

Establece nuevas normas sobre derechos de propiedad intelectual de los artistas, autores y ejecutantes de obras visuales de imagen fija

Boletín N° 13098-24

I FUNDAMENTOS.-

Los derechos de autor poseen un reconocimiento normativo de larga data¹. En Chile, la ley de propiedad intelectual fue publicada el 02 de octubre del año 1970², y desde el transcurso de su entrada en vigencia, hasta la fecha, se han producido una serie de cambios tanto a nivel nacional como internacional respecto al uso de las obras, generándose nuevas formas de protección al derecho de los autores en el ámbito de la propiedad intelectual, dentro de las cuales encontramos el derecho a una participación justa del éxito económico que tienen las obras en el mercado del arte.

Si bien la ley 17.336, sobre propiedad intelectual, abarca y dispone normas sobre derechos de los autores asociados con la creación de obras que surgen del intelecto en el plano literario, artístico y científico, regula también derechos conexos relativos a prestaciones artísticas, producciones fonográficas y emisiones de organismos de radiodifusión; sin embargo, mantiene una serie de disposiciones que se han ido debilitando a través del tiempo y que, en su conjunto, no conducen a una protección efectiva del derecho de autor de los artistas plásticos, lo que implica un desmedro frente a otros artistas que, encontrándose en situaciones similares, cuentan con mayor amparo jurídico.

En efecto, los actores y actrices lograron reivindicar nuevos derechos a través de la ley 20.243, por la cual se establece un estatuto jurídico de protección a los derechos morales y patrimoniales de los artistas audiovisuales; situación similar ocurrió con los creadores o artistas musicales con la publicación de la ley que fija porcentajes mínimos de emisión de música nacional; y, recientemente, la ley 20.959, que viene a modificar la referida ley 20.243, regulando un derecho a remuneración para directores y guionistas en materia audiovisual.

Surge entonces la necesidad de fomentar y proteger a los artistas visuales de nuestro país, y desde la práctica, propender al equilibrio deseado entre los derechos del autor, el derecho de acceso a la cultura y el derecho a la remuneración que les

¹La primera regulación legal la ubicamos en 1710 en Inglaterra, conocida como el estatuto de la Reina Ana.

²Ley 17.336, véase :<http://www.leychile.cl/N?i=28933&f=2010-05-04&p=>

corresponde a los creadores por el aprovechamiento de sus obras, materializado como se analizará, en el derecho a la participación en la reventa de una obra de arte o "*Droit de Suite*"³, reformulando la base de cálculo que hoy existe en nuestra legislación para la determinación de ese derecho, por una que resulte más proporcional y justa, en plena armonía con lo dispuesto en el artículo 14 ter numeral 1 del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas⁴, cuyo texto consta en acta de París con fecha 21 de julio de 1971, ratificado por Chile el año 1975.

El presente proyecto no se agota únicamente en el análisis y reformulación del ya referido derecho a la participación de los creadores o artistas de imagen fija, sino que también el ámbito de aplicación y protección de esta ley a los artistas que utilizan la imagen fija como forma de expresión artística; propone la actualización de la regulación de los derechos que adquiere un comprador de una obra de esta naturaleza cuando se trate de un ejemplar único; establece una limitación de los efectos de la excepción que permite la reproducción y venta de obras visuales situados en espacios públicos; tal como se analizará con ocasión de la idea matriz del proyecto que se propone.

La reciente legislación española, que modifica la ley de propiedad intelectual, y que fue publicada el 02 de marzo del año 2019⁵; añade un nuevo artículo 24 que consagra expresamente el derecho a participación de los autores de obras gráficas o plásticas, reconociendo su transmisibilidad a sus derechohabientes, destacando su carácter de inalienable e irrenunciable; y estableciendo las condiciones en que nace este derecho para los autores a partir de un rango en el precio de reventa (cuando el precio de reventa sea igual o superior a 800 euros) e indicando los porcentajes que rigen para el importe de la participación que corresponderá a los autores; así como también, a retener el importe del derecho de participación del autor en el precio de la obra revendida; entre otros.

Finalmente, la presente iniciativa legislativa se propone como un homenaje póstumo al connotado pintor chileno y premio nacional de Artes en 1999, don **José Balmes Parramón**; por su invaluable aporte y contribución a la cultura y las artes

3Recibe esa denominación, pues el derecho a participación fue reconocido por primera vez en Francia, en una ley que surgió el año 1920 con el fin de garantizar algún tipo de compensación a las viudas y familiares de los artistas muertos durante la primera Guerra Mundial.

4El artículo 14 ter del Convenio de Berna, que regula el derecho a la participación de los creadores visuales es facultativo de cada legislación nacional y condicionado a la existencia de reciprocidad entre la legislación nacional del autor y aquélla donde se reclama el derecho.-Imbrogno A., 2011, Situación de los creadores visuales de imagen fija. El Droit de Suit. La necesidad de una reforma a la ley 11.723, pp 71-72.

5 Ley 2/2019, disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2019-2974>

plásticas en Chile y Latinoamérica; dentro de las cuales destacan su labor docente desarrollada a partir de los años 50 como Profesor de Pintura de la escuela de Bellas Artes de la Universidad de Chile (1950-1973); Director de la Escuela de Bellas Artes de la Universidad de Chile (1966-1972); Decano de la Facultad de Artes de la Universidad de Chile (1972-1973); profesor de Pintura de l'Université de París (1974); profesor de Pintura de la Universidad Católica de Chile (1988); docente de la Universidad FinisTerra de Santiago (1994); Miembro de la Comisión Asesora Presidencial en Materias artísticas y Culturales (1997)⁶; y, fundador y primer presidente de Creaimagen⁷, sociedad de gestión colectiva formada por los creadores de imagen fija de Chile, en razón de su cotidiana labor por los derechos de autor y la protección de los artistas, autores y ejecutores de obras gráficas y plásticas, desarrollada a través de la percepción visual de la imagen fija.

II IDEAS MATRICES.-

El proyecto de ley tiene por objeto establecer una legislación especial que fije un estatuto de protección a los artistas, creadores o autores de obras de imagen fija, sean gráficas o plásticas; conciliando los derechos de autor, el derecho de acceso a la cultura y el derecho a una justa retribución, en tanto derecho a la remuneración, que les corresponde a dichos creadores por el aprovechamiento de su obra, en su calidad de miembros de la comunidad creativa.

Para tales efectos se propone **reformular el derecho a la participación en la reventa de las obras de arte**, redefiniendo o modificando la base de cálculo en los términos que hoy se encuentra concebida en el artículo 36 de la ley de propiedad intelectual; lo cual se encontraría acorde con la tendencia adoptada en derecho comparado, especialmente en legislaciones como la francesa, española o alemana; dotando finalmente de contenido y efectividad la propiedad que los artistas plásticos y gráficos tienen sobre sus creaciones y sobre la justa retribución que pueden alcanzar con la comercialización de las mismas; consagrando expresamente el carácter irrenunciable, inalienable e intransferible de percibir, por acto entre vivos, el 5% del precio de cualquier reventa de la obra de que se trate, proponiendo, además, la transmisibilidad de ese derecho a sus herederos. Por otra parte, el proyecto propone una **nueva regulación respecto de los derechos que adquiere el comprador de una obra de imagen fija, cuando se trate de un ejemplar único**; conservando el autor todos los derechos que por ley le correspondan sobre su

⁶<http://www.portaldearte.cl/autores/balmes1.htm>

⁷La Sociedad de Gestión de los Creadores de Imagen Fija, es una Corporación de Derecho Privado sin fines de lucro, regida por las disposiciones del Título XXXIII del Libro Primero del Código Civil, el Título V de la Ley 17.336 y por sus Estatutos, fundada el 11 de abril de 1997, con el propósito de cautelar los derechos de autor, tanto en el ámbito nacional como en el extranjero

obra, y especialmente, el derecho de reproducción de la misma, en igual formato, advirtiéndolo, en tal caso, que se trata de una copia, para el evento de optar por su enajenación o comercialización. Finalmente, **el proyecto busca limitar los efectos de la excepción que permite la reproducción y venta de las obras visuales ubicadas en espacios públicos**, en el entendido que la norma vigente en la ley de propiedad intelectual, a saber, el artículo 71 F, se excede al permitir a terceros comercializar con las reproducciones de obras ubicadas en espacios públicos, sin necesidad de contar con la autorización del creador ni menos garantizando el pago de una justa retribución a éste último; sobre el particular, creemos que la norma sólo debió limitarse única y exclusivamente a permitir la distribución gratuita de tales reproducciones; pues, de lo contrario, puede y debe garantizarse al creador o artista de imagen fija una participación económica en los frutos de su trabajo creativo.

Como se adelantó en los fundamentos del proyecto, el derecho de participación en la reventa de una obra de arte está consagrado en la mayoría de las legislaciones⁸ y en el principal tratado internacional en materia de derecho de autor: el **Convenio de Berna**, del cual Chile forma parte.

El artículo 36 de la ley de propiedad intelectual, concibe éste derecho de una forma que se torna totalmente inaplicable en la práctica. No existe antecedente alguno de cobro de este derecho luego de más de 45 años desde su consagración. Las legislaciones europeas como la española, francesa y alemana lo han regulado de manera distinta y hacia allá creemos que Chile debe migrar.

El sistema al que se aspira es consecuencia directa de la influencia de la doctrina francesa y de la adopción en la Unión Europea de la Directiva 2001/84 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original.

El derecho a la participación actualmente vigente en nuestro país, se reconoce sólo sobre la plusvalía de la obra plástica vendida, presentándose ésta remuneración como una forma de participación del autor en el aumento logrado en las ventas públicas sucesivas respecto de la primera venta del ejemplar de la obra, que se

8 Derecho de participación se encuentra contemplado, a modo de ejemplo, en los siguientes países: Alemania, Argelia, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Bielorrusia, Bolivia, Brasil, Bulgaria, Burkina Faso, Chipre, Colombia, Congo, Costa de Marfil, Costa Rica, Croacia, Dinamarca, Ecuador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Filipinas, Finlandia, Francia, Gabón, Georgia, Grecia, Guatemala, Guinea, Honduras, Hungría, India, Irak, Irlanda, Islandia, Italia, Kazajistán, Kirguistán, Laos, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Madagascar, Mali, Malta, Marruecos, México, Mónaco, Montenegro, Nicaragua, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania, Rusia, Senegal, Serbia, Suecia, Túnez, Turquía, Ucrania, Uruguay, Venezuela.

calcula con un porcentaje sobre la diferencia entre el precio de la primera venta de la obra y el precio de la venta posterior, y luego en comparación con la venta inmediatamente anterior.

Brasil, Chile y Turquía adoptaron el sistema de plusvalía en sus respectivas legislaciones y aún lo mantienen con los mismos malos resultados prácticos. Italia, Eslovaquia y la República Checa en cambio lo abandonaron, para acogerse al régimen armonizado de la Unión Europea

El principal inconveniente que tiene el derecho de participación de nuestro país (artículo 36 de la ley 17.336, sobre propiedad intelectual) es que se calcula sobre el mayor valor que se obtenga con la reventa de la obra, debiendo el autor probar el valor de venta inicial y la ganancia. Para el creador e incluso para la Sociedad de Gestión que los representa, es imposible exigir de los comerciantes establecidos, para vender o subastar las obras de arte, los documentos que prueben el valor de estas reventas, haciendo que el derecho sea una mera declaración simbólica. En este punto es donde se presenta la mayor dificultad, pues es indispensable conocer el precio de la primera venta, dato que habitualmente no está disponible; de ahí la necesidad de redefinir éste derecho, en la forma en que se ha venido razonando, esto es percibir el 5% del precio de cualquier reventa de dicha obra, descontados los impuestos, que se efectúe después de la primera transferencia hecha por el autor; con la finalidad de dar certeza jurídica respecto su aplicación y así retribuir justamente al titular del derecho por el éxito de su obra.

Por otra parte, se observa que nuestra ley restringe el derecho al autor chileno de una pintura, escultura o boceto, cuestión que, en principio puede pensarse beneficiosa, pero que impide a los artistas nacionales reclamar este mismo derecho en el extranjero en virtud del principio de reciprocidad que nuestra ley no practica; condición establecida expresamente en el Convenio de Berna⁹, por el cual se entiende que, los Estados están autorizados para aplicar el principio de la reciprocidad en sustitución del de trato nacional, previsto en el Artículo 5° del mismo Convenio; lo cual dificulta el cobro de este derecho a los artistas nacionales en el extranjero, donde el mercado del arte es mucho más relevante; y por lo mismo, en tanto nuestra legislación no contemple un sistema efectivo de protección que permita implementar el principio de reciprocidad, los autores nacionales estarán inhabilitados para exigir este mismo nivel de protección en los países en los cuales se comercializan sus obras.

Vinculado también al derecho de participación, tenemos que la norma vigente no hace referencia a la obligación de los intermediarios de informar sobre el

⁹ Artículo 14 ter , párrafo 2) Convenio de Berna

precio de venta de las obras ni determina quien deberá ser informado; asignándose este derecho solamente al autor y no a sus herederos, limitando en extremo el período de protección.

Además, se debe establecer la obligación de los intermediarios de informar, retener y entregar a la entidad de gestión respectiva el porcentaje que del precio de venta corresponda a su creador.

Es importante considerar que, el valor del trabajo artístico no se encuentra, en esta actividad de las artes o en la posibilidad de reproducirlos por diversos medios, sino en la naturaleza única de la obra.

Es un hecho cierto que, en muchos casos, las obras de los artistas acrecientan su valor en la medida que la fama y reputación de su creador aumenta y esto ocurre, generalmente, después de varios años.

Tal como está concebido este derecho en nuestro país el artista no recibe una compensación después de la venta inicial, la que en muchas ocasiones podría ser baja, dada la realidad inicial de muchos de ellos, mientras las casas de subastas, coleccionista privados etc. se benefician del creciente valor de la obra, valor que se relaciona directamente con el prestigio del artista. Por esto la importancia de regular adecuadamente este derecho para hacerlo efectivo.

Según la experiencia comparada, la implementación de este derecho no ha implicado una carga excesiva que vaya en desmedro del mercado del arte, por el contrario, en el estudio denominado "*The Economic implications of the artist's resale right*" del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de WIPO de fecha 6 de noviembre de 2017, señala que 2008, la Oficina de Propiedad Intelectual del Reino Unido, encargó un estudio en el que los autores demostraron que el mercado del Reino Unido continuó creciendo después de la introducción del Derecho de Reventa¹⁰

En síntesis, para los efectos del derecho de participación, se propone que:

- 1) La base de cálculo para la determinación de este derecho de remuneración será el valor de reventa de la obra, sin considerar la relación con las ventas anteriores, con la sola deducción del IVA.

¹⁰Véase, "*A study into the effect on the UK art market of the introduction of the artist's resale right*" Intellectual Property Institute, Londres, enero de 2008. Consultado en http://people.brandeis.edu/~kgraddy/government/ARR_Finalnc.pdf

- 2) Quienes intervienen en la comercialización de obras plásticas tendrán además el deber de informar las condiciones de su comercialización para el cálculo de la remuneración.
- 3) El derecho de remuneración será reconocido, además del autor, a sus herederos, por el período de protección que otorga la ley; esto es, 70 años
- 4) Se consideran, además, titulares de este derecho, a los autores extranjeros, nacionales de países que confieran a los autores chilenos el mismo derecho, en sus respectivas leyes nacionales.

Finalmente, el proyecto de ley consta de 6 artículos, cuyo contenido versa sobre las ideas matrices desarrolladas; todas materias que exigen una nueva regulación, proponiéndose, en consecuencia, la derogación de los artículos 36, 37 y el inciso 2° del artículo 71 letra F, todas de la ley 17.336, sobre propiedad intelectual.

III PROYECTO DE LEY.-

Artículo 1°:

“Los derechos de propiedad intelectual de los artistas, autores o ejecutantes de obras visuales de imagen fija, se regirán por las disposiciones especiales que contempla esta ley, y en lo no previsto en ella, por la ley sobre propiedad intelectual, en cuanto resulte aplicable.

Las normas de la presente ley se aplicarán a todos los artistas, creadores, autores o ejecutantes de obras de arte gráficas o plásticas; tales como: pinturas, dibujos, fotografías, bocetos, grabados, esculturas, litografías, cerámica, tapicería, ilustraciones; y en general, a todos aquéllos que utilicen la imagen fija como método de expresión artística”

Artículo 2°:

“El autor de obras de arte gráficas o plásticas, tales como una pintura, escultura, dibujo, grabado, litografía, boceto, fotografía u otra obra de arte original, goza del derecho irrenunciable, inalienable e intransferible por actos entre vivos, de percibir el 5% del precio de cualquier reventa de dicha obra, descontados los impuestos, que se efectúe después de la primera transferencia hecha por el autor.

Este derecho será exigible cuando la reventa sea realizada en pública subasta, en el comercio establecido o con la intervención de cualquier comerciante, agente, o persona natural o jurídica que realice habitualmente actividades de intermediación o haga profesión de la compra o venta de las obras de artes visuales descritas en el inciso anterior; ya sea que actúe como vendedor, comprador o mediador. Para estos efectos, se entenderá por pública subasta, todo procedimiento de comunicación destinado a la reventa de una obra de arte de imagen fija, cualquiera sea el medio por el cual se genere su oferta, sean estos presenciales, electrónicos u otros similares; y en el cual participe un número determinado de interesados, adjudicándose la obra a quién proponga el mayor valor.

En la presente ley, las obras de arte se considerarán obras originales si han sido realizados por el propio autor o bajo su autoridad. En tal caso, dichos ejemplares deberán encontrarse numerados y firmados por el autor o debidamente autorizados por él.

Este derecho es transmisible a los herederos del autor y su ejercicio es a través de la entidad de gestión colectiva que los represente, a que se refiere el Título V de la Ley 17.336, sobre propiedad intelectual.

El sujeto pasivo de esta obligación de pago es el revendedor. No obstante, el subastador, comerciante o agente mercantil que haya intervenido o intermediado en la reventa, responderá solidariamente del pago, estando obligado a retener del precio el porcentaje correspondiente, en calidad de depósito a disposición del autor.

Todo subastador, comerciante y agente que participe en una reventa de obras de arte deberá informar de ella al autor cuya obra se comercialice por su intermedio, o a los herederos de éste, a través de la entidad de gestión respectiva, o en caso de no encontrarse adscrito a éstas últimas, a quien corresponda; facilitando la documentación necesaria para la práctica de la correspondiente liquidación.

El derecho de participación a que se refiere este artículo se reconoce a los autores chilenos y a los autores extranjeros domiciliados en Chile. A los autores extranjeros no domiciliados en el país les será reconocido este derecho únicamente en el caso que los autores chilenos y sus herederos disfruten de reciprocidad en sus respectivos países.”.

Artículo 3°:

“Conforme con lo dispuesto en el artículo 2°, la obligación de no ejercer el derecho de participación o de condicionarlo de cualquier modo; por una persona natural, jurídica o una entidad de gestión colectiva de derechos intelectuales, establecida o pactada, en cualquier forma, en las cláusulas del acto o contrato de que se trate, se tendrá por no escrita y será nula para todos los efectos legales”

Artículo 4°:

“El adquirente, a cualquier título, de pinturas, esculturas, fotografías, dibujos y demás obras de artes gráficas o plásticas, no obtiene más derecho que el de exhibir la obra sin fines lucrativos, aun cuando todavía no esté publicada, salvo expresa reserva de este derecho por parte del autor al momento de enajenar la obra.

El autor conserva todos los derechos reconocidos por la ley sobre su obra, en particular el derecho de reproducción de ella en el mismo formato, pudiendo enajenar o comercializar esta reproducción, a condición de dejar expresa constancia de que se trata de una copia.”

Artículo 5°:

“La reproducción mediante la fotografía, el dibujo o cualquier otro procedimiento, de monumentos, estatuas y, en general, las obras artísticas que adornan permanentemente plazas, avenidas y lugares públicos, es libre y no está sujeta a remuneración, siendo lícita la publicación y distribución sin fines lucrativos de tales reproducciones. En las obras de arquitectura tales facilidades se limitan a su aspecto exterior.

La venta o cualquier otra transferencia a título oneroso de esas reproducciones confiere al autor de la obra un derecho a percibir una retribución que será determinada y ejercida conforme a las normas del Capítulo V de la ley 17.336, sobre propiedad intelectual”

Artículo 6°:

Deróguese los artículos 36 y 37 y el inciso segundo del artículo 71 F, todos de la Ley N° 17.336, sobre Propiedad Intelectual.”.

RENZO TRISOTTI MARTÍNEZ

DIPUTADO