

**Panorama del dominio público oneroso
(o «pagante») en materia de derecho de autor.
Utilidad, incomprensión y resistencia**

Delia LIPSZYC

Argentina, profesora consulta de Derecho Internacional Privado, titular de la Cátedra UNESCO para la enseñanza del derecho de autor y los derechos conexos e investigadora principal y miembro del Consejo del Centro de Estudios Interdisciplinarios de Derecho Industrial y Económico (CEIDIE) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesora visitante en las especializaciones en propiedad intelectual de las universidades Externado de Colombia, Universidad Carlos III de Madrid (España) y Austral (Argentina) y honoraria de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFE) de Lima (Perú) y Católica de Santiago de Guayaquil. Presidenta del Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA) y de la ALAI Argentina (grupo nacional de la ALAI). Entre sus principales obras se encuentran los libros: *Derecho de autor y derechos conexos* –escrito por encargo de la UNESCO–, editado por esta, el CERLALC y Zavalía en 1993 y reimpresso en 2001 y en 2005. Ha sido publicado en francés en 1997, en inglés en 1999, en chino en 2000, en ruso en 2002 y en árabe en 2003. *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos* –complementario del anterior– editado por UNESCO/CERLALC/ZAVALÍA en 2004. *El derecho*

de autor en la Argentina, en colaboración con Carlos Alberto Villalba, publicado en Buenos Aires por la Editorial La Ley en 2001 y segunda edición actualizada en 2009.

Resumen

El dominio público del derecho de autor comprende el universo de obras que no se encuentran protegidas en cada jurisdicción nacional, porque ha transcurrido el plazo de duración del derecho patrimonial, o por otras razones, o porque nunca estuvieron en el dominio privado.

El dominio público es oneroso –o «*pagante*»– cuando la legislación nacional establece la obligación de pagar por la explotación de obras en esa condición – aunque no es necesario solicitar autorización alguna.

La institución cuenta con importantes adhesiones porque tiene la ventaja de suministrar fondos al Estado para el estímulo de la actividad creativa, para sostener un sistema de seguridad social para los autores en general o para facilitar el financiamiento de las artes y la preservación y acceso a las expresiones del folclore nacional, como lo avala la experiencia argentina durante más de cinco décadas de vigencia del sistema, al igual que la uruguaya, pero, en los hechos, también despierta un considerable rechazo, ya sea por la incorrecta estructuración de la norma legal o por otras razones, como se expone en el presente trabajo.

Como señalamos, durante más de cinco décadas de vigencia del sistema, las experiencias argentina y uruguaya, dan testimonio de la utilidad de esta institución para el financiamiento de las industrias culturales, de las artes y la preservación del folclore en el país.

De allí que propiciemos la incorporación del sistema a las legislaciones nacionales como fuente acreditada de aportación de fondos destinados a la protección de los autores o al sustento de las instituciones públicas dedicadas al fomento de la cultura y la creación autoral y la artística en sus distintas manifestaciones.

Abstract

The public domain of copyright is comprised of all the works that, in each national jurisdiction, are not protected because the term of duration of the economic rights has expired, because of other reasons, or because they have never been in the private domain.

Public domain is onerous –or «*payant*»– when the national laws set forth the obligation to pay for the exploitation of works in such condition– although it is not necessary to request any authorization.

The concept has relevant adherence because it offers the advantage of supplying funds to the State for the promotion of the creative activity or to support a system of social security for authors in general or to facilitate the financing of the arts and the preservation and access to expressions of national folklore, as backed by Argentina’s experience during more than five decades of validness of the system, as well as the Uruguayan, but, in practice, it also causes significant rejection, either by improper structuring of the legal rule or other reasons as outlined on this paper.

As indicated, for over five decades of the validity of the system, Argentina’s and Uruguay’s experiences attest the usefulness of this institution for the financing of cultural industries, arts and preservation of folklore in the country.

Hence the incorporation of the system into national law is promoted since it is a credited source for funding the protection of authors or the support of public institutions dedicated to the promotion of culture and authorship and artistic creation in its various manifestations.

KEYWORDS: PUBLIC DOMAIN – COPYRIGHT – ONEROUS – PAYANT – DIFFERENT SYSTEMS – UTILITY – RESISTANCE

Sumario: I. Introducción. II. Evolución. III. Vigencia actual. IV. Diferentes sistemas: A. Respecto de su naturaleza jurídica ¿se trata de un gravamen fiscal o de una prolongación del derecho de autor? B. En cuanto a los requisitos para el uso de las obras en dominio público ¿son de libre utilización o hay necesidad de autorización previa por parte de

determinados organismos del Estado? C. Duración limitada o ilimitada del dominio público pagante. D. ¿Aplicación a todas las obras o solo a las nacionales? E. ¿Aplicación a todos los géneros de obras o solo a algunos?, ¿solo a obras o también a prestaciones protegidas por los derechos conexos? F. ¿Aplicación a todas las utilizaciones o solo a algunas? G. En relación con el momento en que la obra entró en el dominio público, ¿se aplica a todas o sólo a las que quedaron en esa condición a partir de la entrada en vigor de la ley que instituye el sistema oneroso? H. Organismo que administra el dominio público pagante: ¿órganos gubernamentales o sociedades de autores? I. En cuanto al monto de los aranceles, ¿qué es más conveniente, un porcentaje fijado por la ley o por normas reglamentarias?, ¿o bien mediante la referencia al monto percibido por la utilización de obras en dominio privado?, ¿o un sistema mixto? J. En relación a los destinatarios de la recaudación, ¿conviene que esta vaya a las rentas generales del Estado, con o sin fines de fomento de las letras y las artes, indicados en forma muy amplia e indefinida, o bien a fines propios de las sociedades de autores, o para subvencionar el funcionamiento de cajas de ayuda y previsión para autores?, ¿o al financiamiento de las actividades de determinados organismos del sector de la cultura? V. Utilidad del dominio público pagante. VI. Incomprensión. VII. Resistencia. VIII. Corolario.

I. INTRODUCCIÓN

El panorama de la evolución y vigencia actual del dominio público oneroso en materia de derecho de autor –el cual, siguiendo la denominación francesa «*domaine public payant*», es comúnmente llamado dominio público «pagante»– revela que la institución puede ser muy útil y que cuenta con importantes adhesiones, pero que, en los hechos, despierta un considerable rechazo, muchas veces justificado por la incorrecta estructuración de la norma legal (por ejemplo, cuando se somete el uso a previa autorización del Estado).

El dominio público del derecho autor comprende el universo de obras que, en cada jurisdicción nacional, no se encuentran protegidas

porque ha transcurrido el plazo de duración del derecho patrimonial, o por otras razones, o porque nunca estuvieron en el dominio privado.

Esas obras no pasan al dominio del Estado, a pesar de que la expresión «dominio público» aplicada a la situación jurídica de las obras una vez que se ha extinguido el derecho en su faz patrimonial, puede inducir a confusiones con el dominio público del derecho común, es decir, con la propiedad de bienes materiales afectados al uso directo de la comunidad y susceptibles de apropiación privada, razón por la cual se sugirieron otras denominaciones como «libre utilización de las obras intelectuales», pero aquella ha prevalecido consagrada por el uso universal, y por eso continuamos empleándola en este trabajo.

Las obras en dominio público pueden ser usadas, reproducidas, comunicadas al público y transformadas por cualquier persona sin que ninguna pueda adquirir derechos exclusivos sobre ella; sí, en cambio, *sobre los aportes creativos que se le adicionen* (como en el caso de las traducciones) *o sobre las nuevas obras resultantes* (como en el caso de las adaptaciones).

El dominio público es oneroso (o «pagante») cuando la legislación nacional establece la obligación de pagar por la explotación de obras en esa condición aun cuando la utilización sea libre.¹

¹ En su clásica obra *Du domaine public payant en matière de droit d'auteur. Théorie, pratique et législation comparée*, publicada en 1929 (París: Recueil Sirey, p. 11), Jean Vilbois, director de la *Société des Gens de Lettres* de 1952 a 1955, define a la institución en la siguiente forma: «un régime de libre exploitation économique, par un mode ou une forme d'expression quelconque et sous réserve du respect de leur intégrité, des œuvres littéraires et artistiques entrant dans le domaine public à l'expiration de la période légale posthume de protection; ce régime, de durée limitée, consiste dans l'obligation imposée à l'exploitant de verser une redevance déterminée à un organisme de perception chargé d'en assurer la répartition aux personnes physiques ou morales appelées à succéder à l'auteur à titre d'héritiers ou de représentants» [«un régimen de libre explotación económica de las obras literarias y artísticas por cualquier modo o forma de expresión, y con reserva al respeto de su integridad, cuando entran al dominio público por expiración del período legal póstumo de protección; este régimen, de duración ilimitada, consiste en la obligación impuesta al utilizador de abonar una retribución determinada a un organismo de percepción encargado de asegurar su distribución a las personas físicas o morales llamadas a suceder al autor a título de herederos o representantes»].

II. EVOLUCIÓN

Durante el Congreso Literario Internacional celebrado en París en 1878,² Víctor Hugo expresó su adhesión al *dominio público pagante* y realizó una elocuente defensa de esta institución al propiciar un fondo común formado por el diezmo de las obras de autores que no tuvieran herederos. Y si bien el sistema del *dominio público pagante* impulsado por Hugo no se incluyó en las resoluciones del Congreso,³ fue retomado en diversas reuniones y conferencias internacionales y en iniciativas legislativas, y adoptado en varias leyes nacionales.

Entre las actividades internacionales en las cuales se abordó la cuestión se destaca el IV^o voto de la Conferencia de revisión del Convenio de Berna celebrada en Bruselas (1948) propuesto por la delegación húngara propiciando que en todos los países cuyas instituciones se presen-ten a la adopción de tal medida, se estudiara la posibilidad de instituir el *dominio público pagante* de acuerdo a las modalidades adecuadas a cada uno de ellos.⁴

En 1955, durante las deliberaciones de la Conferencia Internacional de Artistas convocada por la UNESCO y celebrada en Venecia en

² Por decisión del cual, y a instancias de la *Société des Gens de Lettres*, se constituyó bajo la presidencia honoraria de Víctor Hugo, la *Association Littéraire Internationale*, que en 1884 se abrió también a los artistas, adoptando la denominación de *Association Littéraire et Artistique Internationale* (ALAI). El primer objetivo de la ALAI fue la promoción de una convención internacional para la protección de las obras literarias y artísticas que se concretó el 9 de septiembre de 1886 con la adopción del Convenio de Berna del cual, al 29 de febrero de 2016 formaban parte 170 Estados, entre ellos todos los latinoamericanos <<http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/fr/documents/pdf/berne.pdf>> [Consulta: 15/03/2016].

³ CAVALLI, Jean, *La genèse de la Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques de 9 septembre 1886*. Lausanne: Imprimeries Réunies, 1986, p. 124. Edición en español: *Génesis del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas del 9 de setiembre de 1886*, traducción de Juan David Castro García. Bogotá: Dirección Nacional del Derecho de Autor/Telecom, 2006, p. 144.

⁴ «La Conférence, [...] émet le vœu de voir mettre à l'étude dans tous les Pays dont les institutions se prêtent à l'adoption d'une telle mesure, la possibilité de réaliser le domaine public payant suivant les modalités convenant à chacun d'eux », *Documents de la Conférence réunie au Bruxelles du 5 au 26 juin 1948*. Berna: Bureau de l'Union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, 1951, p. 427.

setiembre de 1952, varias recomendaciones se refirieron al *dominio público pagante*, concluyéndose –muy esperanzadamente– que «en consecuencia, es lógico que se imponga en diferentes países y pensamos que dentro de algunos años será aplicado por todos».⁵

Posteriormente, se registran diversos acontecimientos, referencias doctrinales y reuniones internacionales en los que se fue decantando una estructurada concepción jurídica de política cultural alrededor de la institución del *dominio público pagante* centrada no tanto en el derecho de autor sino en los problemas del derecho de la cultura y en las exigencias del proceso de desarrollo cultural de la comunidad.⁶

Asimismo, en la ley tipo de Túnez sobre Derecho de Autor para Países en Desarrollo (1976), adoptada por un comité de expertos gubernamentales convocado por el gobierno tunecino con el apoyo de la OMPI y la UNESCO, en el artículo 17 dedicado al *dominio público pagante* se prevé que del ingreso total que produzca la explotación de las obras del dominio público o sus versiones, incluyendo las expresiones del folclore nacional, el usuario pagará a la autoridad competente un determinado porcentaje; la cantidad que se recaude se aplicará a: «i) fomentar las instituciones que beneficien a los autores (y a los artistas intérpretes o ejecutantes), tales como sociedades de autores, cooperativas, mutualidades y otras similares; ii) proteger y difundir el folclore nacional».

A nivel nacional europeo la cuestión de la adopción de un *dominio público pagante* se discutió en numerosas ocasiones, por ejemplo, en Alemania, en particular durante el proceso de formación de la Ley de 1965 sobre derecho de autor y derechos afines. El proyecto de ley del Gobierno de 1962 (*Regierungsentwurf*, artículo 73 S.) contenía disposiciones en este sentido, pero finalmente la propuesta no fue aceptada. El aumento de la duración de la protección del derecho de autor de 50 a 70 años *post mortem auctoris* se presentó como una compensación por

⁵ UNESCO, *El artista en la sociedad contemporánea*, París, 1954, cit. por HARVEY, E.R., «El dominio público pagante en la legislación comparada (con especial referencia al caso argentino)», *Boletín de derecho de autor*, n.º 4, 1994, París: UNESCO, p. 32.

⁶ HARVEY, Edwin. R., *Estado y cultura. Política cultural de los poderes públicos en el mundo occidental*. Buenos Aires: Depalma, 1980, cit. en HARVEY (1994) p. 32.

la denegación a instaurar un *dominio público pagante*.⁷ Al parecer, los usuarios prefirieron pagar durante 20 años más de dominio privado y ya no tenerlo que hacer nunca más.

Entre los primeros países que establecieron la institución se encuentran Uruguay en 1937; Bulgaria en 1939; Italia en 1941; Rumania y la ex Yugoslavia en 1946.⁸

Posteriormente, lo hicieron otros, tanto europeos como latinoamericanos y africanos: Argentina en 1958; México en 1963; la ex Checoslovaquia en 1965; Hungría en 1969; Chile en 1970; Argelia, Senegal y Brasil en 1973; Cuba y Mali en 1977; Costa de Marfil en 1978; Guinea y Portugal en 1980; Camerún, Congo y Costa Rica en 1982; Ruanda en 1983; Zaire en 1986; Bolivia en 1992; Paraguay en 1998.⁹

III. VIGENCIA ACTUAL

En la actualidad, la mayoría de los países europeos ha derogado los sistemas de *dominio público pagante*, que en alguno –como Italia– tuvo larga duración (desde 1941 hasta 1997)¹⁰ mientras que en Portugal solo

⁷ Respuestas del grupo alemán de la ALAI al cuestionario de los Días de Estudio ALAI 2010. Vid. LIPSZYC, D., «Different Systems of *Domaine Public Payant* (General Report)», *ALAI Study Days 2010*. Vienna-Austria: Medien und Recht Publishing, 2012, p. 261.

⁸ Documento UNESCO/DA/7, París 27 de mayo de 1949, p.1, §1. En éste se señala que de algunas disposiciones legislativas de 1919 de la ex URSS, también surgiría una especie de *dominio público pagante*.

⁹ Las referencias a la legislación nacional mediante la mención del país respectivo es a la ley de derecho de autor y conexos.

¹⁰ En las respuestas del grupo italiano al cuestionario de los Días de Estudio de la ALAI en Viena, 2010, se informa que el canon (5%) por explotación de obras en el dominio público fue derogado por la Ley n°30 de 28 de febrero de 1997. Vid. LIPSZYC (2012) p. 261.

Adicionalmente, el Prof. Mario Fabiani informó a la autora de este trabajo que dicha ley estuvo precedida por el Decreto n° 669 de 31 de diciembre 1996 (el cual, de acuerdo al derecho italiano debía ser convertido en ley) que derogó el artículo 175 de la Ley sobre derecho de autor que establecía la obligación de pago por las utilidades de obras en dominio público, pero sin expresar los motivos de la derogación, aunque –según el Prof. Fabiani– es probable que haya sido la intención de uniformar la ley italiana con las legislaciones de los demás países de la Comunidad Europea que no prevén ese derecho. (*Ibidem*).

estuvo vigente durante dos años (desde 1980 hasta 1982).¹¹ Se mantiene en Croacia y en Hungría, aunque limitado a determinadas categorías de creaciones: en Croacia se aplica a las «creaciones literarias y artísticas del folclore en su forma original» y en Hungría se establece la obligación cuando se trata de la venta de una obra de arte a través de un comerciante, quedando excluidos los museos.¹²

En cuanto a los países latinoamericanos, en algunos fue derogado (como en Brasil en 1983, en Chile en 1992, en Costa Rica en 1983 –es decir, al año siguiente de su adopción– y en México en 1993, con efectos a partir del 1 de enero de 1994); en otros se mantiene en la ley, pero sin funcionamiento en la práctica (como en Bolivia y Paraguay) y en otros ha dado muy buenos resultados (especialmente en Argentina y Uruguay).

IV. DIFERENTES SISTEMAS

Del análisis de las disposiciones nacionales mencionadas (tanto vigentes como derogadas) resulta que los sistemas difieren en varios aspectos principales que abren posibilidades de solución diferentes:¹³

A. Respecto de su naturaleza jurídica, ¿se trata de un gravamen fiscal o de una prolongación del derecho de autor?

1. Quienes sostienen que se trata de un gravamen fiscal señalan que es así porque se ha extinguido el derecho patrimonial. El fundamento del cobro por parte del Estado reside, entonces, en su facultad de gravar determinados actos de contenido económico

¹¹ Decreto-Ley 150 de 29 de abril de 1982.

¹² Respuestas de los respectivos grupos nacionales de la ALAI al cuestionario de los Días de Estudio en Viena 2010. Vid. LIPSZYC (2012) p. 261.

¹³ Vid. MOUCHET, Carlos, *El dominio público pagante en materia de uso de obras intelectuales*, Buenos Aires, Fondo Nacional de las Artes, 1970; HARVEY, E.R., «El dominio público pagante en la legislación comparada (con especial referencia al caso argentino)» *Boletín de Derecho de autor*, n.º 4, 1994, París: UNESCO, pp. 31-41.

que se realizan libremente, tales como la explotación de obras en dominio público que efectúan los usuarios (editores, empresarios, productores, etcétera) (Argentina, Italia).

2. La otra corriente (predominante en el Uruguay) considera que continúa siendo una contraprestación por la utilización de las obras, aunque ya no se encuentren en el dominio privado.¹⁴

B. En cuanto a los requisitos para el uso de las obras en dominio público, ¿son de libre utilización o hay necesidad de autorización previa por parte de determinados organismos del Estado?

1. Quienes sostienen que la utilización siempre debe ser libre, sin necesidad de solicitar autorización alguna al Estado, señalan que tal condición es contraria a la naturaleza misma de la institución del dominio público, ya que el Estado no sustituye a los sucesores del autor en la calidad de titular de los derechos económicos sobre la obra. El dominio público en esta materia no es semejante a otras instituciones jurídicas, como el dominio del Estado o el Estado como heredero en caso de herencia vacante o después de transcurrido determinado plazo. Destacan que esa condición nada tiene que ver con el sistema del dominio públi-

¹⁴ Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Turno de Montevideo, sentencia n° 262 de 12 de noviembre de 1999, que confirmó la de primera instancia y, apoyándose en los argumentos del Prof. Valdés Costa (*Curso de Derecho Tributario*, 2ª ed., p. 44 –45) sostuvo que los «bienes de uso público, siguen siendo bienes en el sentido del Código Civil. Cuando la prestación del Estado está relacionada con un bien, no interesa, para determinar la naturaleza de la contraprestación, que su uso o enajenación estén sometidos a regímenes distintos. Siempre estamos frente a prestaciones de naturaleza económica –y no jurídica– que proporcionan una ventaja a la contraparte, la corporal o incorporeal, aceptando la onerosidad del negocio. Si está dispuesto a pagar una contraprestación en dinero por el uso y goce de ese bien, lo que paga el usuario tiene la misma naturaleza jurídica, ya se trate de un bien fiscal o de uso público. La naturaleza jurídica de la contraprestación no cambia [...] Se podría decir, a lo sumo, con Pugliese, que la naturaleza del bien acentúa el carácter público de la relación, condicionándola, pero nunca alterando la naturaleza de la contraprestación a cargo del particular, transfiriéndola de la categoría precio a la de tributo». (Información gentilmente suministrada por Eduardo de Freitas). Vid. LIPSZYC (2012) p. 262.

co, sea gratuito u oneroso; en este último caso, solo se impone la obligación de abonar una tarifa por la explotación de las obras en tales condiciones (por ejemplo, Argentina, Uruguay).

2. Otra corriente somete la utilización de las obras a la autorización previa por parte de determinados organismos estatales (por ejemplo, Argelia, Brasil, Congo, Costa de Marfil, Zaire).

C. Duración limitada o ilimitada del dominio público pagante

1. Fue limitada en Francia durante la vigencia del sistema de prórroga del monopolio del derecho de autor con una duración de 15 años establecida por la Ley del 25 de febrero de 1956 en beneficio de la Caja Nacional de Letras (actualmente Centro Nacional de las Letras) y que estaba circunscripta a la explotación de las obras literarias, sistema que fue reemplazado por la Ley de finanzas de enero de 1976 que suprimió dicha prórroga de 15 años a cambio de una tasa sobre las ventas en librerías y los aparatos de reprografía.¹⁵
2. El sistema usualmente adoptado es el de la duración ilimitada, de modo que la obligación de pago por la explotación de obras en dominio público subsiste indefinidamente.

D. ¿Aplicación a todas las obras o solo a las nacionales?

1. El sistema de aplicación amplio a todas las obras, tanto nacionales como extranjeras (por ejemplo, en Argentina y Uruguay) es coherente con el principio del trato nacional respecto del plazo de protección y el carácter universal de la creación autoral.

¹⁵ Respuestas del grupo francés de la ALAI al cuestionario de los Días de Estudio en Viena 2010. Vid. LIPSZYC (2012) p. 263.

2. La aplicación solo a las obras nacionales estuvo vigente en Argelia, y actualmente en Croacia, aunque –como ya se mencionó– solo en relación a las expresiones del folclore.¹⁶

E. *¿Aplicación a todos los géneros de obras o sólo a algunos?, ¿solo a obras o también a prestaciones protegidas por los derechos conexos?*

1. La aplicación puede ser amplia, es decir, a todos los géneros de obras literarias, musicales, dramáticas, artísticas, científicas, audiovisuales, etc. como sucede en Argentina, o bien restringida a determinadas categorías, como acontece en Croacia y Hungría y sucedía en el ya mencionado ejemplo francés (circunscrito a obras literarias).
2. En general las leyes refieren la aplicación del *dominio público pagante* a «obras», aunque en Argentina el sistema se aplica a las copias de fonogramas extranjeros no reproducidos en el país, cuando no exista convenio para su distribución entre las entidades receptoras y los titulares o derechohabientes (artículo 6 del Decreto 1.670/74).

F. *¿Aplicación a todas las utilizaciones o solo a algunas?*

1. En Argentina la obligación de pago alcanza a todos los tipos de explotación.
2. En Italia el pago debía hacerse por la comunicación pública (representación, ejecución o radiodifusión) de una obra adecuada para un espectáculo público o de una obra musical (artículo 175) y sobre la venta de todo ejemplar de una obra literaria, científica, didáctica y musical, publicada en forma de volumen; cuando se trataba de transformaciones protegidas, la cuantía del pago se reducía a la mitad (artículo 177).

¹⁶ Respuestas del grupo croata de la ALAI al cuestionario de los Días de Estudio en Viena 2010. (*Ibidem*).

3. En Uruguay, la obligación de abonar al Estado en concepto de *dominio público pagante* también alcanza –como en Hungría– al *droit de suite*. El artículo 9º de la Ley de Derecho de Autor –según reforma de 2003¹⁷ establece que en caso de reventa de obras de arte plásticas o escultóricas efectuadas en pública subasta, en un 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 el 3% del precio de la reventa. Con posterioridad a la reforma de 2003, por Ley 18.046 se modificó el texto del mencionado artículo 9º agregando que cuando la obra ha pasado al dominio público, es al Estado a quien le corresponde percibir el 3% del precio, y que el importe respectivo será destinado al Fondo Concursable para la Cultura¹⁸ creado por el artículo 238, inc. 1º, de la Ley 17.930 de 19 de diciembre de 2005.¹⁹ Las sumas devengadas y que aún no hubieran sido pagadas por los sujetos obligados a ello, se verterán, asimismo, a dicho Fondo.²⁰

¹⁷ Ley N° 17.616 sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos de la República Oriental del Uruguay, de 10 de enero de 2003, publicada D.O. 17 ene/003 - N° 26179 [en línea], <<http://200.40.229.134/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=17930&Anchor=> > [Consulta: 15/03/2016].

¹⁸ Los *fondos concursables* son fondos para el apoyo de distintos sectores de la cultura.

¹⁹ Ley N° 17.930 sobre Presupuesto Nacional de la República Oriental del Uruguay, de 19 de diciembre de 2005 publicada D.O. 23 dic/005 - N° 26902 [en línea], <<http://200.40.229.134/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=17930&Anchor=#art238>> [Consulta: 15/03/2016].

²⁰ De acuerdo al artículo 31 de la Ley 18.046, que interpreta que el Fondo Concursable para la Cultura, que establecen los artículos 238 y 250 de la Ley N° 17.930, de 19 de diciembre de 2005, será administrado de la siguiente manera:

A) El Ministerio de Educación y Cultura tendrá a su cargo las partidas presupuestales anuales, establecidas en el artículo 250 de la citada ley y los recursos que se otorguen por medio de las leyes de Presupuesto y de Rendición de Cuentas, así como la definición de su distribución, a través de mecanismos de selección por concurso.

G. En relación con el momento en que la obra entró en el dominio público, ¿se aplica a todas o solo a las que quedaron en esa condición a partir de la entrada en vigor de la ley que instituye el sistema oneroso?

En general se adopta el sistema amplio, como en Argentina y Uruguay.

H. Organismo que administra el dominio público pagante: ¿órganos gubernamentales o sociedades de autores?

1. Los órganos gubernamentales pueden ser —o no— específicos del sector de la cultura. En México, la Ley de 1963, que instituyó el sistema, estableció que la Secretaría de Educación Pública, por conducto de su Dirección General del Derecho de Autor, destinaba los ingresos a los fines mencionados en la norma.
2. En Argentina el organismo recaudador es específico: el Fondo Nacional de las Artes. Desde su creación, el Fondo contrató los servicios de las sociedades de gestión colectiva de derechos de los autores dramáticos (Argentores) y de los autores musicales (Sadaic) para que realizaran la cobranza de las sumas adeudadas por el uso de obras en dominio público. Posteriormente hizo lo mismo con la asociación civil recaudadora AADI CAPIF respecto de las retribuciones que pagan los usuarios por *utilizaciones secundarias* de las ya mencionadas *copias de fonogramas extranjeros no reproducidos en el país, cuando no exista convenio para su distribución entre las entidades receptoras y los titulares o derechohabientes*.
3. En Uruguay, el Consejo de Derechos de Autor tiene entre sus atribuciones administrar y custodiar los bienes literarios y artís-

B) El Consejo Nacional de Evaluación y Fomento de Proyectos Artístico Culturales tendrá a su cargo los fondos establecidos por el artículo 239 de la citada ley. (Información gentilmente suministrada por Eduardo de Freitas). Vid. LIPSZYC (2012) p. 264.

ticos incorporados al dominio público y al del Estado (artículo 61.1 de la Ley de 1937 reformada en 2003).²¹ Por resolución de 13 de agosto de 2004 autorizó a la Asociación General de Autores del Uruguay (AGADU) a efectuar la gestión de cobro.

4. En Italia la ley instituyó como organismo recaudador a la Sociedad Italiana de los Autores y Editores (*Società Italiana degli Autori ed Editori* – SIAE) y en el caso de las obras literarias a la Caja de Ayuda y Previsión de Autores, Escritores y Músicos (*Cassa di Assistenza e di Previdenza degli Autori, Scrittori e Musicisti*).

I. En cuanto al monto de los aranceles, ¿qué es más conveniente, un porcentaje fijado por la ley o por normas reglamentarias?, ¿o bien mediante la referencia al monto percibido por la utilización de obras en dominio privado?, ¿o un sistema mixto?

1. En México, la Ley de 1963 fijaba el 2% del ingreso total. En Portugal la Ley de 1980 establecía una tasa equivalente al 20% de una escala relativa a los distintos derechos, anexa a la ley.²²
2. En Argentina por la representación, radiodifusión, teledifusión, inclusión en films, ejecución de obras musicales en concierto y reproducción de obras teatrales, literarias, líricas, coreográficas, ballets y musicales, en dominio público, en disco, cinta, videocasete, etcétera, rigen los mismos aranceles que están vigentes para esos tipos de utilizaciones cuando se trata de obras en el dominio privado. Igualmente ocurre en Uruguay.

²¹ En un estudio inédito sobre el tema, de Freitas destaca que: «Cuando la referencia es al dominio público la propia ley afirma que cualquier persona podrá explotarla con sujeción a las siguientes limitaciones: a) Deberá sujetarse a las tarifas que fije el Consejo de los Derechos de Autor. El Poder Ejecutivo, en la reglamentación de la ley, velará para que las tarifas que se adopten sean moderadas y generales para cada categoría de obras; [...] El Consejo de los Derechos de Autor velará por la observación de esta disposición [...] (artículo 42 de la Ley 9.739)». (*Ibidem*, p. 265)

²² Respuestas del grupo portugués de la ALAI al cuestionario de los Días de Estudio en Viena 2010. (*Ibidem*).

En Bolivia la ley establece que el monto no será menor del 10% ni mayor 50% del que se pague a los autores o sus causahabientes por utilización de obras similares sujetas al régimen privado de protección.

En Costa de Marfil (artículo 61) y Guinea (artículo 45), el importe de la tasa no podrá exceder la mitad del aplicado para las obras de la misma categoría del sector privado según los usos en vigor.

3. En Argentina, si bien el grueso de la cobranza es realizada por Argentores (autores dramáticos) y Sadaic (autores musicales), cuando se trata de obras no administradas por estas sociedades de autores, la efectúan AADI CAPIF (Asociación Civil Recaudadora) y el mismo Fondo Nacional de las Artes, aunque este último solo lo hace por sí mismo con respecto a las sumas adeudadas por:
 - a. edición gráfica de obras literarias y artísticas
 - b. edición en videocasetes de obras cinematográficas
 - c. exhibición de obras cinematográficas por televisión por aire (por ondas hertzianas) y por cable-distribución; la reproducción en CD o disquete de obras literarias, pictóricas, escultóricas, dibujos y/o mapas
 - d. edición de obras literarias que se entreguen con una revista o diario, ya sea en fascículos u obra completa
 - e. edición de obras fotográficas y de imágenes de obras de arte (pinturas, esculturas, grabados, dibujos, etcétera) en publicaciones (revistas, folletos, láminas, etcétera)
 - f. reproducción de obras musicales en CD, CD-ROM, casete, etcétera, que se entreguen con una revista o diario o como opción de compra, y la edición de obras literarias, pinturas, esculturas, grabados, dibujos, imágenes, etc. incluidas en etiquetas, envoltorios o cualquier otro medio de envase o embalaje, confección de logos, emblemas o distintivos.

En todos los casos, las acciones judiciales por falta de pago, son promovidas únicamente por el Fondo, dada la naturaleza fiscal del dominio público oneroso.

J. En relación a los destinatarios de la recaudación, ¿conviene que esta vaya a las rentas generales del Estado, con o sin fines de fomento de las letras y las artes, indicados en forma muy amplia e indefnida, o bien a fines propios de las sociedades de autores o para subvencionar el funcionamiento de cajas de ayuda y previsión para autores?, ¿o al financiamiento de las actividades de determinados organismos del sector de la cultura?

1. En Italia el destinatario era el Estado con afectación a los fines generales del Tesoro Público, salvo en el caso de las obras literarias.
2. En relación con estas últimas (obras literarias), en Italia el destinatario era la Caja de Ayuda y Previsión de Autores, Escritores y Músicos (*Cassa di' Assistenza e di Previdenza degli Autori, Scrittori e Musicisti*) y en Francia, durante la vigencia de la Ley de 25 de febrero de 1956, la Caja Nacional de Letras.
3. En Argentina, el Fondo Nacional de las Artes fue instituido como organismo especial a cuyo cargo quedó la administración de las sumas recaudadas por la utilización de las obras en dominio público y su aplicación, como recurso específico y genuino, a su destino preciso: el fomento de la creación autoral y la actividad artística en todas sus manifestaciones, mediante el otorgamiento de créditos destinados a:
 - estimular, desarrollar, salvaguardar y premiar las actividades artísticas y literarias en la República y su difusión en el extranjero,²³ y
 - la construcción y adquisición de salas de espectáculos, galerías de arte, estudios cinematográficos y cualquier otro inmueble necesario para el desarrollo de labores artísticas, como asimismo a la adquisición o construcción

²³ De acuerdo al Decreto 6.255/58, entre las «actividades artísticas» a las que se deben aplicar los fondos recaudados a fin de estimularlas, desarrollarlas, salvaguardarlas y premiarlas se encuentran, entre otras, *las expresiones de folclore* (art. 3, inc. K).

de maquinarias y todo tipo de elementos o materiales que requieran estas actividades. El Fondo no puede tener participación en ninguna clase de empresa (Decreto-Ley 1.224/58, arts. 2 y 3).

También en Uruguay la recaudación por representación y ejecución pública de obras en dominio público –nacionales y extranjeras– en teatros, discotecas y cualquier otro lugar y origen la cobra AGADU y deposita en una cuenta del Ministerio de Educación y Cultura. Este último, con el informe que le envía AGADU, deposita el dinero en dos cuentas distintas:

- la de COFONTE (Comisión del Fondo del Teatro), si son obras de teatro o dramático musicales (representación teatral);
- la del FONAM (Fondo Nacional de Música), cuando se trata de la recaudación por utilización de obras musicales en cualquier forma y lugar.

Por las leyes de creación de estos organismos (n°16.297 de 1992 y n°16.624 de 1994), los fondos se destinan al fomento de las actividades mencionadas en esas leyes, que son similares a las enunciadas en la ley argentina.

V. UTILIDAD DEL DOMINIO PÚBLICO PAGANTE

Además de evitar que las obras en esas condiciones compitan deslealmente con las que se encuentran en el dominio privado, tiene la ventaja de suministrar fondos al Estado para el estímulo de la actividad creativa o para sostener un sistema de seguridad social para los autores en general sin limitarlos a los asociados de entidades de gestión colectiva de determinado género de obras, para el financiamiento de las artes y la preservación del folclore nacional.

La experiencia argentina durante más de cinco décadas de vigencia del sistema, al igual que la uruguaya, avala la utilidad de esta institución.

VI. INCOMPRESIÓN

Los adversarios del dominio público *pagante* alegan que la obligación de pagar por el uso de las obras, una vez extinguidos los derechos patrimoniales del autor, obstruye –o al menos dificulta– el acceso a las obras literarias, musicales y artísticas porque las encarece.

También argumentan que esta institución se puede convertir en un pretexto para el «dirigismo intelectual» y la censura encubierta cuando el Estado se considera sucesor o heredero del autor y, en esta condición, pretende actuar como titular de la obra exigiendo que, en cada caso, se le solicite una autorización, la que podrá conceder o negar según quiera que ciertas obras o determinado tipo de creaciones se difundan o no. Este dirigismo intelectual también se puede llevar a cabo a través del destino que se dé a los fondos.

Sostienen asimismo que la onerosidad en el uso de obras en estas condiciones se puede convertir en un impuesto más, cuyo producto se diluya en el mar de las rentas generales del Estado o cuando se indica, en forma muy amplia e indefinida, su aplicación a fines de fomento de las letras y las artes. Además, el Estado puede elevar arbitrariamente las tasas obstaculizando el fin primordial de la institución del dominio público: el acceso a la cultura.

Estas argumentaciones se rebaten señalando que la utilización siempre debe ser libre, cualquiera que sea la posición adoptada y que no es necesario solicitar autorización alguna al Estado porque tal condición es contraria a la naturaleza misma de la institución. Cuando se la establece, efectivamente favorece el «dirigismo intelectual» y la censura encubierta, pero esa condición nada tiene que ver con el sistema del dominio público, sea gratuito u oneroso (*pagante*). En este último caso, solo se impone la obligación de abonar una tarifa por la explotación de las obras en esa situación sobre la base de la potestad del Estado de imponer gravámenes sobre actos de contenido económico que se realizan libremente.

VII. RESISTENCIA

No obstante sus bondades, por lo general tiene la oposición de los sectores que explotan las obras, pues una vez que han vencido los plazos de duración del derecho, son quienes resultan los beneficiarios directos de la utilización gratuita, porque en general, para el público los precios de los libros, de las grabaciones sonoras, de las entradas a espectáculos, etc. no suelen disminuir cuando las obras utilizadas están en el dominio público.

VIII. COROLARIO

El funcionamiento del *dominio público pagante* requiere de una correcta estructuración de la norma (libre utilización y naturaleza fiscal del pago); organizaciones adecuadas para recaudar –y que funcionen eficientemente–; la aplicación directa de los fondos a los fines específicos de la institución y voluntad política para dotar a la institución de vigencia efectiva.

BIBLIOGRAFÍA

- CAVALLI, J. (2006): *La genèse de la Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques de 9 septembre 1886*. Lausanne: Imprimeries Réunies, 1986. Edición en castellano: *Génesis del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas del 9 de setiembre de 1886*, traducción de CASTRO GARCÍA, Juan David. Bogotá: Dirección Nacional del Derecho de Autor/Telecom.
- UNION INTERNATIONALE POUR LA PROTECTION DES ŒUVRES LITTÉRAIRES ET ARTISTIQUES (UNION DE BERNE) (1951): *Documents de la Conférence réunie au Bruxelles du 5 au 26 juin 1948*. Berna: Bureau de l'Union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques.
- HARVEY, E.R. (1994): «El dominio público pagante en la legislación comparada (con especial referencia al caso argentino)» *Boletín de derecho de autor*, n.º4, París: UNESCO.
- LIPSYC, D. (1993): *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. París/Bogotá/Buenos Aires: UNESCO/CERLALC/ZAVALÍA.

- LIPSZYC, D. (2012): «Different Systems of *Domaine Public Payant* (General Report)», *ALAI Study Days 2010 Vienna*. Vienna-Austria: Medien und Recht Publishing.
- MOUCHET, C. (1970): *El dominio público pagante en materia de uso de obras intelectuales*. Buenos Aires: Fondo Nacional de las Artes.
- UNESCO (1994): *El artista en la sociedad contemporánea*, París, 1954, cit. por HARVEY, Edwin R., «El dominio público pagante en la legislación comparada (con especial referencia al caso argentino)», *Boletín de derecho de autor*, nº4. París: UNESCO.
- (1949): Documento UNESCO/DA/ 7, París: 27 de mayo de 1949.
- VILBOIS, J. (1929): *Du domaine public payant en matière de droit d'auteur. Théorie, pratique et législation comparée*. Paris: Recueil Sirey.

