

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

EL DERECHO EN EL MERCADO DEL ARTE EN MÉXICO

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

EFRAÍN OLMEDO VELÁZQUEZ

ASESOR: LIC. IGNACIO OTERO MUÑOZ. SEPTIEMBRE 2013





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



EL DERECHO EN EL MERCADO DEL ARTE EN MÉXICO

Efraín Olmedo Velázquez

Obra de portada:
Arquitectura desdoblada
(muros de museo).
Museo de Arte Moderno.
Ciudad de México. 200 x
210 cm. Pablo Rasgado,
2011



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE PATENTES,
MARCAS Y DERECHOS DE
AUTOR.
OFICIO No. SPMDA/051/V/2013

ASUNTO: TÉRMINO DE TESIS

DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ
DIRECTOR GENERAL DE
SERVICIOS ESCOLARES
PRESENTE.

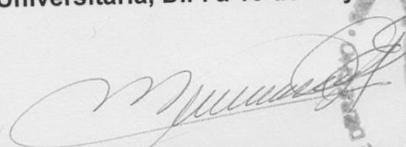
El pasante de Derecho, **C. EFRAÍN OLMEDO VELÁZQUEZ**, ha elaborado en este seminario bajo la dirección del Lic. Ignacio Otero Muñoz, la tesis titulada.

“EL DERECHO EN EL MERCADO DEL ARTE EN MÉXICO”

En consecuencia y cubiertos los requisitos esenciales del Reglamento de Exámenes Profesionales, solicitan a usted tenga a bien autorizar los trámites para la realización del examen profesional en el que sustente la tesis antes mencionada.

Agradezco de antemano su atención, reciba un cordial saludo.

ATENTAMENTE
“POR MI RAZA HABLARA EL ESPÍRITU”
Ciudad Universitaria, D.F. a 16 de Mayo del 2013.


LIC. MARIA DEL CARMEN ARTEAGA ALVARADO
DIRECTORA DEL SEMINARIO.

“El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración de examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad”

MCAA*jprs

A Serafín y Alejandro, quienes me han mostrado lo lejos que puedo llegar.

A María, Graciela y Cuauhtémoc, quienes me han guiado y acompañado incondicionalmente todo el camino hasta aquí.

A Oscar, Adrián, Luis A, Joaquín, Luis O, Mau, Arturo, Mario y Elías, quienes todos los días me hacen recordar en dónde estoy y hacia dónde voy; y quienes espero me acompañen en lo que falta de camino.

A todos ustedes, porque son lo más importante de lo que soy, con el profundo amor y aprecio que les tengo, dedico este trabajo.

» Agradecimientos

II

(Sin ningún orden en particular)

A JOSE PABLO, MAU, SEBAS, MARTÍN, JACQUELINE, DANI Y PEPE, CON QUIENES ESTARÉ ETERNAMENTE AGRADECIDO POR HABERME MOSTRADO LA PARTE MÁS INTERESANTE DEL DERECHO, Y TANTAS OTRAS COSAS QUE TUVE LA SUERTE DE APRENDER DE ELLOS; ASÍ COMO A LAS DEMÁS PERSONAS EN SANTAMARINA Y STETA DE QUIENES PUDE APRENDER TANTO, COMO: ANDREA, MARIO, ALE, GUS, JORGE Y MEMO. A CARLA, MARISSA, AURORA Y SARAH, POR LOS BUENOS TIEMPOS. A VERONIQUE POR ESA OPORTUNIDAD. A JORGE MIER Y CONCHA POR HABERME DADO UNA DE LAS MEJORES CLASES. A OSCAR POR PRESENTARME A LORENA. A PABLO POR LA PORTADA, Y A PABLO Y A LORENA POR DEJARSE PRESENTAR Y PRESENTARME EL ESPACIO POR EL QUE NACE ESTE TRABAJO. A ALEJANDRO PALOMINO, TOMAS DÍAZ, MONICA ASHIDA Y DE NUEVO A LORENA Y PABLO POR LAS BUENAS FIESTAS A LAS QUE FUI INVIDADADO POR SER INDISPENSABLES PARA LA REALIZACIÓN DE ESTE TRABAJO. A VALE Y A JUAN MANUEL DE LA ROSA, POR ESA DELICIOSA COMIDA Y LO QUE PUDE APRENDER DE ESA PLÁTICA, ADEMÁS DE LAS ATENCIONES QUE HAN TENIDO CONMIGO. A SOFI POR LA DISTRACCIÓN, A FER POR EL INTERES. AL LICENCIADO OTERO POR SU APOYO Y DIRECCIÓN EN ESTE TRABAJO. A CUAUHTEMOC POR LEERLO. A MONICA POR AYUDARME A ELEGIR A AQUEL DESCONOCIDO INDIVIDUO QUE DEJÓ MUCHOS DE LOS LIBROS QUE NECESITABA Y NO ENCONTRABA PERFECTAMENTE ACOMODADOS EN UN ESCRITORIO DE LA BIBLIOTECA. A LAWRENCE G. TESLER. A GRACE, MAGGIE Y MARIE POR EL APOYO. A SERAFIN Y ALE, POR EL EJEMPLO. A MAU, ELIAS, ARTURO, MARIA C, JOE, MARIO, JENNY, OSCAR, ADRIÁN, LUIS O, LUIS A, JOAQUIN, POR SU AMISTAD. A TODOS USTEDES LES DEBO, Y LES AGRADEZCO MUCHO.

| | |
|--|------------|
| Introducción..... | 1 |
| Capítulo I: El Mercado del Arte en Galerías: Definición, volumen y valor en México..... | 5 |
| Definición del Arte y su mercado..... | 5 |
| Importancia en la preservación de la cultura..... | 11 |
| Valor económico..... | 13 |
| Marco jurídico..... | 18 |
| Capítulo II: Forma de operación del mercado y las transacciones del arte | 30 |
| El mercado primario y secundario..... | 30 |
| Los círculos de Bowness y la experiencia de Castelli..... | 32 |
| La situación del mercado mexicano desde la perspectiva del Derecho..... | 41 |
| Protección marcaria..... | 43 |
| Protección de la obra y del nombre del artista..... | 45 |
| Celebración del contrato de seguro | 47 |
| Celebración del contrato de consignación..... | 47 |
| Muestra en catálogo..... | 48 |
| Muestra en galería..... | 48 |
| Adquisición de la obra..... | 49 |
| Capítulo III: Contrato de consignación de obra de arte..... | 51 |
| Definición y marco jurídico..... | 51 |
| Partes..... | 56 |
| Objeto..... | 57 |
| Obligaciones y derechos del consignante..... | 58 |
| Obligaciones del consignatario..... | 65 |
| Derechos del consignatario..... | 68 |
| Relevancia en la operación..... | 71 |
| Capítulo IV: El Contrato de seguro en el mercado del Arte..... | 74 |
| Definición y marco jurídico..... | 74 |
| Objeto..... | 83 |
| Partes..... | 86 |
| Cláusulas comunes..... | 87 |
| Relevancia en la operación..... | 107 |
| Capítulo V: adquisición y transacción de la titularidad de la obra..... | 110 |
| Limitantes entre el concepto del Arte y la Ley..... | 110 |
| Marco jurídico..... | 112 |
| Fijación..... | 119 |
| Reproducción..... | 120 |
| Comunicación pública..... | 122 |
| Distribución pública..... | 123 |
| Compraventa mercantil..... | 127 |
| Caso práctico..... | 131 |

| | |
|---|------------|
| Capítulo VI: Participación del artista en el precio de reventa..... | 141 |
| Concepto y origen de esta regulación..... | 141 |
| Forma de operación..... | 146 |
| Acuerdo que establece la tarifa para el pago de regalías por la ejecución pública de obras musicales..... | 151 |
| El caso de los hermanos Chapman..... | 157 |
| Comparación con la legislación española..... | 159 |
| Importancia de la existencia de esta regulación..... | 164 |
| Capítulo VII: Conclusiones..... | 168 |
| Conclusiones..... | 168 |
| Cláusulas necesarias..... | 177 |
| Caso práctico: contrato integral para Alejandro Palomino..... | 180 |
| Bibliografía..... | 196 |

»»Introducción

1

Cada vez más, las formas de expresión del arte se convierten en algo complejo de explicar y apreciar. No por ello debemos pensar que “cualquier cosa es arte” o “cualquiera pudo haber hecho eso”, pues debemos entender que el arte es una forma de expresión, en donde la comunicación que se pretende, nace de los sentimientos de un artista y se traduce en un lenguaje común a su interlocutor, a través de un lenguaje conformado por elementos físicos que algunas veces pueden parecer obvios e incluso absurdos, pero que dentro de su contexto adquieren un significado determinado, el cual al materializarse finalmente forma una obra de arte. De modo tal, que el arte –desde la óptica del Derecho- es aquel conjunto protegible de elementos que materializan en un lenguaje común, aquello que es tan íntimo como los sentimientos de un individuo.

En este sentido, me parece que debemos pensar en el Derecho desde su función protectora, pues no es otra cosa que un sistema de normas que nos hemos dado para protegernos de nosotros mismos y de nuestros iguales. El Derecho no es sólo un conjunto de normas que limita el comportamiento de los seres humanos a quienes rige, sino que al igual que el arte, es la materialización de los sentimientos de una sociedad respecto de cómo deben conducirse los individuos que la conforman, para poder proteger a través de la razón y no de la fuerza eso que llaman suyo.

De la misma forma ha de hablarse de la función de un abogado, pues ésta es la de proteger los intereses de su mandante. Conocer el Derecho le obliga a encontrarse en la honorable posición de poder proteger lo que es preciado para alguien más, quien no puede defenderlo por sí. Para mí, nada se presenta de forma tan honorable como tener la oportunidad de

proteger aquella creación, ese objeto que hace tangibles los sentimientos de alguien que ha tenido la capacidad de hablar de ellos en un lenguaje común al resto de los seres humanos.

Lo anterior, nace de estudiar al Derecho cuando existe o deja de existir en el mundo real, y no sólo en el mundo ideal en el que fue creado, pues el derecho solo es algo insípido. Sin embargo, el Derecho sin arrogancia, visto en torno a los elementos que lo concibieron y que justifican su existencia, deja un gran sabor de boca, y nos hace ver que no es algo que limite la creación, sino un sistema que la protege.

No obstante lo anterior, si bien la creación artística es relevante para el presente trabajo, a lo largo del mismo se observará desde la óptica jurídica, la manera en que dicha creación – sin dejar de ser una obra de arte- se convierte en un objeto de comercio dentro de un mercado con características sumamente particulares, en donde nacerán diversas relaciones jurídicas en torno al mismo. Por lo anterior, se pretende establecer una estructura eficaz y certera, en la que se vean beneficiados tanto la obra, el creador, el comerciante y el adquirente.

A efecto de lograr lo anterior, se debe estudiar no sólo el aspecto jurídico que rige al arte, sino la forma de funcionamiento del mismo. Es decir, se debe pensar desde el punto de vista comercial en la importancia de los actores y los elementos que conforman al mercado; las situaciones que lo motivan, su estructura internacional reflejada en el aspecto local; los factores que permiten el éxito de cualquiera de los actores o elementos; sus caprichos, ventajas y limitantes.

El presente estudio versa sobre el Derecho en el Mercado del Arte, sin embargo, no podemos pensar en la forma de regular o proteger algo, sin conocer ese algo, pues ese algo existió antes que el Derecho, y éste sólo apareció para darle nombre y estructura. Sin embargo, al día de hoy ese algo –el Mercado del Arte- aunque podemos darle un nombre, no goza de una estructura comercial respaldada por las leyes. Es un mercado que si bien no es el más exitoso dentro del contexto global, ha logrado sobrevivir dentro de sus propias prácticas sin la necesidad de una intervención constante de la estructura jurídica.

De lo anterior naturalmente nace la pregunta ¿por qué debería intervenir el Derecho? Para los abogados la respuesta puede parecer obvia: porque todo está contenido dentro del derecho. Pero pensando más allá del hermetismo jurídico, podemos pensar que existen códigos de honor y conducta o prácticas respetadas por todos los actores dentro del gremio

las cuales permiten un buen funcionamiento sin la intervención de las leyes; o bien, aunque no existieran, el mercado sigue funcionando.

La respuesta que justifica la intervención del Derecho en este mercado, nace –en mi opinión- de la forma en la que está evolucionando, en donde poco a poco intervienen actores internacionales acostumbrados a interactuar en una forma más estructurada en busca de determinada certeza jurídica que garantice sus inversiones.

Podríamos pensar más bien, que si es el deseo de los actores externos intervenir en el mercado nacional, son ellos quienes deberían acoplarse a las prácticas nacionales. Sin embargo, debemos tener presente que el valor del mercado nacional no excede los veinte millones de dólares anuales, mientras que los actores externos provienen de mercados valuados en miles de millones de dólares.

Por lo anterior, me parece que es prudente considerar acoplarse a medidas estructuradas en donde jurídicamente intervienen aspectos de Propiedad Intelectual, Derecho Mercantil, y aspectos internacionales. Toda vez que en este momento, los actores nacionales se encuentran en la posibilidad de convertirse en actores internacionales, o de lo contrario, hacer que México se vuelva un territorio internacional para el mercado en donde sus actores tengan una intervención muy limitada.

En este sentido, es que teniendo presente la situación del mercado nacional y observando las prácticas nacionales en forma paralela a nuestro derecho, se deben considerar las condiciones jurídicas que son ventajosas, así como las limitantes que existen dentro de nuestras leyes, para crear una estructura contractual que genere y estimule relaciones comerciales entre los actores nacionales e internacionales, en lugar de permitir únicamente interacciones espontáneas que existan por una sola ocasión.

Para lo anterior se deberá iniciar en primer lugar la práctica de la negociación y no la de la simple sumisión de un actor a la voluntad de otro, a efecto de crear acuerdos de voluntades que se traduzcan en contratos comerciales que se encuentren dentro de los límites establecidos por una regulación en materia de derechos de autor, la cual se impone sobreprotectora de los derechos de los artistas, al grado en el que se muestra ineficaz para las necesidades de un mercado que estimula la creación artística.

Se podrá pensar que se desvirtúa el arte al observarlo desde un punto de vista evidentemente capitalista, sin embargo no debemos ser ilusos y pensar que la cantidad y calidad de arte que vemos hoy en día puede existir sin un estímulo económico. Lo único que se pretende con la estructura que se plantea en el presente trabajo, es ser un respaldo para las prácticas comerciales que existen hoy en día, con la intención de generar una certeza jurídica tal, que el riesgo aparente de una inversión en este mercado sea cada vez menor y que como consecuencia de ello cada vez más actores decidan participar en la evolución de este mercado hacia uno se caracterice por ser maduro, de calidad, estructurado, redituable e internacional.

No se pretende que el Derecho sea la salvación del mercado del arte, porque en realidad, el Derecho aparecerá únicamente como un actor más de este mercado, que en el mejor de los casos podrá colaborar para añadir una ventaja más a nuestro mercado nacional.

Finalmente, vale la pena aclarar que la estructura legal propuesta a lo largo del presente estudio no es la única que pueda o deba plantearse, sino la que desde los aspectos tomados en consideración se presentaba como una opción eficaz para garantizar los derechos y estimular las relaciones comerciales de quienes intervienen en el mercado; en este sentido, cabe el planteamiento de muchas más estructuras, pues el Derecho es un catálogo de posibilidades, no un simple recetario.

El mercado del Arte en galería: Definición, volumen y valor en México

“El primer paso - especialmente para los jóvenes con energía, motivación y talento, pero no el dinero - el primer paso para controlar su mundo es el control de su cultura. Para modelar y demostrar la clase de mundo en el que exigen vivir. Para escribir los libros. Hacer la música. Grabar las películas. Pintar el arte”.

Chuck Palahniuk

Definición del arte y su mercado

Durante mucho tiempo no se planteó el problema de la definición del arte. Se discutía acerca del arte, acerca de las relaciones entre las diferentes artes, acerca de la naturaleza del placer artístico o de las relaciones entre el arte y el tiempo, o simplemente acerca de los méritos de diferentes artistas. Habría parecido singular, casi indecente preguntarse ¿qué es arte? Al respecto existía un consenso, que bastaba. Ahora bien, al principio del siglo XX dicho consenso se fracturó, volando en pedazos en los siguientes treinta años. Hoy en día se puede decir que la palabra arte se aplica a cualquier cosa. Este no es el lugar de reconstruir dicha crisis, cuyos diversos episodios se han descrito por todos lados. Poco a poco el término arte ha englobado toda suerte de actividades. Se considera que el dibujo de un niño forma parte integrante del arte: la UNESCO misma organiza exposiciones de ellos y otorga premios nacionales e internacionales. Así los cuadros de adultos que imitan dibujos infantiles, sobre todo mezclándolos con grafitis obscenos, han ganado derecho a los más grandes museos. Por su parte, las obras de locos, en un principio coleccionadas como documentos sobre la

alienación, han llegado a obtener el rango de obras de arte. Hace ya varios años que el “arte bruto” goza de la mayor popularidad en las ventas neoyorkinas¹.

En principio una obra de arte es y ha sido siempre un objeto reproducible. Los artefactos hechos por el hombre siempre han podido ser imitados, por ello es común que se realicen réplicas de objetos, ya sea por pupilos en la práctica de su oficio, por maestros cuando difunden sus trabajos, o por terceros en la búsqueda de un lucro². No obstante lo anterior, la más perfecta reproducción de una obra de arte carecerá siempre de un elemento: su presencia en un momento y espacio determinado, su existencia única en un lugar donde existe.

En la antigüedad no podemos encontrar normas jurídicas similares a aquellas que hoy incluimos en la categoría del Derecho de autor. Ello no significa que los intereses de los autores no fuesen contemplados. Hay quien llega a considerar la *actio iniuriarum*³ romana como medio de protección en aquella época, aun faltando en todo caso la idea de un derecho patrimonial (el autor no podía tutelar su interés patrimonial sino a través de la posesión material). Pero debemos constatar que los presupuestos de hecho son absolutamente distintos. La lentitud y el alto coste de las reproducciones que no eran fácilmente realizables, excluían la existencia de un relevante interés económico, que estimulase y justificase la pretensión de exclusiva sobre la reproducción misma. En el mejor de los casos se podría decir que los derechos del creador plástico conseguían repercutir exclusivamente en la esfera moral. El derecho antiguo no distingue entre artista, artesano y obrera. « La justicia antigua-se ha escrito- no remunera todavía el arte; paga solamente la obra»⁴.

En la propiedad intelectual en la actualidad, el objeto de protección o bien jurídico protegido es la obra literaria, artística o científica, por lo que debemos determinar cuál es el contenido de este bien. En este sentido, se establece legalmente que: son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte tangible o intangible actualmente conocido o que se invente en el

¹ THULLIER, Jacques, TEORÍA GENERAL DE LA HISTORIA DEL ARTE, Fondo de Cultura Económica, México, 2006. p 17

² VAVER, David. INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS VOLUME II. Routledge Taylor & Francis Group, Londres.

³ Acción penal intransmisible e infamante, ejercitable contra el causante de una lesión moral o corporal a un sujeto.

⁴ BERCOBITZ, Germán. OBRA PLÁSTICA Y DERECHOS PATRIMONIALES DE SU AUTOR, Editorial TECNOS, Madrid, 1997. P. 21

futuro⁵. Hablando de arte, es importante establecer qué es el soporte material del que trata la definición previamente propuesta, pues el arte hoy en día se puede presentar en diversos soportes materiales o incluso en una novedosa conjunción de estos.

Es decir, que el arte puede plasmarse en pergaminos, lienzos, mármol o bronce, de la forma en que tradicionalmente hemos visto plasmadas las pinturas y esculturas; sin embargo, en la actualidad existen diversos soportes materiales en los que puede presentarse el arte en expresiones más vanguardistas, tales como luces, sonidos, videos, entre otros.

De la misma forma se expresa Diego Espín Canvoas, cuando señala que “la obra de arte, así como el resto de las obras que puedan protegerse por el derecho de autor, deberán reunir dos características indispensables: la originalidad y la expresión formal. En este sentido, establece el autor que la primera es el resultado de la creación intelectual, por lo cual se distingue de otras creaciones anteriores que pudieran ser incluso parecidas. Por su parte, la originalidad de cualquier obra del espíritu refleja la personalidad del creador y justamente por esa creación original merece especial protección de la ley”⁶.

Asimismo, señala Espín Canvoas que la creación original no es suficiente; “también tendrá que adoptar alguna forma expresiva que la exteriorice y la haga reconocible a los demás, ya que la idea es inapropiable al patrimonio de la humanidad La idea es libre de circulación en el derecho de autor, como lo expresa Desbois, y exige una forma de manifestación para su protección”⁷. Lo anterior, de ninguna manera quiere decir que los soportes materiales de los que se ha hablado, sean objeto de protección por más novedoso que haya sido el hecho de plasmar una idea determinada en un material nunca antes utilizado en las expresiones artísticas.

Es importante establecer que lo que es objeto de protección como un derecho de autor es la forma de expresión resultante de la combinación de todos estos elementos, es decir que no se protegen ni la idea, ni el lienzo o el óleo, sino la expresión que por la conjunción de dichos elementos se logra.

⁵ DE LA VEGA, José Antonio. PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, REUS, S.A. Madrid, España.

⁶ ESPIN, Diego. LOS DERECHOS DEL AUTOR DE OBRAS DE ARTE. Editorial Civitas, S.A., Madrid, España. P. 104

⁷ Idem

De lo anterior, se deduce que un elemento esencial de la creación artística es la exteriorización, pues de no implementarse ésta en los soportes materiales previamente señalados, no existe obra alguna. La obra deberá engendrarse y no sólo concebirse para convertirse en sujeto de protección jurídica, y posteriormente – para los efectos del presente estudio - incorporarse al mercado del arte.

Otro elemento esencial, como se mencionó anteriormente, es la originalidad de dicha materialización, es decir, no basta con exteriorizar una idea para que ésta pueda ser producto de la protección jurídica de un derecho de autor, sino que esta idea deberá ser una expresión verdaderamente original y novedosa de la idea en cuestión.

Es decir, que es posible que la idea expresada sea poco original o novedosa, lo cual, no priva a dicha expresión de ser protegida por el derecho, siempre y cuando la forma de expresión se fije en un soporte material único y sea capaz de reproducirse.

En este orden de ideas, de acuerdo con Espín Canovas, la concepción latina predominante del derecho de autor ve la originalidad en la relación que vincula al autor con la obra al considerar que ésta es un reflejo de la personalidad del creador ya que la diversa personalidad de cada autor le confiere una originalidad.

Aunado a lo anterior, vale la pena señalar que tanto la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual así como la Legislación mexicana, contemplan diversas formas de obras de arte, tales como: literaria, musical, dramática, danza, pictórica, escultórica y de carácter plástico, arquitectónica, cinematográfica y demás obras de carácter audiovisual. En la actualidad, dada la evolución técnica de la creación del arte, la conjunción de algunas de estas obras puede formar una nueva obra que podrá ser puesta en una galería para su exposición; es decir, el arte de galerías ha dejado de ser una mera exposición de obras pictóricas, para convertirse en la exposición de diversas formas de expresión del sentir humano a través de la combinación de diversos soportes materiales.

Atendiendo a todo lo antes mencionado, para el propósito del presente estudio, resulta de vital importancia tener presente qué es para el lenguaje “el arte”. En este sentido, el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define al arte como una manifestación de la actividad humana mediante la cual se expresa una visión personal y

desinteresada que interpreta lo real o imaginado con recursos plásticos, lingüísticos o sonoros⁸.

Por otro lado, cuando nos referimos a un mercado, hablamos de un conjunto de operaciones comerciales que afectan a un determinado sector de bienes⁹. Asimismo, debe observarse que el comercio, desde el punto de vista económico puede definirse como el intercambio de bienes o servicios, y dichas operaciones deberán estar reguladas en la forma que resulte más eficiente para sus usuarios por el Derecho.

Vale la pena resaltar que para la comunidad artística en general, el único propósito que persigue el arte es ser arte. Por su parte, Juan Acha señala “que la obra sola, en sí, no basta para ser considerada arte. Todo arte requiere de un cuerpo teórico para avanzar y constituir un fenómeno socio-cultural completo”¹⁰.

Asimismo, podemos observar que a lo largo de la historia del arte, el valor de una obra en particular era determinado por el talento técnico que pudiera imprimir el artista en la obra. Poco a poco -en gran medida gracias a los avances tecnológicos- las barreras técnicas para el desarrollo de arte se han disminuido, por lo que el talento técnico no es un elemento indispensable para la creación artística, el factor que se vuelve determinante, es el discurso que con sus propios medios pueda traducir el artista en dicha obra.

No obstante lo anterior, no debemos ignorar que existe un mercado del arte, en donde una obra, que es producto de la más íntima apreciación de un contexto específico, la cual se nutre de las emociones, sentimientos, intelecto, dudas, miedos, anhelos y demás filtros de interpretación del artista; se convierte, sin dejar de ser arte, en un objeto de comercio.

Una vez que el arte se convierte en un objeto de comercio, inevitablemente estará sujeta a las leyes de la oferta y la demanda, en donde –para el coleccionista- el arte es el satisfactor no de una necesidad vital, sino en un lujo el cual está dispuesto a tratar como una inversión, muchas veces dejando a un lado el valor estético o discursivo y tomando en consideración únicamente el valor comercial.

⁸ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (En línea)

⁹ DAVALOS TORRES, María Susana. MANUAL DE INTRODUCCIÓN AL DERECHO MERCANTIL. NOSTRA Ediciones México, D.F, 2010..

¹⁰ ACHA, Juan. LOS CONCEPTOS ESENCIALES DE LAS ARTES PLÁSTICAS, Ediciones Coyoacán, México, 1999, P.15

Sin embargo, si bien no podemos ignorar completamente los factores que puedan estimular el valor o depreciación de una obra de arte o el crecimiento de un mercado artístico regional, estos no son el objeto de estudio del presente trabajo; lo es la forma en la que se desenvuelven contractualmente las transacciones que trasladan la obra de arte desde su creación, hasta la posesión de la misma por parte del coleccionista.

Asimismo, vale la pena señalar que la compraventa de arte se puede manifestar de diversas formas, ya sea a través de la venta directa por parte del artista, o bien por medio de la subasta, así como también a través de la obra por encargo; sin embargo ninguna de las anteriores es objeto de estudio del presente trabajo. Para efectos del presente trabajo, únicamente se analizarán las interacciones contractuales que se desenvuelven en el mercado del Arte en Galerías.

En virtud de lo anterior, es de vital importancia aclarar los conceptos del mercado del Arte en torno a los cuales se desarrollará la presente investigación:

- **Artista:** es la persona que hace o produce obras de arte. Lo que se entiende por artista proviene de la familia léxica de la palabra arte. En el artista casi siempre se supone una disposición especialmente sensible frente al mundo que lo rodea, lo que lo lleva a producir obras de arte. El artista es un individuo que ha desarrollado tanto su creatividad como la capacidad de comunicar lo sentido, mediante el buen uso de la técnica.
- **Obra:** es la denominación que se da a la creación en el campo del arte. En el arte contemporáneo el campo de las bellas artes se ha expandido, volviendo a incorporar a las artes aplicadas prestigiadas con el término "diseño", e incluyendo a nuevas "artes": la fotografía (con sus sucesivas variantes tecnológicas y de nuevos soportes, como la cinematografía, la televisión, el videoarte, los videojuegos, etc.), el cómic y manifestaciones más difícilmente catalogables, como la *performance*, el arte conceptual y las denominadas "instalaciones artísticas".
- **Coleccionista:** Una colección de arte es una serie de piezas artísticas recopiladas por una persona o una institución. Un coleccionista es quien se encarga de desarrollar tal recopilación a través de la adquisición de las mismas.

- **Galería:** El concepto también es usado para designar el establecimiento que además de exhibir y promocionar obras de arte, se dedica a su venta, siendo entonces por lo general un espacio más reducido (equivalente a cualquier otro local comercial) y limitando el periodo de exhibición a un tiempo determinado, pasado el cual se desmonta la "exposición" y se monta una nueva. El oficio y técnica de su gestión se denomina galerismo.
- **Mercado primario:** Se da cuando una obra se vende por primera vez, pudiendo existir esta venta por parte de una galería, o bien directamente por el artista.
- **Mercado secundario:** Sucede por virtud de las ventas subsiguientes, a través de casas de subastas, corredores de arte, coleccionistas o galerías de arte.

Una vez definidos los conceptos más relevantes en torno al Mercado del Arte en Galerías, es importante dejar en claro que el espacio comercial de las galerías es sobremanera informal y consta de prácticas comerciales muy particulares y sin duda alguna irregulares; no obstante, tiene elementos muy característicos de los cuales deberían nacer diversos contratos, obligaciones y cargas para cada una de las partes involucradas, las cuales se establecerán en mayor medida acorde con la costumbre.

Debe señalarse que el objeto del presente estudio es comprender las particularidades del mercado y en ésta medida proponer las instituciones contractuales más eficientes para garantizar la seguridad jurídica de las partes involucradas.

En este tenor, dichas instituciones – las cuales serán explicadas posteriormente- son: el contrato de consignación, el contrato de seguro, la compraventa, la traslación del dominio de la obra con las particularidades que la limitan por ser esta obra protegida por la legislación en materia de derechos de autor y finalmente la regulación concerniente a la participación del artista en el precio de reventa de la obra.

Importancia en la preservación y promoción de la cultura

El término "cultura", que originalmente significaba el cultivar del alma o la mente, adquiere la mayoría de sus posteriores significados en los escritos de los pensadores alemanes del siglo XVIII, quienes en varios niveles desarrollaron la crítica de Rousseau al liberalismo moderno y la Ilustración. Además, un contraste entre "cultura" y

"civilización" está usualmente implícito por estos autores, aun cuando no lo expresen así. Dos significados primarios de cultura surgen de este período: cultura como un espíritu folclórico con una identidad única, y cultura como el cultivar de la espiritualidad o la individualidad libre. El primer significado es predominante dentro de nuestro uso actual del término "cultura", pero el segundo juega todavía un importante rol en lo que creemos debería lograr la cultura, como la "expresión" plena del ser único y "auténtico."¹¹

Tomando del párrafo anterior el primer concepto de cultura para referirnos al arte, podemos entender este sentido generalizado de diversos elementos característicos de una población en una región determinada y que de cosecharse adecuadamente influenciará completamente el segundo significado señalado. Es decir, que la cultura es un sentir generalizado que influencia el sentimiento individual en su interpretación y posteriormente, con su expresión.

En este sentido, la ley debe proteger y garantizar las ideas exteriorizadas en soportes materiales en forma de obras artísticas, en cuanto la obra es fruto de la actividad intelectual del hombre, que al resultar una manifestación sincera de la personalidad pertenece al autor que la ideó y la concibió, por lo que a la postre se garantizan los intereses de la cultura y la civilización.¹²

El arte nace de una libre circulación de ideas, la cual, de acuerdo con Espín Canovas, atiende a la utilización que el autor hace de los datos existentes en la sociedad que después de su propia creación, devuelve a esta.

Es decir, que la creación artística estimula más creación artística, lo que no quiere decir que el arte o las ideas que la producen sean reciclables, sino que se reinterpretan y traducen en distintas expresiones de acuerdo con el contexto histórico y las particularidades del artista que lo desarrolla.

Resulta importante estimular la existencia de un mercado de arte sólido y estructurado, pues no sólo se genera un intercambio de arte por dinero, sino que existe a la vista del público un

¹¹ VELKLEY, Richard , THE TENSION IN THE BEAUTIFUL: ON CULTURE AND CIVILIZATION IN ROUSSEAU AND GERMAN PHILOSOPHY». *Being after Rousseau: Philosophy and Culture in Question*. Estados Unidos, 2002 p. 11

ESPIN, Diego, LOS DERECHOS DEL AUTOR DE OBRAS DE ARTE, Editorial Civitas, S.A., Valencia P. 32

intercambio de ideas y expresiones lo cual sin duda alguna estimula la generación de más cultura como espíritu folclórico con una idea única y sin duda de más cultura como la expresión plena del ser único y auténtico.

Valor económico

13

Las obras de arte se reciben y valúan en distintos planos. Existen dos planos polarmente opuestos que sobresalen: en el primero se acentúa su valor de culto; y la segunda su valor de exposición. La producción artística comienza con objetos ceremoniales destinados a servir en un culto. Uno podría asumir que lo que importaba era su existencia y no su ser a la vista. Un alce retratado en las paredes de su cueva por el hombre de la Era de Piedra era un instrumento de magia el cual exponía a sus compañeros, pero principalmente estaba hecho para los espíritus. Hoy en día el valor de culto podría parecer necesitar que la obra de arte permaneciera escondida, como algunas estatuas de dioses que sólo son accesibles a los ministros religiosos. Algunas Madonnas permanecen cubiertas casi todo el año; otras esculturas en catedrales medievales son invisibles al espectador a nivel de piso¹³.

Con la emancipación de diversas prácticas artísticas, se incrementan las oportunidades de exhibición de sus productos. “Es mucho más fácil exhibir un retrato que pueda ser enviado de aquí para allá, que exhibir una estatua de una divinidad que está fijada a un lugar dentro de un templo¹⁴.”

Asimismo, con los distintos métodos de reproducción técnica de una obra de arte, su sus posibilidades de exponerse se incrementan a tal grado que el cambio cuantitativo de los polos antes mencionados, se convirtió en una transformación cualitativa de su naturaleza. Esto es comparable a la situación de una obra de arte en tiempos prehistóricos cuando, por el absoluto énfasis en su valor de culto, era en primer plano y sin duda en el plano más importante, un instrumento de magia. Posteriormente ésta creación fue reconocida como una obra de arte, en la misma forma que hoy, por el absoluto énfasis en el valor de

¹³ VAVER, David, INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, CRITICAL CONCEPTS IN LAW, THE WORK OF ART IN THE AGE OF MECHANICAL REPRODUCTION, Routledge, Taylor and Francis Group, Londres. P.69

¹⁴ Idem. p.69

exhibición de la obra de arte, se convierte en una creación con funciones completamente nuevas, dentro de las cuales, la función artística podría ser reconocida como incidental¹⁵.

De modo tal que encontramos que el valor del arte hoy en día, no se verá definido por su función cultural o religiosa, ni siquiera por el talento técnico que implique su realización, su valor dependerá completamente de las particularidades que influyen al mercado en el que se comercializa.¹⁶

No obstante lo anterior, resulta de vital importancia para el desarrollo del presente estudio conocer el valor económico del mercado en la región y al mismo tiempo compararlo con ese mismo valor en distintas regiones, a efecto de conocer la importancia económica de este mercado en el mundo, y entender la posición que guarda nuestro país con relación a los demás en este mercado.

En este sentido, por lo que respecta al valor económico del Mercado del Arte en México, se habla de uno sorpresivo, incierto e inestable, es como un adolescente en busca de su propia personalidad. Es una industria con gran influencia del exterior, en la cual cuando a la economía mexicana le va mal, al mercado del arte le va bien.¹⁷

El nicho mexicano es pequeño y en proceso de maduración. Y es un sector marcado, sobre todo, por la informalidad. De acuerdo con cifras proporcionadas por el diario "El Economista" en su reporte denominado "El Mercado del Arte en 2012", en el año anterior, el mercado mexicano tuvo un valor de aproximadamente veinte millones de dólares, de los cuales 6.5 millones de dólares se movieron en operaciones en casas de subastas; 12 millones de dólares, en galerías, y 1.5 millones de dólares, a través de corredores de arte.

Si bien la cifra es pequeña en comparación con el resto de los mercados regionales, se debe apreciar que de acuerdo con estas cifras, proporcionalmente el valor más elevado es el del comercio por medio de las galerías, por lo cual resulta relevante la elaboración del presente análisis jurídico.

¹⁵ Ibidem. p. 70

¹⁶ Ibidem P.70

¹⁷ GASCA SERRANO, Leticia, El inestable camino del negocio del Arte, El economista en línea <http://eleconomista.com.mx/infografias/2012/05/06/mercado-arte-mexico-2012> consultado el 16 de Septiembre de 2012.

Como se mencionó previamente, el valor del Mercado del Arte en México es minúsculo si se compara con mercados maduros como China, Estados Unidos y Gran Bretaña. Sólo en operaciones en subastas durante el 2011, la firma Artprice registró 4,740 millones de dólares en China; 2,720 millones, en Estados Unidos, 2,240 millones, en Gran Bretaña. El mercado mexicano representó en el 2011 apenas 0.05% de la participación mundial, frente a mercados maduros como el chino, que acapara 41.43 por ciento.

En este sentido, también de acuerdo con el diario el Economista, Rafael Matos Moctezuma, describe el comportamiento del mercado mexicano como “muy inestable e inversamente proporcional a la bonanza del país”. Matos afirma: “En vacas flacas, los ricos se hacen más ricos y compran arte. A mayor profundidad de una crisis, mayor oferta de arte y mayor demanda, pero esto no necesariamente se traduce en altos precios, pues los pocos compradores abusan de la situación difícil que atraviesan los vendedores necesitados de recursos”.

Asimismo señala Rafael Matos que en comparación con nuestra historia, economía y población, el mercado es raquímicamente pequeño. México es un productor interesante, que ha dado grandes artistas, pero pocos grandes coleccionistas. Los altibajos de la economía colocan a los pequeños compradores del sector ilustrado de la clase media en situaciones difíciles, lo que les impide seguir adquiriendo obra y los lleva a ofrecer lo que poseen a quienes concentran la riqueza nacional.

Por su parte Ercilia Gómez Maqueo, economista y directora de la Fundación José Cuervo, señala que en una ocasión pretendió acotarse a las leyes económicas de la oferta y la demanda, por lo cual exhibió una obra a un precio muy alto y otras a un precio moderado, sin embargo recibió muchas más ofertas por la obra de valor más elevado. En este peculiar mercado las leyes de la oferta y la demanda no funcionan igual, pues la teoría indica que a mayor precio disminuye la demanda. En el arte, cuando se incrementa el precio, muchas veces también sube la demanda.

El mercado del arte obedece los postulados de la economía en contadas ocasiones. Vivian Gorinstein Kushner, gerente del Departamento de Arte Moderno y Contemporáneo de Morton Casa de Subastas, agrega un factor adicional: las obras que proceden de México son todavía muy baratas. “Si comparamos los precios del arte mexicano contra los del arte moderno y contemporáneo en otros países observamos que son menores, aunque hay sus

excepciones. Sotheby's vendió en noviembre del 2011 una obra de Tamayo en dos millones de dólares, una cifra inusualmente alta”.

Una propuesta estética contundente, original y con personalidad influye en la cotización positiva de un artista, pero hay otros factores que inciden de forma más directa y a veces efímera en el valor de la obra. Por ejemplo, que sea adquirido por un coleccionista famoso, que participe una exposición relevante —sobre todo cuando ésta tiene lugar en el extranjero— o que reciba una crítica favorable de las voces más respetadas.

En mercados que no alcanzan la mayoría de edad, como es el caso mexicano, es común observar cómo se construye un pedigrí artificial a ciertas piezas. Un coleccionista profesional adquiere un buen cuadro y lo coloca en exposiciones, libros, conferencias y unos años después la obra emerge al mercado de las subastas al doble o triple de su valor.

Sotheby's y Christie's, casas subastadoras con reconocimiento internacional, dedican dos veces al año —en mayo y noviembre— subastas específicas al arte latinoamericano. Si en ellas triunfa comercialmente un artista mexicano, esto se verá reflejado en las galerías y casas de subastas del resto del mundo.

Gran parte de los compradores, sobre todo aquellos que ven en el mercado una oportunidad de inversión, prefieren apostar a los artistas consagrados pues son ventas seguras. “Se siguen vendiendo muy bien Rivera, Orozco, Siqueiros, Frida, Tamayo y Toledo. Son los artistas que llegaron a más altos precios en el 2011 y siempre”, dice Rafael Matos.

Por su parte Javier Lumbreras, presidente de Artemundi Global Fund, el segundo fondo internacional más grande en su tipo, observa en la falta de regulación del mercado del arte en México una de sus características definitorias: “cualquier persona con un martillo y un clavo puede ser galerista, pues no hay requisitos que regulen la entrada a laborar al arte de manera profesional. Esta falta de regulación afecta otros aspectos como la titularidad de la obra, nada garantiza que quien te vende una pieza es su legítimo propietario. Por ello, en el sector imperan el desconocimiento y la desconfianza”.

Patricia Ortiz Monasterio, fundadora de la galería OMR, ha percibido en los últimos cinco años un crecimiento sostenido del mercado y en particular una apertura hacia artistas locales. El principal factor de cambio, dice, es la nueva generación de compradores que “viaja más, ve más, tiene mayor poder adquisitivo y está más conectada”.

Desde la perspectiva de las galerías, Mónica Manzutto, de Kurimanzutto, ha presenciado en los últimos años el crecimiento del mercado de arte en el país. Se trata de un coleccionismo privado en el cual existen distintos tipos: por un lado están las fundaciones o museos privados como Jumex, CIAC (Colección Isabel y Agustín Coppel) y el Museo Amparo. Por otro, existen los individuos, algunos con un enfoque claro de desarrollo de su colección; otros con compras más esporádicas. A nivel de instituciones públicas existe un gran vacío, ya que no hay un proyecto sólido para conformar un patrimonio nacional”, afirma Manzutto.

La proporción de arte contemporáneo que se comercializa en México no garantiza que se trate de una buena compra, en particular para quienes buscan un retorno financiero. Esta corriente es la que presenta un mayor riesgo de liquidez. Aunque se considera al arte como un activo poco volátil, su principal riesgo no radica en que el precio de la obra vaya a bajar, sino que no haya mercado para vender la pieza posteriormente.

Otro de los grandes retos reside en el riesgo asociado con los fenómenos financieros internacionales. La crisis de deuda soberana en Europa y el lento crecimiento en la economía de Estados Unidos han mermado la confianza de los compradores.

Un estudio de confianza en el mercado de la consultora ArtTactic concluye que de enero a octubre del año pasado el nivel de confianza disminuyó 55% y el punto más bajo de confianza podría llegar en el primer semestre del 2012. La excepción son China e India, donde el panorama es mucho más optimista.

Andrés Blaisten, el hombre detrás de la colección que lleva su nombre, supone que en el 2012 crecerá el mercado, sobre todo el coleccionismo privado, al mencionar que antes de la crisis del 2008 muchos museos en Europa y Estados Unidos compraban arte activamente, pues tenían muchos recursos. En el momento en que estalló la crisis y los museos dejaron de comprar en volumen, los artistas y las galerías fueron afectados. Los mercados del arte no son paralelos a los mercados financieros. El mercado del arte tiene un plazo más largo y en general se trata de inversiones más estables. Lo peor que puede suceder al comprar una obra de buen nivel es que no suba su valor.¹⁸

De la opinión de los galeristas y coleccionistas previamente citados, se entiende que el mercado del arte en México, es sumamente joven, que se enfrenta a grandes deficiencias

¹⁸ GASCA SERRANO, Leticia, El inestable camino del negocio del Arte, El economista en línea, <http://eleconomista.com.mx/entretenimiento/2012/02/13/inestable-camino-negocio-arte>, consultado el 16 de septiembre de 2012.

como la falta de certeza y que su estabilidad o crecimiento dependerá en gran medida de la influencia de otros mercados. Esto no quiere decir que el mercado Mexicano se encuentre estancado y que de ninguna manera pueda crecer.

Sin duda alguna el mercado mexicano puede incrementar los 20 millones de dólares anuales por transacciones de arte, siempre y cuando encuentre los medios para convertirse en un espacio amigable para la compraventa de producción artística no sólo nacional sino internacional.

En este sentido, podemos ver que existen diversas galerías en México, tales como Thomas Fléchel Galería, EDS Galería, Galería Estudio 54, KURIMANZUTTO, Monclova, Enrique Guerrero, Emilia Cohen, Oscar Roman, Vice Galería, TRAEGER & PINTO, Toca Galería, Terreno Baldío, Arroniz, OMR, además de eventos de reciente organización como ZONA MACO, o la intervención de galerías internacionales como la de Luis Adelantado.

Actualmente vemos nacer un impulso importante que puede posicionar a México en el mundo como un espacio relevante de compraventa de arte, del que puede generarse un mercado sólido y competitivo como alguna vez lo fue; pero es importante darle a este impulso una estructura para que no se derrumbe en la posterioridad como sucedió después de Rivera, Orozco y Siqueiros con Inés Amor.

Marco jurídico

Una vez señalados los conceptos y características en torno a las cuales gira el mercado del arte, es momento de observar superficialmente el punto fino del presente estudio; es decir, el marco jurídico dentro del cual se encuentran las operaciones relacionadas con el arte independientemente de la informalidad de dicho mercado en nuestro país.

En este sentido, vale aclarar que históricamente, el origen de la estructura jurídica actual de la propiedad intelectual deviene del Convenio de Berna, celebrado en dicha ciudad en 1886, misma que surge de diversas conferencias celebradas entre 1883 y 1886 con la finalidad de proteger las obras literarias y artísticas.

De tal forma que el Tratado de Berna, consagró varios principios fundamentales. Por ejemplo, en el Artículo 5 se estableció el Trato Nacional, la Protección Automática y la Independencia de la Protección.

En cuanto al Trato nacional, se señala que dicha disposición tiene como fin que los extranjeros tengan la misma protección que los nacionales en cualquier país que forme parte del Convenio de Berna.

En cuanto al principio de la Protección Automática, este se encuentra implícito en el texto del párrafo 2 del artículo 5: “el goce y el ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad...”. Para este efecto, los requisitos de carácter administrativo contemplados en las legislaciones nacionales, como son el depósito de ejemplares, presentación de solicitudes de registro o pago de tarifas no se consideran como formalidades.

En cuanto a la independencia de la Protección, se refiere a que el goce y ejercicio de los derechos establecidos en la Convención son independientes de la existencia de protección en el país de origen de la obra: “... Por lo demás, sin perjuicio de las estipulaciones del presente Convenio, la extensión de la protección así como los medios procesales acordados al autor para la defensa de sus derechos se regirán exclusivamente por la legislación del país en que se reclama la protección¹⁹”.

De tal forma se entiende que el derecho de autor se asemeja a un monopolio en favor de su creador. Sin embargo, tratándose de un monopolio, cada uno, a su manera, supone una traba para el derecho de otros a competir en el mercado con el creador del derecho o su empleador. Consecuentemente, hasta cierto punto, cada uno distorsiona el intercambio.

Si esto fuera todo, estos monopolios irían en contra del interés del público en general. En el nivel más simple, se puede decir que la existencia de un monopolio permite al monopolista (en este caso el autor de una obra) aumentar sus precios o restringir el abasto como le plazca. Por supuesto, sabemos que esto es demasiado superficial a simple vista, pues no toma en cuenta todos los beneficios para el público en general, como el supuesto en el que puede fluir de la creatividad y la inversión, que son el producto de un sistema de monopolio bien balanceado, o bien, el hecho de que no hay un abasto que restringir pues se trata de una pieza única. Pero siempre hay que tener en cuenta que la legislación en materia de

¹⁹ OTERO MUÑOZ, Ignacio y ORTIZ BAHENA, Miguel Ángel. PROPIEDAD INTELECTUAL SIMETRÍAS Y ASIMETRÍAS ENTRE EL DERECHO DE AUTOR Y LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, EL CASO DE MÉXICO. PORRUA, México, 2011.

monopolio es el resultado final de un acto de equilibrio: ¿La limitación de la competencia se encuentra justificada por los beneficios que le da a la sociedad en general²⁰?

En este sentido, la Ley mexicana expresamente establece que los derechos de autor no constituyen un monopolio, sin embargo, para efectos del presente estudio, utilizando tal término únicamente como una analogía se puede observar que en efecto el derecho de autor se trata de un derecho que permite la explotación económica exclusiva de una obra por un tiempo determinado.

Por ello, debemos considerar que en efecto, la limitación de la competencia en materia de propiedad intelectual se encuentra definitivamente justificada, al permitir por virtud de este supuesto que se cree un monopolio como estímulo en la producción cultural y artística, lo cual sin lugar a dudas se traduce en un beneficio económico y cultural para la sociedad en general.

Por otro lado, con relación a este punto, vale la pena observar la opinión de José Antonio de la Vega en cuanto se expresa sobre el monopolio de explotación de los derechos de autor. Con relación a este concepto, el tratadista español señala “que muchos han establecido que el derecho -de autor- no se califica como patrimonial, sin que por el contrario se busca una nueva dimensión jurídica; se busca una categoría jurídica aplicable al tema, el cual es el monopolio del derecho privado.

A juicio del autor antes citado, dicha concepción peca de que se olvida principalmente de la específica significación de la materia, para divagar sobre una cuestión cuyo meollo es más explícito: la facultad de explotación. El derecho de autor es un proceso de explotación de monopolio, que encuentra su base en dos obligaciones: de una parte y dentro de toda persona que se encuentra con otra obra ya existente, y de otra parte en su vertiente activa, una obligación de impedir esta imitación. Esta obligación lleva correlativamente aparejado el derecho de usar una facultad propia. El monopolio de explotación tiene un carácter temporal, lo cual le hace diferir de la auténtica propiedad²¹.”

²⁰ VAVER, David, INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, CRITICAL CONCEPTS IN LAW: COPYRIGHT OVER-STRENGTH, OVER REGULATED, OVER- RATED? Routledge Taylor & Francis Group, Londres.

²¹ DE LA VEGA, José Antonio. Protección de la Propiedad Intelectual, REUS, S.A. Madrid, España

En realidad, lo que pretenden estos autores es un intento de justificación de una forma de propiedad que resulta extraña a los esquemas tradicionales del Derecho Civil. El mayor error que cabe imputar a los mentados tratadistas estriba en una falta de resultados empíricos positivos, lo cual determina que la dogmática jurídica no progrese y, por tanto, que sus doctrinas queden relegadas a teorías jurídicas sin evolución, es decir, muertas²².

En este sentido, debe evidenciarse, que los mecanismos de protección de las obras de arte resultan sumamente imprácticos, muchas veces como consecuencia de la legislación, algunas otras por falta de mecanismos jurídicos para hacer vigente la protección que extienden las leyes, y otras por la ignorancia de las partes respecto de los derechos que la ley les ha garantizado.

Esto no quiere decir que sea imposible generar mecanismos eficientes para la protección a partir de la legislación vigente, sin embargo, la generación de estos dependerá en gran medida de una clara comprensión de los principios de la propiedad autoral, así como de una búsqueda creativa de diversos elementos dentro de nuestra legislación, para satisfacer tales necesidades y estimular el crecimiento del mercado del arte, así como el desarrollo cultural.

Atendiendo a lo antes mencionado, en primer lugar debemos señalar que en nuestro país, se establece expresamente en nuestra Constitución Política que si bien el derecho de autor y todos aquellos que le son consecuentes, le son exclusivos al creador de la obra, de ninguna manera se deberá equiparar este derecho a una práctica monopólica.

Para hablar del marco jurídico nacional del cual nace el derecho de autor, debemos observar qué es el origen de la titularidad de los autores respecto de sus obras. Naturalmente, tal origen se encuentra establecido en la Constitución, en virtud de lo cual resulta indispensable la lectura del artículo 28 de nuestra carta magna, en donde se señala lo siguiente:

Artículo 28

Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus

²² Idem

obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.

En este sentido, se entiende que los artistas tendrán un derecho exclusivo respecto de sus creaciones, por lo cual, les corresponde la explotación exclusiva de dicho objeto de comercio, y para entender la forma y límites de dicha explotación debemos observar la Ley Federal del Derecho de Autor, pues es este cuerpo normativo el que lo regula con diversas consideraciones.

22

Consecuentemente, debemos observar lo siguiente:

Artículo 5o.-

La protección que otorga esta Ley se concede a las obras desde el momento en que hayan sido fijadas en un soporte material, independientemente del mérito, destino o modo de expresión.

El reconocimiento de los derechos de autor y de los derechos conexos no requiere registro ni documento de ninguna especie ni quedará subordinado al cumplimiento de formalidad alguna.

Lo anterior nos hace ver que el registro de una obra ante el Instituto Nacional del Derecho de Autor tiene un sentido únicamente declarativo, pues el derecho respecto de la obra se constituye en el momento mismo de su materialización. En virtud de lo anterior, es que no es tan común el registro de las obras como debería serlo, sino que es más común establecer la titularidad de la obra a través de un certificado de autenticidad, el cual es un simple documento que consta de la firma del artista en donde se declara la titularidad respecto de la misma.

Por otro lado, es importante tener presente que el derecho de autor se conforma a su vez de dos derechos distintos, mismos que podrán tener un destino distinto dependiendo de la voluntad del titular de cada uno, estos son:

- **Derecho Moral:** De acuerdo con la Ley Federal del Derecho de Autor, el derecho moral se considera unido al autor y es inalienable, imprescriptible, irrenunciable e inembargable. Corresponde el ejercicio del derecho moral al propio creador de la

obra y a sus herederos. Es decir, que se trata del derecho que tiene el artista al reconocimiento de la creación de obra en cuestión.

- **Derecho Patrimonial:** Según esta tesis, los derechos de autor deben ser incorporados a la idea genérica del patrimonio, en un pie de igualdad con los derechos reales y crediticios.

Así, la Ley Federal del Derecho de Autor, establece que en virtud del derecho patrimonial, corresponde al autor el derecho de explotar de manera exclusiva sus obras, o de autorizar a otros su explotación en cualquier forma, dentro de los límites que establece la presente Ley y sin menoscabo de la titularidad de los derechos de autor. En este orden de ideas, de acuerdo con el artículo 29 del mismo ordenamiento, se deberá entender que el derecho patrimonial estará vigente durante la vida del autor, y a partir de su muerte cien años más.

En virtud de lo anterior, nace el derecho a la explotación comercial de la obra, es decir al pago de regalías. Este se regula en primer lugar en los artículos 8 y 9 del Reglamento la Ley Federal del Derecho de Autor, versando de la siguiente manera:

Artículo 8o.- Para los efectos de la Ley y de este Reglamento, se entiende por regalías la remuneración económica generada por el uso o explotación de las obras, interpretaciones o ejecuciones, fonogramas, videogramas, libros o emisiones en cualquier forma o medio.

Artículo 9o.- El pago de regalías al autor, a los titulares de derechos conexos, o a sus titulares derivados, se hará en forma independiente a cada uno de quienes tengan derecho, por separado y según la modalidad de explotación de que se trate, de manera directa, por conducto de apoderado o a través de las sociedades de gestión colectiva.

Es importante señalar que cuando se da la compraventa de obras de arte, a diferencia de cualquier otro objeto de comercio, normalmente no se transfieren los derechos de reproducción (salvo pacto en contrario), por lo cual resulta relevante considerar el pago de regalías en caso de que el coleccionista o cualquier tercero opte por reproducir sin autorización la obra en cuestión, a tal efecto los artículos 38 y 85 de la Ley Federal del Derecho de Autor se expresa de la siguiente manera:

Artículo 38.- El derecho de autor no está ligado a la propiedad del objeto material en el que la obra esté incorporada. Salvo pacto expreso en contrario la enajenación por el autor o su derechohabiente del soporte material que contenga una obra, no transferirá al adquirente ninguno de los derechos patrimoniales sobre tal obra.

Artículo 85.- Salvo pacto en contrario, se considerará que el autor que haya enajenado su obra pictórica, escultórica y de artes plásticas en general, no ha concedido al adquirente el derecho de reproducirla, pero sí el de exhibirla y el de plasmarla en catálogos. En todo caso, el autor podrá oponerse al ejercicio de estos derechos, cuando la exhibición se realice en condiciones que perjudiquen su honor o reputación profesional.

De lo anterior se deduce que podría darse el caso, si este fuera el deseo de las partes, en que se transfiriera el derecho de reproducción o cualquier otro derecho patrimonial de la misma en favor del coleccionista. Finalmente el punto importante es que a través de esta compraventa, será que el coleccionista tendrá legítimamente la propiedad de la obra como un objeto material, y siempre deberá atenerse a las limitaciones que establece la legislación de la materia.

Ahora bien, de la propiedad legítima de una cosa, nace el derecho de comerciar con ella, siempre y cuando la ley no lo prohíba, de modo tal que una vez explicados los principios que le dan legitimidad al derecho del autor respecto de su obra para la enajenación o explotación de la misma en cualquier otra forma, así como de la legitimación de la propiedad de la obra por parte del coleccionista, debemos pasar a explicar los contratos que son accesorios a este procedimiento de compraventa en la práctica de compraventa en las galerías; es decir, el contrato de consignación, el de seguro y el de compraventa.

Una vez expresado lo anterior, resulta evidente que la protección que concede la ley a la explotación de la creación artística, se traducirá en la comercialización del artista o de terceros con la obra, creando así un mercado del arte.

En este sentido, observando la incuestionable voluntad de las partes involucradas en este mercado, de incrementar el valor económico de las obras a través de su comercialización es

que se debe entender que se trata de actos de comercio como consecuencia de la evidente especulación comercial.

En este orden de ideas, y toda vez que el Código de Comercio no establece a bien que debe entenderse por especulación comercial, vale la pena observar la opinión de nuestros más altos tribunales con relación a dicho término:

25

Época: Novena Época

Registro: 174 725

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL
DEL TERCER CIRCUITO.

TipoTesis: Tesis Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Localización: XXIV, Julio de 2006

Materia(s): Civil

Tesis: III.2o.C.120 C

Pág. 1207

**ESPECULACIÓN COMERCIAL EN QUÉ CONSISTE, TRATÁNDOSE DE
COMPRAVENTAS MERCANTILES.**

El fin o propósito de especulación comercial a que aluden los artículos 75, fracciones I y II, y 371 del Código de Comercio, no se define, exclusivamente, en relación con el hecho de que el comprador vaya a tener una ganancia lícita si decide vender el bien que adquirió, pues el mayor valor del precio de venta sobre el de compra no es un factor que defina la mercantilidad de un contrato, pues aun las compraventas meramente civiles pueden tener un evidente y expreso propósito económico o lucrativo; por lo cual, la distinción entre lucro civil y especulación mercantil, debe ser en el sentido de que éste necesariamente debe ser relativo al tráfico comercial, esto es, que quien adquiere un bien lo hace con el fin directo de transmitir posteriormente la propiedad del mismo a un tercero, con el fin de lucrar con ello, esto es, de obtener una ganancia.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL

Tal y como se observa de las tesis antes expuestas, la especulación comercial de un acto nace de una voluntad no expresada pero existente. Es decir, que quien adquiere un bien – en este caso una obra de arte- lo hace con el fin de transmitir directamente la propiedad del mismo a un tercero pretendiendo con esto obtener un lucro; sin embargo, no se debe pensar que con ello se refiere a un fin directo e inmediato, sino que se debe atender a la causa impulsiva, la razón subjetiva que le dio origen al contrato.

Tomando en consideración lo relativo al creciente valor de una obra de arte, resulta natural pensar que al adquirirla, se realice dicho acto pensando en el valor futuro que esta pudiera alcanzar, para posteriormente venderla de nuevo a un tercero, constituyéndose así la especulación comercial del acto y es por ello que se trata de un acto de comercio.

Es en virtud de que se trata de actos de comercio, que todas las operaciones que se desarrollen en el mercado del arte, como aquellas de los contratos sobre los que versa el presente estudio, tendrán que ser reguladas por el Código de Comercio, tal como se señala en el artículo 75 del mismo que a la letra dice:

Artículo 75.- La ley reputa actos de comercio:

L- Todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial, de mantenimientos, artículos, muebles o mercaderías, sea en estado natural, sea después de trabajados o labrados;

(...)

De esta forma observamos que las transacciones en la práctica del mercado del arte se deberán estudiar a la luz del Código de Comercio, de igual manera deberán ser observados los contratos que protejan a las partes involucradas en dicho mercado.

Resulta relevante establecer dichos actos como actos de comercio, pues en este sentido, la protección del derecho autoral y en particular el derecho patrimonial del autor, así como los patrimonios del galerista y coleccionista, se ve incrementa considerablemente pues se generan obligaciones contractuales de carácter mercantil entre las partes, lo cual origina un interés jurídico desde el establecimiento de la voluntad de las partes en el contrato, permitiendo de esta forma la exigibilidad de dichas obligaciones ante tribunales en materia mercantil.

Dicha exigibilidad es de vital importancia, pues añade valor a la propiedad. Es decir, nada vale el derecho que una persona pueda tener respecto de una cosa si no es exigible frente a terceros, de modo tal que nada vale un registro de derecho de autor, si la explotación del mismo no es atribuible únicamente a su autor o a quien éste haya decidido extender dicho derecho.

De la misma forma, de nada sirve un contrato mercantil, si la voluntad de las partes no se materializa en una actividad comercial eficiente en la que existan los medios para que cualquiera de las partes pueda exigir el cumplimiento de las obligaciones pactadas a efecto de alcanzar el objeto principal de dicho contrato.

Lo anterior amplía sin duda alguna la eficacia del contrato pues complementa la protección que la ley da a los derechos de autor, al permitir su exigibilidad ante un tribunal que por su especialidad, además de conocer las implicaciones y alcances económicos de las obligaciones generadas en estos contratos, tiene los medios para ejecutar sus determinaciones, a diferencia de una simple resolución administrativa por parte del Instituto Nacional del Derecho de Autor.

Finalmente, después de observar los elementos conceptuales, económicos y jurídicos alrededor del mercado del arte, se debe dejar en claro que un adecuado desarrollo de este mercado traerá consigo beneficios en diversos aspectos de la vida nacional, como el económico y el cultural, es por ello, que el propósito del presente estudio es encontrar los elementos contenidos en nuestra legislación que permitan generar una libertad de mercado y al mismo tiempo certeza jurídica a las partes involucradas, encuadrándose a la perfección en las prácticas cotidianas de dicho mercado, para lograr eventualmente un incremento sólido y constante en su valor.

Forma de operación del mercado y las transacciones del arte.

“El único arte insignificante de nuestro tiempo es el realismo. Y no sólo por la mediocridad de sus productos sino porque se empeña en reproducir una realidad natural y social que ha perdido sentido.”

Octavio Paz- Corriente Alterna

El mercado primario y el mercado secundario

El mercado del arte se organiza en varios niveles: el primario, el secundario, las subastas y las ferias de arte. El mercado primario se desarrolla en las galerías de arte, donde el artista crea una obra y la galería se encarga de establecer su precio y elegir al coleccionista más indicado. Las galerías temen profundamente a los especuladores, a coleccionistas que en un momento deciden sacar sus obras a subasta. El mercado es voraz y una mala subasta puede hacer caer en picada la carrera de un artista. Es por ello que las galerías establecen en sus contratos que en caso de querer vender la obra adquirida se consulte en primera instancia a la galería. Esta, siempre que sea posible, volverá a comprar la obra de arte para evitar que salga a subasta y que el futuro de su artista quede en manos de los designios del mercado. Así, el arte no es un mercado de bienes libres sino que implica lealtad. Un coleccionista que saque a subasta sus obras sin pasar de nuevo por la galería perderá la confianza del sector y difícilmente podrá volver a acceder a ese exclusivo grupo²⁵.

²⁵ PASTOR, Judith. Revista TAXI AROUND THE ART, NO. 2, Guadalajara, 2011. p 126

Por otro lado, hablando del mercado secundario, si el mercado funcionara correctamente, la galería adquirirá la obra que el coleccionista ha decidido vender y la pondrá a la venta en el mercado secundario. Tanto el mercado primario como el secundario son los mercados más económicos, pero a ellos sólo tienen acceso un círculo muy exclusivo. Un círculo al que no se accede sólo con dinero sino que requiere ganarse la confianza de artistas y galeristas. A veces la forma de entrar en ellos es a través de asesores; estos ya se han ganado su confianza y los galeristas creen en el criterio de estos para elegir a sus clientes. A fin de cuentas, lo que tratan las galerías es de tener controladas las obras de sus artistas para evitar que lleguen a ser subastadas. Intentan que las obras formen parte de museos y de exposiciones y que no se conviertan en productos de la especulación²⁶.

Una vez establecidos las dos principales categorías del mercado del arte, es prudente hablar de los coleccionistas, que son quienes fungen como clientes y estimulantes en primera instancia de este mercado.

Existen dos grandes tipos, los que adquieren arte para disfrutar de la creación artística y los que lo hacen como inversión. Los primeros son los coleccionistas más destacados, aquellos que ocupan los primeros puestos de la lista de espera de los artistas más renombrados. Las galerías de arte sólo confían en ellos y lo hacen porque estos coleccionistas invierten en arte por pura pasión y en la mayoría de ocasiones sus colecciones son donadas a museos o se crea un espacio propio para albergarlas. El segundo tipo de coleccionista, aquellos que adquieren arte como inversión, contribuyen de manera fundamental al mercado del arte. Sin ellos, difícilmente se alcanzarían las cifras record que hoy se mueven. Es posible que un nuevo coleccionista se vea fácilmente desbordado y no sepa discernir correctamente qué obra artística es la que más le conviene para su colección. Hay que educar el ojo, enseñarle a diferenciar y a valorar la obra artística, saber conjugar la pasión y los gustos personales. Es necesario seguir el arte de cerca a través de libros, catálogos, revistas o internet. Viajar, visitar galerías, exposiciones, museos. En el mundo del arte se desarrolla una fascinante vida social, fiestas y eventos privados en los que se puede conocer a galeristas, coleccionistas, artistas y personas de las que se pueden extraer opiniones valiosas para una colección²⁷.

²⁶ Idem

²⁷ Ibidem. P. 124.

Los círculos de Bowness y la experiencia de Castelli

Alan Bowness, quien fuera director de la Henry Moore Foundation y director de la Tate Gallery, se cuestionó sobre la situación que debía existir para que un artista comenzara a ser reconocido y además, quiénes serían los individuos que lo rescatarían del anonimato; de algún modo, pretendía buscar los elementos que marcarían una tendencia en torno a la cual debería funcionar el Mercado del Arte.

32

Al respecto, Bowness señaló que el éxito de un artista respondía a diversos factores, y en este entendido propone un esquema denominado “Los cuatro Círculos de Reconocimiento”, que se organizan en el tiempo y se suceden en el espacio a través de la acción de los pares, los críticos, los marchantes y coleccionistas, y finalmente, el público. La trayectoria de los artistas es una línea progresiva y acumulativa de reconocimiento que atraviesa dentro hacia fuera de los cuatro círculos²⁸.

El círculo de los pares está compuesto por artistas contemporáneos, los jóvenes principiantes, los iguales. En esta primera fase, los artistas se reconocen entre sí como dueños del talento necesario para iniciar una trayectoria en conjunto hacia la consagración: son siempre los propios artistas - dice Bowness- los primeros en reconocer talentos excepcionales. Asimismo señala que el acto de creación (de donde nace el derecho de autor) es único y personal, pero no puede existir en soledad, señalando que ningún gran arte se ha producido en una situación no competitiva: por el contrario, el joven artista se encuentra siempre en su camino hacia la excelencia, en un ambiente competitivo²⁹. Tiene que hacer un esfuerzo enorme para elevarse por encima de sus contemporáneos. La competencia se define en relación con sus contemporáneos, sus iguales, pero también intentando innovar respecto a opciones estilísticas anteriores. Además de ser los adversarios en la competencia por un espacio de reconocimiento reducido, los pares le aportan al artista un ambiente creativo inicial³⁰.

El segundo grupo de reconocimiento está compuesto por los críticos especializados en arte. Su tarea es crear un lenguaje para expresar y criticar – en positivo o en negativo- las artes no verbales. Sin embargo, el poder legitimador que el autor le otorga a los críticos es excesivo, por lo cual el consenso final está establecido por ellos y sus juicios son

²⁸ PEIST, Nuria, EL ÉXITO EN EL ARTE MODERNO, TRAYECTORIAS ARTÍSTICAS Y PROCESO DE RECONOCIMIENTO, Abada Editores, Madrid, 2012. P. 11

²⁹ Idem. p. 11

³⁰ Ibidem p. 12

determinantes para encauzar las carreras de los artistas: una vez que el consenso crítico está establecido, los cambios son relativamente menores. Las reputaciones suben y bajan, pero dentro de límites restrictivos. Sin embargo, Bowness defiende la autoridad del crítico argumentando que no suele basar sus criterios en gustos personales sino en el conocimiento del arte de su época: por el hecho de pasar mucho tiempo mirando el arte de hoy, hablando con los artistas, leyendo las críticas de sus compañeros, adquieren una autoridad que tiene que ser reconocida³¹.

Sin embargo, es común que la opinión de los críticos del arte se vea manejada por una galería, o una exposición a efecto de lograr un impacto correcto en el público y crear una percepción correcta y ventajosa de una obra determinada o de un artista y su carrera con la intención de mejorar la comercialización de esta. Esto no quiere decir que no exista una crítica del arte, sino que esta crítica es fácilmente editable.

Por su parte, el tercer círculo de Bowness, se organiza en torno a la acción de coleccionistas y marchantes, toda vez que una vez que un artista obtiene el reconocimiento del círculo anterior, es posible y sobremanera conveniente que su carrera también se vea apoyada por coleccionistas y marchantes.

La importancia de esta estrecha red de relaciones entre marchantes y artistas radica en que los pintores no son los únicos beneficiados. Los marchantes acceden al primer círculo de reconocimiento de los artistas para servirse del consejo de quienes están en estrecho contacto con el ambiente más innovador de los jóvenes desconocidos³².

Por su parte la socióloga francesa Nathalie Heinich analiza el esquema de los círculos de reconocimiento de Bowness y señala que es común que exista un artista relativamente ignorado por sus contemporáneos pero que es admirado por la posteridad, como es el caso de Van Gogh; por otro lado, estudia los mecanismos de producción, difusión y recepción del arte contemporáneo a partir de un esquema basado en un triple juego de ruptura-rechazo-integración de los artistas, el público y las instituciones culturales respectivamente.

De modo que existen diversos factores que deben desarrollarse de la manera adecuada en un momento preciso para que un artista pueda en lo individual alcanzar el éxito en la percepción pública. Sin embargo también resulta importante observar cómo se desarrolla un

³¹ Ibidem p. 13

³² Ibidem

mercado en general, es decir la conjunción de elementos que lo hacen existir: artistas, galerías y coleccionistas.

En este sentido, se expresa Annie Cohen cuando narra las diversas situaciones que dieron pie a la exitosa carrera de marchante de Leo Castelli³³, en donde primero debió darse la creación de un nuevo mercado. En primer lugar, refiriéndose al mercado del arte en Manhattan, que es uno de no más de un siglo, habla de la necesidad de crear un espacio nuevo que considere todos los elementos señalados por Bowness. Así, Alfred H. Barr³⁴ dejó transcurrir un año desde que descubrió la vanguardia europea y empezó a ocuparse de trasladarla al otro lado del océano. En noviembre de 1929, presentó su primera exposición como director del nuevo Museum of Modern Art (MoMA). “En ningún sitio ha sido más manifiesta – la creciente corriente de interés hacia los movimientos artísticos modernos- que en Nueva York”, señalaba Barr, pero sólo en Nueva York entre las grandes capitales del mundo carece de un espacio público donde pueda verse la obra de los fundadores y maestros de las escuelas modernas. Resulta extraordinariamente anómalo que la metrópolis americana no cuente con una galería de este tipo. Barr extraería rápidamente de sus descubrimientos europeos un proyecto visionario para el MoMa. A lo largo de una década, combatiendo sin descanso a los conspiradores, el joven director supo maniobrar con la prensa y con las distintas facciones del mundo museístico a favor de su proyecto, que consistía nada menos que en presentar una visión enciclopédica del arte europeo, educar al público y transformar el ecosistema cultural de la ciudad de Nueva York, convirtiéndolo en una guía para sus habitantes³⁵.

De la experiencia y éxito de Barr se aprecia que es indispensable la muestra del arte de una manera pedagógica, a efecto de crear una población sensible y con buen gusto que pueda apreciar nuevas tendencias artísticas en lugar de tacharlas –consecuencia de un juicio ignorante- por no ser iguales al arte conocido y aprobado por el tiempo.

³³ Fue un marchante de arte estadounidense, quien fue más conocido para el público como un comerciante de arte cuya galería mostró Arte del corte del borde contemporáneo durante cinco décadas. Castelli mostró el surrealismo, el expresionismo abstracto, Neo-Dada, Arte Pop, Op Art, color de la pintura de campo, pintura duro-borde, abstracción lírica, el arte minimalista, el arte conceptual, y Neo-expresionismo, entre otros movimientos.

³⁴ Fue un historiador del arte estadounidense y el primer director del Museo de Arte Moderno de Nueva York. Desde ese cargo, fue una de las fuerzas más influyentes en el desarrollo de las actitudes populares hacia el arte moderno, por ejemplo, la organización de la exposición Van Gogh blockbuster de 1935, en palabras del autor Bernice Kert, fue "un precursor de la importancia que Van Gogh tiene hasta hoy en la imaginación contemporánea.

³⁵ COHEN-SOLAL, Annie, *El galerista, Leo Castelli y su círculo*. Turner Publicaciones, Madrid, 2011. p 228

No se trata de mostrar al público lo que ellos quieren ver, sino de enseñar al público a ver lo que existe y entender que estas nuevas expresiones son ineuestionablemente arte. Sin embargo resulta muy sencillo ser arrogante, pensar únicamente en los actuales coleccionistas y decidir ignorar a un público cuando este tiene un gusto vulgar; pero esto en nada beneficia al arte y mucho menos a su mercado pues los coleccionistas no se crean por generación espontánea, se forman como consecuencia de un público que aprecia el arte. Es decir, que vale la pena para todos los actores del mercado, invertir en educar al público a efecto de estimular la creación de otro actor del mercado que son los coleccionistas.

En el caso de Leo Castelli, podemos ver que cuando con la esperanza de que el arte estadounidense superara aquel punto muerto, le propuso a Sidney Janis una vieja idea de Pierre Matisse reformulada de modo más sistemático, explícito y ambicioso: si establecían una competición entre París y Nueva York (o mejor, entre Nueva York y París) podrían elevar el estatus de los estadounidenses. “Decidimos que Leo seleccionara a los norteamericanos y yo a los franceses” contó Janis. Leo se puso manos a la obra. Era un gran defensor de la obra de Jackson Pollock, de Rothko y gente así. Las comparaciones eran bastante curiosas y divertidas, pero a la vez bien fundamentadas, añadía Castelli. De todos modos se le criticó duramente por adoptar ese enfoque. Charles Egan, un tipo muy extremista fue el que más se indignó. La noche de la inauguración le dijo a Castelli que era una idea absurda y que no había comparación posible entre los norteamericanos y los franceses. En cuanto a Barr, que en realidad no compraba pintores norteamericanos y se daba por satisfecho con observar desde la barrera, tampoco estaba completamente entusiasmado. Sin embargo, Castelli estaba convencido de que en su primera exposición tendría que reforzar aquella idea de que la pintura estadounidense era tan buena como la europea, como la de los grandes pintores europeos. Así que comparó a Pollock con Lansky, a Kline con Soulages, a De Kooning con Dubuffet, a Gorky con Matta, a Rothko con De Staël, a David Smith con Léger, a Coulon con Cavallon. Era algo que llevaba mucho tiempo queriendo poner en manifiesto, y nadie lo había hecho, Janis por ejemplo, nunca mezclaba a los maestros europeos con los americanos. Aquella fue la primera vez, que dio lugar a otras, y luego a otras más: cinco años después, Feigl, Doris Meltzer, Obelisk y la Galerie Moderne habían calcado el concepto de Castelli, celebrando sus propias competiciones entre Europa y Estados Unidos.³⁶

³⁶ Idem. p 253.

Al respecto, es evidente que en la actualidad se presenta en México este mismo escenario, en donde existe un público poco sensible que carece de educación para la apreciación artística, y al mismo tiempo, el coleccionismo mexicano muchas veces es malinchista y no alcanza a apreciar que existen artistas en México de la misma calidad que la de los exponentes estadounidenses o europeos, y que si bien no se están marcando tendencias en el país, sí existe un desarrollo de arte contemporáneo de calidad, que debería darse a conocer tanto nacional como internacionalmente como arte de altísimo nivel.

Aunado a lo anterior, no existe en la actualidad este impulso ya sea desde el mercado, como en el caso de Estados Unidos, o bien desde el Estado, fue el caso de México en la década de los veinte, en donde José Vasconcelos desde la Secretaría de Educación, buscó educar a las masas a través del arte, teniendo artistas como Diego Rivera, José Clemente Orozco, Fermín Revueltas, Jean Charlot, Fernando Leal, David A. Siqueiros, Xavier Guerrero, Pablo O'Higgins, Carlos Mérida. De tal forma que el movimiento nacionalista propuesto por Vasconcelos logró un éxito inédito como movimiento artístico, y de éste nacieron obras del arte universal que incuestionablemente fueron y siguen siendo reconocidas fuera de México.

Ahora bien, concebir de un mercado como consecuencia del impulso estatal, es una de las diversas formas que pueden existir. Existen otras, como la que Leo Castelli propuso en los años cincuenta a Alfred Barr, la cual es el siguiente proyecto para la creación una galería de arte en París con la intención de poner en alto el nombre del arte estadounidense. Vale la pena observarlo pues es muy probable que dadas las circunstancias del Mercado del Arte en México al día de hoy, este sea un mapa a seguir probado por la experiencia de sus tiempos.

IDEA GENERAL DEL PROYECTO DE UNA GALERÍA DE ARTE EN PARÍS³⁷

1. En los últimos años, el arte norteamericano ha madurado. Aquí, muchos creemos que está situando en una posición de liderazgo. Incluso entre los europeos hay una percepción cada vez mayor de la relevancia de nuestra pintura y escultura. Pero esta percepción aún no está definida ni centrada.
2. París sigue reinando como el centro y manantial supremo del mundo del arte, gracias a unos hábitos de pensamiento muy arraigados. Consecuentemente, su pérdida de importancia como fuente de inspiración en las artes creativas —tal vez un fenómeno temporal—, así como la emergencia de nuevas tendencias en Norteamérica

³⁷ Ibidem. P. 284-287.

que están cubriendo ese vacío, han pasado casi inadvertidas. Al propio público norteamericano aún le cuesta conceder todo su apoyo y apreciación a los artistas de Estados Unidos si no han triunfado antes en Europa y, mientras que muchos recién llegados de Europa – no pocas veces con versiones descafeinadas de tendencias surgidas en este país- exponen en nuestras galerías y museos con éxito inmediato, los intentos equivalentes de promocionar el arte norteamericano en Europa han de conformarse, en el mejor de los casos, con un *succés d'estime* (éxito de crítica). En cualquier caso, muy pocas galerías europeas han estado dispuestas o han sido capaces, hasta ahora de respaldar a los artistas norteamericanos.

3. De esta anómala situación se derivan dos indeseables resultados:
 - a) Se priva a artistas de primer nivel del merecido reconocimiento internacional.
 - b) El mundo del arte europeo no puede disfrutar de la estimulante influencia de gran parte de la innovación creativa en el arte contemporáneo.
4. Se plantea, por tanto, la apertura de una galería de arte en París que, según creemos, hará tres contribuciones importantes al mundo del arte:
 - a) Enfatizar el hecho de que en Norteamérica existe un movimiento artístico arriesgado y fundamental.
 - b) Aprovechar la valoración crítica norteamericana – que desde la época del impresionismo hasta hoy, ha ido con frecuencia por delante de Francia en la detección temprana de los grandes talentos emergentes-, explorando las áreas del arte europeo a las que no se ha prestado atención.
 - c) Introducir en Europa las técnicas expositivas estadounidenses, que en nuestra opinión, van también por delante de las europeas, dedicando exposiciones a temas evolutivos como la historia del collage, la escultura de metal calado, etc.
5. Los artistas europeos figurarán, por tanto, en lugar destacado junto a los nuestros en las exposiciones programadas por la galería. Hay otras razones poderosas para incluirlos:
 - a) El propósito fundamental del proyecto es demostrar, por comparación, que nuestros artistas pueden competir en igualdad de condiciones con sus contemporáneos europeos.
 - b) La presentación conjunta de norteamericanos y europeos debería disipar cualquier reticencia en cuanto a la imposición cultural.
 - c) Estamos convencidos de que, al representar a artistas europeos, la galería conseguirá autofinanciarse en un periodo aproximado de dos años.

6. Muchas de las exposiciones previstas viajarán a museos y galerías de otras ciudades europeas que, hasta ahora, pocas veces han podido satisfacer su deseo de mostrar la obra de nuestros artistas debido a los considerables costes que implica. Con París como punto central de distribución, ese obstáculo desaparecerá con la consecuente expansión del mercado potencial del arte norteamericano.
7. El coste de instalar la galería y mantenerla operativa durante un año ha sido cuidadosamente estimado, con el asesoramiento de un experto, en cincuenta mil dólares³⁸. Es difícil prever el respaldo económico que será necesario en la siguiente temporada. Pero, incluso si se avanzara con más lentitud de la prevista, la mitad de dicha suma, tal vez bastante menos, debería permitir a la galería alcanzar su objetivo de autofinanciarse a finales del segundo año.
8. Cualificación personal: actividad en el campo del arte moderno, tanto en Francia como en Estados Unidos, durante los últimos veinte años. Socio de la Galerie René Drouin, Place Vendôme, 17, París, desde su fundación en 1938 hasta 1949.

Leo Castelli fue sin duda un galerista que apreció a los artistas que promocionó, y es evidente que tenía un gran interés por hacer mundialmente conocidas las producciones artísticas Estadounidenses, sin embargo, el amor al arte no es la única forma de alcanzar el éxito en este mercado, finalmente, se trata de vender un producto, un en este sentido es donde se pueden acomodar los círculos de Bowness a conveniencia para lograr el éxito económico dentro de la comercialización de arte.

Este es el caso de Frank Lloyd, dueño de la afamada galería Malborough, la galería que más se había enriquecido en la historia del arte, cuya estructura de negocios no era tanto el descubrimiento de nuevos artistas –como el caso de Leo Castelli, sino el de estructurar una red de negocios internacional basada en sociedades con marchantes de arte locales.

Sin embargo, el éxito de la galería Malborough se vio lastimado una vez que se dio el escándalo de los herederos de Rothko, donde estos demandaron la cancelación de un contrato celebrado entre Rothko y la galería, en el que se estipulaba la adquisición de cien obras a cambio de una contraprestación de 1.8 millones de dólares pagaderos en 12 años sin

³⁸ En 1955

intereses, además de la consignación de 698 obras en 12 años con una comisión de 40% a 50%³⁹.

Naturalmente las bases de la acción estaban fundadas en el abuso de los términos, además del conflicto de intereses en el que se encontraba Lloyd al tener en venta y consignación diversas obras del autor, puesto que se encontraba en la deliberada posición de controlar la forma de las ventas de este artista, y obligándolo a vender sólo con él en condiciones sumamente desfavorables.

En este sentido, resulta relevante la incorporación de contratos justos, pues tratándose de un libre mercado, las cláusulas anteriores no deberían tener inconveniente en su existencia, sin embargo, situaciones contractuales de carácter leonino como son las anteriores, no estimulan las relaciones comerciales entre autores y marchantes, puesto que el que resulta enormemente beneficiado es el galerista, mientras que el autor se encuentra obligado a comercializar su obra con una sola persona con las modalidades y condiciones que éste establezca.

En el caso de Rothko, además de añadirsele cargos por falsificar datos en los libros de la galería, a Frank Lloyd se le condenó a la cancelación del contrato, la devolución de las obras que aún no se hubiesen vendido, y el pago de 9.2 millones de dólares, convirtiéndose esta sentencia en un parte aguas respecto de la relación que deberían guardar las galerías con sus artistas, aun tratándose de un mercado libre que no se encuentra regulado en Estados Unidos. Apremiado por el juez que instruía el caso, Lloyd hizo una afirmación que no dejaba lugar a dudas acerca de cuáles eran sus motivos: "Yo no colecciono arte, yo colecciono dinero". El litigio desveló los engranajes de un negocio que en esencia consiste en traducir algo tan intangible como la creación artística pura en algo tan tangible como un cheque bancario⁴⁰.

De lo anterior se aprecia nuevamente que se trata de un mercado en el que constantemente se alteran diversos factores en los que es común que exista abuso por parte de la galería, pero también como en el caso de Leo Castelli que aunque el negocio es de trascendental importancia, también lo es la relación entre el artista y el galerista.

³⁹ NY TIMES: Frank Lloyd, Prominent Art Dealer Convicted in the 70's Rothko Scandal, Dies at 86 <http://www.nytimes.com/1998/04/08/arts/frank-lloyd-prominent-art-dealer-convicted-in-the-70-s-rothko-scandal-dies-at-86.html?pagewanted=all&src=pm>. Consultado el 14 de diciembre de 2012

⁴⁰ El Galerista que inventó Nueva York, Diario el País en línea: http://elpais.com/diario/2011/12/30/cultura/1325199601_850215.html Consultado el 14 de diciembre de 2012

En la actualidad encontramos el caso de Damien Hirst, que es el artista que en vida ha logrado vender la obra con el precio más elevado -17 millones de euros- y quien tiene una perspectiva sumamente mercantil respecto de su obra al señalar: “la gente compra mis obras por razones diferentes. Supongo que a alguna gente le gustan”, razona. “Recuerdo que conocí a un tipo en París que me dijo: ‘Damien, soy tu coleccionista más antiguo’. Y me dio la mano y me explicó que cuando yo estaba empezando compró un cuadro por 500 libras que ahora está valorado en miles de libras, cientos de miles de libras. Hay gente que hace eso, hay gente que compra porque es *cool*...No puedes controlar quién compra. Pero a mí me es igual. Puedo sobrevivir a todo. Supongo que es como comprar un traje caro. Nunca vas a decir: ‘Lo siento, pero usted no es lo bastante *cool* para comprar mis trajes’, cualquiera puede comprar”, explica. “Cualquiera que tenga el dinero”, matiza. “Hay gente que compra una obra porque cree en tu arte y la conserva porque cree que tiene más valor que el dinero. Y hay otra gente que compra y vende al día siguiente. Hay dos coleccionistas que hace años compraron dos de mis armarios de medicinas y los vendieron enseguida por el triple y estaban encantados. Pero ahora se dan de cabezazos”⁴¹.

De modo que Damien Hirst es un artista que ha encontrado la manera de hacerlo algo sobremanera redituable, y en gran medida tendrá que ver con la relación comercial que guarda con su galería Gagosian, la galería que cuenta con mayor fortuna del planeta, con un patrimonio estimado en más de 700 millones de euros. Sin embargo, a pesar de una relación comercial sumamente fructífera, ésta ha terminado sin ninguna consecuencia desfavorable, y ambas partes en la actualidad aún terminada dicha relación, podrán seguir llevando a cabo sus negocios sin inconveniente alguno. En este sentido, de nuevo se puede observar que la incorporación de instrumentos contractuales sin lugar a dudas ayuda a estimular una relación económica, evitando malos entendidos y estableciendo los lineamientos sobre los cuales se conducirá dicha relación.

⁴¹ Damien Hirst o el Arte de ganar mucho dinero. El país en línea:
http://elpais.com/elpais/2012/04/05/gente/1333644542_487559.html. Consultado el 14 de diciembre de 2012

La situación del mercado mexicano

Para comprender el caso de México me reuní con algunos artistas jóvenes, como Lorena Mal⁴², Pablo Rasgado⁴³, Alejandro Palomino⁴⁴ y Tomás Díaz⁴⁵, y también lo hice con un artista de más experiencia en el mercado: Juan Manuel de la Rosa⁴⁶. Ellos describen al mercado nacional como uno sumamente informal, en donde rara vez se firma un solo papel y donde el mercado es pequeño, las personas que tienen poder adquisitivo y buen gusto o interés para adquirir arte son pocas.

41

También me explicaron el proceso de venta, que Pablo Rasgado describe como un “coqueteo” en el que no es prudente que un artista se acerque a una galería, sino que deberá esperar a que la galería se acerque con él, y ya en ese momento se pactarán –en palabra- las condiciones sobre las cuales se llevará a cabo la muestra de la obra.

En este sentido, puede ser que exista una producción, en donde la galería aporte recursos para la elaboración de la obra, y donde vale la pena poner especial atención, pues esta

⁴² <http://www.lorenamal.net/>: Artista contemporánea quien recibió la beca del Fondo Nacional para la Cultura y las Artes (FONCA 2011-2012) y colabora con CONACULTA (Alas y Raíces) en el desarrollo de proyectos interactivos basados en internet e instalaciones (2011-2012). Ha expuesto individualmente en el Centro Cultural Border, México D.F., “Entre Líneas”, 2012 y “Voice Wave Mountain”, 2010-2011. Algunas de sus exhibiciones grupales incluyen “Mnemografías: Between Memory and Surface” en el MUNAE, 2012; “Collateral Affections” International Exhibition, Transitio Mx_04, 2012; “Night Box”, Fundación Colección Jumex, 2010. Investigaciones recientes, Laboratorio Arte Alameda, Oaxaca 2008, (Mitos Oficiales, IAGO/Laboratorio Oaxaca/ La Curtiduría/Estación Cero, 2012) Zacatecas, México (Puntos de Tensión, Museo elguérez, 2011), Guanajuato, México (FONCA, 2011-2012, 2012; FIC 2010 y 2009), Madrid, España (Proyector, Espacio menosuno, 2011) Londres, Reino Unido (MX, Transmission, International Art Space Station, 2011), y Tulca, Irlanda (Living on the Edge, Festival de Tulca) 2010.

⁴³ <http://www.steveturnercontemporary.com/artists/rasgado/>: Algunas de sus exhibiciones individuales incluyen *Fantômes*, La Chambre Blanche, Quebec (2011), *Arquitectura Desdoblada*, Museo Experimental el Eco, Ciudad de México (2011) and *Wall to Wall*, Steve Turner Contemporary, Los Angeles (2011). Su obra también se ha exhibido en el Museo de Arte Moderno en la Ciudad de México (2012), Colección Júmex, México (2011), Hessel Museum of Art & Center for Curatorial Studies en el Bard College en Nueva York (2010), MUCA Roma, Ciudad de México (2009) y el MUNAE en la Ciudad de México (2006). Ha recibido tres becas del FONCA y ha sido parte de diversos programas de residencia.

⁴⁴ <http://www.alejandropalomino.com/alejandro-palomino--about-.html>: Artista contemporáneo quien tuvo lugar en la Bienal de FEMSA 2013.

⁴⁵ Tomás Díaz es un artista contemporáneo ganador de la Beca Adidas- Border.

⁴⁶ http://www.laboratoire.com.mx/site/index.php?option=com_content&task=view&id=72&Itemid=138 Pintor, grabador, hacedor de papel y ceramista, De la Rosa ha realizado a lo largo de su trayectoria estudios especializados sobre distintas técnicas de elaboración de papel hecho a mano en países como Egipto, Estados Unidos y Japón. También ha impartido cursos de esta especialidad en distintas instituciones de varios países.

situación puede interpretarse como una obra por encargo⁴⁷, y de ser así, el artista se encontraría indefenso ante la posibilidad de que el galerista decida apropiarse de origen de todos los derechos patrimoniales respecto de la obra.

Posterior a la producción estará la muestra de la obra a través de catálogos, con la intención de llamar a un público específico a la exposición de la obra y su consecuente venta, por lo cual es evidente que existe un contrato oral de consignación, sin embargo dicha consignación existe a su vez con otras obligaciones muy particulares del mercado que deben ser pactadas. Dicha exposición se deberá inaugurar de forma adecuada, es decir con los coleccionistas correctos, la prensa adecuada, el público; se debe tener cuidado hasta en el último detalle.

Ahí inicia el periodo de exposición, en donde se espera que se presenten coleccionistas dispuestos a adquirir la obra y una vez concluida la exposición se transporte la obra al dominio del coleccionista en cualquiera de sus formas para que este la tenga para sí o comercialice con ella nuevamente, en este sentido, también es evidente que existe un contrato oral de compraventa, sin embargo no se tiene por escrito evidencia de nada de lo pactado, por lo cual existe un riesgo altísimo para los patrimonios de las partes involucradas en caso de que existiera un percance al no existir un seguro que proteja a las partes, o una cláusula que establezca las responsabilidades de cada una de las partes en el transporte.

Como se señaló al inicio del presente capítulo, es común que las galerías quieran volver a adquirir la obra en caso de que se pretenda venderla para cuidar el valor de las obras de sus artistas, y que no se malbaraten ya sea por venderse a un precio inadecuado, o por venderse a coleccionistas inadecuados.

De modo que esta transacción se lleva a cabo en un proceso extendido en el tiempo en donde nacen diversas obligaciones y se corren distintos riesgos, sin embargo, es poco común que las partes celebren contratos por escrito, de modo que en caso de incumplimiento es difícil buscar la ejecución de las obligaciones al no existir un documento probatorio como un contrato.

⁴⁷ La obra por encargo es aquella que el autor desarrolla como encomienda de un tercero, por lo cual el tercero establece las características que deberán constituir dicha obra, y también realiza un pago por la producción de la misma. En virtud de lo anterior, el tercero es titular de los derechos patrimoniales de forma originaria y no por cesión de derecho, y a su vez, el autor conservará siempre los derechos morales relacionados con dicha obra.

Desde la perspectiva del derecho esto resulta absurdo, sin embargo cabe la posibilidad de que la intervención de un abogado sea completamente innecesaria, pues es evidente que el mercado ha logrado sobrevivir sin que exista tal intervención.

Afortunadamente para la práctica jurídica, todos los artistas con quienes comenté la situación del Mercado del Arte en México, concluyeron en que en efecto era indispensable la intervención de instrumentos contractuales para poder asegurar la ejecución de lo pactado, y además la ejecución de todos los derechos que por la Ley Federal del Derecho de Autor tienen concedidos y sin embargo ignoraban y nunca habían podido ejecutar.

De modo que se puede abstraer que quizás no es necesaria la intervención legislativa, pues los instrumentos legales para ser aplicados en estas relaciones ya existen plasmados en la ley, lo que resulta necesario comprender los instrumentos prácticos que se dan día a día en el mercado del arte, para entonces actualizarlos en las hipótesis contractuales planteadas en los diversos ordenamientos normativos en México a efecto de lograr proteger los intereses de los artistas, de los galeristas y de los coleccionistas y crear relaciones comerciales fructíferas, sin la intención de buscar el beneficio de uno en perjuicio del otro.

En este sentido, considero que si pretendemos analizar el derecho en el mercado del arte, debemos observar desde su aspecto práctico, así como legal los siguientes aspectos: (1) protección marcaría, (2) celebración del contrato de consignación, (3) celebración del contrato de seguro, (4) muestra en catálogo, (5) muestra en galería, (6) adquisición de la obra; toda vez que son situaciones que definirán la conducta de la práctica que se genere en esta relación comercial y que naturalmente definirá la forma en que se ejecutarán las obligaciones pactadas así como los límites de responsabilidad de cada una de las partes involucradas.

Protección Marcaría

En primer lugar, como se ha observado en este mercado, los nombres tanto de los artistas como de las galerías se convierten en marcas, y tal cual deben ser tratados como marcas sin que por ello se deba pensar que la producción artística se ha visto corrompida por el mercado.

Sin pretender reducir al arte a un producto, debemos observar el nombre del artista como una marca desde el punto de vista del público y no del productor artístico. En este sentido sí

es legítimo decir que el astronómico crecimiento de la riqueza y de la influencia cultural de las empresas multinacionales que se ha producido durante los últimos quince años tiene su origen en una idea única, y al parecer inofensiva, que los teóricos de la gestión de empresas elucubraron a mediados de los 80: que las empresas de éxito deben producir ante todo marcas y no productos⁴⁸.

De nuevo, espero que lo anterior no sea mal interpretado, pues no pretendo asociar al artista como parte de una empresa o un factor de la producción, y en este entendido hacer del mercado del arte uno tan insípido como el de cualquier otro producto, debemos comprender que el arte no es algo indispensable para el ser humano como lo podrían ser otros productos, el arte es un lujo y es sin duda alguna una aportación indispensable para la cultura. No obstante lo anterior, los nombres ante los ojos del público se convierten en marcas, en el entendido de que el nombre de un artista o galería es sinónimo de calidad artística.

En el sentido opuesto al del arte, observamos que como muchos de los fabricantes más conocidos de hoy en día ya no producen ni publicitan productos, sino que los compran adquieren y posteriormente incorporan su marca, viven con la necesidad de encontrar nuevas maneras de crear y fortalecer la imagen de sus marcas. La fabricación de productos puede exigir máquinas, hornos, martillos y cosas semejantes, pero para crear marcas es necesario un conjunto de instrumentos materiales completamente diferente. Es preciso un interminable desfile de extensiones de la marca, una imaginaria constantemente renovada en función del marketing y sobre todo nuevos espacios donde difundir la idea que la marca tiene de sí misma⁴⁹.

Es incuestionable que independientemente de la calidad del artista su nombre se vuelve un signo distintivo, y por ello debe buscarse la protección que para tal efecto existe en la Ley de la Propiedad Industrial, en donde su artículo 89 establece:

Artículo 89.- Pueden constituir una marca los siguientes signos:

- I.-** Las denominaciones y figuras visibles, suficientemente distintivas, susceptibles de identificar los productos o servicios a que se apliquen o traten de aplicarse, frente a los de su misma especie o clase;
- II.-** Las formas tridimensionales;

⁴⁸ KEIN, Naomi, NO LOGO EL PODER DE LAS MARCAS, Paidós, España, 2001. P. 30.

⁴⁹ Idem. p 33

III.- Los nombres comerciales y denominaciones o razones sociales, siempre que no queden comprendidos en el artículo siguiente, y

IV.- El nombre propio de una persona física, siempre que no se confunda con una marca registrada o un nombre comercial publicado.

Con relación a la marca del artista, atendiendo a la clasificación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual⁵⁰, esta marca dependiendo del tipo de obra que produzca podrá encontrarse dentro de las clases 6, 14,16, 19, 20 y 21, dependiendo del material con el que la obra fue creada. De acuerdo con la misma clasificación, las galerías de arte dependiendo de la variedad de servicios que puedan ofrecer, deberán registrar su marca en las clases 35, 36, 41 y 42.

Es importante buscar la protección marcaria para tener un elemento más en la defensa en contra de la falsificación de una obra. Asimismo, vale la pena tener un registro de marca para poder crear una licencia de uso de esta marca estableciendo los parámetros dentro de los cuales se podrán usar estos nombres en la promoción de una obra o inclusive de una galería.

Protección de la obra y del nombre del artista

En este aspecto se debe pensar en la protección que garantiza el artículo 5 de la Ley Federal del Derecho de Autor a las obras de arte, las cuales se encuentran amparadas por dicha ley desde su materialización, por lo cual, en teoría existe la protección aún sin su registro ante el Instituto Nacional del Derecho de Autor (INDAUTOR), sin embargo, es recomendable buscar dicho registro toda vez que adquiere el valor de una prueba preconstituida a efecto de acreditar la titularidad de determinada obra desde una fecha determinada en cualquier controversia judicial.

Por otro lado, además de la protección marcaria para el nombre del artista, dentro de nuestra legislación en materia de derechos de autor, existe una consideración que parecen no compartir otras legislaciones nacionales de la misma materia; se trata de la reserva de derechos, la cual se encuentra establecida en el artículo 173 de dicha ley y a la letra dice:

⁵⁰ OMPI: <http://www.wipo.int/classifications/nivilo/nice/index.htm#>

Artículo 173.- La reserva de derechos es la facultad de usar y explotar en forma exclusiva títulos, nombres, denominaciones, características físicas y psicológicas distintivas, o características de operación originales aplicados, de acuerdo con su naturaleza, a alguno de los siguientes géneros:

I. Publicaciones periódicas: Editadas en partes sucesivas con variedad de contenido y que pretenden continuarse indefinidamente;

II. Difusiones periódicas: Emitidas en partes sucesivas, con variedad de contenido y susceptibles de transmitirse;

III. Personajes humanos de caracterización, o ficticios o simbólicos;

IV. Personas o grupos dedicados a actividades artísticas, y

V. Promociones publicitarias: Contemplan un mecanismo novedoso y sin protección tendiente a promover y ofertar un bien o un servicio, con el incentivo adicional de brindar la posibilidad al público en general de obtener otro bien o servicio, en condiciones más favorables que en las que normalmente se encuentra en el comercio; se exceptúa el caso de los anuncios comerciales.

En este sentido, encontramos esta protección en la fracción IV del citado artículo, pues se establece la explotación exclusiva de un nombre relativo a una persona dedicada a una actividad artística.

Vale la pena aclarar que esta figura de protección establecida en nuestra legislación tiene un tratamiento distinto a cualquier otro registro tanto en la propiedad industrial como intelectual, pues se extiende únicamente por cinco años, a diferencia de un registro marcario –diez años- o el registro de una obra –la vida del autor-. Sin embargo es una figura que vale la pena aprovechar a efecto de prevenir la usurpación del nombre de un artista, el cual con el tiempo va adquiriendo prestigio al relacionarse con la calidad y valor del trabajo que produce.

En este sentido, se debe considerar a la figura registral del uso exclusivo como una muy similar a la de una marca por la intención de su explotación comercial, aunque esta resulta más amplia dentro de su ámbito toda vez que no se limita por una clasificación de productos o servicios, sino que se extiende al ejercicio de una actividad, la creación artística, respaldada por un nombre determinado.

Celebración de contrato de consignación

Como pudimos observar del estudio de la situación del Mercado del Arte en general, la fuente de las obligaciones en esta relación comercial nace normalmente de la consignación que hace el autor de su obra en favor de una galería, por lo cual debe entenderse que esta será la relación contractual en torno a la cual girará la relación existente entre las partes.

47

En la consignación, no sólo se tendrá en este concepto a la obra, sino que se pretende también el posicionamiento y procuración del nombre del artista en el mercado. Es en la consignación en donde ambas partes ponen lo mejor de sí, es decir, el artista pone su talento artístico en un soporte material para ser comercializado, y el galerista o marchante pondrá su talento comercial para obtener a los mejores compradores y vender dicha obra en el mayor precio posible y dejar al público esperando más.

Normalmente los porcentajes cobrados por las galerías por llevar estas consignaciones son de 50/50, 40/60 o 60/40; naturalmente esto dependerá de la importancia del artista en el mercado, y de lo lucrativo que esto resulte para la galería.

De modo que la venta es el objeto principal de esta consignación, sin embargo a partir de ella se deberán establecer otras obligaciones de las cuales dependerá que se lleve a cabo la venta, tales como la promoción, seguros, manejo de prensa, entre otros que pudiera dar lugar la costumbre del mercado o la necesidad del negocio en particular.

Celebración de contrato de seguro

Si bien en el Código de Comercio se establecen para la legislación mercantil las diversas formas de operar en cuanto a la carga de los riesgos, el objeto que se comercializa en este mercado es único e irremplazable, además de requerir expertos en su transporte y colocación.

Debe tenerse presente que asumir la responsabilidad por el pago de una obra de arte puede resultar en un altísimo costo para las finanzas de una galería, pues si se ve obligada a reparar el daño de manera económica podría tratarse de una obra con un valor superior al de los activos de la propia galería.

Asimismo asumir los gastos de reparación por parte de expertos en el escenario en que se presentara un daño reparable a la obra puede ser también sumamente costoso y probablemente hará que el negocio de la venta de dicha colección deje de serlo. En este sentido es ampliamente recomendable contratar un seguro para la protección de la obra. En México, si bien no son comunes, se pueden contratar con aseguradoras como AXA seguros, GNP, MAMPFRE, entre otros. Es difícil proveer un costo aproximado toda vez que dependerá de la valuación de la propia obra y las probabilidades de siniestro en las que la misma se pueda encontrar.

Muestra en catálogo

Se trata de la impresión de las obras que se mostrarán en una colección específica en un catálogo especialmente diseñado para agradar a un público determinado. Es decir, no se trata de un simple inventario, sino de un documento que incluirá un análisis o nota periodística respecto de la obra, y que estará hecho para atraer a un grupo de personas con características particulares a quienes será entregado, pues se espera interesarlos en la adquisición de alguna de las obras.

Muestra en galería

Se trata de la exposición de la colección que se pone en venta en un espacio arquitectónico diseñado para tal efecto en la galería del marchante. En este punto se debe tener presente que es posible que la colección de un artista se exponga junto con la de otro. Esta situación puede beneficiar o perjudicar al artista si no se realiza de forma correcta.

Es decir, que se trata de combinar elementos de forma adecuada, y hay algunos que se ven bien juntos y otros que no. De modo tal que la exposición de una obra es el impacto visual que nace no sólo de la obra sino de un contexto creado por una curaduría y museografía adecuada, e incuestionablemente esto puede ayudar a retrasar o agilizar la venta de la obra dependiendo naturalmente de lo atractiva que pueda ser la obra colocada de una forma determinada en un espacio determinado.

Es natural que la intención sea la de hacer brillar los elementos más importantes de la obra, por lo cual es importante que dentro de la consignación se establezcan los parámetros dentro de los cuales la obra deberá ser expuesta, asimismo es importante que el artista conozca en

caso de que su obra sea expuesta junto con la de otro, quién es, y cuál es la colección que será expuesta con la intención de poder colaborar y que ninguna de ellas se vea opacada por la otra.

Adquisición de la obra

49

La adquisición de la obra será quizás el evento que más condiciones implique dentro de todo el proceso, pues como se explicará en el capítulo correspondiente, no se trata de la simple adquisición de cualquier bien mueble, ya que la Ley Federal del Derecho de Autor establece diversas limitantes.

Aunado a lo anterior se deberá establecer perfectamente qué es lo que se está adquiriendo, pues como se verá después, el derecho de autor y el soporte material en que se encuentra la obra, para la ley son cosas distintas, aunque parecería lógico que nunca debieran estar separadas.

Además como se estableció al inicio del presente capítulo, es común que las galerías quieran adquirir la obra que vendieron en caso de que el coleccionista de la venta pretendiera venderla con posterioridad, sin embargo establecer esta condición contractualmente es difícil si no imposible, pues implica grabar un derecho de propiedad con una limitante que no deberá tener limitante alguna para su uso y disfrute.

En este sentido, es recomendable ejecutar un contrato de compraventa en el que se puedan establecer expresamente las limitantes o libertades que existirán con relación a los derechos patrimoniales respecto del derecho de autor, así como la contraprestación y la forma en que deberá realizarse el pago.

Finalmente, vemos que el mercado del arte, no sólo en México sino en el mundo, es uno muy caprichoso, que responde a una conjunción elaborada de elementos que muchas veces no resultan lógicos y pueden ser fácilmente influenciados si se tienen los medios para lograrlo.

Con el presente estudio no se pretende sugerir que la legislación debe mejorarse o incorporarse algo aparentemente novedoso a la legislación. Hemos visto que el Mercado del Arte ha sobrevivido sin nuestra intervención por mucho tiempo, y sin duda alguna es muy factible que pueda seguir haciéndolo sin nosotros. Sin embargo, está en nosotros poder entender los motivos, fines y alcances del negocio de quienes pueden algún día necesitar

nuestra representación y consejo, y por ello resulta trascendental entender cómo funcionan todos los elementos que hacen que ese mercado tenga movimiento, para poder satisfacer en la medida de lo posible las necesidades que cada uno de los actores tiene, y con ello poder formalizar un mercado que ya existe para poder añadir –con la formalidad jurídica- una característica más que lo pueda hacer atractivo para los actores que ya se encuentran en el país y también para el resto del mundo.

El encontrar las figuras contractuales adecuadas resulta un trabajo casi de mediación. Lo anterior resulta de que las partes a menudo experimentan frustración y dificultades durante las negociaciones para llegar a un acuerdo. Además de los problemas intrínsecos derivados del hecho de que las partes que intervienen en una negociación tienen puntos de vista opuestos y objetivos encontrados, hay otras cuestiones, como los antagonismos personales, que dificultan el proceso de comunicación, en este sentido, la intervención de un mediador suele cambiar la dinámica de la negociación⁵¹. Por ello, se pretende llevar a cabo una mediación en donde se entiendan las necesidades de las partes involucradas para poder crear, a partir de un instrumento contractual, una relación comercial fructífera, en donde todos los actores se vean atraídos a participar más activamente en el Mercado del Arte en México.

⁵¹ PICKER, Bennet. GUÍA PRÁCTICA PARA LA MEDIACIÓN, MANUAL DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS COMERCIALES, Paidós Mediación, Argentina, 2001. P. 17

Contrato de consignación de obra de arte

"Un pintor es un hombre que pinta lo que vende. Un artista, en cambio, es un hombre que vende lo que pinta."

Pablo Picasso

Definición y marco jurídico

Como se ha señalado previamente, se debe atender a la naturaleza mercantil del mercado del arte, pues su objeto se convierte en uno sujeto a la estipulación mercantil, razón por la cual debemos buscar el marco jurídico de este contrato en la legislación mercantil, es decir, en el Código de Comercio.

En este sentido, en dicho cuerpo normativo encontramos el Contrato de consignación o estimatorio, el cual se adecua por su flexibilidad de manera muy precisa.

En algunos ramos del comercio se adopta lo que por tradición romana se designa con el nombre de contrato estimatorio *res aestimata vendeta datur* donde el propietario de una cosa mueble la consigna por regla general a un comerciante para que la venda, fijando según su libre apreciación la suma (*aestimatio*) que quiere obtener⁵². En virtud de lo anterior, se le

⁵² Cfr. Arce Gargollo, Javier, op. Cit., p. 179

refiere como un contrato estimatorio pues la cosa es entregada para su venta con un precio estimado.

Es de esperarse que dentro del Código de Comercio no exista el contrato de consignación de obra de arte como un contrato típico; sin embargo, el contrato de consignación mercantil es uno que se adecúa a las necesidades del galerista y del artista para colocar la obra de arte un mercado sumamente especializado.

El contrato de consignación mercantil, tiene las características de ser uno típico, real, principal, consensual, de tracto sucesivo, bilateral, oneroso y aleatorio. Tales características se observan en la definición que establece el artículo 392 del Código de Comercio respecto del contrato de consignación:

Artículo 392.- La consignación mercantil es el contrato por virtud del cual, una persona denominada consignante transmite la disponibilidad y no la propiedad de uno o varios bienes muebles, a otra persona denominada consignatario, para que le pague un precio por ello en caso de venderlos en el término establecido, o se los restituya en caso de no hacerlo.

Se trata de un negocio jurídico con naturaleza propia, distinto de los demás contratos y utilizado tradicionalmente entre librerías y editores, pero extendido para productores y comerciantes de bienes muebles, mercancías al menudeo, piezas de artes, automóviles, joyas, etcétera.⁵³

La opinión de Victor M. Castrillón, en relación con este contrato, se adecúa también a la importancia de este contrato para el mercado del arte, pues él señala que la definición de la que nos provee el Código de Comercio, es satisfactoria, toda vez que el objeto del contrato no es el de evitar el riesgo de no vender, sino el de promover su venta, se logre ésta o no, porque lo que consideramos más adecuada a la naturaleza del contrato la definición adoptada por la ley.

⁵³ LEON, Soyla, CONTRATOS MERCANTILES, OXFORD UNIVERSITY PRESS, Primera edición, novena re impresión, México 2012, P. 254

Así se entiende, que del contrato de consignación nace el derecho del consignatario de vender la obra de arte a un tercero, sin que por esto se deba entender que el consignatario es el dueño de la obra.

Es decir, que la incorporación de este contrato a las transacciones del mercado del arte es de suma importancia pues permite la colocación de la obra en manos de un experto -el galerista- para la venta de esta. Asimismo, debe observarse que de tal experiencia, es de donde nacen las diversas obligaciones que comúnmente quedarán a cargo del galerista, las cuales se mencionarán en las particularidades de la adaptación de este contrato.

Por otro lado, es importante señalar dentro del marco jurídico del presente contrato el Artículo 393 del Código de Comercio, el cual expresa las condiciones generales sobre las cuales se regirá la operación de dicho contrato, sin dejar de tener en mente que toda vez que es una operación mercantil, las partes podrán modificar las condiciones mientras no contravengan lo estipulado en la Ley.

Artículo 393.- El contrato consignatorio se regirá por lo siguiente:

- I. El consignatario tendrá la obligación de pagar el precio pactado con el consignante o de devolver el bien, salvo lo dispuesto por el tercer párrafo, de la fracción VI, de este artículo.***

 - II. El consignante transmitirá la posesión de los bienes al consignatario, y en su momento, la propiedad de los mismos al adquirente; en caso contrario, estará obligado a responder por los daños y perjuicios causados, así como por el saneamiento en caso de evicción de los bienes dados en consignación o por los vicios ocultos respectivos.***

 - III. Las partes contratantes podrán pactar una retribución para el consignatario que consistirá en una suma determinada de dinero, en un porcentaje sobre el precio de venta o en algún otro beneficio, pudiéndose facultar al consignatario para que retenga el porcentaje establecido en el contrato.***
- Si el bien objeto del contrato no fue vendido dentro del plazo pactado, el consignante no estará obligado a retribuir al consignatario, salvo pacto en contrario.*

Cuando se pacte una retribución para el consignatario sin que el bien o bienes consignados hayan sido vendidos y sin que dicha retribución haya sido cubierta, se entenderá que lo consignado responde por el importe pactado; en este caso el consignatario podrá constituir en prenda dichos bienes hasta en tanto le sea cubierta la retribución, estándose además a lo dispuesto en el segundo párrafo de la fracción VII de este artículo.

En caso de que el bien consignado sea vendido y habiéndose pactado una retribución para el consignatario ésta no se haya determinado, se estará a aquella que generalmente se fije en este tipo de contratos en la plaza respectiva, tomando en cuenta las características del bien consignado, su valor de mercado y los gastos erogados por el consignatario para su conservación.

- IV.** *Una vez verificada la venta del bien dado en consignación, el consignatario tendrá dos días hábiles para entregar la ganancia pactada al consignante, salvo pacto en contrario.*

En caso de que el consignatario retenga el bien o el producto obtenido de la venta de manera injustificada, salvo pacto en contrario, además de estar obligado a restituir el bien o pagar el producto obtenido de la venta, éste deberá pagar al consignante un tres por ciento del valor de mercado del bien consignado por cada mes o fracción que dure la retención respectiva, en cuyo caso los riesgos derivados de la pérdida o deterioro por caso fortuito o fuerza mayor se entenderán transmitidos al consignatario.

A fin de poder exigir la restitución del bien consignado o el pago del producto obtenido de la venta del mismo, en caso de que las partes hayan celebrado el contrato respectivo por escrito, el mismo traerá aparejada ejecución en términos de lo establecido en la fracción VIII, del artículo 1391 de este Código.

- V.** *En caso de que los bienes consignados no hayan sido vendidos, el consignante no podrá disponer de ellos en tanto no se verifique el término establecido en el contrato para la venta de los mismos.*

VI. *El consignatario deberá realizar todos los actos tendientes a la conservación tanto de los bienes consignados como de los derechos relacionados con los mismos.*

Para los anteriores efectos, el consignante deberá proveer de los fondos necesarios para ello con cuando menos dos días de anticipación a la realización del acto de conservación respectivo.

En caso de que el consignatario hubiese efectuado alguna erogación para los efectos de este párrafo, el consignatario tendrá derecho a que el importe de la misma le sea rembolsado por el consignante, aplicándose en lo conducente lo dispuesto en el tercer párrafo, de la fracción III de este artículo.

Los riesgos del bien se transmiten al consignatario cuando éste le sea entregado de manera real por el consignante, con la excepción de la pérdida o deterioro por caso fortuito o fuerza mayor tratándose de bienes individualmente designados los cuales correrán a cargo del consignante

VII. *El consignatario podrá disponer válidamente del bien sólo con el fin previsto en el contrato. Los efectos consignados no podrán ser embargados por los acreedores del consignatario.*

El consignatario debe poner de inmediato a disposición del consignante los bienes dados en consignación cuando ocurra alguno de los supuestos previstos en el artículo 394, a efecto de que éste los recoja dentro de los dos días hábiles siguientes a la notificación respectiva. Si el consignante no recoge la mercancía dentro del término señalado con anterioridad, salvo pacto en contrario, estará obligado a cubrir al consignatario el equivalente al dos por ciento mensual del valor de mercado del bien de que se trate por concepto de almacenaje por cada mes o fracción que tarde en recoger el mismo, en cuyo caso, los riesgos derivados de la pérdida o deterioro por caso fortuito o fuerza mayor se entenderán transmitidos al consignante.

No obstante lo anterior, se debe observar que la ley no exige forma determinada, es decir, que podría existir de forma verbal o incluso tácita si el actuar de las partes así permite

interpretarlo. Sin embargo, para los efectos del presente estudio, es de vital importancia sugerir la creación de una prueba pre constituida como un contrato escrito, a efecto de permitir que la prueba y por ende la exigibilidad de las obligaciones que de ahí se generen resulte más eficaz e inmediata.

Partes

Los elementos personales del contrato estimatorio son el *tradens* (consignante) y el *accipiens* (consignatario). No se debe pensar que el adquirente de la cosa forma parte de este contrato, pues con éste se celebrará un contrato distinto. Una vez que se aplica el contrato estimatorio al mercado del arte, tendremos que el consignante es el artista, y el consignatario será el galerista con la intención final de que quien adquiera la obra sea el coleccionista.

En este sentido, vale hacer mención que para adquirir la condición de consignante, no es indispensable ser un comerciante, sin embargo, necesariamente deberá ser propietario y poseedor o en su defecto, contar con la legitimación para disponer de la propiedad y posesión del bien que se consigna.

En este caso, como se ha explicado anteriormente, el artista es dueño de su obra desde su creación, sin necesidad de que dicha titularidad sea establecida a través de un acto administrativo por parte del INDAUTOR o cualquier otra autoridad mexicana.

El consignante en el supuesto anterior – en el mercado primario- será siempre una persona física, pues se trata del artista, y tal y como lo establece la Ley Federal del Derecho de Autor, nunca un autor podrá ser una persona moral.

Por otro lado, vale la pena establecer que cuando se trata del mercado secundario el consignante podría ser un coleccionista que haya adquirido la obra con anterioridad y que ahora se encuentra en pleno derecho de venderla de nuevo, actualizando en este supuesto la especulación mercantil que genera el acto de comercio. Pudiendo en este supuesto tratarse de una persona física –si se trata de un coleccionista individual- o una persona moral cuando se trata de fundaciones, asociaciones o sociedades que buscan la adquisición de obras de arte para su venta posterior.

Finalmente, el consignatario será el galerista, quien por virtud del contrato estimatorio, y de las características particulares que se añadan al contrato de consignación de obra de arte,

deberá reunir los elementos para colocar en un mercado especializado una obra de arte a efecto de lograr la venta de la misma en un precio previamente pactado o estimado.

Tratándose del caso particular que estudiamos, es decir, el del mercado del arte en galerías, es de esperarse que el consignatario, la galería, sea una persona moral cuyo fin comercial sea el de comercializar el arte. No obstante lo anterior, este intermediario comercial puede ser también una persona física, como lo es un corredor de arte.

Objeto

En este punto en particular, y para efectos de comprender el objeto no sólo del contrato de consignación sino de comprender también el objeto de los contratos que se estudiaran en el presente trabajo, es importante tener presente el concepto de objeto para el acto jurídico, mismo que se divide en un objeto directo y uno indirecto.

En este orden de ideas, el objeto directo o inmediato del acto jurídico consiste en la creación, modificación, transmisión o extinción de una obligación entendida en sus dos aspectos: activo, como un derecho subjetivo o pasivo, como deber, dando nacimiento a una relación, situación o estado jurídicos.

Por su parte, el objeto indirecto o mediato del acto jurídico, llamado también materia del contrato, lo constituye la cosa que el obligado debe dar, o el hecho que debe hacer o no hacer, lo que ordinariamente es considera como las cosas o servicios que son materia de las obligaciones. En otras palabras, el objeto del acto jurídico lo constituye la obligación de cada parte y lo que cada una de ellas se obligó a dar hacer o no hacer constituyen el objeto de la obligación de acuerdo con el acto jurídico de que se trate.⁵⁴

Atendiendo a lo antes mencionado, el objeto directo del contrato de consignación no es la cosa consignada, sino la transmisión de la disponibilidad y la subsecuente obligación de procurar la venta de la cosa consignada en un precio pactado o que al menos las condiciones de dicha venta satisfagan la voluntad del consignante.

⁵⁴ Baqueiro Rojas, Edgar. DERECHO CIVIL INTRODUCCIÓN Y PERSONAS. Primera Edición, décimo quinta reimpresión, Oxford, México. P. 67

Para el tema que nos ocupa, el objeto del contrato de consignación no es la obra de arte, sino la obligación de procurar la venta de la misma en un mercado especializado en un precio esperado.

Naturalmente, tratándose de un mercado especializado con exigencias y costumbres particulares que fueron descritas en el capítulo anterior, existen obligaciones generales al contrato de consignación, y a su vez existen obligaciones que no se deben dejar pasar por alto en un contrato de consignación de obra de arte, es decir, cláusulas comunes a dicha práctica.

Obligaciones y derechos del consignante

Si bien el contrato estimatorio es uno sumamente flexible, existen elementos generales que le conceden una estructura determinada, los cuales deben ser analizados para posteriormente evaluar las obligaciones comunes en la práctica comercial del mercado del arte. En este sentido, es prudente estudiar dichas obligaciones generales atendiendo a los elementos personales de las mismas, son en primer lugar obligaciones del consignante las siguientes⁵⁵:

Transmitir la disponibilidad

Se trata de una autorización concedida al consignatario para disponer de cosa ajena durante el plazo pactado, para los fines del contrato, esto es, para su venta a terceros, pero no se le transfiere la propiedad sino únicamente la disponibilidad de la cosa; como consecuencia, durante la vigencia del plazo el consignante conserva la propiedad de la cosa pero no puede disponer de ella sino sólo a partir del vencimiento del plazo en el cual debe recibir el precio o los bienes⁵⁶.

En este sentido, hay disponibilidad de la propiedad de la obra de arte, cuando el artista se encuentra privado temporalmente para disponer de la obra, por lo cual, no podrá ni prestarla ni enajenarla en favor de alguien distinto al galerista por la duración del contrato.

⁵⁵ LEÓN, Soyla, CONTRATOS MERCANTILES, OXFORD UNIVERSITY PRESS, Primera edición, novena reimpresión, México, 2012

⁵⁶ Idem

Entregar la cosa

La entrega de la obra es indispensable a efecto de lograrse la disposición material de la misma por parte del consignatario. De aquí que se entienda que se trata de un contrato real, pues sería imposible la consignación sin la disposición material de la cosa para su venta.

59

No por ello se debe pensar que el contrato se perfecciona hasta la entrega de la cosa, sino que es un elemento de vital importancia para lograr el cumplimiento del objeto del contrato.

En este sentido, debe establecerse de forma expresa la forma, tiempo y lugar de entrega de la obra, a efecto de establecer quien deberá asumir el riesgo respecto de la cosa en cada momento y lugar en que se encuentre la obra.

Asimismo, debe llevarse a cabo un inventario preciso y detallado de las características de las obras que se dejan en consignación con la intención de prevenir cualquier malentendido y facilitar la devolución de la obra en caso de no realizarse la venta de alguna pieza de la colección.

Transmitir la posesión de los bienes consignados

En virtud de esta transmisión, nace también el derecho del consignatario de encontrarse en posesión de la obra por la extensión establecida para dicho contrato. Cabe mencionar que esta posesión no concede los derechos de uso y goce inherentes a la propiedad, sino que únicamente le permite disponer de ella para su enajenación en favor de un tercero.

Debe observarse, que de la transmisión de la disponibilidad, la entrega y la transmisión de la posesión de la obra, surgen diversas obligaciones tanto para el galerista como para el artista, que son comunes en el mercado del arte, y las cuales deberán ser bien establecidas en el contrato de consignación a efecto de no dejar lugar a interpretación respecto de a quien compete la carga de dichas obligaciones.

En este sentido, se observa que algunas de las prácticas que comúnmente deberán distribuirse y que por ello deberá generarse una cláusula que expresamente establezca la manera de actuar de las partes respecto de ellas son las siguientes:

- **Traslado:** el traslado de la obra es un asunto sumamente delicado, pues debemos considerar que no siempre se trata de obras de dimensiones precisas que puedan ser transportadas fácilmente, o por cualquier tipo de flete.

Es importante tener presente que se deberá contratar un flete especializado en el transporte de arte para prevenir cualquier daño material a la obra desde que sale del taller del artista, hasta que llega a la galería o establecimiento en donde habrá de permanecer hasta su venta.

Es común o al menos conveniente que la carga del traslado recaiga en el artista, o que al menos éste se encuentre plenamente involucrado, pues como ya se ha mencionado, se requieren características muy particulares de transporte, las cuales son bien conocidas por el artista pues es quien crea la obra y por ello quien conoce de la fragilidad de la obra y de los cuidados que se deberán tener con la misma por sus componentes materiales.

- **Seguro:** Aunado a lo anterior, es importante asegurar la obra desde que esta adquiere un valor comercial, o al menos desde que se propone la venta de la misma por virtud de este contrato de consignación, por lo que es de vital importancia establecer la contratación de un seguro que proteja el valor comercial y la integridad de la obra en caso de ser reparable desde que la obra se encuentra en el taller del artista, pasando por el transporte y su estancia en la galería hasta que esta se pone a disposición de su adquirente.
- **Museografía:** se trata del conjunto de técnicas y prácticas relativas al funcionamiento de un museo⁵⁷. Agrupa las técnicas de concepción y realización de una exposición, sea temporal o permanente. La disposición física de una exposición debe tener en cuenta tanto las exigencias de conservación preventiva de los objetos como la puesta en valor en vistas a su presentación y su comprensión.

Debe entenderse que la distribución de las obras en un espacio arquitectónico no es tarea fácil y de ella depende una mejor apreciación de la obra para su adquisición.

⁵⁷ Diccionario en línea de la Real Academia de la Lengua Española

Es decir, que deberán tomarse en consideración aspectos tales como la iluminación proporcionada a las obras, los espacios arquitectónicos que enmarcaran a las obras – muros, salones, tragaluces-, la distribución y secuencia de las obras entre sí, para lograr que dichas obras sean admiradas de una forma más amable para motivar al coleccionista a adquirirlas por su valor estético.

- **Curaduría:** comisariado artístico es una función propia de la museística, las exposiciones artísticas y el coleccionismo de arte. Muy a menudo se emplea el término latino-inglés *curator* (la traducción directa es "cuidador", aunque existen en el Diccionario de la Real Academia Española, la palabras "curador" y "curaduría", con varias acepciones), o el término más tradicional de conservador (también polisémico), que no debe confundirse con las funciones de conservación y restauración de obras de arte.

El comisario artístico o *curador* surge a partir de la idea de un conservador de arte. Éste es un profesional capacitado en el conjunto de saberes que posibilitan entre otros la exposición, valoración, manejo, preservación y administración de bienes artísticos.⁵⁸

- **Espacio de exposición:** se trata únicamente de poner a disposición de la promoción y venta de la obra un espacio determinado y diseñado específicamente para tal efecto. De modo tal que la exposición temporal de la obra se llevará a cabo en dicho espacio pero también se llevará a cabo el evento inaugural que resulta de mucha importancia.

En este sentido, es importante pactar concretamente que el espacio de que se trata será utilizado únicamente para exponer la obra del artista que firma y que no se mezcle con la de otros pues esto podría afectar el valor de la misma. Vale la pena aclarar que el mezclar la obra de un artista con la de otros para efectos de la exposición podría ya sea devaluar o incrementar el valor de la obra del artista, por lo cual se deberá estudiar a detalle el caso en particular y en este sentido la práctica de la museografía se verá sumamente involucrada, pero de igual forma deberá involucrarse la voluntad del consignante pues se trata de la venta de su obra.

⁵⁸ http://es.wikipedia.org/wiki/Comisariado_art%C3%ADstico, consultado el 23 de septiembre de 2012

Naturalmente, el espacio de la exposición deberá proporcionarlo el galerista, pues es precisamente su labor, la de tener dicho espacio para cumplir el propósito de la venta de la obra, por lo cual deberá hacerse cargo no sólo de proporcionar el espacio sino de manejar su uso de manera tendiente a la venta de la obra en el precio esperado.

- **Publicidad:** se trata de una forma de comunicación comercial que intenta incrementar el consumo de un producto o servicio a través de los medios de comunicación.

A través de la investigación, el análisis y estudio de numerosas disciplinas, tales como la psicología, la sociología, la antropología, la estadística, y la economía, que son halladas en el estudio de mercado, se podrá desarrollar un mensaje adecuado para el público.⁵⁹

Este punto en particular es delicado pues no se busca únicamente que el galerista atraiga a un mercado que cuenta con el poder adquisitivo para comprar la obra de que se trata, sino de que a través de la publicidad atraiga a un grupo de personas morales o físicas que sean hasta cierto punto dignas de ser propietarias de dicha obra.

Lo anterior, si bien puede resultar absurdo para el resto de las prácticas comerciales, es importante para este mercado en particular pues definirá en gran medida el incremento –si es el caso más afortunado- del valor de la obra, al generar un escenario de “*marketing*” correctamente dirigido.

- **Inauguración:** la ceremonia de inauguración en general consiste normalmente en un acto simbólico como el corte de la cinta que franquea el paso a la misma o el descubrimiento de una placa conmemorativa. Durante el acto es común que las autoridades presentes pronuncien unos discursos dando por inaugurada la instalación.

En el mercado de galerías, la inauguración es un evento sumamente relevante pues concreta en un evento la labor de museografía, curaduría, publicidad, así como de la presentación de la galería.

⁵⁹ <http://es.wikipedia.org/wiki/Publicidad>, consultado el 23 de septiembre de 2012

Normalmente se presentará en forma de un “*cocktail*” al cual es indispensable que asistan las personas adecuadas para adquirir la obra, es decir, coleccionistas o críticos que favorecerán al valor de la obra, del artista y de la galería por su buena reputación en este ámbito. Normalmente correrán por parte del galerista los gastos respectivos a la inauguración, pues no sólo se trata de los gastos concernientes al evento en sí, sino de la asistencia de personalidades relevantes en el mercado.

No debemos olvidar que se trata de un mercado sumamente regido por las tendencias, por lo cual de lo anterior dependerá en gran medida el valor y la importancia de dicha exposición, pues de asistir las personas correctas y de éstas haber percibido una sensación agradable de la contemplación de una colección de obras de alta calidad, se hablará en el medio de manera adecuada o inclusive promocional. Lo anterior naturalmente atraerá a coleccionistas interesados en la adquisición de la obra que se presenta.

Asimismo, no debemos dejar a un lado el hecho de que este evento no sólo es beneficioso para la venta de la obra, sino también para el prestigio del galerista en el mercado.

Transmitir la propiedad de los bienes al adquirente

En el contrato de consignación, de acuerdo con la legislación mercantil, el galerista actúa formalmente, en nombre o representación del artista, sin embargo, éste deberá formalizar dicha enajenación con posterioridad, normalmente a través de un contrato de compraventa mercantil, el cual se explicará más a detalle con posterioridad.

No obstante lo anterior, es importante señalar que el artista está en efecto obligado a realizar dicha transmisión al adquirente, pues de lo contrario, deberá responder directamente por los daños y perjuicios realizados en contra del galerista.

En contravención a lo antes mencionado, la Lic. León establece que en la práctica “si bien es verdad que la transmisión de la propiedad que hace el consignatario a favor de terceros, es de bienes ajenos, ya que vende bienes propiedad del consignante y por tanto bienes ajenos, la

enajenación es válida y eficaz en virtud de que el consignatario recibe la disponibilidad del bien para su venta⁶⁰.

Cabe mencionar, que la Lic. León no se refiere a la consignación de arte, sino a la consignación en general, por lo cual, la práctica comercial común no debe confundirse con una práctica comercial tan específica y detallada como lo es la del comercio del arte⁶¹.

En este sentido, debe tenerse muy presente que se trata de transmisión de propiedad de un objeto de comercio con características sumamente particulares, y cuya transmisión no es plena, pues se encuentra limitada por la Ley Federal del Derecho de Autor, por lo cual, es sumamente importante que cuando suceda la transmisión de la propiedad de la obra, se de a través de un contrato de compraventa mercantil que deberá ser formalizado por el artista, a efecto de otorgar plena certeza jurídica al adquirente de los límites de su propiedad respecto de la obra.

Pagar al consignatario la prestación pactada en el contrato

Se debe tener presente que la exigencia de esta obligación por parte del consignatario dependerá de que el fin del contrato se actualice, es decir, que se logre la venta de la obra. En este sentido, para el uso mercantil de este contrato es común que dicha contraprestación sea un porcentaje sobre el precio de venta, una suma de dinero determinada ya sea con la venta de los bienes o sin ella, y finalmente la posibilidad de obtener otro beneficio.

Si bien resulta desafortunado el precepto por cuanto que conforme al mismo el consignatario sólo tiene derecho a recibir una contraprestación cuando expresamente se ha convenido en ella, ya sea que se hayan o no vendido los bienes, lo que incluso se confirma con el último párrafo de la fracc. III del art 393 del Código de Comercio, cuando se refiere a que en el caso de que las partes hayan convenido en pagar al consignatario una contraprestación en caso de venta de los bienes pero no hayan fijado la misma, dicha contribución será igual a la que generalmente se fije para este tipo de contratos en la plaza respectiva, tomando en cuenta las características del bien, su valor de mercado y los gastos erogados para su conservación. Tal parece que dicha norma sólo puede justificarse tomando

⁶⁰ LEÓN, Soyla, CONTRATOS MERCANTILES, OXFORD UNIVERSITY PRESS, Primera edición, novena reimpresión, México, 2012

⁶¹ Idem

en cuenta que los bienes objeto del contrato se entregan al consignatario para que este pague el precio estimado o los restituya al vencimiento del contrato, y que es precisamente dicho precio estimado el que permite al consignatario vender los bienes a un precio superior y reservarse para sí la diferencia del mismo.⁶²

Atendiendo a lo anterior, existen diversos puntos a considerar para el contrato de consignación de una obra de arte, en primer lugar, tal y como se mencionó en el capítulo anterior, es común que en este mercado, al galerista le corresponda el cincuenta por ciento del valor de venta de la obra, aunque dependiendo de la fama del artista, puede darse también que dicho porcentaje se modifique, por lo cual, no es común que la prestación que se pague al consignatario sea una suma de dinero u otro beneficio.

En segundo lugar, es importante establecer que si bien es común tratándose de contratos de consignación que el consignatario se quede con la diferencia entre el precio pactado con el consignante y el precio real de venta, en el mercado del arte en galerías es de vital importancia pactar que esta situación no suceda en ningún supuesto.

Lo anterior, en virtud de que en un mercado tan incierto como lo es el del arte, es factible que exista la sobrevaluación, y si bien puede ser sobremanera conveniente para el galerista dado el pago con porcentajes, el llevar a cabo una venta sobrevaluada, esta práctica puede resultar sumamente dañina para la imagen del artista.

Obligaciones del consignatario

Obligación de pago del precio o restitución de la cosa

De acuerdo con el artículo 392 del Código de Comercio, existe la obligación del consignatario de pagar el precio por los bienes en caso de venderlos o restituirlos en caso de no hacerlo. De lo anterior se entiende que el consignatario de ninguna manera podría disponer de los bienes puestos en consignación para sí, sino que únicamente podrá hacerlo en favor de un tercero a través de la venta del bien, en este caso la obra.

Así se observa que se debe pactar un plazo en el que se deberá realizar la venta, ya que resulta sumamente impráctico para ambas partes que exista un contrato que limite la

⁶² LEÓN, Soyla. CONTRATOS MERCANTILES, OXFORD UNIVERSITY PRESS, Primera edición, novena reimpresión, México, 2012, P.270

capacidad del dueño de disponer del bien, y que al mismo tiempo obligue al consignatario a asumir gastos por la conservación del bien y por promover la venta de la misma. En este sentido, resulta lógico establecer un plazo para que aún si no se cumple el fin que se busca con este acuerdo de voluntades, estas se disuelvan.

En este orden de ideas, de no vender el bien puesto en consignación necesariamente deberá restituirlo. Asimismo, se debe observar que el consignatario tiene la disponibilidad del bien y, por tanto, puede transmitir su propiedad a terceros e incluso formalizar la venta directamente sin que lo haga el consignante como erróneamente lo establece la ley, de acuerdo con la opinión de la Licenciada León.

No obstante lo anterior, existen algunos puntos que vale la pena poner especial atención para el mercado del arte. En primer lugar, debemos tener muy presente que una buena venta dependerá en gran medida del talento del galerista para llevarla a cabo, por lo cual, es él quien controla el momento preciso de la venta de dicha obra. Sin embargo, es común observar acuerdos en el mercado, en donde se pacta que de no venderse la obra en el tiempo de la exposición, en lugar de restituir la cosa el consignatario tendrá para sí la obra, es decir que la podrá comercializar en el precio que guste sin tener que pagar ningún porcentaje al artista.

La situación anterior resulta por demás injusta pues al ser el galerista quien controla su mercado, fácilmente podría ajustar que la venta de la obra se dé posteriormente al fin de la exposición dejando al artista sin pago alguno. En este orden de ideas, resulta importante no generar tal tipo de obligaciones pues entorpecen el flujo natural del mercado del arte.

Por otro lado, en contravención a lo que señala la Lic. León, en el mercado del arte es de vital importancia que el consignante sea quien formalice la venta de la obra en virtud de los impedimentos que marca la Ley Federal del Derecho de Autor con relación a la traslación de la propiedad de la obra y los derechos patrimoniales que esta conlleva.

Conservación de los bienes

El Código de Comercio impone al consignatario la obligación de realizar todos los actos tendientes a la conservación de los bienes y de los derechos relacionados con los mismos. A diferencia de lo previsto en la doctrina, el Código de Comercio impone al consignatario la

obligación de conservar la cosa y los derechos relacionados con la misma, pero por cuenta y cargo del consignante, a quien se obliga a proveer de los fondos necesarios con cuando menos dos días de anticipación a la realización del acto conservatorio, así como a rembolsar al consignatario los gastos que hubiere hecho para ello, obligación que se justifica por la posesión que ostenta de los mismos, la facultad de restituirlos a su vencimiento y la liberación de la obligación de responder por la pérdida o deterioro por caso fortuito o por fuerza mayor.⁶³

Lo anterior resulta aplicable para los contratos de consignación comunes, pero cuando este contrato se aplica al mercado del arte no se debe olvidar que el porcentaje que se ha de pagar al consignatario es normalmente del cincuenta por ciento sobre el valor de la obra, por lo cual, es común y se tiene por entendido que los costos generados por los gastos señalados en el párrafo anterior se encuentran saldados al establecer un porcentaje tan alto por llevar a cabo la venta de la obra a partir de la consignación.

Asunción del riesgo de la cosa

El artículo 393, fracc. VI del Código de Comercio impone al consignatario la obligación de responder por los daños o las pérdidas que sufran los bienes a partir del momento en que se hace entrega real de los mismos durante el plazo pactado en el contrato para la consignación, liberándolo de la obligación de asumir los riesgos por pérdida o deterioro por caso fortuito o fuerza mayor, cuando se trata de bienes individualmente designados, a menos que dichos daños o pérdidas se produzcan después de ese plazo sin que el consignatario haya entregado la cosa.⁶⁴

Debe entenderse que una obra de arte independientemente del soporte material en que se haya realizado, corre un sinnúmero de riesgos desde el momento en que sale del taller del artista, durante el tiempo que se encuentra en la galería o en consignación, y hasta que se entrega al coleccionista. Riesgos tales como el robo de la obra, el daño, la destrucción, pueden ser producidos ya sea por negligencia o caso fortuito.

Considerando lo antes mencionado, es que resulta de vital importancia la incorporación de un seguro a este contrato, pues se debe tener presente que los bienes que se comercializan en

⁶³ Idem

⁶⁴ Idem

este mercado tienen la característica de ser piezas únicas, por lo cual no serían reemplazables, además de que muchas veces alcanzan valores sumamente elevados por lo cual el pago de los daños podría resultar imposible para el consignatario.

Si bien el consignatario queda liberado de la obligación de responder por los daños cuando se trata de caso fortuito, vale la pena contratar un seguro que se haga cargo de los daños de darse este supuesto, pues de nuevo debemos tener presente que el mercado en cuestión es uno en que importa mucho el prestigio, y es evidente que aun tratándose de daños por caso fortuito, la no reparación del daño de una obra desprestigiaría sobremanera la reputación de un galerista.

Derechos del consignatario

Disposición de los bienes

De acuerdo con el artículo 393 del Código de Comercio, el consignatario podrá disponer válidamente del bien sólo con el fin previsto en el contrato. Vale la pena en este punto hacer una aclaración al respecto, pues dicha disposición no es ilimitada, al no poder el consignatario –como sí ocurre en la práctica o en el derecho extranjero- disponer para sí del bien, a menos que se acuerde expresamente este entendido.

Por otro lado, el consignatario no está obligado a desplegar actividad alguna a pesar de que cuando lo hace actúa por cuenta propia y del consignante, y tampoco está obligado a rendir cuenta alguna al consignante; sin embargo, conforme a la ley, tal parece que el consignatario sí debe rendir cuentas cuando menos respecto de los bienes de los cuales asume la obligación de conservar y disponer de las sumas necesarias para ello de las provisiones que le entregue el consignante.⁶⁵

Asimismo, el consignatario actúa en nombre del consignante, que en la opinión de la Lic. León parece un contrasentido frente a la válida disponibilidad de bienes que la ley autoriza para venderlos a terceros, ya que la ley impone a dicho consignante la obligación de transmitir los bienes al tercero adquirente y no al consignatario⁶⁶.

⁶⁵ LEÓN, Soyla, *CONTRATOS MERCANTILES*, OXFORD UNIVERSITY PRESS, Primera edición, novena reimpresión, México, 2012, p 271

⁶⁶ Idem

Vale la pena hacer un comentario desde el punto de vista de la práctica del mercado del arte, pues si bien el consignante se encuentra obligado a transmitir la propiedad al tercero adquirente, en este caso el coleccionista, se debe tener presente que se deberá celebrar también un contrato de compraventa en el que si es voluntad del artista, se acuerde expresamente la traslación de la titularidad de los derechos que son accesorios al derecho de autor, como son el de reproducción o de exposición pública. Es decir, no se pretende que por el contrato de consignación el titular de la obra pueda desentenderse de la obligación de transmitir la titularidad de la obra a un tercero que se ha mostrado interesado en llevar a cabo dicha adquisición, sino que esta obligación debe llevarse aún más lejos y precisar nuevas obligaciones que nacen entre el titular de la obra y su adquirente una vez que se compra la obra.

La disponibilidad a que se refiere la ley constituye una autorización para disponer sobre cosa ajena, que se limita a los efectos del contrato, para su venta a terceros, esto es, para disponer de un derecho ajeno en interés propio, por lo cual el Código de Comercio en el precepto antes citado que “los efectos consignados no podrán ser embargados por los acreedores del consignatario”⁶⁷, establece que no existe propiedad respecto de los bienes por parte del consignatario, aun si este actúa como tal no implica que lo sea para las obligaciones que haya adquirido frente a terceros con anterioridad a la celebración del contrato de consignación.

Para el punto previamente señalado resulta de vital importancia la incorporación de un inventario al contrato de las obras puestas en consignación, pues tratándose de objetos de tan alto valor, en el supuesto de un embargo por deudas del consignatario, al no existir tal inventario que establezca expresamente de que obras se trata, resultaría imposible señalar que dichas obras no pueden ser embargadas, pues a los ojos de quien exige el pago de la obligación en virtud de la cual se encuentra embargando, tales obras son del galerista por lo cual no se podrían encontrar en el supuesto jurídico previamente mencionado. En este sentido, las cosas entregadas en consignación de ninguna manera se incorporan al patrimonio del consignatario, sino que únicamente tendrá la capacidad de disponer de ellos para los fines establecidos en el contrato.

⁶⁷ Idem

Recibir la contraprestación pactada en su favor

En este aspecto se entiende que el galerista tendrá derecho a recibir la contraprestación pactada en los términos en que el pago de la misma se haya pactado en el contrato.

De acuerdo con el código de comercio, de no establecerse tal contraprestación, el consignatario tendrá derecho a adjudicarse la diferencia entre el precio de venta y el precio estimado.

Vale la pena señalar que lo común en la práctica del mercado del arte es que se pague un cincuenta por ciento del valor de venta de la obra, mismo que cubrirá todos los gastos en los que haya incurrido el galerista para llevar a cabo una adecuada venta de tal bien.

Adquisición de la propiedad

A pesar de que el Código de Comercio faculta al consignatario a pagar el precio de los bienes si estos fueron vendidos, el consignatario puede también cumplir con la obligación de pago adquiriendo la propiedad de ellos, esto es, puede adquirir para sí las cosas objeto del contrato si cuenta para eso con la autorización expresa del consignate y si nada se dijo en el contrato en sentido contrario, dada la naturaleza del contrato y la causa del mismo.⁶⁸

Debe tomarse en consideración que de darse el supuesto en el que al no venderse la obra en el plazo pactado el galerista adquiera la misma, la obra pasa al mercado secundario, en donde podrá ser vendida en el precio y condiciones que unilateralmente decida el galerista, por lo cual se debe guardar precaución al pretender extender el permiso de adquirir la obra objeto del contrato al consignatario.

Derecho de retención

Este derecho es propio de los administradores y poseedores de bienes ajenos y consiste en la facultad que tiene el poseedor de no entregar los bienes o su producto hasta en tanto no se le haya pagado la contraprestación a su favor, incluso la posibilidad de afectarlos en garantía y hasta de venderlos para cobrar lo que conforme al contrato le corresponde. En el caso de la consignación el derecho de retención a favor del consignatario está extendido por la ley tanto para los casos en los que se haya pactado una contraprestación a su favor, como

⁶⁸ Idem

cuando se deba pagar el almacenaje de los bienes puestos a disposición del consignante y no recibidos por éste, y existan gastos de conservación erogados por el consignatario no cubiertos por el consignante. Aunque la ley se refiere a prenda sobre los bienes, el derecho de retención se trata de un privilegio especial, ya que de otra forma no se explica cómo podría el consignatario constituir ante sí y por él mismo la prenda a que se refiere la ley, a no ser que se exija la misma judicialmente.

En la práctica del mercado del arte, la retención normalmente se da de forma inversa, es decir, que al ser el galerista quien normalmente maneja la adquisición de la obra, y en este entendido es él quien recibe el dinero pagado por la obra, el artista para exigir el pago, se reserva el certificado de autenticidad de la obra hasta en tanto no se le pague la parte establecida.

Lo anterior resulta una práctica sumamente interesante, pues debe tenerse presente que si la obra carece de firma, el certificado de autenticidad hace las veces de firma, teniendo en cuenta que gran parte del valor de una obra depende de que se establezca expresamente que es de un artista determinado, si a una obra no se le incorpora dicho certificado de autenticidad pierde valor al público al no ser comprobable que en efecto una obra determinada es de un artista determinado. En este supuesto, si bien lo ideal sería que el galerista pague a tiempo lo que corresponde al artista, será el coleccionista quien presione al galerista para que se lleve a cabo dicho pago, pues naturalmente, el coleccionista buscara que se incorpore dicho certificado de autenticidad a la obra que acaba de adquirir, exigiéndole la presentación del mismo al galerista. Consecuentemente, el galerista solicitará dicho certificado al artista, el cual únicamente se presentará contra el pago de lo pactado.

Relevancia en la operación

Tal y como se ha explicado a lo largo del presente capítulo, para que exista el mercado del arte, es indispensable que exista un espacio comercial para ello, y una persona que pueda operar los elementos que lo constituyen.

En este sentido, es común que un artista carezca del talento necesario para comercializar su obra, así como es común que un coleccionista carezca de la calma o criterio para buscar a un artista en lo individual con la intención de adquirir una obra determinada. Es por ello que ambos acuden a un intermediario comercial que es el galerista.

El primero, acudirá por el talento del galerista para encontrar y saber mostrar de la manera más seductora la obra a aquellos interesados en adquirirla; mientras que el segundo acudirá con el galerista por el talento que tiene de seleccionar las distintas obras que satisfagan las exigencias de su colección.

De modo tal que este intermediario es, sin duda alguna, un comerciante que por sus conocimientos resulta indispensable para que exista el comercio del arte. Por ello, es precisamente por su carácter de indispensable que deben estipularse en un contrato las acciones que deberá llevar a cabo para conducir de la manera más adecuada la venta de la obra.

Lo anterior con la intención de estipular de forma sumamente precisa las obligaciones que deberán asumir las partes, en primer lugar para lograr dicha venta en un precio adecuado y a un mercado adecuado; y en segundo lugar para conservar y mejorar el prestigio tanto del artista como del galerista.

De tal forma que para las diversas exigencias del mercado del arte, el contrato de consignación resulta un eje sumamente flexible y adaptable a éstas, y al cual podrán adherírsele diversas cargas que no tienen que ver con la consignación en estricto sentido, pero que sin embargo su existencia en el mercado es indispensable, como lo son las cargas del seguro, el transporte, la publicidad, el espacio, la museografía, la curaduría o la inauguración, obligaciones que resultan accesorias a la principal, pero que se deben manejar con suma cautela para lograr una venta adecuada y consecuentemente preservar el prestigio tanto del galerista como del artista.

En este orden de ideas, una vez que se acuerda la consignación de una colección o de una obra aislada debe realizarse un inventario para prevenir cualquier malentendido respecto de las obras dejadas en consignación, y de esta manera generar certeza de que dichas obras se devolverán a su titular de no darse la venta, además de establecer que las mismas se encuentran precisamente en consignación, lo cual prevendrá –como se señaló anteriormente– que se entienda que dichas obras formar parte del patrimonio de la galería y que en ese entendido pudiesen ser embargadas por una deuda que haya adquirido ésta última.

Por otro lado, debe tenerse presente que la flexibilidad de este contrato permite que la carga de todos los elementos a considerar –señalados a lo largo del presente capítulo– de acuerdo con la práctica del mercado pueda ser negociable. Es decir, no existe disposición que obligue

al galerista a correr con los gastos del seguro, o del pago por el diseño de un catálogo, o inclusive de la inauguración, por lo cual, deberá observarse el caso en particular y negociar con qué gastos deberá correr cada quien, aunque es sobremanera común tomando en consideración que casi todos ellos dependen de la experiencia del galerista, que corran por parte de este último.

Finalmente, la incorporación de este contrato al mercado del arte resulta de vital importancia pues como todo contrato genera certeza entre las partes. En este caso particular, las condiciones de venta son relevantes pues fomentan, sin lugar a dudas, el crecimiento del mercado, pero también –en el mejor de los casos- el prestigio en el Mercado del Arte tanto del artista o titular de las obras como del galerista.

Asimismo, el hecho de que exista un contrato tan flexible y al cual se le puedan añadir tantas obligaciones accesorias como lo deseen las partes, permite que todas ellas se concreten y que exista un medio para exigir las – en el peor de los casos- ante un tribunal; lo anterior no quiere decir que se pretenda esto hacer *contrapartes* de las partes de estos contratos, sino incorporar formalidad a todo acto que suceda en estas transacciones. Normalmente como se ha dejado en claro a lo largo del presente estudio, en este mercado abunda la informalidad, lo cual no permite que se generen condiciones correctas para el adecuado desarrollo del mismo, por lo cual, a efecto de generar un sistema eficaz y que pueda en un momento convertirse en un mercado como el de Inglaterra, Estados Unidos o China, debe existir al menos una práctica comercial que dé certeza a todas las partes involucradas.

El contrato de seguro en el mercado del Arte

"El arte jamás ha de intentar ser popular. El público es el que ha de intentar ser artista."

Oscar Wilde

Definición y marco jurídico

De acuerdo con la Ley sobre el Contrato de Seguro en su artículo primero, se establece que: "por el contrato de seguro, la empresa aseguradora se obliga, mediante una prima, a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero al verificarse la eventualidad prevista en el contrato".

Doménico Barbero, señala que el contrato de seguro es aquel por el que una parte, el asegurador, contra pago de una prima, se obliga a indemnizar al asegurado⁶⁹, dentro de los límites convenidos, del daño que experimente a consecuencia de un siniestro o a pagar un capital, o una renta, al verificarse un evento atinente a la vida humana.⁷⁰

Históricamente se ha establecido que el seguro nació con el comercio, ya que al llevar a cabo esta actividad mediante la transportación de las mercancías, las mismas eran motivos de exposición de peligros como hundimiento, piratería o robo, ocasionando grandes pérdidas tanto materiales como humanas, creando la necesidad entre los propios comerciantes de unirse a través de mutualidades a fin de protegerse de estas pérdidas y disminuir con esto los

⁶⁹ LEÓN, Soyla, CONTRATOS MERCANTILES, OXFORD UNIVERSITY PRESS, Primera edición, novena reimpresión, México, 2012

⁷⁰ BARBERO, Doménico, SISTEMA DEL DERECHO PRIVADO, t. IV, contratos, trad. De Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1967, p. 487.

riesgos a que se exponían creando fondos al efecto, mismos que se formaban con las aportaciones de los integrantes de esos grupos o mutualidades.⁷¹

De modo tal que la existencia del seguro atiende a la posibilidad de un siniestro, lo cual es la actualización de la eventualidad prevista en el contrato. Se trata de un acontecimiento dañoso que provoca una disminución o pérdida del patrimonio en las personas, cuando se trata de seguro de bienes, y en el seguro de personas, de la pérdida de la vida, de la salud o de la integridad personal⁷².

Asimismo, al hablar del seguro sobre cosas, se debe entender que tiene por objeto los riesgos, las pérdidas o los daños que sufran las cosas o que éstas ocasionen por la eventualidad prevista en el contrato; también se denomina seguro contra daños, en el cual la aseguradora responde solamente por el daño causado hasta el límite de la suma y del valor asegurado (art 86 de la LSCS). Cuando el interés asegurado consiste en que una cosa no sea destruida o deteriorada, se presume que el interés asegurado equivale al que tendrá un propietario en la conservación de la cosa (art. 87 de la LSCS).⁷³

Dichos seguros comprenden los riesgos de pérdidas o daños que sufran las cosas; sin embargo, no todos los eventos dañosos son objeto de este seguro, sino que se requiere una cláusula especial (póliza adicional o endoso) o un contrato especial para ciertos eventos tales como el incendio, explosión, fulminación o accidentes de la naturaleza como terremotos, rayos, la explosión de gas usado para alumbrado o uso doméstico, etcétera.⁷⁴

En este sentido, se debe entender que la protección de la integridad y el valor de una obra de arte es muy particular toda vez que se trata una pieza única y el ser única es una característica esencial de la pieza artística, a diferencia de cualquier otro tipo de objeto asegurable, como un automóvil o un bien inmueble.

También debe tomarse en cuenta que en caso de que una obra dañada pudiese ser reparada, dicha reparación no es cosa menor pues requerirá de la intervención de un experto quien deberá reparar la obra sin dañarla más o modificar su forma original.

⁷¹ SANCHEZ FLORES, Octavio Guillermo de Jesús. El contrato de Seguro Privado. Editorial Porrúa, México, 2000. P. 1

⁷² LEON TOVAR, Soyla, CONTRATOS MERCANTILES, OXFORD UNIVERSITY PRESS, Novena reimpresión de la primera edición, México, 2012. P.

⁷³ Idem. P 613

⁷⁴ Ibidem

En este sentido, el valor asegurado de una obra de arte es alto, y las condiciones a las que debe atender este seguro son muy particulares, por lo cual también deberá el asegurado tener diversas precauciones que son muy particulares con relación a la obra, como puede ser un transporte especializado, o aclimatación de espacios, medidas de seguridad, entre otros a efecto de demostrar que en caso de que exista una afectación a la obra, el asegurado en ningún momento actuó con negligencia.

Por lo que toca al marco jurídico del contrato de seguro en el mercado del arte, la Ley Federal del Derecho de Autor no hace mención a la necesidad de contratar un seguro en el proceso de venta de una obra de arte, de la misma forma que no hace mención en lo absoluto al mercado del arte. Lo anterior de ninguna manera es incorrecto pues si bien la Ley en comento tiene un evidente trato social y quizás paternalista con el autor, tampoco debe intervenir y establecer los lineamientos para que funcione un mercado pues lo único que se lograría con una regulación paternalista del mercado será hacerlo ineficiente y poco atractivo para inversionistas nacionales o extranjeros.

En virtud de lo anterior se hace evidente que el contrato de seguro es uno de naturaleza mercantil pues nace de la práctica comercial, y de la necesidad de evitar pérdidas económicas ante los riesgos materiales que son naturales a cualquier práctica.

En este sentido, si bien no debería ser regulada la obligatoriedad de contratar un seguro para cualquier práctica comercial, es prudente que la práctica de las compañías aseguradoras sea regulada a efecto de proveer a sus consumidores de determinada certeza y de las acciones para poder reclamar el pago de los daños sufridos ante las instancias judiciales pertinentes.

De modo tal que el Código de Comercio en su artículo 75 fracción XVI, señala que todos los contratos de seguro son mercantiles siempre que se hagan por empresas. Vale la pena mencionar que las particularidades de los contratos de seguro y las aseguradoras se regulan en normatividades distintas al Código de Comercio, como lo son la Ley sobre el Contrato de Seguro y la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.

Aunado a lo anterior, la simple necesidad de asegurar una obra de arte hace evidente el considerable valor económico de la misma, es decir, no sólo es relevante su valor estético o sentimental, sino la conjunción de los diversos elementos que le dan un valor en el mercado y por virtud del cual es importante asegurarlo contra cualquier riesgo.

Por otro lado, la Ley del Contrato de Seguro establece las condiciones generales sobre las cuales se deberá celebrar dicho contrato, dentro de los artículos séptimo y octavo – que se transcriben a continuación- los elementos que permiten que las cláusulas que se incluyen en el contrato puedan ser modificables, lo cual resulta de vital importancia para el comercio de las obras de arte, pues las condiciones de cada una son distintas, por lo cual necesitan una protección distinta al estar expuestas a riesgos diversos.

Artículo 7°.- Las condiciones generales del seguro deberán figurar en el mismo formulario de oferta suministrado por la Empresa aseguradora, o bien remitirse al proponente para que éste las incluya en la oferta del contrato que ha de firmar y entregar a la empresa. El proponente no estará obligado por su oferta si la empresa no cumple con esta disposición. En todo caso, las declaraciones firmadas por el asegurado serán la base para el contrato si la empresa le comunica su aceptación dentro de los plazos que fija el artículo 6o. de la presente ley.

Artículo 8°.- El proponente estará obligado a declarar por escrito a la empresa aseguradora, de acuerdo con el cuestionario relativo, todos los hechos importantes para la apreciación del riesgo que puedan influir en las condiciones convenidas, tales como los conozca o deba conocer en el momento de la celebración del contrato.

Vale la pena también observar la forma en la que nuestros más altos tribunales se han pronunciado con respecto del contrato de seguro contra daños a través de la siguiente tesis aislada:

Época: Novena Época

Registro: 162405

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS CIVIL Y DE TRABAJO DEL QUINTO CIRCUITO

TipoTesis: Tesis Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Localización: XXXIII, Abril de 2011

Materia(s): Civil

Tesis: V.2o.C.T.29 C

Pag. 1287

[TAI]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XXXIII, Abril de 2011; Pág. 1287

CONTRATO DE SEGURO CONTRA DAÑOS. SI EN ÉSTE NO SE CONVINO UN VALOR DETERMINADO DE INDEMNIZACIÓN, SINO UN MÉTODO DE EVALUACIÓN, LA SOLA AFIRMACIÓN DEL ACTOR DE QUE EFECTUÓ DETERMINADOS GASTOS E INVERSIONES, SIN

PRECISARLOS EN LA DEMANDA, ES INSUFICIENTE PARA RESOLVER A SU FAVOR.

La interpretación literal del artículo 1o. de la Ley sobre el Contrato de Seguro revela que cuando se pretende el cumplimiento forzoso del contrato de seguro, los elementos de la acción que debe probar el demandante son: 1) la existencia del contrato y 2) la actualización de la eventualidad en él prevista; sin embargo, en dicho acuerdo de voluntades las partes pueden pactar estipulaciones que constituyan una limitante para la procedencia de la acción de que se trata y si bien estas condiciones no son elementos de la acción, sí son cuestiones relevantes para resolver a favor del accionante. Ciertamente, el contrato de seguro es un contrato mercantil, nominado, de solidaridad y, por ende, basado en la buena fe a través del cual la aseguradora se obliga mediante una prima a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero al verificarse la eventualidad prevista en el contrato; asimismo, el contrato de seguro se rige por los principios de la buena fe y la libertad contractual (con las limitantes establecidas en la ley de la materia), y el indemnizatorio, conforme al cual, al asegurado le está vedado obtener un lucro y sólo puede reclamar el resarcimiento del daño sufrido, aunque el monto de lo asegurado sea mayor, por lo que en atención a tales principios, en los contratos de seguro contra daños resulta lícito que las partes le otorguen a los bienes objeto del contrato, un valor determinado de indemnización, o bien, pacten un método de evaluación de daños para el caso de que ocurra alguno de los riesgos amparados en la póliza. Ahora bien, cuando en el contrato de seguro no se convino un valor determinado de indemnización, sino que se estipuló un método de evaluación de daños en razón del cual debe calcularse el monto de la indemnización correspondiente, y en dicho método se prevé, en función del interés asegurable, que la indemnización se calculará tomando en cuenta varios factores, entre otros, los gastos o inversiones que el asegurado acredite haber realizado sobre el bien u objeto asegurado, es claro que la sola afirmación del actor de que efectuó tales gastos o inversiones, sin precisarlos en la demanda es insuficiente para que la controversia se resuelva de manera favorable a sus intereses. Es así, pues a pesar de que tal requisito no constituye un elemento de la acción intentada, sí lo es por lo que hace al escrito de demanda pues, de lo contrario, los hechos con los que se pretenden acreditar las inversiones o gastos efectuados, con base en los cuales debe calcularse la indemnización, no formarían parte de la litis ni podrían ser objeto de prueba; aunado a que se dejaría a la parte demandada en estado de indefensión ante la imposibilidad de controvertir tales hechos, en tanto que el tribunal que

conozca de la controversia no estaría en aptitud de determinar el cuántum de la indemnización, pues sería ilícito que se condenara a la aseguradora al pago de una indemnización por daños, si no se acreditaron los factores necesarios para cuantificarlos en función del propio contrato de seguro, soslayando el principio indemnizatorio que rige en ese tipo de convenciones.

79

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS CIVIL Y DE TRABAJO DEL QUINTO CIRCUITO

Amparo directo 240/2010. Banco Mercantil del Norte, S.A., Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero Banorte División Fiduciaria, Fiduciario del Fideicomiso de Rescate a la Mediana Empresa (firme). 20 de agosto de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Arturo Castañeda Bonfil. Secretaria: Ana Kyndira Ortiz Flores.

Amparo directo 768/2009. Seguros Ing, S.A. de C.V. (antes Seguros Comercial América, S.A. de C.V.). 24 de septiembre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Abdón Ruiz Miranda. Secretario: Martín Alonso Raygoza Topete.

Amparo directo 145/2010. José Manuel Morales Santini. 8 de octubre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Abdón Ruiz Miranda. Secretario: Martín Alonso Raygoza Topete.

Amparo directo 725/2010. Banco Mercantil del Norte, S.A., Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero Banorte División Fiduciaria, Fiduciario del Fideicomiso de Rescate a la Mediana Empresa (firme). 23 de febrero de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Abdón Ruiz Miranda. Secretario: Martín Alonso Raygoza Topete.

De la tesis anterior se observa que en efecto el contrato de seguro es uno nominado de naturaleza mercantil. Asimismo, esta tesis establece una característica muy importante del marco jurídico del contrato de seguro, la cual es que a pesar de ser un contrato de carácter

mercantil, el asegurado de ninguna manera puede lucrar con el seguro de daños, toda vez que lo que se pretende con tal seguro es restablecer a su estado original un patrimonio afectado por un siniestro previsto en el contrato, de modo tal que finalmente con este seguro se restablecerán las condiciones originales del patrimonio y de ninguna manera se incrementará por el sólo hecho del siniestro.

Por otro lado, la tesis anterior resulta relevante para el contrato de seguro de arte en particular puesto que habla de la indemnización de un valor determinado. Como se podrá observar con posterioridad en este capítulo, para el seguro de obra de arte será indispensable para celebrar el contrato presentar una valuación por parte de un experto de la obra a proteger a efecto de que se constituya la suma a pagar en caso de siniestro.

Lo anterior, resulta sensato pues atendiendo a la común especulación dentro del mercado de existir un siniestro sin una valuación establecida, determinar el valor de una obra de arte una vez que esta ha dejado de existir, deberá atender a condiciones del mercado que aun no se han dado, por lo cual será sumamente debatible el valor que tanto el asegurado como la aseguradora establezcan deberá ser pagado. O bien, tal como se señala en la tesis en comento, a falta de valuación deberán presentarse las reglas sobre las cuales se llevará a cabo la valuación en caso de existir un siniestro. En este sentido y a efecto de prevenir dicha situación, resulta indispensable presentar ya sea la valuación de la obra o las reglas por medio de las cuales se valuará en caso de darse un siniestro.

Por otro lado, desde la perspectiva de la economía y el derecho vale la pena también señalar la importancia general de la existencia de los seguros a través de la teoría de los ilícitos culposos o la responsabilidad civil, la cual señala que es común que las personas se lesionen recíprocamente al hacer algo errado, sin embargo, en muchos casos la víctima no podrá demandar según el derecho de los contratos toda vez que no fue el incumplimiento del acuerdo lo que causó el perjuicio en tales casos. En muchos de estos casos, los costos de negociación con relación a estos daños son tan elevados que las partes no pueden cooperar entre sí.

En este orden de ideas, tenemos que en las interacciones entre personas, no por el dolo sino por la negligencia de alguna de ellas, la frecuente presencia de un daño (un descenso de la función de utilidad o beneficio de la víctima, es decir, que no sólo existe un riesgo, sino que el actuar negligente se concreta en una afectación a la esfera jurídica del otro. En este sentido, si bien no existe una relación jurídica entre ambas ni mucho menos la intención de

generar un daño, sino una simple interacción entre ellas sí existe la obligación de reparar tal afectación. Sin embargo, sucede que la víctima no puede utilizar estos derechos – derivados del daño- para demandar cuando no hay incumplimiento de contrato, ni daño de la propiedad ni un daño continuo que deba prohibirse. Así se pretende demostrar que hay una laguna del derecho de la propiedad y del derecho de los contratos⁷⁵ en cuanto a la reparación.

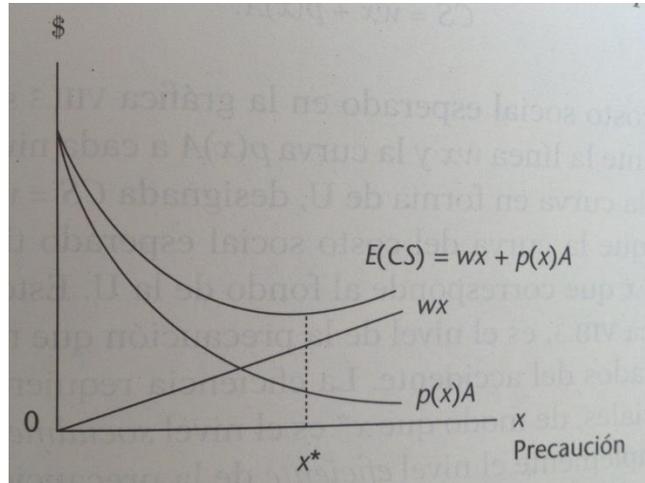
De modo tal, que con la teoría de los ilícitos culposos se concluye que los tres elementos de la misma (daño, causa, incumplimiento de una obligación) encajan claramente en una representación coherente de la vida social. La sociedad ha elaborado normas que prescriben formas de comportamiento para limitar estos riesgos. Los individuos causan a veces daños al violar estas normas del comportamiento. El costo del daño debe recaer en alguien. Los tribunales conectan la causa del daño con la violación de la norma y asignan la responsabilidad a la parte que incurre en una falta o simplemente la parte que causó el daño. Así, la responsabilidad de los ilícitos culposos puede inducir a los victimarios a internalizar los costos que imponen a otras personas.⁷⁶

En este sentido, los autores de la obra previamente citada, de acuerdo con la gráfica que se muestra a continuación, señalan que la probabilidad de un accidente denotada por p , disminuye cuando aumenta la precaución, denominada por x . Por lo tanto, $p=p(x)$ es una función decreciente de x . Si ocurre un accidente, causará daños tales como el ingreso perdido, el daño a la propiedad, etc. Sea que A denote el valor monetario del daño causado por un accidente. A multiplicado por p es igual al daño esperado en moneda (“esperado en virtud de un elemento probabilístico”)⁷⁷

⁷⁵ COOTER, Robert, ULEN, Thomas. DERECHO Y ECONOMIA, FONDO DE CULTURA ECONÓMICA, Traducción de Eduardo L. Suárez, Segunda edición, México 2008. P. 448

⁷⁶ Idem

⁷⁷ Ibidem



Al igual que $p(x)$, el daño esperado de $p(x)A$ es una función decreciente de la precaución x ⁷⁸. Para representar este hecho, el eje horizontal de la gráfica presentada indica la cantidad de la precaución del actor, x , mientras que el eje vertical muestra cantidades en moneda, incluido el monto en moneda del daño esperado $p(x)A$. La curva designada $p(x)A$ en la gráfica tiene pendiente negativa, lo que indica que el daño esperado disminuye a medida que aumenta la precaución. La toma de precauciones implica a menudo la pérdida de dinero, tiempo o comodidad. Suponemos que la precaución cuesta $\$w$ por unidad. A fin de mantener simple el análisis, supondremos que w es constante y no cambia con la cantidad de precaución x . En consecuencia, wx es igual a la cantidad total gastada en precaución. La gráfica de wx en la gráfica citada es una línea recta que parte del origen cuya pendiente es igual a w . La gráfica citada representa dos clases de costos de accidentes: el costo de la precaución y el costo del daño esperado. Por lo tanto, podemos sumar los costos de la precaución y del daño esperado para obtener así los costos sociales esperados de los accidentes, que denotamos por CS: $CS = wx + p(x)A$.⁷⁹

De modo tal que con la teoría señalada se propone elevar el nivel de precaución para disminuirla probabilidad de la existencia de un riesgo tal que dañe el bien de interés, y consecuentemente distribuir tanto la previsibilidad como la responsabilidad de existir daño.

⁷⁸ El análisis a fin de mantener simple la gráfica, supone que A es constante. El análisis no cambiaría suponiendo que A es una función decreciente de x , mientras que $p(x)A$ sea una función cóncava.

⁷⁹ COOTER, Robert, ULEN, Thomas. DERECHO Y ECONOMIA, FONDO DE CULTURA ECONÓMICA, Traducción de Eduardo L. Suárez, Segunda edición, México 2008. P. 464.

No obstante lo anterior, la teoría de los ilícitos culposos sirve al presente estudio únicamente para explicar que en efecto existen situaciones de riesgo que producen daños y que no nacen de un contrato, como puede ser el caso de las obras de arte al presentarse en una galería.

Objeto

83

El objeto del contrato de seguro se ve completamente ligado al riesgo – aunque éste no es el objeto del mismo-, pues dicho contrato se celebra con la intención de que el asegurado encuentre protección por parte de la aseguradora de existir un daño en contra del bien asegurado.

En este sentido, examinando el principio económico de la mutualidad se ve que su razón de ser es exclusivamente proporcionar un medio adecuado para hacer frente a los daños a que una persona física o a un patrimonio, pudieran causarse con la realización de una eventualidad dañosa que constituye una amenaza general, pero que sólo se convierte en realidad para un número muy reducido de todos los amenazados⁸⁰.

La forma jurídica que ese procedimiento de mutualidad adopta es lo que se llama contrato de seguro, pero es evidente que el riesgo, esa amenaza de daño a la persona o al patrimonio, existe independientemente del contrato de seguro y aún es muy frecuente que a pesar de la notoria y bien conocida presencia de esa amenaza que perdura indefinidamente, lo que constituye una verdadera situación riesgosa, nunca llega a contratar un seguro quien sufre la amenaza de daño⁸¹.

Cuando el riesgo extracontractual que puede calificarse de asegurable se convierte en materia de un contrato de seguro, conserva una posición prevalente al grado que diversas doctrinas jurídicas lo han considerado objeto del contrato, tesis que nunca puede ser compartida en México, dado que según nuestro Código Civil Federal, supletorio en materia mercantil señala que son objeto de los contratos: I. La cosa que el obligado debe dar, y II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer⁸².

De modo tal que el objeto material del contrato de seguro es el pago de la suma asegurada, es decir, que de no existir una obra de arte expuesta a un riesgo, la cual asegurar en caso de que

⁸⁰ RUIZ RUEDA, Luis. EL CONTRATO DE SEGURO, Segunda edición revisada y puesta al día por Humberto Ruiz Quiroz, Porrúa, México, 2010. P. 43

⁸¹ Idem

⁸² Ibidem

esta se viera dañada, no existiría una suma previamente valuada que pagar al asegurado para resarcir el daño.

Por su parte el objeto inmaterial del contrato es la creación de una obligación recíproca entre el asegurado y la compañía aseguradora. Es decir, que toda vez que el bien asegurado se encuentra en un constante riesgo la asegurada debe pagar un precio a efecto de que la aseguradora lo proteja y restituya la situación original del patrimonio asegurado en caso de existir un daño.

Así se debe observar que el daño que pueda producirse a una obra de arte durante su traslado o exposición como consecuencia de un mal manejo, o condiciones ambientales inconvenientes para la obra, no nace del incumplimiento de una obligación pactada en los contratos señalados en los capítulos anteriores, sino de la negligencia de alguna de las partes, o de un imprevisto hecho de la naturaleza; sin embargo, resulta de vital importancia la protección del valor económico de la obra pues es el objeto material sin el cual no puede existir el mercado del arte y en virtud de lo cual, se debe buscar una figura contractual que satisfaga las necesidades de las partes contratantes respecto de esta situación, como lo es el contrato de seguro.

En este sentido, la necesidad de los sistemas de libre empresa de respaldar sus bienes materiales, bienes de capital e inversiones, ha obligado a buscar formas adecuadas para no perder sus patrimonios. Los riesgos que se presenten en la vida diaria y en las acciones de cada empresario o individuo implican posibilidades de pérdidas totales o parciales de los distintos patrimonios, cuyo restablecimiento es posible con la indemnización que las aseguradoras pagan a cambio de una prima que es el precio de riesgo que se traslada de un sujeto a la aseguradora.⁸³

Una vez que se ha hecho evidente la necesidad de proteger las obras de arte a través de un seguro, resulta relevante hablar del funcionamiento en general de los seguros, atendiendo al riesgo y a la mutualidad.

⁸³ LEON TOVAR, Soyla, CONTRATOS MERCANTILES, OXFORD UNIVERSITY PRESS, Novena reimpresión de la primera edición, México, 2012. P. 593.

La amenaza de daño que no sabemos si se convertirá o no en realidad, ni a quienes lesionará, es lo que se llama riesgo y cuya definición más precisa es “eventualidad dañosa”⁸⁴, es decir un suceso dañoso futuro e incierto.

No pueden constituir riesgo hechos pasados o presentes que sean inciertos, es decir, que sólo se conozcan como posibles o probables. Si ya se realizaron o se están realizando y son dañosos, ya no constituyen un riesgo o sea una amenaza de daño o pérdida, sino que ya se produjo ese daño o pérdida. Si en cambio no se llegaron a realizar en el pasado o no se están realizando en el presente, aunque el sujeto que teme su realización sólo tenga un conocimiento incierto de la misma, ésta ya no ocurrió: el riesgo por su naturaleza misma es siempre futuro.

Por otro lado, hablando de números, de acuerdo con Kathryn Tully de la revista Forbes,⁸⁵ Dorit Straus, director mundial de arte en Chubb Seguros, señala que es difícil llegar a cifras confiables debido a las diferentes formas en que las compañías de seguros mantienen registros, pero se estima que el valor de la prima del arte asegurado a nivel mundial estaba en alguna parte entre quinientos millones y mil millones de dólares.

Tomando en cuenta éstas cifras y contraponiéndolas con las cifras del valor del mercado del arte en el mundo, mismas que se señalan en el capítulo primero del presente trabajo, podemos darnos cuenta de que el arte asegurado es mínimo, lo cual habla de una completa negligencia por parte de los coleccionistas al no proteger el valor del arte.

Asimismo, de acuerdo con lo anterior, debemos plantearnos el alto riesgo que corren no las piezas de arte en lo individual, sino el mercado del arte como un todo al operar sin un respaldo en seguros, pues si hipotéticamente se perdieran o destruyeran las piezas de arte, no habría valor económico que respaldara su desaparición, lo cual afectaría no sólo los patrimonios de quienes coleccionan arte, sino que reduciría el tamaño e importancia del mercado al no existir ya un objeto ni un valor con el cual comerciar.

Strauss señala que la baja tasa de seguros contratados también es un gran problema, pues muchas personas acumulan colecciones de arte, antigüedades, joyas u otros objetos coleccionables bastante grandes, pero son relativamente pocos los que tienen una buena

⁸⁴ RUIZ RUEDA, Luis. EL CONTRATO DE SEGURO. PORRUA, Segunda Edición actualizada por Humberto Ruiz Quiroz, México, 2010, P. 1.

⁸⁵ <http://www.forbes.com/sites/kathryntully/2012/10/31/should-your-art-be-insured/> Consultado el 5 de noviembre de 2012.

comprensión de lo que esas colecciones realmente valen. En este sentido –señala Strauss- la gente que crea colecciones a partir del amor, a menudo no los consideran con el mismo rigor financiero que se aplica a otros activos, y a menudo sólo aseguran los artículos para el precio que pagó por ellos, sin considerar el valor que pueden llegar a adquirir por virtud del mercado.

En cambio, las personas deben ser elementos para asegurar su valor de reposición al por menor, lo que significa llegar a un tasador para valorar obras de arte u otros objetos coleccionables sobre esa base cada pocos años. De esta forma, se puede proporcionar informes de evaluación a las aseguradoras para asegurarse de tener la cobertura de seguro adecuada, sino también para asegurarse de tener la evidencia para apoyar las demandas futuras.

Partes

Las partes en el contrato de seguro serán invariablemente la aseguradora y el asegurado. La aseguradora es la persona que asume sobre sí las consecuencias de la eventualidad prevista en el contrato, quien acepta sobre sí el riesgo ajeno. De acuerdo con la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, no puede ser aseguradora un empresario individual, sino que tienen tal carácter sólo las sociedades anónimas constituidas y autorizadas para actuar como instituciones de seguros, así como las sociedades mutualistas de seguros (sólo operan con sus propios socios). De la naturaleza de dichas aseguradoras resulta la mercantilidad del contrato, porque son contratos hechos por empresarios⁸⁶.

En cuanto al contratante del seguro, este puede ser una persona física o jurídica que solicita la protección a través de la reparación o en su caso de la restitución del valor un bien – en este caso de una obra de arte- y por lo cual pagará una prestación en dinero a la compañía aseguradora denominada prima.

En nuestro caso es normal que el cargo del seguro corra por cuenta del galerista y en este sentido, el galerista se convierte en el asegurado. Sin embargo, no se debe dejar pasar que el titular del bien asegurado no es el galerista sino el artista, por ello, el artista es el beneficiario de la suma asegurada.

⁸⁶ LEON TOVAR, Soyla, CONTRATOS MERCANTILES, OXFORD UNIVERSITY PRESS, Novena reimpresión de la primera edición, México, 2012. P. . 598

Por beneficiario se debe entender el titular del derecho al pago de la suma asegurada por razón de su interés económico en el bien, tratándose de seguros de daños, o por habersele designado así en el contrato mediante una cláusula beneficiaria, o por su carácter de heredero. El beneficiario, al igual que el contratante, tiene la obligación de avisar dentro del plazo máximo de cinco días siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de la realización de la eventualidad prevista en el contrato. Asimismo deberá exigir a la aseguradora la indemnización prevista en el contrato⁸⁷.

No obstante lo anterior, si bien el titular de la obra es el artista y por ello podría pensarse que le corresponde la totalidad de la indemnización, para efectos del mercado del arte, debe considerarse que dependiendo del momento en el que suceda el percance el galerista puede haber tenido también una pérdida económica, pues ha hecho una fuerte inversión en la promoción de la venta de la obra.

En este sentido, resulta prudente establecer en el contrato de consignación los parámetros dentro de los cuales se deberá pagar también al galerista una porción de la indemnización, dependiendo naturalmente del grado de inversión al momento del percance.

Cláusulas comunes

Atendiendo a lo anterior, y para los efectos del estudio del presente capítulo, a continuación se transcriben los términos generales de un contrato de seguro de arte utilizado por AXA SEGUROS, S.A. DE C.V.

Se podrá observar que si bien no se trata de un contrato de adhesión en el que el asegurador fija y determina las condiciones generales del contrato, previamente aprobados por el organismo gubernamental al que se encomienda el control, supervisión y vigilancia de las actividades de las aseguradoras y la otra parte sencillamente se limita a aceptarlas, las siguientes cláusulas atienden a las generalidades del Mercado del Arte, lo que no quiere decir que éstas cláusulas no puedan ser modificadas hasta cierto punto de acuerdo con las necesidades de las partes contratantes.

Asimismo, se observa que se trata de un contrato bilateral o sinalagmático perfecto en donde se crean obligaciones recíprocas a cargo de las partes. Por otro lado, para este contrato en particular se hace evidente que la parte asegurada es el galerista y no el artista, puesto que

⁸⁷ Idem. P.603

como se ha mencionado anteriormente, es común que la carga del seguro corra por cuenta del galerista.

Con sujeción a las condiciones generales y a las especiales, teniendo prelación estas últimas sobre las primeras, LA ASEGURADORA., denominada en lo sucesivo la Compañía, asegura a favor de la persona citada en la carátula y/o especificación de la póliza, denominada en lo sucesivo el Asegurado, los daños y pérdidas ocasionados por los riesgos cubiertos donde tengan interés asegurable conforme a los términos establecidos en esta póliza.

Cláusula 1a.- Bienes Asegurables.

Son asegurables de acuerdo con la presente póliza, todos aquellos bienes propiedad del Asegurado o bajo su responsabilidad, según se indique en la especificación de la póliza, considerados como Obras de Arte, tales como pinturas, grabados, dibujos, esculturas, porcelanas, antigüedades, objetos históricos, hasta los límites de responsabilidad citados, mientras se encuentren en la (s) ubicación (es) descrita (s) en la especificación de la póliza, con excepción de los bienes excluidos en la Cláusula 4a.

Cláusula 2a.- Objeto del Seguro.

El presente seguro cubre los bienes del Asegurado o bienes de terceros que estén bajo su responsabilidad, según se indica en la especificación de la póliza, contra Todo Riesgo de daños materiales o pérdidas a consecuencia de cualquier causa externa de carácter accidental, súbita e imprevista, con excepción de daños materiales y/o pérdidas por los riesgos específicamente excluidos en la Cláusula 5a. Salvo pacto en contrario, queda entendido que, los riesgos cubiertos serán de acuerdo a la cobertura denominada "De Pared a Pared". Esta cobertura inicia desde el momento en que se desmonta dicha obra de su repositorio o punto de exhibición, durante su tránsito, y hasta que quede nuevamente en dicho repositorio o punto de exhibición o en algún otro punto designado por el propietario o su representante. La cobertura extiende protección a los bienes mientras se encuentren en tránsito, en almacenaje previo o posterior a su exposición y en exposición o no, dentro de la

⁸⁸ Seguro Para Obras de Arte, Condiciones Generales. AXA SEGUROS, S.A. de C.V. , 2006. Autorización de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas: Exp.: 732.5 (S-3)/1 Oficio 06-367-II-I. 1/21842; Aut. C.N.S.F CGEN-S0048-0137-2005.

República Mexicana y/o resto del mundo según se haya convenido y se indique en la especificación de la póliza. Estadía: Como protección adicional, y sujeta a todas sus otras condiciones, esta póliza se extiende a cubrir los daños o pérdidas que sufran los bienes asegurados en cualquier parte de la República Mexicana y/o resto del mundo según se haya la póliza, en su estadía sin límite, dentro de lo que se establece enseguida:

– Variaciones: Este seguro permanecerá en vigor durante alguna demora fuera del control del Asegurado, desviación o cambio de ruta, descarga forzosa, reembarque o transbordo y durante cualquier variación del viaje que provengan del ejercicio de una facultad concedida a los armadores o fletadores por el contrato de fletamento, carta de porte, guía aérea o conocimiento de embarque, así como en caso de omisión involuntaria o error en dichos documentos, en la descripción del vehículo o del viaje y, en su caso, el Asegurado deberá pagar la prima adicional que corresponda.

– Interrupción en el Transporte: Si durante el transporte de los bienes, dentro de los puntos de origen y destino indicados, sobrevinieran circunstancias anormales ajenas al Asegurado o a quien sus intereses represente, no exceptuadas en la póliza, que provocaran cualquier variación del mismo y fuere necesario que los bienes quedaren estacionados en bodegas, almacenes, recintos fiscales, muelles, embarcaderos o malecones, la cobertura del presente contrato continuará en vigor:

a) Hasta un período máximo de 15 (quince) días naturales contados a partir de las 00:00 horas del día posterior al que arribaron los bienes, si el domicilio del consignatario se encuentra en la misma ciudad fronteriza, puerto marítimo o aéreo del lugar de destino final.

b) Hasta un período máximo de 30 (treinta) días naturales contados de igual forma al inciso a), si el destino final de los bienes asegurados se localizan en otro lugar diferente de los anteriormente indicados.

c) Por período mayor a los indicados, previo aviso y sujeto a la aceptación de la Compañía y con la obligación del pago de prima correspondiente, siempre y cuando exceda el periodo de vigencia, si por circunstancias comprobables fuere necesario una estadía mayor de los bienes en los lugares antes definidos.

Si la interrupción en el transporte se debe en todo o en parte a causas imputables al Asegurado o de quien sus intereses represente o a exclusiones de esta póliza, la cobertura que brinda este seguro cesará desde la fecha de tal interrupción.

Es obligación del Asegurado dar aviso a la Compañía tan pronto tenga conocimiento de haberse presentado alguna de las circunstancias o sucesos previstos en los párrafos anteriores, ya que el derecho a tal protección depende del cumplimiento por el Asegurado de esta obligación de aviso.

– *Medios de conducción:* Los bienes asegurados quedan cubiertos siempre y cuando se encuentren a bordo del transporte indicado en la especificación de la póliza.

– *Viaje:* Esta póliza ampara los bienes en tránsito dentro de los límites de la República Mexicana y/o resto del mundo según se haya convenido y se indique en la especificación de la póliza.

Cláusula 3a.- Préstamos Temporales y/o Nuevas Adquisiciones.

Esta cláusula cubre los bienes de la misma naturaleza descrita como “Bienes Asegurados”, en la Cláusula 1a., siendo propiedad de otras personas y sobre los cuales el Asegurado tenga la obligación de Asegurar, así como las nuevas adquisiciones del Asegurado, “De Pared a Pared”.

La adquisición de artículos adicionales, durante la vigencia de este seguro, podrá cubrirse hasta el 10% de la suma asegurada especificada en la póliza, notificando a la Compañía dentro de los 15 días naturales subsecuentes a la adquisición de dichos bienes y pagando la prima adicional correspondiente.

El Asegurado deberá notificar y proporcionar a la Compañía, la relación y avalúo de dichos bienes, para efecto del pago de la prima que corresponda por este concepto.

Cláusula 4a.- Bienes Excluidos.

Esta póliza no cubre la pérdida o daño causado a:

- a) Bienes con daños preexistentes, que sean o no del conocimiento del Asegurado.*
- b) Bienes falsificados o duplicados por cualquier método o técnica.*
- c) Bienes fuera de las ubicaciones especificadas en la póliza.*
- d) Bienes que estén sometidos a procesos, tales como pero no limitados a examen del estado de conservación, prueba, reparación, restauración, renovación o servicio.*
- e) Bienes sin avalúo.*
- f) Copias y Copias fieles*

- g) *Dinero en efectivo, valores, billetes y monedas de banco o cualquier otro documento negociable.*
- h) *Que carezcan de certificados de autenticidad, factura o documento alguno que indique el origen de posesión de la obra.*
- i) *Registros de información de cualquier tipo y descripción, tales como estadísticas, registros contables, inventarios y cualquier otro sistema empleado por el Asegurado, ya sea en papel, cintas o discos magnéticos.*

91

Cláusula 5a.- Riesgos Excluidos.

La Compañía no será responsable cualquiera que sea la causa, por pérdidas o daños causados directa o indirectamente por:

- a) *Actividades u operaciones de guerra declarada o no, hostilidades, invasión de enemigo extranjero, guerra intestina, revolución, rebelión, insurrección, suspensión de garantías, motines, conspiraciones, golpe de estado, disturbios políticos o acontecimientos que originen esas situaciones de hecho o de derecho, actos ejecutados por persona(s) con el fin de derrocar el gobierno o uso de explosivos.*
- b) *Actos intencionados o culpa grave del Asegurado o sus administradores o personas responsables de los bienes, fraude y abuso de confianza.*
- c) *Captura, apresamiento, arraigo, secuestro, destrucción, embargo, incautación, confiscación, requisición, expropiación, nacionalización o detención de los bienes y sus consecuencias o cualquier tentativa de tales actos en tiempo de paz o de guerra sean legales o no.*
- d) *Envíos sobre cubierta en embarques marítimos.*
- e) *Daños derivados de la naturaleza misma de los bienes, palomilla, insectos, roedores, plagas y depredadores, así como los producidos por plantas y hierbas.*
- f) *Daños o pérdidas a bienes que no estén destinados a permanecer a la intemperie, así como a aquellos que se encuentren en construcciones que carezcan total o parcialmente de muros, techos, puertas o ventanas.*

- g) Daños por contaminación.*
- h) Daños por mal manejo de los bienes.*
- i) Daños por exposición a los efectos de la luz, calor o humedad.*
- j) Daños y responsabilidad por reducción de ingresos y/o cualquier pérdida consecuencial.*
- k) Responsabilidad Civil por daños a terceros en sus personas o bienes.*
- l) Desprendimiento de relieves en pinturas.*
- m) Decoloración, desgaste normal, deterioro gradual, vicio inherente, pérdida o daño sufrido a consecuencia de cualquier proceso de reparación, restauración, retoque ó cualquier proceso similar.*
- n) Defectos estéticos y defectos existentes en los bienes asegurados al iniciar la vigencia del seguro.*
- o) Deterioro de los bienes por cambios de temperatura o humedad o por fallas u operación defectuosa del sistema de enfriamiento, aire acondicionado o calefacción.*
- p) Encogimiento, evaporación, pérdida de peso, cambio de color, textura o acabado.*
- q) Envíos por correo*
- r) Erosión, corrosión, incrustaciones ó agrietamiento.*
- s) Robo sin violencia, desaparición, extravío, saqueo aunque este sea originado por algún riesgo cubierto por la póliza, así como el que se realice después de la ocurrencia de algún fenómeno meteorológico o sísmico.*
- t) Daños materiales o pérdidas por inundación, a bienes que se encuentren en sótanos.*

- u) *La violación del Asegurado o de sus representantes a la legislación vigente en materia de bienes artísticos u objetos culturales, incluyendo los tratados internacionales ratificados por el Gobierno Mexicano.*
 - v) *Pérdida de Mercado.*
 - w) *Pérdida ocasionada por la demora en el transporte o entrega.*
 - x) *Reclamaciones por concepto de depreciación de cualquier tipo o clase que fuere.*
 - y) *Robo en el que intervenga directa o indirectamente un enviado, empleado o dependiente del Asegurado.*
 - z) *Rotura de cristales de los marcos.*
- aa) *Terrorismo. Por Terrorismo se entenderá, para efectos de esta póliza: Los actos de una persona o personas que por sí mismas, o en representación de alguien o en conexión con cualquier organización o gobierno, realicen actividades por la fuerza, violencia o por la utilización de cualquier otro medio con fines políticos, religiosos, ideológicos, étnicos o de cualquier otra naturaleza, destinados a derrocar, influenciar o presionar al gobierno de hecho o de derecho para que tome una determinación, o alterar y/o influenciar y/o producir alarma, temor, terror o zozobra en la población, en un grupo o sección de ella o de algún sector de la economía.*
- Con base en lo anterior, quedan excluidas las pérdidas o daños materiales por dichos actos directos e indirectos que, con un origen mediato o inmediato, sean el resultante del empleo de explosivos, sustancias tóxicas, armas de fuego, o por cualquier otro medio, en contra de las personas, de las cosas o de los servicios públicos y que, ante la amenaza o posibilidad de repetirse, produzcan alarma, temor, terror o zozobra en la población o en un grupo o sector de ella. También excluye las pérdidas, daños, costos o gastos de cualquier naturaleza, directa o indirectamente causados por, o resultantes de, o en conexión con cualquier acción tomada para el control, prevención o supresión de cualquier acto de Terrorismo.*
- bb) *Uso de la energía atómica o fuerza radioactiva, cualquiera que sea su procedencia; reacción, radiación nuclear o contaminación radioactiva, ya sea controlada o no, sin importar que los*

daños materiales que ocasionen sean próximos o remotos ni que los sufran, directa o indirectamente, los bienes asegurados.

cc) Pérdida de valor de la obra de arte, como consecuencia de contar con documentos de autenticidad falsos.

94

dd) Vibración o choque sónico causados por aviones u otros mecanismos.

ee) Por destrucción de los bienes por actos de autoridad legalmente reconocida, con motivo de sus funciones.

Como se observa de la cláusula anterior, el presente contrato de seguro nace de un perfecto entendimiento del Mercado del Arte en México, en donde la aseguradora restringe su responsabilidad en cuanto al riesgo excluyendo como factores de riesgo todos aquellos refutables a la negligencia del asegurado o a factores externos a las partes involucradas y al mercado.

Asimismo, no asume responsabilidad sobre situaciones que son naturales al paso del tiempo como lo es la erosión, corrosión, encogimiento, evaporación, pérdida de peso, cambio de color, textura o acabado, pues estos daños a la obra aparecen con el paso del tiempo y son inevitables en virtud de los materiales con los que fue realizada la obra.

Por otro lado, esta serie de exclusiones obligan tácitamente al asegurado a procurar cierto trato y cuidado con la obra. Por ejemplo, el asegurado no podrá simplemente enviar la obra por correo, pues el seguro no asumirá el riesgo, sino que deberá enviar la obra a su destino por medio de un embalaje experimentado en el transporte de obras de arte.

Cláusula 6a.- Gastos Excluidos.

a) Cualquier gasto que no haya sido expresamente convenido con la Compañía. y, salvo caso de siniestro cubierto en la presente póliza.

b) Gastos por embalaje y/o desembalaje.

c) Gastos por transportación y/o almacenaje de los bienes dañados o reparados.

Cláusula 7a.- Exclusión de Bodegueros y Transportistas.

Este seguro bajo ninguna circunstancia otorga cobertura, directa o indirectamente a favor de cualquier transportista, bodeguero o alguna persona para quien la propiedad asegurada es confiada por alguna razón, incluyendo su transporte y/o almacenamiento.

Vale la pena hacer hincapié en la modificación de esta cláusula a favor tanto del artista como del galerista, pues de darse un daño a la obra, es probable que éste suceda en el momento del transporte, pues independientemente del buen o mal manejo que del transportista a la obra, existe siempre la posibilidad de un percance ajeno a cualquiera de los involucrados, es decir, un accidente vial o aéreo, motivo por el cual deberá contemplarse que el seguro cubra la protección de cualquier daño que pueda sufrir la obra durante el transporte.

Cláusula 8a.- Principio y Terminación de Vigencia.

La vigencia de este Seguro principia y termina en las fechas indicadas en la carátula de la póliza, a las 12:00 horas del lugar en que se encuentren los bienes asegurados, excepto en el caso de bienes que se encuentren siendo transportados en los medios de conducción indicados en la póliza, en cuyo caso la cobertura terminara hasta que dichos bienes lleguen a su destino.

Cláusula 9a.- Prima.

La prima a cargo del Asegurado vence en el momento de la celebración del contrato.

Si el Asegurado opta por el pago fraccionado de la prima, las exhibiciones deberán ser por períodos de igual duración, no inferiores a un mes, con vencimiento al inicio de cada período pactado y se aplicará la tasa de financiamiento pactada entre el Asegurado y la Compañía en la fecha de celebración del Contrato.

El Asegurado gozará de un periodo de espera de 30 días naturales para liquidar el total de la prima o de cada una de sus fracciones convenidas.

Los efectos de este contrato cesarán automáticamente a las 12:00 horas (medio día) del último día del período de espera, si el Asegurado no hubiere cubierto el total de la prima o de su fracción pactada.

La prima convenida deberá ser pagada en las oficinas de la Compañía, contra entrega del recibo correspondiente.

En caso de siniestro, la Compañía deducirá de la indemnización debida al beneficiario, el total de la prima pendiente de pago o las fracciones de ésta no liquidadas, hasta completar la totalidad de la prima correspondiente al periodo del seguro contratado.

Cláusula 10a.- Suma Asegurada.

La suma asegurada ha sido determinada por el Asegurado con base a facturas y/o avalúos de cada uno de los bienes amparados, de los cuales al momento de la contratación proporcionará a la Compañía copia de ellos y conservará el original; dicha suma asegurada no es prueba ni de la existencia ni del valor de los bienes asegurados, únicamente representa la base para limitar la responsabilidad máxima de la Compañía.

Por lo que respecta al avalúo de la obra, con él se pretende determinar el valor comercial de una obra a través del estudio por parte de un experto respecto de las características de ésta, en virtud de que posterior a la obtención del valor resulta el precio de la obra.

Vale la pena señalar que dadas las características del mercado del arte, el valor de una obra de arte varía dependiendo del espacio de venta, es decir, que el valor de una misma obra podrá ser distinto si se pretende vender directamente, o si se busca subastarla, o como en el caso del presente estudio, si la venta se realizará por medio de una galería.

En este sentido, tal y como se menciona posteriormente en el presente contrato, la valuación corresponderá al asegurado, de modo que si bien es una opinión valorativa de un experto, resulta para efectos del seguro en una declaración por parte del asegurado para determinar el valor del mismo y en este sentido establecer la suma asegurada.

Cláusula 6a.- Gastos Excluidos

El Asegurado deberá contratar y mantener durante la vigencia de la póliza, como suma asegurada la que corresponda al valor de reposición de cada uno de los bienes.

La responsabilidad máxima de la Compañía sobre el o los bienes asegurados, no excederá de la Suma Asegurada establecida en la carátula y/o especificación de la póliza para cada uno de ellos.

Queda entendido y convenido que la suma asegurada, quedará reducida automáticamente en la suma o sumas que se hayan pagado por siniestro, excepto cuando por convenio entre el Asegurado y la Compañía, la suma haya sido reinstalada con el pago de la prima adicional correspondiente.

Si la presente póliza comprende varios incisos, esta cláusula será aplicable a cada uno de ellos por separado.

Cláusula 11a.- Valuación.

Queda entendido y convenido que para la valoración de los bienes amparados por esta póliza, se ha tomado como base la relación anexa a la misma, la cual es copia del avalúo practicado previamente sobre cada objeto por el perito especialista en obras de arte, registrado ante las autoridades y contratado por el Asegurado.

Cláusula 12a.- Pares y Juegos.

En caso de pérdida o daño a algún bien asegurado, el cual tenga un valor especial en virtud de pertenecer a algún par o juego, ninguna indemnización será mayor al valor asegurado del par o juego, indemnizándose de manera proporcional sobre el valor total del par o juego, por lo cual queda establecido y convenido en la presente póliza con el Asegurado, que en caso de que se le indemnice por el total del par o juego entregará a la Compañía el o los artículo (s) restante (s) de dicho par o juego.

Cláusula 13a.- Participación del Asegurado en Caso de Siniestro.

Deducible: En cada siniestro que amerite indemnización, siempre quedará a cargo del Asegurado una cantidad o porcentaje deducible, según se indica en la carátula y/o especificación de la póliza.

Coaseguro: Cantidad o porcentaje a cargo del Asegurado en toda pérdida o daño indemnizable, según se indica en la carátula y/o especificación de la póliza.

Cláusula 14a.- Proporción Indemnizable.

Si en el momento de ocurrir un siniestro, la suma asegurada establecida conforme a la cláusula 10a. de estas Condiciones Generales, fuere inferior al valor de los bienes, la Compañía efectuará la indemnización correspondiente en la misma proporción que exista entre la suma asegurada y el valor de dichos bienes.

Cláusula 15a.- Obligaciones del Asegurado

- a) *Asegurarse de que todas las llaves y duplicados capaces de operar las alarmas y todas las llaves y duplicados de las puertas no permanezcan en el local cuando éste se encuentre cerrado.*
- b) *Cerciorarse del buen funcionamiento de los sistemas de alarma; debiendo dar aviso a la Compañía, lo antes posible, si por alguna razón el sistema de alarma no funciona correctamente.*
- c) *Contar con las medidas de seguridad y/o protecciones físicas, para garantizar la seguridad de los bienes.*
- d) *Cumplir con las disposiciones legales aplicables en el lugar en donde se encuentren los bienes (permisos, autorizaciones y/o restricciones).*
- e) *Tener una instalación de aire acondicionado para controlar el ambiente a los bienes que así lo requieran.*
- f) *Mantener siempre, como mínimo, las medidas de seguridad declaradas a la Compañía, a la contratación del seguro.*
- g) *En toda ocasión que el Asegurado transporte o mueva de un lugar a otro los bienes, deberá embalarlos para su protección de acuerdo a las características de cada bien.*
- h) *En el caso de bienes que se presten, los lugares en los que van a estar éstos, deberán cumplir con lo antes mencionado.*

Si el Asegurado no cumple con las obligaciones aquí consignadas y esto influye en la realización de un siniestro, cesarán de pleno derecho las obligaciones de la Compañía, en relación al bien o bienes afectados.

Cláusula 16a.- Inspecciones

- a) *La Compañía tiene el derecho de inspeccionar, durante la vigencia del seguro, los bienes protegidos por el mismo, sin embargo este derecho no constituye una obligación para la*

Compañía para inspeccionarlos en fechas determinadas ni a solicitud del Asegurado o de sus representantes.

- b) *El Asegurado está obligado a proporcionar al representante de la Compañía todos los detalles e información necesaria para la apreciación del riesgo.*

99

Cláusula 17a.- Procedimiento en Caso de Siniestro.

- a) *Medidas de Salvaguarda o Recuperación.- Al ocurrir un siniestro producido por alguno de los riesgos amparados por esta póliza, el Asegurado tendrá la obligación de ejecutar todos los actos que tiendan a evitar o disminuir el daño. Si no hay peligro en la demora, pedirá instrucciones a la Compañía y se atenderá a las que ella le indique.*

El incumplimiento de esta obligación disminuirá la indemnización hasta el monto que hubiere representado la pérdida, si el Asegurado no hubiere cumplido con lo señalado en el párrafo anterior.

- b) *Aviso del Siniestro.- Al ocurrir un siniestro que pudiera dar lugar a indemnización conforme a este seguro, el Asegurado tendrá la obligación de notificarlo de inmediato a la Compañía, por el medio de comunicación más rápido disponible y confirmarlo por escrito, dentro de los 5 días hábiles siguientes. También informará a las Autoridades las pérdidas o daños sufridos por incendio o robo. La falta oportuna de este aviso podrá dar lugar a que la indemnización sea reducida a la cantidad que originalmente hubiere importado el siniestro si la Compañía hubiere tenido aviso sobre el mismo. También conservará todas las partes dañadas y defectuosas y las tendrá a disposición para que puedan ser examinadas por la Compañía.*

- c) *Documentos, datos e informes que el Asegurado debe rendir a la Compañía.- El Asegurado comprobará la exactitud de su reclamación y de cuantos extremos estén consignados en la misma. La Compañía tendrá el derecho de exigir del Asegurado toda clase de informaciones sobre los hechos relacionados con el siniestro y con los cuales puedan determinarse las circunstancias de su realización y las consecuencias del mismo, y el Asegurado entregará a la Compañía dentro de los 15 días siguientes al siniestro o en cualquier otro plazo que ésta le hubiere especialmente concedido por escrito, los documentos y datos siguientes:*

- 1) *Una relación de daños causados por el siniestro, indicando del modo más detallado y exacto que sea posible, cuáles fueron los bienes destruidos, averiados o perdidos, así como el valor de dichos bienes respaldado por factura o avalúo original.*
- 2) *Una relación detallada de todos los seguros que existan sobre los bienes.*
- 3) *Todos los catálogos, recibos, facturas y actas que sirvan para apoyar su reclamación.*
- 4) *Todos los datos relacionados con las circunstancias en las que se produjo el siniestro y copias certificadas de las actuaciones practicadas por el Ministerio Público o por cualquier otra Autoridad que hubiere intervenido en la investigación del siniestro o de hechos relacionados con el mismo.*

Cláusula 18a.- Pérdida Parcial.

Se considerará pérdida parcial aquella en la que al evaluarse los gastos de reparación, materiales y mano de obra, no sobrepasen el 70% del valor asegurado para el bien afectado.

En los casos de daño o pérdida parcial de los objetos asegurados por esta póliza, que amerite indemnización, el monto de la pérdida deberá contener el costo y los gastos por restauración, más cualquier depreciación resultante en el valor de la obra, sin que el monto de dicho daño o pérdida sea superior al valor en que se haya asegurado dicha obra; por lo cual, la responsabilidad de la Compañía no excederá dicha suma asegurada.

a) Restauración, Materiales y Mano de Obra.

El costo de restauración, incluyendo el costo de flete ordinario (al y del taller de restauración), impuestos y gastos aduanales, si los hubiere, serán pagados por la Compañía, sin exceder la suma asegurada del bien, conviniéndose en que la Compañía no responderá de los daños ocasionados por el transporte del bien objeto de la restauración durante su traslado a y desde el taller en donde se lleve a cabo la restauración, dondequiera que éste se encuentre.

Cuando tal restauración o parte de ella se haga en el taller del Asegurado, los gastos serán, el importe de materiales y de mano de obra originados por la restauración, más un porcentaje fijado de común acuerdo entre las partes para cubrir los gastos generales fijos de dicho taller. A falta de acuerdo previo, la Compañía pagará por este concepto como máximo el 10% del costo de la restauración.

Los gastos de cualquier restauración provisional serán a cargo del Asegurado, a menos que estos constituyan parte de los gastos de la restauración definitiva o hayan sido autorizados por escrito por la Compañía.

El costo de reacondicionamiento, modificaciones o mejoras efectuadas que no sean necesarias para la restauración del daño serán a cargo del Asegurado.

101

Cláusula 19a.- Pérdida Total.

Se considerará pérdida total cuando:

- El costo de restauración de un bien asegurado sea mayor al 70% del valor asegurado, ó*
- En los casos de pérdida o destrucción total de los bienes asegurados.*

Después de una indemnización por pérdida total, el seguro sobre el bien dañado se dará por terminado.

Ya sea por pérdida parcial o total, la indemnización que la Compañía pagará al Asegurado no excederá la suma asegurada para cada uno de los bienes.

Cláusula 20a.- Indemnización.

- 1. La Compañía podrá reparar o reponer los bienes dañados o destruidos o pagar en efectivo, según elija.*
- 2. La Compañía, a solicitud del Asegurado, puede reinstalar las cantidades indemnizadas, pagando éste la prima correspondiente.*
- 3. La responsabilidad de la Compañía cesará de inmediato, si cualquier restauración de los bienes hecha por el Asegurado no se hace a satisfacción de la Compañía.*
- 4. Si la Compañía lleva a cabo la restauración, ésta deberá quedar a satisfacción del Asegurado.*
- 5. Tanto en pérdidas parciales como en totales, el cálculo de la indemnización se hará tomando en cuenta lo estipulado en la Cláusula 14a. Proporción Indemnizable.*
- 6. Toda pérdida o daño cuyo importe sea igual o inferior al monto del deducible estipulado, quedará a cargo del Asegurado. Si la póliza comprende varios incisos, la reducción o reinstalación se aplicará al inciso o incisos afectados.*

Cláusula 21a.- Otros Seguros.

El Asegurado tiene la obligación de dar aviso por escrito a la Compañía, sobre todo seguro que haya contratado o contrate durante la vigencia de este seguro, cubriendo los mismos bienes y riesgos, indicando por escrito además, el nombre de las Compañías Aseguradoras y las sumas aseguradas para que la Compañía realice la anotación correspondiente.

Los contratos de seguro de que trata esta cláusula, celebrados de buena fe, en la misma o en diferentes fechas, por una suma total superior al valor del interés asegurado, serán válidos y obligarán a cada una de las empresas aseguradoras hasta el valor íntegro del daño sufrido, dentro de los límites de la suma que hubieren asegurado.

La Compañía que pague en el caso del párrafo anterior, podrá repetir contra todas las demás en proporción de las sumas respectivamente aseguradas.

Si el Asegurado omite intencionalmente el aviso de que trata esta cláusula, o si contrata los diversos seguros adicionales para obtener un provecho ilícito, la Compañía quedará liberada de sus obligaciones.

Cláusula 22a.- Subrogación de Derechos.

En los términos de la Ley, una vez pagada la indemnización correspondiente, la Compañía se subrogará hasta por la cantidad pagada en los derechos del Asegurado, así como en sus correspondientes acciones contra los autores o responsables del siniestro. Si la Compañía lo solicita, a costa de ésta, el Asegurado hará constar la subrogación en escritura pública. Si por hechos u omisiones del Asegurado se impide la subrogación, la Compañía quedará liberada de sus obligaciones.

Si el daño fuere indemnizado sólo en parte, el Asegurado y la Compañía concurrirán a hacer valer sus derechos en la proporción correspondiente.

Cláusula 23a.- Terminación Anticipada del Contrato.

No obstante el término de vigencia del contrato, las partes convienen en que éste podrá darse por terminado anticipadamente mediante notificación por escrito. Cuando el Asegurado lo de por terminado, la Compañía tendrá derecho a la parte de la prima que corresponda al tiempo durante el cual el Seguro hubiere estado en vigor, de acuerdo con la siguiente tarifa para seguro a corto plazo registrada ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas:

Tabla de Seguros a Corto Plazo.

Periodo % de la Prima Anual.

Hasta 10 Días 10 %

Hasta 1 Mes 20 %

Hasta 1 1/2 Meses 25 %

Hasta 2 Meses 30 %

Hasta 3 Meses 40 %

Hasta 4 Meses 50 %

Hasta 5 Meses 60 %

Hasta 6 Meses 70 %

Hasta 7 Meses 75 %

Hasta 8 Meses 80 %

Hasta 9 Meses 85 %

Hasta 10 Meses 90 %

Hasta 11 Meses 95 %

Cuando la Compañía lo de por terminado, lo hará mediante notificación por escrito al Asegurado, surtiendo efecto la terminación del seguro después de 15 días de la fecha de notificación, y la Compañía devolverá al Asegurado la parte de la prima en forma proporcional al tiempo de vigencia no corrido, a más tardar al hacer dicha notificación, sin cuyo requisito se tendrá por no hecha.

Cláusula 24a.- Peritaje.

Al existir desacuerdo entre el Asegurado y la Compañía acerca del monto de cualquier pérdida o daño, la cuestión será sometida al dictamen de un perito nombrado de común acuerdo, por escrito, por ambas partes, pero si no se pusieren de acuerdo en el nombramiento de un solo perito, se designarán dos, uno por cada parte, lo cual se hará en el plazo de diez días a partir de la fecha en que una de ellas hubiere sido requerida por la otra, por escrito, para que lo hiciera.

Antes de empezar sus labores, los dos peritos nombrarán un tercero para el caso de discordia.

Si una de las partes se negase a nombrar su perito o simplemente no lo hiciera cuando sea requerida por la otra parte, o si los peritos no se pusieran de acuerdo en el nombramiento del tercero, será la Autoridad judicial la que, a petición de cualquiera de las partes, hará el nombramiento del perito, del perito tercero o de ambos, si así fuere necesario.

Sin embargo, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas podrá nombrar el perito o perito tercero en su caso, si de común acuerdo las partes así lo solicitaren.

El fallecimiento de una de las partes cuando fuere persona física o su disolución si fuere una sociedad, ocurridos mientras se esté realizando el peritaje, no anulará ni afectará los poderes o atribuciones del perito o de los peritos o del perito tercero, según el caso, o si alguno de los peritos de las partes o el perito tercero falleciere antes del dictamen, será designado otro por quien corresponda (las partes, los peritos, la Autoridad judicial o la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas) para que lo substituya.

Los gastos y honorarios que se originen con motivo del peritaje, serán a cargo de la Compañía y del Asegurado por partes iguales, pero cada parte cubrirá los honorarios de su propio perito.

El peritaje a que esta cláusula se refiere no significa aceptación de la reclamación por parte de la Compañía sino simplemente determinará la pérdida que eventualmente estuviere obligada la Compañía a resarcir, quedando las partes en libertad de ejercer las acciones y oponer las excepciones correspondientes.

Cláusula 25a.- Comunicaciones.

Cualquier declaración o comunicación relacionada con el presente contrato, deberá enviarse a la Compañía por escrito, precisamente a su domicilio, indicado en la Póliza.

Cláusula 26a.- Interés Moratorio.

En caso de que la Compañía, no obstante haber recibido todos los documentos e información que le permitan conocer el fundamento de la reclamación que le haya sido presentada, no cumpla con la obligación de pagar la indemnización, capital o renta en los términos del Art. 71 de la Ley sobre el Contrato de Seguro, en vez del interés legal aplicable, se obliga a pagar al Asegurado, beneficiario o tercero dañado un interés moratorio calculado conforme a lo dispuesto en el Artículo 135 Bis de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, durante el lapso de mora. Dicho interés moratorio se computará a partir del día siguiente a aquel en que venza el plazo de treinta días señalado en la Ley sobre el Contrato de Seguro.

Cláusula 27a.- Lugar y Pago de Indemnización.

La Compañía hará el pago de cualquier indemnización en sus oficinas, dentro del término de 30 días contados a partir de la fecha en que haya recibido la documentación e información que le permitan conocer el fundamento de la reclamación que le haya sido presentada, en los términos de la cláusula 17a. "Procedimiento en Caso de Siniestro".

Cláusula 28a.- Prescripción.

Todas las acciones que se deriven de este contrato de seguro, prescribirán en dos años, contados en los términos del Artículo 81 de la Ley sobre el Contrato de Seguro, desde la fecha del acontecimiento que les dio origen, salvo los casos de excepción consignados en el Artículo 82 de la misma Ley.

La prescripción se interrumpirá no sólo por las causas ordinarias, sino también por el nombramiento de perito o por la iniciación del procedimiento señalado por el Artículo 135 de la Ley General de Instituciones y Sociedades

Mutualistas de Seguros

Cláusula 29a.- Moneda.

Tanto el pago de la prima, como las indemnizaciones a que haya lugar por esta póliza, son liquidables en los términos de la Ley Monetaria vigente en la fecha de su pago.

Cláusula 30a.- Rehabilitación.

No obstante, lo dispuesto en la Cláusula 9a. Prima, de estas Condiciones Generales, el Asegurado podrá dentro de los 30 días siguientes al último día del plazo de gracia señalado en dicha cláusula, pagar la prima de este Seguro o la parte correspondiente de ella si se ha pactado su pago fraccionado; en este caso, por el solo hecho del pago mencionado los efectos de este Seguro se rehabilitarán a partir de la hora y día señalados en el comprobante de pago y la Compañía devolverá, a prorrata, en el momento de recibir el pago; la prima correspondiente al período durante el cual cesaron los efectos del Seguro, en virtud de lo dispuesto por el Artículo 40 de la Ley sobre el Contrato de Seguro.

Sin embargo, si a más tardar al hacer el pago de que se trata, el Asegurado solicita por escrito que se amplíe la vigencia del Seguro, ésta automáticamente se prorrogará por un lapso igual al comprendido entre el último día del mencionado plazo de gracia y la hora y día en que surte efecto la rehabilitación.

En caso de que no se consigne la hora en el comprobante de pago, se entenderá rehabilitado el Seguro desde las cero horas de la fecha de pago.

Sin perjuicio de sus efectos automáticos, la rehabilitación a que se refiere esta cláusula, la hará constar la Compañía para efectos administrativos, en el recibo que emita con motivo del pago correspondiente, y en cualquier otro documento que se emita con posterioridad a dicho pago.

En ningún caso, la Compañía responderá de siniestros ocurridos durante el período comprendido entre el vencimiento del aludido plazo de gracia y la hora y día de pago a que se refiere esta cláusula.

Cláusula 31a.- Agravación del Riesgo.

Habiendo sido fijada la prima de acuerdo con las características del riesgo que constan en esta póliza, el Asegurado deberá de comunicar a la Compañía cualquier circunstancia que, durante la vigencia de este seguro, provoque una agravación esencial de los riesgos cubiertos.

Este aviso deberá darse a la Compañía dentro de las 24 horas siguientes en que se presente la agravación del riesgo. Si el Asegurado omitiere el aviso o si él provoca la agravación esencial de los riesgos, la Compañía quedará liberada de toda obligación derivada de este seguro.

Cláusula 32a.- Fraude, Dolo o Mala Fe.

Las obligaciones de la Compañía quedarán extinguidas:

- a) *Si el Asegurado, el beneficiario o sus representantes, con el fin de hacerla incurrir en error, disimulan o declaran inexactamente hechos que excluirían o podrían restringir dichas obligaciones.*
- b) *Si con igual propósito, no entregan a tiempo a la Compañía, la documentación de que trata la cláusula 17a. "Procedimiento en Caso de Siniestro".*
- b) *Si hubiere en el siniestro o en la reclamación fraude, dolo o mala fe del Asegurado, del beneficiario, de los causahabientes o de los apoderados de cualquiera de ellos.*

En caso de controversia, el quejoso deberá acudir ante la autoridad administrativa competente en materia de seguros, en sus oficinas centrales o en las de sus delegaciones en los términos de las Leyes aplicables al caso concreto, y si dicha autoridad no es designada árbitro, podrá acudir a los tribunales competentes del domicilio de la Compañía. Artículo 25 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro. "Si el contenido de la póliza o sus modificaciones no concordaren con la oferta, el Asegurado podrá pedir la rectificación correspondiente dentro de los 30 (treinta) días que sigan al día en que reciba la póliza. Transcurrido este plazo se considerarán aceptadas las estipulaciones de la póliza o de sus modificaciones".

Definiciones:

Coaseguro.

Es la participación de responsabilidades de Compañías de Seguros o entre el Asegurado y la Compañía de Seguros.

Bienes en Exposición.

Se refiere a aquellas obras del Asegurado que se encuentran mostrándose al público (p.e. en un museo, galería), siendo la exhibición de estas por periodos prolongados.

Bienes en Tránsito.

Se refiere a aquellas obras que el Asegurado mantiene constantemente en movimiento para su exhibición.

Estadía Habitual. Es la ubicación natural de las obras, es decir, cuando no están siendo transportadas o han sido prestadas o rentadas para una exposición fuera de esta ubicación.

Repositorio.

Sitio donde se guarda o deposita algo.

Valor de reposición.

Es la cantidad que exigiría la restauración o adquisición de un bien nuevo de la misma clase y capacidad, incluyendo el costo de transporte, montaje y derechos aduanales.

Vigencia.

Periodo de tiempo señalado en la póliza, que establece la duración del seguro pactado y en consecuencia, la protección que el mismo otorga.

Relevancia en la operación

No debemos dejar pasar que cualquier obra de arte independientemente de sus cualidades estéticas y el valor cultural que pueda adherirse, es un bien con valor económico y en torno al cual se desarrolla un mercado sumamente lucrativo.

En este sentido, resulta de vital importancia para todos los actores del mercado que el valor que una obra de arte representa para sus patrimonios se encuentre protegido en contra de cualquier imprevisto ajeno a dichos actores que pueda dañar la obra o inclusive causar la destrucción de la misma, lo cual incuestionablemente afectará negativamente su valor.

Debemos recordar que el mercado del arte y por ello el valor de las obras atiende a condiciones sumamente caprichosas y muy particulares de los actores comerciales de este mercado.

Asimismo, debemos tener presente que los diversos actores, artistas, galeristas, coleccionistas, entre otros invierten grandes sumas de dinero en la creación, comercialización y conservación de las obras de arte; lo anterior no se hace por caridad, sino por la evidente especulación comercial en torno a estas piezas.

Si bien es cierto que todo inversionista está dispuesto a asumir determinado riesgo con relación al capital puesto a inversión, son muy pocos los inversionistas que estén dispuestos a asumir la desaparición total de los capitales en caso de un siniestro.

En este sentido, es por demás obvio como en todos los demás mercados, que el aseguramiento del objeto a comercializar proveerá de certeza a los involucrados, lo cual estimulará el crecimiento del mercado.

Por otro lado, la protección del valor económico de la creación del artista resulta natural para el mismo, puesto que es su trabajo y sustento económico. De modo tal que no debería ser común que un artista esté dispuesto a dejar su creación en manos de terceros con la simple esperanza de que nada suceda con ella y que la obra se venda sin percance alguno.

Sin embargo, es sobremanera común que los artistas estén dispuestos a asumir tales riesgos con tal de que su obra sea comercializada. En este sentido, es prudente procurar la modificación de esta práctica comercial y promover la protección del valor comercial de la propiedad intelectual del artista.

Por su parte, también es común que el galerista, en busca de reducir costos o sencillamente no asumir costos que le parecen innecesarios, omita la contratación de un seguro; asimismo al no existir un contrato de consignación con el artista, y que por ello se pueda pensar que no existe entre ellos una relación contractual que implique una responsabilidad en caso de daños a la obra, respecto del galerista con el artista, se omite la celebración de un contrato de seguro.

Sin embargo debe apreciarse – como se señaló anteriormente- que el galerista también incurre en diversas inversiones para promocionar la venta de la obra, por lo cual de existir un daño a la obra, también él se vería perjudicado al ver completamente perdida su inversión.

De modo tal que debe buscarse una eficiencia económica en estas interacciones comerciales y comprender que asumir los costos de un seguro para la protección del valor de la obra de arte, es una inversión más que garantizará la estabilidad de los patrimonios tanto del artista como del galerista.

En este sentido, la contratación de un seguro es de vital importancia para esta operación pues garantiza la eficiencia de las inversiones hechas, lo cual permite que los capitales no se pierdan, y consecuentemente aún si las obras fueron perdidas, el mercado continúe puesto que los capitales se encuentran respaldados, lo cual permite la reinversión y el crecimiento del mercado.

Adquisición y transacción de la titularidad de la obra

“La historia del arte moderno es también la historia de la progresiva pérdida de audiencia del arte. El arte se ha convertido cada vez más en la preocupación del artista y el desconcierto del público”.

Paul Gauguin

Limitantes entre el concepto del Arte y la Ley

Una vez que hemos analizado los aspectos jurídicos tendientes a la promoción y protección de riesgos previos a la venta de la obra, es prudente pasar al análisis de los aspectos relevantes una vez que se adquiere la obra, pues la compraventa de una obra no es una compra venta común sino es una que encuentra diversas limitantes en la Ley Federal del Derecho de Autor.

Por otra parte, hablando del arte en particular vale la pena tener presente que la idea plástica normalmente no es original; trata de reflejar el mundo real, o modelos religiosos o mitológicos que no son nuevos. Lo que da por tanto valor a la obra plástica es la ejecución; no existe todavía, salvo en el caso del grabado o de cierto tipo de escultura, un modo de reproducir la ejecución plástica. Esta puede solamente ser recreada, imitada. Precisamente por ello, la explotación del arte no puede considerarse del mismo modo antes de la fotografía y demás transformaciones técnicas y económicas que han sucedido en el tiempo. Ahora nos encontramos ante una nueva dimensión económica del arte que no había existido nunca antes. Quizá por primera vez en la historia la explotación económica de la idea plasmada en la obra plástica y no el objeto artístico en sí mismo, adquiere relevancia económica. Es ese

uso masivo del arte, como fenómeno nuevo el que hace necesario, como había sucedido en otros sectores del Derecho de autor, un replanteamiento del Derecho de autor plástico. En cierto modo, sólo en este momento es realmente necesario el reconocimiento de un derecho de autor al artista plástico. Los problemas fundamentales no son ya simplemente la atribución de paternidad o la integridad de un objeto, sino la explotación económica. La creación plástica adquiere una nueva dimensión económica; el llamado «mercado secundario» del arte no es ya secundario y el planteamiento clásico de los problemas no es suficiente. El sistema de protección había sido articulado de un modo que respondía a las formas tradicionales de usar las obras; unas formas que han sido radicalmente alteradas⁸⁹.

En este sentido, debemos hacer hincapié en que la obra en torno a la cual se desarrollan todas las relaciones jurídicas señaladas en el presente estudio está compuesta de diversos aspectos, sin embargo los derechos de autor que nacen de dicha obra son primero que nada un bienes muebles no fungibles, y en este sentido se expresa nuestro Código Civil Federal al señalar:

Artículo 758.- Los derechos de autor se consideran bienes muebles.

Artículo 763.- Los bienes muebles son fungibles o no fungibles. Pertenecen a la primera clase los que pueden ser remplazados por otros de la misma especie, calidad y cantidad.

Los no fungibles son los que no pueden ser sustituidos por otros de la misma especie, calidad cantidad.

Ahora bien, una vez clasificado el bien que constituye la obra de arte, se deben observar las implicaciones existentes con relación a la apropiación y propiedad del mismo, y en este sentido el Código Civil Federal expresa lo siguiente:

Artículo 747.- Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio.

Artículo 830.- El propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes.

⁸⁹ BERCOBITZ, Germán. OBRA PLÁSTICA Y DERECHOS PATRIMONIALES DE SU AUTOR. Editorial Tecnos, S.A., 1997, Madrid. P. 34

Tal y como se observa, una obra de arte puede ser objeto de apropiación toda vez que se encuentra en el comercio, sin embargo quien sea propietario de la misma podrá gozar y disponer de ella únicamente dentro de las modalidades y limitaciones que establezcan las leyes. En este sentido las limitaciones establecidas para el uso y goce de los derechos respecto de la propiedad de una obra de arte se encuentran plasmadas en la Ley Federal del Derecho de Autor en cuanto establece una distinción entre Derechos Morales y Derechos Patrimoniales respecto de una misma obra.

Marco jurídico

En este sentido, tal y como se señaló previamente en el presente estudio, observamos que cuando nace una obra, su autor tiene respecto de ella un derecho moral⁹⁰ y uno patrimonial⁹¹. Sin embargo ha quedado claro que el derecho moral es inalienable y por ello, aunque está fuera la voluntad de su autor, no podrá ser considerado un objeto de comercio pues implícitamente se establece en la ley la imposibilidad de comercializar con el mismo y por lo cual tampoco se deberá considerar como un bien mueble. Sin embargo vale la pena observar las particularidades del derecho moral presentadas en la legislación mexicana, pues a partir de ellas se encontrarán otras limitantes una vez que se dé la transmisión de la propiedad de la obra:

Artículo 21.- Los titulares de los derechos morales podrán en todo tiempo:

I. Determinar si su obra ha de ser divulgada y en qué forma, o la de mantenerla inédita;

II. Exigir el reconocimiento de su calidad de autor respecto de la obra por él creada y la de disponer que su divulgación se efectúe como obra anónima o seudónima;

⁹⁰ El cual, de conformidad con el artículo 18 y 19 de la Ley Federal del Derecho de Autor, establece que el autor es el único y perpetuo titular de los derechos morales sobre las obras de su creación, asimismo, se establece que dicho derecho se considera unido al autor y es inalienable, imprescriptible, irrenunciable e inembargable.

⁹¹ El cual, de conformidad con los artículos 24 y 25 de la Ley Federal del Derecho de Autor, establece que en virtud de este derecho, el autor tendrá el derecho de explotar de manera exclusiva sus obras, o de autorizar a otros su explotación, en cualquier forma, dentro de los límites que establece la Ley y sin menoscabo de la titularidad de los derechos morales. Asimismo, señala que el titular del derecho patrimonial podrá ser el autor, su heredero o el adquirente por cualquier título.

III. Exigir respeto a la obra, oponiéndose a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de ella, así como a toda acción o atentado a la misma que cause demérito de ella o perjuicio a la reputación de su autor;

IV. Modificar su obra;

V. Retirar su obra del comercio, y

VI. Oponerse a que se le atribuya al autor una obra que no es de su creación. Cualquier persona a quien se pretenda atribuir una obra que no sea de su creación podrá ejercer la facultad a que se refiere esta fracción.

Los herederos sólo podrán ejercer las facultades establecidas en las fracciones I, II, III y VI del presente artículo y el Estado, en su caso, sólo podrá hacerlo respecto de las establecidas en las fracciones III y VI del presente artículo.

En este sentido, observamos que por lo que respecta a la fracción primera, tratándose del mercado del arte, resulta por demás obvio que es la voluntad del autor el que su obra sea divulgada pues ya la ha puesto en el comercio; sin embargo puede suceder que el autor haya decidido no divulgarla pero una vez que este derecho pase a manos de sus herederos, ellos podrán decidir divulgarla e introducirla al mercado.

Resultan relevantes las fracciones II y III para los efectos del presente capítulo puesto que el derecho al reconocimiento de la autoría y el derecho a oponerse a cualquier modificación que cause daño a la obra o al prestigio del autor son los derechos que permanecen para el autor y dentro de los cuales podrá poner límites al uso que el adquirente de la obra le dé a la misma.

Por lo que toca a las fracciones IV y V, en el escenario que se plantea, que es el del mercado del arte, el derecho del autor se encuentra agotado pues ha sido su voluntad la de poner la obra en el mercado y en este sentido no podrá retirarla ni mucho menos modificarla, sin embargo si podrá oponerse a que esta se modifique de conformidad con la fracción III del mismo artículo.

Por otro lado, vale la pena también señalar que el derecho a la propiedad intelectual, ha sido recientemente considerado no sólo como un derecho de propiedad, sino como un derecho humano, si bien es evidente que la propiedad intelectual entendida como un

derecho humano universal difiere de manera fundamental del concepto de interés económico según el derecho de la propiedad intelectual. Creo que existen varias consideraciones. En contraste con el individualismo del derecho de la propiedad intelectual, un enfoque de derechos humanos también reconoce que un autor, artista, inventor o creador puede ser un grupo o una comunidad, además de un solo individuo. Si se adopta una posición en relación con los derechos humanos se admite que los productos intelectuales tienen un valor intrínseco como expresión de la dignidad y la creatividad humanas. Dicho de otro modo, las obras de arte y científicas no son principalmente mercancías económicas cuyo valor viene determinado por su utilidad y la etiqueta de su precio⁹².

Un enfoque de derechos humanos asume asimismo un equilibrio implícito entre los derechos de los inventores y creadores y los intereses de la sociedad en general dentro de los paradigmas de la propiedad intelectual y lo hace mucho más explícito y exigente. Un enfoque de derechos humanos se basa en la importancia esencial de proteger y fomentar la dignidad humana y el bien común. En sentido amplio, los derechos del creador o del autor están condicionados a su contribución al bien común y al bienestar de la sociedad. Cabe mencionar el Artículo 15: los Estados Partes tienen que garantizar que toda persona pueda «beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora». Esto está muy lejos de otorgar a los creadores, autores e inventores derechos monopolísticos de propiedad plenos y sin restricciones⁹³.

Por otro lado, la doctrina dominante sobre el derecho moral de autor le atribuye el carácter de un derecho de la personalidad y dentro de esta corriente doctrinal interesa ver qué lugar ocupa en la clasificación de estos derechos que ofrece diversidad de criterios. En la muy difundida obra del maestro Castán Tobeñas se agrupan los derechos de la personalidad en tres grandes grupos relativos a la individualización de la persona por el nombre, a la inviolabilidad corporal o existencia física y a los derechos de tipo moral, incluyendo en este último grupo la libertad personal, el honor, el derecho de rectificación en la prensa

⁹² CHAPMAN, Audrey, LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO DERECHO HUMANO, Ediciones UNESCO, Julio –Septiembre 2001: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001255/125505s.pdf> Consultado el 10 de diciembre de 2012

⁹³ Idem

periódica, la reserva de la vida privada y el de autor en su manifestaciones extrapatrimoniales⁹⁴.

Asimismo, resulta relevante señalar que la doctrina de la resarcibilidad del daño moral inferido a la persona, con independencia de la posible aplicación al caso de la norma penal cuando también ésta sea infringida, ha ido consagrándose en los Códigos Civiles y Leyes especiales, siendo doctrina dominante en la actualidad. Puede considerarse que la resarcibilidad del daño moral aunque no vaya unido a un daño patrimonial y con independencia de una infracción penal, constituye un jalón importante en el reconocimiento de los derechos de la personalidad⁹⁵.

En este orden de ideas, una vez que se ha aclarado que el derecho moral es inalienable además de que se ha convertido en un derecho humano, y que de aquí nace la posibilidad de ejercitar una acción por daño moral, vale la pena hacer otra distinción, pues la obra de arte estará compuesta por un bien material tangible, que es la forma en la que el artista plasmó su expresión (el soporte material) y por otro lado se encuentra el derecho patrimonial que sobre dicha expresión garantiza la Ley Federal del Derecho de Autor; por ello, se debe entender que el Código Civil Federal en su artículo 758 se refiere al derecho patrimonial y al soporte material de la obra como un bien mueble, y no así no al derecho, por ello vale la pena realizar un estudio de las modalidades y límites del derecho patrimonial para la ley mexicana:

Artículo 27.- Los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir:

I. La reproducción, publicación, edición o fijación material de una obra en copias o ejemplares, efectuada por cualquier medio ya sea impreso, fonográfico, gráfico, plástico, audiovisual, electrónico, fotográfico u otro similar.

II. La comunicación pública de su obra a través de cualquiera de las siguientes maneras:

a) La representación, recitación y ejecución pública en el caso de las obras literarias y artísticas;

⁹⁴ ESPIN CANOVAS, Diego, LOS DERECHOS DEL AUTOR DE OBRAS DE ARTE, Editorial Civitas, S.A. P. 41

⁹⁵ Idem. P. 36

- b) La exhibición pública por cualquier medio o procedimiento, en el caso de obras literarias y artísticas, y*
- c) El acceso público por medio de la telecomunicación;*

III. La transmisión pública o radiodifusión de sus obras, en cualquier modalidad, incluyendo la transmisión o retransmisión de las obras por:

- a) Cable;*
- b) Fibra óptica;*
- c) Microondas;*
- d) Vía satélite, o*
- e) Cualquier otro medio conocido o por conocerse.*

IV. La distribución de la obra, incluyendo la venta u otras formas de transmisión de la propiedad de los soportes materiales que la contengan, así como cualquier forma de transmisión de uso o explotación. Cuando la distribución se lleve a cabo mediante venta, este derecho de oposición se entenderá agotado efectuada la primera venta, salvo en el caso expresamente contemplado en el artículo 104 de esta Ley;

V. La importación al territorio nacional de copias de la obra hechas sin su autorización;

VI. La divulgación de obras derivadas, en cualquiera de sus modalidades, tales como la traducción, adaptación, paráfrasis, arreglos y transformaciones, y

VII. Cualquier utilización pública de la obra salvo en los casos expresamente establecidos en esta Ley.

Ahora bien, se debe hacer notar que los derechos patrimoniales no siempre permanecen en manos del autor de la obra protegida; la titularidad sobre los mismos puede transmitirse a terceras personas ajenas al hecho mismo de la creación. Se trata en cualquier caso de adquisiciones derivativas, puesto que la adquisición originaria es previa y corresponde al autor de la obra.⁹⁶

Al abordar el tema de las transmisiones de derechos surge en primer lugar la pregunta de si es posible que el autor se desvincule de su obra; que la venda y deje en manos del adquirente todos los derechos que ostenta inicialmente. Este es el sistema que existía al menos originalmente en los sistemas anglosajones del *copyright*. En estos sistemas –al menos como punto de partida– se considera el derecho del autor fundamentalmente como un bien

⁹⁶ BERCOVITZ, Rodrigo. MANUAL DE PROPIEDAD INTELECTUAL, Editorial Tirant Lo Blanch, Tercera edición, Valencia, 2006. P. 163

patrimonial más; por tanto transmisión no está limitada, y se asemeja a la venta de cualquier bien mueble o inmueble⁹⁷.

Sin embargo, en nuestra legislación, se imponen al cesionario una serie de condicionantes impropios del derecho real (tomando como referencia el derecho de propiedad y el libre goce disfrute y enajenación de la cosa adquirida)⁹⁸. En este sentido en el mercado del arte existe una transmisión real del bien material que constituye la obra de arte, sin embargo los derechos patrimoniales sobre la misma no necesariamente siguen la misma suerte; inclusive el derecho real respecto del bien mueble que es el objeto y no el derecho de autor se encuentra limitado por el *droit de suite*⁹⁹, situación en la que se profundizará en el siguiente capítulo.

De modo tal que los derechos que van a ser ahora objeto de estudio tienen en común un fin de tutela de la explotación de todas las posibilidades de lucro que ofrece la obra plástica creada. Los problemas fundamentales que se plantean al considerar el derecho patrimonial son básicamente los mismos respecto de las obras plásticas que respecto de otro tipo de obras (literarias, musicales, etc.). De tal suerte que el nacimiento del derecho de autor como hoy lo concebimos está irremediabilmente ligado a la posibilidad de una multiplicación de las obras; en definitiva a la posibilidad de una explotación patrimonial de las mismas que supere la mera negociación del *corpus mechanicum* en que se ha expresado¹⁰⁰.

Por otro lado, observamos que los derechos de autor no son susceptibles de posesión en el sentido tradicional; la posibilidad de exclusión de terceros del disfrute de la obra (esencia del derecho de autor no puede partir de bases físicas sino únicamente jurídicas; la entrega de la cosa (el modo transmisivo) tampoco puede ser física –hablando únicamente del derecho y no del soporte material que constituye la obra-. La capacidad de apropiación y exclusiva es únicamente jurídica, puesto que el disfrute de terceros es en principio compatible con el disfrute concreto propio. Consecuentemente el derecho de autor en sí

⁹⁷ Idem. P. 164

⁹⁸ Ibidem. P. 165

⁹⁹ *El droit de suite* otorga a los artistas plásticos el derecho a percibir un porcentaje del precio de sus obras cuando sean revendidas.

¹⁰⁰ BERCOBITZ, Germán. OBRA PLÁSTICA Y DERECHOS PATRIMONIALES DE SU AUTOR. Editorial Tecnos, S.A., 1997, Madrid. P. 181

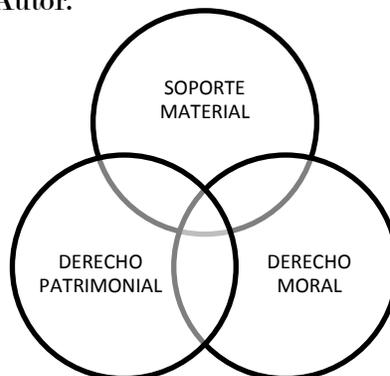
mismo no encaja con todas las características tradicionalmente pensadas en los derechos reales¹⁰¹.

Ahora bien, de conformidad con la legislación mexicana, debe atenderse a la división de conceptos entre el soporte material de la obra –*corpus mechanicum*– y los derechos patrimoniales de la misma –*corpus mysticum*–, el establecerse lo siguiente en la Ley Federal del Derecho de Autor:

Artículo 38.- El derecho de autor no está ligado a la propiedad del objeto material en el que la obra esté incorporada. Salvo pacto expreso en contrario, la enajenación por el autor o su derechohabiente del soporte material que contenga una obra, no transferirá al adquirente ninguno de los derechos patrimoniales sobre tal obra.

Artículo 85.- Salvo pacto en contrario, se considerará que el autor que haya enajenado su obra pictórica, escultórica y de artes plásticas en general, no ha concedido al adquirente el derecho de reproducirla, pero sí el de exhibirla y el de plasmarla en catálogos. En todo caso, el autor podrá oponerse al ejercicio de estos derechos, cuando la exhibición se realice en condiciones que perjudiquen su honor o reputación profesional.

De lo anterior podemos comprender que el derecho de autor respecto de una obra es una conjunción de diversos elementos (soporte material, derecho moral y derecho patrimonial) y que cada uno de estos elementos se encontrará con limitaciones particulares de acuerdo con la Ley Federal del Derecho de Autor.



¹⁰¹ BERCOVITZ, Rodrigo. MANUAL DE PROPIEDAD INTELECTUAL, Editorial Tirant Lo Blanch, Tercera edición, Valencia, 2006. P. 166

En este sentido, se debe entender que cuando un coleccionista adquiere una obra del artista, únicamente está adquiriendo el soporte material de la obra, mientras que el artista se reservará para sí tanto los derechos morales que le son inalienables, como los patrimoniales.

De modo que dada la exclusividad del derecho de explotación de un autor respecto de su obra, el autor podrá recibir una retribución económica por la explotación de su obra. Y esto es muy importante ya que se puede dar el caso, por ejemplo, que un creador haya cobrado por la venta de su obra y que, por otro lado, cobre cada vez que la misma se reproduzca¹⁰².

No obstante lo anterior, la ley en el mismo artículo 85, establece que existe la posibilidad de transmitir dichos derechos, pero para que esto suceda deberá pactarse expresamente de esta forma, por lo cual de ser así es recomendable llevar a cabo la compraventa por medio de un contrato. Una vez establecidas las particularidades de esta compraventa, vale la pena señalar específicamente cuales son las características y límites de estos derechos patrimoniales a efecto de ilustrar las posibilidades de explotación de una obra determinada.

Fijación

Se entiende que la fijación está incluida en el derecho de reproducción de tal forma que quien autoriza la reproducción está autorizando la fijación, ya que sin ésta no es posible aquella¹⁰³.

Al respecto, la Ley Federal del Derecho de Autor establece que la fijación es la incorporación de letras, números, signos, sonidos, imágenes y demás elementos en que se haya expresado la obra, o de las representaciones digitales de aquellos, que en cualquier forma o soporte material, incluyendo los electrónicos, permita su percepción, reproducción u otra forma de comunicación.

¹⁰² GUIA DE CONTRATACIÓN DEL ARTISTA VISUAL .P 67,
<http://bonespractiques.aavc.net/es/contractacio/94/guia-contratacion-artista-visual#descarga> consultado el 11 de diciembre de 2012

¹⁰³BERCOVITZ, Rodrigo. MANUAL DE PROPIEDAD INTELECTUAL, Editorial Tirant Lo Blanch, Tercera edición, Valencia, 2006.P 237

El Diccionario General de la Lengua Española VOX explica que “fijar” es “hacer fija [una cosa] en un estado determinado; dar un estado o forma permanente”. En el campo del derecho de autor, “la fijación de la obra u objeto de derechos conexos en alguna forma material (incluido el almacenamiento en una memoria electrónica (de computadora)) se debe hacer de un modo suficientemente estable, de manera que a partir de ella pueda percibirse, reproducirse o comunicarse al público la obra o el objeto de derechos conexos”.¹⁰⁴ No siempre se prescribe la fijación en un soporte material, pero en el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1971) se reserva a las legislaciones nacionales la facultad de establecer dicha condición.¹⁰⁵ La fijación de las expresiones culturales tradicionales en un soporte material hace que nazcan nuevos derechos de propiedad intelectual sobre la fijación, los cuales se pueden reivindicar para proteger de modo indirecto las propias expresiones culturales tradicionales, como se ha hecho con las obras del antiguo arte rupestre.¹⁰⁶ Se ha sostenido que el uso del término “expresión” parece indicar que es necesario cumplir el requisito de la fijación para obtener la protección de las expresiones culturales tradicionales.¹⁰⁷

Reproducción

Se trata de la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, o cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias¹⁰⁸.

Por su parte, la Ley Federal del Derecho de Autor, establece que se trata de la realización de uno o varios ejemplares de una obra, de un fonograma o de un videograma, en cualquier forma tangible, incluyendo cualquier forma tangible, incluyendo cualquier almacenamiento permanente o temporal por medios electrónicos aunque se trate de la realización bidimensional de una obra tridimensional o viceversa.

En este sentido, cualquier reproducción de una obra o de parte de la misma, de forma provisional o permanente a través de cualquier medio y forma sin el consentimiento del

¹⁰⁴ Guía de la OMPI sobre los tratados de derecho de autor..., *op. cit.* en la nota 44, pág. 294.

¹⁰⁵ Art. 2.2) del Convenio de Berna.

¹⁰⁶ Terri Janke, “*Unauthorized Reproduction of Rock Art*”, en *Minding Culture: Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions*, OMPI, 2003.

¹⁰⁷ “Informe de la decimoséptima sesión del Comité” (WIPO/GRTKF/IC/17/12), párr. 50.

¹⁰⁸ BERCOVITZ, Rodrigo. MANUAL DE PROPIEDAD INTELECTUAL, Editorial Tirant Lo Blanch, Tercera edición, Valencia, 2006. P. 237

autor se considerará ilícita y en consecuencia puede ser objeto de las acciones y procedimientos judiciales establecidos por la Ley¹⁰⁹, aunque nuestra legislación en la materia establece ciertas limitaciones a tal derecho en su título VI, capítulos I y II.

De modo tal que cualquier tipo de soporte material que permita por un lado la comunicación de la obra al público y por otro la obtención de copias de la obra en su conjunto o de las partes de la misma, es susceptible de generar el derecho de reproducción. Por tanto, y como ejemplo, existe derecho de reproducción de las obras de la creación visual, cuando se reproduzcan las mismas en libros, catálogos, opúsculos, pósters, revistas, diarios, calendarios, cerámica, productos textiles, tarjetas postales, grabaciones magnéticas, audiovisuales, películas cinematográficas, vídeos interactivos, disquetes de ordenador, CD-ROM, CD-I, libros electrónicos, entre otros¹¹⁰.

En este orden de ideas, el derecho de reproducción es un aspecto sumamente delicado en la compraventa de una obra de arte, pues resultaría lógico dentro de los principios de la propiedad que una vez adquirida la obra, que su ahora propietario se encontrara en el completo derecho de reproducir y comercializar con imágenes de la obra, sin embargo la Ley en primer plano prohíbe esta situación y únicamente lo permite si se establece expresamente por las partes.

Si bien no se establece en la Ley la forma en que las partes deberán externar su voluntad, es recomendable la ejecución de un contrato escrito en el que las partes acuerden a modo de una licencia, los parámetros dentro de los cuales se podrá reproducir la obra dentro de las limitaciones que existen por los derechos morales respecto de la misma, además servirá para establecer la contraprestación económica que recibirá el artista tanto por la venta del soporte material de la obra como por la cesión de este derecho patrimonial en particular.

Vale la pena en este punto observar los límites que expresa el artículo 88 de la Ley al respecto del titular del derecho de reproducción respecto de una obra:

¹⁰⁹ GUIA DE CONTRATACIÓN DEL ARTISTA VISUAL .P 67,
<http://bonespractiques.aavc.net/es/contractacio/94/guia-contratacion-artista-visual#descarga> consultado el 11 de diciembre de 2012

¹¹⁰ Idem.

Artículo 88.- Salvo pacto en contrario, el derecho exclusivo a reproducir una obra pictórica, fotográfica, gráfica o escultórica no incluye el derecho a reproducirla en cualquier tipo de artículo así como la promoción comercial de éste.

En este sentido podemos observar que por virtud del artículo previamente señalado, la ley obliga de manera implícita en caso de cederse los derechos de reproducción a establecer expresamente los parámetros dentro de los cuales una obra podrá reproducirse, pues de no hacerse de esta forma quien sea titular de los mismos se encontrará en una situación completamente ambigua en donde no conocerá en qué casos podrá reproducir o promocionar la reproducción de la obra.

Comunicación Pública

Por lo que toca a la comunicación pública, nuestra legislación se refiere al acto mediante el cual la obra se pone al alcance general, por cualquier medio o procedimiento que la difunda y que no consista en la distribución de ejemplares, que en el caso de las obras de arte sería aplicable únicamente el inciso “b” de la fracción II, en cuanto se refiere a “la exhibición pública por cualquier medio o procedimiento, en el caso de obras literarias y artísticas”.

En esa forma de explotación podemos encontrar las exposiciones en galerías, aunado a ello, debemos tomar en consideración que existen nuevas tecnologías que permiten fácilmente mostrar una obra al público, como el caso del internet.

Es importante tener presente que cualquier acto de comunicación pública de una obra requiere para su realización el previo consentimiento del autor de la obra y, entonces, en consecuencia, en caso contrario, la comunicación pública se considerará ilícita¹¹¹; no obstante lo anterior, existe un límite puesto que el artículo 85 de la Ley establece que el artista que haya enajenado su obra pictórica, escultórica y de artes plásticas en general, salvo pacto en contrario no ha concedido al adquirente el derecho de reproducirla, pero sí el de exhibirla y el de plasmarla en catálogos.

¹¹¹ Ibidem. P. 68

De lo anterior se entiende que el autor tiene la posibilidad de reservarse también el derecho de exhibición y fijación en catálogos, pero tendrá que hacer de esta voluntad una situación expresa, por lo cual, se debe entender que existe la posibilidad de limitar o establecer modalidades al derecho de la exhibición o la fijación en catálogos una vez que se externé dicha voluntad.

Vale la pena recordar que como se ha señalado a lo largo del presente estudio, en el mercado del arte el prestigio es de amplísima importancia para el valor y popularidad de un artista, un galerista y de una obra; por lo cual resulta relevante la protección de la comunicación pública, pues en este mercado se puede pensar que la forma es el fondo, y por lo cual hay que ser meticolosos con la forma de comunicación pública.

Distribución pública

La Ley Federal del Derecho de autor establece que se trata de la puesta a disposición del público del original o copia de la obra mediante venta, arrendamiento y en general, cualquier otra forma.

Naturalmente, cuando la distribución se efectúe por el autor o con su consentimiento mediante venta o cualquier otra forma que transfiera la propiedad (por ejemplo donación), este derecho se extingue a partir de la primera transferencia. Por ello para poder distribuir una obra, su original o copia es necesario el consentimiento del autor, que es el único que en principio- salvo que hubiera transferido el derecho- puede explotar esta distribución¹¹².

Este punto resulta de gran complejidad, pues puede parecer que diversas disposiciones se contradicen dentro de los siguientes artículos de la Ley Federal del Derecho de Autor:

Artículo 27.- Los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir:

IV. La distribución de la obra, incluyendo la venta u otras formas de transmisión de la propiedad de los soportes materiales que la contengan, así como cualquier

¹¹² Ibidem

forma de transmisión de uso o explotación. Cuando la distribución se lleve a cabo mediante venta, este derecho de oposición se entenderá agotado efectuada la primera venta, salvo en el caso expresamente contemplado en el artículo 104 de esta Ley;

Artículo 38.- *El derecho de autor no está ligado a la propiedad del objeto material en el que la obra esté incorporada. Salvo pacto expreso en contrario, la enajenación por el autor o su derechohabiente del soporte material que contenga una obra, no transferirá al adquirente ninguno de los derechos patrimoniales sobre tal obra.*

Artículo 92 bis.- *Los autores de obras de artes plásticas y fotográficas tendrán derecho a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa que de las mismas se realice en pública subasta, en establecimiento mercantil, o con la intervención de un comerciante o agente mercantil, con excepción de las obras de arte aplicado.*

Tal y como se establece en la fracción IV del artículo 27, el derecho patrimonial del autor de prohibir la distribución de la obra se agota una vez que se haya efectuado la primera venta, lo anterior es natural pues el consentimiento del autor en la venta es evidente, de lo contrario nunca se hubiera realizado la venta.

En virtud de lo anterior podría pensarse que la facultad de reclamar el *droit de suite* contemplado en el artículo 92 bis, se encuentra agotada por el artista pues esta situación sólo se presentaría en una venta posterior, de modo tal que el artista ha accedido a la distribución de la obra y por ende el su derecho se encuentra agotado.

Sin embargo, es el artículo 38 de la Ley el que le da claridad a esta situación al separar el soporte material de la obra de derecho patrimonial que existe respecto de ella. La situación es que el artículo 27 no habla sobre el soporte material, sino sobre los derechos patrimoniales respecto de la obra; por su parte, el artículo 38 disocia los derechos respecto del derecho de autor y el soporte material que se encuentra en el comercio; por su parte, el artículo 92 bis habla de la venta posterior del soporte material de la obra. De modo tal que en efecto el derecho de autorizar o prohibir la distribución de la obra se encuentra agotado en la primera

venta, sin embargo el *droit de suite* o derecho de participación es un derecho que si bien es uno de carácter patrimonial, no se encuentra incluido en los derechos patrimoniales señalados en el artículo 27, aunque sí se establece y regula en la Ley Federal del Derecho de Autor.

El derecho de participación es uno que fue concedido a los artistas de obras plásticas por un contexto histórico determinado, y si bien se encuentra íntimamente relacionado con la venta de la obra, su ejecución en favor del autor no depende de si se ha agotado o no este último derecho patrimonial.

Finalmente, con la intención de mantener un equilibrio apropiado entre los intereses de los titulares del derecho de autor y los usuarios de las obras protegidas, el Convenio de Berna permite ciertas limitaciones respecto de los derechos patrimoniales, es decir, en los casos en los que las obras protegidas pueden ser utilizadas sin autorización del titular del derecho de autor y sin tener que pagar una remuneración. A estas limitaciones se les llama comúnmente “utilizaciones libres” de las obras protegidas y están previstas en los Artículos 9.2) (reproducción en ciertos casos especiales), 10 (citas y utilización de las obras a título de ilustración de la enseñanza)¹¹³.

Asimismo, además del vencimiento del plazo del derecho patrimonial (cien años después de la muerte del autor), existen otro tipo de limitantes al derecho patrimonial del autor, las cuales se establecen en los siguientes artículos de la Ley:

Artículo 148.- *Las obras literarias y artísticas ya divulgadas podrán utilizarse, siempre que no se afecte la explotación normal de la obra, sin autorización del titular del derecho patrimonial y sin remuneración, citando invariablemente la fuente y sin alterar la obra, sólo en los siguientes casos:*

II. *Reproducción de artículos, fotografías, ilustraciones y comentarios referentes a acontecimientos de actualidad, publicados por la prensa o difundidos por la radio o la televisión, o cualquier otro medio de difusión, si esto no hubiere sido expresamente prohibido por el titular del derecho;*

III. *Reproducción de partes de la obra, para la crítica e investigación científica, literaria o artística;*

¹¹³ http://www.wipo.int/copyright/es/activities/pdf/international_protection.pdf Consultado el 11 de diciembre de 2012

IV. Reproducción por una sola vez, y en un sólo ejemplar, de una obra literaria o artística, para uso personal y privado de quien la hace y sin fines de lucro.

Las personas morales no podrán valerse de lo dispuesto en esta fracción salvo que se trate de una institución educativa, de investigación, o que no esté dedicada a actividades mercantiles;

V. Reproducción de una sola copia, por parte de un archivo o biblioteca, por razones de seguridad y preservación, y que se encuentre agotada, descatalogada y en peligro de desaparecer;

VI. Reproducción para constancia en un procedimiento judicial o administrativo, y

VII. Reproducción, comunicación y distribución por medio de dibujos, pinturas, fotografías y procedimientos audiovisuales de las obras que sean visibles desde lugares públicos.

Artículo 149.- *Podrán realizarse sin autorización:*

I. La utilización de obras literarias y artísticas en tiendas o establecimientos abiertos al público, que comercien ejemplares de dichas obras, siempre y cuando no hayan cargos de admisión y que dicha utilización no trascienda el lugar en donde la venta se realiza y tenga como propósito único el de promover la venta de ejemplares de las obras, y

II. La grabación efímera, sujetándose a las siguientes condiciones:

- a) La transmisión deberá efectuarse dentro del plazo que al efecto se convenga;*
- b) No debe realizarse con motivo de la grabación, ninguna emisión o comunicación concomitante o simultánea, y*
- c) La grabación sólo dará derecho a una sola emisión.*

La grabación y fijación de la imagen y el sonido realizada en las condiciones que antes se mencionan, no obligará a ningún pago adicional distinto del que corresponde por el uso de las obras.

Las disposiciones de esta fracción no se aplicarán en caso de que los autores o los artistas tengan celebrado convenio de carácter oneroso que autorice las emisiones posteriores.

Ahora bien, tal y como se puede apreciar de lo señalado anteriormente, la Ley Federal del Derecho de Autor establece una tajante diferencia entre los derechos morales y los

patrimoniales, en donde estos pueden ser cedidos al igual que el soporte material que compone la obra. Sin embargo, la ley exige que todas estas transmisiones que en primera instancia no están autorizadas, en caso de autorizarse por el autor se haga de manera expresa, si bien en cada uno de estos artículos no se establece que se deba hacer por medio de un contrato, dichas transmisiones se deberán realizar bajo lo establecido por el artículo 30 de la misma ley, que a la letra dice lo siguiente:

Artículo 30.- El titular de los derechos patrimoniales puede, libremente, conforme a lo establecido por esta Ley, transferir sus derechos patrimoniales u otorgar licencias de uso exclusivas o no exclusivas.

Toda transmisión de derechos patrimoniales de autor será onerosa y temporal. En ausencia de acuerdo sobre el monto de la remuneración o del procedimiento para fijarla, así como sobre los términos para su pago, la determinarán los tribunales competentes.

Los actos, convenios y contratos por los cuales se transmitan derechos patrimoniales y las licencias de uso deberán celebrarse, invariablemente, por escrito, de lo contrario serán nulos de pleno derecho.

De modo tal que de conformidad con la ley, toda cesión sobre derechos patrimoniales deberán llevarse a cabo por escrito, lo cual resulta conveniente pues permitirá establecer los diversos parámetros dentro de los cuales se podrán utilizar tales derechos patrimoniales.

Compraventa mercantil

En este sentido, aterrizando todo lo previamente mencionado al presente estudio, debemos pensar que en este mercado del arte se podría dar la venta del soporte material de una obra de arte, y que al mismo tiempo el comprador solicitara también adquirir algunos o todos los derechos patrimoniales con relación al mismo, de modo tal que se llevará a cabo la venta de un bien tangible –el soporte material- y un bien intangible que nace con la existencia de aquel –el derecho patrimonial-. Como se mencionó al inicio de este estudio, la compraventa de arte se da incontestablemente por estipulación comercial, de modo que debemos

observar la figura contractual que para tal efecto nos presenta la legislación mercantil, el contrato de compraventa mercantil.

El Código de Comercio regula el contrato de compraventa mercantil en sus artículos 371 y 387, pero omite definir al contrato de compraventa. Dicho concepto lo contiene el artículo 2248 del Código Civil Federal, que señala que hay compraventa cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho y el otro, a su vez, se obliga a pagar por ella un precio cierto en dinero. Se trata de un contrato de carácter consensual, conforme al cual desde que las partes se ponen de acuerdo en precio y cosa es perfecto, aun cuando no se entregue la cosa ni se haya satisfecho el precio. La compraventa, si bien es un contrato típicamente civil, tiene el carácter de mercantil cuando la ley le da ese carácter o cuando se celebra con el objeto directo y preferentemente de traficar¹¹⁴.

Por su parte, Cervantes Ahumada, señala que la compraventa es consensual, y el traslado de la propiedad de las cosas vendidas opera entre las partes por el simple consentimiento, salvo las situaciones particulares que se presentan en algunas ventas especiales. Al trasladarse el dominio se trasladan, también en términos generales los riesgos sobre la cosa vendida, quedando a salvo las responsabilidades del vendedor respecto de sus obligaciones cuando la cosa queda en su poder o bajo custodia.¹¹⁵

Al respecto es prudente observar los aspectos particulares que en el capítulo primero del título sexto de dicho Código se han establecido para la compraventa y al mismo tiempo observarlos en cuanto resulten relevantes para el Mercado del Arte:

Artículo 371.- Serán mercantiles las compraventas a las que este Código les da tal carácter, y todas las que se hagan con el objeto directo y preferente de traficar:

Artículo 374.- Cuando el objeto de las compraventas sea mercancías que no hayan sido vistas por el comprador, ni puedan clasificarse por calidad

¹¹⁴ LEON TOVAR, Soyla, CONTRATOS MERCANTILES, Oxford University Press, México, 2012. P. 143

¹¹⁵ CERVANTES AHUMADA, Raúl, DERECHO MERCANTIL, Cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 2007. P 534.

determinadamente conocida en el comercio, el contrato no se tendrá por perfeccionado, mientras el comprador no los examine y acepte.

Artículo 375.- *Si se ha pactado la entrega de las mercancías en cantidad y plazos determinados, el comprador no estará obligado a recibirlos fuera de ellos; pero si aceptare entregas parciales, quedará consumada la venta en lo que a éstas se refiere.*

Artículo 376.- *En las compraventas mercantiles, una vez perfeccionado el contrato, el contratante que cumpliera tendrá derecho a exigir del que no cumpliera, la rescisión o cumplimiento del contrato, y la indemnización, además, de los daños y perjuicios.*

Artículo 377.- *Una vez perfeccionado el contrato de compraventa, las pérdidas, daños o menoscabos que sobrevinieren a las mercaderías vendidas, serán por cuenta del comprador, si ya le hubieren sido entregadas real, jurídica o virtualmente; o si no le hubieren sido entregadas de ninguna de estas maneras, serán por cuenta del vendedor.*

En los casos de negligencia, culpa o dolo, además de la acción criminal que compete contra sus autores, serán éstos responsables de las pérdidas, daños o menoscabos que por su causa sufrieren las mercancías.

Artículo 378.- *Desde el momento en que el comprador acepte que las mercancías vendidas quedan a su disposición, se tendrá por virtualmente recibido de ellas, y el vendedor quedará con los derechos y obligaciones de un simple depositario.*

Artículo 380.- *El comprador deberá pagar el precio de las mercancías que se le hayan vendido en los términos y plazos convenidos. A falta de convenio lo deberá pagar de contado. La demora en el pago del precio lo constituirá en la obligación de pagar réditos al tipo legal sobre la cantidad que adeude.*

Artículo 382.- *Los gastos de entrega en las ventas mercantiles, serán:*

I.- A cargo del vendedor, todos los que se ocasionen hasta poner las mercancías pesadas o medidas a disposición del comprador;

II.- Los de su recibo y extracción fuera del lugar de la entrega, serán por cuenta del comprador.

130

Podemos observar que se da una relevancia notable a los plazos de pago y al lugar de entrega de la mercancía, que en este caso son un bien tangible y uno intangible.

Naturalmente la entrega del bien intangible se da en el momento en el que se externa la voluntad de cederlas y se realiza el pago de la contraprestación pactada por ellas. Por cuanto hace a la entrega del bien tangible, que es el soporte material de la obra, se deberá establecer en el contrato dónde será el lugar de entrega, y de esta expresión resultarán consecuencias diversas. Por ejemplo, si se estableciera que el lugar de entrega de la obra es en la galería, entonces el comprador tendría que correr con los gastos para llevar dicha obra hasta el lugar en donde quisiera resguardarla; pero si por el contrario se estableciera que el lugar de entrega es el domicilio del comprador, entonces será el vendedor quien deberá correr con dichos gastos, añadiendo naturalmente a estos el pago de un seguro de transporte, pues de lo contrario se deberá hacer responsable por el daño que pudiese producirse en la obra por un mal manejo o un accidente.

La importancia de hacer de este un contrato de compraventa mercantil resulta por cuanto que si se trata de una compraventa mercantil, las partes quedan sujetas a las normas sustantivas del Código de Comercio (Arts. 77 a 88 y 371 a 388) en donde se determina, entre otros, que la transmisión de los riesgos opera a partir del momento en que se entreguen real, jurídica o virtualmente las mercancías, y no desde que se perfecciona el contrato como ocurre en materia civil. Desde el punto de vista adjetivo resulta relevante también, puesto que si una compraventa es civil, las partes quedan sujetas directamente a las normas procesales del Código procesal local, en tanto que si la compraventa es mercantil, las partes quedan sujetas en primer lugar a las normas procesales del Código de Comercio, y sólo supletoriamente y en tanto no haya contradicción en las mismas, a las del Código Federal de Procedimientos Civiles; aunque son similares a las previstas por los códigos locales, se diferencian no sólo por los juicios, vías procesales, términos y periodo probatorio, sino también por la forma,

términos y condiciones para ofrecer pruebas, así como la apreciación de las mismas, que difieren de las previstas en los códigos de las entidades federativas¹¹⁶.

Finalmente, podemos observar que la celebración de contratos entre las partes añade certeza jurídica a la operación, y en el caso particular del Mercado del Arte mexicano, le añade la formalidad de la cual carece.

El contrato de compraventa puede celebrarse entre el autor y el coleccionista, o bien puede formar parte del contrato de consignación celebrado entre el galerista y el autor para que aquél actúe en nombre y representación de éste. Sin embargo, el autor deberá emitir un poder en el que expresamente se establezcan tanto la autorización para ceder, como los derechos patrimoniales que se cederán respecto de la obra y en favor del coleccionista.

Por medio de este contrato, surge la posibilidad de proteger de manera mucho más eficaz los derechos patrimoniales del autor, y también aclara al adquirente de la obra los límites dentro de los cuales puede utilizar la obra.

En este sentido, debemos observar que la celebración de contratos como los señalados a lo largo del presente estudio ayuda al fortalecimiento de las relaciones comerciales entre los creadores, promotores, intermediarios y coleccionistas dentro del mercado del arte. En este sentido es de vital importancia estimular el uso de estas figuras jurídicas a efecto de poder crear un mercado perfectamente estructurado dentro del cual puedan desarrollarse todos los actores, y que las controversias que pudiesen suscitarse puedan llegar a una solución mucho más pronta y económicamente eficiente para los involucrados.

Caso Práctico

Hace poco la artista Lorena Mal me comentó que iba a vender una de sus más recientes obras y tenía diversas inquietudes al respecto¹¹⁷. Ella es una artista quien utiliza el dibujo como lenguaje que significa y da forma a otros medios como el sonido, el movimiento (gestos), experiencias, o texto, explorando las posibilidades de colaboración y participación del público en el proceso de producción y construcción de la obra en sí, usando múltiples

¹¹⁶ LEON TOVAR, Soyla, *CONTRATOS MERCANTILES*, Oxford University Press, México, 2012. P. 147

¹¹⁷ MAL, Lorena, comunicación personal, México D.F., México. 7 de Diciembre de 2012

medios como video, internet, instalación interactiva, bases de datos, medios digitales, y medios impresos, por lo cual es natural que existan diversos aspectos en su obra y la manera de comercializar con ella cuya protección no resulta tan obvia como en el caso de una simple escultura, fotografía o pintura.

Esta obra en particular era no sólo una expresión a través de un medio poco común, sino la materialización de un proceso de entrevistas que fueron grabadas y que llevó a la creación de una escultura; de modo tal que la obra se conforma por el elemento cinematográfico en conjunción con el objeto escultórico.

Vale la pena señalar que dicho objeto escultórico es un anillo que fue creado al traducir las expresiones de quienes fueron entrevistados a trazos, a través de un programa computacional.

Para mayor precisión, los particulares de la obra son los siguientes:

Autor: Lorena Mal
Título: ¿Cómo es el objeto que heredaste?, 2012
Contenido: 2 cuestionarios, impresión sobre papel, 27.9 x 21.5cm
 2 Anillos de plata .999, 29.53x47.57x4mm (Madre), 26.98x19.80x4mm
 (Hija).

3 DVD que contienen:

- Video HD (16:9) y dibujo digital cuadro por cuadro, sin sonido, 0:36, loop
- Video HD (16:9) y dibujo digital cuadro por cuadro, sin sonido, 0:20, loop
- Díptico de video HD (16:9) y dibujo digital cuadro por cuadro, sin sonido, 0:36m, loop

Edición: 1/2

Identificación: #E0012

Descripción de la obra: Madre e hija responden a una misma pregunta, describiendo el anillo de compromiso que la madre entregó a su hija al divorciarse del padre de ésta. Las entrevistas fueron realizadas separadamente. Los gestos de sus manos al describir el objeto se hicieron visibles por medio de dibujo digital cuadro por cuadro sobre el video de registro

de ambas respuestas. A partir del contorno exterior de ambos gestos se produjeron dos anillos de plata. 999, 29.53x 47.57x 4mm (Madre), 26.98x 19.80x 4mm (Hija).

Atendiendo a la descripción anterior, las inquietudes de Lorena Mal respecto de la venta de su obra eran los siguientes:

133

1. Cómo podría evitar que la obra fuera reproducida por su comprador, ya que el soporte material –DVD- era fácilmente reproducible.
2. Era de su interés que la obra después de ser adquirida se exhibiera únicamente de una manera específica.
3. Toda vez que parecía imposible registrar su obra dado que las características de la misma no cabían dentro de ninguna de las figuras de obra artística señaladas por la Ley ¿cómo podría registrarla?
4. Ella sabía que existía un derecho de participación en la venta posterior de la obra (*droit de suite*), sin embargo no sabía cómo hacerlo eficaz.

Atendiendo a las inquietudes de Lorena Mal, se llevó a cabo el desarrollo del siguiente contrato, el cual dentro de sus cláusulas establece las medidas para evitar la reproducción del soporte material, limitar la forma de exhibición de la obra únicamente a la forma específica en que la artista lo requería; evitar el registro de la obra ante el Instituto Nacional del Derecho de Autor por parte del adquirente; además de una manera práctica de hacer eficaz el derecho de participación en ventas posteriores¹¹⁸.

En un principio tanto Lorena Mal como el autor de esta tesis, nos encontrábamos inquietos por el hecho de que la incorporación de un contrato de compraventa en una relación que originalmente no lo contemplaba, pudiera terminar con el interés en la adquisición de la compraventa por parte del coleccionista; sin embargo, afortunadamente para la Artista y para la propuesta del presente estudio, el contrato fue adoptado sin impedimentos por parte del coleccionista, por lo cual la compraventa se llevó a cabo y el contrato se ejecutó en los siguientes términos:

¹¹⁸ En el capítulo siguiente se hablará a detalle de las particularidades y la ineficacia del *droit de suite* en la legislación mexicana.

CONTRATO DE COMPRAVENTA DE OBRA DE ARTE QUE CELEBRAN POR UNA PARTE LORENA MAL A QUIEN EN LO SUCESIVO SE LE DENOMINARÁ “EL VENDEDOR”, Y POR LA OTRA EL SEÑOR X A QUIEN EN LO SUCESIVO SE LE DENOMINARÁ “EL COMPRADOR”, AL TENOR DE LAS SIGUIENTES DEFINICIONES, DECLARACIONES, CLÁUSULAS Y ANEXOS:

134

DEFINICIONES –

CONTRATO

El presente acuerdo de voluntades celebrado entre el Comprador y Vendedor y cuyo objeto es la compraventa de una obra de arte.

OBRA

Es el bien mueble cuyos elementos y características son inseparables, objeto material en el que la creación artística está incorporada, objeto del presente contrato, cuyas características particulares se encuentran descritas en el Anexo I del presente Contrato.

AUTOR

Lorena Mal

CERTIFICADO DE AUTENTICIDAD

Es el documento emitido por el autor, que es declarativo de la autenticidad de la obra y que sólo es válido con la firma del autor.

PARÁMETROS DE MODIFICACIÓN

Son los lineamientos establecidos por el autor dentro de los cuales es posible modificar la obra sin provocar un daño moral al autor o alterar los derechos patrimoniales y morales de los que el autor es titular, mismos que se encuentran descritos en el Anexo II del presente Contrato.

EXHIBICIÓN

La muestra pública en un espacio público o privado de la obra ya sea para efectos culturales, económicos o de venta de la obra.

DERECHO DE PARTICIPACIÓN

El que se encuentra señalado en el Artículo 92 bis de la Ley Federal del Derecho de Autor

LFDA

Ley Federal del Derecho de Autor

CC

Código de Comercio

135

DECLARACIONES –

El Vendedor declara:

- a) Ser una persona física de nacionalidad mexicana, mayor de edad y con domicilio en ... y cuyo correo electrónico es
- b) La creación artística como su principal actividad.
- c) Ser el legítimo titular de los derechos morales y patrimoniales de la obra de arte objeto del presente contrato, y que la creación de la misma es anterior a la celebración de este contrato.
- d) Que es su voluntad celebrar el presente contrato y obligarse en los términos del mismo en sus definiciones, declaraciones, cláusulas y anexos.

El Comprador declara:

- a) Ser una persona física de nacionalidad mexicana, mayor de edad y con domicilio en ... y cuyo número telefónico es...
- b) Que la creación, colección y comercialización de obras artísticas es su principal actividad.
- c) Que la procedencia de los recursos económicos con los que saldará las obligaciones concebidas en el presente contrato es legítima y comprobable.
- d) Que la obra que adquirirá por virtud del presente contrato es una obra existente y de ninguna manera se deberá considerar obra por encargo.
- e) Que conoce las características y condiciones de la obra objeto del presente contrato.
- f) Que es su voluntad celebrar el presente contrato y obligarse en los términos del mismo en sus definiciones, declaraciones, cláusulas y anexos.

Ambos declaran:

Que es su voluntad celebrar el presente contrato atendiendo a lo establecido por la legislación Mercantil Civil y de Derechos de Autor existente en la fecha de ejecución del presente Contrato en los Estados Unidos Mexicanos

136

CLÁUSULAS --

Primera. El objeto del presente contrato es la compraventa de la obra de arte descrita en el Anexo I dentro de las limitaciones establecidas por los artículos 38 y 85 de la LFDA.

Segunda. Se considera que el Comprador ha adquirido la Obra a partir de la fecha de firma del presente Contrato. Consecuentemente las partes asumirán las obligaciones establecidas en el Contrato a partir de dicha fecha, y los plazos establecidos en el presente contrato comenzarán a correr a partir de la misma fecha.

Tercera. De conformidad con la LFDA, el Vendedor permanecerá como titular de los derechos patrimoniales con relación a La Obra, mismos que son atribuibles al autor de una obra.

Cuarta. El Comprador, tendrá el derecho exhibir La Obra y Plasmarla en catálogos siempre que sea de forma gratuita o para fines culturales y dentro de los parámetros descritos en el Anexo II del presente Contrato.

Quinta. Atendiendo a los derechos morales del autor, el Comprador deberá notificar por escrito tanto al correo electrónico como al domicilio del Vendedor señalados en las Declaraciones del presente Contrato, declarando que la obra será exhibida de conformidad con los parámetros establecidos en el Anexo II del presente Contrato, a efecto de que el autor emita una autorización por escrito; de lo contrario dicha exhibición se tendrá como no autorizada por el autor para los efectos que la LFDA establezca.

Sexta. Si resulta imposible la exhibición de la obra dentro de los parámetros establecidos en el Anexo II, el Comprador deberá notificar al Vendedor por escrito en su domicilio y en la dirección de correo electrónico señaladas en las declaraciones del presente Contrato su propuesta de exhibición a efecto de que en caso de ser adecuada el autor devolverá una autorización de exhibición por escrito. Si dicha propuesta no es adecuada para el autor, éste deberá devolver al Comprador una propuesta de exhibición que se adecue a lo propuesto originalmente por el Comprador.

El Comprador no se encuentra autorizado a publicar en internet el formato digital que constituye la obra y de hacerlo se le tendrá responsable por el daño moral y patrimonial que se le pueda causar al Autor.

El Vendedor se encuentra autorizado a publicar en internet imágenes de la obra y reproducciones parciales del formato digital siempre y cuando señale al comprador como Coleccionista de la obra.

Séptima. Si en algún momento existe un documental, artículo periodístico, obra literaria o cualquier publicación similar con relación a la Obra, se entiende que tanto el Comprador como el Vendedor se encuentran autorizados a realizar entrevistas con relación a la obra siempre y cuando no se expresen de manera que puedan afectar el prestigio de la Obra, del Autor y/o del Comprador de la misma.

En caso de actuar en contravención a la presente cláusula, quien haya incurrido en tal violación al Contrato deberá pagar a la otra parte el 70% (setenta por ciento) de lo que se le haya pagado por realizar tal publicación, reservándose la parte afectada las acciones que para tal efecto establezca la ley y en caso de hacer tal intervención de forma gratuita, se deberá pagar a la parte afectada el valor comercial de la obra al momento de dicha publicación.

Octava. El formato digital de la obra se encuentra identificado por el número ID #E0012 de modo tal que se deberá entender como una dentro de una colección compuesta por dos obras, y por lo cual tanto el Comprador como el Vendedor se obligan a no replicarlo en forma alguna más allá de la colección. De lo contrario se estará a lo dispuesto por los artículos 424 III, 424 bis, 424 ter, 427 y 428 del Código Penal Federal.

Novena. Como contraprestación por la enajenación de la obra, el Comprador deberá pagar al vendedor la cantidad de \$20,000 M.N. (veinte mil pesos mexicanos) más lo correspondiente al impuesto al valor agregado dentro de los cinco días hábiles posteriores a la fecha de ejecución del presente Contrato.

Sólo hasta que la cantidad señalada sea entregada al Vendedor o su representante, el Vendedor deberá emitir una factura en nombre del Comprador y al mismo tiempo deberá entregar la Obra y el Certificado de Autenticidad firmado que sea correspondiente a la Obra dentro de los dos días hábiles posteriores al pago de la contraprestación, corriendo con los costos de entrega.

De no entregarse la Obra y el Certificado de Autenticidad en el plazo señalado, el Comprador deberá solicitarlo por escrito al Vendedor y éste deberá entregarlo en un plazo no mayor a dos días hábiles, de lo contrario el Comprador estará facultado para rescindir el contrato y solicitar la devolución de dicha contraprestación, reservándose las acciones que para tal efecto establezca la legislación correspondiente.

El Comprador tendrá conforme al artículo 383 del Código de Comercio, un plazo de cinco días para reclamar las faltas de cantidad o calidad de los bienes objeto del contrato, contados a partir de su entrega "real"; transcurrido dicho término perderá el derecho a formular cualquier reclamación.

A efecto de que El Comprador pueda reclamar del Vendedor los vicios ocultos de los elementos constitutivos de la Obra objeto del contrato, deberá notificárselo fehacientemente con un plazo de 30 días siguientes a su recepción, so pena de perder su derecho.

En el caso de que la Obra presente vicios ocultos, se procederá a voluntad de las partes a elegir entre la restitución de los bienes, si la naturaleza de los mismos la permite o la rescisión del presente contrato, donde el enajenante se obligue a restituir su dinero y el adquirente a devolver la obra.

Décima. Si el formato digital en el que se presenta la obra se llegara a dañar, el Comprador deberá notificar al Vendedor de esta situación por escrito entregando el dispositivo dañado y el Vendedor deberá reponer dicho elemento de la Obra, aunque el Comprador deberá correr con los gastos necesarios para tal restitución.

Onceava. En caso de reventa de la Obra por parte del Comprador, éste deberá notificar por escrito al domicilio y correo electrónico del Vendedor señalados en las declaraciones del presente Contrato, su intención de vender la obra, señalando al mismo tiempo los datos de contacto (domicilio, teléfonos y responsables) de la galería, corredor, subastador o intermediario comercial que será responsable de realizar dicha reventa, si a falta de los anteriores dicha reventa fuese conducida únicamente por el Comprador, deberá notificar al Vendedor tal situación.

Una vez realizada dicha compraventa, de conformidad con el artículo 92 bis de la LFDA, deberá entregar al Autor o sus herederos lo equivalente 4% (cuatro por ciento) del valor de la venta únicamente en caso de plusvalía correspondiente al derecho de participación del artista en el precio de reventa establecidos en el Convenio de Berna y la LFDA.

Si el Comprador actuara fraudulentamente con relación a la presente cláusula y omitiera dicha declaración o veracidad en la misma, seguirá obligado a saldar dicha obligación con relación al valor real de venta y el Vendedor tendrá para sí todas las acciones que correspondan de acuerdo con la LFDA, el Código Civil Federal, el Código de Comercio y el Código Penal Federal.

Doceava. Si se llegara a anular cualquiera de las cláusulas del presente contrato, las demás cláusulas y las obligaciones generadas por el presente contrato seguirán vigentes.

Treceava. Las partes renuncian a cualquier fuero que por su nacionalidad pudiera corresponderles, asimismo, acuerdan que cualquier controversia relativa al presente contrato será resuelta de conformidad con las leyes mexicanas y se obligan a resolver cualquier controversia que por el incumplimiento o la interpretación del presente contrato pudiese existir ante los las instancias judiciales mexicanas.

Datos de la obra en venta

Autor: Lorena Mal **Título:** ¿Cómo es el objeto que heredaste?, 2012 **Características:** 2 cuestionarios, impresión sobre papel, 27.9 x 21.5cm 2 Anillos de plata .999, 29.53x47.57x4mm (Madre), 26.98x19.80x4mm (Hija). 3 DVD que contienen: 1. Video HD (16:9) y dibujo digital cuadro por cuadro, sin sonido, 0:36, loop 2. Video HD (16:9) y dibujo digital cuadro por cuadro, sin sonido, 0:20, loop 3. Díptico de video HD (16:9) y dibujo digital cuadro por cuadro, sin sonido, 0:36m, loop Edición 1/2 ID #E0012

Descripción de la obra

Madre e hija responden a una misma pregunta, describiendo el anillo de compromiso que la madre entregó a su hija al divorciarse del padre de ésta. Las entrevistas fueron realizadas separadamente. Los gestos de sus manos al describir el objeto se hicieron visibles por medio de dibujo digital cuadro por cuadro sobre el video de registro de ambas respuestas. A partir del contorno exterior de ambos gestos se produjeron dos anillos de plata 999, 29.53x 47.57x 4mm (Madre), 26.98x 19.80x 4mm (Hija).

Parámetros de exhibición:

1. La exhibición de la obra debe incluir todos los elementos que la componen (anillos, videos, y opcionalmente los cuestionarios).
2. Ambos videos pueden mostrarse en una sola pantalla (díptico) o en pantallas separadas, siempre y cuando se muestren ambos videos acompañados de los demás elementos que integran la obra.

Participación del artista en el precio de reventa

“Tenemos arte para no morir de verdad”

Friedrich Nietzsche

Concepto y origen de esta regulación

El derecho de participación, también conocido como *droit de suite* por su origen francés, nace del derecho de propiedad francés y con él se pretende garantizar a los artistas el pago por parte del vendedor de un porcentaje del precio de la venta sucesiva de sus obras. Toda vez que se trata de un derecho patrimonial el cual es irrenunciable, se transmitirá únicamente por sucesión mortis causa y se extinguirá transcurridos cien años a partir de la muerte o de la declaración de fallecimiento del autor.

En este sentido, para comprender el *droit de suite* debemos examinar qué significa la expresión remuneración proporcional. Este tipo de remuneración consiste en la determinación de un porcentaje que se aplica sobre una base de cálculo constituida por los ingresos derivados de la explotación de la obra, es decir, que el autor obtiene una parte alícuota de tales ingresos. En definitiva la remuneración proporcional supone enlazar los intereses patrimoniales del autor al resultado económico de la explotación de la obra. De esta forma, si la obra tiene poca aceptación los ingresos del autor serán más reducidos y si la obra tiene gran éxito dichos ingresos se verán multiplicados¹¹⁹.

¹¹⁹ CABEDI SERNA, Llanos. EL DERECHO DE REMUNERACIÓN DEL AUTOR, Editorial Dykinson, Madrid, 2011. P.502

El derecho de participación es una clara estimulación a la generación de un mercado del arte en el que el artista también se beneficie de la especulación comercial que existe en torno a sus obras.

Este derecho se inició en Francia y su objeto era remediar la situación poco frecuente a principios de siglo en el campo de las obras plásticas en la que se encontraba un artista poco conocido al vender sus obras por un precio módico y, posteriormente, si el autor llegaba a ser un artista ilustre, originándose la venta de sus obras en el mercado del arte por un precio muy superior al inicial, sus herederos, muchas veces en la miseria, no tenían derecho alguno sobre la obra o su explotación económica¹²⁰.

Fue el abogado Albert Vaunois quien lanzó su idea a la prensa en 1893, mientras que otro abogado Edouard Mack lo trató nuevamente en 1896. Finalmente la idea del derecho de participación se acogió en la Ley Francesa de 1920 como un derecho inalienable de participación del 3% en el producto de las ventas de sus obras hechas en salas de subastas o con mediación de un comerciante y cuando el objeto sobrepasara 10.000 francos¹²¹.

Como se puede observar, el propósito de este derecho surge con la intención de ayudar a los artistas o herederos que se encontraban en una situación económica desfavorable, sin embargo, una vez positivizada en la ley, dicha garantía se convierte en inalienable y no distingue la condición económica de los artistas. En este sentido, se verán igualmente favorecidos por la ley un artista cuya situación económica sea cómoda y aquel que sufra de una condición económica desfavorable.

No obstante lo anterior, los autores se verán económicamente favorecidos de forma distinta si se toma en consideración que en la remuneración proporcional la equivalencia o proporcionalidad entre la remuneración del autor y los beneficios del cesionario existe por el hecho de conectar tal remuneración, en forma de porcentaje, a los ingresos derivados de la explotación de la obra. Además, la remuneración proporcional es equitativa también porque

¹²⁰ ORTEGA DOMENECH, Jorge. OBRA PLÁSTICA Y DERECHOS DE AUTOR, Editorial Reus, Madrid. 2000. P. 147

¹²¹ Idem. P. 148

es una forma justa de determinar la remuneración, justicia que proviene precisamente del hecho de que la retribución del autor dependa únicamente del éxito o fracaso de su obra¹²².

Por lo antes mencionado es que resulta hasta cierto punto cuestionable el beneficio del *droit de suite* para el comercio del arte, toda vez que no establece que este derecho opere sólo cuando el valor de la obra incrementa que sería lo lógico atendiendo a la remuneración compensatoria; y a falta de regulación al respecto se deberá entender que al artista participará en el valor de venta de la obra, inclusive si éste es inferior al valor en que originalmente se vendió, lo que naturalmente opera en detrimento de los comerciantes de arte y desestimula es desarrollo del mercado.

Aunado a lo anterior, no se debe dejar pasar por alto que el incremento en el valor de una obra de arte no necesariamente atiende a la calidad estética o discursiva que el artista pudo plasmar en su obra, sino que muchas veces atiende al talento comercial de los galeristas, subastadores y corredores de arte así como de todos los actores del mercado que logran elevar el valor de una obra determinada. En este entendido ¿Por qué debería el artista beneficiarse de una labor que no ha sido suya?

Posicionándonos en el plano internacional, éste derecho se estableció en el Convenio de Berna, en donde se señala lo siguiente:

Artículo 14ter

«Droit de suite» sobre las obras de arte y los manuscritos:

1. Derecho a obtener una participación en las reventas; 2. Legislación aplicable; 3. Procedimiento

1) En lo que concierne a las obras de arte originales y a los manuscritos originales de escritores y compositores, el autor - o, después de su muerte, las personas o instituciones a las que la legislación nacional confiera derechos - gozarán del derecho inalienable a obtener una participación en las ventas de la obra posteriores a la primera cesión operada por el autor.

¹²² CABEDI SERNA, Llanos. EL DERECHO DE REMUNERACIÓN DEL AUTOR, Editorial Dykinson, Madrid, 2011. P.505

2) La protección prevista en el párrafo anterior no será exigible en los países de la Unión mientras la legislación nacional del autor no admita esta protección y en la medida en que la permita la legislación del país en que esta protección sea reclamada.

3) Las legislaciones nacionales determinarán las modalidades de la percepción y el monto a percibir.

Como se puede apreciar, el Convenio de Berna establece esta garantía en favor de los autores, sin embargo admite que los países miembros del convenio no establezcan tal derecho en sus legislaciones nacionales, asimismo permite que en las legislaciones nacionales se establezca el monto de participación.

Es sin duda alguna admirable que se haya considerado este derecho en el Convenio de Berna, sin embargo carece de una visión a un mercado internacional del arte al no contemplar que no es complicado y que incluso es común trasladar una obra determinada de un país a otro y sea para su venta o colección; es decir, que el Convenio en comento resulta deficiente tratándose del mercado internacional del arte.

Debemos tener presente que el mercado del arte es uno internacional, por lo cual la ineficiencia antes mencionada se presenta en cuanto la obra de arte entra al mercado secundario en un país distinto al de origen. Es factible que el porcentaje sobre la venta de la obra en el país en donde se lleve a cabo la venta sea inferior al del país de origen, o en el peor de los casos, que la legislación nacional del país de venta ni siquiera considere el *driot de suite*, haciendo del derecho inalienable establecido en el artículo 14 ter del Convenio uno carente de eficacia.

En virtud de lo anterior, basados en un principio de territorialidad de la ley, resulta probable que un coleccionista asista a ver una obra en un país determinado y solicite al galerista que la venta de la obra se lleve a cabo en un país distinto en donde el porcentaje de participación sea inferior o incluso nulo, resultando un beneficio económico únicamente para el coleccionista y el galerista o corredor de arte pero no para el artista.

Debemos entender que como en cualquier mercado existe una cadena de distribución del producto, en donde normalmente éste va adquiriendo valor, pero esto nunca va a repercutir

en la situación económica del productor; a éste se le pagará el precio establecido por su producto, y el precio se irá elevando hasta que llegue a su consumidor final precisamente por los costos que implica la distribución. ¿Por qué debería ser distinto en la cadena de distribución del arte?

En este orden de ideas, a efecto de justificar la importancia del fomento cultural a través de un estímulo económico para los artistas, plasmado en nuestras leyes tendiente a proteger el derecho del acceso a la cultura, podría atenderse al artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que se adoptó por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 3 de enero de 1976, mismo que señala lo siguiente:

Artículo 15

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:

a) Participar en la vida cultural;

b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;

c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.

Observando lo anterior, si bien el beneficiario directo de la existencia del *driot de suite* es en primera instancia el autor y sus herederos, con esta y otras medidas del pacto se busca que el verdadero beneficiario sea la humanidad al verse expuesta a distintos elementos artísticos e incrementar en gran medida el patrimonio cultural.

En este sentido, es difícil establecer una opinión favorable o desfavorable respecto de la existencia de esta garantía, puesto que si bien es correcto estimular de forma económica la creación artística, ya que se convierte en un beneficio cultural para la humanidad, tampoco es adecuado establecer legislaciones que se entrometan de manera tan directa dentro de un mercado, pues no debemos olvidar que el negocio del arte es eso, un negocio que como todo negocio se mide por la eficacia económica.

Forma de operación

No obstante lo anterior, el presente estudio versa sobre el Mercado del Arte en México, por lo cual debemos observar a la legislación pertinente en nuestro país independientemente de lo eficiente o no que resulte para este mercado. En este sentido, nuestra normativa en la materia regula el derecho de participación en el su artículo 92 Bis, al señalar:

***Artículo 92 bis.-** Los autores de obras de artes plásticas y fotográficas tendrán derecho a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa que de las mismas se realice en pública subasta, en establecimiento mercantil, o con la intervención de un comerciante o agente mercantil, con excepción de las obras de arte aplicado.*

***I.-** La mencionada participación de los autores será fijada por el Instituto en los términos del Artículo 212 de la Ley.*

***II.-** El derecho establecido en este Artículo es irrenunciable, se transmitirá únicamente por sucesión mortis causa y se extinguirá transcurridos cien años a partir de la muerte o de la declaración de fallecimiento del autor.*

***III.-** Los subastadores, titulares de establecimientos mercantiles, o agentes mercantiles que hayan intervenido en la reventa deberán notificarla a la sociedad de gestión colectiva correspondiente o, en su caso, al autor o sus derechohabientes, en el plazo de dos meses, y facilitarán la documentación necesaria para la práctica de la correspondiente liquidación. Asimismo, cuando actúen por cuenta o encargo del vendedor, responderán solidariamente con éste del pago del derecho, a cuyo efecto retendrán del precio la participación que proceda. En todo caso, se considerarán depositarios del importe de dicha participación.*

***IV.-** El mismo derecho se aplicará respecto de los manuscritos originales de las obras literarias artísticas.*

Tal y como se señala en el Convenio de Berna, los autores de obras de artes plásticas y fotográficas, tienen el derecho de obtener una participación en el precio y no en la utilidad de la venta sucesiva de tal obra. Esta participación no se regula en este artículo, pero se establece los términos en que se fijará tal porcentaje.

Por otro lado, se señalan como características de este derecho ser irrenunciable, aunque no se establece expresamente que sea inalienable, y por ello podría pensarse que el titular de este derecho de participación podría libremente cederlo de forma onerosa como todas las cesiones contempladas; sin embargo el mismo artículo limita la transmisión de este derecho a la sucesión *mortis causa*, siguiendo las mismas reglas de todo derecho patrimonial adquirido por esta vía.

Asimismo, establece la obligación de los comerciantes de arte de notificar de la venta y las características particulares de la misma a la sociedad de gestión colectiva correspondiente, que en el caso de una obra fotográfica se trata de la Sociedad Mexicana de Autores de Obras Fotográficas, S.G.C. de I.P., y en el caso del resto de las obras artísticas la Sociedad de Autores de Obras Visuales Imagen del Tercer Milenio, S.G.C. de I.P., o la Sociedad Mexicana de Autores de las Artes Plásticas, S.G.C. de I.P., pues son las sociedades que para tal efecto han obtenido su registro ante el Instituto Nacional del Derecho de Autor.

Al mismo tiempo, establecen la obligación a los comerciantes de arte de retener el precio de la participación que sea procedente, a efecto de que en un plazo no mayor a dos meses sea entregado a quien en ese momento sea titular del derecho.

Por lo que toca al monto o porcentaje que deberá ser pagado por las ventas sucesivas, es importante recordar la libertad que el artículo 14 ter del Convenio de Berna permite la posibilidad a las legislaciones nacionales de establecer los montos o porcentajes a saldar por las ventas sucesivas. En este orden de ideas, se establece en el artículo 92 de la Ley Federal del Derecho de Autor, que dicha participación será fijada por el Instituto en los términos del artículo 212 que a la letra dice:

Artículo 212.- Las tarifas para el pago de regalías serán propuestas por el Instituto a solicitud expresa de las sociedades de gestión colectiva o de los usuarios respectivos.

*El Instituto analizará la solicitud tomando en consideración los usos y costumbres en el ramo de que se trate y las tarifas aplicables en otros países por el mismo concepto. Si el Instituto está en principio de acuerdo con la tarifa cuya expedición se le solicita, procederá a publicarla en calidad de proyecto en el **Diario Oficial de la Federación** y otorgará a los interesados un plazo de 30 días para formular observaciones. Si no hay oposición, el Instituto procederá a*

*proponer la tarifa y a su publicación como definitiva en el **Diario Oficial de la Federación**.*

*Si hay oposición, el Instituto hará un segundo análisis y propondrá la tarifa que a su juicio proceda, a través de su publicación en el **Diario Oficial de la Federación**.*

148

Tal y como señala la ley, la existencia de una tarifa para el pago de regalías, depende de que la fijación de ésta sea solicitada por la sociedad de gestión colectiva correspondiente al Instituto, o en su defecto de los usuarios respectivos, es decir los artistas.

Nuevamente, también en el ámbito nacional el *droit de suite* se muestra ineficiente toda vez que no existe un acuerdo publicado en materia de derechos de autor que establezca cuál será la regalía, montó o porcentaje que deberá pagarse al artista por el valor de las ventas sucesivas de su obra.

Sin embargo, esta vez no es posible culpar a los legisladores o al Instituto por esta deficiencia, pues ambos han puesto a disposición de los usuarios las herramientas necesarias para hacer eficaz el derecho propuesto en el Convenio de Berna y posteriormente en la Legislación mexicana. Sin embargo, es el desconocimiento de la comunidad artística y la apatía de las sociedades de gestión colectiva lo que no ha impulsado la existencia de dicha tarifa traduciéndose en la ineficacia del *droit de suite* en México.

Es sin duda alguna desafortunado que éste derecho, que también se encuentra reglamentado en los artículos 31 bis, ter y quater del Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor, no pueda gozar de eficacia al no existir una tarifa establecida por el Instituto Nacional del Derecho de Autor, pues el derecho en sí se basa en esa cifra precisa que, como se señaló anteriormente, para la ley mexicana no existe.

A efecto de comprender la operación de este derecho —en caso de que llegara a establecerse una tarifa- vale la pena observar los artículos del Reglamento de la Ley Federal del Derecho de autor previamente señalados:

Artículo 31 ter.- Para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del artículo 92 bis de la Ley, se estará a lo siguiente:

L Los subastadores, titulares de establecimientos mercantiles, comerciantes o agentes mercantiles mantendrán en depósito la cantidad retenida hasta

entregarla al autor, sus derechohabientes o a la sociedad de gestión colectiva correspondiente, o al momento de hacer la consignación respectiva ante autoridad competente.

Las formas, plazos y montos de retribución por el cargo de depositario, se sujetarán a lo previsto en la tarifa fijada por el Instituto o, en su caso, a los términos del contrato celebrado por las partes interesadas y, en su defecto, a los usos de la plaza en que se haya constituido el depósito.

Los gastos de administración por el carácter de depositario, se descontarán de la misma cantidad depositada. En todo caso, el plazo para establecer el inicio de la generación de los gastos, deberá tomar como base la notificación fehaciente de la reventa.

II. *Las notificaciones a las sociedades de gestión colectiva o, en su caso, a los autores o sus derechohabientes por la reventa de las obras de las artes plásticas, fotográficas o manuscritos originales de las obras literarias y artísticas deberán realizarse por escrito y contener, al menos, el nombre del autor, título de la obra, lugar y fecha en que se haya efectuado la reventa, los datos completos del revendedor y el precio de la reventa, acompañando copia de la factura o del documento legal que permita la verificación de los datos y la práctica efectiva de la liquidación.*

Las notificaciones surtirán sus efectos conforme a las disposiciones legales aplicables, debiendo en todo caso, obtenerse el acuse de recibo de la persona interesada, o el comprobante de envío o transmisión de la información de la reventa.

En los casos en que no se tengan los datos de identificación del autor o los de su ubicación, que haga posible su notificación, los subastadores, titulares de establecimientos mercantiles, comerciantes o agentes mercantiles fijarán, en un lugar visible y de acceso público dentro del establecimiento mercantil en el que se haya llevado a cabo la reventa, un aviso que contendrá el título de la obra, el precio de la reventa, las fechas de adjudicación o de reventa y, en su caso, los datos del autor.

Las sociedades de gestión colectiva correspondientes, de manera directa o a petición de los subastadores, titulares de establecimientos mercantiles o agentes mercantiles, podrán proporcionar anualmente una lista de todos sus agremiados, relacionando sus obras registradas y acompañando copia del documento que acredite el mandato otorgado por el autor para facultarla a recibir a su nombre la participación correspondiente. Esta información podrá incluir la derivada de los convenios de representación recíproca que hubiere celebrado la sociedad de gestión colectiva.

El plazo de dos meses para la notificación de la reventa efectuada, se contará a partir del día siguiente de la fecha efectiva del cobro total de la reventa, salvo pacto en contrario o por disposición expresa en la tarifa correspondiente.

III. Para la recaudación del importe correspondiente a la participación, los interesados deberán presentar los documentos que los acrediten fehacientemente como autores o sus derechohabientes y, en el caso de las sociedades de gestión colectiva, deberán exhibir las constancias previstas en la Ley.

Los subastadores, titulares de establecimientos mercantiles, comerciantes agentes mercantiles, entregarán la cantidad en efectivo al autor o sus derechohabientes, que hubieren retenido por concepto de participación que corresponda en el precio de reventa y, en su caso, proporcionarán la información que resulte necesaria para la liquidación.

El autor o sus derechohabientes podrán exigir toda la información necesaria para la liquidación de los importes debidos en virtud del derecho de participación correspondiente a las reventas de obras de las artes plásticas, fotográficas o manuscritos originales de las obras literarias y artísticas. En el caso de que la parte interesada aceptara sin reserva el pago por las participaciones a que tiene derecho, se presumirá que no existen vicios aparentes.

Los subastadores, titulares de establecimientos mercantiles o agente mercantiles y las partes interesadas podrán pactar los términos y condiciones de los pagos correspondientes a las participaciones a que tengan derecho, **teniendo como base la tarifa fijada por el Instituto.**

Las sociedades de gestión colectiva que hubieren recibido pagos por este concepto, deberán mencionarlo en los informes requeridos por el Instituto en los términos de la ley.

IV. Las sociedades de gestión colectiva podrán recibir las notificaciones de reventa, aunque no tengan la representación respectiva, con la información señalada en la fracción II del presente artículo, con la obligación de conservarla, ponerla a disposición de los respectivos titulares cuando sea necesario o sean requeridas para ello y fijar en lugar visible y de acceso público dentro de sus instalaciones los avisos correspondientes, incluidos los medios electrónicos.

La información sobre la reventa de una obra estará a disposición de las organizaciones de gestión colectiva extranjeras, conforme a los convenios de representación recíproca celebrados por la sociedad de gestión colectiva.

V. Con el objeto de facilitar la información y recaudación de las participaciones a que tengan derecho, los autores, sus derechohabientes o las sociedades de gestión colectiva podrán celebrar acuerdos o convenios con los subastadores, titulares de establecimientos mercantiles, comerciantes o agentes mercantiles.

Artículo 31 quáter.- El autor o sus derechohabientes, por conducto del Instituto, podrán requerir la información necesaria para asegurar el pago de las participaciones por la reventa de las obras de las artes plásticas, fotográficas o manuscritos originales de las obras literarias y artísticas a que hace referencia el artículo 92 bis de la Ley, a los subastadores, titulares de establecimientos mercantiles, comerciantes o agentes mercantiles, que hayan intervenido en la

reventa, así como a las sociedades de gestión colectiva que hayan recibido las notificaciones correspondientes.

Podemos encontrar una reglamentación bastante adecuada para el *droit de suite* en México en los artículos reglamentarios del artículo 92 de la Ley Federal del Derecho de Autor, desafortunadamente, como se señaló anteriormente, la eficacia de este derecho y su reglamentación depende de la existencia de una simple declaración por parte del Instituto a solicitud de los interesados de la eficacia del *droit de suite*, y desafortunadamente estos últimos dejan sus intereses económicos respecto de su creación intelectual en manos de sociedades de gestión colectiva que no han explotado ya sea por ignorancia o apatía uno de los derechos más importantes internacionalmente, relacionados con la explotación económica del arte en favor de su autor.

151

A modo de ejemplo, a continuación se transcribe el acuerdo por el cual se establecen las tarifas correspondientes a las regalías por ejecución pública de obras musicales misma se encuentra regulada también por el artículo 212 de la Ley Federal del Derecho de Autor, en donde se pueden apreciar el solicitante –que en este caso no es una sociedad de gestión colectiva-, el objeto y el desarrollo del procedimiento de la solicitud de implementación de tarifas al Instituto Nacional del Derecho de Autor:

SEGUNDA SECCION
SECRETARIA DE EDUCACION PUBLICA

ACUERDO que establece la tarifa para el pago de regalías por la ejecución pública de obras musicales que se utilicen en aparatos conocidos como sinfonolas independientemente del sistema por el que funcionen, ya sea fonoelectromecánico o digital.

Al margen un sello con el Escudo Nacional, que dice: Estados Unidos Mexicanos.- Secretaría de Educación Pública.- Instituto Nacional del Derecho de Autor.- Dirección de Protección contra la Violación del Derecho de Autor.- Expediente DPVDA/SGC/ET/002/2002.

ACUERDO QUE ESTABLECE LA TARIFA PARA EL PAGO DE REGALIAS POR LA EJECUCION PUBLICA DE OBRAS MUSICALES QUE SE UTILICEN EN APARATOS CONOCIDOS COMO SINFONOLAS, INDEPENDIENTEMENTE DEL SISTEMA POR EL QUE FUNCIONEN, YA SEA FONOELECTROMECHANICO O DIGITAL.

ANTECEDENTES

El Instituto Nacional del Derecho de Autor, con fundamento en los artículos 2o., 208, 209 fracción I, 210 fracción V, 211 y 212 de la Ley Federal del Derecho de Autor artículos 1o., 103 fracciones I y XXI, 105, 106 fracción VII, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172 y 173 del Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor, publica el Acuerdo que establece la

tarifa definitiva para el pago de regalías por la ejecución pública de obras musicales que se utilicen en aparatos conocidos como sinfonolas, independientemente del sistema por el que funcionen, ya sea fonoelectromecánico o digital.

a) Solicitantes. *Los representantes legales de la Sociedad Mercantil denominada Consorcio Global, S.A. de C.V. y otros.*

b) Objeto. *Solicitar la intervención de este H. Instituto para el establecimiento de una tarifa para el pago de regalías por concepto de ejecución pública de obras musicales que se utilizan en aparatos conocidos como sinfonolas.*

c) Partes involucradas en el procedimiento de establecimiento de la tarifa.

1. *Mediante escrito presentado el veintisiete de agosto de dos mil dos, los representantes legales de la Sociedad Mercantil denominada Consorcio Global, S.A. de C.V. y otros, solicitaron la intervención de este H. Instituto para la expedición de una tarifa para el pago de regalías por concepto de ejecución pública de obras musicales.*

2. *Con fecha dieciocho de diciembre de dos mil dos, se emitió Acuerdo admisorio para iniciar el procedimiento administrativo de establecimiento de tarifa para el pago de regalías solicitada.*

3. *Con fecha veintitrés de enero de dos mil tres, se dictó Acuerdo por el que se ordenó la notificación a las partes involucradas en el procedimiento administrativo de establecimiento de la tarifa, a efecto de que manifestaran lo que a su derecho conviniera, en relación con la tarifa propuesta y, en su caso, formularan en términos de la fracción IV del artículo 167 del Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor su contrapropuesta, corriéndoles traslado a la Sociedad de Autores y Compositores de Música S. G. C.; a la Sociedad Mexicana de Productores de Fonogramas, Videogramas y Multimedia, S. G. C.; a la Sociedad de Ejecutantes, "EJE", S. G. C.; a la Asociación Nacional de Intérpretes, S. de I. de I. P.; y a la Confederación de Propietarios Mexicanos de Sinfonolas, A.C.*

4. *El veintiuno de febrero de dos mil tres, el C. Javier Hernández Pérez, presentó contrapropuesta en nombre de la Confederación de Propietarios Mexicanos de Sinfonolas A.C., sin presentar documento alguno que acreditara su personalidad, por lo que con fecha siete de marzo se requirió al C. Javier Hernández Pérez, la presentación de la documentación correspondiente para acreditar su personalidad, así como el señalamiento del domicilio para oír y recibir notificaciones, con fundamento en los artículos 15 y 17 A de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, apercibiéndolo de que para el caso de no dar cumplimiento se le tendría por no presentado.*

5. *Con fecha diez de abril de dos mil tres, se emitió Acuerdo por medio del cual se hizo efectivo el apercibimiento decretado en el Acuerdo de fecha siete de marzo de dos mil tres al señor Javier Hernández Pérez, toda vez que su escrito de desahogo fue presentado extemporáneamente.*

6. *El día diecinueve de marzo de dos mil tres, el C. Carlos Alberto Carreiro Trujillo, presentó contrapropuesta a nombre de la Sociedad de Autores y Compositores de Música, S. G. C. para el establecimiento de una tarifa para el pago de regalías por la ejecución pública de obras musicales en aparatos conocidos como sinfonolas, sin exhibir documento alguno que acreditara su personalidad, por lo que con fecha tres de abril de dos mil tres, se le requirió, para que exhibiera la documentación correspondiente. Asimismo, se hizo constar que el plazo de treinta días hábiles concedidos mediante Acuerdo de fecha veintitrés de enero de dos mil tres, a la Sociedad Mexicana de Productores de Fonogramas, Videogramas y Multimedia, S. G. C.; a la Sociedad de Ejecutantes "EJE", S. G. C.; y a la Asociación Nacional de Intérpretes, S. de I. de I. P., para que desahogaran la vista ordenada y presentaran contrapropuesta, transcurrió del día seis de febrero al día diecinueve de marzo de dos mil tres para la primera y del día siete de febrero al día veinte de marzo de dos mil*

tres para las dos siguientes, y al no haber desahogado la vista, se les tuvo por no presentadas sus contrapropuestas.

7. *Con fecha quince de mayo de dos mil tres y previo desahogo de la prevención formulada al C. Carlos Alberto Carreiro Trujillo, se admitió la contrapropuesta presentada a nombre de su representada, ordenándose dar vista con la misma a los representantes legales de Consorcio Global S.A. de C.V. y otros, para que manifestaran lo que a su derecho conviniera.*

8. *Con fecha diecinueve de junio de dos mil tres se tuvo por desahogada la vista ordenada a los representantes legales de Consorcio Global S.A. de C.V. y otros acordándose que una vez que se tuvieran los elementos legales necesarios, con fundamento en el artículo 212 párrafo segundo de la Ley Federal del Derecho de Autor, y 167 fracción IV incisos a), b) y c) de su Reglamento, se procedería a la publicación del proyecto de tarifa.*

9. *Con fecha seis de agosto de dos mil tres, este Instituto Nacional del Derecho de Autor convocó a una reunión, a efecto de conciliar las posiciones de las partes contenidas en la propuesta y contrapropuesta presentadas en el marco del presente procedimiento, con el objeto de que llegaran a una propuesta de tarifa consensada y satisfactoria para las partes.*

10. *En virtud de que las partes no llegaron a un acuerdo sobre el monto de la tarifa, no obstante los esfuerzos de este Instituto tendientes de conciliar propuesta y contrapropuesta, como se desprende de lo actuado en el procedimiento, el Instituto llevó a cabo en términos del artículo 212 párrafo segundo de la Ley Federal del Derecho de Autor y 170 párrafo primero de su Reglamento, el análisis y valoración de la propuesta y contrapropuesta presentadas por las partes involucradas en el procedimiento administrativo de establecimiento de tarifa para el pago de regalías por la ejecución pública de obras musicales que se utilicen en aparatos conocidos como sinfonolas; así como también analizó y valoró la información respecto de los usos y costumbres del ramo; las tarifas aplicables en otros países; y demás información de que el Instituto pudo allegarse, y con tales elementos, emitió un proyecto de tarifa en términos de lo dispuesto por el artículo 212 párrafo segundo de la Ley Federal del Derecho de Autor.*

11. *Mediante Acuerdo de fecha veintiséis de mayo de dos mil cuatro fue establecido el proyecto de tarifa para el pago de regalías por la ejecución pública de obras musicales que se utilicen en aparatos conocidos como sinfonolas, independientemente del sistema por el que funcionen, ya sea fonoelectromecánico o digital, ordenándose su notificación personal a las partes involucradas, así como la publicación en el Diario Oficial de la Federación de la síntesis de dicho Acuerdo y el proyecto de tarifa. Dicho proyecto de tarifa estableció: "... el pago de regalías de derecho de autor y derechos conexos, por concepto de lucro directo por la ejecución pública de obras musicales que se utilicen en aparatos conocidos como sinfonolas independientemente del sistema por el que funcionen, ya sea fonoelectromecánico o digital, será mensualmente y, por cada aparato, la cantidad equivalente a 5 (cinco) días de salario mínimo general vigente en la zona económica en la que cada sinfonola sea operada, al momento de la publicación de la presente tarifa, de los cuales, a los titulares de derecho de autor les corresponderá el 67% y a los titulares de derechos conexos el 33% ..." "...El pago de regalías de derecho de autor y derechos conexos, por concepto de lucro indirecto, por la ejecución pública de obras musicales que se utilicen en aparatos conocidos sinfonolas independientemente sistema por el que funcionen, ya sea fonoelectromecánico o digital, será convenido entre las partes".*

12. *Con fecha veintinueve de agosto de dos mil cinco, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación la síntesis del Acuerdo que establece el proyecto de tarifa para el pago de regalías por la ejecución pública de obras musicales que se utilicen en aparatos conocidos como sinfonolas, independientemente del sistema por el que funcionen, ya sea fonoelectromecánico o digital.*

13. *Mediante escritos presentados en este Instituto Nacional del Derecho de Autor con fecha veintitrés de septiembre de dos mil cinco, los CC. Julio César Mendoza González, Julio César Mendoza Rebulloza y Delfino Mendoza González, se manifestaron en relación con la síntesis del Acuerdo que establece el proyecto de tarifa para el pago de regalías por la ejecución pública de obras musicales que se utilicen en aparatos conocidos como sinfonolas, independientemente del sistema por el que funcionen, ya sea fonoelectromecánico o digital,*

sin presentar contrapropuesta alguna en términos de lo ordenado por el artículo 171 y 167 fracción IV del Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor.

14.- *Mediante acuerdos de fecha siete de octubre de dos mil cinco, el Instituto Nacional del Derecho de Autor acordó respecto de los escritos presentados con fecha veintitrés de septiembre de dos mil cinco, por los CC. Julio César Mendoza González, Julio César Mendoza Rebulloza y Delfino Mendoza González, que se tomarían en consideración sus manifestaciones de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 212 párrafo tercero de la Ley Federal del Derecho de Autor.*

154

15. *Con fecha siete de octubre de dos mil cinco el Instituto realizó diversas consultas a sociedades de gestión colectiva del extranjero, a fin de allegarse de mayor información sobre las tarifas que aplican en otros países. Dichas consultas, se sumaron a las realizadas a lo largo de la substanciación del procedimiento para conocer la experiencia internacional, así como para conocer los usos y costumbres en el ramo en México a través de los instrumentos contractuales inscritos en el Registro Público del Derecho de Autor del Instituto Nacional del Derecho de Autor y, en su caso, los presentados por las partes interesadas en el procedimiento.*

16. *Mediante escrito recibido con fecha diez de octubre de dos mil cinco, el C. Manrique Moheno Aguilar en representación de Consorcio Global, S.A. de C.V. y otros, se manifestaron en relación con la síntesis del Acuerdo que establece el proyecto de tarifa para el pago de regalías por la ejecución pública de obras musicales que se utilicen en aparatos conocidos como sinfonolas, independientemente del sistema por el que funcionen, ya sea fonoelectromecánico o digital, sin presentar contrapropuesta alguna en términos de lo ordenado por los artículos 171 y 167 fracción IV del Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor.*

17. *Mediante escrito recibido con fecha diez de octubre de dos mil cinco en este Instituto, el C. Ernesto del Río Santos, en representación de la Unión de propietarios operadores de sinfonolas y establecimientos expendedores de bebidas alcohólicas de la República Mexicana, A.C., se manifestó en relación con la síntesis del Acuerdo que establece el proyecto de tarifa para el pago de regalías por la ejecución pública de obras musicales que se utilicen en aparatos conocidos como sinfonolas, independientemente del sistema por el que funcionen, ya sea fonoelectromecánico o digital, sin presentar contrapropuesta alguna en términos de lo ordenado por los artículos 171 y 167 fracción IV del Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor.*

18. *Mediante escrito recibido el once de octubre de dos mil cinco, el C. Manuel Romero Camberos, en representación de la Sociedad Mexicana de Productores de Fonogramas, Videogramas y Multimedia, S. G. C., formuló diversas observaciones en relación con el proyecto de tarifa para el pago de regalías por la ejecución pública de obras musicales que se utilicen en aparatos conocidos como sinfonolas, independientemente del sistema por el que funcionen, ya sea fonoelectromecánico o digital.*

19. *Mediante escrito recibido con fecha doce de octubre de dos mil cinco, el C. Javier Hernández Pérez, en representación de la Confederación de Propietarios Mexicanos de Sinfonolas, A.C., se manifestó en relación con la síntesis del Acuerdo que establece el proyecto de tarifa para el pago de regalías por la ejecución pública de obras musicales que se utilicen en aparatos conocidos como sinfonolas, independientemente del sistema por el que funcionen, ya sea fonoelectromecánico o digital, sin presentar contrapropuesta alguna en términos de lo ordenado por los artículos 171 y 167 fracción IV del Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor.*

20. *Mediante escrito recibido con fecha trece de octubre de dos mil cinco, el C. Humberto Zurita Moreno, en representación de la Asociación Nacional de Intérpretes, S. G. C., formuló diversas observaciones en relación con el proyecto de tarifa para el pago de regalías por la ejecución pública de obras musicales que se utilicen en aparatos conocidos como sinfonolas, independientemente del sistema por el que funcionen, ya sea fonoelectromecánico o digital.*

21. *Mediante acuerdos de este Instituto de fecha veintiuno de octubre de dos mil cinco se acordaron los escritos de los CC. Manrique Moheno Aguilar y Ernesto del Río Santos, en los cuales se establece que serán consideradas sus manifestaciones en términos de lo dispuesto por el artículo 212 párrafo tercero de la Ley Federal del Derecho de Autor.*

22. Mediante acuerdos de este Instituto de fecha veinticuatro de octubre de dos mil cinco se acordaron los escritos de los CC. Manuel Romero Camberos y Javier Hernández Pérez, en los cuales se establece que serán consideradas sus manifestaciones en términos de lo dispuesto por el artículo 212 párrafo tercero de la Ley Federal del Derecho de Autor.

23. Mediante acuerdo de este Instituto de fecha veintisiete de octubre de dos mil cinco se acordó el escrito del C. Humberto Zurita Moreno, en el cual se establece que serán consideradas sus manifestaciones en términos de lo dispuesto por el artículo 212 párrafo tercero de la Ley Federal del Derecho de Autor.

24. Con fecha veintidós y veinticuatro de noviembre de dos mil cinco, el Instituto realizó nuevamente diversas consultas a oficinas nacionales de derecho de autor y a sociedades de gestión colectiva extranjeras, a fin de allegarse de la mayor información sobre las tarifas que aplican en otros países por el mismo concepto.

25. Con fecha primero de enero del año dos mil seis, la Confederación de Propietarios Mexicanos de Sinfonolas, A.C. y la Asociación Mexicana de Operadores de Sinfonolas, A.C., llegaron a un acuerdo con la Sociedad de Autores y Compositores de Música, S. G. C., mediante la celebración de convenios para el pago de regalías por la comunicación o utilización pública de obras musicales por dichos usuarios a través de sinfonolas.

26. El Instituto Nacional del Derecho de Autor, con fundamento en el artículo 212 de la Ley Federal del Derecho de Autor, analizó y valoró la propuesta y contrapropuestas de tarifas que le fueron presentadas por las partes involucradas en el presente procedimiento, asimismo tomó en consideración los usos y costumbres nacionales, y la experiencia internacional sobre tarifas aplicables en otros países.

Para allegarse de información sobre los usos y costumbres nacionales tomó en consideración la información inscrita en el Registro Público del Derecho de Autor del Instituto Nacional del Derecho de Autor, consistente en instrumentos contractuales celebrados entre usuarios y sociedades de gestión colectiva en México, así como los demás convenios que fueron presentados por las partes interesadas durante la sustanciación del procedimiento.

Para allegarse de información relativa a la experiencia internacional sobre tarifas aplicables en otros países, el Instituto Nacional del Derecho de Autor efectuó de manera directa consultas a oficinas de derecho de autor, asociaciones y sociedades de gestión colectiva extranjeras.

Con base en la propuesta y contrapropuestas presentadas durante la substanciación del presente procedimiento; la información sobre usos y costumbres nacionales que obra en el Registro Público del Derecho de Autor; la información internacional de que fue posible allegarse y; una vez analizadas y valoradas las manifestaciones y, en su caso, contrapropuestas formuladas al proyecto de tarifa para el pago de regalías por la ejecución pública de obras musicales que se utilicen en aparatos conocidos como sinfonolas, independientemente del sistema por el que funcionen, ya sea fonoelectromecánico o digital, publicado en el Diario Oficial de la Federación el veintinueve de agosto de dos mil cinco, en términos de lo dispuesto por el artículo 212 párrafo tercero de la Ley Federal del Derecho de Autor, y por los artículos 170, 171, 172 y 167 fracción IV del Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor, emite el siguiente:

ACUERDO QUE ESTABLECE LA TARIFA PARA EL PAGO DE REGALIAS POR LA EJECUCION PUBLICA DE OBRAS MUSICALES QUE SE UTILICEN EN APARATOS CONOCIDOS COMO SINFONOLAS, INDEPENDIEMENTE DEL SISTEMA POR EL QUE FUNCIONEN, YA SEA FONOELECTROMECHANICO O DIGITAL

PRIMERO.- Con fundamento en los artículos 212 de la Ley Federal del Derecho de Autor, 170, 171 y 172 de su Reglamento, el Instituto Nacional del Derecho de Autor establece que el pago de regalías de derecho de autor y derechos conexos, por concepto de lucro directo por la ejecución pública de obras musicales que se utilicen en aparatos conocidos como sinfonolas, independientemente del sistema por el que funcionen, ya sea fonoelectromecánico o digital, será mensualmente y, por cada aparato, la cantidad

equivalente a 5 (cinco) días de salario mínimo general vigente en la zona económica en la que cada sinfonola sea operada, al momento de la publicación de la presente tarifa, de las cuales a los autores les corresponderá el 67%, y a los titulares de derechos conexos, es decir productores de fonogramas, artistas intérpretes o ejecutantes el 33%, mismo que deberá ser repartido entre éstos de la forma en que así lo convengan, o en caso de falta de acuerdo entre los mismos, se distribuirá de acuerdo a lo dispuesto por la Ley Federal del Derecho de Autor.

SEGUNDO.- El pago de regalías de derecho de autor y derechos conexos, por concepto de lucro indirecto, por la ejecución pública de obras musicales que se utilicen en aparatos conocidos como sinfonolas, independientemente del sistema por el que funcionen, ya sea fonoelectromecánico o digital, será convenido entre las partes. Dicho pago deberá ser cubierto por los propietarios de los establecimientos comerciales en donde se encuentre operando el aparato conocido como sinfonola.

TERCERO.- La presente tarifa se actualizará automáticamente, conforme a lo establecido en el artículo 173 del Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor.

CUARTO.- La tarifa es de carácter general y se aplicará a falta de acuerdo entre los autores y titulares de derechos conexos, o la sociedad de gestión colectiva que los represente, con los usuarios o asociación de usuarios que utilicen las obras musicales en aparatos conocidos como sinfonolas, independientemente del sistema por el que funcionen, ya sea fonoelectromecánico o digital.

QUINTO.- La tarifa a que se refiere el presente Acuerdo, no afectará los convenios que se encuentren en vigor, celebrados entre los autores, titulares de derechos conexos; o sociedades de gestión colectiva, con los usuarios o las asociaciones de usuarios, por concepto de ejecución pública de obras musicales que se utilicen en aparatos conocidos como sinfonolas, independientemente del sistema por el que funcionen, ya sea fonoelectromecánico o digital, los cuales serán válidos hasta su término, salvo pacto en contrario.

SEXTO.- De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 3 fracciones XIV y XV de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, el expediente al rubro citado se encuentra a la disposición de las partes que acrediten su interés jurídico, en las oficinas del Instituto Nacional del Derecho de Autor, a través de la Dirección de Protección contra la Violación del Derecho de Autor, ubicadas en la calle de Dinamarca número 84, segundo piso, colonia Juárez, Delegación Cuauhtémoc, México, Distrito Federal, código postal 06600.

SEPTIMO.- Se hace del conocimiento de las partes que con fundamento en el artículo 83 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, cuentan con un plazo de quince días para recurrir la presente Resolución mediante la interposición del recurso de revisión.

OCTAVO.- Publíquese la presente tarifa en el Diario Oficial de la Federación con fundamento en los artículos 212 párrafo tercero de la Ley Federal del Derecho de Autor y 170, 171 y 172 de su Reglamento.

TRANSITORIOS

PRIMERO.- La presente tarifa tendrá vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

SEGUNDO.- De conformidad con la disposición prevista en el artículo tercero transitorio del Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor, quedarán derogadas las tarifas que se opongan a la tarifa para el pago de regalías por la ejecución pública de obras musicales que se utilicen en aparatos conocidos como sinfonolas, independientemente del sistema por el que funcionen, ya sea fonoelectromecánico o digital.

Así lo acordó y firma el licenciado **Adolfo Eduardo Montoya Jarquín**, Director General del Instituto Nacional del Derecho de Autor, con fundamento en los artículos 2o., 208, 209

*fracciones I, 210 fracción V, 211 y 212 de la Ley Federal del Derecho de Autor, artículos 1o., 103 fracciones I y XXI, 105 y 106 fracción VII del Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor y los artículos 3o. y 6o. del Reglamento Interior del Instituto Nacional del Derecho de Autor.- México, Distrito Federal, a los dos días de agosto de dos mil seis.- Rúbrica.*¹²³

De lo anterior se debe deducir la manera en que los interesados, es decir los artistas o los dirigentes de las sociedades de gestión colectiva, debieron haber actuado con la intención de establecer el elemento indispensable para la eficacia del *droit de suite* en México, el cual es una simple declaración por parte del Instituto Nacional del Derecho de Autor de una tarifa determinada para el reclamo de una participación en el precio de las ventas subsecuentes de una obra en particular.

El caso de los Hermanos Chapman

Ahora bien, la legislación del *droit de suite* supone la perpetua existencia de una obra, o al menos durante la vida del autor y los cien años posteriores a su muerte. Sin embargo, el arte contemporáneo logra demostrar siempre que la legislación en materia de Derecho de Autor no logra desarrollarse al mismo paso que las técnicas y formas de expresión del arte contemporáneo al no considerar estrictamente diversos escenarios artísticos que nacen en el día a día del arte contemporáneo, aunque esto no quiere decir que su intervención sea indispensable.

En este sentido, vale la pena traer a colación el caso de los Hermanos Chapman, controversiales artistas contemporáneos quienes después de adquirir ochenta y tres grabados originales de Goya pertenecientes a la colección denominada “los desastres de la guerra” decidieron pintar sobre ellos para crear una nueva obra.

¹²³ http://www.indautor.gob.mx/documentos_oficial/acuerdo5.pdf consultado el 13 de noviembre de 2012



Sin duda alguna se trata de un auténtico atropello que escandalizó al mundo del arte, aunque esto ya lo había hecho Dalí con otra colección de Goya denominada “los caprichos”. Al respecto, Jonathan Jones del periódico “The Guardian” en primer lugar y sin haber visto las imágenes, señaló que se trataba de un tesoro destruido. Sin embargo expresó en su artículo denominado “mira lo que hemos hecho” lo siguiente: *“Creo que son inteligentes y profundas. Oh Dios, de alguna manera ellos no lo han destruido, sino que han encontrado algo nuevo en Los Desastres de la Guerra [...] Ellos le han dado vida, personalidad, a través de un dibujo experto, y esto no es una colisión sino una colaboración, una asimilación”¹²⁴*.

De modo tal que innegablemente la obra de los hermanos Chapman es una obra de arte, independientemente de lo reprobable que haya sido el daño provocado a la obra de Goya.

Sin embargo, debe entenderse entonces que la obra material de Goya ha dejado de existir; sus herederos aún preservarán los derechos de reproducción y explotación respecto de las

¹²⁴ CHAPMAN, Jack y Dinos “Mira lo que hemos hecho”, Inglaterra, 2003

¹²⁵ http://elpais.com/diario/2003/04/01/cultura/1049148005_850215.html . Consultado el 10 de noviembre de 2012

copias que hayan quedado, pero a partir de la creación de la obra de Chapman, la obra de Goya no existe para el mercado del Arte.

Atendiendo a lo anterior, en caso de que una venta subsecuente de la obra de los hermanos Chapman ¿A quién corresponde la participación de la venta? ¿A los herederos de Goya o a los hermanos Chapman?

159

En este sentido la ley no da respuesta pues nunca se planteó que tal situación pudiera existir, pero es innegable que la plusvalía de la obra que en algún momento fue de Goya responde a la expresión plasmada por los hermanos Chapman, y en este orden de ideas la participación debería corresponder éstos.

Sin embargo no debe pensarse como justo que por el actuar de los hermanos Chapman, se haya arrebatado a los herederos de Goya el derecho de participación que pudiese corresponderles por las ventas subsecuentes de su obra.

De modo que si la Ley pretende intervenir de esta forma en las transacciones comerciales del arte, debería al menos plantearse diversos escenarios –como éste- y deberá contemplar las nuevas expresiones artísticas a efecto de poder garantizarles la protección planteada en la regulación que se trate, así como también establecer la forma de actuar en relación con ellas.

Asimismo, la regulación del *droit de suite* debe replantearse y dejar de suponer la perpetua existencia de una obra de arte, pues nuevamente resulta ineficaz cuando se presentan situaciones como esta.

Comparación con la legislación española

Por su parte la legislación española, que ha sido de gran inspiración para la creación de la ley mexicana en materia autoral, el derecho de participación del artista se encontraba establecido en el artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual española desde 1987, y posteriormente el 23 de diciembre de 2008 fue modificada para adecuarse a las directivas de la Unión Europea, y en este acto dicho artículo fue derogado para crear la “Ley relativa al

derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original¹²⁶ teniendo como preámbulo los siguientes argumentos:

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

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

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

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

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

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

Se incorpora asimismo la figura de los profesionales del mercado del arte que presten sus servicios a través de Internet, con el propósito de atender al surgimiento de estos nuevos modelos de negocio.

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

¹²⁶ <http://www.boe.es/boe/dias/2008/12/25/pdfs/A51995-51997.pdf>. Consultado el 13 de noviembre de 2012

Se ha optado por eximir de la aplicación del derecho de participación las reventas promocionales, que son aquellas que tienen lugar en los supuestos en que la obra ha sido adquirida directamente del autor, con el fin de facilitar la incorporación de la obra de nuevos artistas al mercado del arte.

Se fija el precio de activación del derecho en 1.200 –un mil doscientos- euros en línea con otros ordenamientos de nuestro entorno. La norma comunitaria deja libertad a los Estados miembros para que determinen este umbral mínimo de activación, siempre que no supere 3.000 euros.

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

Se mantiene la opción de nuestro ordenamiento jurídico por la gestión colectiva voluntaria del derecho de participación. De este modo, los titulares del derecho podrán optar libremente entre encomendar la gestión a una entidad de gestión o ejercitar su derecho individualmente. La Ley tiene como objetivo, igualmente, asegurar la transparencia y el control necesarios en el ejercicio del derecho de autor.

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

De lo anterior se observa un claro interés por parte del Estado español de estimular el mercado del arte, además de una adecuada apreciación económica del funcionamiento del mercado, atendiendo no sólo a las necesidades de la Unión Europea y los diversos tratados internacionales, sino de todos los participantes en el mercado nacional español.

En este sentido, en primer lugar se establece no sólo una tarifa porcentual de participación, sino un mínimo de valor de la obra para que ésta comience a operar (mil doscientos euros), además de un máximo a pagar (doce mil quinientos euros) a través de un sistema de porcentajes decrecientes de forma directamente proporcional con el incremento del valor de la obra.

De igual manera que en la legislación mexicana, se establece la irrenunciabilidad del *droit de suite*, señalando que únicamente podrá transmitirse vía *mortis causa*, la única diferencia es que para la ley española, este derecho sólo será reclamable para los herederos por setenta años después de la muerte del autor, cuando en México este término es de cien años.

Las características anteriores se establecen en la ley de la siguiente manera:

Artículo 4. Umbral de aplicación.

El derecho de participación de los autores nacerá cuando el precio de la reventa sea igual o superior a **1.200** –un mil doscientos- euros, excluidos los impuestos, por obra vendida o conjunto concebido con carácter unitario.

Artículo 5. Cálculo del importe.

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

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

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

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

Artículo 6. Características del derecho de participación.

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

Podemos observar entonces que la principal diferencia entre la legislación mexicana y la legislación española radica en que esta es una legislación eficaz, pues ha sido realista y ha

planteado escenarios concretos con límites mínimos y máximos en cuanto a valor de la obra y pago de regalías se refiere. Asimismo ha establecido la razón de existir de dicha legislación y en virtud de todo ello es una ley que opera de manera concreta en el territorio español.

Sin embargo, aunque dicha situación podrá estimular la creación artística, ello no quiere decir necesariamente se estimule el mercado del arte. En este sentido se expresan los siguientes galeristas europeos de acuerdo con el reportaje de la revista *Tendencias del Arte*, denominado “*droit de suite un derecho a debate*”¹²⁷:

163

Esto representa una carga administrativa en el mercado del arte en Europa y un coste adicional para los compradores, que no son comparables con los beneficios para los artistas, y pone al mercado del arte europeo en desventaja frente a sus competidores mundiales. Departamento jurídico de Sotheby's Londres

Esta ley es mala y perjudicará más a la larga a los artistas que a los galeristas. Los mercados donde no existe algo parecido se aprovecharán de la fiscalización de la Comunidad Europea. Puede también que algunos galeristas se pongan a vender obras de artistas de estos países en vez de artistas europeos y así no tributar”. Jean Paul Perrier, Galería Jean Paul Perrier, Barcelona

“El panorama de los artistas no tiene nada que ver con la situación que tenían cuando se creó en Francia hace años, por lo que este derecho no tiene ningún sentido. Tener que pagar cada vez que el cuadro se vende, aunque sea en un precio menor que el que se le pagó al artista, resulta absurdo e injusto”. Maribel Casillas, directora de Subastas Segre, Madrid

Creo que afectará muy negativamente: en el caso de las obras más caras e importantes desviando el mercado a países donde no se aplique el *droit de suite*. El hecho de que se cobre cuando las obras vendidas han sido por intercambio entre dos galerías penalizará sobre todo a los artistas más jóvenes, cuyas galerías están tratando de que expongan en otras ciudades”. Idoia Fernández, Galería Nieves Fernández, Madrid

¹²⁷ <http://www.tendenciasdelarte.com/pdf/octubre09/droit.pdf>. consultado el 13 de noviembre de 2012

“El problema es que partimos de unos tipos impositivos altos (IVA 16%). Si a esto hay que añadir un 4% más, resulta que sobre el precio de venta de una obra se encarece un 20%. Necesitamos espacios amplios en las mejores zonas de las ciudades, participar en ferias internacionales, ayudar en la producción de las obras... si además encarecemos en exceso las obras el resultado es peligroso. Los porcentajes son correctos. El problema es que se aplican sobre el total importe de la obra en vez de aplicarlos sobre la plusvalía obtenida en la reventa”. Íñigo Navarro, Galería Leandro Navarro, Madrid

Partiendo de lo anterior, podría deducirse que en efecto el *droit de suite* no beneficia al coleccionista o galerista, pues únicamente beneficia al autor y esto hasta cierto punto estimula la creación artística por su estímulo económico.

En este sentido, también podría pensarse que la Ley del Derecho de Autor existe para proteger precisamente los derechos de los autores, por lo cual no debería resultar relevante el beneficio económico para los galeristas y coleccionistas.

Sin embargo, debe tenerse presente que la creación artística se beneficia por su estímulo económico, pero dicho estímulo únicamente puede existir si también existe un estímulo económico para los demás actores del mercado. De modo tal que si los demás actores comienzan a percibir un perjuicio económico, se dejará de estimular económicamente a la creación artística, lo que hará que la imposición legal del *droit de suite* resulte finalmente perjudicial para los autores y la humanidad respecto de su derecho de acceso a la cultura.

Importancia de la existencia de esta regulación

El derecho de participación entendido simplemente como una compensación al autor por la plusvalía que generan sus obras en las reventas, no explica o explica mal la cuestión¹²⁸.

Automáticamente se levantan voces en defensa de la importancia que para el artista tiene el mercado, e incluso lo negativo que es reclamar este derecho cuando el mercado se encuentra

¹²⁸ GUTIERREZ VICEN, Javier. EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN EN ESPAÑA, de la compilación PROTECCIÓN Y LÍMITES DEL DERECHO DE AUTOR DE LOS CREADORES VISUALES. Trama Editorial, Toledo, 2005. P. 43

en recesión. O bien, lo injusto que resultaría si un comprador de una obra ha de pagar un porcentaje a su autor, si se ve obligado a vender la obra por debajo del precio que pagó¹²⁹.

El papel que el derecho de participación cumple no es solamente el de equilibrar una descompensación individual, también tiene una función social. Se trata de ponerle un rostro humano a un mercado, el del arte, que dejado a su propia suerte girará inevitablemente en una única dirección: la de la consideración de la obra de arte como una joya, como un bien escaso y, como tal, sometido a la especulación económica, en lugar de ser valorado como una fuente más de la creación humana que se plasma sobre un soporte material único¹³⁰.

Mediante la protección del derecho de participación se refuerzan dos aspectos fundamentales del derecho de autor: su misión de preservar el humanismo en la cultura, razón de ser del derecho moral de los autores y por otra parte su función de garantizar a los autores plásticos su legítimo derecho a seguir el éxito de sus obras¹³¹.

Sin embargo, no debemos olvidar el aspecto económico del mercado, y no se debe olvidar el contexto histórico que dio origen al *droit de suite* en Francia, pues en ese momento dadas las circunstancias económicas de los artistas en contraposición a la ostentosa situación del mercado del arte de la época, parecía lógico y por demás crear una garantía que permitiera al autor de una obra beneficiarse del valor agregado de sus obras en el futuro.

No obstante lo anterior, en la opinión de Eva Lasunción de la firma española Cuatrecasas Goncalves Pereirala, la afirmación planteada previamente es susceptible de innumerables matices: por un lado, si bien es cierto que, a posteriori, se puede considerar que el precio satisfecho por una obra de arte en el pasado fue muy bajo en comparación con la cotización alcanzada posteriormente, también lo es que en su momento el comprador pagó el que en ese momento era el precio de mercado y asumió un riesgo al adquirir la pieza. Es así que las inversiones especulativas pueden generar importantes ganancias, pero implican grandes riesgos. Por eso nadie se plantea, si la obra pierde valor a lo largo del tiempo, que el comprador pueda tener derecho a reclamar al autor¹³².

¹²⁹ Idem

¹³⁰ Ibidem

¹³¹ Ibidem

¹³² <http://www.tendenciasdelarte.com/pdf/octubre09/droit.pdf>. consultado el 13 de noviembre de 2012

Asimismo es importante tener presente que la plusvalía de una obra no necesariamente responderá a las características estéticas o discursivas de la obra en particular, sino que muchas veces responderá a la fama de su autor. Sin embargo, es común que la fama del autor no nace de su talento sino del comportamiento de un mercado tan caprichoso, y en el cual tanto los coleccionistas como los galeristas han invertido activos y asumido riesgos para incrementar el valor de las obras con las que comercializan; por ello, en este supuesto es sumamente cuestionable que corresponda al autor un beneficio por una circunstancia que crea utilidades aunque dichas utilidades ya no dependen de él sino de la fama que otros actores generaron, por más que sea incuestionable que todas ellas giren en torno de su obra.

Aún así es absurdo negar que también existen obras cuya plusvalía se da por una apreciación posterior de los coleccionistas sobre la obra, y en este se entiende que el valor agregado responde al talento artístico del autor y no al talento comercial de los galeristas o intermediarios, de modo que en esta hipótesis adquiere sentido que corresponda al artista una participación en dicho precio de venta.

Por lo anterior, no debemos olvidar que se debe buscar la eficiencia del mercado y por ello comprender que de pagarse una participación al artista, se debería pagar únicamente sobre la plusvalía y no sobre el total del valor de venta, pues debe observarse que dentro de ese valor total, se incluye el valor original de la obra, mismo que ya fue pagado en su momento al autor, por lo cual desde la perspectiva de la justicia no debería pagarse nuevamente por algo que ya fue pagado.

En contraposición a todo lo anterior, la práctica estadounidense se ha pronunciado en favor de la propiedad privada, declarando como inconstitucional el hecho de que la reventa de la propiedad privada –de una obra de arte- se encuentre gravada para su reventa por una ley, lo cual va en contra del comercio y del derecho de propiedad frente a terceros que tiene el individuo respecto de lo adquirido, por lo cual el *droit de suite*, que sólo estaba regulado en California fue declarado inconstitucional, y en consecuencia erradicado de su legislación.

Finalmente, si bien es importante estimular un mercado, resulta relevante que existan tanto en la normatividad internacional como en la nacional, medidas que estimulen la creación artística por el beneficio que ésta trae a la cultura. Sin embargo el legislador debe apreciar correctamente la situación del mercado específico que alterará con la imposición de diversas normas fiscalizadoras como el *droit de suite*, y en este sentido vale la pena aclarar que ésta

medida no protege la Propiedad Intelectual de un autor, sino que le extiende un beneficio patrimonial sobre una cosa que ya no debería pertenecerle patrimonialmente, y mucho menos cuando se le extienden diversos beneficios como los derechos de reproducción y explotación económica de su obra.

167

Puede pensarse también que el beneficio económico a los artistas puede existir en un mercado capitalista sin que se involucre el Estado con decisiones tan arbitrarias, pues debemos recordar que a lo largo de la historia de la humanidad el arte se ha desarrollado sin necesidad de que el Estado se involucre, inclusive el arte se ha desarrollado por la participación y estímulo capitalista de terceros.

Conclusiones

“El arte no es un espejo para reflejar el mundo, sino un martillo con el que golpearlo”

Vladimir Maiakovski

El Derecho en el Mercado del Arte es constantemente ignorado. En este sentido, la idea principal es que cuando las instituciones más importantes de la sociedad están dispuestas de tal modo que obtienen el mayor equilibrio neto de satisfacción distribuido entre todos los individuos pertenecientes a ella, entonces la sociedad está correctamente ordenada y es por tanto justa. Una persona actúa de manera correcta, al menos cuando otros no resultan afectados, cuando trata de obtener el mayor beneficio posible y de promover sus fines racionales. Ahora bien ¿Por qué la sociedad no habría de actuar conforme al mismo principio aplicado al grupo, considerando, por tanto, que aquello que es racional para un hombre lo que es también para una asociación de hombres? Puesto que el principio para un individuo es promover por tanto como sea posible su bienestar, esto es, su propio sistema de deseos, el principio para la sociedad es promover tanto como sea posible el bienestar del grupo, esto es, realizar en la mayor medida el sistema general de deseos al que se llega a partir de los deseos de sus miembros. El principio de utilidad se encuentra entonces cuando: una sociedad está correctamente ordenada cuando sus instituciones maximizan el equilibrio neto de satisfacción¹³³.

¹³³ RAWLS, John. TEORÍA DE LA JUSTICIA, Fondo de Cultura Económica, Segunda Edición, México, 1995. p 35

En este sentido, observamos al mercado del arte y a sus actores como una sociedad dentro de otra donde todos sus actores se encuentran en busca –cada uno- de una satisfacción específica, pues funciona y se motiva por características e intereses hasta cierto punto particulares. Como se ha dejado claro a lo largo del presente estudio, la intención es buscar la eficacia, en donde este equilibrio pueda encontrarse por y para los actores del mercado. De modo tal que debemos preguntarnos ¿Es la creación de nueva legislación la forma de resolver un desequilibrio? ¿O deben sus usuarios reinterpretar la ley existente para darle un uso eficaz de conformidad con su realidad?

Norberto Bobbio nos explica que la historia puede presentarse como un gran torrente encauzado: el cauce está determinado por normas de conducta, religiosas, morales, jurídicas sociales, que han contenido la corriente de las pasiones, de los intereses, de los instintos dentro de ciertos límites y que han permitido la formación de aquella sociedad estable, con sus instituciones y ordenamientos que llamamos civilización. Sin embargo un cuerpo de leyes tiende a eliminar todo aquello que no es precepto, y, por tanto, la característica de un código moderno, si lo comparamos con las leyes de una civilización menos desarrollada, consiste precisamente en eliminar todos los elementos descriptivos y evocativos que a menudo han sido mezclados con elementos prescriptivos¹³⁴. Para que la persona a quien dirigimos la prescripción se decida a actuar, no siempre es suficiente que escuche el mensaje del mandato puro y simple, pues a veces se requiere que conozca algunos hechos y dese algunas consecuencias¹³⁵.

Por otro lado, vemos que todo grupo humano, todo individuo particular, en cuanto se fija objetivos por lograr prevé también los medios más adecuados o los que considera más adecuados para su logro. La relación medio-fin generalmente origina reglas de conducta de este tipo¹³⁶. Por ello, articulando lo anterior a la Propiedad Intelectual en México con relación al Mercado del Arte, me parece importante señalar que no es necesario que la Ley Federal del Derecho de Autor intervenga en el Mercado del Arte más de lo que ya lo ha hecho de forma indirecta. Finalmente se trata de un mercado, en donde los actores que lo conforman buscan todos ellos un beneficio particular, y lo que se espera es lograr un punto medio eficiente a través del utilitarismo contractual, situación que no se podría lograr si la Ley Federal del Derecho de Autor continúa interviniendo y siendo completamente

¹³⁴ BOBBIO, Norberto, *TEORÍA GENERAL DEL DERECHO*, Editorial Temis, Segunda Edición, Bogotá, 2005. p 4

¹³⁵ *Idem* p 47

¹³⁶ *Ibidem* p 5

proteccionista de uno solo de los actores, puesto que esto hace que el mercado se aleje de la eficacia.

Y podría entonces pensarse que con el realismo jurídico, en donde se busca más la eficacia que la justicia- definida por Ulpiano- o la validez, se libra una batalla en dos frentes: contra el iusnaturalismo, que tiene una concepción ideal del derecho, y contra el positivismo en sentido estricto, que tiene una concepción formal del derecho, pues el realismo no observa al derecho como un deber ser, sino al derecho como efectivamente es, sin considerarlo siquiera como un sistema de normas válidas, sino como un conjunto de normas efectivamente aplicadas en determinada sociedad¹³⁷.

Por ello, en mi opinión debemos atender al mercado y consecuentemente a la legislación mercantil y no olvidar que la cultura y el arte no son, o al menos no deberían ser considerados objetos de caridad, pues se trata de un negocio que es lucrativo de él nace un beneficio social importante. Por ello, se debe tener claro que quien se involucra en el Mercado del Arte, ha decidido ser actor del mismo, y no debemos pensar que se encuentra indefenso en el entendido de que el Código de Comercio mexicano está estructurado en función del acto de comercio, si bien no contiene una parte general dedicada a todos los principios y las reglas de los actos de comercio, obligaciones y contratos, sí señala algunos principios de excepción y regula algunos de los contratos que califica de mercantiles (comisión, consignación, compraventa, depósito, transporte, préstamo y cesión de créditos)¹³⁸, y es esta situación la que le permite a cualquiera de las partes la posibilidad de postular acciones ante los tribunales mercantiles en caso de incumplimiento. Asimismo, debe atenderse a la importancia de la autonomía de la voluntad de las partes en materia mercantil, donde se reconoce este principio para celebrar y ejecutar los contratos que deseen incluir en ellos las cláusulas que consideren más convenientes, estén o no reconocidos (nominados) o reglamentados (típicos) por la ley, con las limitaciones establecidas en la ley. Por ello existen en la práctica contratos normativos, nominados e innominados por ella, una vez que surten sus efectos obligan a las partes en sus términos. Dicha autonomía de la voluntad está también reconocida en los principios sobre los contratos comerciales internacionales elaborados por el UNIDROIT que la reconocen como eje sobre el cual gira el orden económico internacional, abierto hacia el libre comercio y la competencia. Por ello

¹³⁷ Ibidem p 35

¹³⁸ LEON, Soyla, CONTRATOS MERCANTILES, OXFORD UNIVERSITY PRESS, Primera edición, novena re impresión, México 2012, P.1

admiten que las partes tienen la libertad para celebrar un contrato (típico, atípico, normativo, etc.) para determinar su contenido y para elegir con quien contratan¹³⁹.

En este orden de ideas, no pretendo que se erradique la protección que la Ley Federal del Derecho de Autor da a los creadores, pues aunque ésta es amplísima y adecuada de conformidad con los lineamientos internacionales, en mi opinión es prudente que esta protección genere un equilibrio con la liberalidad de la legislación mercantil. La unión de ambas crea una mancuerna que si es bien utilizada logra el balance utilitarista que puede dar, desde el aspecto jurídico una incuestionable formalidad al Mercado del Arte y sin duda alguna certeza a las partes.

Muchos podrán pensar que la Ley Federal del Derecho de Autor no brinda protección a los artistas por su ambigüedad. En mi opinión, es precisamente esta aparente ambigüedad la que le da una amplísima protección a los creadores. Algunos pensarán que es una Ley que se hizo sin prestar atención a las necesidades de los autores, o que está completamente desactualizada para las necesidades de registro de los artistas contemporáneos y las nuevas tendencias artísticas, sin embargo la sola existencia del artículo quinto de dicha Ley hace posible la protección de cualquier creación como sólo es posible en esta materia.

La falta de definiciones en dicha Ley únicamente actúa en beneficio de los creadores, pues a falta de definición existe amplitud de conceptos, y el arte se desenvuelve en esta amplitud de conceptos. Sin embargo, se ha hecho evidente que los abogados carecen de esta creatividad y no ven las posibilidades que ya nos ha dado la Ley en su amplitud. La ley no es un recetario, la ley es un catálogo de posibilidades.

De nada sirve un abogado que sólo sepa leer y al cual se le acabe el mundo en cuanto no encuentre una definición dentro de la Ley. La actualidad exige abogados que comprendan no sólo las definiciones que provee la ley respecto de una situación determinada, sino el mercado en que se involucran sus clientes, la forma en que se desarrolla, las necesidades a las que atiende, las situaciones que lo motivan, sus desperfectos y sus ventajas; pero sobre todo, el beneficio que de la ley se puede obtener si se le estudia desde la perspectiva más conveniente para la situación de que se trate.

Con lo anterior no pretendo tampoco decir que mi percepción del mercado es la más adecuada, ni que la solución que propongo es la única; sino que con los elementos que he

¹³⁹ Ídem p 16

logrado conocer de un mercado en particular – el cual ha sido poco explorado-, me parece que las soluciones que propongo pueden ser de gran utilidad para este mercado a corto y largo plazo, toda vez que buscan encontrar un balance entre las partes involucradas en el que se generen relaciones comerciales eficaces en donde también exista un beneficio para el patrimonio cultural de la humanidad por el estímulo a la creación artística.

Ahora bien, la incorporación de instituciones contractuales a un mercado que las ignora, no garantiza su crecimiento inmediato, sólo puede buscarse con ello una formalización de las relaciones ya existentes; por ello vale la pena también observar que otros factores pueden incorporarse al estímulo del crecimiento del mercado nacional.

En este sentido, observamos que la creación de nuevas instituciones del arte moderno a lo largo de la primera mitad del siglo XX posibilitó una acogida rápida y organizada de las propuestas más innovadoras. Además, el hecho mismo de la institucionalización del mecanismo de la consagración del arte moderno posibilitó la producción de un nuevo tipo de obra susceptible de destinarse a un mercado institucional paralelo y en diálogo con el mercado privado. Surgieron obras destinadas al mercado del coleccionismo privado y obras destinadas a la adquisición de las grandes instituciones de acogida y valoración culturales en especial los museos del arte moderno, pero también el apoyo estatal en forma de adquisición o subvenciones a los artistas y a las exposiciones. Así, Nathalie Heinich reflexiona sobre una de las características del arte contemporáneo: la inversión del segundo y el tercer círculo de Bowness. En algunas situaciones, ya no es el mercado privado- primeros marchantes y coleccionistas- el primero en reaccionar a las propuestas de la modernidad, sino que los especialistas –críticos, historiadores, curadores, directores de grandes instituciones, especialistas del Estado- son los que actúan para establecer los valores en el arte. Sin embargo, esta inversión de los círculos segundo y tercero de Bowness se adecua en cuanto la obra no se dirige a la adquisición del mercado del coleccionismo privado, sino al de la institución cultural¹⁴⁰.

Los artistas modernos se consagraron gracias al éxito del sistema de la modernidad. Cuando pasada la mitad de siglo XX, el siglo de la modernidad, ya estaba más o menos asentada en las instituciones culturales, la vanguardia historizada y el mercado comenzaba a crecer e internacionalizarse – multiplicación y conexión de galerías y museos europeos y

¹⁴⁰ PEIST, Nuria, EL ÉXITO EN EL ARTE MODERNO, TRAYECTORIAS ARTÍSTICAS Y PROCESO DE RECONOCIMIENTO, Abada Editores, Madrid, 2012. P. 328

americanos, surgimiento y desarrollo de nuevos mercados, madurez del sistema de ferias internacionales, etc.- , lo que resultó fue la proliferación de movimientos y corrientes estéticas que luchaban por hacerse un lugar en el establecido sistema de la modernidad¹⁴¹.

La intervención de la mediación garantiza el éxito, pero también la clasificación dentro de un estilo, corriente, movimiento o escuela determinada. Porque un artista consigue el éxito cuando logra ser parte de la historia y para ser parte de la historia hay que estar clasificado. El éxito de un artista es absolutamente dependiente del éxito del sistema de la modernidad y del éxito de los movimientos particulares. No ser clasificado sólo es posible dentro de la lógica de la consagración a largo plazo, que fue un momento muy preciso de la historia del arte del siglo XX. Retrasar la entrada en la historia es pertenecer a un primer momento sin demasiada visibilidad, para entrar en la fase de la consolidación del éxito con un capital de reconocimiento acumulado que posibilita, en todos los casos aquí estudiados, ser considerado como un padre precursor. Sin olvidar la distinción que otorga renunciar a la mácula del éxito inmediato, y la satisfacción que la posteridad siempre obtiene de hacer justicia y rescatar a un auténtico creador¹⁴².

Así, podemos observar que existen aspectos del mercado que no se pueden ver directamente influenciados por el actuar individual del abogado. Como lo platicaba con Juan Manuel de la Rosa¹⁴³, en efecto formalizar el negocio del arte a través de contratos, es un planteamiento que produce certeza en los artistas, quizás los galeristas no aprecien tanto la idea en un principio, pero poco a poco encontrarán las amplias ventajas que existen en pactar todas las obligaciones del proceso de venta desde un principio. Quizás el éxito dentro del medio no dependerá de las instituciones contractuales, pero sin lugar a dudas el éxito económico en el aspecto individual dependerá en gran medida de éstas.

Pensando en que los galeristas podrían oponerse en primera instancia a la celebración de contratos, le pregunté a Juan Manuel de la Rosa: ¿Qué pasaría si los artistas de organizaran y se negaran a exponer sus obras si no hubiera un contrato de por medio? Es muy probable que los galeristas desearan a estos artistas y comercializaran obras de otros de menor calidad ¿no es así? Y si esto sucediera, el tercer actor del mercado –los coleccionistas- ¿Se darían cuenta de qué están comprando? ¿Se opondrían a adquirir arte pobre o sencillamente asumirían que es arte de calidad por el simple hecho de estar vendido por sus galerías? Él

¹⁴¹ Ídem. p 332

¹⁴² Íbidem. p. 338

¹⁴³ DE LA ROSA, Juan Manuel, comunicación personal, México, D.F., México, Noviembre de 2012

me respondió que no, no se opondrían, si bien existen compradores sofisticados son los menos y el grueso del mercado mexicano no distinguiría.

El escenario anterior parece triste, sin embargo debemos considerar diversos aspectos. En primer lugar, el mercado mexicano no lo es todo. Es decir, si bien el mercado del arte debería estimularse desde adentro y desde afuera, un mercado de arte no se constituye únicamente de compradores nacionales, de hecho se trata de un mercado internacional, y así se demuestra con los mercados de Estados Unidos, Inglaterra y China, por mencionar sólo los más importantes económicamente. De modo que es importante que los galeristas comprendan que el mostrar a los ojos del mercado internacional la certeza que imprimen los contratos en las transacciones mercantiles incuestionablemente les permitirá convertirse en actores de un mercado internacional.

Por otro lado, debemos considerar también que en los últimos años se han llevado acciones por parte de los actores privados y Estatales para poner el nombre de México en alto por lo que respecta al arte. En este sentido, podemos hablar del Museo Universitario de Arte Contemporáneo como uno de los museos de arte contemporáneo más importantes de América Latina; asimismo la creación del museo Soumaya en la ciudad de México resulta al ser una muestra pública de arte al alcance de todos, un elemento importante para el conocimiento público del arte; de igual manera encontramos al Museo de Arte Moderno, el Museo Universitario del Chopo entre muchos otros dentro de la ciudad de México.

Sin lugar a dudas, las galerías juegan un papel sumamente importante pues son el intermediario comercial más relevante, y por sólo mencionar algunas nos encontramos con OMR, KURIMANZUTTO, Central Art Projects, Arnoviz Arte Contemporáneo, MONCLOVA, Enrique Guerrero, Le Laboratoire, Yautepec, Trigaer & Pinto, Garage, Emilia Cohen, Oscar Roman, Terreno Baldío, Vice Galería, TOCA Galería, Luis Adelantado. Asimismo, como se ha mencionado a lo largo del presente estudio, son las galerías quienes tienen el talento y conocimiento del mercado para posicionar a un nuevo artista y hacer que su obra se venda, aunque no necesariamente dependa de dicha situación, siempre es un impulso considerable.

A su vez, existen artistas mexicanos de talla internacional como Gabriel Orozco, quien ha tenido la oportunidad de exponer su obra en museos tales como el MoMA, el Museo de Arte Contemporáneo de Chicago, Museo de Arte Contemporáneo de los Ángeles, Hirshhorn Museum en Washington, Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía, el Palacio de Bellas

Artes en México, Centre Pompidou, Tate Modern de Londres, y el más reciente en el Guggenheim de Berlín, quienes son una clara representación de la calidad de arte que existe en México.

No debemos dejar a un lado tampoco las ferias de arte como Zona MACO que se convierten en un importante intermediario para el mercado internacional del arte en donde se pueden dar a conocer galeristas, nuevos y viejos coleccionistas y artistas.

También podemos hablar de fundaciones que buscan comprar, coleccionar y compartir arte en México, como lo son la Fundación Jumex o la Fundación Carlos Slim. A su vez, existen diversas becas que estimulan la creación artística para los artistas jóvenes tanto por parte de CONACULTA en el caso de Lorena Mal; así también participan otros actores privados como ADIDAS en el caso de Tomás Díaz.

Se hace evidente entonces que son los actores privados –dentro de sus limitaciones– son quienes están haciendo un mayor esfuerzo por darse a conocer en el resto del mundo, finalmente para ellos es en efecto un negocio de alguna u otra manera. Sin embargo el Estado es quien tiene una participación menor, y si bien no es obligación del Estado hacer que crezca el mercado del arte, si lo es la educación, pues es incuestionable la relevante importancia de la educación artística en el país, y no sólo para los artistas, sino para el cuarto círculo de Bowness, el público.

Es indispensable para la supervivencia del arte en nuestro país no sólo un círculo de coleccionistas sofisticados que sepan apreciar el buen arte independientemente de lo que promuevan sus marchantes y galerías, sino un público que sea sensible a las expresiones artísticas, uno que se permita sentir cuando se le expone a los sentimientos materializados de otros, en lugar de sólo decir, en el mejor de los casos: “está padre”.

Esto comienza desde la infancia y se debe extender hasta el mundo. La apreciación por lo auténticamente bello se va perdiendo poco a poco mientras se le pierde interés, mientras se pierde sensibilidad. En el año 2007, Gene Weingarten del diario “The Washington Post”, decidió experimentar al respecto en su reportaje denominado “Pearls before breakfast”¹⁴⁴ en donde le pidió a Joshua Bell¹⁴⁵ que ejecutara seis piezas durante la hora pico en una

¹⁴⁴ <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2007/04/04/AR2007040401721.html>, consultado el 17 de diciembre de 2012

¹⁴⁵ Violinista estadounidense que realizó sus estudios de violín en la Universidad de Indiana bajo la dirección de Josef Gingold. A los catorce años, apareció como solista con la *Orquesta de Filadelfia*, dirigida

estación de metro en Washington en la que todos los transeúntes se dirigían a sus respectivos trabajos. Vale la pena mencionar que tres días antes, Bell se había presentado en el Boston's Symphony Hall, en donde hubo lleno completo y los boletos se vendieron por cien dólares aproximadamente.

Con lo anterior no se pretendía que se recolectara una cantidad considerable o siquiera comparable a lo recolectado en el Boston's Symphony Hall, sino que los transeúntes se tomaran el tiempo de darse cuenta de que lo que sucedía no era algo cotidiano, por el contrario, se estaban ejecutando piezas maestras de la música clásica por uno de los violinistas más talentosos de nuestros días; sin embargo, durante cuarenta y tres minutos pasaron mil noventa y tres personas y recaudación ascendió a treinta y siete dólares con diecisiete centavos, desafortunadamente las personas que se tomaron el tiempo de apreciar la materialización de una obra de arte perfectamente bien ejecutada fueron sólo siete, haciendo evidente que para nuestros colegas humanos la forma no sólo es más importante que el fondo, sino que se vuelve el fondo.

Sin embargo, no debemos sólo ignorar a nuestros colegas humanos por no apreciar la belleza en la expresión humana; todos los días libramos una batalla contra la vida cotidiana que parece buscar que nos olvidemos de esta belleza.

Afortunadamente también existen instituciones estatales como en el caso de España – por mencionar alguno- que buscan promover la cultura en su país y fuera de este, teniendo una oficina de gobierno específica y profesionalmente destinada a esto, en donde para la Dirección de Relaciones Culturales y Científicas (DRCC), el desarrollo de la política exterior de España, las políticas culturales juegan hoy un papel estratégico de primer orden, favorecido por la inmensa riqueza cultural y artística de dicho país. Por este motivo, y en un contexto internacional con una creciente demanda en los intercambios culturales, para ello, la DRCC trabaja en la internacionalización de la cultura española: promoviendo la inserción internacional de sus creadores e industrias culturales; facilitando la presencia del sector en grandes eventos internacionales; fomentando el uso de la lengua española y las lenguas cooficiales del Estado; alentando la creación de redes internacionales de conocimiento en las que participen activamente agentes españoles; y promoviendo la movilidad de creadores, productores y gestores culturales. Para la ejecución de la

por Riccardo Muti. Debutó en el Carnegie Hall en 1985 con la Orquesta Sinfónica de Saint Louis. Desde entonces ha tocado con las orquestas y los directores más importantes del mundo

programación cultural exterior, la DRCC cuenta con los Servicios Centrales en la sede de AECID y con un amplio conjunto de representaciones en el exterior, formado por Embajadas, Consulados, y la Red de Centros Culturales de España¹⁴⁶.

Finalmente, de acuerdo con lo que pude hablar con Lorena Mal, Alejandro Palomino, Pablo Rasgado, Tomás Díaz y Juan Manuel de la Rosa, de los actores mencionados a lo largo del presente estudio, muy pocos son quienes utilizan instrumentos contractuales para llevar a cabo estas relaciones comerciales, y si bien no es la única razón por la que el Mercado del Arte en México es pequeño e inmaduro, el incorporar contratos a las relaciones con las que llevan a cabo su oficio sería un gran avance que daría estructura y formalidad al mercado, lo cual sin duda atraería a más actores a participar en el Mercado, lo que consecuentemente lo haría crecer y poco a poco si los demás elementos acompañan coherentemente, hacerlo un mercado exitoso y de calidad ante los ojos del mundo.

Por ello, independientemente de la penosa sensibilidad con relación al arte por parte del ser humano, o de la limitada participación del Estado en la promoción del Arte y la Cultura, o de la labor de los actores privados en el Mercado, nuestra labor como abogados es con quien solicite nuestra representación, y si en esta labor podemos aportar un beneficio a eso que nos apasiona creo que nada produce más placer a nuestro oficio.

En virtud de lo anterior, considero que en el mercado del arte debemos buscar a través de los contratos el balance utilitario del que habla Rawls, y en este sentido lograr una relación económica fructífera tanto para nuestro representado, como para su contraparte, a efecto de que sus interacciones comerciales no se limiten a el evento en el que nuestra representación fue solicitada, sino a efecto de construir una relación comercial perfectamente estructurada con miras a futuro.

Cláusulas necesarias

En este sentido, de forma conclusiva, con la intención de formalizar las relaciones ya existentes, y proveer de exigibilidad en caso de incumplimiento a las obligaciones que día a día existen en el mercado del arte, estimo que es importante promover la celebración de contratos en donde se contemplen algunas de las siguientes cláusulas, y naturalmente las demás que sean necesarias que nazcan del caso particular que se trate:

¹⁴⁶ <http://www.aecid.com/es/aecid/Estructura/drec.html> consultado el 17 de diciembre de 2012

Consignación: se debe establecer que la exposición que se lleva a cabo de ninguna manera es una obra por encargo, sino la consignación de la venta de una o varias obras determinadas, de modo tal que se deben señalar todas las cláusulas que le son naturales a la consignación mercantil, y además establecer las que son particulares del Mercado del Arte, pues de la consignación nacen todas las demás obligaciones que recíprocamente se establecerán las partes, además se deberá incorporar un poder por parte del artista en donde autoriza la venta de la obra dentro de las limitaciones que establece la Ley Federal del Derecho de Autor y en ella se deberán incorporar las cláusulas que establecen las condiciones en las que se deben tratar las diversas situaciones que puedan nacer durante el proceso de venta como las siguientes:

- **Traslado:** se debe establecer quién se deberá hacer cargo del traslado de la obra y bajo qué condiciones se deberá llevar a cabo, y si se generan gastos quién correrá con ellos.
- **Curaduría de la colección:** se deberá establecer quién se encargará de la curaduría de la colección que se expone y si se generan gastos quién correrá con ellos, si se exhibirá con otras colecciones o no.
- **Museografía de la exposición:** se deberá establecer quién se encargará de la museografía y si se generan gastos, quién correrá con ellos.
- **Cambio del precio de venta de la obra:** se deberán establecer los parámetros dentro de los cuales se puede modificar el precio de venta de la obra, a efecto de que no sea perjudicial para el artista, también se deberá establecer si se modificarán los porcentajes de participación en la venta.
- **Inauguración:** se deberá establecer quien deberá hacerse cargo del manejo del evento de inauguración además de la publicidad del mismo y si existirán patrocinios en su caso, además de quién correrá con los gastos de dicho evento.
- **Publicidad y catálogos:** se deberá establecer quién se hará cargo de la elaboración, edición y publicación del catálogo, así como la autorización en la cual se permita el

uso de fotografías e imágenes de las obras para llevar a cabo lo anterior, además de quién correrá con los gastos de esta situación.

- **Licencia de uso del nombre del artista:** suponiendo que el artista ya ha registrado su nombre como una marca dentro de cualquiera de las clases señaladas, la licencia de uso de su nombre dentro de la exposición y para efectos de la publicidad, así como los parámetros y lineamientos dentro de los cuales se autoriza el uso de esta marca.
- **Seguro:** si bien no se podrá celebrar un contrato de seguro entre las partes, se debe estipular la obligación de contraer uno para cualquiera de ellas, además del de correr con los gastos del mismo.

En este sentido, también se deberán establecer los parámetros de ese seguro, es decir, el seguro protegerá sólo en la galería, o protegerá desde el transporte del estudio a la galería

- **Temporalidad:** se debe establecer la duración en la que la exposición se encontrará en el espacio físico de la galería designado para exposición, y en su caso, si existirá un periodo posterior en el cual podrá manejar la venta de la obra el galerista aun si ya no se está exponiendo.
- **Contraprestación:** se deberá establecer qué porcentaje del valor de venta de la obra corresponderá a cada una de las parte en caso de venderse las obras, y en caso de no venderse, si habrá o no una contraprestación.
- **Compraventa:** se deberá contar con un poder por parte del autor, a efecto de que el galerista pueda conducir la compraventa dentro de las limitaciones naturales que establece la ley, o en su caso, si quisieran cederse todos o algunos de los derechos patrimoniales respecto de las obras, establecerse expresamente dentro del poder a efecto de que la venta pueda conducirse de manera correcta y con los alcances legales necesarios.

Asimismo, es recomendable establecer la reserva del certificado de autenticidad de la obra contra el pago de la misma al autor por parte del galerista.

Atendiendo a lo anterior, es prudente introducir el caso práctico con el que considero se integran los diversos temas que se han tocado a lo largo del presente estudio. Dicho caso es el siguiente:

Caso Práctico: Contrato integral para Alejandro Palomino.

180

Alejandro Palomino, un artista joven cuyo trabajo artístico se enfoca principalmente en la edición fotográfica y de video, así como las instalaciones que nacen de éstas, fue contactado hace poco por una galería X¹⁴⁷ que estaba muy interesada en exponer su obra durante seis meses, valuando cada una de las piezas que integraban la colección en aproximadamente dos mil dólares y el porcentaje de repartición era 50/50.

Las obras consistían en videos fijos sin audio de imágenes que cambiaban poco a poco, mismos que debían ser proyectados casi coreográficamente por proyectores de una calidad determinada en un tiempo y velocidad particulares.

La propuesta era buena y la oportunidad aún mejor. Sin embargo había un detalle que le causaba gran inquietud: la situación era que la galería había puesto una condición en caso de que no se vendiera la colección, y esta era que de darse tal hipótesis al final de los seis meses que duraría la exposición, la galería se quedaría toda la colección para sí, y podría comercializar con ella teniendo ganancias al cien por ciento.

Lo anterior podría parecer descabellado y completamente injusto, sin embargo debe tenerse presente que la galería está corriendo un riesgo sumamente importante al poner a disposición del artista un espacio (casi en renta), su cartera de clientes, los gastos en que incurrirá por la promoción de esta exposición como el manejo de prensa, creación de catálogos, publicidad de otro tipo, además del evento de inauguración.

Sin embargo, debe tenerse también presente que se trata de un mercado en el que el galerista tiene la capacidad de controlar los momentos de venta, por lo cual podría ser muy probable que el galerista sugiriera al coleccionista adquirir la obra al final de la exposición, pues económicamente esta situación sería completamente redituable.

En este sentido, suponiendo que se llegara a esta desafortunada situación, valía la pena llegar a una solución que no perjudicara al patrimonio de Alejandro Palomino, pero que

¹⁴⁷ Se trata de una galería importante para el mercado de arte contemporáneo, cuyo nombre se omite por no tener autorización para mencionarlo.

tampoco lo hiciera aparentar ser una mala inversión para la Galería X, por lo cual era indispensable llegar a un punto medio en el que ambas partes estuvieran de acuerdo y consideraran saldado su riesgo en caso de presentarse el peor escenario.

En cuanto a los seguros, el problema no era tanto de Alejandro Palomino, pues su obra difícilmente podría dañarse ya que se encontraba en formato digital, sin embargo el galerista debería alquilar por seis meses proyectores de alta definición por lo cual, si bien no sería necesario un seguro de obra de arte, sí sería conveniente un seguro con relación a dichos muebles.

Aprovechando esta situación, era importante también establecer diversos aspectos de la relación con la intención de aclarar cualquier imprevisto, en este sentido se llevó a cabo la creación del siguiente contrato:



CONTRATO DE CONSIGNACIÓN DE OBRAS DE ARTE QUE CELEBRAN POR UNA PARTE ALEJANDRO PALOMINO, A QUIEN EN LO SUCESIVO SE LE DENOMINARÁ “EL ARTISTA”, Y POR LA OTRA GALERÍA X, REPRESENTADA EN ESTE ACTO POR EL SEÑOR Z A QUIEN EN LO SUCESIVO SE LE DENOMINARÁ “EL GALERISTA”, AL TENOR DE LAS SIGUIENTES DEFINICIONES, DECLARACIONES, CLÁUSULAS Y ANEXOS:

182

DEFINICIONES –

CONTRATO

El presente acuerdo de voluntades celebrado entre el Artista y el Galerista y cuyo objeto es la venta de una colección de arte.

COLECCIÓN

Es el conjunto de obras autoría del Artista que se encuentran catalogadas en el Anexo I del presente y que se pone a consignación, con el fin de que sean puestas en venta por el Galerista ya sea en su conjunto o en lo individual.

OBRA

Es el bien mueble que forma parte de la colección y cuyos elementos y características son inseparables, objeto material en el que la creación artística está incorporada, objeto del presente contrato, cuyas características particulares se encuentran descritas en el Anexo I del presente Contrato.

ARTISTA

Alejandro Palomino

CERTIFICADO DE AUTENTICIDAD

Es el documento emitido por el autor, que es declarativo de la autenticidad de la obra y que sólo es válido con la firma del autor.

PARÁMETROS DE MODIFICACIÓN

Son los lineamientos establecidos por el autor dentro de los cuales es posible modificar la obra sin provocar un daño moral al autor o alterar los derechos patrimoniales y morales de los que el autor es titular, mismos que se encuentran descritos en el Anexo II del presente Contrato. **183**

EXHIBICIÓN

La muestra pública en un espacio público o privado de la obra ya sea para efectos culturales, económicos o de venta de la obra.

DERECHO DE PARTICIPACIÓN

El que se encuentra señalado en el Artículo 92 bis de la Ley Federal del Derecho de Autor

LFDA

Ley Federal del Derecho de Autor

CC

Código de Comercio

DECLARACIONES –

El Artista declara:

- e) Ser una persona física de nacionalidad mexicana, mayor de edad y con domicilio en ... y cuyo correo electrónico es ...
- f) La creación artística como su principal actividad.
- g) Ser el legítimo titular de los derechos morales y patrimoniales de la obra de arte objeto del presente contrato, y que la creación de la misma es anterior a la celebración de este contrato.
- h) Que es su voluntad celebrar el presente contrato y obligarse en los términos del mismo en sus definiciones, declaraciones, cláusulas y anexos.

El Galerista declara:

- g) Ser una persona moral de nacionalidad mexicana
- h) Que la producción, colección y comercialización de obras artísticas es su principal actividad.
- i) Que la procedencia de los recursos económicos con los que saldará las obligaciones concebidas en el presente contrato es legítima y comprobable.
- j) Que la obra que adquirirá por virtud del presente contrato es una obra existente y de ninguna manera se deberá considerar obra por encargo.
- k) Que conoce las características y condiciones de las obras objeto del presente contrato.
- l) Que es su voluntad llevar a cabo llevar a cabo todos los esfuerzos dentro de sus posibilidades para concretar la venta de las obras objeto del presente contrato.
- m) Que es su voluntad celebrar el presente contrato y obligarse en los términos del mismo en sus definiciones, declaraciones, cláusulas y anexos.

184

Ambos declaran:

Que es su voluntad celebrar el presente contrato atendiendo a lo establecido por la legislación Mercantil, Civil, Penal y de Derechos de Autor existente en la fecha de ejecución del presente Contrato en los Estados Unidos Mexicanos

CLÁUSULAS --

Primera: Del objeto

- 1.1** El objeto del presente contrato es la consignación mercantil de las obras descritas en el Anexo I del presente contrato de conformidad con el artículo 393 del CC. En este sentido, el Artista se obliga a poner a disposición del Galerista las obras descritas en el Anexo I del presente contrato en los cinco días posteriores a la ejecución del presente contrato.
- 1.2** Para el cumplimiento del objeto del presente contrato, el Galerista se obliga a llevar a cabo las diligencias necesarias con relación a la curaduría, museografía, promoción, exposición y venta de las obras señaladas en el Anexo I del presente contrato.
- 1.3** Las partes establecen expresamente en este instrumento que el Artista no es ni podrá ser considerado como patrón sustituto de ninguno de los empleados que sean contratados o que ya se encuentren contratados por el Galerista para llevar a cabo las diligencias necesarias para cumplir el objeto del presente contrato, por lo cual, se entiende que no existe relación

laboral ni entre el Artista y el Galerista, ni entre el Artista y los empleados permanentes o temporales del Galerista, y en caso de que alguno de ellos pretendiera entablar una acción civil, penal, laboral o mercantil en contra del Artista, el Galerista se obliga a librar en paz y a salvo al Artista de cualquiera de dichas acciones en las instancias judiciales que sean necesarias.

Segunda: Duración

- 2.1** Las partes se tendrán por obligadas desde la fecha de ejecución del presente instrumento, independientemente de la duración acordada por las partes para cada una de las etapas de esta consignación.
- 2.2** La consignación pactada en el presente contrato tendrá una duración total de siete meses a partir de la entrega de la obra en las instalaciones del Galerista y se dividirá en cinco etapas con una secuencia específica y continuada, en donde una vez que concluya una de ellas inmediatamente deberá comenzar la siguiente. Cada una de ellas tendrá una duración particular y el incumplimiento de alguna obligación dentro de cualquiera de las etapas no anulará las obligaciones pactadas para las etapas posteriores.
- 2.3** Las etapas, el orden y la duración de cada una de ellas será la siguiente: (1) Traslado de la obra del taller a la galería, cuya duración deberá ser de cinco días hábiles a partir de la ejecución del presente instrumento. (2) Colocación de la obra en la galería, duración de un mes a partir de la conclusión del traslado. (3) Publicitación, que podrá correr paralela a la segunda etapa, y podrá ser de mayor duración pero nunca menor. (4) Exposición de la obra en la galería, cuya duración será de seis meses. (5) Manejo posterior de la venta, cuya duración será de un mes después de la exposición.

Tercera: Del valor de las obras y la contraprestación.

- 3.1** El valor inicial de venta de cada una de las obras sin incluir el impuesto al valor agregado, está descrito en el Anexo I del presente contrato y sólo se podrá incrementar en 15 % a lo largo del proceso de venta, y nunca las obras se podrán poner en subasta. De conformidad con la fracción III del artículo 393 del CC, al Galerista le corresponderá el 50% (cincuenta por ciento) del precio de venta de cada una de las obras vendidas, y el 50% (cincuenta por ciento) restante le corresponde al Artista.

- 3.2** En caso de no venderse alguna o ninguna de las obras dentro de la duración de exposición y comercialización del presente contrato, deberán observarse los parámetros descritos en el Anexo II del presente contrato.
- 3.3** El Galerista deberá exigir el pago por las obras vía transferencia electrónica y únicamente se podrán hacer los depósitos en la cuenta con número ----- del banco -----

Cuarta: De la venta

- 4.1** La venta de las obras sólo se podrá llevar de manera directa por el galerista y nunca por subasta o remate, y solamente a través de los contratos de compraventa establecidos para cada una de las obras dentro del Anexo III del presente contrato.
- 4.2** El Artista, por medio del presente y de conformidad con los artículos 30, 31 y 32 de la Ley Federal del Derecho de Autor, extiende al Galerista poder amplio para llevar a cabo la venta de las obras en su nombre, y a su vez de la cesión permanente del derecho patrimonial de reproducción en favor del comprador final. En este sentido, será obligación del Galerista, llevar a cabo la firma por triplicado de los contratos por cada una de las obras y entregarlos al Artista en el día de informe de ventas más próximo a la ejecución de dicho contrato de compraventa.

Si estos contratos no son entregados al Artista en el plazo señalado, entonces el Galerista en el depósito correspondiente al pago señalado en la cláusula 3.1, deberá añadir un 3% (tres por ciento) sobre el porcentaje correspondiente al artista por cada quincena de retraso.

- 4.3** Se establecerán durante las etapas 4 y 5, dos días de informe de ventas al mes, en donde el Galerista se encuentra en la obligación de informar al Artista los días 2 y 16 de cada mes dentro de la etapa de exposición las ventas que se han realizado, señalando la obra vendida, el nombre, domicilio y datos de contacto del comprador, las condiciones de venta, el precio de venta y el balance que guarda el inventario de la colección, además de entregar el contrato firmado por el vendedor.
- 4.4** El Artista se reservará la posesión del certificado de autenticidad de cada una de las obras incluidas en el Anexo I del presente contrato hasta en tanto no reciba por parte del galerista lo establecido en la cláusula 3.1 del presente en el número de cuenta ----- del banco ----- Una vez recibida dicha cantidad, el Artista deberá entregar al Galerista el certificado de autenticidad correspondiente dentro de los 3 (tres) días hábiles

siguientes a la fecha de depósito, para que éste a su vez lo entregue al adquirente, librando al Artista después de la entrega de dicho certificado de toda responsabilidad frente al adquirente de la obra.

- 4.5 Una vez vendida la obra, será obligación del Galerista hacer firmar al adquirente de la obra los parámetros de uso de la misma, los cuales son parte del contrato de compraventa de cada una de las obras, y a su vez entregárselo una vez ejecutado al Artista.
- 4.6 El Galerista se hará responsable de la procedencia de los recursos económicos con los que fue adquirida la obra, y de existir cualquier conflicto con relación a estos en contra del Artista, el Galerista se obliga a librar al Artista en paz y a salvo de cualquiera de estos.
- 4.7 El Galerista se obliga a entregar al Artista dentro de lo establecido en el Anexo II, en buenas condiciones, los bienes que no se vendan al término del plazo que se menciona en la cláusula primera, dentro de los siguientes cinco días hábiles posteriores al término de la quinta etapa del presente contrato.
- 4.8 En caso de que el Galerista no cumpla con la entrega de los bienes que se mencionan en la cláusula anterior, se obliga a pagar al Artista el total del valor señalado en el Anexo I para cada una de las obras.
- 4.9 En caso de que el Artista se niegue a recibir los bienes dentro de los plazos mencionados sin causa justificada, deberá pagar al Galerista por concepto de almacenaje, el 3% del valor de los bienes, referido en el Anexo I, por cada mes o fracción de mes que transcurra desde la fecha en que se debieron recibir los bienes por parte del Artista y hasta la fecha efectiva de la recepción.

Quinta: Del seguro

- 5.1 De conformidad con la fracción VI del artículo 393 del CC, será el Galerista quien asuma los riesgos respecto de la Colección, por lo cual será obligación del Galerista contratar un seguro especializado para obras de arte el cual cubra el valor total de la obra de conformidad con el Anexo I, para proteger la Colección de cualquier percance que implique el deterioro, o la destrucción parcial o total de cualquiera de las obras incluidas en la colección, aun tratándose de caso fortuito o fuerza mayor durante las etapas 3, 4 y 5; de lo contrario, deberá saldar el valor total de la obra dañada de conformidad con el Anexo I, ignorando lo establecido en la cláusula 3.2

5.2 Será obligación del Artista contratar un seguro de obra de arte que cubra cualquier riesgo con relación a la colección durante el traslado de ésta del taller del Artista al lugar de la exposición. Si el Artista no contratara el seguro, será su obligación reparar el daño en la obra en caso de que este fuera reparable, y si no lo fuera, deberá pagar al Galerista 10% del valor de cada obra destruida.

Sexta: Del traslado

6.1 Será responsabilidad del Artista el traslado de la colección a las instalaciones del Galerista, en el domicilio ubicado en -----, dentro de los cinco días posteriores a la ejecución del presente contrato, para lo cual, deberá contratar transporte especializado, o bien hacerse responsable de conformidad con la cláusula 5.1 del presente por el daño que pudiesen sufrir las obras durante el traslado.

6.3 Una vez que la obra sea vendida, será responsabilidad del Adquirente asumir los gastos y seguros por el traslado de la obra a sus instalaciones

Séptima: Curaduría

7.1 La curaduría de la exposición es obligación del Galerista, sin embargo no podrá exponer conjuntamente la obra de otro artista cuyas obras estén valuadas individualmente en cantidad menor a las obras señaladas en el Anexo I del presente contrato.

7.2 Los gastos que pudieran generarse por la curaduría de la exposición correrán por cuenta del Galerista y no se podrán descontar del porcentaje establecido en la cláusula 3.1 para el pago por la venta de la obra.

Octava: Museografía de la exposición

8.1 La museografía de la exposición es obligación del galerista, sin embargo la propuesta museográfica deberá ser presentada por escrito al Artista para su autorización a través de su firma. Dicha propuesta museográfica deberá crearse de conformidad con la propuesta estética y discursiva de las obras señaladas en el Anexo I. Si la propuesta museográfica existe de conformidad con dichos aspectos estéticos y discursivos, el Artista no se podrá oponer a su implementación.

- 8.2** Los gastos que pudieran generarse por la museografía de la exposición correrán por cuenta del Galerista y no se podrán descontar del porcentaje establecido en la cláusula 3.1 para el pago por la venta de la obra.
- 8.3** La instalación de la propuesta museográfica dentro de la Galería una vez autorizada por el Artista, será responsabilidad del Galerista y el Artista únicamente podrá supervisar que se lleve a cabo de conformidad con la propuesta museográfica previamente autorizada.
- 8.4** Los gastos que pudieran generarse por la instalación de la exposición correrán por cuenta del galerista y no se podrán descontar del porcentaje establecido en la cláusula 3.1. para el pago por la venta de la obra.

Novena: Publicidad y catálogos

- 9.1** El Galerista se obliga a publicitar la exposición y nombre del artista a efecto de lograr la asistencia del público a la exposición y también lograr venta de la colección completa.
- 9.2** La publicidad que se genere en torno a la obra deberá darse con las mismas características que las expresadas en la cláusula 7.1.
- 9.3** El Galerista sólo para efectos de publicidad y dentro de la duración del presente contrato está autorizado para reproducir en catálogos y en su sitio de internet, así como en afijos o fotografías de las obras señaladas en el Anexo I del presente contrato.

Asimismo, el Galerista se encuentra autorizado en los términos de la cláusula 9.4 a utilizar el registro marcario con denominación ALEJANDRO PALOMINO, registro número 1123456, a efecto de publicitar la exposición y únicamente durante la duración del presente contrato.

De darse el uso del registro marcario señalado anteriormente podrá utilizarse ya sea solo, o frente a imágenes que sean de autoría de ALEJANDRO PALOMINO.

- 9.4** De imprimirse catálogos de la colección, estos no podrán ser comercializados, únicamente se deberán presentar de forma gratuita al público al que se dirija. El Galerista no podrá señalar el precio exacto ni aproximaciones del valor de las obras señaladas en el Anexo I del presente contrato en ningún medio publicitario durante la duración del presente contrato.

Décima: Inauguración de la exposición

- 10.1** La organización y ejecución de la inauguración es obligación del Galerista y se deberá llevar a cabo en la fecha más adecuada a criterio de éste dentro del mes de Enero de 2013. De no cumplir con esta obligación, el Galerista renuncia al pago correspondiente de conformidad con la cláusula 3.1 en relación con la obra vendida de menor valor
- 10.2** Es obligación del Artista asistir a la inauguración de la exposición, permanecer ahí por al menos tres horas y facilitar entrevistas y opiniones para la prensa especializada. De no cumplir con esta obligación, el Artista renuncia al pago correspondiente de conformidad con la cláusula 3.1 en relación con la obra vendida de menor valor.
- 10.3** Será obligación del Galerista confirmar la asistencia de medios de radio, televisión y prensa a dicho evento. A su vez, será obligación del Galerista la obtención de al menos 2 notas de prensa positivas con relación a la exposición y la colección en periódicos de mayor circulación que se dirijan al mismo público que se encuentra en posibilidades de adquirir obras del Artista.
- 10.4** Se autoriza al Galerista para buscar el patrocinio de diversas compañías para el evento de inauguración, sin embargo dichas marcas deberán ser aquellas que puedan dirigirse al mismo público que se encuentra en posibilidades de adquirir las obras del Artista.

Onceava: Exposición

- 11.1** La exposición se llevará a cabo de forma continua por un periodo de seis meses, dentro de los horarios de operación que ha establecido la galería en su operación cotidiana y en el espacio establecido para tal efecto en el domicilio ubicado en----- respecto del cual el Galerista goza de pleno disfrute para ejecutar la exposición.
- 11.2** Durante el periodo que dure la exposición, la distribución de las obras deberá permanecer de conformidad con el plano museográfico autorizado por el Artista al que se alude en la cláusula 8.1, de modo tal que si alguna de las obras se vendiera durante el periodo de la exposición deberá permanecer ahí durante el tiempo que esta dure, y sólo se podrá entregar a su adquirente una vez que esta termine.
- 11.3** Es responsabilidad del Galerista la permanencia de la disponibilidad del espacio arquitectónico durante el periodo que dure la exposición. Si el espacio arquitectónico dejara

de estar disponible ya fuera por clausura del local, aseguramiento del inmueble, o por desperfectos atribuibles al inmueble, se rescindir el presente contrato y la cláusula 3.1 quedará sin efectos para las obras que aun no hayan sido vendidas, por lo cual al Artista le corresponderá el cien por ciento del valor respecto de ellas, sin que quede pendiente un solo pago u obligación para con el Galerista.

11.4 Es obligación del Galerista y de los expertos que pueda contratar para tal efecto, atender cualquier cuestión relacionada con las obras descritas en el Anexo I durante el periodo de la exposición. Si se hiciera evidente que el Galerista se ha negado a atender estos aspectos, su porcentaje de participación con relación a la cláusula 3.1, se disminuir a cuarenta por ciento, quedando el diez por ciento restantes en favor del artista.

11.3 Los gastos correspondientes a la exposición así como los que se generen por desmontarla una vez que esta haya concluido correrán por cuenta del Galerista, siendo responsabilidad de éste la integridad de las obras independientemente de si hayan sido o no adquiridas por un coleccionista.

Doceava: Etapa posterior a la exposición

12.1 Una vez concluida la exposición, el Galerista deberá entregar a los adquirentes las obras que hayan sido adquiridas, y las que no, deberá almacenarlas por un mes (31 días naturales) más para procurar su venta dentro del valor establecido en el Anexo I.

12.2 Si las obras restantes fueran vendidas durante la etapa posterior a la exposición, deberá entregarlas a sus adquirentes a la brevedad posible sin que este tiempo pueda exceder de un mes después de la clausura de la exposición.

12.2 En caso de no venderse las obras restantes en el plazo de un mes posterior a la clausura de la exposición, las partes se deberán atener a lo dispuesto por la cláusula 3.2, y de conformidad con esta, si es el caso, entregar las obras restantes al artista en un plazo no mayor a cinco días hábiles.

Treceava: Nulidad de cláusulas y rescisión

13.1 Si se llegara a anular cualquiera de las cláusulas del presente contrato, las demás cláusulas y las obligaciones generadas por el presente contrato seguirán vigentes

13.2 Se podrán anular las cláusulas cuando por acuerdo de las partes y en documento escrito se establezca que es su voluntad anular alguna de ellas, y en su caso especificar las razones por las cuales se anule. Dicho documento deberá ser firmado por ambas partes y por dos testigos anexándolo al presente contrato, de lo contrario la cláusula seguirá vigente.

13.3 El contrato se podrá rescindir en cuanto alguna de las partes en su incumplimiento se niegue a realizar lo establecido como penas convencionales para cada incumplimiento señalado, permitiendo a su contraparte todas las acciones legales pertinentes.

Catorceava: Competencia en caso de controversia

14.1 Las partes en caso de incumplimiento se comprometen a buscar la mediación de su controversia previo a intentar entablar cualquier acción judicial con respecto al incumplimiento del presente contrato.

14.2 Las partes renuncian a cualquier fuero que por su nacionalidad pudiera corresponderles, y se obligan a promover, resolver y en su caso llevar a cabo la ejecución de cualquier sentencia que pudiese nacer por virtud de alguna controversia que por el incumplimiento o la interpretación del presente contrato pudiese existir, haciendo uso del derecho subjetivo y adjetivo mexicano, así como de los tribunales que para la materia de la controversia se encuentren establecidos en México.

El presente Contrato consta de 4 hojas más sus anexos, y se firma por duplicado el día _____ del mes _____ del año _____

Alejandro Palomino

El Señor Z, en nombre y representación de la
Galería X

Obras

| Denominación | Descripción | Valor inicial |
|--------------|---|-----------------|
| XY | Fotografía de paisaje | 20, 000. 00 M.N |
| ZX | Obra cinematográfica de 5 minutos de duración | 24, 000.00 M.N. |
| ZY | Escultura y obra cinematográfica | 42, 000.00 M.N. |
| XZ | Fotografía de persona | 17,000.000 M.N. |

»Libros:

1. ACHA, Juan. LOS CONCEPTOS ESENCIALES DE LAS ARTES PLÁSTICAS, Ediciones Coyoacán, México, 1999
2. BAQUEIRO, Edgar. DERECHO CIVIL INTRODUCCIÓN Y PERSONAS. Primera Edición, décimo quinta reimpresión, Oxford, México
3. BARBERO, Doménico, SISTEMA DEL DERECHO PRIVADO, t. IV, contratos, trad. De Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1967
4. BERCOBITZ, Germán. OBRA PLÁSTICA Y DERECHOS PATRIMONIALES DE SU AUTOR, Editorial TECNOS, Madrid, 1997
5. BERCOVITZ, Rodrigo. MANUAL DE PROPIEDAD INTELECTUAL, Editorial Tirant Lo Blanch, Tercera edición, Valencia, 2006
6. BOBBIO, Norberto, TEORÍA GENERAL DEL DERECHO, Editorial Temis, Segunda Edición, 2005
7. CABEDI SERNA, Llanos. EL DERECHO DE REMUNERACIÓN DEL AUTOR, Editorial Dykinson, Madrid, 2011
8. CERVANTES AHUMADA, Raul, DERECHO MERCANTIL, Cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 2007
9. CHAPMAN, Audrey, LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO DERECHO HUMANO, Ediciones UNESCO, Julio –Septiembre 2001
10. COHEN-SOLAL, Annie, El galerista, Leo Castelli y su círculo. Turner Publicaciones, Madrid, 2011
11. COOTER, Robert, ULEN, Thomas. DERECHO Y ECONOMIA, FONDO DE CULTURA ECONÓMICA, Traducción de Eduardo L. Suárez, Segunda edición, México 2008
12. DAVALOS TORRES, María Susana. MANUAL DE INTRODUCCIÓN AL DERECHO MERCANTIL. NOSTRA Ediciones México, D.F, 2010
13. DE LA VEGA, José Antonio. PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, REUS, S.A. Madrid, España
14. ESPIN, Diego. LOS DERECHOS DEL AUTOR DE OBRAS DE ARTE. Editorial Civitas, S.A., Madrid, España.
15. GUTIERREZ VICEN, Javier. EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN EN ESPAÑA, de la compilación PROTECCIÓN Y LÍMITES DEL DERECHO DE AUTOR DE LOS CREADORES VISUALES. Trama Editorial, Toledo, 2005
16. KEIN, Naomi, NO LOGO EL PODER DE LAS MARCAS, Paidós, España, 2001
17. LEON, Soyla, CONTRATOS MERCANTILES, OXFORD UNIVERSITY PRESS, Primera edición, novena re impresión, México 2012
18. ORTEGA DOMENECH, Jorge. OBRA PLÁSTICA Y DERECHOS DE AUTOR, Editorial Reus, Madrid. 2000.
19. OTERO MUÑOZ, Ignacio y ORTIZ BAHENA, Miguel Ángel. PROPIEDAD INTELECTUAL SIMETRÍAS Y ASIMETRÍAS ENTRE EL DERECHO DE AUTOR Y LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, EL CASO DE MÉXICO. PORRUA, México, 2011

20. PEIST, Nuria, EL ÉXITO EN EL ARTE MODERNO, TRAYECTORIAS ARTÍSTICAS Y PROCESO DE RECONOCIMIENTO, Abada Editores, Madrid, 2012
21. PICKER, Bennet. GUÍA PRÁCTICA PARA LA MEDIACIÓN, MANUAL DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS COMERCIALES, Paidós Mediación, Argentina, 2001
22. RAWLS, John. TEORÍA DE LA JUSTICIA, Fondo de Cultura Económica, Segunda Edición, México, 1995
23. RUIZ RUEDA, Luis. EL CONTRATO DE SEGURO, Segunda edición revisada y puesta al día por Humberto Ruiz Quiroz, Porrúa, México, 2010
24. SANCHEZ FLORES, Octavio Guillermo de Jesús. El contrato de Seguro Privado. Editorial Porrúa, México, 2000
25. THUILLIER, Jacques, TEORÍA GENERAL DE LA HISTORIA DEL ARTE, Fondo de Cultura Económica, México, 2006
26. VAVER, David. INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS VOLUME II. Routledge Taylor & Francis Group, Londres
27. VAVER, David, INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, CRITICAL CONCEPTS IN LAW, THE WORK OF ART IN THE AGE OF MECHANICAL REPRODUCTION, Routledge, Taylor and Francis Group, Londres
28. VAVER, David, INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, CRITICAL CONCEPTS IN LAW: COPYRIGHT OVER-STRENGTH, OVER REGULATED, OVER- RATED? Routledge Taylor & Francis Group, Londres
29. VELKLEY, Richard, THE TENSION IN THE BEAUTIFUL: ON CULTURE AND CIVILIZATION IN ROUSSEAU AND GERMAN PHILOSOPHY». *Being after Rousseau: Philosophy and Culture in Question*. Estados Unidos, 2002

»»Periódicos, revistas y referencias en línea:

1. PASTOR, Judith. Revista TAXI AROUND THE ART, NO. 2, Guadalajara, 2011. p 126
2. GASCA SERRANO, Leticia, El inestable camino del negocio del Arte, El economista en línea, México, Septiembre de 2012
3. El Galerista que inventó Nueva York, Diario el País en línea: http://elpais.com/diario/2011/12/30/cultura/1325199601_850215.html Consultado el 14 de diciembre de 2012
4. GUIA DE CONTRATACIÓN DEL ARTISTA VISUAL: <http://bonespractiques.aavc.net/es/contractacio/94/guia-contratacion-artista-visual#descarga> consultado el 11 de diciembre de 2012
5. NY TIMES : Frank Lloyd, Prominent Art Dealer Convicted in the 70's Rothko Scandal, Dies at 86: <http://www.nytimes.com/1998/04/08/arts/frank-lloyd-prominent-art-dealer-convicted-in-the-70-s-rothko-scandal-dies-at-86.html?pagewanted=all&src=pm>. Consultado el 14 de diciembre de 2012
6. Damien Hirst o el Arte de ganar mucho dinero. El país en línea: http://elpais.com/elpais/2012/04/05/gente/1333644542_487559.html. Consultado el 14 de diciembre de 2012
7. http://es.wikipedia.org/wiki/Comisariado_art%C3%ADstico, consultado el 23 de septiembre de 2012
8. <http://es.wikipedia.org/wiki/Publicidad>, consultado el 23 de septiembre de 2012

9. http://www.wipo.int/copyright/es/activities/pdf/international_protection.pdf Consultado el 11 de diciembre de 2012
10. http://www.indautor.gob.mx/documentos_oficial/acuerdo5.pdf consultado el 13 de noviembre de 2012
11. http://elpais.com/diario/2003/04/01/cultura/1049148005_850215.html . Consultado el 10 de noviembre de 2012
12. <http://www.boe.es/boe/dias/2008/12/25/pdfs/A51995-51997.pdf> . Consultado el 13 de noviembre de 2012
13. <http://www.tendenciasdelarte.com/pdf/octubre09/droit.pdf>. consultado el 13 de noviembre de 2012
14. <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2007/04/04/AR2007040401721.html>, consultado el 17 de diciembre de 2012.
15. <http://www.aecid.com/es/aecid/Estructura/drec.html> consultado el 17 de diciembre de 2012

>> **Legislación:**

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Última reforma publicada DOF 26-02-2013, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>
2. Ley Federal del Derecho de Autor, Última reforma publicada DOF 27-01-2012, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/122.pdf>
3. Ley de la Propiedad Industrial, Última reforma publicada DOF 09-04-2012, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/50.pdf>
4. Ley del Contrato de Seguro, Última reforma publicada DOF 04-04-2013, http://www.normateca.gob.mx/Archivos/66_D_3438_09-04-2013.pdf
5. Código Civil Federal, Última reforma publicada DOF 08-04-2013, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2.pdf>
6. Código de Comercio, Última reforma publicada DOF 17-04-2012, http://www.siger.gob.mx/legismerc/CC_12_2013.pdf
7. Tesis y jurisprudencias

>> **Entrevistas:**

1. Pablo Rasgado y Lorena Mal, 12 de Agosto de 2012, conversación privada en relación con el funcionamiento del mercado del Arte desde la perspectiva del artista.
2. Alejandro Palomino, 7 de Octubre de 2012, conversación privada en relación con su experiencia con una galería (Conversación de la cual nace el segundo caso práctico).
3. Lorena Mal, 16 de Octubre de 2012, conversación privada en relación con la venta de una obra de su autoría y las posibilidades de limitar su uso (Conversación de la cual nace el primer caso práctico)
4. Juan Manuel de la Rosa, 16 de Noviembre de 2012, conversación privada en relación con el funcionamiento del mercado del arte y los elementos que lo influyen.
5. Tomás Díaz, 23 de Noviembre de 2012, conversación privada en relación con la búsqueda y obtención de determinadas becas para jóvenes artistas.