

Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos

Cuadragésima primera sesión
Ginebra, 28 de junio a 1 de julio de 2021

ACLARACIONES DEL GRUPO ESPECIAL DE TRABAJO SOBRE EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN DE LOS ARTISTAS EN LAS REVENTAS EN RESPUESTA A LAS PREGUNTAS PLANTEADAS POR LA DELEGACIÓN DEL JAPÓN

Documento preparado por la Sra. Marie-Anne Ferry-Fall, presidenta del Grupo de Trabajo 1, “Las galerías y el derecho de participación en las reventas”, y el profesor Sam Ricketson, presidente del Grupo de Trabajo 2, “Gestión del derecho de participación de los artistas en las reventas y las modalidades adoptadas en determinadas jurisdicciones”.

Grupo Especial de Trabajo sobre el Derecho de Participación de los Artistas en las Reventas

Durante la cuadragésima sesión del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos, celebrada del 16 al 20 de noviembre de 2020, la delegación del Japón planteó varias cuestiones en relación con el derecho de participación en las reventas.

Habida cuenta de su experiencia, Marie-Anne Ferry-Fall y Sam Ricketson, miembros del Grupo Especial de Trabajo, prepararon una respuesta a esas preguntas, que se repartieron entre ellos.

1.A) Transacciones sujetas al derecho de participación de los artistas en las reventas: reventas cubiertas y exclusiones en los sistemas nacionales

En la gran mayoría de los sistemas nacionales de participación de los artistas en las reventas estudiados por el Grupo Especial de Trabajo, solo están cubiertas las reventas en que interviene un profesional del mercado del arte, como un agente o una galería, quedando fuera del sistema las reventas privadas y algunas otras, por ejemplo, las realizadas por los museos. Esas restricciones se articulan de forma diferente en las distintas legislaciones nacionales, como ilustran los ejemplos que se exponen a continuación. El motivo de esas exclusiones puede resultar obvio (la dificultad de detectar y rastrear esas transacciones), si bien es de suponer que ello entraña una importante brecha en los ingresos que obtienen los artistas por esas reventas.

En la mayoría de los sistemas nacionales de participación de los artistas en las reventas se suelen fijar precios mínimos, lo que funciona como un filtro adicional sobre el número de reventas cubiertas. Además, pueden surgir problemas a la hora de definir lo que realmente se revende, por ejemplo, cuando se incluyen varios artículos en una misma transacción (dípticos, *collages*, etc.). Por consiguiente, estas y otras cuestiones, por ejemplo, el tratamiento del impuesto sobre el valor añadido y las primas de los compradores, pueden tratarse de forma diferente en cada sistema, como ilustran las siguientes descripciones de los países.

Reino Unido

En este país, el derecho de participación de los artistas en las reventas se aplica a cualquier transferencia de propiedad de una obra posterior a la primera transferencia de propiedad, cuando el comprador o el vendedor (o su agente) actúan en una operación de comercio de obras de arte. Sin embargo, la consignación de una obra en subasta o en una galería no suele entrañar una transferencia de la titularidad en virtud de la legislación del Reino Unido y, por lo tanto, está exenta de derechos.

Otras cuestiones que cabe señalar:

- El precio de venta de una obra debe ser igual o superior a 1.000 euros, o su equivalente en libras esterlinas en la fecha de venta.
- Las ventas que incluyan varios artículos pueden considerarse como una sola obra, como un díptico, un tríptico o un *collage*. Si una venta incluye varios artículos que no se consideran una sola obra, el valor de cada artículo será determinado por el profesional del mercado del arte. Los artículos que superen el valor de 1.000 euros estarán sujetos al derecho de participación de los artistas en las reventas.
- Derecho de participación: El Reglamento de 2006 establece que el derecho de participación de los artistas en las reventas se aplica a los “nacionales que reúnen los requisitos”, definidos en el artículo 10 como “nacionales de un Estado del EEE” o nacionales de un país incluido en un anexo de la ley. Esta lista incluía más de 25 países fuera del EEE en los que existía una forma de derecho de participación en su jurisdicción. Cuando en 2011 se actualizó la ley para incluir el derecho de los herederos

de los artistas a recibir regalías por las reventas, se modificó el artículo 10. Así, se estableció que el derecho de participación de los artistas en las reventas podía aplicarse a los nacionales de un Estado del EEE o de un “Estado cuya legislación permita el derecho de participación a los autores de los Estados del EEE”. También se eliminó el anexo que contenía los Estados adicionales no pertenecientes al EEE. Sin embargo, la realidad es que los profesionales del mercado del arte del Reino Unido se niegan a pagar las regalías correspondientes a los artistas que no tienen la nacionalidad de un país del EEE. Consideran que la retirada del anexo indica que el derecho de participación de los artistas en las reventas era y es una ley europea que solo afecta a los nacionales del EEE.

Dicho Reglamento también recoge una exención por “compra de existencias”: cuando un vendedor compra directamente al artista y revende la obra en un plazo de tres años por un precio no superior a 10.000 euros, no está obligado a pagar al artista el derecho de participación. Con ello se pretende animar a los vendedores a invertir en artistas emergentes, que a su vez establecen relaciones con los profesionales del mercado del arte.

Francia

Para que una venta pueda acogerse al derecho de participación de los artistas, debe cumplir las siguientes condiciones acumulativas relativas, en primer lugar, al artista y, en segundo lugar, a la reventa:

Condiciones relativas al artista

- El artista debe ser ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de un país que forme parte del Espacio Económico Europeo. No obstante, otros artistas o sus beneficiarios pueden beneficiarse del derecho de participación si la legislación de su país reconoce el derecho de participación de los artistas de la Unión Europea o si el artista ha participado en la vida artística francesa y ha vivido en Francia durante 5 años, con el acuerdo del Ministro de Cultura y previa consulta a una comisión (asimilación).
- El artista debe estar vivo o haber fallecido en los últimos 70 años. El cálculo se realiza a partir del final del año natural del fallecimiento. Por ejemplo, las obras de un artista fallecido el 22 de marzo de 1949 están cubiertas por el derecho de participación en las reventas hasta el 31 de diciembre de 2019 inclusive. En la práctica, y si no se conoce la fecha de fallecimiento del artista, la AGADP considera que las obras posteriores a 1860 son susceptibles de acogerse al derecho de participación.

Condiciones relativas a la reventa

- El derecho de participación de los artistas en las reventas es exigible en cualquier venta de 750 euros o más, que no sea la primera venta de la obra, en la que intervenga un profesional del mercado del arte –casa de subastas, subastador, galería, anticuario, enmarcador, comercio en línea– como vendedor, comprador o intermediario.
- Como excepción, están exentas las ventas por un precio inferior a 10.000 euros realizadas por un vendedor que haya comprado la obra directamente al artista menos de tres años antes de la venta (una exención por “compra de existencias” similar a la del Reino Unido).
- La venta debe haber tenido lugar en Francia o estar cubierta por la ley francesa del IVA.

Desglose de las ventas

Las cifras de los años 2015 a 2019 indican que el mayor número de reventas de arte declaradas (86%) se produjo en subastas, y un 14% en galerías. Los porcentajes respectivos del total de reventas fueron del 72% y el 29%, mientras que los respectivos a los derechos de reventa fueron del 75% y el 25%.

Australia

Según el artículo 6 de la ley sobre el derecho de participación de los artistas en las reventas, este derecho prevé la percepción de regalías por la “reventa comercial de una obra de arte”. Se trata esencialmente de cualquier reventa en la que participe un “profesional del mercado del arte que actúe como tal” (artículo 8.2)).¹ El término “profesional del mercado del arte” se define de manera amplia en el artículo 8.3) como se indica a continuación:

- a) un subastador,
- b) el propietario u operador de una galería de arte,
- c) el propietario u operador de un museo,
- d) un comerciante de arte o
- e) una persona que se dedique al comercio de obras de arte.

Quedan excluidas las siguientes situaciones:

- Las ventas privadas de un particular a otro, es decir, cuando no interviene ningún profesional del mercado del arte.
- La obra se revende por 999 dólares australianos o menos, incluido el GST (impuesto sobre el valor añadido): artículo 10.1). Este nivel mínimo puede ser modificado por la normativa. El término “precio de venta” se define en el artículo 10.2) (véase más adelante).
- Obras existentes cuando se puso en marcha el sistema y cuyo último cambio de titularidad fue anterior al 9 de junio de 2010: artículo 11.
- El artista no es ciudadano o residente australiano (con el tiempo esto cambiará cuando se introduzcan acuerdos de reciprocidad): artículos 12 y 14.
- El artista ha fallecido hace más de 70 años desde el final del año del fallecimiento: artículo 32.
- El artista ha fallecido y su beneficiario no tiene la conexión necesaria con Australia (misma observación respecto a los acuerdos recíprocos): artículo 12.4).²

Por “precio de venta” en la reventa de una obra de arte se entiende el importe pagado por la obra de arte por el comprador en la reventa, incluido el impuesto GST, excluyéndose toda prima del comprador u otro impuesto pagadero por la venta: artículo 10.2) de la ley. El término “prima del comprador” describe una práctica asociada a las ventas en subasta que hace referencia a la comisión que las casas de subastas cobran a los compradores (normalmente entre el 17 y el 25% del precio de venta). En cambio, las comisiones de las galerías (que suelen oscilar entre el 40 y el 60%) se incluyen en el precio de venta a efectos del cálculo del derecho de participación (información facilitada por un contable autorizado).

Hungría

Toda transmisión de propiedad a título oneroso está afectada cuando la transmisión se realiza “con la asistencia de un comerciante de arte”: artículo 70.1) de la ley de 1999. Por “comerciante de arte” se entiende toda persona física o jurídica que comercie con obras de arte: artículo 70.3). Cualquier otra reventa queda fuera del ámbito del derecho de participación de los artistas en las reventas.

Solo hay una exclusión para los casos en que un museo participa en la venta de las obras de arte, el artículo 70.8), que aplica el considerando 18)³ de la *Directiva relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original*.

¹ En un estilo típico de la legislación australiana, la “reventa comercial” no incluye una reventa comprendida en una “clase excluida” (artículo 8.1)c)), y una reventa en la que no participe un profesional del mercado del arte se define explícitamente en el artículo 8.2) como una “clase de transferencia excluida”.

² Consulte las páginas 5 y 15 de la Guía del sistema de derechos de participación de los artistas en las reventas (junio de 2015) para obtener información sobre qué es una reventa comercial y los criterios de admisibilidad de las regalías.

³ Considerando 18) de la Directiva: “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”.

República Checa

Cuando la obra de arte original cuya propiedad ha sido cedida por su autor a otra persona es vendida posteriormente por un precio igual o superior a 1.500 euros, el autor tiene derecho, respecto a cualquier reventa de la obra, a las regalías establecidas en el anexo 1 de la Ley de Propiedad Intelectual, siempre que un galerista, subastador o cualquier otra persona que comercie habitualmente con obras de arte (en adelante, el “comerciante”) participe en dicha venta como vendedor, comprador o intermediario: artículo 24.1) de la Ley de Propiedad Intelectual de 2000 (en su versión modificada).

Eslovaquia

El derecho de participación de los artistas en las reventas se aplica a cualquier venta posterior del original de la obra, después de la primera venta del autor. Otra condición es que un subastador, organizador de una exposición de ventas, administrador de una sala de exposiciones o cualquier otra persona que realice actividades comerciales con obras de arte (el “comerciante”) debe haber participado en dicha reventa como vendedor, comprador o intermediario: artículo 23.1) de la Ley de 2015.

Polonia

Solo están cubiertas las “reventas profesionales” después de la primera venta por parte del autor original, definiéndose la “reventa profesional” como “todas las actividades de reventa llevadas a cabo como parte del negocio, por vendedores, compradores, agentes y otras entidades implicadas profesionalmente en la venta de obras de arte o manuscritos de obras literarias y musicales”: artículo 19.2 de la Ley modificada de 1994.

Suecia

Todas las reventas que han sido precedidas por una venta, intercambio o regalo.

Las únicas exclusiones son las ventas entre dos particulares sin utilizar un intermediario (si interviene un intermediario, este paga la tasa de reventa), así como las mencionadas anteriormente (manuscritos y copias de una obra de arquitectura). Tampoco se aplica a la venta de un particular a un museo sin ánimo de lucro sin recurrir a intermediarios: artículo 26n de la Ley modificada de 1960.

Federación de Rusia

No existen exclusiones.

Brasil

El derecho de participación en las reventas corresponde al autor en cada reventa de la obra de arte o del manuscrito que haya enajenado.

Uruguay

El derecho de participación en las reventas se aplica, en principio, a la reventa de todas las obras de arte plásticas o escultóricas realizada en subasta pública, en un establecimiento comercial o con la intervención de un agente o comerciante. En la práctica, y principalmente en las subastas, las únicas reventas que se contemplan son las relativas a pinturas y esculturas y son pocos los casos señalados en relación con los manuscritos u otras obras, y lo mismo parece ocurrir en relación con las obras de fotografía.

PICTORIGHT (organismo de gestión colectiva (OGC) con sede en los Países Bajos), la *Design and Artists Copyright Society* (DACS, un OGC con sede en el Reino Unido) y la Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP, un OGC con sede en España) también respondieron a las dos preguntas formuladas por la delegación del Japón.

1.B) ¿Cómo se puede garantizar la trazabilidad de las transacciones que se inscriben en el ámbito de aplicación del derecho de participación de los artistas en las reventas cuando esas transacciones no tienen lugar en el marco de las subastas públicas?

Las obras de arte pueden adjudicarse a través de subastas públicas o de forma privada, en particular a través de intermediarios de los operadores de ventas voluntarias y de las galerías de arte, o de cualquier otro profesional del mercado del arte.

La trazabilidad de esas transacciones privadas, cuya naturaleza evita que se pongan en conocimiento de terceros, puede garantizarse por diversos medios.

- **i) Mantenimiento de un registro por parte de los profesionales del mercado del arte y consulta de los libros de contabilidad de esos profesionales:**

La trazabilidad de las transacciones realizadas por las tiendas especializadas en arte, especialmente en el caso de los bienes de segunda mano, las obras de arte y las piezas de coleccionismo, suscita gran preocupación más allá de la cuestión del derecho de participación de los artistas en las reventas, ya que también desempeña un papel crucial en la búsqueda de obras expoliadas, robadas o que son objeto de receptación, sobre todo en los países con un importante patrimonio cultural.

En consecuencia, muchos países exigen a las personas que comercian con bienes muebles, objetos y obras de arte que **lleven un registro que permita rastrear los flujos de entrada y salida de los bienes** que gestionen, y cuyo acceso deben facilitar los profesionales correspondientes a las autoridades judiciales o policiales encargadas de la inspección. Puede tratarse de un registro en formato de papel con una serie de requisitos formales (un registro enumerado y rubricado, con hojas inamovibles y numeradas, que debe ser refrendado por la autoridad de inspección) o de un registro informatizado (cuya gestión automatizada debe garantizar la integridad, la inviolabilidad y la seguridad de los datos registrados).

En Francia, por ejemplo, los profesionales del mercado del arte, ya sean operadores de ventas voluntarias, galerías de arte o pequeños comerciantes, están obligados a llevar libros de registro de bienes muebles en los que anotan todos los objetos que reciben. **Además de los libros de registro de bienes muebles, mantienen un registro de armas y otro de joyas y metales preciosos.** El incumplimiento de esta obligación está sujeto a sanciones penales. Los datos que deben figurar en el registro de bienes muebles (identidad del depositante; naturaleza, origen y descripción de cada objeto; precio de compra y método de pago, entre otros) se conservan durante 10 años a partir de la fecha de su inscripción. Las casas de subastas públicas están obligadas a llevar ese registro únicamente en formato electrónico, mientras que para los demás profesionales sigue siendo opcional, siempre que no pueda ser modificado. **El objetivo principal del libro de registro de bienes muebles es el inventario y la trazabilidad de esos bienes.**

Además de un libro de registro de bienes muebles llevado correctamente, el **acceso a los libros de cuentas de los profesionales del mercado del arte por parte de una autoridad independiente** también permitiría rastrear las transacciones que pueden acogerse al derecho de participación de los artistas en las reventas.

- **ii) Obligación de proporcionar información por parte de los profesionales del mercado del arte:**

Por otra parte, la legislación puede establecer un régimen de información sobre las ventas.

De ese modo, Europa ha adoptado un régimen jurídico en el que se prevé que, de conformidad con la Directiva 2001/84/CE, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, transpuesta al derecho nacional de los Estados miembros de la Unión Europea, los profesionales del mercado del arte que actúan como vendedores, compradores o intermediarios están obligados a proporcionar toda la información necesaria para la liquidación de los importes adeudados en concepto de derecho de participación en las reventas.

Para facilitar esa información obligatoria y reducir la carga administrativa de los profesionales del mercado del arte, los OGC han establecido **formularios normalizados fáciles de cumplimentar que deben remitirse a los OGC, y también mecanismos para facilitar información a través de Internet**, disponibles en el sitio web de cada OGC.

- **iii) Otras formas de garantizar la trazabilidad:**

Como sucede en el caso de los medios citados, las siguientes actividades también permiten garantizar la trazabilidad de las transacciones que permiten a los artistas y los titulares de los derechos de sus obras beneficiarse del derecho de participación en las reventas:

- Organizar **actos y reuniones entre los profesionales del mercado del arte, por una parte, y los titulares de derechos y los OGC, por otra**, que permitan reforzar los vínculos entre las partes interesadas en el derecho de participación en las reventas y establecer una confianza mutua a largo plazo;
- Poner en marcha **campañas nacionales de información** para dar a conocer y explicar el funcionamiento de la gestión colectiva del derecho de participación en las reventas;
- Elaborar y distribuir **herramientas informativas** que recuerden al público la razón de ser del derecho de participación en las reventas y los aspectos fundamentales de su aplicación, así como las obligaciones correspondientes;
- Alentar a los artistas y las organizaciones profesionales que se ocupan de su representación a **informar a los OGC en caso de incumplimiento de las obligaciones legales relativas al derecho de participación en las reventas** (incumplimiento del deber de proporcionar información relativa a las transacciones, impago de las facturas presentadas en concepto de derecho de participación en las reventas), a fin de que puedan actuar en consecuencia, incluso por la vía judicial si es necesario, para hacer valer los derechos de las personas que pueden participar en los beneficios de las reventas.

2) ¿Cómo se puede garantizar la transparencia en la distribución de los importes del derecho de participación en las reventas y cómo se pueden distribuir los importes cuando no se identifica a las personas que tienen derecho a participar en los beneficios de las reventas?

Transparencia en la distribución de los importes en concepto de derecho de participación

La transparencia es un elemento esencial por lo que respecta a la distribución de los importes del derecho de participación recaudados por los OGC autorizados por las personas titulares de ese derecho.

Europa cuenta con normativa específica al respecto, gracias a la aprobación de la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado

interior. En la Directiva se establecen los requisitos para que los OGC **garanticen un elevado nivel de administración, gestión financiera, transparencia e información**, y se precisa que ello no debe impedir a los Estados miembros de la Unión Europea mantener o imponer normas más estrictas.

También se establecen distintos niveles de control **para garantizar la transparencia de la gestión de los derechos de autor, entre los que se incluye el derecho de participación en las reventas**, por parte de los OGC, a saber:

- La obligación de facilitar a **los titulares de derechos**, al menos una vez al año, información sobre la gestión de sus derechos (como los importes que les han sido adjudicados y abonados y las deducciones efectuadas debido a los costos de gestión, entre otras cosas), con el fin de reforzar su confianza en la gestión de los derechos por los OGC;
- La obligación de suministrar suficiente información, en particular de tipo financiero, **a otros OGC cuyos derechos gestionen a través de acuerdos de representación**;
- La obligación de **publicar un informe anual de transparencia** que incluya información financiera auditada y comparable en relación con sus actividades específicas (ingresos por derechos y deducciones efectuadas al respecto, costo de la gestión de los derechos y otros servicios prestados a los titulares, gastos de funcionamiento, etc.), así como un informe especial sobre la utilización de las cantidades destinadas a servicios sociales, culturales y educativos. El informe anual de transparencia se somete a la aprobación de la asamblea general de los miembros de los OGC con el fin de garantizar que los titulares de derechos puedan controlar y comparar las actuaciones respectivas de los OGC, y está sujeto a auditoría.

Asimismo, la Directiva exige a los Estados miembros que **establezcan una autoridad encargada de la función de supervisión para garantizar que los OGC cumplan la normativa vigente**. Esa responsabilidad compete **al auditor** y a **la autoridad nacional competente** (por ejemplo, el Tribunal de Cuentas).

Además, la normativa europea se encarga de delimitar qué entidades pertenecen a la categoría de los OGC, que se definen en la Directiva como organizaciones autorizadas *"para gestionar los derechos de autor (...) en nombre de varios titulares de derechos, en beneficio colectivo de esos titulares de derechos, como único o principal objeto (...) y que (...) [carecen de] ánimo de lucro"*, de la categoría de "operador de gestión independiente", en la que se encuadran las organizaciones con la misma finalidad pero que *"no son propiedad ni están sometidas al control (...) de los titulares de derechos y [carecen de] ánimo de lucro"*. Por lo tanto, queda claramente establecido que, **a diferencia de otros organismos responsables de la gestión de derechos, la actividad de los OGC que se ocupan de la recaudación de la remuneración en concepto de derechos de autor, incluido el derecho de participación en las reventas, no tiene carácter comercial**.

Distribución del derecho de participación en las reventas cuando se desconozca quiénes tienen derecho a participar en los beneficios

La Unión Europea también ofrece ejemplos de legislaciones de los Estados miembros que han encontrado soluciones y establecido acuerdos específicos cuando los derechos de autor (como el derecho de participación en las reventas, el derecho de reproducción y los derechos de interpretación y ejecución, entre otros) han sido recaudados pero no pueden ser distribuidos por diversas razones.

Por ejemplo, en el Reino Unido, los OGC ingleses tienen seis años para localizar a las personas con derecho a participar en los beneficios de las reventas que se han recaudado en el marco de

la gestión colectiva obligatoria. Una vez transcurrido ese período, las OGC inglesas, como por ejemplo la DACS, someten a votación de sus miembros en la asamblea general anual la utilización que se dará a esas cantidades, de conformidad con la normativa local vigente. En el pasado, los miembros de la DACS votaron a favor de **reintegrar esas cantidades a los profesionales del mercado del arte que las desembolsaron inicialmente.**

En España, la gestión colectiva obligatoria vigente desde el 4 de marzo de 2019 permite a los OGC nacionales recaudar los importes correspondientes al derecho de participación aplicable en los casos de reventas de obras de arte para autores que sean nacionales de alguno de los Estados que reconocen ese derecho, con independencia de si esos autores u otras personas con derecho a participar en los beneficios de las reventas están o no representados por esos OGC. De acuerdo con las disposiciones locales aplicables, los profesionales del mercado del arte disponen de dos meses a partir de la fecha de la venta para cumplir con la obligación de informar al OGC sobre la venta de obras sujetas al derecho de participación en las reventas y pagar el importe correspondiente a ese derecho en un plazo de dos meses a partir de la notificación pertinente. Una vez cobrado el importe relativo al derecho de participación en las reventas, el OGC tiene un año para distribuirlo entre las personas con derecho a percibirlo. **En caso de que, una vez transcurrido ese plazo, no se haya identificado a las personas que tienen derecho a participar en los beneficios de las reventas, el importe recaudado se ingresará en un fondo de apoyo a las bellas artes afectado al Ministerio de Cultura español. Por lo tanto, las sumas recaudadas redundan en beneficio de actuaciones públicas que favorecen a la comunidad artística española.**

En los Países Bajos, cuando los importes del derecho de participación en las reventas son recaudados para nacionales neerlandeses por OGC extranjeras en régimen de gestión colectiva obligatoria y, tras efectuarse las pesquisas correspondientes (como ponerse en contacto con museos, buscar en Internet, examinar el testamento en el marco si se trata de una sucesión, etc.), no se ha podido identificar a alguna de las personas que tienen derecho a participar en los beneficios de las reventas, **los importes en cuestión pueden asignarse a fines que beneficien a todos los artistas visuales o quedar disponibles para proyectos artísticos con vocación social y cultural.**

Por su parte, en Escandinavia, las OGC tienen la obligación legal de buscar a los artistas y a sus derechohabientes más allá de las fronteras nacionales para reintegrarles los derechos recaudados en su nombre y beneficio, lo que no se limita al derecho de participación en las reventas, sino que también se aplica a otros ingresos reportados por la explotación de los derechos de autor.

En Francia, cuando los OGC reciben la información sobre ventas que los profesionales del mercado del arte están obligados a comunicar, utilizan **diversos medios para identificar a las personas beneficiarias del derecho de participación en las reventas y ponerlas al corriente de que se han producido ventas que generan unos beneficios como consecuencia de ese derecho.** Los OGC buscan activamente a esas personas y se ponen en contacto con ellas, recurren a genealogistas, publican anuncios de búsqueda en la prensa especializada o publicitan la búsqueda en sus sitios web. Por ejemplo, el OGC francés *Auteurs dans les arts graphiques et plastiques* (ADGP) ha publicado una notificación de búsqueda en su sitio web que permite a cualquier persona interesada averiguar si se han producido ventas que entren en el ámbito de aplicación del derecho de participación e invita a esas personas a identificarse en caso necesario. En caso de que la búsqueda resulte infructuosa y no se localice a alguna de las personas beneficiarias, **los importes del derecho de participación recaudados que correspondan a esas personas no se perderán ni serán retenidos indebidamente por los OGC.** De hecho, el Código de Propiedad Intelectual francés prevé que, a falta de derechohabiente conocido, o en caso de herencia yacente o de desheredación, el tribunal podrá confiar los importes del derecho de participación en las reventas a un OGC (...) autorizado a tal efecto mediante una orden del

ministro de Cultura, y que los importes recaudados por el organismo autorizado se destinarán al pago de una parte de las contribuciones adeudadas por los autores de las artes gráficas y visuales en concepto de pensión complementaria. **Así pues, el régimen establecido por el legislador francés abre a toda la comunidad de artistas la posibilidad de beneficiarse de esos importes en su pensión.**

3) Justificación de los derechos de reventa de obras de arte

Se han esgrimido varios argumentos de carácter sentimental, de equidad y justicia, y económico, a favor del derecho de participación en las reventas de obras de arte.

Argumentos de carácter sentimental o de compasión

Gran parte de los primeros argumentos a favor del derecho de participación de los artistas en las reventas se presentaron simplemente en términos de una preocupación humanitaria por la situación de los artistas pobres y hambrientos, como medio de garantizarles, a ellos y a sus familias, una forma de seguridad social durante y después de la vida de los artistas. El caso de Jean-François Millet, cuyo cuadro *El Ángelus* se vendió por 800.000 francos de oro después de su muerte como resultado de una guerra de ofertas entre coleccionistas estadounidenses y franceses, mientras su familia quedaba en la pobreza, constituyó una potente imagen para los defensores del *droit de suite* en la Francia de finales del siglo XIX.⁴ El ejemplo del artista estadounidense Robert Rauschenberg, que se enfrentó al coleccionista de uno de sus primeros cuadros cuando lo revendió con un beneficio considerable unos años después, ofrece una imagen más sólida, pero igualmente convincente.⁵ Las pruebas empíricas muestran que los artistas visuales, como grupo, tienen unos ingresos bajos y normalmente tienen que complementarlos de otras maneras.⁶ Un estudio de la Oficina de Derecho de Autor de los Estados Unidos en de América 2013 también ha constatado que los ingresos de los artistas visuales son inferiores a los de otras categorías de creadores.⁷ Que la concesión de un derecho de participación sea un medio para corregir el desequilibrio entre el esfuerzo artístico y los bajos ingresos es una cuestión más compleja, y su utilidad para lograrlo ha sido fuertemente cuestionada por algunos comentaristas, especialmente en los Estados Unidos.⁸ Algunos artistas viven lo suficiente como para obtener una buena recompensa económica por sus últimas obras, aunque hayan recibido muy poco por las ventas de las primeras. De hecho, el fallecimiento suele provocar un repunte en la reventa de las obras de los artistas, ya que su oferta deja de ser continua, como revelan las ventas en subasta.⁹ La pobreza familiar es un

⁴ Como se recoge en la litografía de Jean-Louis Forain en la página inicial de J Farchy, *Le droit de suite est-il soluble dans le analyse économique?* Marzo de 2011 ("Farchy"). Véase además C M Vickers, "The Applicability of the Droit de Suite in the United States" 3 B C Int & Comp L Rev 433, 438, N.º 16 (1980).

⁵ Véase M. Elizabeth Petty, "Rauschenberg, Royalties, and Artists' Rights: Potential Droit de Suite Legislation in the United States" (2014) 22 Wm. & Mary Bill Rts. J. 977, en <http://scholarship.law.wm.edu/wmbrj/vol22/iss3/8>; MB Reddy, "The Droit de Suite: Why American Fine Artists Should Have a Right to a Resale Royalty" (1995) 15 Loy. L.A. Ent. L. Rev. 509, nota 4. Disponible en: <http://digitalcommons.lmu.edu/elr/vol15/iss3/2>

⁶ Véase D Throsby y A Zednik, *Do you really expect to be paid? An economic study of profesisonal artists in Australia*, Australia Council for the Arts, Sydney, 2010, disponible en http://australiacouncil.gov.au/workspace/uploads/files/research/do_you_really_expect_to_get_pa-54325a3748d81.pdf, y véase también un estudio anterior de D Throsby y V Hollister, *Don't give up your day job: an economic study of profesisonal artists in Australia*, Australia Council, 2003. Véase además el excelente estudio de E Hudson y S Walker, "Droit de Suite downunder: Should Australia introduce a Resale Royalties Scheme for Visual Artists?", Instituto de Investigación de la Propiedad Intelectual de Australia, documento de trabajo N.º 11/04, septiembre de 2004.

⁷ Informe de 2013 de la Oficina de Derecho de Autor de los Estados Unidos, págs. 31 a 36.

⁸ Véase, por ejemplo, M E Price, "Government policy and economic security for artists: the case of the droit de suite" (1968) 77 Yale LJ 1333.

⁹ A este respecto, véase el cuadro de las 100 mayores ventas en subasta en Farchy, pág. 48. Salvo algunas excepciones, como Jeff Koons y Damien Hirst, la gran mayoría de esos artistas habían fallecido:

argumento de peso a favor del derecho de participación en las reventas *post mortem*, el cual podría constituir una buena razón para conceder el derecho, salvo que a menudo se da el caso de que a los artistas fallecidos también les iba bien, de hecho, extremadamente bien, antes de su muerte. La limitada información de un país (Australia) que introdujo el derecho de participación en 2009 sugiere que las sumas recaudadas en los primeros años se destinaron principalmente a los artistas australianos más conocidos o a sus legados, mientras que las asignaciones al grueso de los artistas en activo fueron ínfimas.¹⁰ También cabe destacar que hay muchos artistas, quizás la gran mayoría, cuyas obras aumentan muy poco su valor, o incluso disminuyen, tanto durante como después de su vida. De hecho, si la reventa es el desencadenante de la imposición del derecho de participación, es posible que nunca se produzca o que ocurra muchos años después de la muerte del artista.¹¹ En este sentido, el derecho de participación de los artistas en las reventas apenas contribuirá a solucionar el problema de la pobreza de los artistas en el presente, en comparación con otros métodos como las subvenciones o los premios estatales, o incluso una mejor regulación de los acuerdos de los artistas con los agentes y las galerías.¹² Justificar el derecho de participación de los artistas en las reventas como un gesto humanitario puede no ser más que un sentimentalismo,¹³ a pesar de su fuerte atractivo emocional. Por consiguiente, se podría desaconsejar la formulación de una propuesta general (la adopción del derecho de participación de los artistas en las reventas) sobre la base de determinados ejemplos notorios.

El derecho del artista visual a participar en el incremento de valor: evitar el enriquecimiento injusto

Hay argumentos más razonados, es decir, menos sentimentales y tal vez más satisfactorios desde el punto de vista filosófico, que pueden esgrimirse a favor del derecho de participación de los artistas en las reventas.¹⁴ Las teorías del enriquecimiento injusto se han utilizado en apoyo de al menos una de las primeras leyes (Bélgica¹⁵), mientras que otra (Checoslovaquia) otorgaba al autor un derecho de participación en el beneficio neto de la reventa cuando este era “desproporcionado”.¹⁶ Esos argumentos tienen en cuenta el aumento de valor de la obra original (cuando se produce), y suponen que este se debe, al menos en parte, al trabajo posterior y a la fama del artista, por lo que el autor debería tener derecho a una parte del incremento de valor. En esos casos, los compradores de esas obras no han hecho mucho

Francis Bacon, Pablo Picasso, Claude Monet, Andy Warhol, Mark Rothko, Fernand Leger, Edvard Munch y Edouard Degas. También es interesante el hecho de que todas estas ventas se produjeron en países sin derecho de participación en las reventas, a saber, el Reino Unido (Londres) y Estados Unidos (Nueva York).

¹⁰ Varios de esos artistas fueron el difunto Fred Williams y el difunto Brett Whitely: véase N Rothwell, “*Royalties schemes cast sharp light on divided landscape*”, *The Australian*, 8 de agosto de 2013.

¹¹ Véase, por ejemplo, C McAndrew, *The EU Directive on ARR and the British Art Market*, estudio preparado para la Federación Británica del Mercado del Arte por *Arts Economics*, págs. 12-13 (donde se constata que el derecho de participación de los artistas en las reventas solo benefició al 1% de los artistas británicos vivos en 2013).

¹² Esa fue la conclusión de una reciente investigación realizada en Australia, que recomendó la adopción de otras medidas, junto con el derecho de participación en las reventas: *Report of the Contemporary Visual Arts and Crafts Inquiry*, Commonwealth de Australia, 2002 (“*Myers Report*”), págs. 11-20.

¹³ Véase, por ejemplo, M E Price, “*Government policy and economic security for artists: the case of the droit de suite*” (1968) 77 *Yale LJ* 1333; ME Petty, “*Rauschenberg, Royalties, and Artists' Rights: Potential Droit de Suite Legislation in the United States*” (2014) 22 *Wm. & Mary Bill Rts. J.* 977.

<http://scholarship.law.wm.edu/wmborj/vol22/iss3/8>; GA. Rub, “*The Unconvincing Case for Resale Royalties*” (2014) 124 *Yale L J F* 1, <http://www.yalelawjournal.com/forum/the-unconvincing-case-for-resale-royalties>.

¹⁴ Véase en general J-L Duchemin, *Le Droit de Suite des Artistes* (1948), pág. 19 y ss.; P Katzenberger, “*The Droit de Suite in Copyright Law*” (1973) 4 *IIC* 361, 364 y ss.; R E Hauser, “*French droit de suite: the problem of protection for the underprivileged artist under the copyright law*” (1959) 6 *Bull Cop Soc USA* 94, 103 y ss.

¹⁵ Informe de 2013 de la Oficina de Derecho de Autor de los Estados Unidos, pág. 31.

¹⁶ Ley de la República Checa de 1926, art. 35.

personalmente para provocar ese aumento, aunque su astucia al comprar las obras de esos artistas en particular en una etapa temprana de su carrera puede asemejarse a la habilidad del inversor astuto que ha hecho la investigación de mercado necesaria y, por lo tanto, merece una recompensa.¹⁷ También puede haber factores externos relacionados con el desarrollo del mercado de ese tipo de obras que deberían tenerse en cuenta, por ejemplo, cuestiones como las grandes tendencias culturales y artísticas o los cambios en el gusto del público. No obstante, se puede argumentar que en este caso el coleccionista se encuentra en la posición de un especulador que obtiene beneficios inesperados en la reventa, por lo que una parte de los beneficios debería devolverse al artista, cuyos esfuerzos han contribuido a que se produzca esa situación (por no hablar de los honorarios, a menudo cuantiosos, que han obtenido los intermediarios del mercado, como galerías, agentes y corredores, a lo largo del proceso). Este ha sido el enfoque adoptado en algunas legislaciones nacionales que han incorporado el derecho de participación en las reventas,¹⁸ con la consecuencia de que el artista no recibe nada si su obra se revende al mismo precio o a un precio inferior. Se trata de una especie de argumento de “vaivenes”, en el que el artista se presenta como copartícipe de la explotación posterior de su obra. En una economía de libre mercado, este planteamiento puede tener cierto atractivo, pero inevitablemente se enfrenta a la dificultad práctica de estimar el beneficio obtenido si los vendedores e intermediarios adoptan métodos contables creativos para disfrazar las ganancias: determinar el alcance de los beneficios en cualquier transacción es siempre un ejercicio complicado. No obstante, tiene la virtud de invitar a prestar atención a las respectivas contribuciones del artista, el coleccionista y el intermediario en la creación del valor posterior atribuido a una obra. Por otro lado, no resulta evidente por qué habría que diferenciar las obras de arte de otros derechos de propiedad que se revenden en el mercado, como la tierra, las acciones, el vino o las antigüedades, respecto de los cuales el propietario original no suele tener derecho a una parte del aumento de los beneficios en las transacciones posteriores. También hay que tener en cuenta otro aspecto del argumento: Si existe el derecho a una parte del incremento de valor (partiendo de que este no se habría producido sin la contribución del artista), ¿por qué no debería el artista asumir una parte de las pérdidas que se produzcan en la reventa? Nunca se ha planteado seriamente ningún argumento en este sentido, pero la realidad parece ser que la mayoría de las obras de arte visual disminuyen su valor con el paso del tiempo y no lo contrario.

El derecho de participación de los artistas en las reventas es un “derecho del autor”: una cuestión de equidad con respecto a los artistas visuales

Existe un argumento justificativo diferente que rehúye las nociones de equidad o de enriquecimiento injusto en relación con determinadas transacciones (si bien esos aspectos pueden permanecer subyacentes). El razonamiento se basa más bien de las nociones de paridad o equidad entre grupos de creadores y examina la posición del artista visual en relación con otras categorías de autores, así como la forma en que deben formularse los derechos de los autores con respecto a este tipo particular de producción creativa. Parte del principio de que el artista visual, por la naturaleza peculiar de su obra, se encuentra en desventaja a la hora de explotar sus derechos de autor en comparación con otras categorías de autores. Así pues, es posible que el derecho de reproducción no tenga tanto valor como en el caso de un escritor o

¹⁷ Véase el ejemplo de Robert Rauschenberg y el coleccionista Robert Scull en M E Petty, “*Rauschenberg, Royalties, and Artists’ Rights: Potential Droit de Suite Legislation in the United States*”, 22 *William and Mary Bill of Rights Journal* 977 (2014) (“*I’ve been working my ass off just for you to make that profit*”), así como Pierredon-Fawcett, págs. 12-14.

¹⁸ Véanse, por ejemplo, la Ley italiana de 1941, arts. 144 y 145 (del 2 al 10 por ciento del incremento de valor); la Ley brasileña N.º 9610 de 19 de febrero de 1998, sobre derecho de autor y derechos conexos, art. 38 (“El autor tiene el derecho irrevocable e inalienable de percibir un mínimo del cinco por ciento de la ganancia de valor que pueda obtenerse en cada reventa de una obra de arte original o manuscrito que haya cedido”).

un compositor (salvo excepciones¹⁹), mientras que el artista también carece de las mismas oportunidades de explotación a través de formas de comunicación pública como las interpretaciones o ejecuciones y la radiodifusión. Su principal fuente de ingresos procede de la venta de la obra inicial como objeto por derecho propio y, tras la primera venta, sus posibilidades de percibir ingresos continuos por la concesión de licencias de sus derechos de reproducción y comunicación pública suelen ser más restringidas que las de sus colegas literarios y musicales. Por consiguiente, la concesión de un derecho de participación puede considerarse como una forma de corregir el desequilibrio, y la cuestión de si la reventa se produce con beneficio pasa a ser irrelevante, ya que el artista estaría recibiendo “regalías” por la reventa de su obra, del mismo modo que el escritor recibe regalías por la venta de ejemplares de su obra. La finalidad del derecho de participación en las reventas, por tanto, es hacer más efectiva la explotación de la obra por parte del artista *en tanto que obra*, y corregir el desequilibrio que de otro modo existe.²⁰ Este planteamiento basado en la “explotación” se encuentra en la mayoría de las legislaciones nacionales sobre el derecho de participación en las reventas, que suelen tratar este derecho como parte del derecho de autor general, en lugar de considerarlo un elemento independiente. Este planteamiento queda reflejado en el considerando 3 de la Directiva relativa al derecho de participación de la Unión Europea:

El derecho de participación tiene como finalidad garantizar a los autores de obras de arte gráficas y plásticas una participación económica en el éxito de sus obras; este derecho tiende a restablecer un equilibrio entre la situación económica de los autores de obras de arte gráficas y plásticas y la de otros creadores que se benefician de la explotación sucesiva de sus obras.²¹

Desde este punto de vista, el derecho de participación de los artistas en las reventas puede considerarse uno de los derechos patrimoniales exclusivos que se conceden a los artistas, al igual que los derechos de reproducción o de representación pública, aunque adaptado a las circunstancias de trabajo específicas de la práctica y la producción de las artes visuales (podría establecerse una analogía con los derechos de alquiler, que a menudo se limitan a tipos de obras especialmente “vulnerables”, como los programas de ordenador y las obras cinematográficas²²). El hecho de que el derecho de participación en las reventas sea normalmente inalienable según las leyes nacionales puede parecer que complica este análisis, si bien ese no es el caso de otros derechos patrimoniales que pueden comercializarse libremente. No obstante, en lugar de ser un atributo que normalmente se asocia a los derechos morales, la inalienabilidad puede justificarse en este contexto como una medida esencial de “protección del consumidor”, la cual protege al artista contra compradores y agentes sin escrúpulos o carentes de méritos que, de otro modo, tratarían de eludir el derecho exigiendo su renuncia en el contrato de venta inicial. En consecuencia, abogar por la protección de los artistas visuales sobre la base de la equidad y la paridad entre las diferentes categorías de autores se inscribe en los argumentos más amplios basados en la justicia con respecto a los autores y en la necesidad de incentivos a favor de los derechos de propiedad intelectual en general.²³

¹⁹ En este sentido, en el Reino Unido parece que el derecho a realizar grabados tuvo un gran valor para los pintores y otros artistas, cuyas obras no fueron protegidas por el derecho de autor hasta 1862, en virtud de la ley sobre el derecho de autor en las bellas artes. No obstante, más de 120 años antes, se les había concedido el derecho a realizar grabados de sus obras, lo cual había resultado especialmente rentable para pintores y grabadores como Hogarth: véanse las leyes relativas al derecho de autor de los grabadores de 1735 y 1766.

²⁰ Véase Katzenberger, 367 y 368, y Hauser, 106 y 107.

²¹ Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, considerando 3, *Diario Oficial* N.º L 272 de 13/10/2001, págs. 0032 a 0036.

²² Véase, por ejemplo, el WCT, artículo 7.1)i) y ii).

²³ Véase además el excelente análisis de estas cuestiones en M Spence, *Intellectual Property, Clarendon Law Series*, Oxford University Press, 2007, capítulo 2.

Una forma alternativa de entender el derecho de participación de los artistas en las reventas consiste en asociarlo a los derechos morales y no a los patrimoniales (lo cual no resulta difícil a la luz de la característica de inalienabilidad mencionada). Desde este punto de vista, la proyección de la obra en el mercado de la reventa es también una proyección de la personalidad del artista, en la que su reputación y honor son tan importantes como la necesidad de atribución y el respeto a la integridad. Sin embargo, si se examina más de cerca, la asimilación a los derechos morales se desmorona. En ninguna de sus manifestaciones nacionales, el derecho de participación de los artistas en las reventas implica la posibilidad de veto o de corrección: se trata simplemente de un derecho de pago en un momento futuro e indefinido, mientras que los derechos morales en sentido estricto tienen una aplicación más absoluta. En consecuencia, es más apropiado caracterizar el derecho de participación en las reventas como un derecho de carácter patrimonial, más que moral, de los artistas visuales. En cambio, con arreglo al planteamiento relativo al “aumento de valor” descrito en la sección anterior, el derecho de participación se aleja de los derechos de los autores, ya sean patrimoniales o morales, y adopta más bien el carácter de un impuesto o gravamen que se aplica a la reventa de obras artísticas. Por lo tanto, conforme a ese enfoque, el derecho de participación de los artistas en las reventas se inscribiría en el régimen fiscal nacional o incluso en el régimen de previsión social.

Justificación práctica del derecho de participación de los artistas en las reventas

¿Qué importancia tiene realmente el derecho de participación de los artistas en las reventas? Como ya se ha señalado, se puede objetar que las sumas recaudadas suelen ser relativamente pequeñas y se concentran en un grupo reducido de artistas y sus descendientes. Además, los costos de administración pueden ser elevados, al menos en algunas jurisdicciones, y existen evidentes dificultades prácticas para identificar y hacer un seguimiento de las ventas sujetas al derecho de participación y, a continuación, recaudar esos ingresos y distribuirlos entre los artistas afectados.²⁴ Asimismo, en algunos casos las leyes pertinentes no se han hecho cumplir y han permanecido inactivas.²⁵

Sin embargo, ninguna de las objeciones anteriores es propia del derecho de participación de los artistas en las reventas, o más bien se aplican con la misma facilidad a los demás derechos exclusivos concedidos a los autores, tanto los de reproducción, representación pública o comunicación, como los derechos morales. Los derechos de autor no suelen ofrecer ninguna garantía de rentabilidad al autor ni de que esa rentabilidad se reparta equitativamente. A lo sumo, ofrecen una promesa de rentabilidad, sujeta a los caprichos del gusto y la necesidad del público. Los argumentos basados en la equidad, la necesidad de evitar un aprovechamiento indebido y de ofrecer incentivos suelen confluír a fin de proporcionar un cúmulo de justificaciones para su protección, y son igualmente aplicables en el caso del derecho de participación en las reventas, lo que refuerza los argumentos a favor de la paridad con otras categorías de creadores, por muy aproximada que esta sea.

Los argumentos a favor de la paridad de trato no solo se aplican entre las diferentes categorías de creadores, sino también entre los artistas visuales de diferentes países o bloques de países. Así, dentro de la Unión Europea, la armonización prevista en la Directiva también se basó en la necesidad de eliminar las distorsiones dentro del mercado interior derivadas del hecho de que no todos los Estados miembros reconocían el derecho de participación de los artistas en las reventas, con la consecuencia de que las reventas podían trasladarse a los países de la Unión

²⁴ Por supuesto, este aspecto es un problema potencial en la administración de otros derechos de los autores.

²⁵ Este parece ser el caso de varios países que prevén el derecho de participación en las reventas en su legislación, como la India, Turquía, la Federación de Rusia y otras antiguas repúblicas soviéticas, así como el de Italia hasta 2002.

Europea que carecían de ese derecho.²⁶ La armonización dentro de la Unión Europea ha desviado ahora la atención hacia la posibilidad de que la reventa de obras de arte se desplace a países fuera de la Unión Europea sin derecho de participación, como los Estados Unidos de América, China o incluso Suiza. Aunque al parecer se ha producido una cierta pérdida de cuota de mercado respecto a la Unión Europea a partir de 2010 (principalmente en el Reino Unido, que era el segundo mercado mundial de obras de arte hasta ese momento²⁷), resulta difícil determinar que el derecho de participación en las reventas sea el factor principal, o incluso un factor menor, habida cuenta de los límites que se aplican al derecho de participación en virtud de la Directiva en cuestión, a diferencia de otros costos y factores externos, como los impuestos, las comisiones de los agentes y factores similares, por no hablar del efecto de la crisis financiera mundial de 2008 y de la aparición de un mercado del arte en un país del tamaño de China. Si se produce un desplazamiento desde los países con derecho de participación a los que no lo tienen, se repetirán a una escala más amplia las distorsiones que anteriormente se daban en el seno de la Unión Europea. Y lo que es más importante, desde la perspectiva de los artistas visuales, dondequiera que se encuentren, la desigualdad de trato se hace más evidente: Los artistas europeos no gozan de ningún derecho de participación en las reventas en los Estados Unidos y en China (actualmente los dos mayores mercados de arte del mundo), mientras que los artistas estadounidenses y chinos no pueden acogerse al derecho de participación en Europa.

Además, como se ha señalado anteriormente, el derecho de participación de los artistas en las reventas no es una competencia exclusiva de los miembros de la Unión Europea, ya que el número de países con algún tipo de derecho de participación ha aumentado hasta casi la mitad de los miembros de la Unión de Berna. Esto sugiere que este principio cuenta con un apoyo cada vez mayor, y apunta, a su vez, a la necesidad de desarrollar normas uniformes que puedan aplicarse a escala mundial.

A pesar de las frecuentes objeciones sobre la insuficiencia de la remuneración y la dificultad de la recaudación, cada vez es más evidente que el derecho de participación en las reventas resulta beneficioso para algunos artistas en los países en que el sistema está bien implantado. Aunque las sumas recaudadas siguen siendo relativamente modestas, no son insignificantes y su distribución se está generalizando entre los artistas vivos. Así, en Francia, se recaudaron 12.443.901 euros en el año 2013, procedentes de 24.293 transacciones relativas a 1.938 artistas, de los que el 45% aún vivían; mientras que entre 2015 y 2019, se repartieron 37.456.560 euros entre 2.355 artistas representados por el organismo de gestión colectiva francés con respecto a 72.098 reventas.²⁸ En el Reino Unido, en 2013 se distribuyeron 8,4 millones de libras esterlinas a más de 1.400 artistas y legados de artistas.²⁹ Ese fue el segundo año de plena aplicación de la Directiva comunitaria en ese país y representó casi el doble del

²⁶ De hecho, esto no parece haber ocurrido en el Reino Unido, importante mercado de reventa de obras de arte, desde su adopción del derecho de participación y hasta su plena aplicación en 2010: véase Comisión Europea, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, Informe sobre la aplicación y efectos de la Directiva relativa al derecho de participación* (2001/84/CE), Bruselas, 14.12.2011, COM(2011) 878 final, capítulo 5 (conclusiones). Véanse también los estudios realizados por Chanont Banternghansa y Kathryn Graddy, *The Impact of the Droit de Suite in the UK: An Empirical Analysis*, Centre for Economic Policy Research, documento N.º DP7136, 5 (enero de 2009), disponible en <http://ssrn.com/abstract=1345662>, y por Katy Graddy, Noah Horowitz y Stefan Szymanski, *A study into the effect on the UK art market of the introduction of the artist's resale right*, Instituto de la Propiedad Intelectual, Londres, enero de 2008.

²⁷ Véanse además los estudios de C McAndrew, *The EU Directive on ARR and the British Art Market*, estudio preparado para la *British Art Market Federation* por Arts Economics, págs. 3 y 4; C McAndrew, *The British Art Market in 2014*, estudio preparado para la *British Art Market Federation* por Arts Economics, 2014, págs. 1 y 2.

²⁸ Cifras facilitadas al autor por la AGADP.

²⁹ *Design and Artists Copyright Society (DACS), Annual Review 2013*, págs. 10 y 13.

año anterior (4,7 millones de libras),³⁰ mientras que en 2020 se informó de que se habían distribuido más de 80 millones de libras desde 2006. Italia, otro país en el que el derecho de participación de los artistas en las reventas se ha introducido recientemente, informó de una recaudación bruta de 6.088.771 euros en 2013, lo que representa la mayor parte de las regalías recaudadas por obras plásticas, gráficas y fotográficas en su conjunto.³¹

En los casos en que el derecho de participación de los artistas en las reventas es relativamente reciente, como en Australia, todavía es demasiado pronto para calcular el beneficio real que supone el sistema para los artistas.³² Y aunque parece cierto, como en el caso de Francia, que la mayor parte de las regalías se distribuye a los descendientes de los artistas fallecidos, un número considerable de artistas vivos se beneficia, aunque solo sea en pequeña medida, del derecho de participación en las reventas. A este respecto, es fácil menospreciar la escasa cuantía de algunos de esos pagos individuales,³³ pero hay que recordar que, en general, los artistas están mal remunerados y el derecho de participación puede ser útil para pagar los materiales, el alquiler y otros gastos similares. Así ocurre sobre todo en las comunidades indígenas remotas, como en Australia, donde otras fuentes de ingresos son muy limitadas. Los datos anecdóticos de los propios artistas indican que el pago, por pequeño que sea, representa un reconocimiento de su vínculo permanente con la obra, además de proporcionar una medida de transparencia en cuanto a su destino y titularidad.³⁴ Asimismo, cabe destacar la importancia relativa de los pagos por derechos de participación en general en comparación con los pagos recibidos por el ejercicio de otros derechos de los autores, como la reproducción y la comunicación. En el caso de Italia, mencionado anteriormente, los ingresos por derechos de participación fueron 10 veces superiores a los correspondientes a los derechos de reproducción en papel,³⁵ mientras que en el Reino Unido las sumas recaudadas en 2013 por derechos de participación fueron considerablemente superiores a las recaudadas por otros usos.³⁶

Por último, las objeciones en cuanto a los costos y cargas administrativas de la recaudación y distribución de regalías pueden atenderse mediante una gestión colectiva, lo que permite mantener los costos bajos y ofrecer procedimientos relativamente rápidos. A este respecto, se

³⁰ *Design and Artists Copyright Society (DACS), Annual Review 2012*, pág. 9. En 2011, antes de la plena aplicación, la suma fue de 2,7 millones de libras esterlinas que se repartieron entre 750 artistas: *Design and Artists Copyright Society (DACS), Annual Review 2011*, pág. 14.

³¹ Véase *Società Italiana degli Autori ed Editori, Report on Transparency - 2013*, pág. 30, disponible en http://www.siae.it/documents/Siae_Documentazione_RelazioneTrasparenza2013_en.pdf?647289

³² En Australia, el derecho de participación se aplica desde el 10 de junio de 2010 y se limita a las reventas de obras adquiridas después de la puesta en marcha del sistema. No obstante, en los 35 meses transcurridos entre el 10 de junio de 2010 y el 15 de mayo de 2013, ha habido 6.801 reventas sujetas al derecho que han generado más de 1,5 millones de dólares australianos en regalías para 650 artistas: Gobierno de Australia, Departamento de Australia Regional, Gobierno Local, Artes y Deportes, *2013 Review of the Resale Royalty Scheme Discussion Paper and Terms of Reference*, junio de 2013, pág. 3 (los tres primeros años de vigencia del sistema son objeto de un examen departamental que aún estaba en curso en el momento de redactar este informe).

³³ Véase, por ejemplo, el comentario desdeñoso de un crítico en “*Much ado about nothing*”: V Ginsbergh, “*The Economic Consequences of Droit de Suite in the European Union*”, Centro Europeo de Investigación Avanzada en Economía y Estadística, Universidad Libre de Bruselas, y Centro de Investigación Operativa y Econometría, Lovaina la Nueva, marzo de 2006, pág. 10.

³⁴ Véanse los testimonios de los artistas en CISAC, EVA y GESAC, *What is the Artists Resale Right*, 2014, págs. 6 y 7, y también en www.resale-right.org. Otros testimonios de artistas vivos, aunque no todos a favor, figuran en las contribuciones al actual examen australiano del derecho de participación en las reventas, disponible en <http://arts.gov.au/visual-arts/resale-royalty-scheme/review>.

³⁵ Véase *Società Italiana degli Autori ed Editori, Report on Transparency - 2013*, pág. 30, disponible en http://www.siae.it/documents/Siae_Documentazione_RelazioneTrasparenza2013_en.pdf?647289.

³⁶ Las cifras fueron las siguientes: 8,4 millones de libras por el derecho de participación, 4,2 millones de libras por “devolución” y 1,5 millones de libras por las licencias de derechos de autor: *Design and Artists Copyright Society (DACS), Annual Review 2013*, págs. 9 y 10.

pueden aprovechar los conocimientos y la experiencia de países con sistemas establecidos de participación de los artistas en las reventas, como Francia, Alemania y ahora el Reino Unido. También pueden reducirse los costos de administración de las galerías, las casas de subastas y otros intermediarios,³⁷ y existen diversas formas de agilizar los procedimientos de recaudación y distribución, por ejemplo, mediante el establecimiento de precios mínimos de reventa y de topes en el importe total de las regalías.

Resumen de los argumentos a favor del derecho de participación de los artistas en las reventas

A modo de resumen, se sostiene que la “lógica de la paridad” para el reconocimiento del derecho de participación de los artistas en las reventas es el argumento más sólido para establecer la protección de ese derecho, tanto a escala nacional como internacional. Los motivos son los siguientes:

1. El derecho de participación de los artistas en las reventas está claramente establecido a escala internacional como uno de los derechos de los artistas visuales. Ha sido reconocido como una obligación opcional en virtud del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas desde que se adoptó por primera vez como parte de la Revisión de Bruselas de 1948 (como artículo 14*bis*, actualmente artículo 14*ter*). Actualmente forma parte de las legislaciones nacionales de casi la mitad de los miembros de la Unión de Berna.
2. El hecho de que dicha protección sea actualmente opcional y esté sujeta al requisito de reciprocidad en virtud del artículo 14*ter* no afecta al reconocimiento del derecho de participación de los autores en las reventas en virtud del Convenio de Berna. Esta ha sido también la experiencia de otros derechos exclusivos protegidos actualmente como “derechos especialmente concedidos” a los nacionales de los países del Convenio de Berna, siendo el derecho de traducción históricamente el más notable.³⁸
3. El hecho de que el derecho de participación de los artistas en las reventas se refiera a la primera plasmación física de la obra artística y a su enajenación posterior, y no a la realización de copias o a la comunicación de la obra –es decir, usos posteriores en los que la primera plasmación física resulta irrelevante– no supone un obstáculo para equiparar los derechos de los artistas visuales a los de otras categorías de autores. En este sentido, los derechos de distribución y alquiler de ejemplares, no reconocidos en el Convenio de Berna, se consideran igualmente derechos de los autores que han recibido protección en acuerdos internacionales posteriores.³⁹ El fundamento es el mismo que se ha aducido en el presente documento a favor del derecho de participación de los artistas en las reventas, es decir, corregir el desequilibrio que podría producirse debido a las limitaciones percibidas en el ámbito del derecho de reproducción.
4. El hecho de que el derecho de participación, si se reconoce, solo beneficie a algunos artistas visuales no es pertinente. Así ocurre con todas las categorías de obras literarias y artísticas: la concesión de derechos exclusivos no ofrece ninguna garantía de recompensa o de ingresos continuos, sino únicamente la posibilidad de recibir una parte de los beneficios de la explotación de la obra si esta posteriormente es reconocida y demandada por el público. En este sentido, el derecho de participación de los artistas en las reventas tan solo refleja el carácter particular de las obras de arte visuales y su forma de explotación, pero en esencia no difiere del derecho de reproducción, que solo recompensará la labor del autor en caso de que su manuscrito sea elegido para publicarlo entre los miles que pasan a diario por la mesa del editor.
5. Además, el derecho de participación puede beneficiar específicamente a los artistas autóctonos cuyas obras pueden tener un mercado tanto nacional como internacional. Este fue, sin duda, un factor que influyó en la adopción de la legislación sobre la materia en

³⁷ *Ibid.*, pág. 8.

³⁸ Véase Ricketson y Ginsburg [11.15] y s.

³⁹ WCT, artículos 6 y 7.

Australia en 2009,⁴⁰ y se han esgrimido argumentos similares en varios países en desarrollo que han aprobado recientemente leyes sobre el derecho de participación de los artistas en las reventas. A este respecto, cabe señalar que la OMPI y la UNESCO previeron el derecho de participación en las reventas en la Ley Tipo de Túnez sobre el Derecho de Autor para los Países en Desarrollo, adoptada hace casi 40 años.⁴¹

6. Habida cuenta de la adopción gradual de sistemas de participación en las reventas por casi la mitad de los miembros de la Unión de Berna, en la actualidad existe un claro desequilibrio en la protección de los artistas visuales a nivel mundial entre los países que cuentan con el derecho de participación y los que no. Por el momento, esto afecta especialmente a los artistas estadounidenses y chinos, que no ganan nada de la reventa de sus obras en los países con derecho de participación; asimismo, existe un vacío para los artistas procedentes de los países con derecho de participación en los crecientes mercados de venta de obras de arte de China y Estados Unidos. Sin embargo, su arte se experimenta y se disfruta universalmente sin tener en cuenta las fronteras. En la era de las tecnologías digitales y las comunicaciones en red, este punto apenas necesita ser mencionado.
7. El derecho de participación de los artistas en las reventas podría ser objeto de un acuerdo internacional independiente, de conformidad con el artículo 19 del Convenio de Berna, que prevé la celebración de “acuerdos especiales” entre los miembros de la Unión de Berna. Esto ya ha ocurrido en el ámbito de la comunicación pública y otros derechos en virtud del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor de 1996 (WCT) y en relación con las limitaciones y excepciones en favor de las personas con discapacidad visual en virtud del Tratado de Marrakech de 2013.
8. Aparte de la fuente de ingresos adicional que el derecho de participación en las reventas puede proporcionar a los artistas vivos y a sus descendientes, estos sistemas pueden aportar otros beneficios, a saber, un medio para el seguimiento de la titularidad y el destino de las obras y para proporcionar a los artistas un vínculo continuo con ellas, en particular si el aumento de su reputación profesional y artística se traduce en un incremento del precio de reventa de las obras.

[Fin del documento]

⁴⁰ Véase el discurso en segunda lectura del Ministro de Medio Ambiente, Patrimonio y Artes (Hon P Garrett MHR) al presentar el proyecto de ley de 2008 sobre el derecho de participación de los artistas visuales en las reventas en el Parlamento australiano el 27 de noviembre de 2008:

[http://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/search/display/display.w3p;query=BillId_Phrase%3Ar4010%20Title%3A%22second%20reading%22%20Content%3A%22I%20move%22%7C%22and%20move%22%20Content%3A%22be%20now%20read%20a%20second%20time%22%20\(Dataset%3Ahansardr%20%7C%20Dataset%3Ahansards\);rec=1](http://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/search/display/display.w3p;query=BillId_Phrase%3Ar4010%20Title%3A%22second%20reading%22%20Content%3A%22I%20move%22%7C%22and%20move%22%20Content%3A%22be%20now%20read%20a%20second%20time%22%20(Dataset%3Ahansardr%20%7C%20Dataset%3Ahansards);rec=1). Un informe canadiense reciente ofrece una opinión similar: *Canadian Artists Representation y Le Regroupement des Artistes en Arts Visuels du Quebec, Recommendations for an Artist Resale Right in Canada*, abril de 2013, apéndice C.

⁴¹ OMPI y UNESCO, Ley Tipo de Túnez sobre el Derecho de Autor para los Países en Desarrollo, Ginebra, 1976, artículo 4bis.