



Universidad de San Andrés

Departamento de Derecho

Maestría en Derecho Empresario

*Protección de los artistas visuales a través del droit de suite o derecho de
participación*

Acercamiento a su aplicación en Argentina

Autor: Alejandro Rodriguez Fudickar

DNI 26.632.621

Director de Tesis: Dr. Mariano Municoy

Buenos Aires, 04/05/2020

Resumen

El *droit de suite* es un derecho de propiedad intelectual que otorga al autor de una obra de arte plástica original el derecho de participar (“seguir”) en el precio de las sucesivas reventas de sus obras, posteriores a la primera cesión realizada por el autor, siempre y cuando las operaciones se lleven a cabo con la intervención de un intermediario del mercado del arte.

En Europa de fines del siglo XIX se empezó a gestar este derecho el cual fue finalmente reconocido en Francia en el año 1920. A partir de allí, su admisión en otros países fue creciendo lentamente. A través del Convenio de Berna cobró impulso internacional (se incorporó en el Acta de Bruselas de 1948, y se modificó en el Acta de Estocolmo de 1967), ya que fue reconocido expresamente, aunque su aplicación es facultativa para los estados de la Unión de Berna.

En el siglo XXI ganó mayor impulso con el reconocimiento por parte de los países europeos a partir de la Directiva Europea 2001/84/CE. A nivel regional, la República Oriental del Uruguay no sólo reconoce el *droit de suite*, sino que, a diferencia de las demás legislaciones y del Convenio de Berna, aplica el principio de universalidad del derecho.

Más allá de las regulaciones mencionadas, no se puede dejar de lado el crecimiento y reconocimiento que ha experimentado el mercado del arte a nivel mundial en las últimas décadas, el volumen de las operaciones y el *status* que han adquirido en consecuencia los artistas plásticos.

Argentina ha admitido internacionalmente el derecho, desde 1986 a la fecha se han presentado en el Congreso de la Nación siete (7) proyectos de ley que impulsan el reconocimiento legal del *droit de suite*, y ha sido materia de debate doctrinario. Incluso

el Fisco avanzó con regulaciones sobre las operaciones de compraventa y tenencia de obras de arte que luego fueron derogadas.

El acercamiento a su aplicación lleva implícito la revisión de las particulares características de este derecho, de las obras de arte en sí, de la protección de los artistas plásticos, del mercado que regularía y verificar si dicha normativa representaría un justo reconocimiento al trabajo de los artistas visuales.

El objetivo es contribuir al análisis técnico de este derecho y de su aplicación práctica en nuestro país, en aras de determinar la pertinencia (o no) de su regulación.



Universidad de
San Andrés

Índice

Capítulo I. *Droit de suite* o derecho de participación. Acercamiento al tema y a su regulación.

- A. Origen e historia.
- B. Legislación comparada y regulaciones.
- C. Justificación y encuadre jurídico.

Capítulo II. Normativas extranjeras afines y recepción en el derecho argentino.

- A. La Directiva Europea 2001/84/CE.
- B. La ley 17.616 de la República Oriental de Uruguay.
- C. El Convenio de Berna y la recepción en la legislación Argentina.
- D. Regulación en Argentina de obras visuales o plásticas.
- E. Resoluciones AFIP 2015.
- F. Proyectos de ley.

Capítulo III. El derecho de participación en el mercado argentino de arte. Aceptación y rechazo.

Capítulo IV. Consideraciones finales acerca de la pertinencia de la regulación del *droit de suite* en Argentina.

- A. Definiciones sobre el *droit de suite*.
- B. Consideraciones sobre su regulación en Argentina.
- C. Palabras finales.

Bibliografía y legislación consultada



Universidad de
San Andrés

Capítulo I

Droit de suite o derecho de participación.

Acercamiento al tema y a su regulación.

El *droit de suite*, también llamado derecho de participación, derecho a la plusvalía, derecho yacente, derecho de persecución, derecho de recobrar, *resale right*, es un derecho patrimonial de propiedad intelectual que permite al autor de una obra de arte visual o plástica original participar (“seguir”) en el precio de sus posteriores y sucesivas reventas en el mercado, posteriores a la primera venta realizada por el autor, siempre y cuando las transmisiones se realicen con la intervención de un profesional del mercado del arte, es decir, una galería, una casa de remates, un *marchand* u otros intermediarios, tales como sitios web, aplicaciones web, o cualquier otra forma de intermediación que se cree o pueda crearse en el futuro.

A. Origen e historia.

El origen de este derecho se encuentra profundamente vinculado a la realidad de muchos artistas de artes visuales o plásticas cuyo reconocimiento se produce al final de su carrera o luego de su muerte, y ellos mismos o sus herederos observan cómo se comercializan en el mercado del arte sus obras sin derecho patrimonial o beneficio económico alguno sobre tales valores. Se entiende que el incremento del valor de las obras de los artistas es producto de su trabajo y trayectoria, de la labor desarrollada y de su dedicación como artista; sin embargo, dicho rédito queda en manos del comprador y propietario de la obra original. En definitiva, el *droit de suite* buscó en sus orígenes amparar a los artistas de estas realidades, *a priori* injustas, y darles “participación” en los réditos económicos que los propietarios obtengan de sus obras

en las sucesivas ventas. Asimismo, conlleva el “seguimiento” (*suite*) de sus obras a lo largo de su vida y la de sus herederos, por el plazo que estipule la ley en cada caso.

Si bien hay diversas versiones acerca de los eventos específicos que determinaron el surgimiento de este derecho de propiedad intelectual, cabe mencionar que la gran mayoría de las mismas afirma que su nacimiento provino de realidades sociales injustas que imponían el resguardo de las actividades de ciertos individuos.

El artista como figura individual empieza a tomar relevancia y a gozar de reconocimiento en las sociedades modernas. No obstante, debido a su propio estilo de vida y a la aparición de intermediarios entre el artista y el coleccionista o comprador, quienes unían estos mundos disímiles, los autores no siempre eran los beneficiarios de los beneficios económicos que generaban sus trabajos. Los artistas vendían o malvendían sus obras a precios bajos a fin de cubrir sus necesidades, ya que ello era su único medio de vida, y los compradores, coleccionistas o usuarios aumentaban su repertorio de obras con poco dinero y luego las revendían en mercados calificados a precios altísimos.

En Francia de fines del siglo XIX y principios del siglo XX, esta realidad social dio el marco perfecto para el surgimiento del *droit de suite*.

Se adjudica como disparador del mismo la reventa de la obra “Angelus” (1865), de Jean-Francois Millet (1814-1875), quien falleció dejando a sus herederos en la pobreza. Esa obra había sido malvendida por necesidad por su autor y posteriormente a su muerte se subastó por un precio de 100.000 francos. Este y otros hechos similares fueron expuestos frente a la Cámara de Diputados francesa, por parte del diputado Léon Bérard. Asimismo, en dichas sesiones se utilizó propaganda artística para representar el reclamo, la cual también se hizo famosa. Específicamente, el dibujo de Jean-Louis Forain, titulado “*Tiens! Un tableau de papa!*” (Mirá! Un cuadro de papá!),

publicado en la página principal de un diario parisino en 1920, sumó apoyo definitivo para el reconocimiento original del *droit de suite* en Francia. El dibujo muestra a un mendigo con su hijo afuera de una casa de remates, en la que se ve a gente bien vestida, participando en la subasta de la pintura por sumas inalcanzables para el mendigo y su hijo.^{1 2}

Con fundamento en estos antecedentes, en el informe presentado al Gobierno francés en 1914 por parte de Abel Ferry, Presidente de la Comisión parlamentaria de Enseñanza y Bellas Artes, acerca de la viabilidad de un proyecto de ley que regulara definitivamente el *droit de suite*, el cual se sustentaba en la naturaleza de derecho de autor del derecho de participación y en la necesidad de equiparar las facultades patrimoniales de los artistas con las de los músicos o los escritores, y los argumentos expuestos por el juez alemán Otto Opet (1866-1941), quién se había explayado acerca de la necesidad de definir legalmente la separación entre derechos de autor y derechos de los propietarios del bien donde se incorpora la obra, a fin de evitar que los autores tuvieran que estar negociando la reserva de ciertas facultades en cada transmisión, el diputado Bérard logró el reconocimiento del *droit de suite* en Francia, mediante la Ley francesa del 20 de mayo de 1920, relativa a un derecho en beneficio de los artistas sobre las ventas públicas de objetos de arte. Al año siguiente se reguló este derecho en Bélgica bajo la Ley del 25 de junio de 1921, que grava las ventas públicas de obras de arte en beneficio de los artistas autores de las obras vendidas. Como se observa, en sus inicios se trató de leyes especiales y no de incorporaciones o reformas a las leyes de propiedad intelectual vigentes. Las regulaciones llegaron tiempo después a

¹ Desbois, Henri 1978. *Le droit d'auteur en France*, 3era. Edición. Paris: Dalloz, p. 375.

² Broto Pérez, Daniel. 2016. *El droit de suite* de los autores de obras de artes plásticas. Análisis jurídico y efectos en el mercado de arte. Tesis doctoral. Universitat de Barcelona. p. 33.

Checoslovaquia (1926), Polonia (1935), Uruguay (1937) e Italia (1941). En Francia, recién fue incorporado a la ley sobre la propiedad literaria y artística en 1957.³

Como se observa, el derecho de participación desde su reconocimiento original en Francia en 1920 fue recibido muy lentamente en otros países en la primera mitad del siglo XX. En la segunda mitad del siglo XX fue tomando impulso y recibió especial y definitivo interés y tratamiento a partir del reconocimiento por parte de la Unión Europea a través de la Directiva Europea 2001/84/CE, de fecha 27/09/2001.

En nuestro país, es un derecho que no ha sido materia de gran debate doctrinario aunque ha despertado un creciente interés a partir de la fuerza que ha ido cobrando el mercado del arte en los últimos veinte (20) años, el incremento en el volumen de las operaciones y en los valores negociados. Por otro lado, también ha sido impulsado por asociaciones de artistas y por sociedades de gestión colectiva.

B. Legislación comparada y regulaciones.

Actualmente el *droit de suite* se encuentra regulado en más de sesenta (60) países; principalmente en los países que conforman la Unión Europea y en países de América: México, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá, Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú, Venezuela, Chile, Brasil, Paraguay y Uruguay. En algunos casos se encuentra regulado bajo una ley especial, en otros se incorpora a través de reformas en la ley de derechos de autor o propiedad intelectual vigentes y en otros la recepción es mediante la firma de tratados o acuerdos internacionales, quedando pendiente su reglamentación.

En general se fijan porcentajes, algunos topes máximos y mínimos, escalas arancelarias, en algunos casos la participación será determinada por la autoridad

³ Broto Pérez, Daniel, obra citada, p. 42 y 43.

Nacional de Derecho de Autor correspondiente, se fijan plazos de extinción de estos derechos y se establece quien será el responsable de su recaudación y distribución a los artistas.

A modo de ejemplo detallaremos brevemente el marco regulatorio de cuatro (4) legislaciones de nuestra región y una (1) de Europa:

a). México: Ley Federal de Derecho de Autor, modificada por DOF 23-07-2013, artículo 92 bis. Reconoce el derecho a favor de los autores de obras de arte plásticas y fotográficas. La participación será fijada por el Instituto Nacional de Derecho de Autor. Es un derecho irrenunciable, se transmite *mortis causa* y se extinguirá transcurridos cien (100) años a partir de la muerte del autor. Los subastadores, titulares de establecimientos mercantiles o agentes que hayan intervenido en la reventa deben notificar la operación a la Sociedad de Gestión Colectiva dentro de los dos (2) meses de realizada;

b). Perú: Ley sobre el Derecho de Autor, Decreto legislativo Nro. 822, conforme ley 28.131.

“Artículo 82.- En caso de reventa, de obras de artes plásticas, efectuada en pública subasta o por intermedio de un negociante profesional en obras de arte, el autor, y a su muerte los herederos o legatarios, por el tiempo de protección del derecho patrimonial, goza del derecho inalienable e irrenunciable de percibir del vendedor un tres por ciento (3%) del precio de reventa, pudiéndose pactar un porcentaje diferente.

Artículo 83.- Los titulares de establecimientos mercantiles, el negociante profesional o cualquier persona que haya intervenido en la reventa deberá notificar a la sociedad de gestión correspondiente o, en su caso, al autor o sus derechohabientes, en el plazo de tres meses, y facilitarán la documentación necesaria para la práctica de la correspondiente liquidación.

Artículo 84.- *La acción para hacer efectivo el derecho ante los mencionados titulares de establecimientos mercantiles, comerciantes o agentes, prescribirá a los tres años de la notificación de la reventa. Transcurrido dicho plazo sin que el importe de la participación del autor hubiera sido objeto de reclamación, se procederá a otorgar el ingreso del mismo al Instituto Nacional de Cultura, con la finalidad de promover la cultura.”*

c). Brasil: Ley de Derechos de Autor, conforme ley Nro. 9610 del 19/02/1998, modificada por la ley Nro. 12.853 del 14/08/2013.

“Artículo 38.- El autor tiene el derecho irrenunciable e inalienable de percibir, al menos, un cinco por ciento sobre el aumento del precio que puede verificarse en cada reventa del original o manuscrito de la obra que ha vendido.

Párrafo único. Si el autor no se da cuenta de su derecho de reventa en el momento de la reventa, se considera que el vendedor es el depositario de la cantidad que se le debe, a menos que la transacción sea realizada por el subastador, cuando este será el depositario.”

d). Chile: Ley Nro. 17.336 de Propiedad Intelectual vigente.

“Artículo 36.- El autor chileno de una pintura, escultura, dibujo o boceto tendrá, desde la vigencia de esta ley, el derecho inalienable de percibir el 5% del mayor valor real que obtenga el que lo adquirió, al vender la obra en subasta pública o a través de un comerciante establecido. El derecho se ejercerá en cada una de las futuras ventas de la obra y corresponderá exclusivamente al autor, y no a sus herederos, legatarios o cesionarios. Corresponderá al autor la prueba del precio original de la obra o de los pagados en las ventas posteriores de la misma.⁴”

⁴ Echevarría Cabrera, Yuriem. 2019. Informe sobre el Derecho de Participación en América Latina.

e). España: Ley de Propiedad Intelectual, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1996, del 12/04/1996, modificada por la Ley Nro. 2/2019, del 01/03/2019.

“Artículo 24.- Derecho de participación. 1. Los autores de obras de arte gráficas o plásticas, tales como los cuadros, collages, pinturas, dibujos, grabados, estampas, litografías, esculturas, tapices, cerámicas, objetos de cristal, fotografías y piezas de vídeo arte, tendrán derecho a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa que de las mismas se realice tras la primera cesión realizada por el autor. 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 de arte originales. Dichos ejemplares estarán numerados, firmados o debidamente autorizados por el autor. 2. El derecho de participación se reconoce al autor de la obra y a sus derechohabientes tras la muerte o declaración de fallecimiento. 3. La protección del derecho de participación se reconoce a los autores españoles, a los autores nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, así como a los nacionales de terceros países con residencia habitual en España. Para los autores que sean nacionales de terceros países y no tengan residencia habitual en España, el derecho de participación se reconocerá únicamente cuando la legislación del país de que el autor sea nacional reconozca a su vez el derecho de participación a los autores de los Estados miembros de la Unión Europea y a sus derechohabientes. 4. El derecho se aplicará a todas las reventas en las que participen, como vendedores, compradores o intermediarios, profesionales del mercado del arte tales como salas de venta, salas de subastas, galerías de arte, marchantes de obras de arte y, en general, cualquier persona física o jurídica que realice habitualmente actividades de intermediación en este mercado. 5. El derecho se aplicará igualmente cuando los profesionales del mercado del arte lleven a cabo las actividades descritas a través de prestadores de servicios de la

sociedad de la información, de conformidad con lo establecido en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

6. Se exceptúan de los apartados 4 y 5 los actos de reventa de la obra que haya sido comprada por una galería de arte directamente al autor, siempre que el período transcurrido entre esta primera adquisición y la reventa no supere tres años y el precio de reventa no exceda de 10.000 euros excluidos impuestos.

7. El derecho de participación de los autores nacerá cuando el precio de la reventa sea igual o superior a 800 euros, excluidos los impuestos, por obra vendida o conjunto concebido con carácter unitario.

8. 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 apartado se calcularán sin inclusión del impuesto devengado por la reventa de la obra.

9. 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.

10. El derecho de participación reconocido en el apartado 1 se hará efectivo a través de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, cuya legitimación será conforme a lo establecido en el artículo 150 de esta ley. Las entidades de gestión deberán actuar de modo eficaz y transparente tanto en la recaudación como en la distribución del derecho, y siempre con pleno

respeto a las obligaciones que establecen las normas aplicables. 11. Las entidades de gestión notificarán al titular del derecho cuya gestión haya sido cedida que se ha hecho efectivo el pago a que se refiere el apartado 15 en el plazo máximo de un mes desde que este haya tenido lugar. 12. Las entidades de gestión liquidarán el importe debido al titular, en concepto de derecho de participación, en el plazo máximo de un año a contar desde el momento del pago, salvo que en dicho plazo el titular reclame la liquidación, en cuyo caso esta se efectuará en el mes siguiente a la reclamación. 13. Cuando el derecho de participación se refiera a una obra creada por dos o más autores, su importe se repartirá por partes iguales entre los autores de dicha obra, salvo pacto en contrario. 14. Los profesionales del mercado del arte que hayan intervenido en una reventa sujeta al derecho de participación estarán obligados a: a) Notificar al vendedor, al titular del derecho de participación y a la entidad de gestión correspondiente la reventa efectuada. La notificación se hará por escrito o por otro medio que permita dejar constancia de la remisión y recepción de la notificación en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de la fecha de la reventa y deberá contener en todo caso: i) El lugar y la fecha en la que se efectuó la reventa. ii) El precio íntegro de la enajenación. iii) La documentación acreditativa de la reventa necesaria para la verificación de los datos y la práctica de la correspondiente liquidación. Dicha documentación deberá incluir, al menos, el lugar y la fecha en la que se realizó la reventa, el precio de la misma y los datos identificativos de la obra revendida, así como de los sujetos contratantes, de los intermediarios, en su caso, y del autor de la obra. b) Retener el importe del derecho de participación del autor en el precio de la obra revendida. c) Mantener en depósito gratuito, y sin obligación de pago de intereses, la cantidad retenida hasta la entrega al titular o, en su caso, a la entidad de gestión correspondiente. d) Cuando haya intervenido en la reventa de la

obra más de un profesional del mercado del arte, el sujeto obligado a efectuar la operación, tanto en lo referido a la notificación, como la retención, el depósito y el pago del derecho, será el profesional del mercado del arte que haya actuado como vendedor y, en su defecto, el que haya actuado de intermediario. 15. Efectuada la notificación a que se refiere el apartado a) del apartado 14, los profesionales del mercado del arte harán efectivo el pago del derecho a la entidad de gestión correspondiente o, en su caso, a los titulares del derecho, en un plazo máximo de dos meses. 16. Los profesionales del mercado del arte que intervengan en las reventas sujetas al derecho de participación conforme a los apartados 4 a 6, responderán solidariamente con el vendedor del pago del derecho. 17. Los titulares del derecho de participación o, en su caso, las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual podrán exigir a cualquier profesional del mercado del arte de los mencionados en el apartado 4, durante un plazo de tres años a partir de la fecha de la reventa, la información indicada en la letra a) del apartado 14 que resulte necesaria para calcular el importe del derecho de participación. 18. Los titulares del derecho de participación o, en su caso, las entidades de gestión deberán respetar los principios de confidencialidad o intimidad mercantil en relación con cualquier información que conozcan en el ejercicio de las facultades previstas en la presente ley. 19. La acción de los titulares para hacer efectivo el derecho ante los profesionales del mercado del arte prescribirá a los tres años de la notificación de la reventa. 20. La administración del Fondo de Ayuda a las Bellas Artes corresponde a una Comisión adscrita al Ministerio de Cultura y Deporte, sin perjuicio de su autonomía funcional. Dicha Comisión está presidida por el Ministro de Cultura y Deporte o la persona en quien él delegue y estará integrada por representantes de las Comunidades Autónomas, de los sujetos obligados y de las entidades que gestionan el derecho de participación en

la forma en que se determine por vía reglamentaria. 21. Las cantidades percibidas por las entidades de gestión en concepto de derecho de participación no repartidas a sus titulares en el plazo establecido en el apartado 12 por falta de identificación de éstos y sobre las que no pese reclamación alguna, deberán ser ingresadas en el Fondo de Ayuda a las Bellas Artes en el plazo máximo de un año. 22. Las entidades de gestión estarán obligadas a notificar a la Comisión Administradora del Fondo de Ayuda a las Bellas Artes, en el primer trimestre de cada año, la relación de cantidades percibidas por el derecho de participación y los repartos efectuados, así como los motivos que hayan hecho imposible el reparto de las cantidades ingresadas en el Fondo. 23. La Comisión Administradora del Fondo publicará, con carácter anual, un informe sobre la aplicación del derecho de participación. 24. Las Comunidades Autónomas, de acuerdo con su competencia exclusiva en la materia, gestionarán directa e íntegramente los recursos del Fondo de Ayuda a las Bellas Artes en sus respectivos territorios. Los criterios y mecanismos de reparto deberán, a su vez, acordarse con las Comunidades Autónomas.”

No obstante los ejemplos detallados, existen detractores u opositores a este derecho, quienes sostienen que podría implicar la disminución del valor de las obras, de la compra de obras de artistas jóvenes y representaría una amenaza a la competitividad de algunos mercados artísticos y a los beneficios económicos de los diferentes actores de los mismos. Especialmente, Estados Unidos, Canadá, Suiza y China se resisten a su implementación. No obstante, entiendo que es necesario un replanteo del tema a fin de que también se concienticen con el fundamento y valoración de su reconocimiento.

Un punto fundamental de estas regulaciones es que, tal como fuera estipulado en el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, artículo

14 ter., apartado 2)., en el ámbito internacional este derecho es de regulación facultativa para los estados firmantes y se aplica conforme al principio de reciprocidad material. Es decir, para ser exigible en un país el mismo debe estar regulado en la legislación del país en que esta protección es reclamada.

Frente a ello, entiendo conveniente mencionar el caso de Uruguay, más allá que será desarrollado especialmente en el Capítulo II. La Ley vigente es la Nro. 9.739, Derechos de Autor y Derechos Conexos, del 17/12/1937, modificada por la Ley Nro. 17.616, del 10/01/2003 y en su artículo 4 establece que *“La protección legal de este derecho será acordada en todos los casos y en la misma medida cualquiera sea la naturaleza o procedencia de la obra o la nacionalidad de su autor, y sin distinción de escuela, secta o tendencia filosófica, política o económica.”*

Es decir, deja de lado el principio de reciprocidad y, a contracorriente de todas las otras legislaciones y demostrando una regulación de vanguardia en esta materia, aplica el principio de universalidad del derecho, no exigiendo así la reciprocidad material consagrada en el Convenio de Berna. Es decir, protege a todos los artistas que comercializan sus obras en Uruguay, sin importar sus nacionalidades, quedando todos automáticamente reconocidos y beneficiados por las reventas de sus obras a través del *droit de suite*.

C. Justificación y encuadre jurídico.

Más allá del origen “romántico” de este derecho, en el siglo XXI debemos ahondar en su justificación jurídica dentro de las legislaciones vigentes de derechos de autor, para acercarnos al mismo y validar o no la pertinencia de su regulación en Argentina.

Dentro de la clásica división en derecho de autor de derechos patrimoniales y derechos morales, es probable que nos encontremos ante un derecho difícil de ubicar dentro de esta clasificación o, cuanto menos, no frente a un derecho patrimonial típico, ya que cuenta con varios elementos que lo acercan o lo relacionan con los derechos morales. En este sentido cabe mencionar, que su origen como hemos visto se encuentra ligado a la particularidad de la autoría de la obra, que en la mayoría de las legislaciones es reconocido como un derecho inalienable e irrenunciable (características típicas de los derechos morales) y que es admisible únicamente para las obras plásticas originales. Por el otro lado, es indudable el componente económico o patrimonial del *droit de suite*.

Conforme nos ilustra la Dra. Lipszyc, “*el derecho de autor reconoce al creador de obras intelectuales una doble vertiente de facultades exclusivas, oponibles erga omnes, que forman el contenido de la materia: las de carácter personal destinadas a la protección de su personalidad en relación con su obra, cuya finalidad es garantizar intereses intelectuales, que constituyen el llamado derecho moral, y las de carácter patrimonial concernientes a la explotación de la obra, que le permiten obtener una remuneración cuando se utiliza su creación y constituyen el llamado derecho patrimonial. A diferencia del derecho moral, el derecho patrimonial es transmisible, objeto de algunas excepciones y su duración es limitada.*”⁵

En definitiva, los derechos patrimoniales están orientados a garantizar la propiedad intelectual sobre la obra artística, de modo que el autor o titular tenga la posibilidad de ser retribuido económicamente por quienes se sirven de la obra.

Por el otro lado, existen ciertos aspectos vinculados a la protección de la obra que nada tienen que ver con lo patrimonial. Se trata de reconocer que hay un aspecto

⁵ Lipszyc, Delia y Carlos A. Villalba. 2009. El derecho de autor en la Argentina. 2da. edición. Buenos Aires: La Ley. p. 135.

orientado a la protección de la esfera espiritual del autor, que excede al aspecto económico y que se liga a la forma de vida elegida por quien dedica su vida a la creación cultural. Éstos serían los derechos morales.

Conforme expone la Dra. Lipszyc, “*el derecho moral de autor es esencial, extrapatrimonial, inherente y absoluto; de ello resulta que es irrenunciable e inalienable; por ser inalienable, el derecho moral es también inembargable, inejecutable e inexpropiable; además es imprescriptible y es insubrogable por ser inherente a la calidad de autor. Tiene, en principio, duración ilimitada.*”⁶

Entre los derechos patrimoniales la doctrina especializada⁷ distingue a los siguientes: a). el derecho de reproducción, b). el derecho de publicación, c). el derecho de distribución, d). el derecho de adaptación (o transformación), e). el derecho de comunicación pública y f). el derecho de participación (o *droit de suite*).

Entre los derechos morales la doctrina incluye: a). el derecho de paternidad o autoría, b). el derecho de divulgación, c). el derecho al respeto y a la integridad de la obra, d). el derecho de retracto y e). el derecho a la salvaguarda del honor y reputación del autor.⁸

Asimismo, la Directiva Europea 2001/84/CE, de fecha 27/09/2001, y demás legislaciones ubican al *droit de suite* como un derecho patrimonial; en ningún caso es considerado dentro de los derechos morales, aunque si se reconoce las características de estos derechos que posee.

El Convenio de Berna lo regula en un artículo separado, lo que puede ser considerado el reconocimiento de su doble carácter, patrimonial y moral. El Dr.

⁶ Lipszyc, Delia y Carlos A. Villalba, obra citada, p. 141.

⁷ Lipszyc, Delia y Carlos A. Villalba, obra citada, p. 190; Vibes, Federico. 2009. Derechos de propiedad intelectual. Buenos Aires: Ad-Hoc. p. 56 y ss.

⁸ Vibes, Federico P. 2017. Iniciativas de reforma de la Ley de Propiedad Intelectual. *La Ley*. 2017-E, 1196. Cita Online AR/DOC/2577/2017.

Marchione coincide con la postura tomada en el Convenio de Berna y habla de un derecho de autor mixto. En ese sentido, afirma que *“es cierto que generalmente es difícil dividir la línea entre los derechos morales y los patrimoniales. Este caso en concreto no será la excepción, y el droit de suite conjuga los caracteres de un derecho patrimonial de remuneración y el derecho moral del autor. La inalienabilidad del droit de suite es una característica similar a los derechos morales, así como su vinculación constante con la personalidad del artista.”*⁹

No obstante lo mencionado, entiendo que el Convenio de Berna en ningún caso lo considera un derecho moral ya que no lo menciona al enumerar los mismos en el artículo 6 bis., y lo trata junto con otros derechos patrimoniales. Asimismo, más allá de su ubicación en la división clásica, y los debates doctrinarios que se puedan suscitar en defensa de una postura u otra, lo sustancial es que estamos frente a un derecho que tiene sus características propias como muchos otros y creo que las mismas van de la mano de la particularidad de la obra que les da nacimiento.

En este sentido, es central tener en claro para entender la justificación actual del *droit de suite*, que detrás de un cuadro hay un artista y también un negocio que cae dentro del ámbito jurídico, el cual puede consistir en su compra en una galería, en un remate, a través de sitios especializados o de cualquiera de las modernas y futuras formas de comercializar bienes. La obra de arte es objeto de diversas relaciones jurídicas, en cuanto tiene apreciación pecuniaria por sus cualidades intrínsecas.

El derecho no puede estar ausente en el análisis de los distintos problemas que se suscitan en la realidad, planteando cuestiones surgidas de cierta reflexión particular o meramente filosófica. Como todo bienpreciado por el hombre, éste atribuye un valor al arte considerado en abstracto: según la distinción aristotélica, se trata de un valor de

⁹ Marchione, Luciano. 2013. Fundamentos para implementar el *droit de suite* para las Artes Visuales. *La Ley*. Cita online AR/DOC/3404/2013. p. 4.

uso (el puro deleite estético o el simple efecto decorativo), o de cambio (instrumento para adquirir otras cosas o servicios). Cabe apuntar que aquí se ofrece una doble situación, observándose dos sustancias: la espiritual, relativa a la creación artística, y la material o física, consistente en los elementos empleados para realizar la obra.

En base a esa distinción, se formula otra más que permite apreciar la esencia del tema. Por un lado, el artista tiene una propiedad intelectual sobre su trabajo, la que se agrupa entre los bienes incorporeales, pudiendo disponer de sus derechos, incluso el de su reproducción, lo cual ha llevado a reconocer en la legislación comparada el derecho de participación a favor del autor (*droit de suite*). Por otro lado, hay un derecho de dominio sobre la cosa, con un dueño que la posee para sí mismo como bien corporal. De cualquier manera, la pieza artística por su apreciación económica está incorporada al patrimonio de su propietario, siendo considerada como un bien de capitalización.¹⁰

En esa línea cabe reiterar la particularidad de las obras de arte o plásticas en relación con las restantes obras que se encuentran protegidas por los derechos de autor. La obra de arte que caería bajo la protección del *droit de suite* consiste en un ejemplar único que limita definitivamente y desde su creación las posibilidades de explotación económica de la misma, cuenta con el contacto físico directo del autor con los materiales empleados para la materialización de la obra y con la concurrencia en el autor de la concepción y la ejecución de la obra.

Asimismo, tanto en el Convenio de Berna (artículo 2.1,) como en nuestra ley 11.723 (artículo 1), existe una clasificación diferenciada de obras artísticas, generando diversos grupos. El *droit de suite* entiendo debería alcanzar a aquellas que cumplan con las características detalladas en el párrafo anterior.

¹⁰ Salerno, Marcelo Urbano. 2001. Reflexiones jurídicas sobre las obras de arte. *La Ley*. 1990-B, 1196, Cita Online AR/DOC/11122/2001.

Frente a esta realidad y a la particularidad de estas obras, la consecuencia directa es la limitación en el aprovechamiento económico para el autor, y en el limitado ejercicio de los derechos patrimoniales que le otorga la ley, esa es la génesis entiendo de la admisión y el reconocimiento de este derecho particular a las obras plásticas.

Concretada la venta primaria de la obra, el autor no percibirá nuevos réditos por la misma, salvo a través de reproducciones de copias o publicaciones que representarán bajos beneficios económicos en comparación con los que se pueden obtener por la transmisión sucesiva del ejemplar original. Adicionalmente, ciertos derechos que aplican a otro tipo de obras reconocidas por nuestro derecho de autor, directamente no serán de aplicación o no se convertirán en beneficios económicos para el autor, ya que por la fijación material de la obra y su venta a un tercero, ha perdido la posibilidad de ejercer ciertos derechos (derecho de distribución, adaptación, entre otros).

Los avances tecnológicos de los que ha sido testigo el mundo, si bien facilitaron el comercio, acercaron a autores a potenciales clientes y son una plataforma más fluida para la compra y venta de arte de diversos países, no ha modificado en la esencia la forma de comercializar las obras de arte. El interesado comprador reclama para sí la obra de arte original, ese bien es el que posee un valor económico en el mercado, y quién lo compra lo quiere para sí y paga una suma a fin de tener dominio pleno sobre la misma.

Mientras se crean nuevas formas de comercializar y se les da valor a ciertos bienes o cosas que en el pasado no la tenían, hoy en día la venta de arte no ha sido modificada en su esencia y la venta de la obra original conlleva el agotamiento de los derechos económicos o patrimoniales para el autor (artículo 51 ley 11.723). La

excepción es el derecho de reproducción que no está implícito en la venta y permanece reservado al autor o sus derechohabientes (artículo 54 ley 11.723).



Universidad de
San Andrés

Capítulo II

Normativas extranjeras afines y recepción en el derecho argentino.

Como hemos visto en el Capítulo anterior, a partir de la entrada en vigencia de la Directiva Europea 2001/84/CE, el reconocimiento del derecho de participación alcanzó a todos los países que conforman la Comunidad Europea, lo cual implicó para los doctrinarios y los sujetos involucrados la aceptación definitiva del mismo. Su extensión a otros países, en muchos casos, es sólo cuestión de tiempo.

Por su parte, la ley uruguaya con la modificación de 2003, es un ejemplo muy satisfactorio de la aceptación y regulación del mismo en un mercado de arte con gran influencia de arte argentino, puntualmente los mercados de Punta del Este y Montevideo.

A continuación, considero oportuno realizar un breve análisis de ambas regulaciones extranjeras:

A. La Directiva Europea 2001/84/CE.

La Directiva Europea 2001/84/CE en sus dos primeros artículos determina el régimen que se aplicará y detalla las obras de arte que se encuentran protegidas por el derecho participación:

“Artículo 1.- Objeto del derecho de participación 1. Los Estados miembros establecerán en beneficio del autor de una obra de arte original un derecho de participación definido como un derecho inalienable e irrenunciable, incluso por adelantado, a percibir un porcentaje sobre el precio de venta obtenido en cualquier reventa de que sea objeto la obra tras la primera cesión realizada por el autor. 2. El derecho contemplado en el apartado 1 se aplicará a todos los actos de reventa en los

que participen, como vendedores, compradores o intermediarios, profesionales del mercado del arte tales como salas de ventas, galerías de arte y, en general, cualquier marchante de obras de arte. 3. Los Estados miembros podrán disponer que el derecho contemplado en el apartado 1 no se aplique a las operaciones de reventa si el vendedor compró la obra directamente al autor menos de tres años antes de la reventa y el precio de reventa no excede de 10.000 euros. 4. El pago del derecho contemplado en el apartado 1 correrá a cargo del vendedor. Los Estados miembros podrán disponer que una de las personas físicas o jurídicas a las que se refiere el apartado 2 que no sea el vendedor tenga responsabilidad exclusiva o compartida con el vendedor para el pago del derecho.”

“Artículo 2.- Obras de arte a que se refiere el derecho de participación. 1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá 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. Los ejemplares de obras de arte objeto de la presente Directiva que hayan sido hechos en ediciones limitadas por el propio artista o bajo su autoridad se considerarán obras de arte originales a los efectos de la presente Directiva. Dichos ejemplares estarán normalmente numerados, firmados o debidamente autorizados de otra manera por el artista.”

Como se observa, el artículo 1 determina el alcance del derecho y el objeto de protección. Sin embargo, deja liberado a los Estados miembros su regulación interna y sobretodo, la fijación de los valores de estos derechos. Lo que si determina es que las obras tienen que ser creaciones ejecutadas por el artista (no por terceros o por una

máquina) y que el ejemplar debe ser único o un número limitado, siempre que sea considerado como obra de arte original por la práctica profesional.

En cuanto al objeto de arte que resguarda, la Directiva es amplia ya que no se limita únicamente a obras plásticas sino que también reconoce tapicerías, cerámicas, objetos de cristal, fotografías, entre otros. Lo sustancial en estos casos, más allá de la regulación, es la real comercialización de estos bienes en el mercado y el interés económico que despierten. Si hay compraventa, dentro de los parámetros que indica el artículo 1, los bienes están protegidos.

Llama la atención que les da la potestad a los Estados miembros de no reconocer el derecho cuando el vendedor haya adquirido la obra directamente del autor dentro de los tres (3) años anteriores a la reventa y/o cuando el precio de reventa no supere los €10.000 (euros diez mil). Entiendo que estos límites no son recomendables y generan espacios para eludir el debido ejercicio y aplicación del derecho de participación.

El plazo de protección es durante toda la vida del autor y hasta setenta (70) años contados a partir de la muerte del mismo conforme Directiva 2006/116/CE, artículo 1.

Respecto del cálculo de los importes que se deben abonar a favor de los artistas o sus derechohabientes en base a este derecho, los países de la Unión Europea (UE) están obligados a establecer un precio de venta mínimo en transacciones sujetas al derecho de participación, el cual no puede superar los €3.000 (euros tres mil). Los porcentajes que recibe el autor varían entre un 4% y un 0.25% y nunca pueden superar los €12.500 (euros doce mil quinientos). La obligación esta en cabeza del vendedor, sin embargo la Directiva habilita a los Estados miembros a que un profesional distinto del vendedor sea el responsable del pago o la comparta con el vendedor (artículo 1).

Los beneficiarios lógicamente son los artistas o sus herederos. Nuevamente en este caso, la normativa fija límites que entiendo no son recomendables. El reconocimiento del derecho entiendo debe ser para todas las operaciones y sin límites.

Siguiendo la posición mayoritaria en todas las legislaciones de derecho de autor, el artículo 7 de la Directiva fija la condición de reciprocidad legal para que artistas de otros países tengan derecho a percibir el *droit de suite* en terceros países.

Finalmente, la Directiva también contempla el derecho de los artistas de requerir información a profesionales del mercado del arte de los últimos tres (3) años desde que la información se requiere.

La Directiva entró en vigor el 13/10/2001, tenía que adquirir rango de ley en los países signatarios antes del 01/01/2006, y resulta de aplicación a todas las obras de arte originales que al 01/01/2006 estaban protegidas por los derechos de autor de los países de la Unión Europea y cumplieran los criterios de protección de acuerdo a esta Directiva.

En la práctica, si bien se considera que la aplicación ha sido exitosa, no ha sido ajena a diversas problemáticas ya que varios países no han regulado el derecho de participación, existiendo barreras en el mercado interno y falseamientos de la competencia dentro de él.

Frente a ello, en el año 2011 se realizó y presentó el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo: Informe sobre la aplicación y efectos de la Directiva relativa al derecho de participación (COM/2011/0878 final, del 14/12/2011), que propone establecer un diálogo entre las partes interesadas.

Conforme surge de la introducción de este informe, la Directiva pretendía conseguir dos objetivos fundamentales: por un lado, “*garantizar a los autores de*

obras de arte gráficas y plásticas una participación económica en el éxito de sus obras” y, por otro, armonizar la aplicación de ese derecho en el conjunto de la Unión Europea. Se consideró que “la aplicación o inaplicación de tal derecho repercute considerablemente en las condiciones de competencia en el mercado interior, puesto que la existencia o ausencia de una obligación económica derivada del derecho de participación es un elemento que tiene en cuenta cualquier persona que desee vender una obra de arte; este derecho es pues uno de los factores que contribuyen a falsear la competencia así como a desplazar las operaciones de venta dentro de la Comunidad”.¹¹

Al final del informe se exponen las siguientes conclusiones relativas a la competitividad de los mercados europeos a partir de la Directiva:

- No es posible establecer patrones claros que vinculen la pérdida de cuota de la UE en el mercado mundial de arte moderno y contemporáneo con la armonización de las disposiciones relativas a la aplicación del derecho de participación que tuvo lugar en la UE el 1 de enero de 2006. Actualmente tampoco se pueden establecer patrones claros que indiquen una desviación sistemática del comercio en el seno de la Unión desde los Estados miembros que introdujeron el derecho para los artistas vivos en 2006. No obstante, se observan presiones claras sobre los mercados de arte europeos en todos los tramos de precios tanto en el sector de las subastas como en el de la distribución.

- Al mismo tiempo, la calidad de la administración del derecho de participación parece variar de forma considerable en el seno de la UE, lo que genera costos tanto para los profesionales de los mercados de arte como para los artistas. La carga puede ser

¹¹ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo: Informe sobre la aplicación y efectos de la Directiva relativa al derecho de participación (COM/2011/0878 final, del 14/12/2011), Introducción.

particularmente pesada en el caso de aquellos que se sitúan en el extremo inferior del mercado, puesto que los costos de administración del derecho les afectan proporcionalmente en mayor medida. La Comisión reconoce, además, que en algunos Estados miembros la administración ineficiente del derecho de participación produce una carga significativa para los profesionales del mercado de arte y puede conducir a la aplicación de deducciones innecesariamente elevadas de los derechos que deben abonarse a los artistas y a sus sucesores.

- En vista de la importancia del sector desde el punto de vista económico, la Comisión considera que debe realizarse un seguimiento de la evolución de este mercado.

- La Comisión tratará asimismo de cumplir su compromiso de persuadir a terceros países para que apliquen el derecho de participación.

- En vista del volumen de operaciones sujetas al derecho de participación, la Comisión Europea considera además que resultaría beneficioso intercambiar las mejores prácticas a escala comunitaria, con objeto de gestionar y reducir al mínimo los costes administrativos en todos los Estados miembros. A tal fin, pretende establecer un diálogo con los grupos interesados, al objeto de formular recomendaciones para la mejora del sistema de recaudación y distribución del derecho de participación en la UE.

- Desde un punto de vista más general, la Comisión Europea desea que los organismos de gestión colectiva actúen con un alto grado de gobernanza y transparencia hacia sus miembros y sus usuarios comerciales.

En definitiva, esta normativa fue un muy importante primer ejercicio que sirvió y sirve de ejemplo respecto de los diversos inconvenientes que puede tener la aplicación del derecho de participación a nivel estadual y regional.

B. La ley 17.616 de la República Oriental de Uruguay.

En Uruguay, la ley Nro. 9739, del 17 de diciembre de 1937, modificada por la ley Nro. 17.616, del 10 de enero de 2003, reconoce el derecho de participación al autor, y a su muerte, a los herederos o legatarios, hasta el momento en que la obra pase a dominio público. El porcentaje que reconoce es del 3% (tres por ciento) del valor de la reventa, sin limitaciones. Los subastadores, comerciantes o agentes que intervengan en la reventa, serán los agentes de retención del derecho de participación del autor en el precio de la obra revendida y estarán obligados a entregar dicho importe, en el plazo de treinta (30) días siguientes a la subasta o negociación, al autor o a la Sociedad de Gestión Colectiva que corresponda. El incumplimiento de la obligación establecida por parte del rematador, comerciante o agente, lo hará responsable solidario del pago del referido monto (artículo 9).

“Artículo 9.- En caso de reventa de obras de arte plásticas o escultóricas efectuadas en pública subasta, en establecimiento comercial o con la intervención de un agente o comerciante, el autor, y a su muerte los herederos o legatarios -hasta el momento en que la obra pase al dominio público-, gozan del derecho inalienable e irrenunciable de percibir del vendedor un 3% (tres por ciento) del precio de la reventa. Los subastadores, comerciantes o agentes que intervengan en la reventa, serán agentes de retención del derecho de participación del autor en el precio de la obra revendida y estarán obligados a entregar dicho importe, en el plazo de treinta días siguientes a la subasta o negociación, al autor o a la entidad de gestión correspondiente. El incumplimiento de la obligación que se establece, por parte del rematador, comerciante o agente, lo hará responsable solidariamente del pago del referido monto.”

Por otro lado, la ley también establece que una vez caída la obra en el dominio público, corresponde percibir al Estado este pago. Dichas sumas serán destinadas al Fondo Concursable para la Cultura creado por el artículo 238, inc. 1, ley Nro. 17.930, del 19 de diciembre de 2005.

Adicionalmente, como ya he mencionado, y tal vez el punto más avanzado e innovador de esta ley (no tan nueva) es que la República Oriental del Uruguay, a diferencia de todas las otras legislaciones, aplica el principio de universalidad del derecho. Con ello, no exige la reciprocidad establecida en el Convenio de Berna. En este sentido, el artículo 6, segundo párrafo, dispone que *“el goce y ejercicio de dichos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad o registro y ambos son independientes de la existencia de protección en el país de origen de la obra”*.

Cabe mencionar que desde el año 2009 la Sociedad de Gestión Colectiva, Asociación General de Autores del Uruguay (AGADU)¹², realiza con éxito el cobro del derecho de participación.

Conforme informa AGADU, y ratificado por artistas y agentes que intervienen en dicho mercado, y por sociedades de gestión colectiva de Argentina¹³, la aplicación del *droit de suite* en el país vecino es una realidad vigente y que se aplica regularmente. Incluso, y conforme a su normativa, ese derecho ha sido reconocido a artista argentinos.

C. El Convenio de Berna y la recepción en la legislación Argentina.

¹² AGADU, Asociación General de Autores del Uruguay, fue fundada el 26 de septiembre de 1929, como resultado de la fusión de diversas instituciones culturales que procuraban la defensa de los Derechos de Autor, tanto moral como patrimonial.

¹³ SAVA, Sociedad de Artistas Visuales Argentinos, sociedad sin fines de lucro con personería jurídica otorgada por la Resolución IGJ Nro. 815, del 10/09/2008. Representa a 400 artistas locales y a 80.000 de todo el mundo en el país, en sociedad con 45 entidades foráneas.

Como he mencionado, si bien es un derecho contemplado en diversas legislaciones no se encuentra reglamentado en Argentina; sin embargo, no le es ajeno.

El artículo 14 ter. del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas –vigente en Argentina a través de la ley 25.140– contempla el derecho de participación sobre las obras de arte y los manuscritos, determinando el derecho de los artistas a obtener una participación en las reventas, la legislación aplicable y el procedimiento.

No obstante ello, la recomendación de la UNESCO relativa a la Condición del Artista (27/10/1980) conforme ley 24.269, los tratados y pactos de raigambre constitucional (conforme artículo 75:23 CN) y las recomendaciones de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC), celebrada en Dublín, Irlanda, el 07/06/2012, a través de su Resolución CIAGP11-0192, no existe a la fecha en Argentina un reconocimiento y regulación específica respecto del derecho de participación.

El artículo 14 ter. del Convenio de Berna establece: *“(“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. 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.”

La ley 25.140, que aprueba el Convenio de Berna en su última versión, es del año 1999.

La ley 24.269 que sanciona la Recomendación relativa a la condición de artista, aprobada previamente por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas, es del año 1993. En ella expresamente la Argentina se compromete a aplicar ciertas disposiciones y adoptarlas en forma de ley o de otro modo, según las características de las cuestiones consideradas y las disposiciones constitucionales respectivas. En el Capítulo III. Principios Rectores, Punto 5, dispone que: *“En todos los niveles adecuados de la planificación nacional en general, y de la planificación de las actividades culturales en particular, los Estados Miembros deberían tomar, especialmente mediante una estrecha coordinación de su política cultural, educativa y laboral, todas las medidas encaminadas a definir una política de ayuda y apoyo material y moral a los artistas y hacer lo necesario para que se informe a la opinión pública acerca de la justificación y necesidad de dicha política. Con este fin, la educación debería dar a la sensibilidad artística el lugar que le corresponde para formar al público y ponerle en condiciones de apreciar las obras del artista. Sin perjuicio de los derechos que se le deben reconocer en virtud de la legislación sobre derecho de autor, incluido el droit de suite cuando no esté comprendido en aquélla, y de la legislación sobre asuntos conexos, los artistas deberían gozar de una condición equitativa y su profesión debería estar rodeada de la consideración que merece. Sus condiciones de trabajo y de empleo deberían ser tales que los artistas pudieran consagrarse plenamente a sus actividades artísticas si así lo desearan.”*

Todo lo expuesto y referenciado en este apartado, implica que la regulación del derecho de participación es un tema al cual la Argentina se ha comprometido internacionalmente, lo que conlleva la responsabilidad y necesidad, como mínimo, de un debate parlamentario sobre el tema.

D. Regulación en Argentina de obras visuales o plásticas.

El artículo 17 de la Constitución Nacional establece que *“todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que acuerde la ley”*.

Por su parte, la Ley 11.723 de Propiedad Intelectual, publicada en el Boletín Oficial el 30/09/1933, y modificada por la Ley 25.036, regula la protección de los derechos de autor en Argentina.

Su artículo 1ro. establece que *“A los efectos de la presente Ley, las obras científicas, literarias y artísticas comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión, entre ellos los programas de computación fuente y objeto; las compilaciones de datos o de otros materiales; las obras dramáticas, composiciones musicales, dramático-musicales; las cinematográficas, coreográficas y pantomímicas; las obras de dibujo, pintura, escultura, arquitectura; modelos y obras de arte o ciencia aplicadas al comercio o a la industria; los impresos, planos y mapas; los plásticos, fotografías, grabados y fonogramas, en fin, toda producción científica, literaria, artística o didáctica sea cual fuere el procedimiento de reproducción. La protección del derecho de autor abarcará la expresión de ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos pero no esas ideas, procedimientos, métodos y conceptos en sí.”*

Los artículos 51 *in fine*, 52 y 83 reconocen en forma implícita los derechos morales, admitiendo varios de sus caracteres clásicos (inalienabilidad, imprescriptibilidad, irrenunciabilidad y perpetuidad) pero sin utilizar el término.

El artículo 2do. por su parte determina los derechos que la propiedad de una obra comprende para su autor: “*El derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística, comprende para su autor la facultad de disponer de ella, de publicarla, de ejecutarla, de representarla, y exponerla en público, de enajenarla, de traducirla, de adaptarla o de autorizar su traducción y de reproducirla en cualquier forma.*” Este artículo enumera en forma abierta los derechos patrimoniales de autor reconocidos en nuestro ordenamiento, los cuales son independientes entre sí.

En el caso de obras plásticas, cabe destacar el artículo 54 que separa el objeto material donde está plasmada la obra de la obra artística en sí. Como expone la Dra. Lipszyc, resguardando al artista el derecho de reproducción, este artículo y el artículo 55 consagran el principio de la independencia entre el derecho de autor y la propiedad del objeto material.¹⁴

El plazo general de duración del derecho de autor es de setenta (70) años con posterioridad a la muerte del creador (artículo 5); algunas obras visuales tienen plazos especiales (obras fotográficas y cinematográficas). Las obras de arte quedarían incluidas dentro del plazo general.

En sus artículos 57 y 61 la ley establece la obligación de registrar las obras publicadas y que incumplir con ello tiene consecuencias, como la suspensión de los derechos de autor. Sin embargo, ante la particularidad de la obra de arte original, en la cual el artista “deposita” su arte en un bien material al cual la mano del autor le da ese valor agregado, no sería de aplicación la obligación de realizar registros de las “obras

¹⁴ Lipszyc, Delia y Carlos A. Villalba, obra citada, p. 160.

publicadas”. La exposición de una obra de arte original no constituye una publicación de acuerdo al Convenio de Berna (artículo 3), el cual sigue el principio de la protección automática.

En nuestro país, los artistas plásticos no registran sus obras. Sería conveniente dejar expresamente establecida esta falta de necesidad de registración en cualquier regulación que se proponga, a fin de evitar que la no registración conlleve la suspensión del derecho.

E. Resoluciones AFIP 2015.

A fin de ensayar un primer acercamiento al mercado argentino, considero oportuno hacer una pequeña referencia en este punto al avance en materia impositiva y regulatoria que se produjo en nuestro país en el año 2015, a través de las Resoluciones AFIP 3724/15 y 3730/15, derogadas de hecho casi con su dictado y de derecho tiempo después (técnicamente fueron derogadas el 10/06/2019), las cuales dan cuenta de la complejidad e informalidad del sector que se pretendió regular y sobre el que también se aplicaría el *droit de suite*.

Tales Resoluciones desnudaron los problemas que pueden surgir al tratar de regular el mercado de arte en Argentina y significó un primer ejercicio del cual se debe y puede aprender. A través de las mismas, se pretendía establecer regímenes informativos y registrales para las subastas y remates privados o judiciales y para la mera tenencia de obras de arte de cierta cuantía.

La Resolución AFIP 3724/15 era novedosa e innovadora en su terminología ya que definía a la obra de arte de la siguiente manera: “se entiende por obra de arte a la creación humana realizada en dos (2) o tres (3) dimensiones, erigida para cumplir una función estética o de belleza, susceptible de tener un valor económico o capacidad

de reventa, superior al valor económico de los materiales que la componen.” (artículo 3). Afirmaba la división entre los materiales que se utilizan (o en los cuales se asienta la obra) y la obra de arte en sí.

La definición es casi una declaración de como la administración pública entiende al arte y trata de “atraparlo” para regularlo. Casi cualquier bien mueble podría entrar en esta definición, por lo que los conflictos de interpretación a los que daba lugar la resolución desde su nacimiento, entiendo fue una de las razones que llevo a su pronta derogación.

La norma tampoco preveía o distinguía respecto de la comercialización de dichas obras a través de sitios de remate online, los remates a beneficio de entidades sin fines de lucro, donaciones, etc.

Conforme expone Santiago Sáenz Valiente en su nota, las resoluciones *“atacan las consecuencias y no las causas. Una estructura tributaria como la actual y en especial del Impuesto sobre los Bienes Personales esta huérfana de razonabilidad y la presión fiscal alcanzó límites que la población no está ni dispuesta a soportar, y menos aún en condiciones de pagarla. Resulta además infantil pensar que quien sea propietario de una obra de arte en su casa realice una declaración jurada informando ese dato sensible para su propia seguridad hogareña.”*¹⁵

En resumen, las resoluciones no preveían la forma de tasar las obras, no contemplaban los costos que posee la realización de la misma, establecían como valor de piso mínimo los \$10.000 (pesos diez mil), creaban el Registro Fiscal de Obras de Arte, definían la habitualidad y dejaban de lado a los coleccionistas para uso privado, más allá de su registro en las operaciones que intervengan. La información que se debía entregar era de periodicidad mensual y se exigía la declaración jurada obligatoria para

¹⁵ Sáenz Valiente, Santiago. 2015. Regímenes de información sobre obras de arte y remates. Novedades fiscales. *Ámbito Financiero*. 10 de febrero.

quienes resultaren titulares o dueños de al menos una obra de arte cotizada en más de \$10.000 (pesos diez mil).

En principio, la cotización se realizaba en base al artículo 22, de la ley 23.966 (Impuesto sobre los bienes personales), es decir, por su valor de adquisición, construcción o ingreso al patrimonio, más su actualización. Se excluía a los gobiernos nacionales y provinciales, y las entidades exentas en el impuesto a las ganancias. Cualquier incumplimiento con estos regímenes implicaba sanciones por parte de la AFIP; multas, suspensiones de locales, deudas fiscales, ejecuciones, etc.

Estas resoluciones fueron consideradas por el mundo del arte como una invasión a la intimidad económica y un golpe directo al mercado de obras de arte local.¹⁶ ¿Sucederá lo mismo en el caso del *droit de suite*?

Frente a estas Resoluciones el mercado inmediatamente empezó a hablar de un mercado paralelo o no declarado para evitar el impacto impositivo y mantener la privacidad y el anonimato de los operadores. Asimismo, se mencionó la fuerte baja en las tasaciones, en desmedro de los artistas, para reducir la posible incidencia fiscal.

Si bien se trata de normativas fiscales, cuyo beneficiario sería la administración pública, entiendo que este ejercicio nos da una pauta del mercado que se pretende regular y como ve con mucha sensibilidad cualquier medida regulatoria o cambio sobre las condiciones comerciales vigentes y sus costumbres bien arraigadas.

El derecho de participación sin dudas traería cambios en el mercado e implicaría el reconocimiento de cierto porcentaje económico en favor del autor, por lo tanto, sería conveniente estimar en su caso la reacción de las partes involucradas y sobre todo, de los sujetos que deben reconocer en favor de un tercero –el autor o sus herederos- ese porcentaje.

¹⁶ Bigio, Paloma. 2015. La AFIP obliga a declarar las ventas de obras de arte y también su tenencia. *La Nación*. 15 de febrero.

F. Proyectos de ley.

Desde 1986 a la fecha se han presentado en el Congreso de la Nación siete (7) proyectos de ley que impulsan el reconocimiento legal del *droit de suite*.

En 1986 los Diputados Ricardo Terrile y Luis Cáceres promovieron el reemplazo de la ley 11.723 y la incorporación del *droit de suite*, y en ese mismo año el Diputado Florencio Carranza presentó uno nuevo orientado a la obra fotográfica. En 1990 los Diputados Andrés Fecina y Ruth Monjardín de Masci presentaron un proyecto con base en el que fuera elaborado en 1967 por Francisco Carcavallo, uno de los impulsores del Fondo Nacional de las Artes. Ese proyecto fue presentado nuevamente en 2007 por los Diputados Paula María Bertol, Jorge Reinaldo Vanossi y Pablo Gabriel Tonello. También en 2007 la Diputada Norma Morandini presentó su proyecto proponiendo incorporar un artículo a la ley 11.723. Un proyecto similar, incorporar un artículo a la ley 11.723, fue presentado posteriormente en 2011 por las Diputadas Norah Susana Cataldo, Silvia Storni y Elsa María Álvarez.¹⁷

El último proyecto de ley (037-S-2015), perdió estado parlamentario en febrero de 2018. El mismo tomaba como base los proyectos correspondientes a la Senadora Nacional Norma Elena Morandini de la Provincia de Córdoba (expediente S. 3150/2014) y a la Senadora Nacional Liliana Fellner de la Provincia de Jujuy (expediente S. 789/2015), los que unificados fueron tratados y sancionados por el Senado de la Nación con fecha 27 de mayo de 2015 y pasaron a revisión de la Cámara de Diputados con media sanción. Previamente a su sanción, intervinieron las comisiones de Cultura y de Legislación General. Dicho proyecto, finalmente no fue tratado por la Cámara de Diputados y, como expuse, perdió estado parlamentario.

¹⁷ Marchione, Luciano, artículo citado, p. 22 y ss.

El proyecto proponía la incorporación del derecho de participación como artículo 54 bis de la ley 11.723, es decir, dentro del título “De la venta” y del articulado que reconoce el principio de la independencia entre el derecho de autor y la propiedad del objeto material. El texto propuesto era el siguiente:

“Artículo 54 bis: a) Contenido del Derecho. Los autores de obras originales de artes visuales, plásticas o gráficas, sus herederos o legatarios, gozan del derecho irrenunciable e inalienable a percibir del vendedor una participación del cinco (5%) por ciento del precio obtenido de cada una de las sucesivas reventas posteriores a la primera venta realizada por el autor. Los ejemplares de obras de arte objeto de este derecho que hayan sido realizados por el propio autor o bajo su autoridad se consideran obras originales. Dichos ejemplares deberán estar numerados, firmados o debidamente autorizados por el autor. b) Reventas sujetas al Derecho de Participación. Este derecho comprende a todas las sucesivas reventas en las que participe, como vendedor, comprador, intermediario o consultor, cualquier persona física o jurídica que realice habitualmente actividades de intermediación o hace profesión de la compra o venta de obras originales de artes visuales, plásticas o gráficas. El derecho se aplica igualmente cuando las reventas se lleven a cabo a través de redes informáticas, tales como Internet. Dentro de un plazo de quince (15) días de realizada la reventa, los profesionales del mercado del arte mencionados deberán notificarla por medios fehacientes a la sociedad de gestión colectiva designada a tales fines, haciéndole entrega de las sumas retenidas y de la documentación correspondiente. Cuando haya intervenido en la reventa de la obra más de un profesional del mercado del arte, el sujeto obligado a efectuar la operación, tanto en lo referido a la notificación como la retención, el depósito y el pago del derecho, será el profesional del mercado del arte que haya actuado como vendedor y, en su defecto,

el que haya actuado de intermediario. En todos los casos se presumirá la reventa de la obra, a menos que se acredite que ésta ha sido entregada por el propio autor o sus herederos para, bajo su firma, realizarse la primera venta. c) De la sociedad de gestión colectiva. El Derecho de Participación es de gestión colectiva obligatoria y se transmitirá únicamente por sucesión mortis causa. En ningún caso, la sociedad de gestión percibirá para sí una suma superior al 20% del total que le corresponde al autor por cada reventa sucesiva de su obra. En el caso de que el autor de la obra falleciere y sus herederos o legatarios no hubiesen efectuado la pertinente petición del Derecho de Participación ante la sociedad de gestión en un lapso de cuatro (4) años, ésta deberá solicitar la intervención del Ministerio Público a fin de que, en caso de corresponder, se declare judicialmente la vacancia del acervo hereditario en los términos del artículo 2.441 y sucesivos del Código Civil y Comercial de la Nación. Una vez declarada judicialmente la vacancia, la sociedad de gestión deberá transferir la suma retenida a un organismo público vinculado con la promoción del arte y la cultura, determinado por la autoridad de aplicación de la jurisdicción que corresponda. d) Derecho de información. Los beneficiarios del derecho podrán exigir a cualquier profesional del mercado del arte de los mencionados en el inciso b), durante un plazo de cinco (5) años a partir de la fecha de toma de conocimiento de la reventa la siguiente información a los fines de proceder al cálculo y cobro del Derecho de Participación: autor de la obra, lugar y fecha en la que se realizó la reventa, precio de la misma y datos que identifiquen la obra revendida, sujetos contratantes e intermediarios. El sujeto obligado deberá entregar la información solicitada dentro de los diez (10) días hábiles posteriores a la solicitud. e) Ámbito temporal. El Derecho de Participación se aplicará a todas las sucesivas reventas de obras, según lo establecido en el inciso b), creadas anterior o posteriormente al dictado de esta Ley.

f) Exención de formalidades. No será obligatorio el registro de las obras ni de los contratos que versen sobre ellas, ante la Dirección Nacional del Derecho de Autor u otro organismo, ni el cumplimiento de otras formalidades, a fin de que la sociedad de gestión colectiva recaude el Derecho de Participación. ARTICULO 2°.- El Poder Ejecutivo designará la sociedad de gestión colectiva conformada por artistas visuales que se encargará de gestionar el Derecho de Participación y los demás derechos de autor sobre obras visuales.”

Como puntos sobresalientes cabe mencionar que se propone incorporar un artículo a ley propiedad intelectual vigente, en el cual se fija el 5% como derecho de participación, que no establece un monto mínimo de valor de las obras, que prevé la venta por medio de internet, y la gestión colectiva de los derechos, no pudiendo la sociedad que se designe cobrar un porcentaje mayor al 20% como gasto de gestión. Es también destacable que confirma el criterio de que no es obligatorio el registro de estas obras.

De ser sancionado este texto en un proyecto futuro, restaría la reglamentación posterior para su correcta aplicación por parte del órgano correspondiente.

Finalmente, he tomado conocimiento de un nuevo proyecto que se encuentra en etapa previa a su próxima presentación formal. El proyecto sería idéntico al 037-S-2015 y sería presentado por la Senadora Nacional Carmen Lucila Crexell, de la Provincia de Neuquén. Es posible que la situación de emergencia sanitaria de público conocimiento vigente a nivel nacional y mundial dilate su presentación.

Por último, cabe mencionar que los más fervientes impulsores de este derecho sostienen que el derecho de participación debe aplicarse a todas las operaciones de reventa, incluso las privadas, y no solamente a las que intervenga un intermediario. En

ese caso, la reglamentación es determinante y, entiendo, de difícil aplicación real y actual en nuestro medio.



Universidad de
SanAndrés

Capítulo III

El derecho de participación en el mercado argentino de arte.

Aceptación y rechazo.

Como ya fue mencionado, el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo: Informe sobre la aplicación y efectos de la Directiva relativa al derecho de participación (COM/2011/0878 final, del 14/12/2011), analizó y expuso los beneficios y costos que implicó la puesta en marcha de este derecho para los artistas en Europa.

La Comisión solicitó a los organismos de gestión colectiva responsables de la recaudación y distribución del derecho de participación información relativa, por una parte, al número de artistas que se beneficiaron anualmente del derecho entre 2005 y 2010 y, por otra, a los valores distribuidos por este concepto. Diez (10) organismos pudieron proporcionar esta información (correspondiente a diez (10) de los veintisiete (27) Estados miembros). Entre esos diez (10) Estados miembros se distribuyeron en 2010 en concepto de derecho de participación cerca de €14 millones entre 6.631 artistas y sus herederos, una cifra relativamente estable si se compara con los €14,4 millones distribuidos en 2007 por este mismo concepto a 7.107 artistas y sus herederos. Cerca de la mitad de los derechos se recaudaron en Francia.

Los organismos de gestión colectiva de cuatro (4) Estados miembros (Bélgica, Dinamarca, Francia y Eslovaquia) proporcionaron un desglose de la distribución realizada diferenciando entre artistas vivos y fallecidos para el período 2006-2010. En esos cuatro (4) Estados miembros, el 22 % de los derechos en términos nominales (y el 41 % en términos reales) se distribuyó entre artistas vivos en el citado período.

Estos datos concuerdan en gran medida con la investigación llevada a cabo por *Arts Economics*, consultora irlandesa reconocida en el mercado del arte¹⁸. En 2010, las ventas que cumplían los requisitos para la aplicación del *droit de suite* realizadas en subastas incluyeron obras de más de 5.000 artistas vivos y alcanzaron un valor de €25 millones en un total de 19.000 operaciones. Los herederos representaron una proporción muy superior del total de las ventas que cumplían los requisitos para la aplicación del derecho de participación: el 82% de dichas ventas en términos nominales, el 71% en términos reales y el 63% de los beneficiarios.

El 45% de los artistas vivos que realizaron ventas que cumplían los requisitos para la aplicación del derecho en 2010 (2.271) se encontraba en el tramo de precios inferior a €3.000 euros, lo que generó un porcentaje del derecho de hasta €150. Otro 39% se situaba en el tramo de precios hasta €50.000, lo que generó unos derechos de hasta €2.030.

La inmensa mayoría de los artistas y derechohabientes que participaron en la consulta acogió con agrado y entusiasmo el sistema del derecho de participación por marcar una diferencia tanto en términos económicos como de reconocimiento a sus trabajos y trayectorias.

Algunos organismos de gestión colectiva, llevan adelante programas en virtud de los cuales se aplica una deducción con fines culturales (del 10% de los ingresos obtenidos en concepto de derecho de participación) para apoyar a jóvenes artistas. En determinados Estados miembros, estos organismos han expresado su malestar por el hecho de que la armonización de los porcentajes aplicables en virtud de la Directiva relativa al derecho de participación haya conllevado un porcentaje del derecho inferior al que se aplicaba en sus legislaciones nacionales antes de la introducción del límite

¹⁸ Google. Febrero 2020. www.artseconomics.com.

máximo de €12.500, así como por la disminución del valor del derecho, por ejemplo en Alemania, donde previamente se aplicaba un tipo fijo del 5% a todas las ventas.¹⁹

Estos números representan un claro ejemplo del uso y aplicación práctica del derecho de participación, de su distribución y del movimiento económico que implica para los diferentes actores en un mercado de mucho movimiento como es el europeo.

En nuestro país, y en otra escala, el *droit de suite* cada vez tiene más permeabilidad en el mercado y empieza a ser reconocido y estar en discusión. A modo de ejemplo reciente, en noviembre de 2019, en una importante casa de remates se subastaron piezas de artistas jóvenes y consagrados en plena actividad que fueron compradas en los últimos años, pero a precios menores de la base fijada en el remate. Por ejemplo, una obra comprada hace seis (6) años a \$10.000 (pesos diez mil) salió a remate por USD18.000 (dólares estadounidenses dieciocho mil). En dicho remate se mencionó la necesidad de respetar y exigir los derechos de autor sobre las obras de arte, el compromiso profesional y considerado de todas las partes y que se instale y legitime el pago de un porcentaje al autor en caso de reventa (derecho de participación).²⁰

A través de preguntas disparadoras tales como, ¿Conocen el *droit de suite*? ¿Cómo se realizan transacciones de obras de arte en Argentina? ¿Qué regulación tiene la actividad? ¿Qué derechos de los artistas se encuentran protegidos? ¿Qué opinión les merece la posible regulación del derecho de participación en Argentina? ¿Qué consideran se debería contemplar en la regulación en caso de que finalmente se reconozca el *droit de suite*? ¿Qué volumen de obras y dinero se comercializan

¹⁹ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo: Informe sobre la aplicación y efectos de la Directiva relativa al derecho de participación (COM/2011/0878 final, del 14/12/2011), Efecto sobre los artistas.

²⁰ Zacharías, María Paula. 2019. Subastas en el ojo de la tormenta: un proyecto pide que el artista cobre en la reventa. *La Nación*. 14 de noviembre.

aproximadamente por año en el mercado argentino?, lleve adelante un pequeño estudio de campo para conocer el grado de aceptación que podría tener la regulación del derecho de participación en Argentina.²¹

En líneas generales los artistas han escuchado alguna vez hablar de este derecho y tienen noción de que tipo de reventa estaría alcanzada, pero desde ya desconocen las legislaciones y la aplicación actual del derecho en otros países. Las transacciones hoy en día son completamente informales, más allá de que a través de algunas cámaras²² en las que participan ciertas galerías, se fijan parámetros de referencia. Las transacciones en general son directas o a través de intermediarios (galerías, *art dealers*, portales web, etc.) o subastas privadas. En muy pocos casos algún museo nacional, provincial o municipal adquiere obras para ampliar su colección, en esos casos la operatoria es formal. La galería recibe una comisión o participación del 40/50% sobre el valor de venta de la obra, dependiendo lo que se acuerde de manera informal entre los intervinientes. En general los artistas no tienen conocimiento de cuáles son los derechos que hoy en día se encuentran protegidos en su actividad, e intentan llevar sus obras a mercados internacionales, en los cuales se ven favorecidos por el tipo de cambio y por la cotización de sus obras. En algunos casos, si han percibido derechos por reproducción de sus obras. En todos los casos los artistas están de acuerdo y a favor de que se regule el derecho de participación, afirman que están desprotegidos en relación a otros autores. También mencionan que cada vez hay más pintura, mas arte,

²¹ Entrevistas virtuales y presenciales. Enero, febrero y marzo 2020. Entrevistados: Carlos Velar de Irigoyen, artista; Emilio Fatuzzo, artista; Federico Bassini, artista uruguayo; Juan María Poirón, Saráchaga (casa de remates); Yuriem Echevarría Cabrera, Directora Ejecutiva SAVA; Nicolás Jusidman, Director Ejecutivo SAVA; Herman Rodríguez Fudickar, Presidente Honorario de la Asociación de Amigos del Museo de Arte Hispanoamericano Isaac Fernández Blanco; y Jorge Cometti, Director del Museo de Arte Hispanoamericano Isaac Fernández Blanco.

²² Meridiano. Cámara Argentina de Galerías de Arte Contemporáneo, creada en 2016 para promover el arte argentino en el mundo. somosmeridiano.com.ar.

mas artistas, lo cual en muchos casos desvaloriza al mercado y lleva a sobrevalorar algunas obras, sumando inestabilidad y desconfianza al mismo.

Por su parte, algunos galeristas o casas de remates afirman que no conocen el derecho de participación y que no lo ven viable en el mercado argentino. Sostienen que el mercado es muy sensible y se asusta ante los controles o regulaciones. Incluso mencionan los casos de ciertos artistas que a fin de registrar las ventas y llevar un registro de los actuales propietarios de sus obras, sus herederos hacen un seguimiento celoso de las mismas y dan cuenta de su originalidad a través de leyendas en los catálogos que muchas veces confunden al posible comprador. Coinciden que el arte se comercializa a través de galerías, casas de remates, remates de entidades o privados. Entienden inviable la regulación del mercado y totalmente negativa. Afirman que los interesados quieren invertir dinero en algo que no sea registrable. Hoy en día las casas de remates son agentes de retención del impuesto sunuario: 25% sobre el valor de venta + la comisión de la Casa de Remates. El impuesto es sobre un listado de piedras preciosas en general.

Finalmente, las sociedades de gestión colectiva, claramente conocen el *droit de suite* y son los principales impulsores del mismo, en favor de los derechos de los artistas y obviamente, aunque con fundamentos, también persiguen un interés económico. Justamente la esencia de estas sociedades es recaudatoria.

Cabe mencionar que ninguno de los entrevistados tiene noción concreta del volumen del mercado de arte en Argentina. Desde las casas de remates informan que en 2019 hay un número estimado de ventas en USD9.000.000 (dólares estadounidenses nueve millones) aproximadamente, aunque no hay certezas acerca de los números que se mencionan.

Capítulo IV

Consideraciones finales acerca de la pertinencia de la regulación del *droit de suite* en Argentina.

A. Definiciones sobre el *droit de suite*.

Como hemos visto, el *droit de suite* tiene un origen noble y su objetivo principal es darle mayores beneficios económicos y reconocimiento a los artistas y a sus trayectorias.

Hoy más de un tercio de los países del mundo reconocen y aplican el derecho de participación. No obstante que éste sea un dato ejemplificador, cabe mencionar que no está reconocido en países cuyos mercados de arte representan aproximadamente el 50%²³ de la facturación mundial en la comercialización de obras; estos son, Estados Unidos, China, Canadá y Suiza, entre otros. Por lo tanto, el reconocimiento global que mencionan los principales impulsores del derecho no es absoluto.

En cuanto a su encuadre jurídico, y no obstante que estamos frente a un derecho con características propias, en líneas generales la doctrina especializada²⁴ se inclina por ubicar al *droit de suite* dentro de los derechos patrimoniales de autor, más allá de las concretas connotaciones que tiene a nivel moral, y la importancia que se le puede dar a su ubicación en la división clásica. Así ha sido reconocido no solo a nivel nacional, sino a nivel regional (la Unión Europea) e internacional mediante la firma de tratados en los cuales Argentina es parte.

Tampoco hay dudas en cuanto a que se trata de un derecho patrimonial “especial” ya que resulta de aplicación únicamente para las obras plásticas; ello, en

²³ Broto Pérez, Daniel, obra citada, p. 384.

²⁴ Lipszyc, Delia y Carlos A. Villalba, obra citada, p. 190; Vibes, Federico. 2009, obra citada, p. 56 y ss.

virtud del particular proceso de creación de estas obras, las cuales requieren la directa intervención de la “mano” del artista, es decir, el contacto directo con el soporte material en el cual se concibe la obra y su traspolación a este soporte donde la obra es creada y queda finalmente plasmada y adherida al mismo.

Las legislaciones le han dado el carácter de irrenunciable e inalienable, con el fin de proteger a los artistas y así evitar que los mismos se vean compelidos a ceder esos derechos por necesidades personales, en la venta primaria de sus obras originales, perdiendo de esta manera su “seguimiento” y sus potenciales beneficios económicos.

Adicionalmente, cabe destacar que la percepción del beneficio económico que contempla el derecho de participación en favor de su autor, se encuentra supeditado a la decisión del actual propietario de la obra (que ya no es el artista) de vender o no la misma a través de intermediarios de arte. Por lo tanto, el beneficio económico se encuentra en sus inicios acotado y/o restringido a la decisión de un tercero y al precio que las partes fijen, cobrando importancia la faz moral del derecho.

En definitiva, el *droit de suite* busca completar y aumentar las posibilidades de aprovechamiento económico de las obras de arte visuales para los artistas, quienes ven notablemente restringidos los derechos patrimoniales de explotación clásicas en derecho de autor -reproducción, distribución y comunicación pública-, por la particularidad y el valor en el mercado que tiene el ejemplar único de sus obras, conforme expuse. La explotación de estos derechos no tiene peso económico en comparación con el valor que puede alcanzar la venta de una obra original de un artista reconocido.

B. Consideraciones sobre su regulación en Argentina.

En la práctica y en Argentina, entiendo que la potencial regulación del *droit de suite* chocará contra un mercado completamente desregulado y difícil de ordenar, sin que se genere su diversificación y el traslado a mercados secundarios o paralelos.

En el plano hipotético, sería ideal que los artistas plásticos registren todas las obras que producen, que ellos y/o sus herederos conozcan el recorrido de las mismas a lo largo de los años y que con cada venta vuelvan a encontrarse con sus obras, reciban un beneficio económico de dicha venta, que conozcan los precios pagados por los compradores, los sujetos intervinientes, las fechas, etc. La realidad que esto suceda en la práctica habitual hoy en día en Argentina parecería lejano.

No obstante, estimo que la incorporación del *droit de suite* va a resultar siendo positiva para el mercado y la considero pertinente. Las ventas es probable que sufran una contracción inicial, pero a la larga, y a medida que se “acostumbre” a los involucrados al respeto y cumplimiento del derecho, volverán a sus niveles actuales y el mercado correrá la misma suerte que corre hoy, sin injerencia por el reconocimiento de este derecho y con el valor agregado que representa para los artistas. Sin dudas producirá que se acomoden algunos valores, a fin de que los involucrados no se vean perjudicados económicamente y los artistas obtengan sus réditos económicos.

El riesgo más alto que veo es la posibilidad de control de las operaciones y combatir los mercados paralelos e informales, con el objetivo de que sean desestimados por los propios usuarios. El desmantelamiento de estos mercados no va a ocurrir porque se apruebe algún proyecto de ley, sino por como reconozcan esa ley y la apliquen los intervinientes en la operatoria comercial.

En este punto, considero que la acción dependerá fundamentalmente de la posición que asuman los artistas y del trabajo de la sociedad de gestión colectiva que se designe para representarlos y sus capacidades para alcanzar (y abarcar) al mercado.

Pienso también que desde la administración pública se podrían contemplar incentivos para pagar el porcentaje de este derecho con beneficios impositivos, como ocurre en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en otras provincias con mucho éxito y acatamiento con la ley de mecenazgo (ahora ley de Participación Cultural²⁵), lo cual inicialmente favorecería la aplicación y reconocimiento del *droit de suite*.

Otro punto a tener en cuenta, es que el derecho de participación aplica sobre las reventas de obras. A la fecha, no se conocen los números del mercado. No se sabe que cantidad de obras se revenden, en general cuantas veces o cada cuantos años se revende una obra, cuantas obras originales se venden por año, etc. Sin datos resulta difícil analizar posibles impactos económicos. Es probable que una regulación como la planteada eche un haz de luz y claridad al mercado, aportando datos que permitan tomar decisiones adecuadas.

Un elemento que considero importante en relación a los últimos proyectos de ley, es la limitación de la aplicación del derecho a las reventas que se realizan por medio de intermediarios. Considero pertinente que el *droit de suite* sea reconocido ante cualquier reventa de las obras, sin desconocer, que en el ámbito informal o privado el control en sus inicios sería prácticamente nulo.

Desde una visión jurídica internacional, el reconocimiento del derecho en la legislación interna representará para la Argentina el cumplimiento de los compromisos asumidos internacionalmente tiempo atrás y en reiteradas ocasiones, y entiendo también es consecuencia de los mismos. Sobretodo y ante el principio de reciprocidad que fija el Convenio de Berna, toma vital importancia para los artistas su regulación a nivel local para que el derecho les sea reconocido en otros mercados.

²⁵ Ley de Participación Cultural de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Nro. 6026, de fecha 25/10/2018.

C. Palabras finales.

Como palabras finales, considero que el éxito de la aplicación del derecho de participación no debe ser medido únicamente por su contenido económico para las artistas, sino por el definitivo reconocimiento de que se trata de un mercado significativo para el país, que merece la existencia y aplicación de derechos y certezas claros y palpables para los involucrados.

Adicionalmente, deber ser medido por el reconocimiento que implica para la obra y el trabajo de los artistas, complementando y equilibrando los derechos patrimoniales de autor que hoy se encuentran vigentes y no pueden ser ejercidos de la misma manera por parte de los artistas plásticos en virtud de la particularidad de sus obras.

Conforme afirma Marchione, “*el artista es la piedra angular de todo el mercado del arte. En la medida que aumenta su reputación (y el de las obras que realiza) todos los agentes del mercado del arte se benefician.*”²⁶

Una vez que se reconozca el derecho en nuestra legislación, se iniciará una nueva etapa, la cual dará lugar a nuevos y futuros debates acerca de la mejor manera de aplicar el mismo, sobretodo, una vez que el mercado se empiece a regular y se conozcan y analicen datos concretos y reales; tal los ejemplos de los informes presentados ante la Unión Europea, los cuales aportaron datos que fueron utilizados para tomar decisiones y marcaron el camino del *droit de suite* en dicha región.

²⁶ Marchione, Luciano. 2014. Propuestas para regular el *droit de suite* de las artes visuales en Argentina. *Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*. Año V. Nro. 3. Junio 2014.327.

Bibliografía y legislación consultada

1. Bigio, Paloma. 2015. “La AFIP obliga a declarar las ventas de obras de arte y también su tenencia”. *La Nación*. 15 de febrero.
2. Broto Pérez, Daniel. 2016. “El *droit de suite* de los autores de obras de artes plásticas. Análisis jurídico y efectos en el mercado del arte”. Tesis doctoral, Universitat de Barcelona.
3. Chalkling Majó, Carolina. 2005. “Legitimidad del estado para reclamar por concepto del *droit de suite* como dominio público oneroso”. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*. 8.
4. Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de fecha 09/09/1886. Acta de Paris del 24/07/1971 y su enmienda del 28/09/1979. Ley 25.140, sancionada 04/08/1999.
5. Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo del 27/09/2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original.
6. Echevarría Cabrera, Yuriem. 2019. “Informe sobre el Derecho de Participación en América Latina”.
7. Emery, Miguel Ángel. 2005. “Propiedad Intelectual, Ley 11.723, Comentada, anotada y concordada con los tratados internacionales”. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea.
8. Entrevistas virtuales y presenciales. Enero, febrero y marzo 2020. Entrevistados: Carlos Velar de Irigoyen, artista; Emilio Fatuzzo, artista; Federico Bassini, artista uruguayo; Juan María Poirón, Saráchaga (casa de remates); Yuriem Echevarría Cabrera, Directora Ejecutiva SAVA; Nicolás Jusidman, Director Ejecutivo SAVA;

Herman Rodríguez Fudickar, Presidente Honorario de la Asociación de Amigos del Museo de Arte Hispanoamericano Isaac Fernández Blanco; y Jorge Cometti, Director del Museo de Arte Hispanoamericano Isaac Fernández Blanco.

9. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo: Informe sobre la aplicación y efectos de la Directiva relativa al derecho de participación (COM/2011/0878 final, del 14/12/2011)

10. Jusidman, Nicolás Javier. 2019. “Trabajo final. Droit de suite”. Curso: Actualización en derecho de autor y derechos conexos. Teoría, práctica y jurisprudencia. Directora: Dra. Delia Lipszyc. Facultad de Derecho. UBA.

11. Mir, José Cerezo. 2008. “El derecho de participación de los artistas en el precio de la reventa de sus obras y el delito de apropiación indebida del artículo 252 del Código Penal”. *La Ley*. 2008-D, 1370.

12. Ley 11.723, Régimen legal de la Propiedad Intelectual y sus modificatorias.

13. Ley 17.616, Derechos de autor y derechos conexos, República Oriental del Uruguay, publicada el 17/01/2003.

14. Ley 24.269, Recomendación Relativa a la Condición de Artista, Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas, sancionada el 03/11/1993.

15. Lipszyc, Delia y Carlos A. Villalba. 1983. “El derecho de intérprete y la obra cinematográfica”. *La Ley*. 1983-D, 295.

16. Lipszyc, Delia. 1996. “El derecho de autor y los derechos conexos en el acuerdo sobre los ADPIC (o TRIPS)”. *La Ley*. 1996-E, 1395.

17. Lipszyc, Delia y Carlos A. Villalba. 2009. “El derecho de autor en la Argentina”. 2da. edición. Buenos Aires: La Ley.

18. Lipszyc, Delia y Carlos A. Villalba. 2012. “Diferencia entre el daño moral y el daño al derecho moral del autor”. *La Ley*. 2012-E, 606. Cita online AR/DOC/4896/2012.
19. Marchione, Luciano. 2013. “Fundamentos para implementar el droit de suite para las Artes Visuales”. *La Ley*. Cita online AR/DOC/3404/2013.
20. Marchione, Luciano. 2014. “Propuestas para regular el *droit de suite* de las artes visuales en Argentina”. *Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*. Año V. Nro. 3. Junio 2014.327.
21. Negri, Juan José. 2018. “El mito del artista famélico”. *Negri & Pueyrredón Abogados. Dos minutos de doctrina*. 17 de julio.
22. Páginas web: Google. Febrero 2020. www.agadu.org, www.sava.org.ar, www.artseconomics.com y somosmeridiano.com.ar.
23. Proyecto de ley 037-S-2015, del 27/05/2015.
24. Resoluciones Generales AFIP 3724/2015 y 3730/2015, ambas publicadas en el Boletín Oficial el 26 de enero de 2015.
25. Sáenz Valiente, Santiago. 2015. “Regímenes de información sobre obras de arte y remates. Novedades fiscales”. *Ámbito Financiero*. 10 de febrero.
26. Sainz de Aja, Borja, Ingrid Pi y Álvaro Bourkaib. 2009. “Propiedad intelectual, industrial y competencia desleal”. Coordinado por Agustín González y Marco Zambrini. *Revista Actualidad jurídica Uría Menéndez*. 22.
27. Salerno, Marcelo Urbano. 1990. “Reflexiones jurídicas sobre las obras de arte”. *La Ley*. 1990-B, 1196.
28. Vibes, Federico P. 2017. “Iniciativas de reforma de la Ley de Propiedad Intelectual”. *La Ley*. 2017-E, 1196.

29. Zacharías, María Paula. 2019. “Subastas en el ojo de la tormenta: un proyecto pide que el artista cobre en la reventa”. *La Nación*. 14 de noviembre.



Universidad de
San Andrés