

Buenos Aires, 20 de mayo de 2015

Honorable Senado de la Nación
De nuestra mayor consideración,

Por la presente, deseamos someter a vuestro conocimiento, la posición de la Fundación Vía Libre sobre el [proyecto de ley bajo expediente 0789/15](#) que modifica la Ley 11.723 de Propiedad Intelectual e incorpora bajo el artículo 54 bis, el denominado Derecho de Participación.

Como observación general de la medida, consideramos inapropiado incorporar esta cláusula en el marco de la Ley 11.723 de Propiedad Intelectual.

El derecho de participación no tiene nada que ver con las regulaciones sobre la obra en el sentido del derecho autoral vigente en Argentina, sino que corresponde a una regulación sobre el soporte. Como antecedente, es válido mencionar que la consagración del *Droit de Suite* o Derecho de Participación en la Directiva Europea es específica al soporte, tal como indica el considerando nro. 2 de la misma, al expresar que “el objeto del derecho de participación es la obra material, a saber, el soporte al que se ha incorporado la obra protegida.”

En sus concepciones originales, este derecho otorgado al autor de obras de arte refiere estrictamente a la enajenación del soporte material de la misma. El derecho autoral sobre la obra como tal no está involucrado en esta regulación. Es por eso que la Unión Europea, en el momento de establecer este derecho, prefirió hacerlo a partir de una directiva específica y no a través de la incorporación de una cláusula en la directiva de derechos autorales. La referencia a la Directiva Europea tiene que ver, fundamentalmente, con el hecho de que el presente proyecto tiene la aspiración de obtener el reconocimiento de este derecho para los autores argentinos en el mercado europeo, donde se comercializan numerosas obras de autores locales, pero que reconoce derechos de participación exclusivamente a autores nativos de la Unión o nacionales de países que reconocen este mismo derecho¹.

La propuesta argentina de incorporar esta cláusula a la ley de propiedad intelectual va a contramano de la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual y constituye una expansión problemática de la norma vigente. Por lo tanto, recomendamos que la ley sea elaborada por fuera de la normativa de propiedad intelectual y de manera autónoma ya que, si bien estamos hablando de derechos de autores, se trata de regulaciones sobre bienes de naturaleza totalmente diferente.

Más allá de estos aspectos generales de la propuesta de incorporación del artículo 54 bis a la Ley 11.723, el contenido del derecho de participación propuesto en el proyecto de referencia tiene una serie de problemas que deseamos destacar para proponer modificaciones.

1) El alcance de la definición de obra regulada

El proyecto 0789/15 expresa que son obras alcanzadas por esta regulación

¹ Véase 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. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0084&qid=1431694284597&from=EN>

“Los ejemplares de obras de arte objeto de este derecho que hayan sido realizados por el propio autor o bajo su autoridad se considerarán obras originales. Dichos ejemplares estarán numerados, firmados o debidamente autorizados por el autor.

A modo meramente ejemplificativo se enumeran los cuadros, collages, pinturas, dibujos, grabados, estampas, litografías, esculturas, tapices, cerámicas, objetos de cristal, arte aplicado, arte digital, fotografías y piezas de video arte.”

Resulta cuanto menos problemática tal enumeración no taxativa, ya que incorpora figuras en las cuales la distinción entre la obra y el soporte se torna imposible. En el campo digital, la definición de original es imposible. Un original digital es indistinguible de una copia digital, por lo que la inclusión de cualquier pieza de arte bajo este formato supone el grave problema de establecer la separación de la obra y el soporte y la definición del soporte como tal.

En la definición de la obra alcanzada por la regulación se debe excluir toda obra de carácter digital y debe quedar claro que sólo se regula la reventa del soporte, bajo la condición de que sea original, y esté debidamente rubricado y registrado como tal.

Alcanza entonces revisar el listado de obras contemplado en la Directiva Europea, que entiende por «obras de arte originales» “las obras de arte gráficas o plásticas tales como los cuadros, collages, pinturas, dibujos, grabados, estampas, litografías, esculturas, tapicerías, cerámicas, objetos de cristal y fotografías, siempre que éstas constituyan creaciones ejecutadas por el propio artista o se trate de ejemplares considerados como obras de arte originales.”

2) El carácter hereditario y perpetuo del derecho

El proyecto de ley de referencia establece este derecho para el artista y para sus herederos, pero contrariamente a toda normativa vigente de derechos de autor, no establece plazo de duración de tal derecho. Tal como está presentado el texto de la ley, establecería una duración perpetua del derecho de participación.

El texto presentado expresa que

“b) Sujetos del derecho. El derecho de participación se reconoce al autor de la obra, y a sus herederos y legatarios tras su muerte.”

En su reemplazo, sugerimos que se consagre el derecho estrictamente al autor de la obra, ya que es su persona la que se pretende beneficiar con una remuneración por la revalorización de la obra con el aumento de notoriedad del artista autor. Los fundamentos del proyecto expresan que “el Derecho de Participación debe entenderse justamente como un mecanismo de incentivo al artista, que le permite realizar su actividad.”

Si este es el objetivo, carece totalmente de sentido extender el derecho más allá de la vida del autor y a sus herederos, ya que no son ellos los artistas que realizan un aporte de valor a la sociedad ni hace falta ofrecerles a herederos un incentivo que el propio artista ya no podrá usufructuar. Nadie sigue creando después de muerto, por más incentivos que se otorguen a sus herederos. Por lo tanto, sugerimos que el derecho se extinga con la muerte del autor, como límite temporal.

3) Alcance de la regulación

Cuando la Unión Europea reguló el derecho de participación, hizo explícita mención a los alcances de la misma, al explicar que la directiva alcanza al arte moderno. En el considerando nro. 17 de la Directiva establece que la duración del derecho de participación no debería ser mayor que las regulaciones nacionales de derechos de autor vigentes, por lo tanto, la directiva alcanza estrictamente al arte contemporáneo y moderno, sin alcanzar aquellas obras que se encuentren ya en el dominio público.

La norma propuesta en Argentina podría generar un caos impensado de regulación de derechos, ya que al no establecer límites temporales, pondrá bajo la regulación obras cuyos derechos autorales están prescriptos y cuyos herederos bien pueden reclamar entonces derechos de participación. Es tal el problema, que nietos y tataranietos de artistas, artesanos y otros creadores de las obras incluidas podrán reivindicar estas atribuciones.

Es indispensable, a fin de establecer una aplicación ordenada y justa de la retribución, que se especifique una temporalidad acotada a las obras contemporáneas.

Por otra parte, la normativa debe ser taxativa en relación a las figuras obligadas por el gravamen y debe incluir sólo a los profesionales del arte, galerías y marchants que lucran de manera profesional con la venta y reventa de los originales contemplados en la norma. Debe quedar expresamente aclarado que la obligación de pago no alcanza a personas actuando a título individual y privado, ni museos, archivos, entidades de conservación, estudio e investigación o cualquier otra entidad de bien público y tal como expresa el Considerando 18 de la Directiva Europea, “este derecho no debería aplicarse a los actos de reventa por parte de personas que actúen a título privado ni a museos no comerciales abiertos al público”.

4) Sobre la gestión colectiva

El proyecto de ley incorpora una figura cuanto menos problemática al expresar que:

“e) El derecho de participación es de gestión colectiva obligatoria, inalienable, irrenunciable y se transmitirá únicamente por sucesión mortis causa.”

La directiva europea establece que la gestión de este derecho puede ser realizada de manera colectiva. Es sabido que frente a intereses poderosos de sectores concentrados, la posibilidad de negociación de un individuo se reduce y la acción colectiva es un elemento útil a la hora de velar y defender los derechos de los ciudadanos, ya sea en negociaciones laborales como en derechos de toda índole. Sin embargo, la experiencia indica que esta gestión colectiva en el campo de los derechos de los autores debe ser opcional, para que los propios autores puedan ser representados por quien ellos designen. Recomendamos eliminar la cláusula que establece la gestión colectiva obligatoria y que se habilite la posibilidad de que existan diversas organizaciones de administración de esta percepción a fin de que el propio autor pueda ejercer su derecho a elegir libremente quién mejor representa sus intereses.

5) Montos mínimos

La directiva europea establece que los Estados miembros podrán establecer un precio mínimo de

venta a partir del cual la transacción queda sujeta al derecho de participación. Este tipo de límite no ha sido contemplado en el proyecto regulatorio local, por lo que sugerimos establecer por ley el piso a partir del cual la transacción queda gravada.

Consideraciones generales

Antes de avanzar con una regulación de esta naturaleza, se torna indispensable analizar las potenciales consecuencias que la misma puede tener para el sector alcanzado como así también para otros sectores afines.

Como síntesis, podemos decir que la doctrina del *droit de suite* o derecho de participación establece una limitación a la denominada doctrina de la primera venta. La doctrina de la primera venta establece que los derechos del vendedor del soporte de la obra, se agotan tras la primera venta, no pudiendo entonces reivindicar derechos más allá de los que se reconocen por la vigencia y validez de los derechos de autor.

La denominada doctrina de la primera venta es la que permite, por ejemplo, la existencia de librerías de segunda mano y bibliotecas. Una librería de segunda mano pone en el mercado libros que ya han sido revendidos más de una vez y que como tales, ya no tributan derechos autorales. De ahí la posibilidad de que esos libros se vendan como usados a precios menores que los nuevos.

Si abolimos la doctrina de la primera venta, las entidades de gestión colectiva y los autores de obras cuyo soporte se revende en el mercado, podrían reivindicar derechos sobre cada una de esas reventas. Esto traería consecuencias sociales totalmente indeseadas en materia de costos y libertad de circulación y acceso a la cultura.

Lo mismo podría pasar con arquitectos que cobran por sus servicios, construyen un edificio o una casa y pretendan luego percibir un porcentaje de cada una de las sucesivas ventas de ese bien inmueble que es soporte de la creatividad del arquitecto que lo diseñó.

Este tipo de situaciones aparentemente extremas bien podría legitimarse con la aprobación de un proyecto de esta naturaleza.

Si aún conociendo las posibles consecuencias no deseadas que puede traer aparejadas este proyecto, el congreso decide avanzar con él, entonces debe asegurar que este supuesto derecho de participación que no hace más que abolir la doctrina del agotamiento del derecho en la primera venta no resulte luego extendido a otros campos donde también encontramos autores, artistas y derechos autorales vigentes.

Es fundamental considerar que el objetivo de toda regulación vinculada con la cultura debe tener como horizonte el fomento de las artes, la circulación y el derecho de acceso y participación en la cultura y la promoción del derecho a una vida digna por parte de los trabajadores de la cultura. Con este horizonte en consideración, toda regulación vinculada al sistema de propiedad intelectual debe ser evaluada en su impacto y consecuencias sobre los derechos fundamentales que contemplan el derecho de acceso, goce y participación en la cultura como elementos fundamentales de toda sociedad democrática.