

MERCADO DEL ARTE Y DERECHO DE AUTOR: Algunos desafíos y perspectivas¹

Art Market and Copyright: some challenges and perspective

Isabel Espín Alba²

RESUMEN:

El objeto del presente artículo es compartir algunos tópicos que se están discutiendo sobre los desafíos del mercado del arte en sus relaciones con la propiedad intelectual. De ese modo, en un contexto de reivindicación de los derechos de los artistas plásticos, se destaca la necesidad de mejorar la gestión colectiva de los derechos por medio de herramientas efectivas de rastro, recaudación y reparto de los derechos de participación en la reventa de obras de artes plásticas, así como del licenciamiento de los derechos patrimoniales en el entorno digital. Por otra parte, el trabajo señala la necesaria formación de los agentes económicos, sociales y jurídicos involucrados en la comercialización del arte digital, con vistas a, una vez determinada la titularidad de los derechos, optimizar los ingresos de los autores en concepto de derechos de propiedad intelectual, exclusivos o remuneración, así como del respeto a sus derechos morales. En esa última línea, se ha destacado que el crecimiento de la

ABSTRACT:

The aim of the present paper is to share some topics that are being discussed about the challenges of the art market in its relations with copyright. Thus, in a context of vindication of the rights of visual artists, it highlights the need to improve the collective management of rights through effective tools for tracking, gathering and distribution of participation rights in the resale of works of visual arts, as well as the licensing of patrimonial rights in the digital environment. On the other hand, it points out the necessary training of the economic agents involved in the commercialization of digital art, with a view, once the ownership of the rights has been determined, to optimize the income of the authors in terms of intellectual property rights, exclusive rights or remunerative rights, as well as the respect for their moral rights. In this last line, it has been pointed out that the growing importance of street art in the art market, due to its passage from the street to galleries, auction houses and museums, requires greater attention to issues such as authorship, the exercise of the moral right to la

¹ Estas reflexiones son resultado de la participación en el Proyecto de investigación PID-2020-112641GB-I00 “La propiedad de los bienes culturales: estudio jurídico civil para una propuesta de reforma”, IP Luis Anguita Villanueva, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, y fueron presentadas en forma de ponencia invitada en el “XV Congreso de Direito de Autor e Interesse Público” (CODAIP-GEDAI-2021).

² Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo e doutora em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela, Espanha, onde é professora Titular de Direito Civil.

importancia del arte urbano en el mercado del arte, debido a su paso de la calle a las galerías, casas de subasta y museos, lo cual requiere una mayor atención a temas como la autoría, el ejercicio del derecho moral a la integridad o el límite de utilización de la imagen de obras ubicadas en la vía pública.

Palabras clave: mercado del arte; derecho de participación; NFTs; arte urbano.

integrity or the limit on the use of the image of works located on the public highway.

Keywords: art market; participation rights; NFTs; street art.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN: OBJETO DE ESTUDIO Y PRECISIONES CONCEPTUALES; 1. MEJORA DE LA GESTIÓN COLECTIVA DE LOS DERECHOS DE AUTOR DEL ARTISTA PLÁSTICO; 2. ESTATUTO DEL ARTISTA; 3. NFTs Y OTROS ESCENARIOS TECNOLÓGICOS: RETOS DE COMERCIALIZACIÓN Y CONSERVACIÓN DEL ARTE; 4. ARTE URBANO Y DERECHO DE AUTOR; 4.1. DE LA CALLE AL MUSEO Y/O GALERÍA: UNA CURIOSA RELACIÓN CON EL INTERÉS PÚBLICO; 4.2. ALGUNAS CUESTIONES DE DERECHO DE AUTOR; 4.2.1. DERECHO MORAL A LA INTEGRIDAD DE LA OBRA; 4.2.2. LIBERTAD DE PANORAMA; 4.3. CASO FLOWER THROWER: EL ANONIMATO Y EL DILEMA DE BANKSY; BREVE CONCLUSIÓN; REFERENCIAS.

INTRODUCCIÓN: OBJETO DE ESTUDIO Y PRECISIONES CONCEPTUALES

El objeto del presente artículo es compartir con aquellos que se estén adentrando en el mundo de la investigación sobre el derecho de autor, algunos tópicos que se están discutiendo, al menos desde la doctrina española especializada, sobre los desafíos del mercado del arte en sus relaciones con la propiedad intelectual³. Sería pretencioso intentar señalar

³ Téngase en cuenta que, en la realidad normativa española, el término “propiedad intelectual” se ha venido utilizando, tradicionalmente, como sinónimo de derecho de autor. En ese sentido, rige sobre la materia el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de

todos los extremos de interés, por ello se toma como punto de partida del reto planteado el análisis de tres preocupaciones manifestadas por los principales agentes económicos, culturales y jurídicos involucrados en el mercado del arte y el derecho de autor. Todo ello con el fin de poner sobre la mesa algunas reflexiones sobre los tópicos más candentes y abrir caminos para futuras investigaciones.

Un primer nivel de desafíos apunta al desarrollo de nuevas tecnologías, del que excluimos cuestiones relativas a la titularidad de las obras plásticas creadas por la inteligencia artificial que evidentemente figuran en la agenda comunitaria y nacional⁴, pero que ya están siendo tratadas con profusión por un sector muy amplio de la doctrina⁵ y no requieren, por lo tanto, una llamada de atención como las demás aquí reseñadas.

Así las cosas, del ámbito tecnológico, se ha preferido subrayar, en primer lugar, la mejora de la gestión colectiva. De hecho, un cierto deslumbramiento por las novedades del mercado del arte digital no nos puede dejar perder la perspectiva de que el anhelo básico de una remuneración justa de los autores por sus creaciones artísticas es todavía un objetivo que no ha alcanzado la mayoría de los creadores intelectuales. Así pues, dedicamos un apartado a la mejora de uno de los derechos de remuneración de los artistas plásticos: el derecho de remuneración en la reventa de las obras de artes plásticas bien como el licenciamiento de derechos; y

abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (y sus posteriores modificaciones), en adelante LPI, que regula los derechos de autor y otros derechos de propiedad intelectual (en ese contexto, los derechos afines al derecho de autor).

⁴ Vid. especialmente, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, de 21 de abril de 2021 [COM (2021) 206 final].

⁵ En ese sentido, en la doctrina española, vid. entre otros, SÁIZ GARCÍA, C. *Inteligencia artificial y derecho de autor*, in E. Ortega Burgos (dir.) **Propiedad Intelectual 2021**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 581-604; FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., **La propiedad intelectual de las obras creadas por inteligencia artificial**. Thomson Reuters-Aranzadi, 2021; PALAO MORENO, G., *Inteligencia artificial y propiedad intelectual: avances en su ordenación en la Unión Europea*, S. Barona Villar (ed.) **Justicia algorítmica y neuroderecho**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 633-653; NAVAS, S., *Creativity of Algorithms and Copyright Law*, in M. Ebers/S. Navas (eds.) **Algorithms and Law**. Cambridge University Press, 2020, pp. 221-234.

no abandonamos ese enfoque de protección de los artistas plásticos, sin dejar constancia de la preocupación más primaria manifestada por el Parlamento Europeo por la adecuada remuneración de los autores y de los artistas intérpretes o ejecutantes. En esa línea se encuadra la creación de un Estatuto del Artista y la propuesta de mejora también para los autores, en particular, los artistas plásticos.

Ahora bien, en un trabajo que pretende examinar desafíos del mercado del arte es obligado, en segundo lugar, dedicar un epígrafe a aquellos representados por los nuevos escenarios tecnológicos, particularmente los NFTs (*Non Fungible Tokens*). Y precisamente de las demandas más actuales de los agentes culturales y económicos surge el análisis del último reto concerniente al crecimiento de la importancia económica y social del arte urbano, remarcando algunos de los conflictos más destacados, por lo que al derecho de autor de los artistas plásticos urbanos se refiere.

De todos modos, antes de desarrollar la propuesta indicada, todavía en este plano introductorio, es menester precisar que la referencia a mercado del arte se hace en un sentido económico y artístico que comúnmente alude al conjunto de transacciones (onerosas o gratuitas) cuyo objeto sea una obra de arte plástica. En ese ecosistema, los sujetos económicos, particulares o instituciones, realizan o promueven algún tipo de explotación comercial del arte. Por ello, casas de subasta, galerías, museos, etc., actúan de una forma directa o indirecta, en los mercados primario y secundario, sobre la oferta y la demanda de esa clase de productos culturales⁶.

1 MEJORA DE LA GESTIÓN COLECTIVA DE LOS DERECHOS DE AUTOR DEL ARTISTA PLÁSTICO

Como se había anunciado, un tema candente en la agenda de la propiedad intelectual en el mercado del arte es la mejora de la gestión

⁶ Para una aproximación a los conceptos básicos del mercado del arte, vid. DÍAZ AMUNÁRRIZ, C., *La gestión de las galerías de arte*. Madrid: AECID, 2016, especialmente pp. 21-41.

colectiva de los derechos de los artistas plásticos y su expansión a acciones tradicionalmente relacionadas con la gestión individual de derechos.

En los últimos años, el cambio en las tendencias de consumo y actividades de explotación de las obras visuales apuntan a la digitalización y puesta a disposición de contenidos, así como a la generación de contenidos propios de las tecnologías digitales y de inteligencia artificial, con un impacto directo en la gestión de derechos que requiere una adaptación y mejora de los instrumentos de gestión desarrollados por las entidades como VEGAP⁷, que en los últimos años se está enfrentando a dos grandes retos: por una parte, la mejora de la gestión del derecho de remuneración en la reventa de obras de artes plásticas (*droit de suite*) y, por otra parte, el licenciamiento de los derechos exclusivos y de remuneración del autor, especialmente en un ambiente digital.

El denominado derecho de participación en la reventa de obras de artes plásticas originales - también conocido como *droit de suite*⁸, derecho de seguimiento, derecho de secuencia -⁹, enmarcado en un debate más amplio que se viene formulando sobre el futuro del derecho de autor en el ámbito digital, vuelve a la agenda del derecho de autor, por el aumento significativo de las subastas de arte contemporáneo.

Una aproximación genérica a la figura se puede hacer a partir del glosario de la OMPI, según el cual es un “derecho inalienable que algunas legislaciones de derecho de autor conceden al autor y a sus herederos o después de la muerte de aquél a otras instituciones legalmente autoriza-

⁷ VEGAP (Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos) fue creada en 1990 y admitida como miembro de la CISAC. Gestiona los derechos de autor de pintores, escultores, fotógrafos, ilustradores, diseñadores, videoartistas, net-artistas, arquitectos, en fin, los creadores visuales. Vid. los datos más concretos, incluidas las 48 sociedades de autor de otros países con las que tiene contratos de representación, en su página web <https://www.vegap.es/>

⁸ La condición de Francia de primer país en regular un derecho de participación en la reventa de obras de artes plásticas en pública subasta justifica que este peculiar derecho se siga conociendo internacionalmente como *droit de suite*. De hecho, en el año 2020 se ha celebrado el centenario de su introducción en una ley de 1920.

⁹ Para conocer en profundidad este derecho patrimonial del autor de obras de artes plásticas, vid. la monografía de VICENTE DOMINGO, E., **El droit de suite de los artistas plásticos**. Madrid: Reus, 2007.

das, en virtud del cual pueden reclamar una parte de los ingresos obtenidos en cada nueva venta pública de ejemplares originales de las obras de bellas artes, dentro del término (plazo) de protección”¹⁰.

Durante muchos años, el *droit de suite* fue relegado a un plano teórico, puesto que la ausencia de una aplicación generalizada en todos los países con importantes mercados secundarios de obras de arte, la falta de transparencia de dichos mercados, la escasa tradición asociativa de los artistas plásticos, la complejidad de los sistemas implantados, entre otros muchos factores, dieron lugar a un impacto muy reducido en el sector de la reventa de obras de arte; sin embargo, en las dos últimas décadas, se ha asistido una vuelta al tema¹¹ y algunas decisiones judiciales han sacado a la luz la importancia de la materia¹².

En la realidad que nos ocupa, el asunto ha sufrido un importante vuelco¹³ con la Ley 2/2019, de 1 de marzo que modificó la vigente LPI para mejorar la técnica legislativa y asimismo introducir importantes novedades. Por un lado, la imposición de una gestión colectiva obligatoria, de modo que el derecho de participación se hace efectivo a través de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, es decir, el derecho se liquida a través de VEGAP, con independencia de que los titulares de este sean o no socios de la entidad de gestión. Por otro lado,

¹⁰ Artículo 14 ter del Convenio de Berna. En la Unión Europea está armonizado por la Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original.

¹¹ Vid. por todos DÍEZ SOTO, C., Algunas cuestiones a propósito del derecho de participación del autor de una obra de arte original sobre el precio de reventa (*droit de suite*), in **Cuadernos de Derecho Transnacional**, vol. 9, 2, 2017, pp. 209-254 DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3872>. Acceso em: 06 dez. 2021.

¹² Cfr. Caso Fundación Gala-Salvador Dalí y Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP) contra *Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques* (ADAGP) y otros. Asunto C-518/08. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sección Tercera), de 15 de abril de 2010. ECLI: ECLI:EU:C: 2010:191.

¹³ En el caso español, está presente en nuestra legislación desde la Ley de propiedad intelectual de 11 de noviembre de 1987, pasando por diversos modelos hasta la regulación vigente en el artículo 24 LPI. Sobre la evolución legislativa y principales características del vigente modelo de gestión FUENTES RAMOS, J., El derecho de participación, in E. Ortega Burgos (dir.) **Propiedad Intelectual 2021**. Tirant lo Blanch, 2021, pp. 133-152.

aunque se mantienen los porcentajes para calcular el importe de la participación¹⁴, se ha reducido el precio umbral a partir del cual se genera el derecho de participación que pasa de 1200 euros a 800 euros, medida aplaudida por el sector de los artistas plásticos por permitir que un mayor número de titulares de derechos puedan beneficiarse¹⁵.

Ahora bien, además de la revitalización del derecho de participación, el desarrollo de la tecnología *blockchain* y de la inteligencia artificial está dando un nuevo impulso a la gestión colectiva en un sector tradicionalmente caracterizado por la gestión individual. Ello se puede percibir en la tendencia a la comercialización online, fuera por tanto de los circuitos clásicos de las galerías de arte.

En esa línea, VEGAP está haciendo una importante campaña de captación de socios entre artistas plásticos que divulgan y comercializan sus obras por canales como Instagram, ofreciendo una asesoría especializada, de tal manera que está ampliando exponencialmente su banco de imágenes de arte contemporáneo español.

Para hacer más atractiva esa opción, VEGAP está participando activamente en el Proyecto AIR (*Automated Images Recognition*), una herramienta para la gestión de las obras en Internet utilizada por las entidades representativas de los titulares para agilizar y facilitar la gestión de los derechos de los creadores visuales. Fue creada por iniciativa del CISAC (*International Confederation of Societies of Authors and Composers*) con la colaboración de las sociedades de gestión colectiva de creadores visuales que integran el CIAGP (*International Council of Creators of Graphic, Plastic and*

¹⁴ La tabla vigente:

4 % de los primeros 50.000 euros del precio de venta;

3 % de la parte del precio de venta comprendida entre 50.000,01 euros y 200.000 euros;

1 % de la parte del precio de venta comprendida entre 200.000,01 euros y 350.000 euros;

0,5 % de la parte del precio de venta comprendida entre 350.000,01 euros y 500.000 euros;

0,25 % de la parte del precio de venta que exceda de 500.000 euros.

¹⁵ FUENTES RAMOS, J., Op.cit., p. 145.

Photographic Arts), permite el reconocimiento visual de las imágenes y es un identificador de obras protegidas por la propiedad intelectual¹⁶.

2 ESTATUTO DEL ARTISTA

Las mejoras referidas a la gestión de los derechos de los artistas plásticos deben enmarcarse en un objetivo más ambicioso de reconocimiento y garantía de su situación económica, formativa y laboral. En ese sentido, el Parlamento Europeo pide a la Comisión un “Estatuto Europeo del Artista” que fije un marco para las condiciones de trabajo y normas mínimas en todos los países de la UE. Se trata de la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2021, sobre la situación de los artistas y la recuperación cultural en la UE [[2020/2261\(INI\)](#)]¹⁷. Ruego a los Estados miembros que transpongan la Directiva (UE) 2019/790 sobre los derechos de autor en el mercado único digital (DDAMUD) centrándose en la protección de las obras culturales y creativas y de quienes las crean y, en particular, en la garantía de una remuneración justa, adecuada y proporcionada a los autores e intérpretes, instando a la Comisión para que siga de cerca la aplicación efectiva de estos principios fundamentales.

Gestada en tiempos de pandemia, la Resolución del Parlamento surgió, en un primer momento, como una iniciativa para los artistas intérpretes y ejecutantes como titulares de derechos conexos de autor, cuya importancia social se puso de manifiesto en los tiempos difíciles de los balcones y encierros, pero la labor de presión de entidades de gestión (como VEGAP) y otros agentes culturales y económicos ha dado a la palabra artista un sentido amplio en la declaración, como aquella persona que hace arte, incluido, por lo tanto, también a los autores¹⁸.

¹⁶ Detalles pueden ser consultados en la página web de VEGAP.

¹⁷ Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0430_ES.html. Acceso em: 06 dez. 2021.

¹⁸ En sintonía con la definición de artista de la, es decir, toda persona que crea o participa, por medio de su interpretación, en la creación o la recreación de obras de arte, que considera su creación artística como un elemento esencial de su vida y contribuye así al desarrollo del arte y de la cultura, y que es reconocido o intenta ser reconocido como

En el ámbito español se están diseñando varias propuestas transversales¹⁹, algunas incluso anteriores a la Resolución del Parlamento, como por ejemplo del documento de trabajo “Estatuto del Artista, el Autor/Creador y el trabajador de la Cultura” (2018)²⁰, que, además de una apuesta por la formación y profesionalización del sector²¹, propugna medidas fiscales, de seguridad social y también para mejorar el sistema de derechos de autor como la discutible supresión del artículo 56.2 LPI²² que regula el derecho de exposición pública de la obra fotográfica o plástica por parte del propietario del original por el mero hecho de adquisición, aunque no haya sido divulgada, al tratarse de un artículo -en palabras de los responsables de la propuesta- discriminatorio para los autores de obras plásticas y fotográficas.

artista, vinculado o no por una relación de trabajo o de asociación. (Recomendación relativa a la condición del artista, adoptada el 27 de octubre de 1980).

¹⁹ Vid. el Real Decreto 639/2021, de 27 de julio, por el que se crea y regula la Comisión Interministerial para el desarrollo del Estatuto del Artista (Boletín Oficial del Estado de 28 de julio de 2021), cuyo artículo 2 define como fines y objetivos: marcados en su artículo dos son: “el desarrollo del Estatuto del Artista se crea con el fin de abordar y coordinar las políticas públicas en esta materia, desde una perspectiva participativa y multidisciplinar, impulsando las actuaciones precisas para el desarrollo y ejecución de las medidas recogidas en el informe de la Subcomisión para la elaboración de un Estatuto del Artista, aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados el 6 de septiembre de 2018”.

²⁰ Vid. el documento marco “Estatuto del Artista, el Autor/Creador y el trabajador de la Cultura: conclusiones finales y propuestas de mejora”, publicado por la Fundación SGAE. Disponible en su página web <http://www.fundacionsgae.org/en-EN/Site-Pages/Inicio.aspx>. Acceso em: 06 dez. 2021.

²¹ Las principales corrientes artísticas contemporáneas están caracterizadas por el eclecticismo, de tal manera que es cada vez es más raro encontrar un artista dedicado a una única técnica expresiva y/o utilizando a penas un canal de comercialización, por lo que se hace necesario potenciar la adquisición de habilidades y destrezas en una multiplicidad de estilos y una mayor profesionalización de todos los agentes implicados en la creación artística y su circulación en el mercado.

²² Artículo 56 LPI. Transmisión de derechos a los propietarios de ciertos soportes materiales.

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

3 NFTS Y OTROS ESCENARIOS TECNOLÓGICOS: RETOS DE COMERCIALIZACIÓN Y CONSERVACIÓN DEL ARTE

Referirse a la irrupción de los NFTs en el mercado del arte y a las dudas suscitadas sobre los precios alcanzados y su sostenibilidad no es ya una novedad.

La realidad es indiscutible: se trata de una herramienta técnica poderosa para ampliar la base del coleccionismo de las artes visuales y los datos avalan esta afirmación,

Tomando por base el último estudio de la aseguradora Hiscox, especializada en el mercado del arte²³, se estima que el mercado de arte online se ha disparado un 280% respecto a 2019, con ventas de NFTs que han generado más de 3.000 millones de euros. De igual modo, el Informe ArtPrice 2020/2021 sobre el mercado del arte contemporáneo²⁴ hace referencia al mejor año de las subastas de arte contemporáneo, tanto en una perspectiva cuantitativa de lotes vendidos como desde el punto de vista de la facturación global, en gran medida debido a ese auge de los NFTs.

La consolidación de la tecnología *blockchain* en la conformación de los NFTs ha significado un salto cualitativo en un problema básico para la comercialización y conservación del arte digital: la autenticidad del original²⁵.

²³ HISCOX, **Hiscox Online Art Trade Report 2021**, Londres, 2021, disponible en 21674a-Hiscox_online_art_trade_report2021-part_one_1.pdf. Fecha de la última consulta 4.12.2021.

²⁴ ARTPRICE, **The Contemporary Art Market Report in 2021**, Disponible en <https://www.artprice.com/artprice-reports/the-contemporary-art-market-report-2021>. Fecha de la última consulta 4.12.2021. Este informe es de especial utilidad para estudios relacionados con el derecho de autor de artistas plásticos, puesto que abarca pinturas, esculturas, dibujos, fotografías, grabados, NFT, vídeos e instalaciones de artistas contemporáneos -definidos como aquellos nacidos después de 1945- y excluye las antigüedades, los bienes culturales anónimos y el mobiliario.

²⁵ ARTPRICE, Op.cit., p. 30, hace una descripción en la que indica que Un NFT es un objeto de colección digital almacenado en una cadena de bloques. Único y no modificable, sustituye a un certificado de autenticidad (considerado inviolable) y constituye una prueba digital del origen y la propiedad. En concreto, cuando un coleccionista compra una obra. 30 NFT, compra el token que representa la obra (una imagen, un gif, un archivo de vídeo, etc.) o un título de propiedad. El propietario de la NFT es el propietario del contenido, incluso si la imagen gif o jpeg se comparta millones de veces en Internet. Para los coleccionistas, es una forma de adquirir obras de rareza probada.

Desde el auge del arte conceptual se han desarrollado contratos escritos, declaraciones y “certificados” para garantizar la autenticidad, de modo que el papel que antes cumplía la firma pasa al certificado. En el entorno digital esos certificados se encontraron inicialmente con la imposibilidad técnica de establecer distinciones entre la obra original y sus posibles copias.

El cambio significativo se produce cuando el sistema *blockchain* permite que la obra digital sea una pieza única, que puede transmitirse como un activo a través de la cadena de bloques. De ese modo, se proporciona una garantía de autenticidad como respuesta al objetivo primordial de transmisibilidad de obras artísticas digitales.

Asimismo, además de la evidente ventaja de conservar las claves más asentadas del coleccionismo clásico que aspira a lo único, desde la óptica del autor, esa técnica invita, volviendo a los temas de recaudación y reparto de derechos aquí mencionados, a una mejor y más eficaz gestión individual y colectiva de los derechos de autor de los artistas plásticos.

De todos modos, a la condición de nuevo nicho para los artistas visuales, se suman otros cambios de interés en la dinámica de creación de obras originales protegidas por el derecho de autor.

Es el caso, por ejemplo, de la tendencia reciente en el coleccionismo de NFTs que está pasando de la compra de obras de arte de artistas individuales para centrarse en la creación derivada de empresas surgidas en torno a proyectos NFT con pluralidad de creadores²⁶. Sobre esta realidad pivota todo el debate respecto de la creatividad digital y la autoría, en el que nos encontramos con situaciones muy dispares de intervención creativa. De la descripción de algunos de esos proyectos, como el exitoso CryptoPunks, proyecto de LarvaLabs, surge la necesidad de un replanteamiento de distintas categorías relacionadas con la

Para los artistas digitales o creadores de Arte efímero (artistas urbanos o performers) es una forma de dar valor a su obra.

²⁶ En más de una ocasión trabajando con obras generadas por ordenador y/o creadas por inteligencia artificial.

autoría en el derecho de autor, como es el caso del régimen de las obras colectivas ex artículo 8 LPI²⁷.

Pero los cambios en el mercado del arte no se refieren exclusivamente a la comercialización de NFTs sino que esa realidad está inserta en un ecosistema más complejo de nuevas tecnologías en el que conviven creaciones de arte digital y creaciones de obras plásticas creadas en un contexto analógico, pero comunicadas y/o comercializadas en canales digitales, a lo que se pueden añadir experiencias más complejas como realidades virtuales según los nuevos modelos de metaverso.

El potencial de negocio de las industrias creativas no para de crecer en esos nuevos escenarios tecnológicos. Por ejemplo, en la industria de la moda, altamente vinculada con el mercado del arte²⁸, se está consolidando un sector creativo digital exclusivo para la creación de contenidos, por ejemplo, en Instagram. Por otro lado, las marcas de lujo han visto un filón en el vestuario de los avatares en plataformas del metaverso como Roblox²⁹ y Zepeto o en videojuegos como Fortnite, seguidas también por algunos gigantes del *prêt-à-porter*³⁰.

La simbiosis perfecta se puede observar en iniciativas como aquella llevada a cabo por Louis Vuitton para celebrar los 200 años de empresa

²⁷ Artículo 8 LPI. Obra colectiva.

Se considera obra colectiva la creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica que la edita y divulga bajo su nombre y está constituida por la reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma, para la cual haya sido concebida sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada.

Salvo pacto en contrario, los derechos sobre la obra colectiva corresponderán a la persona que la edite y divulgue bajo su nombre.

²⁸ Pensemos en la reciente colaboración del cotizado artista plástico George Condo y la casa Dior para el lanzamiento de la colección del rapero Travis Scott, en 2021.

²⁹ Ralph Lauren, en diciembre del 2021, lanzó una colección de ropa digital, de edición, en Roblox, pero ya había probado una colección, en el mes de agosto del mismo año, en Zepeto, con vistas a acercarse a un grupo de edad más joven, potenciales futuros consumidores de sus productos en el “mundo real”.

³⁰ Zara, del grupo Inditex, también sacó al mercado, a finales de 2021, AZ (junto a la enseña Ader Error), disponible en Zepeto, lo que supuso la fundación de su primera boutique efímera dentro del metaverso.

con el videojuego “200 Anecdotes”. En el mismo, se recorre la historia de la casa de moda a través de siete pantallas en las que, además, se insertaban banners que anuncian la posible adquisición de NFTs concebidos por el artista digital Beeple³¹.

4 ARTE URBANO Y DERECHO DE AUTOR³²

El último desafío que se pretende evidenciar, en esta ocasión, está relacionado con el notable auge en el mercado -y, en consecuencia, de utilidades primarias y secundarias- de las obras de arte urbano³³ que, en la actualidad, están protagonizando un salto de las calles a las galerías de arte y museos -también en el ámbito virtual-, multiplicando los problemas relacionados con la propiedad intelectual.

Cuestiones relativas a la autoría (anonimato, seudónimos, pluralidad de autores...), al objeto (carácter efímero de la obra), a la convivencia con el titular del soporte material (derecho moral a la integridad de la obra) o límites relacionados con el interés público (libertad de panorama, entre otros), todas ellas son solo algunas de las implicaciones del aumento del valor de mercado de este tipo de creación intelectual.

4.1 De la calle al museo y/o galería: una curiosa relación con el interés público

El arte efímero como esencia del arte urbano se ha presentado en muchas ocasiones como una reacción ante el materialismo y la comer-

³¹ ARTPRICE, Op.cit., p. 27 destaca que completamente desconocido para el mercado tradicional de subastas de arte hasta fechas recientes, Beeple es hoy uno de los tres artistas vivos más caros del mundo, ya que, con la venta de sólo dos lotes, representó por sí solo el 3% de la facturación global de las subastas del mercado de arte contemporáneo del período analizado en el informe.

³² Sobre los aspectos tratados en este epígrafe, vid. con más detalle: ESPÍN ALBA, I. **Arte efímero y derecho de Autor**. Madrid: Reus, 2021, especialmente pp. 81-133.

³³ De las múltiples acepciones, se utiliza el “arte urbano” en un sentido de contenedor de todas aquellas expresiones artísticas de artes plásticas realizadas en espacios públicos de naturaleza eminentemente urbana, concretamente el grafiti y el muralismo.

cialización especulativa del mundo del arte y, desde un punto de vista estético, con un cierto abandono de la “fetichización” del objeto artístico. Aunque ese planteamiento pudo y puede estar presente en el trabajo creativo de muchos de sus autores, lo cierto es que es cada vez menos marginal el mercado de las obras de arte urbano y muy particularmente del grafiti.

Los valores alcanzados por la venta de obras de artistas urbanos en las casas de subasta pueden ser una prueba de esta percepción. El citado Informe Anual del Mercado del Arte Contemporáneo de ArtPrice (2020/2021) avanza la fascinación por el trabajo -y el consecuente éxito comercial- de autores de arte urbano. Tomando como paradigma el mercado de las subastas, pone de manifiesto que entre los artistas más vendidos del mundo hay importantes firmas de arte urbano como Jean-Michel Basquiat, Banksy, Keith Haring y Kaws o con importantes obras inspiradas en el grafiti (vgr. Yoshitomo Nara), síntoma de una fuerte tendencia entre los coleccionistas, asentando este género creativo como uno de los sectores más dinámicos del Mercado del Arte actual, debido entre otros factores a su apuesta por los NFTs³⁴.

Con todo, hay algo más básico y consiste en recorrer las calles de las principales ciudades del mundo y también algunas zonas rurales y observar el incremento de las intervenciones artísticas de arte urbano, muchas de ellas incentivadas y queridas por los poderes públicos que en el esquema de marginalidad del grafiti perseguían esas manifestaciones artísticas en aras de otros valores de interés público como la protección del medioambiente, de la propiedad privada o la represión de la criminalidad asociada -debidamente o no- a ciertas “tribus urbanas” y que, ahora, sin embargo, las promocionan³⁵.

³⁴ Aunque la tendencia ya viene de antes, pues en el Informe de ARTPRICE del 2017, esos mismos nombres copaban los 10 primeros puestos, a los que también se añadía Shepard Fairey (que ahora está en el puesto 127).

³⁵ Son muchas las iniciativas de las administraciones locales tanto en las grandes urbes como en zonas menos pobladas y rurales. En España, todas las comunidades autónomas encontramos ejemplos significativos: el Festival Desordes Creativos, en Órdenes (A Coruña); el Festival de Murales y Artes Rural Gargar, en Penelles (Lleida) municipio que presume de ser el mayor museo de muralismo al aire libre en Cataluña; el

Es curioso observar que, con motivaciones no coincidentes, unos de los factores que están influyendo en una percepción positiva del público hacia el arte urbano -y su consecuente revalorización- es la acción de las diferentes Administraciones públicas, casi siempre ayuntamientos, interesados en que el fenómeno del arte urbano, fundamentalmente en su versión de muralismo, sirva de impulso económico y social local.

Un ejemplo de las relaciones entre el creciente apoyo público que están recibiendo determinadas manifestaciones de arte urbano y el incremento de su valor en el mercado es una anécdota relativa a la herencia grafitero madrileño, el Muelle³⁶. Por noticias divulgadas en la prensa y redes sociales se da a conocer que en los últimos años (desde el 2010) se había intentado, por medio de colectivos de artistas, instar a la Administración para que incoase un procedimiento de declaración de bien de interés cultural³⁷. Estas acciones, unido a la inclusión de las firmas del artista en distintos circuitos turísticos de arte urbano, han supuesto un aumento del valor de mercado de sus creaciones, como lo demuestra el interés manifestado por algunas casas de subasta en poner a la venta obras del autor ya fallecido. Concretamente, el 28 de mayo de 2021 fueron subastados 14 bocetos que alcanzaron un valor de 78.750

“Museo de Arte Inacabado”, compuesto por obras de arte callejero en Fanzara (Castellón); Romangordo (Cáceres); Camprovín (La Rioja); entre muchos otros. Además de la intervención artística, esas iniciativas implican una actividad económica y social de fuerte impacto en el entorno, por el número de participantes que atrae cada año, artistas y otros agentes económicos, como galerías y museos.

³⁶ El *writer* Muelle (Juan Carlos Argüello, 1966-1995), a principios de los 80, en plena movida madrileña, dejó su firma en distintos puntos de Madrid y de alguna otra ciudad española. De hecho, los nombres de los artistas y de los grupos son una parte esencial de la cultura del grafiti y del arte urbano, y la mayoría de los artistas siguen utilizando sus seudónimos, incluso en los casos en que el público llegue a conocer las verdaderas identidades.

³⁷ Es previsible que con la expansión del arte urbano como un valor socialmente en alza sea cada vez más frecuente que nos encontremos con declaraciones de bienes de interés cultural a obras de ese estilo. La problemática no será muy distinta de aquellos supuestos en los que se han preservado por esa vía los murales de artistas con una manifiesta reputación. Por poner un ejemplo, en el año 2017, el Decreto 110/2017, de 26 de octubre, de la Xunta de Galicia, declaró como bien de interés cultural la obra de Urbano LUGRÍS GONZÁLEZ: Vista da Coruña 1669, un mural inicialmente situado en la pared de un bar y después trasladado a una oficina bancaria para su conservación (BOE 21 de diciembre de 2017).

euros. Uno de los titulares de prensa es revelador: “Grafitis, de la clandestinidad a las galerías de arte: obras del mítico Muelle salen a subasta esta semana”³⁸.

4.2 Algunas cuestiones de derecho de autor

Ahora bien, por lo que interesa al derecho de autor, esa valorización social y económica de las obras de arte urbano da lugar a una mayor potencialidad de conflictos acerca de la reproducción no autorizada de imágenes de creaciones artísticas. Y, por supuesto, aquellas autorizadas -incluso con el encargo de obras nuevas-, genera una nueva realidad contractual en que los artistas de arte urbano son protagonistas (publicidad, videoclips, intercambio de imágenes en redes sociales, reproducción de lugares públicos en el metaverso, etc.).

Todo ello requiere una mayor profesionalización del sector y el cuidado en las transacciones comerciales que deben estipular claramente las cuestiones relativas a la cesión de derechos.

Del universo de problemas que pueden salir a la palestra en sede de propiedad intelectual, destacamos dos: la integridad de la obra y ejercicio de la libertad de panorama. Asimismo, y por la importancia adquirida por Banksy en el mercado del arte urbano, se añade una breve reflexión sobre el anonimato y el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual.

4.2.1 *Derecho moral a la integridad de la obra*

Por lo que al artista plástico se refiere, la integridad de la obra es la facultad moral objeto de más controversias judiciales tanto en el ámbito civil como en el contencioso administrativo.

Efectivamente, el carácter efímero de la obra en sí misma no resta la vigencia del art. 14.4 LPI, -incluso si su destrucción forma parte del discurso estético- de tal manera que el artista plástico puede exigir el respeto

³⁸ El titular del periódico **El Mundo** del pasado 23/05/2021.

a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación. Aunque esa fugacidad puede acrecentar dificultades a su ejercicio si tenemos en cuenta el criterio seguido por la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2006³⁹ en la que se dice que “dada las características de la obra, inseparable de su soporte, aunque reproducible con base en los bocetos, su duración queda sujeta al del elemento en que se plasma, por lo que no nace con vocación de perennidad, sino con una vida efímera”.

En todo caso, el ejercicio del derecho a la integridad del artista urbano nunca será sencillo, -incluso en presencia de previsiones contractuales expresas, en intervenciones autorizadas o encargadas- por la necesidad de respetar los intereses del titular del soporte y el interés público, por la naturaleza del espacio en el que se desarrollan: calles, puentes, túneles, etc.

Así las cosas, todo se puede resumir en ponderación intereses, como queda claro con los criterios fijados, a propósito de un tema de *site specific works*, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2013⁴⁰, cuyo Fundamento de Derecho tercero se reproduce literalmente:

- a) El derecho del autor de la obra plástica, creada para ser colocada en un lugar específico, comprende el derecho a que no se modifique su ubicación.
- b) La alteración del lugar de ubicación vulnera el derecho del autor a la integridad de la obra y afecta a sus legítimos intereses, aunque se exhiba en condiciones que no supongan un perjuicio a su reputación.
- c) La integridad de la obra creada para un lugar específico no se vulnera necesariamente cuando se sitúa en otra ubicación, si la modificación del emplazamiento no interfiere en el proceso de comunicación entre el artista mediante su obra y la comunidad.

³⁹ RJ 2006\8134.

⁴⁰ RJ 2013\925.

d) El derecho del autor a la integridad de la obra puede comportar el de que no se exhiba en una ubicación distinta a aquélla para la que fue creada, pero no es absoluto.

e) El derecho del autor, al igual que el del propietario del soporte material, debe ejercitarse de buena fe, de forma no abusiva ni anómala y debe coordinarse con los del propietario del soporte material y los de la comunidad.

f) La decisión en supuesto de conflicto debe ser el resultado de la ponderación del caso concreto.

Ahora bien, a pesar de esa jurisprudencia consolidada, el previsible aumento de litigios en la materia obliga a cuidar de manera proactiva la protección de los derechos de autor y fomentar buenas prácticas respecto de la relación entre los titulares de las obras y los propietarios de edificios u otras construcciones, así como las Administraciones Públicas, como aquellos acuerdos para conservar obras ante la necesidad de intervención en los edificios⁴¹.

En ese punto, se pueden aprender muchas lecciones del emblemático caso 5Pointz por su aplicación del VARA (*Visual Artists Right Act*-Ley de Derechos de los Artistas Visuales) de 1990⁴². Por una parte, respecto de los criterios de protección de las obras efímeras, en particular del grafiti, establece parámetros para el reconocimiento de la altura creativa⁴³ y, por

⁴¹ Es el caso, por ejemplo, de la acción de retirada (2020) de los murales de Picasso en Oslo (Noruega) que pone el foco sobre la necesidad de protocolos específicos para ese tipo de intervención. Las obras en cuestión eran el mural que coronaba la fachada del edificio Y-Bock “Los Pescadores” (1970), obra de Picasso realizada con la técnica del chorro de arena en colaboración con el artista noruego Carl Nesjar, así como otro mural de los mismos autores, “La Gaviota”, una pieza de menor tamaño que decoraba el interior del edificio. De hecho, desde 1956 a 1971, Carl Nesjar y Picasso colaboraron en diferentes proyectos en los que Nesjar realizó a gran escala bocetos de Picasso. La retirada se hizo y se han trasladado las obras a unos almacenes donde se guardarán al menos hasta 2025, cuando está previsto la finalización de la construcción del bloque que las podría volver a albergar.

⁴² Incluida en el U.S. Code, Título 17 (*Copyrights*), Sección 106 A (*Rights of certain authors to attribution and integrity*).

⁴³ Criterio de naturaleza objetiva que marca la jurisprudencia española en materia de objeto del derecho de autor, en su aplicación del concepto comunitario autónomo de obra que exige la originalidad y la identificación como elementos clave. Cfr. De espe-

otro lado, en cuanto a la indemnización fijada, destaca el papel disuasorio de una cifra tan elevada.

El caso, que tuvo bastante repercusión mediática, tuvo como objeto de litigio obras creadas básicamente con la técnica de aerosoles en un complejo de edificios conocido como 5Pointz, situado cerca del puente que conecta Manhattan con Queens, en Long Island City.

Durante décadas los 21 artistas demandantes realizaron sus intervenciones artísticas con el consentimiento de Gerald Wolkoff, el dueño del conjunto de edificios industriales y almacenes —partícipe de la iniciativa, para la que puso al frente al conocido artista urbano Meres One (Jonathan Cohen)—, de modo que las obras, en su conjunto, contaban con un amplio reconocimiento público, formando parte del paisaje urbano.

En el año 2013, el propietario empieza a gestionar con el ayuntamiento la licencia para el derribo del complejo y la construcción en el mismo terreno de una promoción inmobiliaria de lujo, “comunicando” la decisión con un primer acto: la pintura en blanco de toda la fachada, preludio de la demolición que tuvo lugar en el año 2015.

En aplicación del VARA el Tribunal de Apelación del Segundo Circuito de Estados Unidos, en Sentencia de 20 de febrero de 2020, confirma la decisión de primera instancia⁴⁴, estableciendo una fuerte indemnización -6.750.000,00 dólares⁴⁵- por la destrucción de las obras, en la que se tuvo en cuenta que el propietario no facilitó la retirada de estas para su conservación, en los términos exigidos por la ley.

Destaca la decisión que el carácter temporal de las obras no excluye la aplicación de las normas del VARA, puesto que pudieron cumplir el requisito de la *recognized stature*, necesario para la protección de la obra plástica, por medio de una abundante prueba pericial con opiniones de

cial interés, la polémica sobre la protección del sabor/olor en el caso *Levola Hengelo BV* contra *Smilde Foods BV* (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de noviembre de 2018. Asunto C-310/17, ECLI: ECLI:EU:C:2018:899).

⁴⁴ Se puede consultar en <https://www.thetmca.com/files/2018/02/DKT-172-Decision.pdf>. Fecha de la última consulta 4.12.2021.

⁴⁵ En la fijación del monto indemnizatorio también se tuvo en cuenta el factor disuasorio, para estimular a los propietarios de edificios a negociar de buena fe y, además de cumplir con los plazos de preaviso, facilitar la posible retirada sin destruirlas ni modificarlas.

expertos⁴⁶. Sobre este aspecto, es importante remarcar que el Juez de instancia no reconoció la altura creativa de las obras objeto de litigio por el mero hecho de pertenecer a un conjunto artístico sobradamente conocido por el público, sino que analizó los requisitos de protección de cada obra individualmente considerada, pues no todas las intervenciones artísticas del 5Pointz contaban con la suficiente *recognized stature*.

4.2.2 Libertad de panorama

El monopolio intrínseco a la atribución de derechos de propiedad intelectual requiere un delicado equilibrio entre los intereses del autor y de otros titulares de derechos, como el público u otros creadores intelectuales. En esa senda, las voces más autorizadas que propugnan reformas sustanciales en la conformación del derecho de autor entienden que su evolución normativa hizo prevalecer el interés privado de los titulares de los derechos de propiedad intelectual sobre el interés público, en particular, el acceso a la cultura y diseminación del conocimiento⁴⁷.

Por lo que se refiere a los intereses en juego en materia de obras plásticas situadas en vía pública, no es inocente la terminología “libertad de panorama” -importada del derecho alemán (*Panoramafreiheit* o *Straßenbildfreiheit*)-, ya que no evoca el punto de vista del autor sino a la libertad de los usuarios a la hora de utilizar ampliamente y sin ningún tipo de remuneración las imágenes de obras ubicadas en un espacio público⁴⁸.

⁴⁶ Para justificarlo, se trajo a colación otros ejemplos de arte efímero, concretamente “*The Gates*”, una instalación de Christo/Jeanne-Claude que duró dos semanas en febrero de 2005 en que estuvo expuesta en Central Park de Nueva York y la *Girl with a Balloon*, de *Banksy*, autodestruida en el momento mismo de subastarse. Esa afirmación contenida en el párrafo 30 de la sentencia abre una vía de interés, a la vista de las decisiones sobre *land art* -en particular, el citado caso *Kelley v. Chicago Park District* sobre la protección de jardines-, en la que se ha señalado cómo en Estados Unidos se exigía la fijación de la obra para su protección por el *copyright*.

⁴⁷ En la relación con los museos, es de especial interés la obra de GONÇALVES, L.H., **Arte e resistência: O museu como pessoa e o direito de autor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

⁴⁸ Destaca ese enfoque: DULONG DE ROSNAY, M./LANGLAIS, P., Public artworks and the freedom of panorama controversy: a case of Wikimedia influence, in **Internet Policy Review**, vol. 6 (1), 2017, p. 11. DOI: 10.14763/2017.1.447.

En efecto, la circunstancia que marca la importancia de la excepción de la libertad de panorama en el arte urbano es la localización de tales manifestaciones artísticas en la calle⁴⁹. Si, con carácter general, las obras plásticas son creadas con una vocación de exposición, en el caso del arte urbano la conexión entre creación y exposición pública es todavía más evidente, en cuanto la calle es el telón de fondo, el soporte mismo, de la creación artística y, en consecuencia, la inserción en espacios públicos no es una decisión posterior a la creación -creo una escultura que después es colocada en la vía pública- sino que la vía pública forma parte del contenido de la obra.

El anclaje normativo comunitario se encuentra en el artículo 5.3.h) de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001 (en adelante, DDASI), según el cual los Estados pueden establecer excepciones o limitaciones a los derechos de reproducción y de comunicación pública “cuando se usen obras, tales como obras de arquitectura o escultura, realizadas para estar situadas de forma permanente en lugares públicos”.

Debido a los diferentes enfoques asumidos en la transposición de ese precepto por los Estados miembros resultó ser uno de los límites menos armonizados de la Unión Europea, pasando por aquellos países que decidieron inicialmente no introducirlo, pero también por la diversidad de contenido en aquellos que optaron por su inclusión (tipos de obras, alcance de los usos, carácter comercial o no de los mismo), en algunos casos desafiando la construcción de un concepto autónomo de la Unión. Por ejemplo, uno de los últimos ordenamientos jurídicos a tomar la iniciativa de introducirlo fue Francia y su legislador ha optado por subordinar esta excepción a unas condiciones suplementarias, fundamentalmente la prohibición de la utilización para fines comerciales y la aplicación única-

⁴⁹ Para un tratamiento en detalle: LAFRANCE, M., Public Art, Public Space, and the Panorama Right, in: **Wake Forest Law Review**, vol. 55, 2020, pp. 597-647 y HERNANDO COLLAZOS, I., La excepción panorama y el uso comercial de las manifestaciones secundarias de las obras de arte. Aproximación desde la Ley española de Derechos de Autor, in **RIIPAC. Revista sobre patrimonio cultural: Regulación, Propiedad Intelectual e Industrial**, núm. 10, 2018, pp. 1-52.

mente a las obras de escultura y arquitectura, en principio excepcionando el arte urbano⁵⁰.

Pese a todo, esta situación de disparidad de criterios de transposición, en un primer momento, no fue motivo de excesivas controversias, pero la situación parece dar un vuelco a propósito de la elaboración de una Resolución del Parlamento europeo sobre la aplicación de la DDASI. En su tramitación, correspondió a la parlamentaria Julia REDA elaborar la Propuesta, el Informe REDA, sobre la transposición de la Directiva de la Sociedad de la Información, en el año 2015, en la que propugnaba la ampliación de los límites y excepciones al derecho de autor para el entorno digital, por lo pronto, por medio de la obligatoriedad de todos los límites y excepciones acogidos en el DDASI y, en el caso de la libertad de panorama, defendía la necesidad de que abarcase todos los usos de la imagen captada, con fines comerciales o no.

El fundamento esencial de su razonamiento residía en la necesidad de proporcionar una mayor seguridad jurídica a los ciudadanos europeos que llevan a cabo diariamente usos que deberían estar amparados por la libertad de panorama ya que, de lo contrario, se estaría restringiendo, en sus palabras, la “capacidad de las personas medias de realizar actividades decisivas para su vida social, cultural y económica” e imponiendo “una carga excesivamente onerosa a las actividades cotidianas en línea”.

Dicho Informe se elaboró en el marco de la realización de la Propuesta de Resolución sobre la aplicación de la DDASI e incidía en la necesidad de adaptar el límite a las especiales circunstancias del entorno tecnológico, puesto que

en el pasado, la legislación tenía por objeto impedir la explotación comercial inadecuada de la arquitectura mediante la producción en masa de tarjetas postales, que no estaban destinadas al turista

⁵⁰ LUCAS, A. et al., **Traité de la propriété littéraire et artistique**. París: LexisNexis, 2017, p. 457. Aunque esos mismos autores reconocen que podría tener un reconocimiento jurisprudencial por la vía de la “inclusión fortuita” de la obra en la reproducción no autorizada.

medio que toma fotografías que, muy probablemente, solo se comparten a nivel privado una vez impresas⁵¹.

Ahora bien, después de una serie de vicisitudes en las que también se desechó una propuesta de regulación menos amplia de la excepción, circunscrita a usos no comerciales (Enmienda Cavada), el texto definitivo de la Resolución del Parlamento Europeo de 9 de julio de 2015 sobre la aplicación de la DDASI no hace ninguna referencia a la libertad de panorama. En suma, se optó por mantener la situación jurídica actual, tanto en lo que se refiere al carácter facultativo de la excepción como a su redacción⁵².

Pero, por supuesto, el debate no está cerrado y el problema sigue latente⁵³.

En el derecho español, la excepción de panorama fue acogida en los siguientes términos por el artículo 35.2. LPI “Las obras situadas permanentemente en parques, calles, plazas u otras vías públicas pueden ser reproducidas, distribuidas y comunicadas libremente por medio de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales”⁵⁴.

⁵¹ Proyecto de informe sobre la aplicación de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, de 15.01.2015 (2014/2256 INI), disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-546580_ES.pdf. Acceso em: 15 dez. 2021.

⁵² CABEDO SERNA, L., La libertad de panorama en la estrategia de revisión del derecho de autor en la Unión Europea. ¿Una oportunidad perdida?, in **Pc. i. Revista de propiedad intelectual**, núm. 63, 2019, p. 86.

⁵³ La necesidad es evidente, pues como se puso de manifiesto la Comisión en la Comunicación “Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor” [COM (2015) 626 final], de 9 de diciembre de 2015, “...la heterogeneidad en la aplicación nacional de la excepción denominada habitualmente «libertad de panorama», que permite tomar y subir a internet fotos de obras tales como edificios o esculturas situadas de forma permanente en lugares públicos, puede generar inseguridad”. Y destacaba la necesidad “aclarar la actual excepción de la UE que permite la utilización de obras concebidas para estar situadas de forma permanente en el espacio público (la «libertad de panorama»), a fin de tener en cuenta los nuevos canales de difusión”.

⁵⁴ Estuvo presente ya en la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987, manteniéndose en los mismos términos en la legislación vigente, puesto que se ha entendido que cumplía con los extremos establecidos en el DDASI.

Un análisis de la norma revela un ámbito objetivo extenso, pues el derecho español no restringe el tipo de obra ubicada en vías públicas, de tal manera que el límite abarca el amplio espectro de obras arquitectónicas, escultóricas o pictóricas y, en consecuencia, también las obras de arte urbano.

A propósito de los requisitos, la obra deber estar situada con carácter permanente en la vía pública y en cuanto a los usos, se trata de la reproducción, distribución o comunicación pública. En consecuencia, no están amparados los actos de transformación que siempre requerirán la autorización del titular de derechos. Respecto de la naturaleza de estos, el precepto no dice nada acerca de la cuestión de si la explotación comercial está amparada o no, por lo que debe interpretarse en el sentido de que está autorizada.

La respuesta a las demandas de una mayor protección del autor frente a eventuales utilizaciones comerciales abusivas debe venir de la cláusula de cierre del capítulo dedicado a los límites de los derechos de propiedad intelectual⁵⁵, la conocida como regla de los tres pasos contenida en el artículo 40 bis LPI y que dice:

Los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran.⁵⁶

A la vista de lo señalado y perdida la oportunidad de incluir una regulación adecuada del límite en la DDAMUD, este es un tema que no debería salir de la agenda del legislador europeo y los tribunales precisan tener en cuenta, en todo caso, la regla de los tres pasos en la interpretación del límite.

⁵⁵ Capítulo tercero del Título III del Libro I LPI.

⁵⁶ Vid. esta perspectiva en el caso “Beco do Batman”, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Brasil de 25 de agosto de 2020. Ponente: Ministro Ricardo Villa Bôas Cueva. Disponible en <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/923473896/recurso-especial-resp-1746739-sp-2018-0136581-2>. Acesso em: 15 dez. 2021.

4.3 Caso Flower Thrower: el anonimato y el dilema de Banksy

Ante la dificultad de proteger la obra sin salir del anonimato⁵⁷, para defender sus trabajos frente a utilizaciones no consentidas, una de las estrategias utilizadas desde las primeras fases del *Street art*, aunque muy criticada por los puristas de la transgresión, fue la inscripción de los seudónimos o de las obras como marcas y el control de la comercialización por parte del propio artista. Más recientemente se ha generalizado el cuidado con la firma y la publicidad de las condiciones para la utilización de los trabajos divulgados en redes sociales y otras plataformas digitales, de modo preventivo de utilizaciones no autorizadas⁵⁸.

En ese contexto se puede entender la reciente controversia sobre la anulación de la marca Lanzador de Flores de Banksy, pues pese a que los titulares de prensa se referían a la “pérdida de derechos de autor”, en realidad se trataba de un conflicto de marcas, eso sí, originado por las dificultades procesales para proteger sus obras por la vía del derecho de autor.

La cancelación de la marca figurativa *Flower Thrower* (Lanzador de Flores) por parte de la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) revela uno de los problemas del anonimato.

En el año 2014, Pest Control Office⁵⁹ presentó una solicitud de registro como marca comunitaria de la imagen del grafiti *Lanzador de flores*, realizado en el año 2005, en una pared de la ciudad de Jerusalén. El problema surge cuando, en marzo de 2019, Full Colour Black, una empresa dedicada a la distribución de postales y que contaba con la imagen del Lanzador de flores en su catálogo de productos, solicita la nulidad de la

⁵⁷ LÓPEZ RICHART, J., Y el vandalismo se hizo arte: la protección del grafiti por el derecho de autor, in **RIIPAC. Revista sobre patrimonio cultural: Regulación, Propiedad Intelectual e Industrial**, núm. 10, 2018, p. 66.

⁵⁸ Un paseo por Instagram y las principales cuentas de artistas urbanos permite conocer, en cada caso, las condiciones de uso de las obras.

⁵⁹ Pest Control Office es la sociedad que actúa como representante legal de Banksy y se presenta ante los Tribunales y autoridades administrativas, siempre orientada a defender sus intereses preservando su anonimato.

marca, alegando la mala fe en el registro de esta (art. 59.1 b) RMUE⁶⁰), así como por carecer el signo de carácter distintivo y ser descriptivo de los productos y servicios que ampara (art. 59.1 a) RMUE).

Iniciado el procedimiento, Banksy abre su tienda de artículos de papelería y decoración y afirma públicamente que lo hacía para cumplir con el requisito de uso necesario para mantener el registro de la marca.

En su resolución de 14 de septiembre de 2020, contraria a los intereses del artista, la EUIPO subraya que la función de la marca es permitir a los consumidores identificar el origen comercial de bienes o servicios y distinguirlos de los del resto, de tal manera que escapa a su cometido el impedir a terceros el registro o el uso de signos con el único fin de cerrar y apropiarse de una parte del mercado. A continuación, fundamenta la nulidad de la marca en la mala fe, pues nunca hubo la intención de usar la imagen registrada a título de marca y cuándo el artista empezó a hacerlo, con la apertura de la tienda, fue únicamente para evitar su caducidad por falta de uso.

Estamos en presencia, por lo tanto, de un conflicto marcario, pero por lo que al derecho de autor se refiere, es interesante que la EUIPO mencione en su resolución que la vía adecuada para proteger estos intereses es la que ofrece el derecho de autor y no el registro de marcas.

Pues bien, los representantes legales de Banksy justificaron el recurso al derecho de marcas alegando que el ejercicio de acciones legales bajo la normativa de propiedad intelectual, puesto que exige la identificación del autor de la obra, pondría en peligro el anonimato del artista y, por lo tanto, causaría un perjuicio irreparable a su persona.

La declaración de nulidad de la marca que protege el *Lanzador de Flores* abre la puerta a procedimientos similares en relación con las demás obras del artista actualmente registradas como marcas de la Unión Europea, poniendo a Banksy en una curiosa encrucijada entre la protección de sus derechos sobre sus obras y la preservación de su tan codiciado anonimato.

⁶⁰ Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea (Diario Oficial de la Unión Europea de 16 de junio de 2017).

De hecho, en otras ocasiones, Banksy tuvo que enfrentarse a los tribunales y se ha puesto de manifiesto las desventajas de mantener su anonimato. Como en el caso resuelto por la *Ordinanza Tribunale di Milano* de 15 de enero de 2019, *Pest Control Office Ltd c. 24 Ore Cultura SRL*⁶¹. En esta ocasión Pest Control Office solicitó una medida cautelar para impedir que se llevase a cabo la exposición organizada por la empresa 24 Ore Cultura Srl, en el MUDEC (*Museo delle Culture*) de Milán bajo el título de “Una protesta visual. El arte de Banksy”. En concreto, denunció la infracción de tres marcas “ Banksy”, “Niña con globo”, “El Lanzador de Flores”. Básicamente se da la razón al artista, por la vía del derecho marcario y, por lo que al derecho de autor se refiere, reconoce que hubo una infracción, fundamentalmente de su derecho de reproducción por la edición no autorizada de un catálogo, pues la reproducción fotográfica de una obra de arte figurativa en el catálogo de una exposición representa una forma de uso económico de la obra pictórica y cae dentro del derecho exclusivo de reproducción reservado al autor. Con todo, desestima esa parte de la pretensión, por falta de legitimación de la empresa demandante. Debido a los acuerdos de confidencialidad y la total falta de información sobre la identidad del autor que utiliza el seudónimo Banksy, no se pudo reconocer a la demandante como cesionaria de los derechos de autor⁶². Una vez más, la preservación del anonimato total del artista ha debilitado su posición procesal para defender sus intereses por la vía de los derechos de autor.

Sobre este último caso, merece una valoración negativa que los museos organicen exposiciones en contra de la voluntad manifestada por los autores que legítimamente han optado por el anonimato, principalmente en lo que se refiere a la utilización lucrativa de las obras, en especial el merchandising de las exposiciones y los catálogos. Se puede ver en esas acciones una voluntad de forzar una especie de “dominio público anticipado” de la obra, por lo que cumple resaltar lo obvio, que la obra anónima no implica carencia de autoría y siguen vigentes los derechos por el período de tiempo marcado por la ley.

⁶¹ Puede consultarse en https://iusletter.com/wp-content/uploads/Ordinanza-15.01.2019_Banksy.pdf. Acceso em: 15 dez. 2021.

⁶² AVETA, R. L’opera d’arte figurativa: recenti sviluppi nella giurisprudenza italiana e statunitense, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 14, febrero 2021, p. 906.

Tal vez hubiese que implementar algún tipo de iniciativa de autorregulación, de códigos de conducta, que compaginase la voluntad e interés público de exponer y conservar obras de arte urbano con un uso adecuado y leal de las obras, en unos parámetros similares al *fair use*, evitando las utilidades comerciales, como la venta de catálogos o reproducciones sin autorización de los titulares de derechos.

6 BREVE CONCLUSIÓN

A la vista de lo expuesto, los heterogéneos temas tratados invitan a la necesaria especialización del autoralista en las nuevas tendencias en el mercado del arte, tanto en la vertiente más tecnológica como en el carácter emergente de nuevas perspectivas del interés público.

No se trata únicamente de conocer los innovadores continentes de la creatividad artística y el auge de determinados soportes de expresión plástica sino de adaptar las herramientas normativas y convencionales a los nuevos desafíos planteados. Al fin y al cabo, la historia del derecho de autor es la historia del desarrollo de los medios tecnológicos y, en más de una ocasión, a lo largo de ese fascinante camino, ha demostrado la versatilidad que le ha permitido seguir como una importante herramienta de estímulo a la creación intelectual y de crecimiento económico y social de los países.

En particular, en este trabajo, se ha destacado la necesidad de mejorar la gestión colectiva de los derechos por medio de proyectos efectivos de recaudación y reparto de los derechos de participación en la reventa de obras de artes plásticas, así como del licenciamiento de los derechos patrimoniales en el entorno digital. Por otra parte, la necesidad de formación de los agentes económicos involucrados en la comercialización del arte digital, con vistas a, una vez determinada la titularidad de los derechos, optimizar los ingresos de los autores en concepto de derechos de propiedad intelectual, exclusivos o remuneración, así como del respeto a sus derechos morales. En esa última línea, se ha enfatizado que el crecimiento de la importancia del arte urbano en el mercado del arte,

debido a su paso de la calle a las galerías, casas de subasta y museos, lo cual requiere una mayor atención a temas como la autoría, el ejercicio del derecho moral a la integridad o el límite de utilización de la imagen de obras ubicadas en la vía pública.

REFERENCIAS

ARTPRICE, **The Contemporary Art Market Report in 2021**. Disponible en <https://www.artprice.com/artprice-reports/the-contemporary-art-market-report-2021>. Fecha de la última consulta 4.12.2021.

AVETA, R. L'opera d'arte figurativa: recenti sviluppi nella giurisprudenza italiana e statunitense, in **Actualidad Jurídica Iberoamericana**, núm. 14, febrero 2021, pp. 898-923.

CABEDO SERNA, L., La libertad de panorama en la estrategia de revisión del derecho de autor en la Unión Europea. ¿Una oportunidad perdida?, in **Pe. i. Revista de propiedad intelectual**, núm. 63, 2019, pp. 65-106.

DÍAZ AMUNÁRRIZ, C., **La gestión de las galerías de arte**. Madrid: AECID, 2016.

DÍEZ SOTO, C., Algunas cuestiones a propósito del derecho de participación del autor de una obra de arte original sobre el precio de reventa (*droit de suite*), in **Cuadernos de Derecho Transnacional**, vol. 9, 2, 2017, pp. 209-254. DOI: 10.20318/cdt.2017.3872.

DULONG DE ROSNAY, M.; LANGLAIS, P., Public artworks and the freedom of panorama controversy: a case of Wikimedia influence, in **Internet Policy Review**, vol. 6 (1), 2017, pp. 1-27. DOI: 10.14763/2017.1.447.

ESPÍN ALBA, I., **Arte efímero y derecho de Autor**. Madrid: Reus, 2021.

FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., **La propiedad intelectual de las obras creadas por inteligencia artificial**. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2021.

FUENTES RAMOS, J., El derecho de participación, In: BURGOS, E. Ortega (dir.) **Propiedad Intelectual 2021**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 133-152.

GONÇALVES, L.H., **Arte e resistência: O museu como pessoa e o direito de autor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

LUCAS, A.; LUCAS-SCHLOETTER, A.; BERNAULT, C., **Traité de la propriété littéraire et artistique**. París: LexisNexis, 2017.

HERNANDO COLLAZOS, I., La excepción panorama y el uso comercial de las manifestaciones secundarias de las obras de arte. Aproximación desde la Ley española de Derechos de Autor, in **RIIPAC. Revista sobre patrimonio cultural: Regulación, Propiedad Intelectual e Industrial**, núm. 10, 2018, pp. 1-52.

HISCOX, **Hiscox Online Art Trade Report 2021**, Londres, 2021, disponible en 21674a-Hiscox_online_art_trade_report2021-part_one_1.pdf. Fecha de la última consulta 4.12.2021.

NAVAS, S., Creativity of Algorithms and Copyright Law, in M. Ebers/S. Navas (eds.) **Algorithms and Law**. Cambridge University Press, 2020, pp. 221-234.

LAFRANCE, M., Public Art, Public Space, and the Panorama Right, in **Wake Forest Law Review**, vol. 55, 2020, pp. 597-647.

LÓPEZ RICHART, J., Y el vandalismo se hizo arte: la protección del grafiti por el derecho de autor, in **RIIPAC. Revista sobre patrimonio cultural: Regulación, Propiedad Intelectual e Industrial**, núm. 10, 2018, pp. 53-87.

PALAO MORENO, G., Inteligencia artificial y propiedad intelectual: avances en su ordenación en la Unión Europea, S. Barona Villar (ed.) **Justicia algorítmica y neuroderecho**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 633-653.

SÁIZ GARCÍA, C., Inteligencia artificial y derecho de autor, in E. Ortega Burgos (dir.) **Propiedad Intelectual 2021**, Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 581-604.

VEGAP, **Memoria e Informe de Gestión 2020**. Madrid: 2021. Disponible en: https://www.vegap.es/Info/Documentos/MEMORIAS-VEGAP/1._Memoria_e_Informe_de_Gestion_2020.pdf. Acceso em: 15 dez. 2021.

VICENTE DOMINGO, E., **El droit de suite de los artistas plásticos**. Madrid: Reus, 2007.