para la gestión, recaudación y pago del derecho de participación, las que explican que en la moderna concepción de este se tienda a atribuir un papel fundamental, de un lado, a los profesionales del mercado del arte que intervienen en las operaciones de reventa y, de otro, a las entidades encargadas de la gestión de los derechos de autor¹². En otro sentido, la evolución del derecho de participación en los últimos años viene presidida por la progresiva -aunque todavía limitada- tendencia a la expansión de su ámbito geográfico de aplicación, fundamentada, por un lado, en el reforzamiento de la protección legal de los derechos del autor a nivel internacional, y, por otro, en la conveniencia de prevenir y evitar en lo posible las distorsiones que un reconocimiento no uniforme del derecho de participación en los diferentes Estados genera en el mercado internacional del arte moderno y contemporáneo. La aprobación de la Directiva 2001/84 y su transposición a los Estados miembros de la UE marca sin duda un hito en la evolución histórica del derecho de participación, en la medida en que ha contribuido a clarificar algunos aspectos clave de su articulación jurídica (como el definitivo abandono del sistema de plusvalía, la delimitación de las obras a las que se aplica, o el establecimiento de unos criterios cuantitativos más o menos uniformes), y a normalizar su juego en el contexto del mercado internacional del arte. Sin embargo, son muchas las dudas e incertidumbres que se siguen planteando en torno a diferentes aspectos de su regulación, tanto en la propia Directiva (singularmente en lo que se refiere a la delimitación de los presupuestos de activación del derecho), como en las normas nacionales de transposición (en aspectos tales como la determinación de los titulares del derecho tras la muerte del autor, la identificación de los responsables del pago, o la definición precisa del papel de las entidades de gestión colectiva); incertidumbres que pueden llegar a comprometer en buena medida el objetivo de dotar al derecho de participación de un sistema eficaz, transparente y económico de gestión, recaudación y pago, lo que constituye sin duda un presupuesto esencial para que aquel pueda cumplir adecuadamente los fines para los que fue diseñado, sin convertirse en un obstáculo poco menos que inútil para el buen funcionamiento del mercado del arte.

II. Antecedentes normativos

7. El nacimiento del *droit de suite* se sitúa en el contexto cultural y social de los últimos años del siglo XIX y primeros del XX¹³, y encuentra sus primeras manifestaciones legislativas en la Ley francesa de 20 de mayo de 1920 y en la Ley belga de 1921, que optaban ya entonces por articular el derecho sobre la base del precio de reventa de las obras, y no de la plusvalía obtenida, limitándolo además a las ventas intervenidas por un agente público y que alcanzaran un precio mínimo. En los años siguientes el derecho de participación encontraría acogida en otros ordenamientos, adoptando diversas configuraciones técnicas¹⁴; y así, por ejemplo, en Checoslovaquia (1926), Polonia (1935), Uruguay (1937) o Portugal (1966) se optó inicialmente por un sistema basado en la plusvalía; mientras que en Italia (1941) se articuló un sistema mixto que, en la práctica, se reveló inoperante¹⁵. Sin embargo, con la nueva Ley francesa de 11 de marzo de 1957 y la Ley alemana de 9 de septiembre de 1965 (luego reformada en 1972) pareció imponerse definitivamente el modelo basado en el precio de reventa, a partir de un umbral mínimo, al tiempo que se limitaba la activación del derecho a ciertos supuestos de venta (ventas públicas o que

¹² En España, la entidad que asume la defensa de los intereses de los artistas visuales es VEGAP (*Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos*), autorizada por OM de 5 junio 1990. VEGAP tiene suscritos acuerdos de gestión recíproca con entidades similares de otros muchos países dentro y fuera de la UE; vid. el detalle en <http://www.vegap.es/que-es-vegap/red-internacional>.

¹³ CASAS, “El derecho...”, cit., pp. 68 y ss.

¹⁴ Sobre el tema, vid. CONDE-PUMPIDO, *op. cit.*, p. 74.

¹⁵ G. MAGRI, “Alcune riflessioni su diritto di seguito e mercato unico dell’arte contemporanea, alla luce della sentenza Christie’s France c. Syndicat national des antiquaires”, en *Aedon*, fascicolo 2, maggio-agosto 2015 (<https://www.rivisteweb.it/doi/10.7390/80810>), n. 8; VICENTE, *op. cit.*, p. 82; BERCOVITZ ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 345. Ya en el documento elaborado por la UNESCO en 1949 sobre el *droit de suite* (UNESCO, Copyright Division, *Droit de suite*, (UNESCO/DA/6), Paris, 9 mayo 1949 (<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001439/143961eb.pdf>), p. 1) se hacía constar que, hasta entonces, solo el modelo seguido por Francia y Bélgica había resultado operativo en la práctica.

contaran con la intervención de profesionales vinculados al mercado del arte)¹⁶. Significativamente, sin embargo, a principios del siglo XXI el derecho de participación no había sido incorporado a los ordenamientos de algunos de los países con mayor peso en el mercado del arte, como Reino Unido, Estados Unidos, Holanda, Suiza o Japón¹⁷.

8. En el ámbito internacional, la primera manifestación importante del derecho de participación se encuentra en el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, de 9 de septiembre de 1886, elaborado en el seno de la OMPI y posteriormente revisado en distintas ocasiones; concretamente, en el texto revisado en Bruselas en 1948 se introdujo el artículo 14 *bis*, que luego pasaría a ser el 14 *ter*¹⁸, y que atribuía al reconocimiento del derecho de participación por parte de los Estados firmantes un carácter facultativo y sujeto a la regla de reciprocidad, en aras de incentivar su reconocimiento por aquellos Estados que aún no lo habían incorporado a sus respectivos ordenamientos¹⁹.

9. En el caso de España, y pese a la existencia de algunas propuestas anteriores que no llegaron a concretarse²⁰, habrá que esperar a la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual (en adelante, LPI) para encontrar la primera manifestación legislativa del derecho de participación. A él se refería el art. 24 de la ley²¹ -cuyo desarrollo reglamentario fue abordado por el Real Decreto 395/1988, de 25 de abril²²-, en el que se optaba por un modelo de derecho de participación basado en el precio de reventa y no en la plusvalía, limitándolo a ciertos tipos de reventa (concretamente lo que se denominaban “ventas públicas”, entendiéndose por tales las realizadas en subasta pública, en establecimiento mercantil o con la intervención de un comerciante o agente comercial), y excluyendo su transmisión tanto *inter vivos* como *mortis causa*. El planteamiento inicial de la norma habría de verse modificado poco tiempo después a raíz de la reforma operada por Ley 20/1992, de 7 de julio, que, entre otros aspectos,

¹⁶ Para un análisis más detallado de los antecedentes, CASAS, “El derecho...”, cit., pp. 74 y ss.; y G. M. BLEDA NAVARRO, “Análisis del derecho de participación y su evolución normativa”, en C. ROGEL VIDE (dir.), *Cuestiones actuales de la propiedad intelectual*, ed. Reus, Madrid, 2010, pp. 111 y ss.

¹⁷ CASAS, “El derecho...”, cit., pp. 77 y ss., y “Notas...”, cit., p. 159. En el caso de Estados Unidos, solo California ha introducido el *droit de suite* con la *Resale Royalty Act* de 1976, reformada en 1982; cfr. sección 986 del *Civil Code*, en el que se opta por un sistema basado en la plusvalía (apartado (b) (4)).

¹⁸ Instrumento de Ratificación del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, de 9 septiembre 1886, ratificado por Instrumento de 2 julio 1973, revisado en París el 24 de julio de 1971 (*BOE*. núm. 260, de 30 octubre 1974). El art. 14 *ter* del Convenio establece: “*Droit de suite* sobre las obras de arte y los manuscritos: 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”.

¹⁹ G. PFENNIG, “Aspectos prácticos de la aplicación del derecho de participación (“*droit de suite*”), en particular en el ámbito digital, y sus incidencias en la evolución del mercado del arte en el plano internacional y en la mejora de la protección de los artistas plásticos”, en *Boletín de Derecho de Autor*, vol. XXXV, nº. 3, 2001 (<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001255/125505s.pdf#page=40>), p. 42.

²⁰ Al margen de otras iniciativas, cabe recordar el llamado “Proyecto Durán”, presentado en 1921 y basado en el modelo franco-belga, y el Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual de la Segunda República, presentado en 1932, y que optaba por el sistema de plusvalía; CASAS, “El derecho...”, cit., p. 76; y “Notas...”, cit. p. 160.

²¹ La redacción original del art. 24 LPI era la siguiente: “1. En caso de reventa de obras de artes plásticas efectuada en pública subasta, en establecimiento mercantil o con la intervención de un comerciante o agente comercial, el autor tendrá derecho a exigir del vendedor una participación de un 2 por 100 del precio de enajenación, si éste fuere superior a la cantidad que reglamentariamente se establezca. Las obras de artes aplicadas no se beneficiarán de lo dispuesto en el párrafo anterior. 2. Los subastadores, comerciantes y agentes que intervengan en la reventa deberán comunicarla al autor directamente o por medio de la correspondiente Entidad de gestión en el plazo de dos meses y facilitarle la información necesaria para la liquidación de su derecho. Asimismo, retendrán del precio de venta el porcentaje correspondiente y lo pondrán a disposición del autor. La acción para reclamar la citada participación prescribirá a los tres años de la fecha de notificación de la reventa. 3. Este derecho es irrenunciable e intransmisible”.

²² El RD se limitaba a fijar como umbral mínimo para la activación del derecho un precio de enajenación de 200.000 pesetas, advirtiendo que para la aplicación del 2 por ciento previsto por el art. 24 LPI se tomaría como base el precio de enajenación de la obra o el de su adjudicación, en el caso de subasta, sin previa deducción alguna.

incrementaba el importe del derecho de participación desde un 2% hasta un 3% del precio de reventa (con un umbral mínimo situado en las 300.000 pesetas), preveía la creación del llamado “Fondo de Ayuda a las Bellas Artes” como beneficiario residual del derecho, e introducía la transmisibilidad *mortis causa* del mismo a favor de los sucesores del autor, corrigiendo así el aspecto de la norma original que más críticas había recibido por parte de la doctrina²³. Del desarrollo reglamentario del art. 24 LPI, en su nueva redacción, se ocuparon los arts. 2 a 8 del RD 1434/1992, de 27 de noviembre, que, al margen de otras cuestiones (como la regulación más detallada del Fondo de Ayuda a las Bellas Artes o de las relaciones entre autor, entidades de gestión e intermediarios), introducía como novedad la exclusión del derecho de participación en los casos de reventas que fueran consecuencia de enajenaciones forzosas realizadas mediante subastas judiciales o administrativas (art. 2.1.1).

10. El texto del art. 24 resultante de la reforma de 1992 habría de encontrar acogida en el TRLPI de 1996, con una única modificación relativa a la duración del derecho de participación, que en 1992 se había fijado en sesenta años contados a partir del fallecimiento del autor, y que ahora pasaba a ser de setenta años, en coherencia con el régimen establecido con carácter general para el derecho patrimonial de autor por Ley 27/1995, de 11 de octubre, de incorporación al Derecho español 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 afines²⁴.

11. Mientras tanto, en el ámbito de la Unión Europea venían desarrollándose diversos trabajos encaminados a conseguir una regulación armonizada del derecho de participación en el ámbito del mercado interior. Fruto de dichos trabajos fue la Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 septiembre 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, en cuyo Preámbulo se destacan los dos objetivos básicos que se perseguían mediante la adopción de la norma: por un lado, garantizar a los creadores de obras de arte originales -y a sus derechohabientes- un nivel de protección adecuado y uniforme en todos los Estados miembros en lo relativo al derecho de participación, evitando injustificadas diferencias de trato entre ellos en función del lugar donde vendieran sus obras; por otro, eliminar y evitar de cara al futuro las distorsiones que en el mercado interior del arte venía produciendo la diversidad de regulaciones existentes en los diferentes Estados miembros a propósito de distintos aspectos del derecho de participación (en cuanto a las obras contempladas, beneficiarios del derecho, porcentaje aplicado, operaciones sujetas al pago del derecho y base de cálculo), y en particular el hecho de que ciertos países de la Unión no reconociesen en absoluto tal derecho, lo que estaba dando lugar al desplazamiento hacia esos países de las operaciones de venta de obras de arte.

²³ Así, p. ej., para CASAS (“Notas...”, cit., p. 173) la intransmisibilidad *mortis causa* del derecho suponía discriminar a los artistas plásticos frente a los demás autores. ESPÍN ALBA (op. cit., p. 445) advierte que la exclusión de la transmisibilidad *mortis causa* supondría una drástica reducción del ámbito de aplicación del derecho de participación, ya que la experiencia demuestra que “existe una mayor intensidad de reventas después de la muerte del autor”; en igual sentido, BERCOVITZ ÁLVAREZ, op. cit., p. 355.

²⁴ La redacción del art. 24 finalmente acogida por el TRLPI fue la siguiente: “1. Los autores de obras de artes plásticas tendrán derecho a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa que de las mismas se realice en pública subasta, en establecimiento mercantil, o con la intervención de un comerciante o agente mercantil. Se exceptúan de lo dispuesto en el párrafo anterior las obras de artes aplicadas. 2. La mencionada participación de los autores será del 3 por 100 del precio de la reventa, y nacerá el derecho a percibir aquélla cuando dicho precio sea igual o superior a 300.000 pesetas por obra vendida o conjunto que pueda tener carácter unitario. 3. El derecho establecido en el apartado 1 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. 4. Los subastadores, titulares de establecimientos mercantiles, o agentes mercantiles que hayan intervenido en la reventa deberán notificarla a la 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. 5. La acción para hacer efectivo el derecho ante los mencionados subastadores, titulares de establecimientos mercantiles, comerciantes y agentes, prescribirá a los tres años de la notificación de la reventa. Transcurrido dicho plazo sin que el importe de la participación del autor hubiera sido objeto de reclamación, se procederá al ingreso del mismo en el Fondo de Ayuda a las Bellas Artes que reglamentariamente se establezca y regule”.

12. De cara a facilitar la consecución de sus objetivos últimos, la Directiva preveía un período transitorio limitado para su implementación íntegra en aquellos Estados miembros que no tuvieran reconocido el derecho de participación en el momento de su entrada en vigor, concretamente en lo relativo a la extensión de su reconocimiento a los derechohabientes del autor (art. 8)²⁵; subrayaba la conveniencia de que la UE iniciase negociaciones en el ámbito exterior para establecer la obligatoriedad del art. 14 *ter* del Convenio de Berna (cdo. (7) y art. 8.4); y preveía (art. 11) un sistema de seguimiento de su propia aplicación, con objeto de calibrar la incidencia que el proceso de armonización pudiera tener en la competitividad de la UE en el mercado internacional del arte moderno y contemporáneo y en el propio mercado interior, prestando especial atención asimismo a la incidencia de la Directiva sobre la promoción de la creación artística y a las modalidades de gestión en los Estados miembros. En cambio, el Preámbulo de la Directiva insistía en que no se consideraba necesario suprimir o evitar aquellas diferencias de regulación que no perjudicasen el funcionamiento del mercado interior (cdos. (13) a (16)).

13. Durante las negociaciones previas a la adopción de la Directiva hubo de afrontarse la tenaz resistencia a la armonización presentada, especialmente, por el Reino Unido, que siempre había considerado la introducción del *droit de suite* como un obstáculo para el mantenimiento del papel protagonista de Londres en el mercado internacional del arte; ello explica en buena medida que el contenido del derecho de participación finalmente definido por la Directiva quedara sustancialmente reducido respecto a las propuestas iniciales —y también respecto al régimen previamente existente en muchos Estados miembros— en aspectos tan relevantes como el ámbito objetivo de protección, el umbral de aplicación, los porcentajes de participación, el tope máximo fijado, el plazo de transposición y otros²⁶.

14. El Informe elaborado por la Comisión en 2011 sobre el efecto de la Directiva²⁷ vino a poner de manifiesto, por un lado, que el proceso de extensión y armonización del derecho de participación en el ámbito de la UE no parece haber tenido una influencia apreciable en la pérdida de posición de Europa dentro del mercado internacional del arte moderno y contemporáneo, ni tampoco en la deslocalización de las ventas dentro de la propia UE²⁸; por otro, que subsisten importantes diferencias entre los Estados miembros en cuanto a la calidad de la gestión del derecho de participación, lo que resulta especialmente relevante en la medida en que una gestión ineficaz puede incrementar inútilmente la carga que su reconocimiento ha de suponer para los profesionales implicados y también para los propios titulares del derecho —especialmente los situados en la parte baja de la escala—²⁹. En consecuencia, y de cara al futuro,

²⁵ Cuestión esta sobre la que se planteó un importante debate entre los diferentes órganos de la UE (vid. al respecto R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “La Directiva sobre el derecho de participación: historia de una iniciativa frustrada”, en *Pe.i.: Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 8, 2001, pp. 10 y 23). Los Estados en cuestión (inicialmente Reino Unido, Irlanda, Holanda y Austria, a los que luego se unió Malta) hicieron uso del período transitorio adicional permitido por la Directiva, por lo que su transposición íntegra se retrasó en ellos hasta el 1 de enero de 2012.

²⁶ BERCOVITZ, “La Directiva...”, cit., pp. 9 y 17; VICENTE, *op. cit.*, pp. 111 y ss.

²⁷ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación y efectos de la Directiva relativa al derecho de participación (2001/84/CE), Bruselas, 14 diciembre 2011 (COM (2011) 878 final) ([http://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2011/0878/COM_COM\(2011\)0878_FR.pdf](http://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2011/0878/COM_COM(2011)0878_FR.pdf)).

²⁸ El Informe de la Comisión (p. 8) explica que las características de los diferentes mercados del arte, su evolución y su competitividad dependen de una gran diversidad de factores (que además difieren en función de que se atienda al segmento más caro del mercado o a otros segmentos), entre los cuales la existencia o no del derecho de participación no es el más relevante: el régimen fiscal (en particular, el régimen del IVA, cuya tarifa puede oscilar según los países entre el 15 y el 25%), el coste de las comisiones, los gastos administrativos (entre ellos, los derivados en su caso del derecho de participación), el cambio de los gustos y de la percepción del valor del arte como inversión, la posibilidad de contar con expertos, la especialización de un determinado mercado, la confianza y los contactos, la evolución del reparto mundial de la riqueza (factor decisivo, por ejemplo, en el caso de China y de otras economías emergentes), o la atracción creciente que ejercen las ferias nacionales e internacionales. En este sentido, vid. también los estudios citados en el documento publicado en 2014 por las entidades CISAC, EVA y GESAC, titulado “Derecho de participación del artista” (localizable en <http://resale-right.org/about/>, p. 4); y, en la doctrina, PFENNIG, “Aspectos...”, cit., p. 48, y “El derecho...”, cit., p. 23; MAGRI, *op. cit.*, ap. 4; y CH. RAMONBORDES (“Repercusiones económicas de la Directiva europea relativa al *droit de suite*”, en *Boletín de derecho de autor*, vol. XXXIV, nº. 2, 2000, p. 30).

²⁹ Se señala en el Informe de la Comisión (pp. 9-10) que los costes de gestión asociados al derecho de participación suelen suponer para las empresas y profesionales implicados un máximo de 50 euros por transacción, y que se trata básicamente de costes de personal necesarios para (i) identificar a los artistas afectados; (ii) identificar y encontrar a los herederos y otros

se propone seguir analizando la evolución del mercado del arte, dar continuidad a los esfuerzos encaminados a persuadir a terceros Estados para que instauren el derecho de participación en sus respectivos ordenamientos (esfuerzos que poco a poco parecen ofrecer algunos resultados relevantes³⁰), elaborar una serie de recomendaciones o buenas prácticas relacionadas con la gestión del derecho con el fin de minimizar los costes y mejorar el sistema de percepción y distribución en todos los Estados miembros, e incrementar los niveles de transparencia y eficacia en la labor de las entidades de gestión colectiva. A la espera de los resultados que puedan derivarse de estas iniciativas, no cabe ignorar el importante factor de incertidumbre que en esta materia ha supuesto el *Brexit* que, a primera vista, no permite augurar un brillante porvenir al derecho de participación en el Reino Unido, lo que podría llegar a ser un importante obstáculo sobrevenido en el proceso de consolidación del mismo en el contexto internacional.

15. Aunque llegó a existir un Anteproyecto de reforma del art. 24 TRLPI, el legislador español optó finalmente por transponer la Directiva 2001/84 al Derecho interno³¹ mediante la elaboración de una Ley especial, la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original (LDP), que constituye la regulación actualmente vigente sobre la materia en España.

III. Obras de arte a las que se aplica el *droit de suite*

16. El art. 1 LDP, siguiendo el modelo de la Directiva (art. 1.1 y art. 2), define el ámbito objetivo del derecho de participación en términos bastante más amplios y precisos que el precedente art. 24

derechohabientes; y (iii) tramitar las omisiones y reembolsos, a los que se unen los costes de los sistemas informáticos. En el caso de las entidades de gestión, los costes se sitúan entre el 10 y el 20 por ciento de las sumas percibidas, que normalmente se deduce antes de la distribución de los derechos, y por tanto corre a cargo de los beneficiarios.

³⁰ Como advierte PFENNIG (“Aspectos...”, cit., p. 48), “el principal problema con respecto al *droit de suite* estriba en que no se reconoce a escala mundial ni ha sido armonizado, al menos, para un grupo especial de mercados”. En el documento de CISAC, EVA y GESAC (*op. cit.* p. 1), se señala que, si bien en la actualidad el derecho está regulado en más de setenta países del mundo (entre ellos, además, de los Estados miembros de la UE, cabe citar supuestos tan significativos como los de Rusia o India; puede verse un listado completo en p. 5), el hecho de que aún no esté reconocido en países tan importantes para el mercado del arte como Estados Unidos o China, unido al principio de reciprocidad que deriva del Convenio de Berna, supone un gran obstáculo para los artistas visuales de todo el mundo. En el caso de Estados Unidos (que representa una cuota del mercado mundial de aproximadamente el 30 %), en febrero de 2014 se presentó ante el Congreso un proyecto de ley sobre el derecho de participación, precedido por un informe favorable sobre el mismo publicado en diciembre de 2013 por la Oficina Estadounidense del Derecho de Autor que, al fin, parece abrir la perspectiva de una futura ley federal sobre el derecho de participación (cf. H. I. LAZEROW, (“Art Resale Royalty Options” (2015) Law Faculty Works, 7, University of San Diego, http://digital.sandiego.edu/law_fac_works/7, p. 2). En cuanto a China, que en los últimos años se ha convertido en el segundo mercado del arte más importante del mundo, existe también, al parecer, una disposición favorable al reconocimiento del derecho (F. A., GARÍN ALEMANY, “Comentario del artículo 24”, en F. PALAU RAMÍREZ, y G. PALAO MORENO, dirs., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 397), que se concretó ya en mayo de 2012 en la presentación de un proyecto de ley al respecto. Por último, en Suiza (país especialmente significativo por la potencia de su mercado del arte, pero también por su proximidad geográfica a la UE) se han presentado ya diferentes iniciativas encaminadas a incorporar el derecho de participación, la última en 2013 (vid. N. M. NEUHAUS, “Switzerland: Fourth attempt to introduce the resale right”, 3 febrero 2016, <http://www.ial.uk.com/switzerland-fourth-attempt-to-introduce-the-artist-resale-right/>), pero hasta el momento tales iniciativas no han conseguido superar la fuerte resistencia planteada desde diversos sectores, que siguen apelando a la conveniencia de mantener la competitividad del mercado del arte suizo evitando cargas administrativas innecesarias (por todos, K. FISCHER, “Switzerland without Resale Right (droit de suite). Supplementary Paper Based on Practical Experience”, 2008, http://www.fischerauktionen.ch/UserData/Download_41921_00.pdf).

³¹ La transposición tuvo lugar de forma tardía, ya que el plazo máximo previsto finalizaba el 1 de enero de 2006 (art. 12). El incumplimiento del plazo dio lugar a que España fuera condenada por STJCE, Sala 5ª, de 31 enero 2008 (asunto C-32/07) (*Tol.* 1.244.544). La transposición de la Directiva se abordó en algunos de los Estados miembros más relevantes a través de las siguientes normas: en Francia, Ley nº 2006-961, de 1 agosto 2006, por la que se modifica el *Code de la Propriété Intellectuelle* de 1 julio 1992 (en adelante, *CPI*); en el Reino Unido, ley nº 346, de 13 febrero 2006, por la que se aprueba *The Artist's Resale Right Regulations 2006* (en adelante, *ARRR*); en Alemania, art. 26 de la *Urheberrechtsgesetz* de 9 septiembre 1965 (en adelante, *UrhG*); en Italia, Decreto Legislativo núm. 118, de 16 febrero 2006, por el que se modifican los arts. 144 a 155 de la *Legge* nº 633, di 22 aprile 1941, *sulla protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio* (en adelante, *LDA*); en Portugal, Ley 24/2006, de 30 de junio, por la que se modifica el art. 54 del *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos* (en adelante, *CDA*).

TRLPI, que se limitaba a referirlo a las “obras de artes plásticas”. A modo de enumeración no exhaustiva, el precepto menciona los “*cuadros, collages, pinturas, dibujos, grabados, estampas, litografías, esculturas, tapices, cerámicas, objetos de cristal, fotografías y piezas de vídeo arte*”. De este modo, el derecho se reconoce ahora de forma expresa, no solo respecto a las obras de artes plásticas, sino también a las obras gráficas y a las obras fotográficas, así como a las piezas de vídeo arte, que no aparecían mencionadas en la Directiva. La relación del art. 1.1 puede hacerse extensiva en la actualidad a las distintas obras plásticas y gráficas mencionadas como creaciones protegibles por el art. 10.1 TRLPI³².

17. Aunque el art. 1.1 LDP no lo dice expresamente (sí aparece explicitado en la Directiva y en el propio título de la ley), es evidente que las previsiones de la LDP solo serán aplicables a las obras de arte “originales”, esto es, las que “*constituyan creaciones ejecutadas por el propio autor o se trate de ejemplares considerados como obras de arte originales*” (art. 2.1 de la Directiva). Obsérvese que el sentido que aquí asume el término “original” no coincide con el que maneja el art. 10.1 TRLPI (donde se alude a la necesidad de que las obras científicas, literarias o artísticas, para ser protegidas, tengan un carácter innovador, al menos en términos relativos, y sean el resultado del esfuerzo personal del autor), sino que hace referencia más bien a la identificación de la creación intelectual con el soporte material, que es la característica propia de las obras a las que se aplica el derecho de participación³³.

18. La LDP reformula la referencia a las obras plásticas, gráficas o fotográficas elaboradas en tiradas o ediciones limitadas (tales como grabados, estampas, litografías, fotografías, tapicerías, cerámicas, objetos de cristal, e incluso esculturas), de tal manera que la reventa de los ejemplares resultantes también activará el derecho de participación del autor en la medida en que se den las condiciones descritas por el propio precepto: “*Los ejemplares de obras de arte objeto de este derecho que hayan sido realizados por el propio autor o bajo su autoridad*³⁴ *se considerarán obras de arte originales. Dichos ejemplares estarán numerados, firmados o debidamente autorizados por el autor*”. No se establece, por tanto –a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos³⁵, y de lo que parece reclamar la propia Directiva³⁶–, ninguna limitación concreta en cuanto al número máximo de ejemplares elaborados en

³² Art. 10 TRLPI: “*Obras o títulos originales. 1. Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: (...) e) Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o comics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas. f) Los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería. g) Los gráficos, mapas y diseños relativos a la topografía, la geografía y, en general, a la ciencia. h) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía*”.

³³ “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”, Madrid, 10 junio 2008, p. 118 (en adelante, “Informe ALADDA”; disponible en www.aladda.es/files/documentacion/Informe_Anteproy_ref_art_24_LPI.pdf). Como apunta BERCOVITZ ÁLVAREZ (*op. cit.*, p. 365), la noción de originalidad se refiere aquí al objeto, no a la obra como concepción o idea plástica.

³⁴ La posibilidad de extender el derecho de participación a aquellos ejemplares que, aun no habiendo sido fabricados manualmente por el autor en su integridad, sí hubieran sido realizados bajo su control, “*de telle sorte que, dans son exécution même, ce support matériel de l'oeuvre porte la marque de la personnalité de son créateur et qu'il se distingue par là d'une simple reproduction*”, había sido ya reconocida por la *Cour de Cassation* francesa en su sentencia de 13 octubre 1993 (*Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 13 octobre 1993, 91-14.037*; localizable en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007031206&fastReqId=787089797&fastPos=15>). En principio, quedan fuera del ámbito del derecho de participación las reproducciones de la obra original realizadas íntegramente por terceros o mediante la utilización de medios mecánicos, sin intervención o supervisión alguna del artista (BALLESTEROS, *op. cit.*, p. 158; CASAS, “El derecho...”, *cit.*, pp. 108-109), así como las que puedan producirse después de la muerte de aquel (ROCHA, *op. cit.*, pp. 165-166); en su caso, la explotación de tales ejemplares podrá reconducirse a las facultades patrimoniales ordinarias de reproducción y distribución. Sin embargo, recuerda BERCOVITZ ÁLVAREZ (*op. cit.*, p. 372) que en la jurisprudencia francesa se consideró aplicable el *droit de suite* respecto a obras realizadas por el Museo Rodin tras la muerte del artista, pero utilizando moldes creados por él, y contando con el consentimiento de sus herederos, lo que el propio BERCOVITZ considera discutible y, a nuestro juicio, sería difícilmente sostenible con la legislación vigente.

³⁵ Vid., p. ej., art. R122-3 del CPI francés, en su parte reglamentaria.

³⁶ El art. 2.2 de la Directiva dispone: “*Los ejemplares de obras de arte objeto de la presente Directiva que hayan sido hechos en ediciones limitadas por el propio artista o bajo su autoridad se considerarán obras de arte originales a los efectos de la presente Directiva. Dichos ejemplares estarán normalmente numerados, firmados o debidamente autorizados de otra manera por el artista*”.

serie cuya reventa podrá generar el derecho de participación, lo que ha suscitado no pocas dudas en la doctrina, en la medida en que la ausencia de limitaciones significativas en cuanto a la reproducción y distribución de ejemplares de una misma obra no parece fácilmente armonizable con el propio fundamento del derecho de participación³⁷, y además genera un espacio para la incertidumbre que no resulta deseable ni necesario³⁸.

19. Cabe destacar igualmente la desaparición en la LDP de toda referencia a las “obras de artes aplicadas”, que en la legislación anterior aparecían expresamente excluidas del ámbito de aplicación del *droit de suite*. Aunque la expresa mención por la Directiva³⁹ y por la propia LDP de los tapices, cerámicas u objetos de cristal podría suscitar alguna duda, cabe pensar que las razones que justificaban la exclusión del derecho de participación subsisten en la actualidad respecto de aquellos objetos en cuya elaboración y comercialización predomine el elemento industrial y utilitario sobre el puramente artístico⁴⁰; lo que, por otra parte, dará lugar a que el precio de las correspondientes reventas no alcance, como regla general, el umbral mínimo exigido para la generación del crédito de participación. Todo ello sin perjuicio de que sí deba afirmarse la subsistencia del derecho respecto a aquellos objetos que, aun siendo susceptibles de alguna aplicación utilitaria, deban ser considerados como obras de arte originales en el sentido del art. 10 TRLPI⁴¹.

20. Siguiendo también en este punto el criterio de la Directiva (cdo. (19))⁴², la LDP no ha extendido el ámbito del derecho de participación a los manuscritos originales literarios y musicales, pese a que el Convenio de Berna sí hacía referencia a ellos⁴³. Finalmente, aunque la cuestión ha sido discutida, parece mayoritaria la opinión contraria a la inclusión dentro del ámbito objetivo del derecho de participación de las obras de arquitectura y de ingeniería⁴⁴, atendiendo fundamentalmente a los problemas

³⁷ Para BERCOVITZ (“La Directiva...”, cit., p. 12), si bien el número de ejemplares puede ser muy amplio, debería existir alguna limitación; pero no considera imprescindible que los ejemplares estén numerados o firmados por el artista, siempre que estén debidamente autorizados de otra manera, “o, por supuesto, siempre que se pruebe que fueron hechos por el propio artista”. En igual sentido, vid. Informe ALADDA, cit., p. 120. J. RAMS ALBESA, por su parte (“Comentario del artículo 24 de la Ley de Propiedad Intelectual”, en M. ALBALADEJO GARCÍA, y S. DÍAZ ALABART (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, ed. Edersa, Madrid, 1994, p. 444), entendía que debían excluirse del derecho todas las producciones plásticas susceptibles de ser reproducidas mecánicamente, salvo que se partiera 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”. En cambio, BERCOVITZ ÁLVAREZ (*op. cit.*, p. 371) y VICENTE (*op. cit.*, p. 99) entienden que la ley no debe entrar a limitar cuantitativamente el número de ejemplares de este tipo de obras, ya que será el mercado el que limite su valor con arreglo a las leyes de la oferta y la demanda: “A mayor número de obras seriadas, menor valor en venta en el mercado y menores posibilidades de reunir las condiciones de precio umbral a los efectos del *droit de suite*”.

³⁸ En este sentido, LAZEROW (*op. cit.*, pp. 6 y 7), quien considera que la fijación de cualquier límite numérico puede resultar arbitrario, pero es preferible a la incertidumbre derivada de su falta.

³⁹ En este sentido, y respecto a la Directiva, BERCOVITZ, “La Directiva...”, cit., p. 11, quien recuerda que en el Preámbulo de la Propuesta inicial sí se excluían expresamente las obras de artes aplicadas.

⁴⁰ Como apunta CASAS (“El derecho...”, cit., pp. 110 y ss.), lo que se pretendía era excluir el derecho de participación respecto de aquellos objetos que fueran el resultado de una actividad básicamente industrial y no creativa, dadas las dificultades prácticas que podían plantearse a la hora de determinar la base para la aplicación del derecho mediante la discriminación entre el valor artístico, el valor industrial y el valor de utilidad. En Alemania (art. 26.8 *UrhG*) y en Portugal (art. 54.1 *CDA*) se mantiene la expresa exclusión del derecho de participación respecto a las obras de arte aplicado.

⁴¹ El art. 10.1.e) TRLPI sí considera como objeto del derecho de propiedad intelectual las obras plásticas, “*sean o no aplicadas*”. En opinión de BERCOVITZ (“La Directiva...”, cit., p. 12), con el texto de la Directiva finalmente aprobado, deben considerarse protegidas “también las obras de joyería, los muebles (obras de mobiliario), los libros (que sean obras en sí mismos), así como las obras de cualquier arte decorativo”. En cambio, en la página web de Christie’s (www.christies.com) se hace constar, a propósito del derecho de participación: “In Christie’s view, the definition of a work of art does not include furniture, jewellery and books”.

⁴² Pese a que en la Propuesta original sí se incluían; vid. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Derecho de participación”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 16/2000, parte Tribuna (BIB. 2000/1797), p. 2.

⁴³ La exclusión de los manuscritos literarios o musicales (salvo en la medida en que constituyan en sí mismos una obra de arte original) es valorada favorablemente por CASAS (“El derecho...”, cit., p. 106), ya que en ellos no se da la identificación íntima entre la creación intelectual y el soporte que sí es propia de las obras plásticas originales propiamente dichas. Si se extiende el derecho de participación a la reventa de manuscritos originales en el *CDA* italiano (art. 144).

⁴⁴ El art. 26.8 de la *UrhG* alemana y el art. 54.1 del *CDA* portugués excluyen expresamente el derecho de participación respecto a las obras arquitectónicas.

prácticos que supondría su aplicación en este caso ante la dificultad para deslindar el valor artístico y el valor material de aquellas⁴⁵; en cambio, sí cabría admitir la extensión del derecho de participación a los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería (art. 10.1.f) TRLPI⁴⁶, y también se ha planteado su posible aplicación en el caso de las obras plásticas incorporadas a una construcción y revendidas con ella⁴⁷.

IV. Presupuestos de la generación del crédito de participación

1. Aspectos cuantitativos: la exclusión del sistema de plusvalía; umbral de aplicación; porcentajes aplicables y tope máximo; prueba del precio de reventa

21. La delimitación de los concretos negocios cuya celebración genera el crédito de participación a favor del autor de la obra o de sus causahabientes constituye una cuestión especialmente compleja desde el punto de vista de la articulación normativa del derecho de participación, ya que para abordarla es necesario tener en cuenta, no solo el fundamento del derecho concebido en abstracto, sino también la necesidad de dotarlo de una configuración viable en la práctica, sujeta al menor grado de incertidumbre posible, y razonable desde el punto de vista de los costes inherentes a su gestión; más aún si se tiene en cuenta que el mercado del arte es una realidad extraordinariamente compleja, en la que se integran operaciones muy diversas desde el punto de vista objetivo, subjetivo y cuantitativo, y en el que no siempre cabe esperar un alto nivel de transparencia⁴⁸.

22. La opción (explícita en la Directiva y, por tanto, también en la LDP) por un modelo de derecho de participación basado en la aplicación de un porcentaje al precio de reventa, con independencia de que en esta se ponga o no de manifiesto la existencia de una plusvalía a favor del revendedor, constituye sin duda una decisión fundamental desde el punto de vista político-legislativo, en la medida en que refleja la clara conciencia de que un sistema basado en la previa constatación de la existencia de una revalorización efectiva, aun siendo más coherente con el fundamento original del derecho, hubiera sido poco menos que irrealizable en la práctica⁴⁹. A ello se refiere el art. 1 LDP cuando, al definir el contenido del derecho de participación, afirma que *“los autores de obras de arte gráficas o plásticas (...) 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”*.

23. Conforme al art. 4 LDP, *“el derecho de participación de los autores nacerá cuando el precio de la reventa sea igual o superior a 1.200 euros, excluidos los impuestos, por obra vendida o conjunto*

⁴⁵ CASAS, “El derecho...”, cit., pp. 113-114. En la misma línea, señala BERCOVITZ (“La Directiva...”, cit., p. 12) que este tipo de obras “son totalmente ajenas a la problemática que se trata de abordar con la armonización perseguida por la Directiva (“transfuguismo” de obras de arte en el comercio intracomunitario). En cualquier caso, parece lógico que si se hubiera pretendido su inclusión, se habría explicitado, como se ha hecho, por ejemplo, con las fotografías”.

⁴⁶ BLEDA, *op. cit.*, p. 114. Parece aislada la opinión contraria de E. RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI (“Breve anotación a la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original”, en *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, núm. 33, 2008, parte Comentario, *BIB.* 2008/3080, p. 2).

⁴⁷ Lo apunta CASAS, “El derecho...”, cit., p. 114. En contra, BERCOVITZ ÁLVAREZ (*op. cit.*, p. 367), para quien el *droit de suite* no sería aplicable en estos casos en tanto tales obras conservasen el carácter de pertenencias y no pudiesen, por tanto, circular libremente.

⁴⁸ J. GUTIÉRREZ VICÉN, “Problemas prácticos del *droit de suite* en España”, en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Derechos del artista plástico*, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1996, p. 126. Para un examen de las características del mercado del arte, vid. VICENTE, *op. cit.*, pp. 29 y ss.

⁴⁹ Así lo reconoce explícitamente el cdo. (20) de la Directiva. En efecto, un sistema basado en la existencia de una plusvalía efectiva implicaría tener en cuenta factores tales como la depreciación monetaria, las inversiones o gastos realizados por el vendedor (seguros, restauración, transporte, etc.), o las consecuencias de una posible desvalorización de las obras; y obligaría a determinar, no solo el precio de la reventa que genera el derecho de participación, sino también el de la adquisición previa, lo que dificultaría sensiblemente el funcionamiento del sistema en un sector de mercado donde los protagonistas no siempre están interesados en dotar de transparencia a las operaciones de compra y venta. Vid. al respecto BERCOVITZ, “La Directiva...”, cit., pp. 18-19; CAAMIÑA, “La Directiva...”, cit., p. 49; y CASAS, “Notas...”, cit., p. 166, n. 24.

concebido con carácter unitario". El establecimiento del llamado "umbral de aplicación"⁵⁰ obedece una vez más a razones prácticas, vinculadas a la idea de que los costes inherentes a la gestión y recaudación del derecho de participación solo aparecen suficientemente justificados cuando las operaciones de venta de obras de arte alcancen un importe mínimo, susceptible por tanto de generar a favor del autor un beneficio mínimamente significativo.

24. Precisa el art. 4 LDP que, para determinar si se alcanza el umbral mínimo habrá de considerarse, bien el precio de una obra individual, bien el de un "*conjunto concebido con carácter unitario*". La norma, que procede del antiguo art. 24 LPI, hace referencia a aquellas obras que, siendo diferentes entre sí, hayan sido originalmente concebidas o ejecutadas como partes de un todo unitario (p. ej., los diferentes cuadros que integran una serie definida, las diferentes piezas integrantes de un grupo escultórico...); y tiene por objeto, tanto evitar que se pretenda eludir la generación del crédito de participación presentando como una pluralidad de enajenaciones distintas la venta de un conjunto unitario, como el supuesto contrario, esto es, que se trate de superar el umbral mínimo presentando como venta de un conjunto lo que en realidad sería una yuxtaposición de ventas referidas a obras diversas⁵¹. Lógicamente, la concepción unitaria del conjunto habrá de tenerse en cuenta, no solo para determinar si se supera o no el precio mínimo al que se refiere el art. 4, sino también a efectos de cuantificar el crédito de participación conforme al sistema de porcentajes decrecientes definido por el art. 5, y para la aplicación del tope máximo de 12.500 euros por obra que establece el mismo precepto. En el caso de venta conjunta y por un solo precio global de obras que no hubieran sido concebidas como unidad⁵², en cambio, la posible superación del umbral mínimo (así como la aplicación de los porcentajes correspondientes y del tope máximo) habrá de dilucidarse de forma individual para cada una de ellas, recurriendo, en su caso, a la determinación pericial de la parte del precio correspondiente a cada una.

25. De la cuantificación del crédito de participación se ocupa el art. 5 LDP⁵³, que, conforme a la Directiva⁵⁴ –y apartándose del modelo de la LPI, basado en el establecimiento de un porcentaje fijo–, atribuye al autor un porcentaje del precio de reventa que se va reduciendo por tramos (desde el 4% hasta el 0,25%) a medida que se incrementa aquel⁵⁵, con un tope máximo de 12.500 euros por obra y reventa. Dado que el umbral de aplicación del derecho de participación se sitúa en 1.200 euros, el importe que

⁵⁰ Conforme al art. 3.2 de la Directiva, el umbral de aplicación fijado por los Estados miembros no puede superar los 3.000 euros. El cdo. (22) de la Directiva explica que la posibilidad de rebajar ese límite se reconoce a los Estados "*con objeto de proteger los intereses de los nuevos artistas*", en el entendimiento de que ello no habrá de tener consecuencias significativas para el buen funcionamiento del mercado interior, habida cuenta de la escasa cuantía de los importes que en tales supuestos se generarán. El criterio seguido en este punto por las legislaciones nacionales ha sido muy diverso: 1.200 euros en España, 3.000 en Portugal e Italia, 1.000 en Reino Unido, 400 en Alemania, y 750 en Francia.

⁵¹ Como señala BERCOVITZ ("*La Directiva...*", cit., pp. 19-20), "es claro que tanto la existencia como la inexistencia de ese carácter unitario no puede quedar sometido a la voluntad de vendedores y compradores en cada momento dentro del mercado. Debe responder a una consideración fija del conjunto, derivada de la voluntad expresa o manifiesta del autor". Para ROCHA (*op. cit.*, p. 176), no se opone a ese carácter unitario el hecho de que las obras hayan sido realizadas en momentos diferentes, que tengan una naturaleza diversa o, incluso, que procedan de diferentes autores.

⁵² Supuesto al que se refiere BALLESTEROS señalando que el mismo puede darse con mayor facilidad en el caso de subastas derivadas de un procedimiento de apremio (*op. cit.*, p. 157).

⁵³ Artículo 5 LDP: "*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*".

⁵⁴ El art. 4 de la Directiva permite a los Estados miembros aplicar un porcentaje de un 5% para los primeros 50.000 euros del precio de venta; y fija un porcentaje mínimo del 4% para la parte del precio situada por debajo de los 3.000 euros, en el caso de aquellos Estados que opten por fijar un umbral de aplicación inferior a esa cifra.

⁵⁵ Se muestra crítico con el sistema de porcentajes decrecientes PFENNIG ("*Aspectos...*", cit., p. 45), para quien "sólo es practicable un porcentaje fijo para todas las ventas, ya que permite a los deudores, los beneficiarios, los marchantes y los organismos de recaudación que manejan la gestión de la remuneración por concepto de *droit de suite* elaborar los procedimientos administrativos más simples y prácticos".

conforme a la Ley española podrá percibir el autor por cada una de sus obras y reventas oscilará entre los 48 (4% de 1.200), y los 12.500 euros. En términos generales, se ha observado que la aplicación del sistema de la Directiva redundará en perjuicio de los autores, que han visto sensiblemente reducido respecto a las normas preexistentes el valor de su derecho⁵⁶, lo que ha sido explicado como una forma de evitar que un importe excesivamente elevado pudiera hacer rentables los costes inherentes a una posible deslocalización de las ventas⁵⁷.

26. El art. 4 LDP, al regular el umbral de aplicación, establece que deberá tenerse en cuenta el precio de reventa, “*excluidos los impuestos*”. De forma algo más precisa, el art. 5, a efectos de cuantificación del crédito de participación, señala en su inciso final que “*los precios de reventa contemplados en este artículo se calcularán sin inclusión del impuesto devengado por la reventa de la obra*”⁵⁸. A propósito de esta cuestión, las principales dudas se pueden plantear a la hora de determinar si, a estos efectos, deberán ser tenidos en cuenta o no otros costes o gastos generados por la enajenación (p. ej., comisiones de los profesionales o empresas intervinientes, gastos de tasación, restauración, transporte o depósito de las obras, gastos generados por la subasta, etc.), y que aparezcan explícita o implícitamente integrados en el importe total pagado por el comprador. En principio, parece que el derecho de participación, por su propia naturaleza, debería proyectarse únicamente sobre el precio neto⁵⁹, entendiendo por tal la retribución satisfecha por la obra propiamente dicha; es evidente, sin embargo, que la determinación del precio finalmente pagado por el comprador se hará en muchos casos teniendo en cuenta otros costes que no siempre tendrán un reflejo explícito y separado en la documentación de la venta. Cabe pensar, por ello, que a los efectos previstos por los arts. 4 y 5 habrá de partirse de la cantidad efectivamente abonada por el comprador –impuestos excluidos–, lo que, además, sería coherente con la expresa afirmación (en el art. 8.1.b) de que los profesionales intervinientes en la operación habrán de notificar a los interesados, entre otros datos, “*el precio íntegro de la enajenación*”; todo ello sin perjuicio, entendemos, de que haya de reconocerse a los obligados la posibilidad de deducir aquellas cantidades que probadamente respondan a otros conceptos distintos⁶⁰. Naturalmente, en ningún caso habrá de considerarse como parte del

⁵⁶ BERCOVITZ, “La Directiva...”, cit., p. 16.

⁵⁷ La opción por una escala decreciente y el establecimiento de un tope máximo parecen encontrar su explicación en la preocupación sentida por los órganos comunitarios –a instancias del Reino Unido– de que la fijación de un porcentaje demasiado elevado en las obras más cotizadas determinase una fuga de las mismas hacia mercados situados fuera de la UE; en este sentido, BERCOVITZ, “La Directiva...”, cit., p. 17; y VICENTE, *op. cit.*, pp. 61 y 122. Siguiendo a DUCHEMIN, señala esta última autora que la principal crítica dirigida al establecimiento del tope máximo de 12.500 euros tiene que ver con el hecho de que en las operaciones cuyo precio sea superior a 1.500.000 euros solo el artista, y no los demás profesionales intervinientes en la operación, se verá privado de la posibilidad de obtener una participación mayor. La propia Directiva prevé la posibilidad de una adaptación periódica del umbral de aplicación, de los porcentajes y de la cuantía máxima, en atención a la evolución del sector, al tiempo que encomienda a la Comisión la elaboración de los correspondientes informes periódicos y propuestas de modificación (cdo. (26) y art. 11).

⁵⁸ Coincide con el art. 5 de la Directiva: “*Base de cálculo. Los precios de venta contemplados en los artículos 3 (umbral de aplicación) y 4 (porcentajes) se entenderán sin impuestos*”.

⁵⁹ Entiende PFENNIG (“Aspectos...”, cit., p. 42) que, en general, “el precio de reventa al cual se aplica el *droit de suite* se considera un precio neto: han de deducirse los gastos adicionales por concepto de restauración, enmarcado y otros”. En igual sentido, respecto al art. 24 TRLPI, VICENTE (*op. cit.*, p. 104).

⁶⁰ No creemos que en el sistema de la LDP deba seguirse de forma rigurosa, por tanto, el criterio que formulaba el art. 3 del RD 1434/1992, cuando, al regular el importe mínimo de la reventa, atendía al “*montante bruto facturado sin previa deducción alguna*”; al tiempo que fijaba la cuantía del derecho de participación en el tres por ciento calculado “*sobre el precio de enajenación de la obra o el de su adjudicación en caso de subasta, sin previa deducción alguna*”. En opinión de ROCHA (*op. cit.*, p. 175), ello implicaba que no se debían deducir comisiones, gastos de publicidad, gastos de conservación o restauración, descuentos por pronto pago, etc.; mientras que, para RAMS (*op. cit.*, p. 445), por precio debía entenderse “el desembolso efectuado por el adquirente por todos los conceptos, excluidos los impuestos, y no el líquido percibido por el vendedor; es decir, se deben incluir las percepciones porcentuales de la entidad subastadora o de los intermediarios mercantiles”. También en el precedente RD 395/1988 se tomaba como base para el cálculo del crédito de participación “*el precio de enajenación de la obra o el de su adjudicación, en el caso de subasta, sin previa deducción alguna*”. Aludiendo a este precepto, señalaba CASAS (“Notas...”, cit., p. 167) que la referencia al “*precio bruto sin previa deducción alguna*” implicaba que “conceptos como costes de la subasta, alquileres, comisiones de intermediarios, impuestos a cargo del vendedor y, en particular, la suma umbral de 200.000 pesetas, no podrán descontarse del precio estipulado. Si una obra se vende por un millón, el artista tendrá derecho a cobrar 20.000 pesetas”. Por aplicación de ese criterio (pero también del principio de mayor facilidad y disponibilidad probatoria, conforme al cual debía imponerse a la entidad demandada la carga de la prueba respecto a la realidad de las ventas efectuadas y su precio),

precio el importe correspondiente al propio crédito de participación, aun en el caso de que su pago haya sido asumido en virtud de pacto por el comprador⁶¹, ni tampoco la prima adicional que los profesionales intervinientes en la subasta cobren al comprador⁶².

27. Desde el punto de vista práctico, uno de los principales problemas que se han planteado en nuestra jurisprudencia a la hora de cuantificar el importe del crédito de participación es el que se refiere, precisamente, a la prueba del precio de reventa, y del propio hecho de haberse producido esta. En esta materia jugarán los principios generales en materia de prueba, incluyendo la posibilidad de acudir a cualquiera de los medios probatorios admitidos en Derecho (como la aportación de catálogos o anuncios de subastas, la declaración de testigos predispuestos por la parte interesada para asistir a la subasta, o el uso de presunciones), si bien los Tribunales han subrayado la trascendencia que a estos efectos asume el principio de la mayor facilidad y disponibilidad de los medios probatorios (art. 217.7 LEC), que debe llevar a atribuir la carga de la prueba –y, por tanto, las consecuencias negativas de la ausencia de prueba o de la eventual debilidad de las pruebas aportadas de contrario– a los profesionales que, por su condición, por su intervención directa en la reventa, y por las obligaciones y responsabilidades que la ley les atribuye en relación con el derecho de participación (especialmente, en lo que se refiere a la información y documentación que han de facilitar a los titulares y beneficiarios sobre los datos relevantes para la liquidación del derecho), están en mejores condiciones para aportar todos los datos relativos a las operaciones de reventa en que hayan participado.

28. En este sentido se pronuncia, por ejemplo, la reciente SAP Madrid, Sec. 28ª, de 25 septiembre 2015 (ROJ. SAP M 13647/2015)⁶³, que resuelve la demanda planteada por VEGAP frente a una casa de subastas por el incumplimiento de los deberes de información, documentación, liquidación y pago relacionados con el derecho de participación de los autores cuyas obras habían sido vendidas en diferentes subastas. La empresa demandada se opuso alegando, en esencia, que parte de las obras respecto de las cuales se pretendía hacer efectivo el derecho de participación no habían llegado a ser vendidas –por lo que habían sido devueltas a sus titulares–, o lo habían sido por un precio distinto del alegado. El razonamiento del Tribunal es el siguiente:

“Toda vez que VEGAP no puede acreditar la efectiva venta de cada obra, al tratarse de hechos ajenos a ella, producidos en la esfera reservada de Casa de Subasta Odalys, S.L. y cada uno de los compradores, lo más que le resulta exigible a VEGAP es probar la existencia de un remate en subasta por cada una de aquellas obras, de acuerdo con el principio de facilidad y disponibilidad de cada parte sobre las fuentes de prueba (art. 217.7 LEC). (...) Y dicha carga de la prueba aparece razonablemente colmada por VEGAP con la aportación de los testigos que fueron, a su instancia, a presenciar las tres subastas señaladas, que adveran en juicio que se produjeron tales remates. Ciertamente se trata de una prueba de carácter personal, la testifical, y realizada por personas con relación con VEGAP, pero al tratarse la subasta de un acto oral, no cabe aportar en buena lógica otro tipo de prueba por su parte. (...) A partir de tal punto, es Casa de Subasta Odalys, S.L. quien tiene que acreditar que la venta en cada caso no llegó a producirse efectivamente, lo que está a su alcance, dado el control y disponibilidad sobre las fuentes de prueba para ello, en especial, la documentación generada en el tráfico de tales obras. (...) Cuando Casa de Subasta Odalys, S.L. no ha acreditado la devolución de la obra, o el depósito en su poder, toda vez que

la SAP Madrid, Sec. 14ª, de 9 julio 2001 (JUR. 272630) rechazaba la alegación de pluspetición formulada por la casa de subastas demandada con el siguiente razonamiento: *“Tampoco y en definitiva puede prosperar la reducción que se pretende con relación a obras que a su entender no quedaban comprendidas en el supuesto, por no alcanzar el precio de 300.000 pesetas, no resultando admisibles a la vista de lo antes expuesto en cuanto a precio de transmisión, los cálculos que realiza con base a deducciones por razones fiscales y de corretaje, debiendo estar al precio del remate, con arreglo al cual se giró el porcentaje legalmente establecido”*.

⁶¹ Sobre esta cuestión, vid. STJUE (Sala 4ª) de 26 febrero 2015 (TJCE. 2015/7); *infra*, VI.

⁶² En las condiciones generales de Sotheby's (www.sothebys.com) se especifica que el importe del derecho de participación se calculará tomando como base el precio de remate en la subasta (*hammer's price*), excluyendo el IVA y la prima adicional que ha de satisfacer el comprador (*buyer's premium*).

⁶³ Previamente, y en el mismo sentido, vid. SAP Madrid, Sec. 14ª, de 9 julio 2001 (JUR. 272630), y la muy detallada SAP Madrid, Sec. 28ª, de 12 febrero 2008 (AC. 839).

si está probado que se produjo el remate en la subasta por ella, ha de concluirse que la obra fue vendida efectivamente y lo fue por el precio de remate, señalado por VEGAP, ya que esta actora ha aportado ese indicio razonable de venta (art. 386 LEC), sin que Casa de Subasta Odalys, S.L. haya destruido probatoriamente tal apariencia”.

2. La intervención de profesionales del mercado del arte

29. La necesidad de dotar de viabilidad práctica al sistema es también lo que justifica el criterio utilizado por el legislador para delimitar cuáles son las concretas reventas que generarán el crédito de participación, atendiendo al hecho de que en ellas hayan participado 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*” (art. 3.1 LDP⁶⁴). El fundamento de la norma ha de buscarse en la constatación de que la adecuada gestión del derecho de participación presupone unas mínimas condiciones de transparencia, información y documentación que solo son razonablemente exigibles en aquellos casos en que intervenga en la operación un profesional del ramo⁶⁵. La norma exige que el profesional haya intervenido como vendedor, como comprador o como intermediario, lo que debería englobar a aquellos casos en que el profesional haya actuado como representante de alguna de las partes⁶⁶; no parece, en cambio, que pueda considerarse como suficiente el hecho de que un profesional se haya limitado a informar o asesorar a alguna de las partes⁶⁷, ni tampoco con que haya intervenido como experto a efectos de tasar la obra o determinar su autenticidad⁶⁸. No se exige, desde luego, que el profesional cuente con un establecimiento propio para el desarrollo de su actividad; resulta significativo, en este sentido, que el legislador español haya considerado oportuno aclarar en el art. 3.2 LDP que “*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*”⁶⁹.

30. En cambio, la actual redacción de la norma –apartándose de sus precedentes, y siguiendo el dictado de la Directiva– sí deja claro que no bastará para que se genere el derecho de participación con que en la operación haya intervenido un profesional ajeno al mercado del arte⁷⁰, a menos que se trate precisamente de una “*persona física o jurídica que realice habitualmente actividades de intermediación en este mercado*”. Según el Preámbulo de la LDP, con esta última formulación se trata 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*”⁷¹.

⁶⁴ Obsérvese que la LDP incluye a las salas de subastas, que, sin embargo, no aparecen expresamente mencionadas en el art. 1.2 de la Directiva; aunque es obvio que las mismas pueden considerarse también como “salas de venta”.

⁶⁵ CAAMIÑA, “La Directiva...”, cit., p. 40. Además, como señala PFENNIG (“El derecho...”, cit., p. 24), “la condición previa de toda aplicación efectiva del derecho de participación es la existencia de un mercado del arte importante que disponga de una infraestructura de galerías y salas de subastas”.

⁶⁶ Así se reconoce expresamente en la *ARRR* británica (Reg. (12) (3) (a)). Sobre las implicaciones tributarias de la gestión del derecho de participación en relación con el IVA, vid. la Consulta vinculante núm. V2786/2011, de 23 noviembre, de la Dirección General de Tributos (Tol. 2.295.383).

⁶⁷ VICENTE (*op. cit.*, p. 131) advierte, no obstante, sobre la posibilidad de que determinadas empresas o profesionales del mercado del arte (p. ej., casas de subastas) asuman el papel de meros asesores en ciertas operaciones, para que, en lugar de realizarse por los cauces habituales (p. ej., la subasta), se deslicen al terreno de la venta privada, “con fines claramente defraudatorios de este y de otros derechos”. En igual sentido, BERCOVITZ ÁLVAREZ (*op. cit.*, p. 376, n. 149), citando ejemplos de la jurisprudencia francesa.

⁶⁸ BERCOVITZ, “La Directiva...”, cit., p. 13, n. 12.

⁶⁹ Sobre las dificultades que el uso de la red puede plantear para la efectividad del derecho de participación, en la medida en que puede facilitar la deslocalización de las operaciones y, por tanto, la elusión de las normas legales, vid. VICENTE, *op. cit.*, p. 35.

⁷⁰ En este sentido, BERCOVITZ, “La Directiva...”, cit., p. 14. En el sistema del art. 24 LPI el derecho de participación se generaba en las reventas que tuvieran lugar “*en pública subasta, en establecimiento mercantil o con la intervención de un comerciante o agente mercantil*”.

⁷¹ Como señala M. J. BOTANA AGRA (“La Ley 3/2008 reguladora del derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original”, en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, t. 29, 2008/2009, p. 1.473), “más que la estructura

El hecho de que se aluda específicamente al ejercicio habitual de “actividades de intermediación” permite entender que no será suficiente que intervengan en la reventa personas que actúan habitualmente como compradores o vendedores de obras de arte (p. ej., coleccionistas o inversores). Obsérvese, en todo caso, que con ello el ámbito de aplicación de la norma española puede extenderse más allá de los límites fijados por el art. 1.2 de la Directiva, para incluir a sujetos o entidades que, sin ser estrictamente profesionales del mercado del arte, intervengan en él de modo habitual (entidades financieras que intermedian en operaciones de inversión que tienen por objeto obras de arte, abogados especializados en el sector, etc.).

31. Como excepción a la regla según la cual la generación del derecho de participación a favor del autor aparece vinculada a la intervención de un profesional del mercado del arte en la operación, y haciendo uso de la opción que el art. 1.3 de la Directiva ofrecía a los legisladores nacionales, advierte el art. 3.3. LDP que “*se exceptúan los actos de reventa de la obra que haya sido comprada por una galería de arte directamente al autor; siempre que el período transcurrido entre esta primera adquisición y la reventa no supere tres años y el precio de reventa no exceda de 10.000 euros excluidos impuestos*”. Se trata de las denominadas “ventas promocionales”, en las que la exclusión del derecho de participación tiene por objeto precisamente incentivar la primera enajenación de la obra por parte del propio autor, facilitando así su acceso al mercado del arte, y compensando los riesgos que asumen los profesionales que invierten en autores noveles⁷². La norma española formula la excepción en términos mucho más restrictivos que los que permite la Directiva, en la que no se exige que el revendedor tenga ninguna cualidad o condición específica⁷³; la principal duda que plantea aquella se refiere a la posibilidad de extender la excepción, al menos, a supuestos en que la cesión inicial de la obra tenga como destinatario a una empresa o profesional del mercado del arte que no sea propiamente una galería de arte (p. ej., un marchante sin galería propia, o un inversor no profesional); posibilidad que, a nuestro juicio, no debería descartarse apelando a la necesidad de interpretar restrictivamente una excepción a la regla general⁷⁴, ya que la finalidad subyacente a la norma se dará habitualmente en igual medida en esos otros casos⁷⁵.

32. Es indudable que no se activará el derecho de participación en el caso de las reventas que se celebren directamente entre particulares “*que actúen a título privado*” sin participación de ningún profesional del mercado del arte. Así lo reconoce expresamente el Preámbulo de la LDP, que añade a continuación una llamativa clarificación al respecto: “*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 trata, en efecto, de un supuesto al que alude de forma

y denominación con que actúe una persona física o jurídica en el tráfico del arte, a los efectos de atribuirle la condición de ‘profesional’ será elemento determinante la habitualidad (para cuya apreciación habrá que atender a las circunstancias de cada caso) de su actuación en el mercado del arte”. El Informe ALADDA (*op. cit.*, p. 122) considera acertada la puntualización, y la relaciona con la necesidad de evitar la competencia desleal que pudieran desarrollar quienes *de facto* actúan como intermediarios profesionales respecto a aquellos otros profesionales “cuya actividad se desarrolla regular y abiertamente”. En cambio, J. GUTIÉRREZ VICÉN (“Comentario del artículo 24”, en J. M. RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, ed. Civitas-Thomson Reuters, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 235), considera que el término “habitualmente” puede generar inseguridad a la hora de determinar si una operación está o no sujeta al derecho de participación.

⁷² Informe ALADDA, *op. cit.*, p. 123. Más crítico, BERCOVITZ (“La Directiva...”, *cit.*, pp. 16 y 19), para quien la opción ofrecida por la Directiva supondría excluir a buena parte de los autores noveles de la fuente principal de realización de su derecho de participación. Se refiere a los problemas de prueba que pueden plantearse respecto al cumplimiento de los requisitos exigidos por la norma, fundamentalmente en cuanto al plazo máximo de tres años, VICENTE (*op. cit.*, pp. 133-134), quien recuerda (p. 160) que, a propósito de este supuesto, el art. 144.3 del CDA italiano presume que la reventa se ha realizado después de los tres años desde la adquisición, salvo que el vendedor pruebe lo contrario.

⁷³ Si bien el Preámbulo de la Directiva (cdo (18)), al referirse a esta hipótesis, alude a la “*situación especial de las galerías de arte que compran obras directamente al autor*”, el art. 1.3 del texto articulado utiliza unos términos mucho más genéricos: “*Los Estados miembros podrán disponer que el derecho contemplado en el apartado 1 no se 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*”. En otros sistemas la excepción ha sido acogida con toda la amplitud que permite la Directiva, sin limitarla al caso en que el vendedor sea una galería u otro profesional del mercado del arte; vid., p. ej., art. L122-8 del CPI francés, art. 144.3 del CDA italiano, y Reg. (12) (4) de la ARRR británica.

⁷⁴ Tal como propone BOTANA, *op. cit.*, p. 1.474.

⁷⁵ Informe ALADDA, *op. cit.*, p. 124.

expresa la propia Directiva, aunque, curiosamente, no lo hace en su texto articulado, sino en el Preámbulo (cdo. 18), y este es el mismo criterio que ha seguido el legislador español⁷⁶. Más allá de que la solución sea criticable desde el punto de vista técnico, es indudable el valor que la acotación asume en el terreno interpretativo⁷⁷. La cuestión será determinar si, a la vista de los términos utilizados por el legislador, el derecho de participación debe quedar excluido únicamente en el supuesto expresamente mencionado (reventas realizadas por particulares a museos no comerciales abiertos al público “*que actúen como compradores*”), en atención a la conveniencia de incentivar las reventas que sirvan para aumentar los fondos de tales museos; o si con la referencia a este supuesto concreto se está apuntando a un criterio interpretativo de mayor alcance, conforme al cual, a efectos del derecho de participación, deberían ser considerados como particulares aquellos sujetos o entidades que, aun desarrollando habitualmente actividades relacionadas con el mercado del arte, actúen sin ánimo de lucro o al servicio de un interés general, como sería el caso, por ejemplo, de las fundaciones o asociaciones vinculadas al mundo del arte⁷⁸.

La cuestión tiene una gran importancia práctica, ya que se trata de supuestos que pueden darse con bastante frecuencia en el ámbito en el que nos movemos, y por tanto la postura que se adopte tendrá una considerable trascendencia a la hora de definir el propio ámbito del derecho de participación, incluso desde el punto de vista de la armonización pretendida por la Directiva. Por nuestra parte, entendemos que, si bien la interpretación amplia podría encontrar algún fundamento en la propia formulación del precepto (el hecho de que el inciso se inicie, tanto en la ley española como en la Directiva, con la locución “*por tanto*” parece dar a entender que no se pretende formular una excepción a la regla general, sino más bien un ejemplo de aplicación de la misma), lo cierto es que la exclusión del supuesto que nos ocupa no puede explicarse satisfactoriamente como una simple aplicación de la regla según la cual el derecho de participación no ha de activarse en el caso de las reventas entre particulares; regla que, como vimos, obedece únicamente a la imposibilidad práctica de someter tales reventas a unos mecanismos eficaces de control, que sin embargo sí serían exigibles en el ámbito de las operaciones en las que aparezca como comprador un museo u otra entidad directamente relacionada con el mercado del arte. La exclusión del *droit de suite* (con el consiguiente sacrificio que ello implica para los intereses del autor) en este caso solo puede explicarse, por tanto, en atención a otro tipo de consideraciones, relacionadas más bien con la conveniencia de facilitar la adquisición de obras de arte por parte de estas instituciones, que de este modo cumplen una función de indudable interés general⁷⁹; de ahí que la excepción se refiera, precisamente, a las reventas en las que las mismas aparezcan como compradores, y no a aquellas en las que aparezcan como vendedores. En consecuencia, entendemos que, *de lege data*, no hay razones para extender la excepción relativa a los “museos no comerciales abiertos al público” más allá de sus propios términos.

33. ¿Qué sucederá en el caso de las reventas en las que sea parte una entidad pública? Ni la Directiva ni la LDP permiten dar una respuesta clara a esta cuestión, que también puede tener una con-

⁷⁶ Sí aparece expresamente formulada la excepción en el art. 54.6 del CDA portugués.

⁷⁷ En el Informe ALADDA (*op. cit.*, p. 124) se explica que, pese no aparecer en el texto articulado de la Directiva, “no se trata de una opción dejada a criterio de los Estados, sino de una excepción obligada o (...) de una interpretación auténtica de los artículos 1.1 y 1.2 de la misma en lo que atañe a reventas sujetas”.

⁷⁸ En este sentido, p. ej., VICENTE, *op. cit.*, p. 132.

⁷⁹ CAAMIÑA, “La Directiva...”, *cit.*, pp. 41 y 42. El cdo. (18) de la Directiva señala al respecto: “*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*”. Como advierte BERCOVITZ (“La Directiva...”, *cit.*, pp. 13-14), la exclusión no es aplicable a los titulares de museos no abiertos al público o comerciales, si bien no podrá considerarse comercial un museo por el mero hecho de que se supedita el acceso al “pago de una cantidad que no exceda de lo necesario para cubrir sus gastos de funcionamiento”. No considera en cambio el autor que la excepción pueda extenderse analógicamente a otras personas jurídicas sin ánimo de lucro dedicadas a la protección o promoción del arte, como puedan ser las asociaciones o fundaciones artísticas; y tampoco cree que las Administraciones Públicas puedan quedar equiparadas, por su propia naturaleza, a quien actúa a título privado (p. 14 y n. 14). Respecto a las reventas de museo a museo, considera dudoso que la excepción pueda alcanzar a aquellas en las que intervenga como revendedor –no como comprador– un museo no comercial abierto al público (*ibidem*). Señala R. MACÍÁ BOBES (“El derecho de participación en la reventa de obras plásticas”, en *Diario La Ley*, núm. 7478, Sección Tribuna, 29 de septiembre de 2010, Año XXXI, Ref. D-288, Editorial La Ley, p. 4) que la categoría de “museo comercial” tiene difícil encaje en nuestro Derecho, ya que las definiciones de museo que se manejan en él (a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en el sistema británico o en el estadounidense) suelen exigir que se trate de instituciones sin ánimo de lucro.

siderable trascendencia práctica, dado que no es infrecuente que las Administraciones Públicas –con mejor o peor criterio– participen en operaciones de compra o venta de obras de arte originales modernas o contemporáneas y susceptibles, por tanto, de generar el derecho de participación. Naturalmente, el problema no se planteará cuando en la operación intervenga, *además*, un profesional del mercado del arte como comprador, vendedor o intermediario, ya que en tal caso es evidente que sí nacerá el crédito de participación⁸⁰; tampoco deberían plantearse dudas, en principio, cuando la adquisición tenga por objeto nutrir los fondos de un museo de titularidad pública, ya que en este caso sería claramente aplicable la excepción relativa a los “museos no comerciales abiertos al público”. La cuestión sería determinar si debe considerarse suficiente, a efectos de activación del derecho de participación, con que una entidad pública aparezca como comprador o vendedor –más difícil parece concebir, *a priori*, que pueda actuar como intermediario⁸¹–, cuando la operación no tenga por finalidad adquirir una obra para un museo público.

La respuesta negativa parecería imponerse si se parte de la base de que, en principio, una entidad pública no puede ser considerada como un profesional del mercado del arte; entre otras razones, porque en este caso faltaría por definición el ánimo de lucro que parece inherente al propio concepto de profesional. Sin embargo, la cuestión resulta menos clara si se atiende, una vez más, a las razones que justifican la exclusión del derecho de participación en las reventas que tienen lugar entre particulares –la imposibilidad práctica de someterlas al imprescindible control–, ya que es evidente que ese control sería, no solo posible, sino perfectamente exigible, en el caso de que interviniera una Administración Pública. En consecuencia, entendemos que en este tipo de supuestos resultaría cuando menos difícil justificar de forma convincente el sacrificio del derecho de los autores a participar en el precio de la reventa.

3. La primera cesión realizada por el autor

34. El crédito de participación se genera como consecuencia de cada una de las reventas del soporte que se realicen “*tras la primera cesión realizada por el autor*” (art. 1 LDP). La norma presupone, por tanto, la existencia de al menos dos transmisiones sucesivas, si bien la formulación utilizada para definir cada una de ellas suscita importantes dudas en cuanto a sus respectivas naturalezas.

35. En lo que se refiere a la primera de las transmisiones, la fórmula utilizada por el legislador plantea el problema de delimitar qué debe entenderse por “*primera cesión realizada por el autor*”⁸². La generalidad de la doctrina coincide en que –pese al equívoco que deriva del uso del término “reventa”⁸³– es reconducible a ese concepto cualquier transmisión del soporte que haya podido realizar el propio autor en vida, no solo por compraventa, sino por cualquier otro título oneroso (dación en pago, contrato de obra, permuta, enajenación forzosa, etc.), o incluso por título gratuito (donación)⁸⁴; y, por supuesto, con

⁸⁰ Vid. un ejemplo en SAP Alicante, Sec. 8ª, de 19 diciembre 2006 (*JUR.* 222242), a la que posteriormente nos referimos.

⁸¹ Lo que excluirá normalmente la posibilidad de acudir al inciso relativo a la “*persona física o jurídica que realice habitualmente actividades de intermediación en este mercado*” (art. 3.1 LDP).

⁸² Sobre los diferentes puntos de vista mantenidos al respecto, vid. CAAMIÑA, “La Directiva...”, cit., pp. 36 y ss., donde advierte (p. 39) la grave inseguridad jurídica que puede generar la ausencia de una interpretación uniforme sobre esta cuestión a nivel europeo.

⁸³ En este dato literal se apoyaba RAMS (*op. cit.* p. 446) para descartar, bajo la vigencia del art. 24 LPI, que pudiera generar el crédito de participación la venta efectuada por quien hubiera adquirido la obra por título distinto de la venta (donación, legado, herencia, permuta, etc.) o la dación en pago; si bien el autor consideraba criticable dicho planteamiento, una vez descartado el sistema de plusvalía.

⁸⁴ En el Informe ALADDA (*op. cit.*, p. 121) no se plantea duda alguna respecto al significado de la norma: “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 autor se desprendió de la obra por primera vez”. En el mismo sentido, BERCOVITZ (“La Directiva...”, cit., p. 13), ROCHA (*op. cit.*, p. 171), VICENTE (*op. cit.*, p. 125) y CAAMIÑA (“La Directiva...”, cit., p. 36), quienes, sin embargo, recuerdan que también sobre este supuesto se han planteado dudas. CASAS (“Notas...”, cit., p. 165), tras observar que en este caso no cabe hablar, en puridad, de “reventa”, apunta que, según un punto de vista, en estos supuestos no habría razones para proteger al artista que se desprendió gratuitamente de la obra, aunque añade: “Pero con ello se introduce un factor de confusión. Forzando la interpretación en favor del artista, quizá pudiera resolverse la duda entendiendo que con la palabra ‘reventa’ se alude a toda transmisión onerosa posterior a la primera realizada por aquél por cualquier título *inter vivos* (venta, encargo, donación...)”. En la *ARRR* del Reino Unido (*Reg.* (12) (1)) se afirma expresamente: “*The sale of a work may be regarded as a resale notwithstanding that the first transfer of ownership was not made for a money (or any) consideration*”.

independencia de que dicha transmisión haya tenido lugar con o sin intervención de algún profesional del mercado del arte, ya que este requisito solo sería exigible en las sucesivas reventas. Pero las dudas surgen, ya en una primera aproximación, cuando se trata de determinar si, a la vista de la propia literalidad de la norma, debe entenderse que la activación del derecho de participación presupone necesariamente que esa primera cesión haya sido realizada en vida del autor y por él mismo⁸⁵, lo que excluiría la posibilidad de considerar como tal la transmisión *mortis causa* de la obra a favor de sus propios sucesores.

A nuestro juicio, esta interpretación debe descartarse, ya que llevaría a excluir definitivamente la posibilidad de que los derechohabientes pudieran beneficiarse del derecho de participación en todos aquellos casos en que la obra hubiera permanecido en el patrimonio del autor durante toda su vida, con independencia de que la misma pudiera ser objeto de sucesivas reventas después de su fallecimiento; consecuencia esta que sería radicalmente incompatible con el planteamiento de la Directiva y de la LDP, que inequívocamente han querido que los sucesores del autor pudieran beneficiarse del derecho de participación hasta setenta años después de la muerte de aquel. Piénsese, además, que de este modo se estaría penalizando injustamente a los sucesores de aquellos autores que no hubieran podido transmitir todo o parte de su obra en vida (p. ej., en el clásico supuesto del artista que solo alcanza el éxito después de su muerte, o el del artista que fallece poco después de haber concluido alguna obra)⁸⁶.

36. Si se admite, por tanto, que el derecho de participación ha de considerarse subsistente en beneficio de los sucesores del autor aun cuando este no hubiera llegado a ceder su obra en vida, aún cabe preguntarse si la propia transmisión operada a favor de sus sucesores *mortis causa* deberá ser considerada como “primera cesión” a los efectos que nos ocupan⁸⁷. En otras palabras, si el derecho se activaría ya con la primera venta que realizaran los propios sucesores (puesto que se trataría de una reventa posterior a la primera cesión realizada por el autor... *mortis causa*), o si habría que esperar al momento en que, realizada una primera cesión –onerosa o gratuita– por parte de los sucesores, tuvieran lugar las posteriores “reventas”, lo que supondría tanto como interpretar que el art. 1 LDP hace referencia, en realidad, a las reventas que se realicen “después de la primera cesión realizada por el autor o por sus sucesores *mortis causa*”⁸⁸.

A primera vista parece imponerse esta última solución: de un lado, porque en estos casos la primera transmisión de la obra por los sucesores del autor supondría el ejercicio por parte de los mismos de la facultad de distribución integrada en el propio derecho patrimonial de autor, por lo que carecería de sentido reconocerles, además del derecho a la percepción del precio pactado, un derecho adicional de participación⁸⁹. Por otra parte, lo habitual en estos supuestos será que los titulares del crédito de participación –en cuanto derechohabientes del autor–, coincidan con los sujetos obligados al pago –en cuanto vendedores del soporte–, por lo que tampoco desde este punto de vista se justificaría la activación del derecho⁹⁰.

⁸⁵ En esta línea parece situarse CAAMIÑA (“La Directiva...”, cit., p. 38), para quien la “primera cesión realizada por el autor” que exige la norma debería ser una cesión *inter vivos* realizada por el creador intelectual.

⁸⁶ Explícitamente asume la subsistencia del derecho la SAP Alicante, Sec. 8ª, de 19 diciembre 2006 (*JUR.* 222242), para un caso en que el autor había legado a un tercero “*las obras plásticas que pudieran existir en el momento del fallecimiento del testador y que se hallaran en su poder por no haber sido objeto de venta, al igual que los cuadros y objetos de arte que se encontraran en la casa del testador*”. Sobre esta sentencia, vid. *infra*, IV.3.

⁸⁷ En este sentido vid., p. ej., BOTANA (*op. cit.*, pp. 1.472-1.473) cuando señala que “la cesión, pues, ha de comportar una especie de desapoderamiento total del autor y la atribución de la integridad de las facultades dominicales al tercero. Así concebida, la cesión puede ser realizada por el autor mediante diversos negocios jurídicos: venta, permuta, donación, herencia, legado, etc.”.

⁸⁸ Tal como establece expresamente el art. L122-8 del Código francés de la Propiedad Intelectual, que habla de “*toute revente d’une oeuvre après la première cession opérée par l’auteur ou par ses ayants droit*”. En esta línea parecía situarse CASAS (“Notas...”, cit., p. 175) cuando señalaba: “Por supuesto, el *droit de suite* se transmitirá aunque se trate de las obras que el artista tenga en su estudio al fallecer. Hay que tener presente que en este caso, si el adquirente *mortis causa* de la obra la vende, no se tratará de ‘reventa’ sino de ‘primera venta’, por lo que el titular del *droit de suite* –que bien puede ser otro sujeto– todavía no participará en el precio obtenido”. Vid. también BERCOVITZ ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 375.

⁸⁹ O, lo que es lo mismo, en este caso la venta realizada por el sucesor del autor implicaría la entrada de la obra en el mercado primario, cuando el derecho de participación está pensado para las ventas que se producen en el mercado secundario (CAAMIÑA, “La Directiva...”, cit., p. 38).

⁹⁰ En esta línea se pronuncian VICENTE (*op. cit.*, p. 125), y ROCHA (*op. cit.*, p. 171), para quien, una vez que el heredero sucede en la posición del autor, la primera transmisión realizada por él debería ser considerada como si la hubiera realizado el propio autor, y por tanto no generaría el crédito de participación; más aún teniendo en cuenta que en tal caso el heredero asumiría al mismo tiempo la condición de deudor –en cuanto vendedor– y de acreedor, lo que determinaría la extinción del crédito por confusión.

Sin embargo, las cosas no siempre ocurrirán de esta manera. Ante todo, porque los adquirentes *mortis causa* del soporte de la obra no tienen por qué coincidir con los adquirentes *mortis causa* del derecho de participación⁹¹, por lo que no cabría excluir *a priori* que la venta del soporte realizada por el heredero o legatario del autor pudiera generar el crédito de participación a favor de un sujeto distinto, en cuanto titular *mortis causa* del propio derecho de participación. Además, aunque es cierto que en principio la obligación de pago del crédito de participación corresponde al vendedor (y se detrae del precio de venta), lo cierto es que este esquema puede verse alterado en virtud de pacto, como sucederá, p. ej., en los casos en que se haya pactado la asunción por el comprador del coste adicional que suponga el derecho de participación⁹². En consecuencia, tampoco cabría excluir *a priori* la posibilidad de que, procediéndose a la venta del bien por parte de los titulares del soporte, y siendo ellos mismos titulares del derecho de participación, pudiera reconocérseles el derecho a cobrar del comprador, no solo el precio pactado, sino una cantidad adicional correspondiente al crédito de participación⁹³.

37. En todo caso, la posibilidad de valorar la transmisión *mortis causa* de la obra a los sucesores del autor como primera cesión, a los efectos del derecho de participación, no está exenta de dudas⁹⁴. En el caso de quien recibe la obra a título de legado (o prelegado, en su caso), podría pensarse que, efectivamente, su posición no debe ser sustancialmente distinta, a los efectos que ahora nos ocupan, de la de un donatario, ya que no deja de ser el beneficiario de una “cesión realizada por el autor”, aunque sea en virtud de una disposición *mortis causa*. En este caso, creemos que sería defendible entender que la venta de la obra por parte de quien la recibió del autor a título de legado sí activará el derecho de participación a favor del titular de este, cuando se trate de persona distinta del propio legatario.

38. Más dudoso parece el caso de quien hubiera recibido la obra a título de heredero, en la medida en que su consideración, desde el punto de vista del Derecho de sucesiones, no es exactamente la de un cesionario, sino más bien la de alguien que sustituye al autor en sus relaciones patrimoniales⁹⁵. Las dudas serían aún mayores en el caso del heredero abintestato, puesto que su adquisición difícilmente podría encajar en la noción de “cesión realizada por el autor”. En estos casos, por tanto, cabría defender

⁹¹ Vid. al respecto SAP Alicante, Sec. 8ª, de 19 diciembre 2006 (*JUR.* 222242), sobre la que volvemos posteriormente en este mismo apartado. VICENTE (*op. cit.*, p. 102), siguiendo la opinión de RAMS (*op. cit.*, p. 102), opina que, si bien el derecho de participación puede ser objeto de un legado, en principio habría que entender que el legado del soporte no engloba el derecho de participación, por lo que, a menos que haya coincidencia subjetiva en dos legados diferenciables, este último corresponderá a los herederos del autor, y no al legatario del soporte.

⁹² Vid. al respecto el caso que dio lugar a la STJUE (Sala 4ª) de 26 febrero 2015 (*TJCE.* 2015/7), cuyo examen se aborda *infra*, VI.

⁹³ Aunque desde el punto de vista estrictamente jurídico esta posibilidad no parece fácilmente asumible, en la medida en que el diseño normativo del *droit de suite* tiende a concebir el importe de este como una cantidad que ha de detraerse del precio de venta, lo cierto es que desde un punto de vista económico la cuestión resulta menos clara. Téngase en cuenta, en efecto, que si el vendedor sabe que una parte del precio acordado habrá de destinarse a satisfacer el crédito de participación, tenderá a negociar un precio más elevado, mientras que si el comprador cuenta con que, en virtud de lo pactado, habrá de asumir un coste adicional correspondiente al mismo crédito, tenderá a negociar un precio más reducido; de tal manera que, en la práctica –e insistimos, desde un punto de vista económico–, será dudoso que pueda apreciarse algún tipo de enriquecimiento indebido en el vendedor que, con arreglo a lo pactado, recibe, además del precio de venta, la cantidad correspondiente al crédito de participación. Sobre esta perspectiva, vid. MAGRI, *op. cit.*, ap. 4.

⁹⁴ Sí existe una solución clara en el Reino Unido, donde la *ARRR* aborda directamente la cuestión en la Reg. (3) (5): “For the purposes of paragraph (1), “transfer of ownership by the author” includes in particular— (a) transmission of the work from the author by testamentary disposition, or in accordance with the rules of intestate succession; (b) disposal of the work by the author’s personal representatives for the purposes of the administration of his estate; and (c) disposal of the work by an official receiver (or, in Northern Ireland, the Official Receiver for Northern Ireland) or a trustee in bankruptcy, for the purposes of the realisation of the author’s estate”.

⁹⁵ Con arreglo a las normas generales del Derecho de sucesiones –aplicables a la transmisión *mortis causa* del derecho de participación en el ámbito de la ley española– la cualidad de heredero que se adquiere en virtud de la aceptación es el título que justifica la entrada de aquel en la titularidad de las diferentes situaciones jurídicas transmisibles (derechos y obligaciones) que integran el patrimonio del causante. No supone, por el contrario, la atribución al heredero de un título de adquisición autónomo sobre la masa hereditaria, distinto del que correspondía a su causante sobre cada uno de los bienes integrados en ella; lo que tiene su corolario en la improcedencia de considerar el título *pro herede* (y, llevando más lejos el argumento, la propia partición hereditaria) como justo título a efectos de la usucapción ordinaria; a diferencia de lo que ocurre con el legado, que sí atribuye al legatario un título autónomo para adquirir por usucapción ordinaria.

que la transmisión *inter vivos* de la obra por parte del heredero o herederos, ya fuera a título oneroso o gratuito, habría de ser considerada como “primera cesión” a los efectos del art. 1 LDP; en consecuencia, esa transmisión no sería apta para activar el derecho de participación aun cuando tuviera lugar por título de venta, y ello con independencia de que la titularidad de este derecho correspondiera a otro sujeto (p. ej., un legatario), y con independencia también de que la obligación de pago hubiera sido asumida en virtud de pacto por un tercero distinto del propio heredero vendedor (p. ej., el comprador). Es evidente, en cambio, que una vez realizada esa primera cesión, ya fuera onerosa o gratuita, sí generarán el crédito de participación las posteriores reventas.

39. Por lo demás, la aplicación de los criterios expuestos debería llevar también a entender que la transmisión de la obra a los sucesores *mortis causa* del propio heredero solo podría ser considerada como “primera cesión” a los efectos del art. 1 LDP cuando tuviera lugar por vía de legado –o prelegado–, y no cuando tuviera como destinatarios a los herederos del heredero.

40. La cuestión que nos ocupa fue precisamente la que dio lugar a la SAP Alicante, Sec. 8ª, de 19 diciembre 2006 (*JUR.* 222242), en la que se planteaba la posibilidad de considerar como reventa, a los efectos del derecho de participación, la venta de un conjunto de obras plásticas realizada a favor de un Ayuntamiento por los herederos de quien había sido, a su vez, legatario del autor. El Tribunal se decanta por la solución afirmativa, considerando que, con arreglo a las normas que regulaban este derecho en aquel momento (art. 14 *ter* del Convenio de Berna, art. 24 TRLPI y Directiva 2001/84), el concepto de reventa debe entenderse referido a cualquier transmisión a título oneroso (siempre que se realice en pública subasta o en establecimiento mercantil o con la intervención de un comerciante o agente mercantil) que tenga lugar después de la primera cesión de la obra realizada por el autor, con independencia de que esta última sea a título gratuito u oneroso. El Tribunal considera igualmente que esa primera cesión puede tener lugar por acto *inter vivos* o *mortis causa*, si bien no llega a resolver si habría de tratarse de una transmisión por vía de legado, o si también podría incluirse la transmisión por vía de herencia, dado que, en el caso concreto, se habían producido sucesivamente ambos tipos de transmisión:

“En la segunda alegación del recurso se impugna que la compraventa celebrada el día 10 de octubre de 1997 pueda ser calificada como “reventa” a los efectos del derecho de participación previsto en el artículo 24 TRLPI porque las dos transmisiones anteriores fueron a título gratuito (legado del autor a favor de Don Vicente y posterior adquisición a título de herencia por los que vendieron las obras plásticas el día 10 de octubre de 1997) y porque no puede aplicarse retroactivamente la Directiva 2001/84, de 27 de septiembre.

Hemos de partir de que sobre el conjunto de las obras plásticas denominado “La Colección” se produjeron tres transmisiones: 1) transmisión a título de legado del autor a favor de Don Vicente; 2) transmisión a título de herencia a favor de los herederos del legatario; 3) compraventa realizada por los herederos a favor del Ayuntamiento de Alicante de fecha 10 de octubre de 1997 en la que intervino la mercantil demandada como mediadora. Como observamos, las dos primeras transmisiones fueron a título gratuito y, únicamente, la tercera, es a título oneroso.

La Sala comparte la conclusión del Juzgador de instancia sobre que el término “reventa” comprende las ventas posteriores a la primera cesión realizada por el autor pues es la que mejor se adecua a la finalidad de este derecho consistente en garantizar a los autores de las obras plásticas una participación económica en el éxito de sus obras y se corresponde con el significado que se desprende del artículo 14 del Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas de 9 de septiembre de 1886 (“ventas posteriores a la primera cesión operada por el autor”) y el artículo 1 de la Directiva 2001/84/CEE, de 27 de septiembre de 2001 (“porcentaje sobre el precio de venta obtenido en cualquier reventa de que sea objeto la obra tras la primera cesión realizada por el autor”).

En definitiva, la “reventa” prevista en el artículo 24 TRLPI se refiere a cualquier transmisión a título oneroso realizada después de la primera cesión (a título oneroso o gratuito) realizada por el autor, siempre que la enajenación sea en pública subasta o en establecimiento mercantil o con la intervención de un comerciante o agente mercantil.

Es cierto que esa Directiva no estaba en vigor en el momento de la compraventa pero es indudable su función interpretativa y, en ningún caso, cabe alegar la falta de aplicación del Convenio de Berna que también mantiene la interpretación anteriormente expuesta”.

4. La “reventa” de la obra: naturaleza del negocio que genera el crédito de participación

41. En cuanto al sentido que ha de darse al término “reventa”, y dejando al margen los restantes requisitos específicos exigidos por la norma para la generación del crédito de participación (en cuanto a los sujetos intervinientes, precio mínimo, etc.), es evidente que quedan fuera las transmisiones *mortis causa* o a título gratuito, así como las meras cesiones de uso; las principales dudas tienen que ver, en cambio, con la posibilidad o no de reconducir a ese concepto, no solo las ventas en sentido estricto (entre ellas, naturalmente, las que deriven de la celebración de subastas de carácter privado⁹⁶), sino también otras formas de transmisión a título oneroso⁹⁷. La trascendencia práctica de la cuestión es clara, teniendo en cuenta que no es infrecuente que las obras de arte sean objeto de negocios tales como la permuta (p. ej., entre coleccionistas) o la dación en pago⁹⁸; además, en este punto habrá de analizarse igualmente si la activación del derecho de participación debe vincularse también a los supuestos de enajenación forzosa que tengan por objeto obras de arte originales.

42. En una primera aproximación, resulta incuestionable que las razones de fondo que justifican el reconocimiento del derecho de participación en los casos de “reventa” propiamente dicha concurren también en supuestos como los apuntados. Tampoco debe olvidarse que en este ámbito, como en otros, cabrá siempre el recurso a la doctrina del fraude de ley (art. 6.4 CC) para impedir que el derecho del autor pueda verse indebidamente eludido mediante la celebración de negocios distintos de la compraventa. Sin embargo, entendemos que a la hora de abordar esta cuestión no se puede perder de vista que la concreta configuración que actualmente asume el derecho de participación responde también a la necesidad de articular un sistema eficaz y económico para la gestión, recaudación y pago del derecho, aun a costa de poner en cuestión la consecución de los fines que justifican en abstracto la propia existencia del derecho. Y así, de la misma manera que son consideraciones de carácter eminentemente práctico las que justifican el establecimiento de un umbral mínimo o la exigencia de intervención de profesionales del mercado del arte, sería legítimo pensar que el legislador ha querido conscientemente limitar el juego del derecho de participación a los supuestos de reventa en sentido estricto, ya que solo en ellos se dan las circunstancias adecuadas para que el mismo pueda operar sin un nivel excesivo de complejidad y sin costes adicionales⁹⁹.

En efecto, en el caso de negocios tales como la permuta¹⁰⁰ o la aportación social, la falta de un precio que pudiera servir de base para la cuantificación del crédito de participación obligaría a contar con algún sistema de tasación que, inevitablemente, introduciría mayores costes y complejidades en la dinámica propia del derecho de participación (que, además, podrían generarse doblemente en caso de permuta de una obra de arte por otra). Con mayor facilidad podría concebirse la activación del derecho

⁹⁶ Reguladas en los arts. 56 a 61 de la Ley 7/1996, de 7 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (BOE. núm. 15, de 17 de enero de 1996).

⁹⁷ Opinión sostenida por un amplio sector de la doctrina, tal como recuerda CAAMIÑA (“La Directiva...”, cit., p. 39), aun reconociendo que fuera de los supuestos de venta la aplicación del derecho se hace más compleja (vid., p. ej., CASAS, “Notas...”, cit., p. 165). En la jurisprudencia, la citada SAP Alicante, Sec. 8ª, de 19 diciembre 2006 (JUR. 222242) se pronuncia expresamente a favor de esta interpretación amplia, si bien la cuestión no era decisiva para la resolución del caso.

⁹⁸ Cabe recordar, por ejemplo, que la legislación tributaria contempla expresamente la posibilidad de que el deudor pueda recurrir a la dación de bienes del Patrimonio Histórico Español que estén inscritos en el Registro General de Bienes de Interés Cultural o incluidos en el Inventario General en pago de la deuda tributaria (cfr., entre otros preceptos, art. 73 de la Ley 16/1985, de 25 de julio, del Patrimonio Histórico Español, y art. 40 del Reglamento General de Recaudación (RGR), aprobado por RD 939/2005, de 29 de julio). Sobre el tema, vid. LL. PEÑUELAS I REIXACH, *El pago de impuestos mediante obras de arte y bienes culturales*, ed. Marcial Pons, 2001, *passim*. Téngase en cuenta que entre los bienes a los que se refieren las normas citadas pueden encontrarse también obras cuya reventa esté sujeta al derecho de participación: conforme al art. 9.4 LPHE, incluso la obra de un autor vivo puede ser declarada como bien de interés cultural si existe autorización expresa de su propietario o media su adquisición por la Administración.

⁹⁹ En este sentido, ROCHA, *op. cit.*, pp. 171-172.

¹⁰⁰ Supuesto este que sí contempla expresamente el art. 986 del Código Civil de California (apartado (b) (5)). La viabilidad del derecho de participación en los casos de permuta es admitido, por ejemplo, por BERCOVITZ ÁLVAREZ (*op. cit.*, p. 375), quien entiende que en tal caso habrá que estimar el precio de mercado de la cosa adquirida a cambio. En cambio, BOTANA (*op. cit.*, p. 1.472) entiende que no cabe incluir en el concepto de “reventa” los supuestos de permuta; opinión que ya había mantenido RAMS (*op. cit.*, p. 446), con referencia al art. 24 LPI.

de participación en los supuestos de dación en pago de obras de arte, no solo por la marcada tendencia que existe en nuestro ordenamiento a aproximar su régimen al de la compraventa, al menos en ciertos aspectos (cfr. art. 1521 CC, a propósito de los retractos legales), sino también porque en estos casos el importe que habría de servir de base para el cálculo del crédito de participación vendría dado, sin necesidad de tasación alguna, por la cuantía de la deuda llamada a extinguirse (al menos, cuando se tratara de una deuda pecuniaria)¹⁰¹; adviértase, no obstante, que también en este caso la falta de un precio efectivo dificultaría la aplicación de buena parte de las previsiones relativas a la gestión y recaudación del derecho de participación (p. ej., en lo que se refiere al cumplimiento, dentro de los estrictos plazos previstos por la ley, de los deberes que se imponen a los profesionales intervinientes en materia de información, documentación, notificación, retención, depósito y pago del crédito de participación).

43. Mención aparte merece el caso de las enajenaciones forzosas derivadas de subastas judiciales o administrativas, respecto de las cuales el actual silencio legal deja abierta la cuestión de si deben o no generar el derecho de participación del autor. Como vimos, el art. 2.2.1 del RD 1434/1992, por el que se desarrollaba el art. 24 LPI, excluía expresamente el derecho de participación en estos casos, si bien la norma fue cuestionada –al margen del tema de fondo– por falta de la necesaria cobertura legal¹⁰². Quizá por ello –y más aún teniendo en cuenta el silencio de la Directiva al respecto– la vigente LDP no hace ninguna salvedad sobre las enajenaciones forzosas¹⁰³.

La cuestión puede tener mayor trascendencia práctica de lo que a primera vista pudiera pensarse, ya que, si se admite la equiparación de las enajenaciones forzosas a la venta propiamente dicha de obras de arte, no resultaría inverosímil la concurrencia de los otros requisitos exigidos para el nacimiento del crédito de participación. En lo que se refiere, singularmente, a los sujetos intervinientes en la operación, no será infrecuente que la condición de profesional del mercado del arte concorra en el propio ejecutado o en el adjudicatario de la obra, como tampoco lo será que se pueda apelar a la intermediación de algún profesional del sector en la operación, habida cuenta de que precisamente en este ámbito será habitual el recurso a la enajenación a través de personas o entidades especializadas (art. 641 LEC)¹⁰⁴.

44. La opinión favorable a la aplicación del derecho de participación en estos supuestos se basa, ante todo, en la tradicional equiparación que amplios sectores de nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia han venido estableciendo entre las ventas voluntarias y las enajenaciones forzosas (p. ej., una vez más, en el ámbito de los derechos de adquisición preferente¹⁰⁵), y en la idea de que la exclusión del dere-

¹⁰¹ VICENTE, *op. cit.*, p. 126.

¹⁰² CASAS (“El derecho...”, *cit.*, pp. 118-119), para quien la exclusión no tenía razón de ser, “salvo que se haya querido eximir a juzgados y administraciones de los deberes impuestos a quienes intervienen en las reventas”. También criticaba el precepto por esta causa BERCOVITZ ÁLVAREZ (*op. cit.*, pp. 376-377), quien reconocía sin embargo que la doctrina internacional ponía en duda la aplicación del derecho en el caso de ejecuciones y procedimientos concursales. En sentido divergente se pronunciaban, respecto al art. 24 LPI, autores como ESPÍN CÁNOVAS (*op. cit.*, p. 123), para quien el motivo más razonable para excluir este tipo de enajenaciones había de situarse en la preferencia del derecho que da lugar a la ejecución sobre el patrimonio del deudor; o RAMS (*op. cit.*, p. 446), que consideraba aplicable la exclusión también a las ejecuciones de garantías prendarias constituidas sobre una obra de arte (cfr. art. 54.1 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión, de 16 diciembre 1954).

¹⁰³ Entiende BERCOVITZ, a la vista de la Directiva (“La Directiva...”, *cit.*, p. 13 y n. 12), que no cabe excluir del concepto de reventa “los supuestos de ventas forzosas realizadas a través de subastas, judiciales o de otro tipo, siempre que intervengan como vendedores o compradores profesionales del mercado del arte, o que se realicen sirviéndose de salas dedicadas a tales subastas de arte. No parece pues que pueda mantenerse la exclusión (ya cuestionada por la doctrina por su posible falta de cobertura legal, habida cuenta del tenor literal del art. 24.1 LPI, que incluye a toda reventa ‘en pública subasta’) de tales ventas establecida por el art. 2.1, pár. 2º, del RD 1434/1992”. En el Informe ALADDA (*op. cit.*, p. 122) se apunta que hubiera sido conveniente aclarar 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)”. La activación del derecho de participación en las enajenaciones forzosas derivadas de subastas judiciales aparece reconocida por el art. R122-9, ap. I del CPI francés, cuando señala: “*En cas de vente d’une oeuvre originale graphique ou plastique aux enchères publiques, le professionnel du marché de l’art responsable du paiement du droit de suite est, selon le cas, la société de ventes volontaires ou le commissaire-priseur judiciaire*”.

¹⁰⁴ Vid. también, p. ej., art. 105 del RGR, que prevé la posibilidad de que la ejecución del embargo se lleve a cabo mediante subasta realizada a través de empresas o profesionales especializados.

¹⁰⁵ En la actualidad se sigue manteniendo sin fisuras la doctrina jurisprudencial que equipara las enajenaciones forzosas

cho de participación en estos casos implicaría un sacrificio injustificado del interés del autor. A nuestro juicio, sin embargo, existen más y mejores argumentos en contra de esta interpretación, y que aconsejarían excluir el juego del derecho de participación en las enajenaciones forzosas. Téngase en cuenta, ante todo, que la mencionada equiparación entre ventas voluntarias y enajenaciones forzosas, aun cuando, ciertamente, haya sido afirmada por nuestros Tribunales en múltiples ocasiones, suscita importantes y justificadas dudas en autorizados sectores doctrinales, que niegan abiertamente la posibilidad de identificar en las segundas la base negocial que caracteriza esencialmente a las primeras¹⁰⁶. Si se atiende al fundamento mismo del derecho de participación, puede resultar igualmente discutible que se considere el embargo y ejecución de una obra de arte como una manifestación del “mercado secundario del arte”, a efectos de que el autor pueda derivar una participación en los beneficios derivados del mismo.

45. Pero, a nuestro juicio, el argumento decisivo en contra de la aplicación del derecho de participación en estos casos reside en que el recurso a la enajenación forzosa de bienes encuentra su justificación en la necesidad de tutelar de forma prioritaria al acreedor ejecutante, que aparece sancionada de forma especialmente clara en nuestra legislación procesal. Véase, en este sentido, el art. 613 LEC, que en sus dos primeros apartados afirma: “1. El embargo concede al acreedor ejecutante el derecho a percibir el producto de lo que se obtenga de la realización de los bienes embargados a fin de satisfacer el importe de la deuda que conste en el título, los intereses que procedan y las costas de la ejecución. 2. Sin estar completamente reintegrado el ejecutante del capital e intereses de su crédito y de todas las costas de la ejecución, no podrán aplicarse las sumas realizadas a ningún otro objeto que no haya sido declarado preferente por sentencia dictada en tercería de mejor derecho”. El art. 654.1 LEC, por su parte, añade: “1. El precio del remate se entregará al ejecutante a cuenta de la cantidad por la que se hubiere despachado ejecución y, si sobrepasare dicha cantidad, se retendrá el remanente a disposición del tribunal, hasta que se efectúe la liquidación de lo que, finalmente, se deba al ejecutante y del importe de las costas de la ejecución”.

A la vista de los preceptos citados, resulta difícil entender cómo podría hacerse encajar el régimen propio del derecho de participación en el procedimiento de ejecución sin distorsionar el propio funcionamiento de este y sin poner en riesgo los fines que le son propios (sin que, por otra parte, pudiese garantizarse la efectividad del propio derecho de participación). Conforme al citado art. 613.2, resulta claro que el precio de remate debe destinarse de forma prioritaria a satisfacer el crédito del acreedor ejecutante, sin que pueda justificarse en modo alguno la satisfacción preferente del crédito de participación o la previa retención de la parte correspondiente al mismo. Téngase en cuenta, en este sentido, que el *droit de suite*, en su actual configuración legal, se concreta inequívocamente en un derecho de crédito a favor del autor o de sus causahabientes¹⁰⁷, y no en un derecho real o en una especie de afección real sobre la obra o sobre su valor, por lo que no tendría sentido proyectar sobre el precio de remate una especie de “derecho de separación” a favor del autor por la parte correspondiente al derecho de participación. En consecuencia, la satisfacción preferente de este solo podría obtenerse, conforme a las reglas generales, a través del ejercicio de la correspondiente tercería de mejor derecho, si bien no parece que el titular del crédito pudiera hacer valer a estos efectos ningún tipo de preferencia o privilegio crediticio¹⁰⁸. Desde el

realizadas en subasta judicial o administrativa a las ventas voluntarias a efectos precisamente del retracto legal, por entenderse que, con independencia de que en estos casos pueda o no hablarse de una venta en sentido propio, también en ellos concurren las razones que justifican la atribución legal de la preferencia adquisitiva. En este sentido se pronuncian, entre otras, las SSTS de 25 mayo 2007 (R.J. 3127), 5 junio 2008 (R.J. 3208) y 22 julio 2013 (R.J. 5006), y, respecto a las enajenaciones derivadas de apremio administrativo, SSTS de 28 junio 2003 (R.J. 4267) y 14 diciembre 2007 (R.J. 8929).

¹⁰⁶ En este sentido, vid. los recientes trabajos de M. ESPEJO LERDO DE TEJADA (*La tercería de dominio y la transmisión de inmuebles. La defensa de los derechos reales en la ejecución singular*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2015, pp. 222 y ss.), y J. P. MURGA FERNÁNDEZ (*Subasta judicial y transmisión de la propiedad*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2015, pp. 216 y ss., y p. 444), donde se cuestiona la aplicabilidad a las enajenaciones forzosas del sistema transmisivo basado en la necesaria concurrencia de título y modo (reiteradamente afirmada por la jurisprudencia; por todas, SSTS de 18 marzo 2009, R.J. 1653, y 21 enero 2014, R.J. 2498), poniendo en duda, con razón, la propia naturaleza contractual de tales transmisiones, y entendiendo que la determinación del momento en que se produce el efectivo traspaso de la propiedad a favor del adjudicatario debe ser resuelta atendiendo a las normas procesales que regulan específicamente estos supuestos.

¹⁰⁷ Por todos, ROCHA, *op. cit.*, p. 158; VICENTE, *op. cit.*, p. 73; y RAMS, *op. cit.*, pp. 443 y 448.

¹⁰⁸ El art. 91.3 de la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio, BOE. núm. 164, de 10 de julio), únicamente reconoce al propio autor un privilegio general que alcanza a los créditos por cesión de los derechos de explotación de la obra objeto de

punto de vista sustancial, además, sería difícil justificar que, previamente a la satisfacción del ejecutante, hubiera de procederse a descontar el crédito de participación de un precio de remate que habitualmente será más reducido que el de mercado.

46. Las consideraciones expuestas, obviamente, no excluyen por sí mismas que la enajenación forzosa pudiera generar el crédito de participación a favor del autor y a cargo del deudor ejecutado –en cuanto este vendría a asumir la posición de vendedor, y por tanto la de deudor principal de la obligación de pago–, aun cuando su importe no pudiera detraerse con carácter preferente del precio de remate: una vez garantizada la satisfacción del acreedor ejecutante, en efecto, el crédito de participación podría hacerse efectivo, en su caso, sobre el remanente del precio de remate, o sobre otros bienes pertenecientes al patrimonio del ejecutado. Pero, al margen del alcance que esta posibilidad pudiera tener en la práctica, tampoco resulta fácil entender cómo podrían articularse en el marco del procedimiento de ejecución, sin distorsionarlo gravemente, las diferentes obligaciones que derivan de la LDP en lo relativo a la gestión, recaudación y pago del derecho de participación. Como hemos visto, la necesidad de atender con carácter preferente al pago del acreedor ejecutante vendría a excluir, en la práctica, la posibilidad de que los profesionales intervinientes en la operación pudieran practicar la retención, depósito y pago del importe correspondiente al crédito de participación con cargo al precio de remate; se opondría a ello lo dispuesto por el art. 641.4 LEC en su primer inciso, cuando, a propósito de la enajenación a través de personas o entidades especializadas, precisa: “*Tan pronto como se consume la realización de los bienes se procederá por la persona o entidad correspondiente a ingresar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones la cantidad obtenida, descontando los gastos efectuados y lo que corresponda a aquéllas por su intervención*”. Tampoco parece, en fin, que en estos casos tuviera sentido afirmar, conforme al art. 10 LDP, la responsabilidad solidaria del adjudicatario que tuviera la condición de profesional del mercado del arte, o la de las personas o entidades especializadas que hubieran intervenido en la enajenación conforme a la LEC.

V. Titulares del derecho de participación

47. El art. 2.1 LDP atribuye el derecho de participación al autor de la obra durante toda su vida (recuérdese que se trata de un derecho intransmisible por acto *inter vivos*) y a sus derechohabientes tras la muerte o declaración de fallecimiento de aquel. De acuerdo con las previsiones de la Directiva (art. 7), el art. 2.2 reconoce el derecho de participación a los autores españoles, a los nacionales de otros Estados miembros de la UE (por aplicación del principio de no discriminación¹⁰⁹), y, haciendo uso de la opción reconocida por la propia Directiva, a los nacionales de terceros países con residencia habitual en España (cfr. art. 163 TRLPI). Respecto a los nacionales de terceros países que no tengan residencia habitual en España, el reconocimiento del derecho de participación viene supeditado al principio de reciprocidad (en línea con lo previsto en el Convenio de Berna), de tal manera que solo se dará “*cuando la legislación del país de la nacionalidad del autor reconozca a su vez el derecho de participación a los autores de los Estados miembros de la Unión Europea y a sus derechohabientes*”¹¹⁰. En cualquier caso, y por aplicación del principio de territorialidad, los autores protegidos con arreglo a los criterios expuestos solo podrán reclamar el derecho de participación conforme a la Ley española respecto a las ventas que,

propiedad intelectual devengados durante los seis meses anteriores a la declaración de concurso. Sin embargo, y al margen de que la norma no es aplicable fuera del ámbito estrictamente concursal, es evidente que el crédito de participación no puede considerarse como un “crédito por derechos de explotación de la obra”.

¹⁰⁹ Cdo. (6) de la Directiva, que se remite al art. 12 del Tratado, desarrollado en la sentencia de 20 octubre 1993 en los asuntos acumulados C-92/92 y C-326/92 (Phil Collins y otros). En otros ordenamientos el derecho se extiende también a los autores nacionales de Estados pertenecientes al Espacio Económico Europeo (p. ej., *Reg. (10) (3) (a) ARRR*), y art. L122-8 del *CPI* francés).

¹¹⁰ Según el Informe ALADDA (*op. cit.*, p. 130), la atención que presta la Directiva a los posibles beneficiarios de terceros países se explica en la medida en que se considera “una pieza importante de cara a una posible expansión del derecho más allá de la Unión Europea”.

conforme a los criterios aplicables en función de la modalidad de contratación utilizada (venta ordinaria, venta a distancia, venta por vía electrónica, etc.), deban considerarse celebradas en España¹¹¹.

48. A los casos de pluralidad de autores de una misma obra se refiere el art. 7.4 LDP; ubicación extraña, puesto que se trata del artículo que regula el papel de las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual en relación con el derecho de participación, pero reveladora de que el propio legislador da por sentado que, en la práctica, lo más habitual será que los titulares del derecho de participación reciban el importe correspondiente a través de esas entidades, y no directamente de los sujetos obligados al pago. En el citado precepto se dispone que, “*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*”. La norma procede del art. 3.3 del RD 1434/1992, que fue criticada por la doctrina¹¹², en la medida en que, sin la necesaria cobertura legal, venía a establecer un criterio de distribución no del todo coincidente con el que utiliza el TRLPI con carácter general para las obras realizadas en colaboración: según el art. 7.4 de esta última norma, los derechos de propiedad intelectual sobre las obras realizadas en colaboración corresponderán a todos los autores en la proporción que ellos determinen, aplicándose subsidiariamente las normas del CC sobre la comunidad de bienes, que a su vez establecen la regla de igualdad en las cuotas salvo prueba en contrario (art. 393). Dado que en la actualidad no cabe reprochar a la norma la falta de rango legal, parece que la solución más razonable será aproximar en lo posible la interpretación del art. 7.4 LDP a las reglas generales del art. 7.4 TRLPI, entendiendo que, a falta de pacto expreso o tácito, la presunción de igualdad de partes que establece el primero es solo *iuris tantum*.

49. La Directiva impone la necesidad de extender el derecho de participación a los derechohabientes del autor después de la muerte de este y durante el plazo de duración de aquel (art. 6.1). No obstante, a la hora de determinar a quién ha de corresponder la titularidad del derecho en tal caso se apela al principio de subsidiariedad (en tanto en cuanto las diferencias existentes no tienen por qué afectar al funcionamiento del mercado interior) para rechazar la conveniencia de incidir sobre el Derecho de sucesiones de los Estados miembros (cdo. (27)), que, por consiguiente, son libres para determinar a qué personas o entidades ha de reconocerse la condición de titulares o beneficiarios del derecho de participación tras la muerte del autor¹¹³. Y así, mientras en países como Alemania, Bélgica, Luxemburgo o España se ha optado por someter el *droit de suite* al régimen sucesorio general, en otros se han formulado reglas sucesorias especiales, en aspectos tales como la exclusión de la sucesión subsidiaria del Estado en be-

¹¹¹ Como señala ROCHA (*op. cit.*, p. 158), de acuerdo con el principio de territorialidad el autor español solo podrá ejercer el derecho respecto a las reventas ocurridas en España; en esta línea, el art. R122-2 del *CPI* francés exige, para la activación del *droit de suite*, que la reventa tenga lugar en territorio francés o quede sujeta en él al impuesto sobre el valor añadido. El mismo principio fue aplicado por el Tribunal Supremo alemán en el conocido caso de las obras del pintor Joseph Beuys vendidas en 1989 en Christie's después de que la filial alemana de la propia empresa de subastas hubiera llegado a un acuerdo con el reventador alemán para que las obras fueran transportadas a Londres y vendidas allí. En su sentencia de 16 junio 1994 (https://www.jurion.de/urteile/bgh/1994-06-16/i-zr-24_92/), el Tribunal alemán entendió que los elementos relevantes de la venta habían tenido lugar en el Reino Unido y que, por tanto, la entidad alemana de gestión (*Bild-Kunst*) no podía reclamar –en interés de la viuda y heredera del pintor– ningún derecho de participación, ya que por entonces este derecho no había sido reconocido en el Reino Unido. No obstante, como apunta JIMÉNEZ BLANCO (*op. cit.*, p. 132) si es posible, por ejemplo, que una entidad de gestión española reclame ante un Tribunal francés el derecho de participación reconocido por la ley española por una reventa realizada en España si, por ejemplo, el marchante demandado tiene su domicilio en Francia, ya que la legitimación de esas entidades se rige por la ley rectora del fondo (*lex loci protectionis*), mientras que la capacidad procesal será la establecida por el Derecho del foro. Sobre las dificultades que para la consecución del propio objetivo de armonización perseguido por la Directiva genera el hecho de que esta no haya establecido ningún criterio armonizado en materia de normas de conflicto, vid. M. WELLER, “*Droit de suite: The Applicable Law in Cross-Border Resales of Works of Art under Directive 2001/84/EC*”, en *Aedon. Rivista di arti e diritto on line*, 3/2006 (<http://www.aedon.mulino.it/archivio/2006/3/weller.htm>).

¹¹² ROCHA, *op. cit.*, p. 159; BERCOVITZ ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 379; y ESPÍN CÁNOVAS, *op. cit.*, p. 127, para quien “el fundamento de la regla (...) parece residir más en dificultades de prueba que en una justificación intrínseca”.

¹¹³ Sobre los diferentes modelos adoptados al respecto en los distintos sistemas jurídicos, vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Los beneficiarios del derecho de participación tras el fallecimiento del autor (STJUE de 15 abril 2010, Caso *Fundación Gala-Salvador Dalí*)”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2012), vol. 4, nº 1, p. 241, y JIMÉNEZ BLANCO, *op. cit.*, p. 125.

neficio de entidades vinculadas a la protección del arte (Dinamarca, Finlandia, Italia¹¹⁴), o mediante la admisión únicamente de aquellas disposiciones testamentarias que tengan como beneficiarios a ciertos sujetos, como sucede en el Reino Unido¹¹⁵, o en Francia, donde tradicionalmente se ha tratado de garantizar que el *droit de suite* fuera atribuido a los miembros de la familia próxima del autor, en lo que se suele interpretar como una reminiscencia del sentido asistencial, familiar y alimenticio que este derecho tuvo en sus orígenes, pero que hoy se tiende a superar por no ser coherente con las reglas generales que operan en materia de derechos de autor¹¹⁶.

50. Precisamente, la compatibilidad con la Directiva de las normas francesas que regulan la sucesión *mortis causa* del derecho de participación fue el problema que se suscitó en la conocida STJUE (Sala 3ª) de 15 abril 2010 (Asunto C-518/08) (TJCE. 2010/104), que, en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por los Tribunales franceses, estableció que la Directiva no se opone a una disposición de Derecho interno que reserva el beneficio del derecho de participación únicamente a los herederos legales del artista, con exclusión de los herederos y legatarios testamentarios.

El caso tiene su origen en la demanda presentada ante el *Tribunal de Grande Instance* de París por VEGAP y por la Fundación Gala-Salvador Dalí contra ADAGP (*Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques*), entidad encargada en Francia de gestionar los derechos de los artistas plásticos y gráficos¹¹⁷. Como es sabido, el pintor Salvador Dalí, fallecido en 1989, había designado en su testamento otorgado en septiembre de 1982 al Estado español como “heredero universal e incondicional de todos sus bienes, derechos y creaciones artísticas”. Aceptada la herencia, el Ministerio de Cultura español delegó la administración y explotación de los derechos a la Fundación Gala-Salvador Dalí, constituida en 1983 y de nacionalidad española. La Fundación, a su vez, designó en 1997 a VEGAP como mandataria para la gestión y ejercicio de los derechos del autor, con carácter exclusivo y a nivel mundial. En virtud del contrato suscrito entre VEGAP y ADAGP, esta última entidad asumió desde el 17 de octubre de 1997 el encargo de gestionar y recaudar esos derechos en Francia. Sin embargo, entre los derechos efectivamente abonados por ADAGP a la Fundación a través de VEGAP no se incluyeron los importes correspondientes al derecho de participación, que ADAGP pagaba directamente a los herederos legales del pintor (cinco parientes colaterales del mismo) por aplicación de lo previsto en la ley francesa (art. L123-7 CDP), que por entonces privaba de toda eficacia a las posibles disposiciones testamentarias que afectaran al *droit de suite*. La demanda tenía por objeto reclamar el pago de dichos importes, apelando al Derecho español para justificar que la titularidad del derecho de participación debía ser reconocida a la Fundación y no a los herederos legales del pintor. El Tribunal francés decidió entonces plantear ante el TJUE una cuestión prejudicial con objeto de que este determinase si es o no conforme a la Directiva

¹¹⁴ En Italia (art. 149 del CDA), el derecho de participación se atribuye a los herederos según las normas del *Codice civile*; pero, en defecto de sucesores dentro del sexto grado, se atribuye al *Ente Nazionale di Previdenza e Assistenza* (ENAP) para los pintores, escultores, músicos, escritores y autores dramáticos para sus propios fines institucionales.

¹¹⁵ Reg. (9) ARRR, que solo admite aquellas disposiciones testamentarias que tengan como beneficiarios a personas físicas o a ciertas instituciones de caridad.

¹¹⁶ PFENNIG, “El derecho...”, cit., p. 29; JIMÉNEZ BLANCO, *op. cit.*, pp. 125-126. Hasta fechas recientes, el art. L123-7 del CPI francés establecía: “Après le décès de l’auteur, le droit de suite mentionné à l’article L122-8 subsiste au profit de ses héritiers et, pour l’usufruit prévu à l’article L123-6, de son conjoint, à l’exclusion de tous légataires et ayants cause, pendant l’année civile en cours et les soixante-dix années suivantes”. La constitucionalidad de dicha norma fue confirmada por la Decisión del Consejo Constitucional n° 2012-276 QPC, de 28 septiembre 2012 (*JORF*. n° 0227, de 29 septiembre 2012, p. 15376), en la que se rechazaba que la misma fuera contraria al principio de igualdad ante la ley, por responder a la finalidad legítima de proteger especialmente a los familiares del autor tras su muerte. No obstante, la norma planteó, al parecer, algunos problemas aplicativos (BERCOVITZ ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 354; y ESPÍN ALBA, *op. cit.*, p. 450, quien recuerda la dificultades que generaba, por ejemplo, para las llamadas “fundaciones de autor”). Quizá por ello el art. L123-7 CPI ha sido finalmente modificado por Ley n° 2016-925, de 7 de julio, que, sin perjuicio de la reserva de derechos a favor de los descendientes y del cónyuge no divorciado del autor, permite a este disponer por legado del derecho de participación; en ausencia de heredero o legatario, el derecho se atribuye al legatario universal o, en su defecto, al titular del derecho moral de autor. Además, se introduce la posibilidad de que, en defecto de sucesores *mortis causa*, o en tanto estos no sean identificados, se pueda designar como beneficiaria del derecho de participación a una entidad de gestión colectiva, que deberá destinar las cantidades percibidas a los fines de previsión social definidos por la norma.

¹¹⁷ Sobre este caso, vid. especialmente CAAMIÑA, “Los beneficiarios...”, cit., pp. 234 y ss., y JIMÉNEZ BLANCO, “La sucesión de Dalí...”, cit., pp. 123 y ss.

una disposición de Derecho interno por la que se reserve el derecho de participación, una vez fallecido el autor, a sus herederos legales.

51. Es interesante observar que, si bien el TJUE no entra en el fondo del asunto –limitándose a confirmar la compatibilidad de la norma francesa con la Directiva– sí advierte que, a los efectos de la aplicación de la disposición nacional que adapta el Derecho interno al art. 6.1 de la Directiva, incumbe al Tribunal remitente tener debidamente en cuenta todas las reglas pertinentes dirigidas a resolver los conflictos de leyes en materia de atribución sucesoria del derecho de participación. La apreciación ha sido interpretada como un reflejo de las dudas que al Tribunal comunitario le planteaba la interpretación de los Tribunales franceses conforme a la cual el Derecho aplicable para la resolución de la cuestión de fondo (la sucesión *mortis causa* del derecho de participación) debía ser, precisamente, el Derecho francés, y no el español¹¹⁸. Efectivamente, tras la sentencia del TJUE los Tribunales franceses hubieron de entrar de nuevo en el fondo del asunto, resolviendo previamente el problema relativo al Derecho aplicable; y, finalmente, el Tribunal de *Grande Instance* de París, en sentencia de 8 de julio de 2011, declaró que el derecho de participación existe en el momento de la apertura de la sucesión y que, por tanto, el Derecho nacional aplicable a la sucesión es el que debe determinar los beneficiarios del derecho, por lo que en este caso debía considerarse como tal al Estado español, tal como habían sostenido la Fundación Gala-Salvador Dalí y VEGAP¹¹⁹.

52. La ley española ha optado por no establecer ninguna norma o limitación especial a la hora de determinar quiénes han de ser considerados como derechohabientes del autor tras el fallecimiento de este¹²⁰, por lo que habrá que estar a las normas generales del Derecho de sucesiones (ya sean las derivadas del CC o las normas autonómicas aplicables)¹²¹, de tal manera que la titularidad del derecho de parti-

¹¹⁸ Lo que, como señala JIMÉNEZ BLANCO (*op. cit.*, p. 126) podría fundamentarse en la aplicación de la norma de conflicto rectora de los derechos de propiedad intelectual, que se remite a la ley del Estado para cuyo ámbito se reclama protección (*lex loci protectionis*), que en este caso sería Francia, por ser aquel donde tuvieron lugar las reventas que generaron los créditos cuyo importe se reclama. Sin embargo, la propia autora considera (p. 127) que la aplicación de la *lex loci protectionis*, si bien alcanza a los aspectos relacionados con la existencia, características, contenido y duración del derecho de participación, así como a la determinación de quién ha de ser considerado como primer titular o a su régimen de prescripción, no puede extenderse a las cuestiones relacionadas con el modo de articular la transmisión *mortis causa* del derecho, que han de regirse por la ley rectora de la sucesión. Sobre los problemas que pueden plantearse a la hora de identificar el Estado para cuyo ámbito se reclama protección cuando la operación de reventa presenta elementos diversos de internacionalidad, vid., de la misma autora, *op. cit.*, p. 127, donde propone considerar como circunstancia relevante la que cualifique a la reventa desde el punto de vista del *droit de suite*, que en su opinión debería ser la intervención del profesional del mercado del arte, lo que llevaría a localizar la reventa en el establecimiento donde esta hubiera tenido lugar, y, en el caso de las reventas realizadas mediante subastas electrónicas en las que no fuera posible identificar la localización del profesional, el lugar del establecimiento del prestador de servicios.

¹¹⁹ JIMÉNEZ BLANCO, *op. cit.*, pp. 123 y 126; y CAAMIÑA, “Los beneficiarios...”, cit., p. 239. En p. 240 señala esta última autora que, tratándose de un supuesto de sucesión con elemento extranjero y referida a bienes muebles, y conforme al Derecho Internacional Privado francés –que es el del Tribunal competente para conocer del fondo del asunto–, la ley aplicable habría de ser la del último domicilio del causante, que se encontraba en territorio español, por lo que la determinación de los beneficiarios del derecho de participación tras su fallecimiento debería corresponder a la ley española. Al no existir en el Derecho español una regulación específica de la sucesión del derecho de participación, habría que estar a las normas generales sobre Derecho de sucesiones. Y a la misma conclusión se debería llegar si se entendiera que se debe aplicar al derecho de participación la ley que rige la sucesión del autor, la cual, cuando falleció el pintor, era la ley española, como ley nacional del causante, conforme al art. 9.8 CC. En este punto, señala JIMÉNEZ BLANCO (*op. cit.*, p. 126) que, “conforme a los datos de los que se dispone, todo apunta a que sería la legislación foral catalana la que, en última instancia, determinaría la validez de fondo de tal testamento”, y, por tanto, la validez del llamamiento a favor del Estado español.

¹²⁰ Pese a que en alguno de los borradores elaborados para la reforma del art. 24 LPI llegó a establecerse un régimen parecido al francés (JIMÉNEZ BLANCO, *op. cit.*, p. 125, n. 14).

¹²¹ Se aproxima así el tratamiento del derecho de participación en este aspecto al régimen propio de los derechos de explotación, y no al de los derechos morales de autor; ESPÍN ALBA, *op. cit.*, p. 444 y ss. Advierte ROCHA (*op. cit.*, p. 156) que el hecho de reconocer al autor una plena disponibilidad *mortis causa* sobre el derecho de participación no resulta fácilmente conciliable con su carácter irrenunciable e intransmisible por acto *inter vivos*, y que la concepción asistencial o proteccionista que subyace a estos rasgos podría ser más coherente con la fijación por ley de los beneficiarios *mortis causa* del derecho (tal como sucedía tradicionalmente, p. ej., en Francia). No obstante, concluye que la solución de la ley española es la única razonable si se tiene en cuenta que se trata de un derecho de contenido patrimonial, y que impedir al autor disponer libremente del mismo por testamento implicaría discriminar sin razón a los artistas plásticos respecto a los demás autores, que pueden disponer con toda libertad de sus derechos *mortis causa*.

cipación corresponderá a quienes resulten ser legatarios o herederos del autor conforme a las previsiones del testamento (pacto sucesorio, en su caso¹²²) o al régimen de la sucesión abintestato. En consecuencia, ni el propio autor, ni tampoco sus sucesores, habrán de atenerse a ninguna limitación específica a la hora de disponer *mortis causa* del derecho de participación, más allá de las que resulten de la aplicación del sistema de legítimas y reservas. La libertad del causante en este terreno alcanzará también a la posibilidad de disponer del derecho de participación respecto a cada una de sus obras, por más que ello pueda suponer una mayor dificultad en la gestión del derecho¹²³.

53. Es importante destacar, por otra parte, que la transmisión *mortis causa* del derecho de participación no ha de estar necesariamente vinculada a la transmisión *mortis causa* sobre el soporte de la obra¹²⁴. La cuestión se planteó en el asunto resuelto por la ya mencionada SAP Alicante, Sec. 8ª, de 19 diciembre 2006 (*JUR.* 222242), en la que se afirmó, con base en lo previsto por el art. 56.1 TRLPI, que la adquisición por legado del soporte de la obra no implica por sí misma adquisición por el legatario de los derechos de propiedad intelectual sobre la misma, por lo que estos –y, en particular, el derecho de participación– correspondían a los herederos del autor:

“Respecto de la primera de las cuestiones apuntadas (legitimación de las demandantes como herederas del autor), hemos de partir del tenor del artículo 56.1 TRLPI: ‘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’. Significa, aplicándolo a las obras plásticas, que el dominio sobre el soporte material a la que se incorpora la obra no legitima por sí solo al propietario para el ejercicio de los derechos de explotación, entre cuyas especies se incluye el derecho de participación en el precio de la reventa, previsto en el artículo 24 TRLPI.

En nuestro caso, consta que los propietarios de las obras plásticas que fueron objeto de transmisión mediante la escritura otorgada el día 10 de diciembre de 1997 adquirieron el dominio a título de herencia del causante Don Vicente, quien a su vez adquirió el dominio de esas obras plásticas a título de legado en la herencia del autor, Don Esteban, conforme al testamento otorgado por este último (...). En ese legado sólo se transmitía el dominio de las obras plásticas que pudieran existir en el momento del fallecimiento del testador y que se hallaran en su poder por no haber sido objeto de venta, al igual que los cuadros y objetos de arte que se encontraran en la casa del testador sita en (...). Si el objeto del legado fue el pleno dominio de las obras plásticas del testador, ningún otro derecho pueden arrogarse los causahabientes del legatario.

En el testamento del autor de las obras plásticas se instituían herederas por terceras partes iguales a su hermana, Dª Sofía y a sus sobrinas, hijas de ésta, Dª Mª Milagros y Dª Mª Rosa, respecto del ‘resto de todos sus bienes, derechos y acciones’. Quiere decirse con ello que los derechos de propiedad intelectual sobre las obras plásticas (entre ellos, el derecho a la participación en el precio de la reventa) que son, conforme dispone el art. 3.1 TRLPI, independientes, compatibles y acumulables con la propiedad y otros derechos que tengan por objeto la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual, pertenecen pro indiviso a las herederas, las cuales han suscrito el contrato de adhesión de socios con la Entidad Gestora actora (...).

Así las cosas, debe confirmarse que correspondía a los vendedores en la compraventa otorgada el día 10 de diciembre de 1997 el dominio sobre el soporte material de las obras plásticas y corresponde a las herederas del autor los derechos de propiedad intelectual sobre esas obras plásticas.

La interpretación pretendida por la apelante sobre la voluntad del testador de que el legado de las obras plásticas llevaba consigo la transmisión de los derechos de propiedad intelectual inherentes a las mismas no concuerda con, de un lado, que el objeto del legado era ‘el pleno dominio’ y ‘la plena propiedad’ de los soportes materiales (cuadros, guaches y objetos de arte) y; de otro lado, con la expresa atribución a las herederas del ‘resto de todos sus bienes, derechos y acciones’”.

¹²² JIMÉNEZ BLANCO (*op. cit.*, p. 124) manifiesta sus dudas sobre la posibilidad de reconocer la validez de aquellos pactos sucesorios que tengan por objeto el derecho de participación (aun cuando el Derecho aplicable admita esta forma de sucesión voluntaria), ya que, dado su carácter irrevocable, su admisión equivaldría a una verdadera disposición “en vida” del autor, lo que no sería compatible con el carácter inalienable *inter vivos* que inequívocamente le atribuye la Directiva.

¹²³ CASAS, “El derecho...”, *cit.*, pp. 103-104; y ROCHA, *op. cit.*, p. 157.

¹²⁴ Como ya advertía RAMS (*op. cit.*, p. 447) a propósito del art. 24 LPI.

VI. Obligados al pago y responsables

54. Dado que el *droit de suite* se concibe inicialmente como una participación en el precio de reventa, se entiende que el sujeto llamado a asumir en primer término la condición de deudor sea quien aparece como vendedor en dicha reventa, ya que es precisamente el cobro del precio pagado por el comprador lo que debería garantizar el pago del derecho mediante la práctica de la oportuna deducción¹²⁵. Sin embargo, a la hora de determinar a quiénes ha de corresponder la condición de obligados o responsables del pago la Directiva deja a los Estados miembros la posibilidad de señalar como tales, además del vendedor o en lugar del mismo, a los distintos profesionales que hubieran intervenido en la operación¹²⁶.

55. El legislador español ha optado por considerar al vendedor en todo caso como obligado principal al pago (art. 1 LDP)¹²⁷, con independencia de que el mismo tenga o no la condición de profesional; al tiempo que impone a los distintos profesionales del mercado del arte que hayan intervenido en la reventa, además de ciertos deberes instrumentales relacionados con la gestión y recaudación del derecho de participación, la condición de responsables solidarios del pago junto con el propio vendedor (art. 10).

56. A diferencia de lo que sucedía bajo la vigencia del art. 24 TRLPI¹²⁸, la responsabilidad solidaria de los citados profesionales no aparece supeditada al hecho de estos hayan actuado en la reventa por cuenta o encargo del vendedor, sino que alcanzará a todos aquellos que hayan intervenido en la operación como vendedores, como compradores, o como intermediarios. En concreto, el hecho de que sea un profesional del mercado del arte quien asuma la posición de vendedor (ya sea en nombre propio o en representación de un tercero) no excluirá la responsabilidad solidaria de los otros profesionales que hayan podido intervenir en la operación, aunque sí determinará que sean asumidos en exclusiva por aquel los restantes deberes instrumentales impuestos por la ley.

57. Obsérvese que, en tanto no se proceda a hacer efectivo el pago a los titulares del derecho, el vendedor no queda liberado de su obligación frente a ellos, ni siquiera en el caso de que por parte de alguno de los profesionales intervinientes en la operación se haya procedido, conforme a lo previsto en la ley, a practicar la retención de la porción correspondiente del precio; lo que ha sido criticado por algún autor, ya que si el profesional en cuestión no procede a entregar el citado importe a los titulares del derecho estos podrían reclamar directamente al vendedor, que se vería así obligado a pagar dos veces la misma cantidad¹²⁹.

58. Hay que tener en cuenta, por otra parte, que, si bien lo habitual será que el importe del crédito de participación sea detrído del precio ya pagado por el comprador, la norma no supedita el devengo

¹²⁵ BERCOVITZ, “La Directiva...”, cit., p. 20.

¹²⁶ Art. 1.4 de la Directiva: “El pago del derecho contemplado en el apartado 1 correrá a cargo del vendedor. Los Estados miembros podrán disponer que una de las personas físicas o jurídicas a las que se refiere el apartado 2 que no sea el vendedor tenga responsabilidad exclusiva o compartida con el vendedor para el pago del derecho”.

¹²⁷ Es la misma solución acogida en el Reino Unido (Reg. (13) (1) de la ARRR) y en Alemania, donde el art. 26.1 *UrhG* precisa que, en el caso de que el vendedor actúe como particular, los profesionales que intervengan en la operación como compradores o intermediarios serán solidariamente responsables con él del pago; pero, en la relación interna, será el vendedor el único responsable del pago. Todavía bajo la vigencia del art. 24 TRLPI, pero teniendo ya presente la Directiva, se manifestaba en contra de esta solución VICENTE (*op. cit.*, p. 108), para quien resultaba más coherente con el sistema configurar la responsabilidad de los profesionales como exclusiva, y no compartida con el vendedor (sin perjuicio de que la carga del derecho hubiera de recaer sobre él mediante la deducción de la parte correspondiente del precio), tal como se hizo en la ley francesa (art. L122-8 *CPI*). En Portugal (art. 54.7 *CDA*), en cambio, la responsabilidad de la “entidad actuante en el mercado del arte a través de la cual se hubiera producido la transacción” se configura como subsidiaria respecto a la del vendedor.

¹²⁸ Vid. SAP Madrid, Sec. 14^a, de 9 julio 2001 (*JUR.* 272630), que, bajo la vigencia de la legislación anterior, señalaba al vendedor como deudor principal, y a los profesionales intermediarios como responsables solidarios en cuanto actuasen por cuenta o encargo de aquel. No se supeditaba a la actuación por cuenta o en nombre del vendedor la imposición a los intermediarios de los deberes instrumentales que detallaban los arts. 4 y 5 del RD 1434/1992, salvo los de retención y depósito.

¹²⁹ Vid. Informe ALADDA (*op. cit.*, p. 128), en el que se sostiene que una vez practicada la retención por el profesional obligado a ello este debería asumir en exclusiva la condición de responsable; lo que, además, sería admisible conforme a la Directiva. Anteriormente, en la misma línea, RAMS, *op. cit.*, p. 448.

de aquel al hecho de que el precio haya sido efectivamente abonado, sino a la celebración del contrato; por lo que, en casos de aplazamiento, cabe pensar que los titulares del derecho de participación podrán exigir el pago, aun cuando el precio todavía no se haya hecho efectivo, y tanto frente al vendedor como frente a los demás responsables¹³⁰. En caso de que sea uno de estos quien realice el pago, podrá reclamar el reembolso al vendedor o esperar a que se realice el pago del precio para deducir de él el importe abonado a los titulares del derecho.

59. ¿Cabe desplazar, en virtud de pacto, el coste correspondiente al derecho de participación sobre un sujeto distinto de aquel a quien la ley impone la condición de deudor? En particular, ¿es admisible el pacto por el que el comprador asume la carga derivada del derecho de participación, comprometiéndose a pagar, además del precio, una cantidad adicional equivalente al importe del crédito de participación? Precisamente, fue un pacto de este tipo el que dio lugar a la STJUE (Sala 4ª) de 26 febrero 2015 (Asunto C-41/14) (*TJCE. 2015/7*)¹³¹, en la que el Tribunal comunitario, respondiendo a la cuestión prejudicial planteada por la *Cour de Cassation* francesa, declara que la Directiva 2001/84 no se opone a que la persona obligada al pago del derecho de participación, designada como tal por la legislación nacional -ya sea el vendedor o un profesional del mercado del arte que intervenga en la operación-, pueda pactar con cualquier otra persona, incluido el comprador, que esta última soporte definitivamente en todo o en parte el coste del derecho de participación, siempre que esa estipulación no afecte en modo alguno a las obligaciones y la responsabilidad que incumben a la persona obligada frente al autor.

60. El litigio del que trae causa la cuestión prejudicial tiene su origen en la demanda interpuesta ante los Tribunales franceses por el *Syndicat National des Antiquaires* (SNA), y en la que aparece como demandada la empresa de subastas de arte *Christie's France SNC*, filial de la multinacional *Christie's*. La entidad demandante, en su condición de competidora en el mismo sector de mercado, solicitaba que se declarase, por constituir un acto de competencia desleal contrario al art. L122-8 del *CPI* francés, la nulidad de la cláusula incluida por *Christie's* en sus condiciones generales de venta por la que se dispone que el comprador de obras de arte deberá pagar a *Christie's* -que actúa a estos efectos por cuenta y en nombre del vendedor-, además del precio de venta, una suma igual al importe del canon debido al autor de la obra vendida en virtud del "*droit de suite*" reconocido por la legislación sobre propiedad intelectual, que posteriormente será pagado por *Christie's* al propio autor o al organismo encargado de su percepción¹³².

En su sentencia de 20 mayo 2011, el *Tribunal de Grande Instance* de París desestimó la acción, por entender que el reparto de la carga del pago del canon en concepto de derecho de participación no es por sí solo constitutivo de un acto de competencia desleal; además, consideró que el SNA carecía de legitimación activa para solicitar la declaración de nulidad de la cláusula en cuestión. Interpuesto el recurso de apelación por parte del SNA, la *Cour d'Appel* de París, en sentencia de 12 diciembre 2012, revocó la decisión de primera instancia y declaró nula la cláusula discutida, argumentando, por un lado, que el derecho de participación fue concebido como una retribución pagada por el vendedor, que se ha enriquecido con la venta de una obra, al autor, porque la retribución original por la primera venta podía ser pequeña en relación con las plusvalías adquiridas después de ésta; y, por otro, porque toda excep-

¹³⁰ En contra, BERCOVITZ ÁLVAREZ (*op. cit.*, p. 381), quien argumenta que, fundándose el derecho en una "participación" en los ingresos, "no parece que el vendedor deba hacer participar al autor de un precio que no ha sido pagado".

¹³¹ Sobre esta sentencia, vid. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "Derecho de participación", en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2/2015, parte Tribuna (*BIB. 2015/1427*); MAGRI, *op. cit.*, *passim*; y P. VALENTIN, "Artist's Resale Right in France: The Economic Burden Revisited", 2015, en https://www.americanbar.org/content/dam/aba/events/international_law/2015/03/2015%20Europe%20Forum/art1_authcheckdam.pdf.

¹³² Al hilo de la información sobre el *droit de suite* proporcionada a los posibles compradores en la página web de *Christie's* (www.christies.com) se hace constar lo siguiente: "For *Christie's* purposes, the seller and his agent (the auction house) are jointly and severally liable. *Christie's* will collect from the buyer an amount equal to the resale royalty and pass this to the relevant collecting agency. This will appear as a separate line item on the buyer's invoice and is described as Artists Resale Right". Un planteamiento similar puede encontrarse en la página web de *Dreweatts & Bloomsbury* (www.dreweatts.com), o en la de *Sotheby's*, donde se advierte, no obstante, que el importe del derecho de participación será cargado al comprador en Reino Unido e Italia, mientras que en Francia será cargado al vendedor (<http://www.sothebys.com/content/dam/sothebys/PDFs/droitdesuite/ARR-EN.pdf>).

ción convencional a las disposiciones de la Directiva 2001/84 sería contraria al objetivo de esta, que trata de asegurar la uniformidad en la regulación del derecho de participación¹³³. La sentencia reconocía además que el SNA tenía un interés legítimo para solicitar la declaración de nulidad de la cláusula, ya que el objetivo de la Directiva y de la ley francesa en este punto no era solo tutelar el interés del autor, sino también contribuir al buen funcionamiento del mercado común del arte, por lo que se trataba, en definitiva, de una cuestión de orden público económico. La sentencia de apelación fue recurrida por Christie's ante la *Cour de Cassation*, alegando, en esencia, que la Directiva se limita a poner el derecho de participación del autor a cargo del vendedor, sin ninguna otra precisión ni restricción, por lo que debe entenderse que no excluye una regulación convencional que desplace la carga del pago hacia otra persona. En estas circunstancias, la *Cour de Cassation*, en su resolución de 22 enero 2014¹³⁴, decide suspender el procedimiento y plantear al TJUE la siguiente cuestión prejudicial: “¿Debe interpretarse la regla del artículo 1, apartado 4, de la Directiva 2001/84, que pone a cargo del vendedor el pago del derecho de participación, en el sentido de que corresponde al vendedor soportar definitivamente ese coste, sin que sea posible establecer excepciones a esa regla mediante pacto?”

61. En sus razonamientos jurídicos, el TJUE empieza por recordar que el objetivo primordial perseguido mediante la adopción de la Directiva era garantizar a los autores un nivel de protección adecuado y uniforme en todos los Estados miembros, y que, a tal efecto, son los propios Estados los responsables de reconocer el derecho de aquellos a participar en el precio de reventa de sus obras, si bien disponen de libertad, dentro de ciertos límites, para determinar quién ha de ser la persona obligada al pago; de tal manera que, si bien en principio la obligación de pago habrá de corresponder al vendedor –por ser quien normalmente percibe el precio de compra como resultado de la transmisión–, los Estados miembros pueden establecer excepciones, imponiendo la obligación de pago, en lugar de o junto al vendedor, a alguno de los profesionales que intervienen como vendedores, compradores o intermediarios en los actos de reventa.

Advierte el Tribunal que, si bien en algunas de las versiones lingüísticas de la Directiva parece establecerse una distinción entre la persona obligada o responsable del pago y la persona que ha de soportar definitivamente el coste correspondiente, en otras versiones no es detectable tal distinción; en consecuencia, y de cara a fijar una interpretación uniforme de la Directiva, se hace necesario atender al contexto y a la finalidad de la norma interpretada. Partiendo de esa base, considera el Tribunal que esta no llega a pronunciarse sobre la identidad de la persona que ha de soportar definitivamente el coste del canon debido al autor. Argumenta al respecto que, si bien la Directiva pretende poner fin a las distorsiones de la competencia en el mercado del arte, ello no implica la necesidad de suprimir o evitar aquellas diferencias de regulación entre las legislaciones nacionales que no puedan perjudicar al funcionamiento del mercado interior; y que, si bien la consecución de los objetivos de la Directiva exige que se indique claramente la persona responsable del pago del canon y las reglas para determinar su importe, no sucede lo mismo con la cuestión de quién ha de soportar definitivamente el coste correspondiente¹³⁵. En

¹³³ La posible nulidad de la cláusula en cuestión, por implicar un acto de competencia desleal, fue también objeto de debate con motivo de la demanda planteada contra Christie's France por otra asociación del sector, el *Comité Professionnel des Galeries d'Art* (CPGA). En este caso, la demanda fue rechazada por la *Cour d'Appel* de París en sentencia de 3 julio 2013, basándose en que la cláusula había sido ya retirada por Christie's de sus catálogos. Sin embargo, dicha resolución fue posteriormente revocada por la *Cour de Cassation* en sentencia de 18 junio 2014 (*Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 18 juin 2014, 13-21.145*; localizable en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000029116054&fastReqId=638095972&fastPos=9>), en la que se decide reenviar de nuevo el asunto a la *Cour d'Appel* de Versalles, ya que, en realidad, Christie's se había limitado a suspender la aplicación de dicha cláusula a la espera de una decisión judicial sobre el fondo.

¹³⁴ *Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 22 janvier 2014, 13-12.675* (localizable en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000028514344&fastReqId=29405620&fastPos=11>).

¹³⁵ En la línea mantenida por el TJUE se había pronunciado ya VALENTIN (*op. loc. cit.*), subrayando el hecho de que la Directiva deja una margen de flexibilidad bastante amplio a los Estados miembros para determinar quiénes han de ser los sujetos responsables del pago, lo que ha permitido que, por ejemplo, en el Reino Unido se haya admitido expresamente la posibilidad de que dicha responsabilidad sea asumida por el comprador (*Reg. (13) ARRR*); que la Directiva no pretendió hacer recaer en todo caso el coste del *droit de suite* sobre el vendedor, con exclusión de cualquier otro sujeto (pese a que ese, al parecer, sí fue el objetivo perseguido por la ley francesa); que su objetivo fundamental era eliminar las distorsiones de la competencia entre los

efecto, señala el Tribunal, aun cuando no se puede descartar que este último factor pueda generar alguna distorsión en el mercado, tal efecto sería solo indirecto, ya que sería únicamente el resultado de una estipulación pactada al respecto entre las partes del contrato de venta, sin que ello pudiese implicar una modificación en cuanto a la persona obligada o responsable del pago frente al autor¹³⁶.

En consecuencia, concluye el TJUE, la Directiva 2001/84 no se opone a que, en caso de que un Estado miembro adopte una legislación que establece que el vendedor o un profesional del mercado del arte que intervenga en la operación es la persona obligada al pago del canon frente al autor, estos pacten con ocasión de la reventa con cualquier otra persona, incluido el comprador, que esta última soporte definitivamente en todo o en parte el coste del canon debido al autor en concepto de derecho de participación, siempre que se entienda que esa estipulación contractual no afecta en modo alguno a las obligaciones y la responsabilidad que incumben a la persona obligada frente al autor.

62. Devuelto el asunto a los Tribunales franceses, la *Cour de Cassation* dictó sentencia el 3 de junio de 2015¹³⁷ por la que, atendiendo a los argumentos del TJUE, revocaba parcialmente la sentencia de apelación de 12 diciembre 2012 en lo relativo a la declaración de nulidad de la cláusula contractual en cuestión, y devolvía las actuaciones a la *Cour d'Appel* de Versailles. El pasado día 24 de marzo de 2017 este último Tribunal ha resuelto en sentido contrario a la validez de la cláusula discutida¹³⁸, argumentando que “*celui qui a la charge du droit de suite est bien celui qui doit en supporter le coût*”, y que, conforme a la norma francesa, “*le droit de suite est à la charge du vendeur*” (art. L122-8 *CPI*). La resolución subraya el hecho de que el criterio fijado por el TJUE a propósito de la interpretación del art. 1.4 de la Directiva no pone en cuestión la soberanía de los legisladores nacionales para determinar en sus normas internas quién ha de asumir el coste definitivo del derecho de participación; y subraya que durante los debates parlamentarios que dieron lugar a la ley francesa de transposición se descartó una enmienda encaminada a reconocer expresamente la admisibilidad de las derogaciones convencionales a las reglas sobre la responsabilidad respecto al pago del derecho de participación, dotando así a la regulación sobre este punto de un carácter imperativo, fundado en el orden público económico de dirección, con objeto de garantizar unas condiciones de competencia “sanas” en el mercado nacional y europeo¹³⁹. El *droit de suite* vendría a perfilarse así en la norma francesa como una cantidad que debe necesariamente descontarse del precio de venta, por lo que admitir que el coste pudiera ser transferido al comprador implicaría alterar su fundamento, ya que dejaría de ser un descuento sobre el precio de venta, que ha de recaer íntegramente sobre el vendedor, para configurarse como una cantidad que habría de abonar el comprador como carga adicional al precio de venta. A la espera de los recursos que puedan plantearse frente a esta resolución por parte de la casa de subastas afectada (que quizá haya de afrontar próximamente múltiples demandas de reembolso planteadas por los compradores obligados en el pasado a satisfacer el importe satisfecho por este concepto), parece, por tanto, que en lo sucesivo, y en tanto la

Estados miembros, objetivo que no se pone en cuestión por la admisión de un posible pacto entre vendedor y comprador; y que, en último término, no existe ninguna razón por la que otras empresas del sector no puedan incluir el mismo tipo de estipulación en sus condiciones generales, por lo que no existe riesgo real para la competencia.

¹³⁶ En su comentario a la sentencia, señala MAGRI (*op. cit.*, ap. 4) que la generalización de este tipo de cláusulas tendría, en todo, consecuencias modestas en el terreno competencial, ya que, desde el punto de vista del análisis económico del Derecho, el coste correspondiente al derecho de participación siempre sería tenido en cuenta por el vendedor a la hora de negociar el precio de venta.

¹³⁷ *Cour de Cassation, civile, Chambre civile 1, 3 juin 2015, 13-12.675*. Puede consultarse en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000030686293>. En ella se alude a una nota de la Comisión Europea, de fecha 22 diciembre 2008, en la que se reconoce la adecuación de este tipo de estipulaciones a la Directiva, advirtiendo sin embargo que ello en ningún caso afectaría a la responsabilidad de los sujetos señalados por la ley frente a los titulares del derecho de participación.

¹³⁸ *Cour d'appel de Versailles, Ire chambre Ire section, 24 mars 2017, n° 15/07800*. El texto de la resolución puede encontrarse en https://www.doctrine.fr/d/CA/Versailles/2017/C86509C8EE6C88B8FE1EB?chrono=false&q=Cour%20d%27appel%20de%20Versailles%2C%2024%20mars%202017%20%22droit%20de%20suite%22&position=1&action=result&query_key=24cbae98f1b68b148d513e4774b74806&source=title.

¹³⁹ Si bien el propio Tribunal recuerda que con fecha 13 de octubre de 2016 se presentó en la Presidencia del Senado una proposición de ley encaminada a incentivar la actividad cultural y artística y a reforzar el atractivo del mercado del arte, y en la que se proponía incluir en el art. L122-8 *CPI* la siguiente frase: “*Par convention, le paiement du droit de suite peut être mis à la charge de l'acheteur*”.

norma francesa no sea modificada, la carga del *droit de suite* deberá ser asumida necesariamente por el vendedor en ese país, sin posibilidad de pacto en contrario.

63. En el caso del Derecho español, y a falta de una norma equivalente a la del citado art. L122-8 *CPI*, cabe pensar que las previsiones legales relativas a la consideración del vendedor como obligado al pago, y de los profesionales del mercado del arte que hayan intervenido en la operación como responsables solidarios frente a los titulares del derecho de participación (arts. 1 y 10 LDP), no excluyen, *a priori*, la posibilidad de que, en virtud de pacto, sea el comprador quien asuma el coste derivado de ello, mediante el pago, junto al importe del precio, de una cantidad equivalente al crédito de participación. En este punto habría que partir del carácter meramente dispositivo que, en principio, se debe reconocer a las normas que regulan la distribución de los gastos en la compraventa (cfr. arts. 1455 y 1465 CC). Ello no obstante, habría que hacer dos puntualizaciones al respecto: en primer lugar, que la existencia de dicho pacto en ningún caso podrá privar al autor o a sus sucesores de la posibilidad de hacer valer su derecho frente al vendedor y frente a los restantes responsables solidarios¹⁴⁰, ya que, a tenor de la interpretación realizada por el TJUE en la sentencia analizada, ello sería incompatible con las exigencias de la Directiva. Y, en segundo lugar, que en el caso de que el citado pacto hubiera sido incluido en las condiciones generales utilizadas por las empresas del sector para contratar con los posibles compradores –especialmente cuando estos tengan la condición de consumidores conforme al art. 3 TRLGDCU¹⁴¹–, habrán de observarse las exigencias en materia de transparencia y no abusividad impuestas por las normas sobre protección de los consumidores (arts. 80 y ss. TRLGDCU y Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación¹⁴²), así como los límites derivados de las normas sobre competencia desleal; vid., en particular, art. 15.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, que considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva significativa adquirida mediante la infracción de las leyes; y art. 2.2.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia¹⁴³, que considera como conducta constitutiva de abuso de posición dominante, entre otras, la imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos¹⁴⁴.

VII. Gestión, recaudación y pago del derecho de participación

1. El sistema de gestión colectiva voluntaria

64. El legislador español optó desde el inicio (art. 24 LPI y art. 24 TRLPI) por someter el derecho de participación a un sistema de gestión colectiva voluntaria y no obligatoria, y ese es el planteamiento que mantiene en la actualidad el art. 7 LDP. Durante la tramitación de la norma de transposición de la Directiva –que dejaba la opción en este punto a los Estados miembros¹⁴⁵– llegó a plantearse la

¹⁴⁰ VICENTE, *op. cit.*, p. 105.

¹⁴¹ Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (TRLGDCU) (BOE. núm. 287, de 30 noviembre 2007).

¹⁴² BOE. núm. 98, de 14 abril 1998. A primera vista, la abusividad de la cláusula en cuestión podría fundamentarse en el hecho de desplazar al consumidor adherente la asunción de gastos legalmente atribuidos a un sujeto distinto; ejemplos de ello pueden encontrarse en el art. 89.3 TRLGDCU, que considera abusiva, “*en todo caso*”, la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley correspondan al empresario, o en la STS (Sala 1ª) de 23 diciembre 2015 (RJ. 5714), que declara nulas por el mismo motivo las cláusulas no negociadas individualmente por las que se impone al prestatario la asunción de todos los costes derivados de la constitución de la garantía hipotecaria, incluyendo el pago de los tributos en los que el sujeto pasivo es el banco. Obsérvese, no obstante, que en el presente caso la cláusula en cuestión no desplaza al comprador un gasto legalmente impuesto de forma directa al predisponente (la casa de subastas), ya que el obligado principal al pago del crédito de participación es, como sabemos, el vendedor; si bien es cierto que la empresa subastadora sí tiene legalmente atribuida la condición de responsable solidaria y obligada al cumplimiento de determinados deberes instrumentales.

¹⁴³ BOE. núm. 159, de 4 julio 2007. Vid. también art. 102 del Tratado de Funcionamiento de la UE.

¹⁴⁴ Sobre el tema, vid. S. GONZÁLEZ GARCÍA, *La nulidad de los negocios restrictivos de la competencia*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, en especial pp. 157 y ss.

¹⁴⁵ Cfr. art. 6.2 y cdo. (28) de la Directiva. El sistema de gestión colectiva obligatoria ha sido acogido mayoritariamente por los Estados miembros: vid., p. ej., la *UrhG* alemana (art. 26.6), la *ARRR* británica (Reg. (14)), y el *CDA* italiano (arts. 152 y ss.).

posibilidad de establecer el modelo de gestión colectiva obligatoria¹⁴⁶, tal como venían reclamando las propias entidades, y también algún sector doctrinal¹⁴⁷. Sin embargo, la decisión definitiva del legislador no puede considerarse desacertada, teniendo en cuenta que se trata de un derecho perfectamente individualizado en cuanto a los presupuestos que lo generan y cuya gestión, por tanto, puede ser razonablemente asumida de forma directa por el propio autor o sus sucesores, si así lo consideran oportuno¹⁴⁸; a diferencia de lo que sucede con otros derechos de simple remuneración reconocidos al autor –como el derecho de compensación por copia privada–, dotados de un mayor nivel de abstracción y cuya gestión, por tanto, ha de afrontarse necesariamente de forma colectiva.

65. Es evidente, sin embargo, que el legislador ha sido plenamente consciente de que, en la práctica, el ejercicio directo del derecho de participación por parte de sus titulares será un supuesto más bien excepcional, dadas las dificultades –y mayores costes– que habitualmente encontrarán el autor y sus sucesores para conocer el destino de sus obras después de su primera transmisión, para obtener la información imprescindible de cara al ejercicio de su derecho, e incluso para interponer eficazmente las reclamaciones procedentes¹⁴⁹, más aún si se tiene en cuenta la dimensión internacional que con frecuencia caracteriza al mercado del arte. Es cierto que la ley impone a los profesionales que intervengan en las sucesivas reventas de la obra la obligación de facilitar directamente a los propios titulares –y no solo a las entidades de gestión– toda la información necesaria para la liquidación del derecho, lo que teóricamente debería facilitar su gestión directa; sin embargo, al margen de las reticencias que puedan tener los profesionales afectados a la hora de dar cumplimiento a esos deberes de información, tampoco puede ignorarse que incluso aquellos que estén dispuestos a cumplirlos se encontrarán a menudo con dificultades insuperables para identificar y localizar a los titulares del derecho, especialmente después del fallecimiento del autor. En cambio, las entidades de gestión están en condiciones de adoptar con mayor eficacia, menores costes y mayor transparencia las medidas e iniciativas conducentes a una adecuada administración del derecho en beneficio, no solo de los artistas y sus causahabientes –tengan o no la condición de asociados–, sino también de los propios obligados el pago¹⁵⁰: envío de inspectores a las subastas de obras de arte, suscripción de convenios con profesionales del mercado del arte¹⁵¹ y con entidades de gestión colectiva de otros países para la asistencia y representación mutua¹⁵², ejercicio de acciones judiciales, desarrollo de herramientas en línea para facilitar la gestión del derecho de participación (como sistemas de registro para los artistas, bases de datos de artistas accesibles para los usuarios, herramientas para el cálculo de los derechos, formularios para la declaración de ventas...) ¹⁵³, etc.

¹⁴⁶ Recuerda BERCOVITZ (*El derecho...*, cit., p. 2) que el Proyecto de Ley sí optaba por un sistema de gestión colectiva obligatoria. En el Dictamen del Consejo del Estado sobre el Anteproyecto (“Anteproyecto de Ley relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, por la que se incorpora la Directiva 2001/84/CE, del Parlamento y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001”, 19 junio 2008, *Tol.* 4.556.326 *Jurisprudencia*, ap. IV) se afirmaba que esta solución podía ser eficaz, aunque se advertía sobre los problemas prácticos que podían derivar del hecho de que la gestión colectiva no se dejase expresamente en manos de una única institución, “acaso dependiente del poder público”, ya que ello podría dificultar el cumplimiento por los operadores de los deberes instrumentales previstos por la ley, y se obligaría a las distintas entidades de gestión a acreditar en cada caso la representación de los autores en cuyo nombre actúan.

¹⁴⁷ Entre otros, BERCOVITZ ÁLVAREZ, *op. cit.*, pp. 390-391; y VICENTE (*op. cit.* pp. 140 y ss.). Con matices, CASAS, “El derecho...”, cit., p. 87, y “La transposición...”, cit., p. 2, donde señala que la posibilidad de establecer la gestión colectiva obligatoria quizá debiera hacerse “más con la vista puesta en los intereses de los obligados –para facilitarles las cosas– que de los titulares –que siempre pueden acudir a una entidad, aunque ello no sea obligatorio”. En igual sentido, vid. Informe ALADDA (*op. cit.*, p. 127), donde se señala que desde el punto de vista de los obligados “puede ser una solución práctica” tener un único interlocutor; si bien apunta que la opción por la gestión colectiva obligatoria debería implicar una reducción notable de los costes de administración.

¹⁴⁸ En este sentido, BLEDA, *op. cit.*, p. 127; BERCOVITZ, “La Directiva...”, cit., p. 21; y PFENNIG, “Aspectos...”, cit., pp. 43-44.

¹⁴⁹ VICENTE, *op. cit.*, p. 137.

¹⁵⁰ Vid. las consideraciones que expone al respecto GUTIÉRREZ VICÉN (abogado y gerente de VEGAP) en “Problemas...”, cit., p. 126 y ss.; y, posteriormente, en “Comentario...”, cit., p. 237.

¹⁵¹ PFENNIG, “El derecho...”, cit., p. 26.

¹⁵² PFENNIG, “Aspectos...”, cit., pp. 43-44.

¹⁵³ CISAC, EVA, GESAC, “Derecho de participación...”, cit., p. 3.

66. Así las cosas, es comprensible que la ley española, al regular todo lo relacionado con la gestión, recaudación y pago del crédito de participación, haya centrado su atención en el papel de las entidades de gestión, de un lado —configurando lo que ha sido definido como un sistema de gestión colectiva “voluntaria, pero estimulada”¹⁵⁴—, y en el de los profesionales intervinientes en la reventa, del otro —regulando con especial detalle las obligaciones que les incumben¹⁵⁵. Significativamente, en cambio, la ley apenas regula la posible intervención de los titulares del derecho (el autor o sus sucesores), o la del vendedor que no tenga la condición de profesional del mercado del arte, pese a ser el obligado principal al pago.

2. Los deberes instrumentales impuestos a los profesionales que intervienen en la operación.

67. El art. 8 LDP, siguiendo el modelo del antiguo art. 24 TRLPI, impone a los profesionales intervinientes en la operación una serie de deberes instrumentales, encaminados a garantizar el cumplimiento de la obligación de pago que, en principio, incumbe al vendedor como deudor principal: notificación de la reventa, con entrega de la documentación relevante para la liquidación del crédito de participación, y retención y custodia de la parte del precio correspondiente al derecho de participación hasta el momento de ponerlo a disposición de su titular. En caso de que sean varios los profesionales que hayan intervenido en la reventa, el cumplimiento de tales deberes, y también la propia obligación de pago, incumbirán a aquel profesional que haya actuado como vendedor¹⁵⁶, y, en su defecto, al que hubiera intervenido como intermediario¹⁵⁷.

68. La notificación de la reventa deberá hacerse por escrito o por otro medio que permita tener constancia de su remisión y recepción, y habrá de tener como destinatarios, no solo a los titulares del derecho de participación, sino también “a la entidad de gestión correspondiente” y al propio vendedor. En el caso de este último, cabe pensar que el sentido de la notificación no será tanto informar al vendedor sobre los diferentes extremos de la venta celebrada (que, por hipótesis, serán conocidos por él), sino más bien darle a conocer la propia existencia del derecho de participación y su condición de deudor respecto al correspondiente crédito. En el caso de las entidades de gestión, la formulación legal resulta ciertamente ambigua, ya que no queda claro si el deber de notificación estará supeditado a la previa constancia de que la entidad en cuestión tiene específicamente atribuida la representación del autor afectado, o si —como parece más probable— la notificación habrá de practicarse siempre, teniendo por destinatarias a la entidad o entidades que tienen atribuida genéricamente la defensa de los derechos de los artistas plásticos en España (fundamentalmente VEGAP, que, a estos efectos, sería la “entidad de gestión correspondiente”)¹⁵⁸.

La notificación habrá de incluir la referencia al lugar y fecha de la reventa, precio íntegro y documentación acreditativa necesaria para la verificación de los datos y la práctica de la correspondiente liquidación; documentación que a su vez habrá de 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, en su caso, y del autor de la obra. La relativa brevedad del plazo previsto para la práctica de la notificación (dos meses desde el día siguiente a la reventa) parece justificada si se considera que, si bien pueden existir dificultades a la hora de identificar y localizar a los titulares actuales del derecho de participación (especialmente cuando este haya sido transmitido a los sucesores *mortis causa* del autor), los profesionales intervinientes en la operación disponen siempre de la posibilidad de dirigirse a la entidad (o entidades) de gestión, no solo para proceder a la notificación de la reventa, sino también para poner a su disposición el importe del crédito correspondiente.

¹⁵⁴ ROCHA, p. 183, citando a CASAS.

¹⁵⁵ Con referencia al régimen del art. 24 LPI, RAMS, *op. cit.*, p. 449.

¹⁵⁶ En el antiguo art. 24 LPI, los deberes de retención y custodia del importe correspondiente al derecho de participación, así como la responsabilidad solidaria respecto al pago del mismo, se imponían específicamente a los profesionales que hubieran actuado por cuenta o encargo del vendedor.

¹⁵⁷ El art. R122-9, ap. II, del *CPI* francés aclara que, en defecto de los anteriores, el responsable del pago será el comprador, si actúa en el marco de su actividad profesional.

¹⁵⁸ Sobre la legitimación de las entidades de gestión para la reclamación y recepción del pago del derecho de participación y, previamente, para la recepción de las correspondientes notificaciones, vid. *infra*, VII.4.

69. De conformidad con lo previsto en el art. 9 de la Directiva, el contenido del art. 8 se ve complementado en el art. 11 LDP por la expresa atribución a los titulares del derecho de participación y/o, en su caso, a las entidades de gestión, del derecho a recabar de cualquiera de los profesionales intervinientes en cada reventa, durante un plazo de tres años, la información relevante para el cálculo del crédito de participación derivado de ella¹⁵⁹. La decisión de mantener una doble vía de acceso a la información relevante (obligación de notificación y derecho a solicitar información), cada una con sus plazos, puede considerarse acertada, ya que refuerza las garantías de realización efectiva del derecho¹⁶⁰, al tiempo que somete a un límite temporal razonable la obligación de facilitar a los interesados la citada información y documentación; si bien se echa de menos la expresa previsión por parte de la ley de algún mecanismo de reacción adecuado para los supuestos de incumplimiento de tales deberes instrumentales¹⁶¹. El precepto impone a los sujetos receptores de dichas informaciones el deber de respetar los principios de confidencialidad e “intimidad mercantil”; se trata con ello de atender a las dudas que desde algunos sectores se habían planteado acerca de la conveniencia de obligar a los profesionales a desvelar informaciones que los participantes en este tipo de operaciones prefieren con frecuencia mantener reservadas (p. ej., la identidad de los vendedores y de los compradores)¹⁶².

70. En cuanto a los deberes relativos a la retención y depósito gratuito del importe correspondiente al crédito de participación, el art. 8 señala expresamente que el depósito habrá de mantenerse “hasta la entrega al titular o a la entidad de gestión”¹⁶³, lo que, por un lado, permite descartar la posibilidad de que los sujetos obligados al pago del crédito de participación procedan a entregar su importe de forma directa al Fondo de Ayuda a las Bellas Artes; y, por otro, parece excluir la necesidad de recurrir en este ámbito a la consignación¹⁶⁴, ya que, en caso de duda, los profesionales dispondrán siempre de la posibilidad de dirigirse directamente a la “entidad de gestión correspondiente” para la práctica de la notificación y para la puesta a disposición del importe del crédito de participación, liberándose así de cualquier responsabilidad por incumplimiento. Teóricamente, el recurso a la consignación podría estar indicado en aquellos casos en que el obligado al pago tuviera dudas sobre la concreta entidad a la que ha de hacerse la entrega (cfr. art. 1176.2 CC), dado que, en principio, no existe ninguna exclusividad o monopolio legal al respecto¹⁶⁵; sin embargo, y al margen de que en la práctica sí existe una situación

¹⁵⁹ Subrayan este aspecto como fundamental para la efectividad práctica del derecho de participación PFENNIG (“Aspectos...”, cit., p. 43) y GUTIÉRREZ VICÉN (“Problemas...”, cit., p. 126).

¹⁶⁰ BERCOVITZ, “La Directiva...”, cit., p. 22; e Informe ALADDA (*op. cit.*, p. 128).

¹⁶¹ Tal como reclamaba VICENTE, *op. cit.*, p. 141. En el Reino Unido, se prevé la posibilidad de solicitar una orden judicial para la obtención de la información requerida si el sujeto a quien se pide la información no hace todo lo necesario para proporcionarla en el plazo de 90 días (*Reg. (15) de la ARRR*); mientras que en Portugal (art. 54.8 del *CDA*) se reconoce la posibilidad de recurrir a los medios judiciales o administrativos necesarios para hacer efectivo el derecho de información.

¹⁶² La LDP sigue en este punto el criterio propuesto en el Informe ALADDA (*op. cit.*, p. 129). En Alemania, el art. 26.5 *UrhG* dispone que el profesional podrá oponerse a facilitar al autor la información requerida acerca del nombre y dirección del vendedor si procede a pagar él mismo la cantidad debida. En el párrafo 7 del mismo artículo se prevé la posibilidad de que la entidad de gestión pueda solicitar acceso a la contabilidad o a otra documentación de los profesionales implicados cuando existan dudas razonables sobre la adecuación y exhaustividad de la información proporcionada por estos.

¹⁶³ Sobre las posibles consecuencias penales derivadas del incumplimiento de las obligaciones relativas a la retención y depósito de las cantidades correspondientes al derecho de participación, vid. J. CEREZO MIR, “El derecho de participación de los artistas en el precio de la reventa de sus obras y el delito de apropiación indebida del artículo 252 del Código Penal”, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 746, 2008, pp. 1 y ss.; GUTIÉRREZ VICÉN, “Comentario...”, cit., p. 240; y BERCOVITZ ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 383.

¹⁶⁴ En contra, atendiendo al régimen del art. 24 TRLPI, se pronunciaba ROCHA (*op. cit.*, p. 181) para quien la posibilidad de que el pago tuviese por destinatarios a las entidades de gestión o al Fondo de Ayuda a las Bellas Artes, no excluía que el obligado a retener las cantidades pudiera liberarse de sus responsabilidades mediante consignación judicial.

¹⁶⁵ Advierte JIMÉNEZ BLANCO (*op. cit.*, p. 131) que, si bien hasta el momento las regulaciones nacionales han supuesto un régimen de exclusividad de la legitimación a favor de las entidades autorizadas en el propio Estado para cuyo ámbito se reclama la protección (lo que ha obligado a los beneficiarios del derecho a otorgar un mandato a favor de las entidades de cada país donde pretenden reclamar su derecho, o a la celebración de convenios de representación recíproca entre entidades de diversos países), la situación puede variar a partir del momento en que, con la aprobación de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (*DOCE* núm. L 376, de 27 diciembre 2006) (y a falta de una expresa excepción legal que, por ejemplo, no se ha formulado en España), se puede llegar a reconocer a las entidades de gestión establecidas en los distintos Estados de la UE la posibilidad de prestar libremente sus servicios en otros Estados.

efectiva de cuasimonopolio que hace poco probable que lleguen a plantearse dudas consistentes al respecto, creemos que la adecuada protección de todos los intereses concurrentes (no solo el de los titulares del derecho, sino también el de los obligados al pago) debería pasar por el reconocimiento a las entidades de gestión más representativas en el sector de una amplia legitimación para recibir las notificaciones procedentes y también para recibir el pago (en paralelo con la legitimación igualmente amplia que se les debe reconocer a efectos del ejercicio de acciones en defensa de los derechos de los titulares¹⁶⁶), con plenos efectos liberatorios para el deudor, y sin perjuicio de los ajustes o abonos que posteriormente hubieran de realizarse¹⁶⁷.

3. El pago del crédito de participación

71. Del pago efectivo del crédito de participación se ocupa el art. 9 LDP, que establece al respecto: “*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 o, en su caso, a los titulares del derecho, en un plazo máximo de dos meses*”. Una vez más, el precepto deja claro que, en el diseño del legislador, el pago habrá de ser realizado ordinariamente por los profesionales que hayan intervenido en la operación –no por el vendedor–, y que tendrá por destinataria a la entidad de gestión –no a los titulares del derecho, a quienes se menciona únicamente de forma residual–. La brevedad del plazo previsto para el pago efectivo (dos meses desde la notificación, que a su vez debe realizarse en el plazo máximo de dos meses desde la reventa) se explica, también en este caso, porque los sujetos obligados al pago siempre han de contar con la posibilidad de poner el importe del derecho de participación a disposición de la entidad de gestión, sin que las posibles dificultades para localizar a los titulares de aquel puedan justificar un posible retraso en el cumplimiento¹⁶⁸.

72. La expresa formulación de un plazo máximo para el cumplimiento de la obligación de pagar podría servir de base para determinar el momento a partir del cual el crédito de participación habrá de devengar intereses de demora a cargo de los profesionales obligados al pago (a menos, quizá, que pudiese justificarse la existencia de graves dudas de derecho sobre la concurrencia en el caso de los presupuestos para el propio nacimiento del crédito de participación). No es este, sin embargo, el criterio que, en el régimen anterior a la LDP de 2008, siguió la SAP Alicante, Sec. 8ª, de 19 diciembre 2006 (*JUR.* 222242), en la que, confirmando el parecer de la sentencia apelada, se atendía a la fecha en que se prac-

¹⁶⁶ Vid. *infra*, VII.4. La relevancia que debe atribuirse a la situación efectiva de monopolio en la que se encuentra VEGAP a efectos de reconocerle una amplia presunción de legitimación activa fue destacada por la SAP Madrid, Sec. 28ª, de 19 abril 2005 (*JUR.* 106043) -sobre la cual volvemos posteriormente- cuando señalaba: “*La demandante Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP) es, por el momento, la única entidad de gestión existente en España para la gestión de los derechos de carácter patrimonial de los autores de obras plásticas, de creación gráfica, diseño y fotografías, o, cuanto menos no se ha probado la existencia de otra entidad de gestión de dichos derechos en nuestro país*”.

¹⁶⁷ En la línea que apuntaba la citada SAP Madrid, Sec. 28ª, de 19 abril 2005 (*JUR.* 106043) a propósito del art. 24 TRLPI: “*No puede olvidarse que aunque la Ley no establece la gestión obligatoria del derecho de participación de los artistas plásticos por las entidades de gestión, no es menos cierto que, dada la multiplicidad de posibles titulares de derechos de participación en reventa (autor, sucesores ‘mortis causa’ hasta 70 años después de la muerte o declaración de fallecimiento del autor), y pudiendo éstos ser tanto españoles o extranjeros, el cumplimiento de la obligación de notificación de la reventa a que hace referencia el núm. 4 del art. 24 del RD Leg. 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el TRLPI, resulta muy difícil, si no imposible para el vendedor o revendedor conocer quiénes pueden ser los eventuales titulares de dichos derechos y un domicilio para la notificación (lo que no puede servir para eximirse del cumplimiento de dicha obligación), por lo que la intervención de la entidad de gestión correspondiente, en este caso Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP), debe considerarse imprescindible*”. En el Derecho francés, los arts. R122-7 y ss. *CPI* (recientemente modificados por Decreto nº 2017-924, de 6 mayo 2017) establecen un sistema en el que todas las entidades de gestión incluidas en la lista elaborada al efecto por el Ministro de Cultura pueden –en defecto de reclamación directa de los beneficiarios– recibir de los profesionales obligados las notificaciones correspondientes al *droit de suite*, debiendo proceder a continuación a realizar las gestiones necesarias para localizar a los beneficiarios acudiendo, en su caso, a las demás entidades incluidas en dicha lista.

¹⁶⁸ No obstante, dado que es posible que el pago haya de realizarse directamente a los titulares, y que estos pueden ser varios (especialmente tras el fallecimiento del autor), quizá hubiera sido conveniente someter expresamente el pago a un régimen de solidaridad activa, en aras de facilitar el cumplimiento de la obligación, tal como hace la *ARRR* británica (*Reg.* (13) (4)): “*Any liability to pay resale royalty in respect of a resale right which belongs to two or more persons as owners in common is discharged by a payment of the total amount of royalty to one of those persons*”.

ticó el correspondiente requerimiento notarial de pago conforme a los arts. 1100 y 1108¹⁶⁹. Más recientemente, la SAP Madrid, Sec. 28^a, de 25 septiembre 2015 (ROJ. SAP M 13647/2015), excluye el pago de intereses moratorios por haber sido parcialmente acogidos los motivos de oposición a la propuesta de liquidación planteada por la entidad demandante, lo que, conforme al art. 1100 CC, impediría apreciar mora del deudor, sin perjuicio de que, una vez liquidada judicialmente la cantidad debida, se devengue el interés ejecutorio del art. 576 LEC¹⁷⁰. Parece claro, en cualquier caso, que el criterio general del art. 1100 CC sí será aplicable en el supuesto excepcional de que el crédito de participación haya de hacerse efectivo reclamando directamente al vendedor, a quien la ley no impone ningún deber de notificación ni un plazo concreto para el cumplimiento de la obligación de pago; de tal manera que la generación de intereses de demora sí debería considerarse supeditada en tal caso a la práctica del requerimiento de pago correspondiente.

73. Según el art. 12 LDP, la acción de los titulares para hacer efectivo el derecho ante los profesionales del mercado del arte estará sujeto al plazo de prescripción de tres años contados desde la notificación de la reventa¹⁷¹. Las dudas que plantea el precepto se refieren fundamentalmente a la delimitación exacta de los supuestos a los que es aplicable. Parece haber un cierto acuerdo en torno a la idea de que con él no se pretende establecer un régimen general de prescripción aplicable a todas las acciones que puedan tener por objeto la reclamación del crédito de participación, sino que ha de aplicarse únicamente a la acción que los titulares del derecho puedan ejercitar precisamente frente a aquellos sujetos –profesionales del mercado del arte– a quienes el art. 8 de la ley impone expresamente el deber de notificar, y solo en la medida en que ese deber haya sido efectivamente cumplido. A estos efectos, parece claro que debe considerarse incluidas en el concepto de “titulares” a las entidades de gestión, que, si bien no son titulares del derecho de participación en sentido estricto, sí son destinatarias de los deberes de notificación y pago impuestos por la ley; no, en cambio, al Fondo de Ayuda a las Bellas Artes, que, como se dijo, no tiene derecho a recibir el pago directamente de los sujetos obligados.

En efecto, se entiende que el establecimiento de un plazo de prescripción más breve que el de cinco años previsto en el TRLPI (cfr. arts. 140.3 y 154) para el ejercicio de ciertas acciones derivadas del derecho de autor (coincidente en la actualidad con el plazo general previsto para las acciones personales por el art. 1964 CC, conforme a la redacción dada por Ley 42/2015, de 5 de octubre) encuentra su justificación en el previo cumplimiento del deber de notificar en plazo, que actúa como *dies a quo* por excepción a la regla general del art. 1969 CC, constituyendo así un incentivo adicional para la oportuna práctica de la notificación¹⁷². Fuera, por tanto, del supuesto expresamente regulado por el art. 12 LDP (por

¹⁶⁹ SAP Alicante, Sec. 8^a, de 19 diciembre 2006 (JUR. 222242): “En la tercera alegación del recurso se impugna la condena al pago de los intereses porque la demandada nunca llegó a retener del precio la participación que procedía ni tampoco se constituyó en depositaria de esa participación. La condena al pago de los intereses en la Sentencia recurrida se funda, una vez sentada la obligación solidaria de la mercantil demandada al pago del derecho de participación según dispone el artículo 24.4 TRLPI, en la aplicación de los artículos 1100 y 1108 del CC, pues habiendo una intimación extrajudicial al cumplimiento de su obligación mediante el requerimiento notarial aportado en el acto de la audiencia previa de fecha 25 de octubre de 2000, se constituyó en mora el deudor y, surgió la obligación al pago de los intereses legales desde esa fecha”.

¹⁷⁰ SAP Madrid, Sec. 28^a, de 25 septiembre 2015 (ROJ. SAP M 13647/2015): “Al depender la fijación de la suma líquida a percibir por VEGAP de un proceso contradictorio, donde se ha admitido parcialmente las causas de oposición a la propuesta de liquidación, se ha de entender que dicha suma no era exigible y por tanto no podría generarse la mora del deudor; de acuerdo con el art. 1100 CC. Ello determinará que, una vez líquida la cantidad, devengue el interés ejecutorio del art. 576 LEC”.

¹⁷¹ En el Informe del Consejo de Estado (*op. cit.*, ap. V) se proponía, en aras de facilitar la coordinación del art. 12 con el art. 11, la inclusión de una regla a fin de que la solicitud de información dentro del plazo de tres años interrumpiera la prescripción, al menos cuando se tratara de una solicitud de información precisa y necesaria para poder efectuar la liquidación o reclamación.

¹⁷² En este sentido, resulta especialmente clara la SAP Madrid, Sec. 28^a, de 12 febrero 2008 (AC. 839), que, bajo la vigencia del régimen anterior a la LDP de 2008, estableció que el plazo de prescripción de tres años previsto por el art. 24 TRLPI para exigir la responsabilidad del intermediario no comenzaba a correr en tanto este no hubiera cumplido el deber de notificar impuesto por el mismo precepto, y que, por tanto, resultaba irrelevante el momento en que la entidad demandante hubiera tenido conocimiento de la reventa: “La ‘ratio’ de la norma es patente. El legislador impone al ejercicio de este derecho de participación un plazo de prescripción corto (que contrasta con el más prolongado de 5 años previsto para otras reclamaciones pecuniarias en los arts. 135 y 140 de la LPI), pero lo hace sobre la base segura de que el acreedor (artista o entidad de gestión) se encuentra adecuadamente pertrechado de los medios probatorios capaces de posibilitar un ejercicio razonablemente fundado de la acción de que se trata, lo que se produce, sin duda, cuando dicho acreedor cuenta en su poder con la muy

ejemplo, cuando se trate de la acción ejercitada por los titulares del derecho o por la entidad de gestión directamente frente al vendedor no profesional¹⁷³, cuando la acción se dirija frente a los profesionales del mercado del arte que no hubieran cumplido el deber de notificar la reventa en plazo¹⁷⁴, cuando los titulares del derecho dirijan su acción frente a la entidad de gestión que no hubiera procedido a entregarles su importe¹⁷⁵, o, incluso, cuando sea el Fondo de Ayuda a las Bellas Artes el que reclame los importes no satisfechos conforme al art. 13 LDP¹⁷⁶), serán aplicables las normas generales en materia de prescripción¹⁷⁷, tanto en lo relativo al plazo (art. 1964 CC)¹⁷⁸, como en lo relativo al *dies a quo* (art. 1969 CC).

4. Las entidades de gestión: su legitimación para la reclamación judicial del derecho de participación

74. Además de las obligaciones a las que las entidades de gestión están sujetas con carácter general conforme a lo previsto en el TRLPI (arts. 147 y ss.), el art. 7 LDP les impone ciertos deberes específicos relacionados con la recaudación y distribución del derecho de participación, siempre con sujeción a los principios de eficacia y transparencia reclamados por la Directiva (cdo. (28)). En concreto, deberán notificar al titular del derecho la realización del pago por parte de los sujetos obligados en el plazo máximo de un mes desde que aquel tuvo lugar, y deberán proceder a la liquidación efectiva en el plazo máximo de un año desde la recepción 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.

75. Previamente, el propio art. 7.1 les reconoce en términos muy genéricos la legitimación para reclamar y recibir el pago por cuenta y en interés de los titulares del derecho. Llama la atención la relativa ambigüedad con la que el precepto aborda una cuestión que había venido planteando no pocas dudas en la doctrina y la jurisprudencia, especialmente a la hora de precisar en qué términos debe reconocerse la legitimación procesal de las entidades de gestión para ejercitar las acciones derivadas del derecho de participación en un sistema de gestión colectiva voluntaria, y no obligatoria. En efecto, la LDP no acaba

precisa y exhaustiva documentación que el revendedor debe de haberle remitido en el trámite de notificación preceptiva que dichos preceptos imponen. (...) En definitiva, pues, la norma quiere que el plazo de prescripción corra en contra del acreedor solamente en el caso de que este se encuentre en poder de esa completa documentación pero no cuando, por falta de la preceptiva notificación, aquél se halla ante el precario trance de acometer por sus propios medios la difícil tarea de obtener pruebas con respecto a las específicas condiciones en las que se ha producido una reventa acerca de la cual no posee otra cosa que la simple noticia de su celebración. Considerando, en consecuencia, que en el supuesto examinado la apelante nunca cumplió con la obligación de notificación legal y reglamentariamente impuesta, no se trata de determinar la virtualidad interruptiva que quepa atribuir a determinados requerimientos practicados si se tiene en cuenta que el plazo de prescripción ni siquiera ha tenido la oportunidad de empezar a correr”.

¹⁷³ GARÍN, *op. cit.*, p. 400.

¹⁷⁴ Informe ALADDA, *op. loc. cit.*

¹⁷⁵ Es dudoso que en este caso sea aplicable el régimen especial de prescripción previsto por el art. 154 TRLPI, que parece más bien pensado para las acciones que tengan por objeto la reclamación de las cantidades recaudadas por las entidades de gestión en el ejercicio de derechos sometidos a criterios especiales de reparto.

¹⁷⁶ En opinión de ROCHA, con referencia al régimen del art. 24 TRLPI (*op. cit.*, p. 181), la obligación de entregar el importe del crédito de participación al Fondo también estaría sujeto al plazo general del art. 1964 CC (por entonces de quince años), lo que significa atribuir a aquel un tratamiento mejor que al propio artista.

¹⁷⁷ Vid. Informe ALADDA, *op. cit.*, p. 129; y, con referencia al Proyecto de 1991 de reforma de la LPI, CASAS, “Notas...”, *cit.*, p. 185, quien, aun reconociendo la oportunidad de establecer un plazo relativamente breve en beneficio de los profesionales que intervienen en la operación (a los que se imponen obligaciones legales que pueden resultar muy gravosas y que carecen de contrapartidas directas para ellos), ponía de manifiesto las dificultades que puede generar la diversidad de plazos de prescripción aplicables a sujetos que, sin embargo, pueden aparecer como responsables solidarios de un mismo crédito. En el mismo sentido, y respecto al art. 24 TRLPI, vid. ROCHA, *op. cit.*, pp. 177 y 181, quien subrayaba la mayor complejidad que esa diversidad de plazos introduce en el proceso de gestión y cobro, y proponía la fijación de un régimen único de prescripción para todos los intervinientes, con un plazo común de cinco años (que coincide con el que actualmente establece el art. 1964 CC, y también con los que maneja el TRLPI), y cuyo cómputo habría de iniciarse en el momento de la reventa (lo que, por cierto, no es la regla general sobre *dies a quo* del plazo de prescripción).

¹⁷⁸ El plazo coincide en su duración actual con el establecido por el art. 140.3 TRLPI, que sin embargo no parece aplicable en este caso (pese a que la Disp. Final 3ª LDP prevé la aplicación supletoria del TRLPI en lo no previsto por aquélla), ya que el mismo se refiere concretamente a la acción indemnizatoria por daños patrimoniales o morales derivados de la infracción de derechos de propiedad intelectual.

de aclarar si es necesario que aquellas acrediten en cada caso haber recibido un encargo específico por parte del autor –como, en principio, correspondería a un sistema de gestión voluntaria–, o si basta con que se cumplan los requisitos genéricos de legitimación establecidos por el art. 150 TRLPI –al que se remite expresamente el apartado 1º del mismo art. 7 LDP–, pese a que sus previsiones parecen más bien indicadas para el ejercicio de derechos de remuneración no susceptibles de una individualización plena y sometidos, por ello, a un régimen de gestión colectiva obligatoria¹⁷⁹. El citado art. 150 TRLPI dispone:

“Legitimación. Las entidades de gestión, una vez autorizadas, estarán legitimadas en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales. Para acreditar dicha legitimación, la entidad de gestión únicamente deberá aportar al inicio del proceso copia de sus estatutos y certificación acreditativa de su autorización administrativa. El demandado sólo podrá fundar su oposición en la falta de representación de la actora, la autorización del titular del derecho exclusivo o el pago de la remuneración correspondiente”.

76. La necesidad de que la entidad gestora acredite su legitimación para el ejercicio del derecho de participación con la aportación, no solo de sus estatutos y de la certificación acreditativa de la autorización administrativa (tal como se derivaría del art. 150 TRLPI), sino también de los documentos justificativos del mandato o cesión específica del derecho por parte de sus titulares o, al menos, de la adhesión de estos a la propia entidad¹⁸⁰, fue defendida en su momento con especial contundencia por la SAP Madrid, Sección 10ª, de 3 marzo 2003 (JUR. 2004/157337), cuando afirmaba:

“Pese a lo dispuesto en la LPI (artículos 24, 145, 147 y 150), no basta con la certificación y autorización administrativa para gestionar los derechos de participación económica de los artistas plásticos cerca de los establecimientos dedicados a la reventa de sus obras, ni basta con la existencia de unos estatutos ‘ad hoc’, sino que es preciso que los autores en cuestión se hayan adherido a la entidad gestora o hayan pactado con ella la gestión de sus derechos. El artículo 7º de esos Estatutos exige, en su párrafo segundo, para ser socios de la entidad, instancia del interesado y acuerdo del Consejo de Administración. Para ser ‘adherido’, exige solicitar la admisión. Es muy difícil para la Sala entender cabalmente cómo y por qué no se cumplen tan elementales requisitos por la apelante, que intentó de forma extemporánea, y mediante fotocopias, subsanar la decisiva omisión de documentos fundantes de su derecho en el momento de su demanda. Aun cuando hubiese sido procesalmente cuestionable, ni tan siquiera ha intentado su aportación, con la debida contradicción, en esta alzada. En estos momentos, cuando se asiste a una seria tensión entre la SGAE y la Administración por la pretensión de aquella de que una nueva normativa sancione un monopolio de gestión y representación, pretensión que, en su esfera, también recaba la apelante, no se entiende que se comporte como si esa pretensión ya hubiese sido satisfecha. Lo cierto es que, mientras no lo sea, necesitará la aportación de los elementales documentos que se le dicen. De no aportarlos, están haciendo un flaco favor a sus representados y un espléndido regalo a establecimientos o empresas como la demandada-apelada”.

77. Distinto fue, sin embargo, el planteamiento seguido por otras resoluciones judiciales, en las que, atendiendo al papel que en las modernas legislaciones se tiende a reconocer a las entidades de gestión colectiva para una efectiva protección de los derechos de autor, se viene a afirmar que aquellas entidades que tienen genéricamente atribuida la tutela de los derechos de los artistas plásticos y gráficos,

¹⁷⁹ Vid., en este sentido, SAP Madrid, Sección 28ª, de 29 mayo 2015 (JUR. 178841): *“La legitimación extraordinaria, propia y de carácter legal del art. 150 del TRLPI, invocada en la demanda, atribuye legitimación a las entidades de gestión respecto de los derechos de ejercicio necesariamente colectivo o para aquellos que requieren una autorización global (exigiéndose también la gestión colectiva para la comunicación pública de obras fijadas en fonogramas y videogramas, conforme a los artículos 108.4 y 116.3 del texto refundido), pero no para el ejercicio de concretos derechos individuales, que sólo podrán actuarse a través de las entidades de gestión, acreditando debidamente la representación que dicen ostentar que ya no encuentran fundamento en la ley, recobrando plena aplicación el art. 264.2 de la LEC”.*

¹⁸⁰ En esta línea parece situarse MACÍ (op. cit., p. 9) cuando señala que “el hecho de que para el vendedor resulte difícil, o prácticamente imposible, tener conocimiento tanto del titular del derecho de participación como de su domicilio (por la posible pluralidad de titulares de este derecho) a efectos de practicarle la oportuna notificación, no puede llevar a predicar prácticamente la irrelevancia de la cesión de derechos que el autor plástico puede o no hacer a la entidad de gestión”.

en virtud de lo previsto en la ley y en sus estatutos, podrán acreditar su legitimación para reclamar el derecho de participación mediante la simple aportación de copia de los estatutos y de la certificación acreditativa de su autorización administrativa, sin necesidad de aportar justificación del encargo expreso o de la adhesión de los titulares; todo ello sin perjuicio de que, en virtud de la regla sobre inversión de la carga de la prueba establecida en el –actual– art. 150 TRLPI, pueda el demandado acreditar la falta de representación de la actora, la autorización del titular, o el previo pago de la remuneración correspondiente. En este sentido se pronunciaba, por ejemplo, la SAP Madrid, Sec. 14ª, de 9 julio 2001 (*JUR.* 272630), cuando señalaba:

“La referida cuestión ha sido objeto de controversia por la doctrina de las Audiencias Provinciales, si bien hoy día la mayoría, entre las que se encuentra esta Sección, estima que la legitimación de las Entidades de Gestión, les viene dada por ministerio de la ley y por vía indirecta o por sustitución, fundamentalmente en base a lo que establecen los arts. 132 y 135 LPI 1987, ya que prevén la existencia de entidades encargadas de la gestión de la explotación de los derechos de autor, siempre y cuando hayan sido previamente autorizadas por el Ministerio de Cultura, señalando el art. 135 que las entidades de gestión, una vez autorizadas, estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios Estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales, debiendo entenderse, partiendo de lo antes dicho, y como señala la reciente STS (Sala 1ª) de 29 octubre 1999¹⁸¹, que la expresión ‘derechos confiados a su gestión’, puesta en relación con la de ‘en los términos que resulten de sus Estatutos’ se refiere a todos aquellos derechos cuya gestión ‘in genere’ constituye, de acuerdo con los estatutos, el objeto de actuación de la entidad de gestión, y no sólo a los concretos derechos individuales que mediante contratos con los titulares de los mismos les hayan sido confiados para su gestión, atribuyéndose así a estas Entidades, legitimación para la defensa en juicio de los derechos a que se extiende su actividad; como dice la citada sentencia, solo interpretando de esta manera el artículo 503.3 LEC, resultan realmente reconocidos y protegidos los derechos de autor sobre sus creaciones artísticas, porque de exigirse la acreditación individual de cada uno de los autores, al ser éstos un colectivo tan numeroso en cada caso, significaría la inoperancia del ejercicio de tales derechos de propiedad intelectual, como bien pone de manifiesto la Exposición de Motivos de la actual LPI 1987 cuando dice que es un hecho reconocido por las Instituciones de la Comunidad Europea, que los derechos de propiedad intelectual únicamente pueden lograr su real efectividad actuando colectivamente a través de organizaciones que ejerzan facultades de mediación o gestión de los derechos mencionados, estableciéndose por tanto una especie de presunción legal favorable a considerar otorgada a dichas Entidades de gestión la representación del colectivo de autores en el caso concreto, como única forma de hacer valer tales derechos realmente, y desplazándose la carga probatoria al demandado, quien en tales casos vendrá obligado a probar que ha pagado la remuneración correspondiente por sus derechos a los autores en cuestión, o bien que éstos han atribuido la gestión a otra entidad distinta de la reclamante, pero cuando, como en el caso de autos, dicho supuesto no se da, es evidente que la entidad actora VEGAP tiene legitimación bastante para la reclamación efectuada, una vez obtenida la correspondiente autorización del Ministerio de Cultura a que se refieren los arts. 132 y 133 LPI 1987 y que fue obtenida por la Orden Ministerial de fecha 5 junio 1990, según resulta de la certificación de la Secretaria General Técnica del Ministerio de Cultura, aportada con la demanda, sobre lo cual, y según resulta del mencionado documento, es la entidad actora VEGAP, la única autorizada para la gestión de los derechos de propiedad intelectual a los que se refiere la presente litis (en la actualidad, TRLPI 1/1996, de 12 abril, art. 150).

A la gestora de derechos demandante, le bastaba legalmente con aportar al proceso, a efectos de acreditar su legitimación, sólo la copia de sus estatutos, así como certificación acreditativa de su autorización administrativa, lo cual fue cumplimentado debidamente por la citada; de modo que, si bien el demandado podía oponer la falta de representación de la actora, la autorización del titular del derecho exclusivo, o el pago de la remuneración correspondiente, lo cierto es que el referido precepto invierte la carga de la prueba al demandado, pues le exige que en cualquiera de los tres casos sea el propio deman-

¹⁸¹ Se trata en realidad de dos SSTS de la misma fecha (29 octubre 1999, *RJ.* 8165 y 8167), referidas a sendas demandas presentadas por SGAE en relación con ciertos derechos susceptibles de ser ejercitados de forma individual por sus titulares (exigencia de previa autorización para la realización de determinadas modalidades de comunicación pública de fonogramas por medios mecánicos y de transmisión pública mediante aparatos de televisión, y reclamación de indemnizaciones por el uso no autorizado). En ambas se reconoce la legitimación de estas entidades para el ejercicio de derechos confiados a su gestión sin necesidad de acreditar de forma individualizada la encomienda de gestión por parte de sus titulares.

dado quien acredite debidamente su pretensión excluyente; por lo expuesto, y no habiendo acreditado la parte demandada-apelante, la falta de representación de la actora para el cobro de alguno de los porcentajes por derechos de participación objeto del litigio, ni la existencia de una autorización a su favor o de tercero expedida por el titular del derecho exclusivo, como tampoco el pago de la remuneración correspondiente, debe desestimarse la oposición respecto de la pretendida falta de legitimación ‘ad causam’”.

78. Argumentos similares se recogen en la SAP Madrid, Sec. 28ª, de 19 abril 2005 (*JUR.* 106043), pese a que en el caso concreto, al parecer, constaba acreditada la cesión de la gestión o la adhesión de los titulares del derecho de participación a la entidad gestora; mientras que la SAP Madrid, Sec. 28ª, de 12 febrero 2008 (*AC.* 839), en términos algo más ambiguos, apunta a la posibilidad de distinguir, a los efectos que nos interesan, entre una legitimación abstracta de las entidades de gestión, fundada en el art. 150 TRLPI, y una legitimación concreta, que exigiría la justificación de un encargo específico. Sin embargo, tras observar que la sentencia apelada había considerado suficiente la primera, con base en los mismos criterios manejados en las sentencias anteriormente comentadas, la Audiencia no entra a resolver sobre el fondo del asunto por razones procesales:

“Al articular su excepción de falta de legitimación activa en la instancia precedente, Castellana Subastas de Pintura, S.A. reconoció de forma explícita la legitimación abstracta de VEGAP por el hecho de haber aportado los estatutos y la certificación acreditativa -así se indica explícitamente en la página 15 de dicho escrito- ‘...de estar autorizada por la Administración...’, de manera que únicamente fundaba dicha excepción en la consideración de que ‘...para gestionar el cobro de sus adheridos debe acreditar ostentar su representación...’, acreditación que, desde su punto de vista, no se había producido. La sentencia recaída en primera instancia rechaza dicha excepción argumentando que no resulta necesario acreditar individualizadamente la representación de los artistas plásticos para que la entidad de gestión pueda reclamar judicialmente los derechos cuya defensa tiene legalmente atribuida. Pues bien, en la presente alzada Castellana Subastas de Pintura, S.A., que asume dicho argumento del juzgador ‘a quo’, cuestiona la oficialidad y real existencia de los estatutos presentados por VEGAP así como de la autorización administrativa correspondiente, con lo cual pretende dicha apelante introducir en la segunda instancia un argumento no sólo novedoso sino manifiestamente contradictorio con cuanto había admitido explícitamente en la instancia precedente. Consideración que, por obvias razones, dispensa a la Sala de entrar en su análisis y aboca, sin necesidad de mayores reflexiones, al radical rechazo de dicho argumento”.

79. En el contexto de la legislación vigente, y aun reconociendo que la cuestión no ha quedado resuelta con la deseable claridad, creemos que el art. 7 LDP aporta suficientes datos para entender que el legislador español ha optado conscientemente por supeditar la presunción de legitimación procesal de las entidades de gestión que tienen legalmente encomendada la defensa de los artistas visuales en España (VEGAP), en todo lo relacionado con el derecho de participación, únicamente al cumplimiento de las exigencias generales que se derivan del art. 150 TRLPI, sin exigir la acreditación de un contrato o negocio específico por el que los titulares del derecho hayan encomendado la gestión del derecho. Presunción de legitimación que no solo las habilitará *prima facie* para recibir la información relevante sobre las reventas que recaigan sobre obras protegidas (conforme a los arts. 8 y 11), sino también para recibir el pago efectivo del crédito correspondiente, recurriendo, en su caso, al ejercicio ante los Tribunales de las acciones procedentes.

80. Ciertamente, la necesidad de que medie un mandato o cesión específica parecería encontrar un apoyo en el apartado 2º del propio art. 7 LDP, cuando señala que *“las entidades de gestión notificarán al titular del derecho cuya gestión haya sido cedida que se ha hecho efectivo el pago a que se refiere el artículo 9 en el plazo máximo de un mes desde que éste haya tenido lugar”*. Sin embargo, el argumento no parece definitivo, ya que el precepto alude específicamente al deber de notificación que se impone a la entidad una vez recibido el pago; deber para cuyo cumplimiento se establece un plazo muy breve (un mes) que solo se explica si se entiende que el mismo únicamente será aplicable en aquellos casos en que la entidad de gestión disponga de la información necesaria para identificar y localizar de manera inmediata a los titulares del derecho, lo que, por hipótesis, ocurrirá precisamente en aquellos casos en que estos le hayan conferido expresamente la gestión de su derecho.

81. A favor del criterio proclive a admitir una concepción amplia de la presunción de legitimación cabría alegar, por otro lado, la expresa remisión que el art. 7.1, sin distinguir supuestos, hace al tantas veces citado art. 150 TRLPI para fijar los requisitos de legitimación de las entidades de gestión a efectos del derecho de participación. En el mismo sentido, cabe también aludir al tenor literal del apartado 2º, que, al referirse a la obligación de entregar a los titulares el importe correspondiente al derecho de participación una vez satisfecho por los obligados al pago, impone a la entidad de gestión un plazo distinto en función de que medie o no reclamación expresa por parte de los propios titulares, lo que implícitamente parece estar apuntando a la posibilidad de que la entidad haya recibido dicho pago sin contar con un encargo expreso para ello. Lo anterior sería coherente, por otra parte, con lo establecido acerca de los deberes que incumben a los profesionales intervinientes en la reventa en el art. 8 LDP, del que, como vimos, se deduce que estos han de contar siempre –y especialmente en aquellos casos en que desconozcan la identidad y localización de los titulares del derecho– con la posibilidad de liberarse de sus obligaciones procediendo a notificar la reventa y a pagar el crédito correspondiente a las entidades de gestión. Por último, la posibilidad de que estas entidades puedan recibir el pago del crédito de participación por parte de los obligados sin necesidad de haber sido autorizadas expresamente por los titulares –o, incluso, sin tener plenamente identificados a estos– resulta, incluso con mayor claridad, de lo dispuesto en el art. 13.2 LDP, cuando dispone que “*las cantidades percibidas por las entidades de gestión en concepto de derecho de participación no repartidas a sus titulares en el plazo establecido en el artículo 7.3 por falta de identificación de éstos y sobre las que no pese reclamación alguna, deberán ser ingresadas en el Fondo de Ayuda a las Bellas Artes en el plazo máximo de un año*”¹⁸².

5. El Fondo de Ayuda a las Bellas Artes

82. La reforma del art. 24 LPI operada por Ley 20/1992 introdujo en su apartado 5º la previsión según la cual los derechos de participación que no hubieran sido oportunamente reclamados por sus titulares habrían de ser ingresados en el llamado “Fondo de Ayuda a las Bellas Artes”¹⁸³. El régimen de esta entidad, adscrita al Ministerio de Cultura, fue desarrollado reglamentariamente por el RD 1434/1992¹⁸⁴, del que se deducía que la obligación de ingresar los derechos no reclamados en el Fondo incumbía, bien a los profesionales que hubieran intervenido en la operación, bien a las entidades de gestión que, habiendo percibido el importe correspondiente, no hubieran podido abonarlo a los titulares del derecho.

83. De este modo, el Fondo venía a configurarse como una especie de acreedor subsidiario o residual¹⁸⁵, cuya inserción en el sistema se pretendía justificar aludiendo, por un lado, a la conveniencia de garantizar que el derecho de participación se abone siempre, evitando que el sujeto obligado al pago pueda ampararse en las dificultades para localizar al acreedor o en la falta de reclamación¹⁸⁶; por otro, a la necesidad de establecer algún mecanismo que garantice un cierto control público en la gestión del derecho de participación¹⁸⁷, habida cuenta de que la especial naturaleza de este puede dificultar su adecua-

¹⁸² En su momento advertía BERCOVITZ (“La Directiva...”, cit., p. 22) acerca de la confusión generada, a su juicio, por el art. 150 LPI, y por la interpretación que del mismo vino a hacer el TS en las SSTs de 29 octubre 1999 (R.J. 8165 y 8167), al atribuir *ex lege* a las entidades de gestión la posibilidad de recaudar derechos cuya gestión no les hubiera sido encomendada (o sin que se hubieran reclamado los resultados derivados de ella) por sus titulares, en la medida en que podía dar lugar a un enriquecimiento sin causa de dichas entidades (trasladado o no a sus miembros). En tal caso, decía el autor, tendría sentido seguir atribuyendo al Fondo de Ayuda a las Bellas Artes la condición de beneficiario residual del derecho de participación, evitando así que fueran las entidades de gestión las que terminaran apropiándose de un derecho no reclamado por sus titulares. Obsérvese que esta es precisamente la solución finalmente acogida por la LDP en su art. 13.2.

¹⁸³ Con ello quedaba definitivamente excluida la posibilidad de que el vendedor pudiera ejercitar ninguna acción encaminada a recuperar la parte del precio retenida y no reclamada efectivamente por los titulares del derecho de participación, tal como planteaba BALLESTEROS (*op. cit.*, p. 159) antes de la reforma de 1992. Sobre los precedentes de esta figura, vid. CASAS, “Notas...”, cit., pp. 186 y ss.

¹⁸⁴ Si bien su creación efectiva no tuvo lugar hasta la promulgación de la Orden del Ministerio de Cultura 1523/2007, de 24 mayo (BOE. núm. 131, de 1 junio 2007), por la que se crea la Comisión Administradora del Fondo de Ayuda a las Bellas Artes.

¹⁸⁵ En nuestro sistema el Fondo nunca ha sido considerado como heredero de último grado respecto al derecho de participación, tal como hacía originalmente la ley italiana (RAMS, *op. cit.*, p. 447).

¹⁸⁶ Informe ALADDA, *op. cit.*, p. 129.

¹⁸⁷ A ello se refiere el Preámbulo de la LDP cuando explica que la existencia del Fondo constituye una forma de garantizar

do control por parte de los propios titulares; y, por último, a la oportunidad de aprovechar los importes no cobrados para financiar la política cultural de las Administraciones Públicas.

84. Del Fondo de Ayuda a las Bellas Artes se ocupa en la actualidad el art. 13 LDP¹⁸⁸, cuya principal novedad respecto al modelo de la LPI reside en que solo habrán de ser ingresadas en él –en el plazo máximo de un año– aquellas cantidades que, habiendo sido percibidas por las entidades de gestión en concepto de derecho de participación, no hubieran sido repartidas a sus titulares dentro del plazo establecido en el art. 7.3 por falta de identificación de los mismos, y sobre las que no pese reclamación alguna; lo que, como hemos apuntado anteriormente, abona la idea de que el legislador da por sentado que serán habitualmente las entidades de gestión las destinatarias del pago realizado por los sujetos obligados, que en ningún caso habrán de ingresar directamente en el Fondo los importes correspondientes. De este modo, el papel de este deja de ser el de un acreedor residual para convertirse, más bien, en un simple beneficiario del derecho de participación; con la importante particularidad de que su función no es la de un depositario temporal, encargado de custodiar los importes ingresados a disposición de los verdaderos titulares que pudieran aparecer, al menos, dentro de un plazo determinado, sino que su adquisición ha de considerarse, al parecer, definitiva¹⁸⁹.

85. En cualquier caso, las modificaciones introducidas en el régimen del Fondo no permiten disipar las numerosas dudas que su propia existencia ha suscitado en la doctrina¹⁹⁰, que ha puesto de manifiesto la dificultad para justificar que un derecho de naturaleza estrictamente privada, como es el de participación, pueda ser aprovechado para financiar políticas públicas de cultura o asistencia social, en perjuicio, no solo de los sujetos obligados al pago –que se ven así privados de la posibilidad de aprovechar los efectos beneficiosos de la prescripción, en contra de las reglas generales en la materia¹⁹¹–, y de las entidades de gestión de derechos de autor –que podrían haber sido consideradas, no sin justificación, como beneficiarias residuales del derecho¹⁹², sino también de los propios titulares del derecho de participación, que se ven igualmente abocados a perder definitivamente su derecho si no llegan a hacerlo efectivo antes de que transcurran los breves plazos contemplados por el art. 7.3 (un año desde que la entidad de gestión recibió el pago, salvo que en ese plazo se produzca la reclamación por parte del titular, en cuyo caso este deberá recibir el importe correspondiente en el plazo de un mes). Ello supone otra inexplicable derogación del régimen general de la prescripción de derechos, ya que no solo se ignora el plazo de cinco años que, en buena lógica, debería aplicarse al derecho que corresponde a los titulares frente a la entidad de gestión¹⁹³, sino que también se excluye *a radice* la posibilidad de un pago voluntario posterior al transcurso del plazo de prescripción. Constituye además una grave incoherencia interna de la ley, que, como vimos, reconoce a los titulares del derecho y a las entidades de gestión un plazo de tres años para recabar información sobre la reventa (art. 11.1), y fija también un plazo de prescripción

un cierto control público sobre la correcta administración del derecho de participación, y a tal efecto se le encomienda la elaboración de un informe anual sobre la base de la información que le proporcionen las entidades de gestión.

¹⁸⁸ Vid. también Disp. Final 4ª de la Ley.

¹⁸⁹ Advierte ROCHA (*op. cit.*, p. 181) que en el sistema español las cuantías correspondientes al derecho de participación son atribuidas al Fondo a título definitivo, y no, como sucede, por ejemplo, en California, donde la cantidad entregada al *California Arts Council* se entiende depositada provisionalmente a disposición del autor (sección 986, apartado (a) (5) del *Civil Code*). Vid. también art. 154.6 TRLPI, en el que se reconoce a las entidades de gestión la posibilidad de destinar una parte de los importes recaudados y no reclamados por los autores, una vez transcurridos determinados plazos, a diversos fines institucionales que precisa el art. 154.5, pero “*sin perjuicio de las reclamaciones de los titulares sobre dichas cantidades no prescritas*”.

¹⁹⁰ BERCOVITZ (“La Directiva...”, *cit.*, p. 21) considera incluso que las previsiones de la Directiva en cuanto a los posibles titulares o beneficiarios del derecho de participación, al referirse únicamente al autor y a sus derechohabientes *mortis causa*, no resultan compatibles con el mantenimiento del Fondo de Ayuda a las Bellas Artes como beneficiario subsidiario del mismo. Vid., no obstante, art. 14 *ter* del Convenio de Berna, que refiere la titularidad del derecho de participación al autor o, después de su muerte, “*a las personas o instituciones a las que la legislación nacional confiera derechos*”.

¹⁹¹ Lo advertía RAMS (*op. cit.*, p. 450) respecto al vendedor.

¹⁹² En este sentido, ROCHA, *op. cit.*, pp. 178-179.

¹⁹³ Cfr. art. 1964 CC y art. 154, números 3 y 4, del TRLPI. En Italia, el art. 154.2 del *Codice di diritto d'autore* prevé que las cantidades recaudadas por la *Società italiana di autori ed editori* (SIAE) y que no hayan podido ser entregadas a sus titulares se mantendrán durante cinco años a disposición de aquellos, antes de ser entregadas al ENAP.

de tres años desde la notificación para el ejercicio por los titulares de la acción de pago frente a los profesionales intervinientes en la operación (art. 12)¹⁹⁴.

VIII. Conclusiones

86. El futuro del derecho de participación de los artistas visuales en el contexto del actual mercado del arte -muy competitivo y fuertemente condicionado por el fenómeno de la globalización- dependerá fundamentalmente de dos tipos de factores: por un lado, la continuidad en el proceso de expansión y armonización del derecho a nivel internacional; por otro, la articulación de mecanismos de gestión y recaudación eficaces, ágiles y económicos que eviten convertirlo en un inútil obstáculo para el buen funcionamiento del mercado. En lo que se refiere al primer aspecto, es indudable que tanto el Convenio de Berna como la Directiva 2001/84 supusieron en su momento avances importantes, ya que el reconocimiento del *droit de suite* parece ir abriéndose camino lenta y dificultosamente incluso en países que tradicionalmente se mostraron reticentes a su incorporación, y también en aquellos que en el futuro próximo están llamados a asumir un papel protagonista en el mercado del arte. Quedan abiertas, sin embargo, las incertidumbres que puede generar el *Brexit* y sus imprevisibles consecuencias sobre la actitud que en el futuro pueda adoptar un actor tan importante e influyente en este sector como es el Reino Unido. En cuanto al segundo aspecto, el proceso iniciado en el ámbito europeo con la Directiva 2001/84 -llamado a servir de base para una imprescindible armonización a nivel internacional-, ha dejado todavía muchos cabos sueltos en aspectos fundamentales de la regulación del derecho de participación (tanto en España como en otros países de nuestro entorno) que inciden negativamente sobre la operatividad del sistema, poniendo en peligro su propia sostenibilidad de cara al futuro. En este sentido, resulta necesario insistir sobre la conveniencia de solucionar en lo posible las dudas que en la actualidad -y pese a la relativa clarificación aportada en algunos extremos por la Directiva- siguen planteándose a la hora de delimitar con precisión algunos de sus elementos fundamentales (p. ej., obras protegidas, sujetos obligados, beneficiarios directos e indirectos, negocios que activan el derecho, papel de las entidades de gestión colectiva, etc.). La clarificación de estas dudas (que debería abordarse preferiblemente en el terreno normativo, sin perjuicio de las imprescindibles aportaciones jurisprudenciales, doctrinales y profesionales; y preferiblemente a nivel de la UE, sin perjuicio de los márgenes que hayan de reconocerse a los legisladores nacionales) constituye un presupuesto ineludible para facilitar la gestión del derecho, evitando en lo posible los costes inherentes a la incertidumbre y a la consiguiente litigiosidad. A tal efecto, no debería perderse de vista en ningún momento lo que ha sido una constante en el lento y laborioso proceso histórico de construcción del propio *droit de suite*: la conveniencia de dotarlo de una configuración técnica simple, segura y viable, aun a costa de asumir soluciones que puedan resultar discutibles desde el punto de vista de su propio fundamento teórico.

¹⁹⁴ Sobre las dificultades para coordinar el régimen de prescripción de las acciones relacionadas con el derecho de participación y la intervención del Fondo había advertido ya CASAS ("Notas...", cit., pp. 188 y ss.), al hilo de los trabajos que dieron lugar a la reforma de la LPI en 1992; vid. también BERCOVITZ ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 387, con referencia al art. 24 LPI.