

2017

Análisis Económico del Derecho y reforma del Derecho de Autor: Aporte para un debate ecuánime

Maximiliano Marzetti

Follow this and additional works at: <http://lajle.alacde.org/journal>

Recommended Citation

Marzetti, Maximiliano (2017) "Análisis Económico del Derecho y reforma del Derecho de Autor: Aporte para un debate ecuánime," *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics*: Vol. 3 : Iss. 1 , Article 5.
Available at: <http://lajle.alacde.org/journal/vol3/iss1/5>

This Article is brought to you for free and open access by The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics. It has been accepted for inclusion in The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics by an authorized editor of The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics.

Análisis Económico del Derecho y reforma del Derecho de Autor: Aporte para un debate ecuatoriano

Maximiliano Marzetti*

Resumen: Actualmente en Argentina se debate la reforma de la ley 11.723 de derecho de autor (que data de 1933), es decir, su oportunidad, mérito, conveniencia y alcance. La falta de entendimiento de conceptos económicos por parte de los actores ha llevado a un infructífero intercambio de opiniones y a la radicalización de las posiciones.

En este artículo, sin pretender agotar la teoría del Análisis Económico del Derecho, propongo una serie de temas que debiera tomar en cuenta el legislador argentino para que la eventual reforma sea eficiente, eficaz y justa a la vez, maximizando el bienestar agregado de la sociedad.

Son objeto de análisis el origen de la regulación de los bienes públicos, la pérdida neta de bienestar (consecuencia del monopolio), las medidas tendientes a disminuir costos de transacción, la duración del derecho de autor, las obras huérfanas y la tragedia de los anticomunes, el alcance óptimo de excepciones y limitaciones, la regulación de las sociedades de gestión colectiva y el dominio público oneroso vigente en Argentina.

Palabras clave: análisis económico del derecho, bienes públicos, monopolios legales, Teorema de Coase, costos de transacción, derecho de autor, derechos conexos, propiedad intelectual, obras huérfanas, tragedia de los anticomunes, sociedades de gestión colectiva, derecho de la competencia.

* Abogado y Agente de la Propiedad Industrial. Magíster en Propiedad Intelectual por la Universidad de Turín y en Análisis Económico del Derecho por las universidades de Bolonia y Hamburgo (doble titulación). Profesor de “Análisis Económico de la Propiedad Intelectual” en la Maestría en Propiedad Intelectual de FLACSO Argentina. Director adjunto de la Maestría en Propiedad Intelectual de la Universidad de Turín. Candidato al Doctorado en Derecho y Economía (PhD) por la Universidad Erasmo de Rotterdam. Email: maximiliano@marzetti.legal

I. INTRODUCCIÓN

En el año 2016 la Dirección Nacional de Derecho de Autor (DNDA) impulsó un anteproyecto de reforma de la normativa de derecho de autor y conexos, Ley N° 11.723, que en Argentina se llama (impropiamente) “Ley de Propiedad Intelectual”. El debate y eventual reforma de la normativa son necesarios, la Ley N° 11.723 data de 1933 y no está adaptada a las necesidades del paradigma digital ni a la economía global del conocimiento.

La discusión radicalizada en Argentina sobre esta cuestión ha motivado esta investigación. No pretende ser el *non plus ultra* del análisis económico del derecho de autor sino un estudio serio de las principales herramientas relevantes para colaborar con este debate.. Así mientras un sector rechaza cualquier intento de reforma, otro pretende socavar el incentivo económico de los autores. El maniqueísmo principista no es conducente a una reforma del derecho de autor que sea sostenible, eficiente y justa. Asimismo, dificulta la tarea del regulador que debe legislar para maximizar el bienestar de toda la sociedad.

El debate podría enaltecerse, en opinión de este autor, incorporando argumentos del Análisis Económico del Derecho es (AED), los que facilitan una discusión más fructífera, al identificar claramente los intereses en juego, los distintos *stakeholders*, los costos, beneficios y efectos sobre el bienestar de una eventual reforma. A tal fin se enumeran y discuten una serie de temas, que debiera tomar en consideración el regulador.

El AED debiera ser piedra angular en cualquier discusión sobre derechos de autor, conexos y otros derechos de Propiedad Intelectual, ya que justamente la razón de ser de la regulación es la solución de una falla de mercado, la de los bienes públicos, como se expondrá más adelante.

II. PENSAMIENTO ECONÓMICO: EX ANTE, AL MARGEN Y CON OJO EN EL BIENESTAR AGREGADO

En general los juristas estamos acostumbrados a analizar los hechos una vez que sucedieron, es decir *ex post (facto)*. Por ejemplo, luego de ocurrido un accidente los abogados analizamos la conducta, nexos de causalidad, antijuridicidad, etc., tratando de determinar si hay responsabilidad y a quién le cabe. La manera económica de razonar es diametralmente opuesta, o *ex ante*. Por ejemplo, ante el mismo caso un economista pensaría cómo evitar que ocurran daños futuros. En consecuencia, desde la perspectiva del AED, el derecho de daños debiera tender a minimizar el costo de los accidentes tomando en cuenta no sólo los costos del eventual daño sino también el de las medidas necesarias para minimizarlo (Calabresi, 1970). Al momento de pensar una reforma al derecho de autor es fundamental adoptar la perspectiva *ex ante*, para determinar de antemano los

efectos que las modificaciones van a tener sobre los autores y demás *stakeholders*. De hecho, el derecho de autor incorpora implícitamente la perspectiva *ex ante*, ya que es un mecanismo jurídico para crear incentivos para la creación de obras futuras.

Otra deformación profesional, ni buena ni mala, necesaria para cumplir el rol de abogado de parte, es la de pensar en términos absolutos: culpable o inocente, legítimo o ilegítimo, es decir todo o nada. Al momento de legislar dicha actitud es peligrosa. El maniqueísmo ideológico y los intereses creados llevan a que, en el ámbito de la propiedad intelectual, en general y en el de los derechos de autor, en particular, se sostengan posiciones antagónicas e irreconciliables. Así mientras unos proponen derechos cada vez más extensos otros piden la abolición de todo monopolio legal. Sin un mismo hilo conductor es imposible encontrar puntos en común. El análisis económico permite pensar marginalmente, es decir en términos relativos, analizando los efectos de incrementar o disminuir variables hasta llegar a una situación eficiente o al menos más satisfactoria que los extremos planteados.

Como dice el Ward Farnsworth (Farnsworth, 2008)¹ pensar marginalmente es tener en cuenta los efectos de pequeños aumentos o disminuciones de ciertas variables para resolver un problema. Más técnicamente podríamos decir que es tener en cuenta el efecto de una unidad marginal. Por ejemplo, ¿cuántas más obras tendríamos si extendiésemos la duración del derecho de autor otro año más? A lo que habría que contraponer ¿cuál sería el costo social de extender el derecho de autor otro año más (lo que en inglés se llama *deadweight loss*, o la ineficiencia ínsita en todo monopolio)?

Finalmente, cabe recalcar que también debido a nuestro rol los abogados tendemos a tomar parte, no nos interesa el bienestar de la sociedad sino el de nuestros clientes. Una vez más la perspectiva económica es diferente y toma en cuenta el bienestar agregado (*total welfare*), que no es otra cosa que la sumatoria del excedente del productor (sus costos y beneficios) y del excedente del consumidor (sus costos y beneficios). Los costos y beneficios agregados (públicos y privados) debieran ser el desiderátum todo legislador bienintencionado, aquél que quiera beneficiar a toda la sociedad y no a un sector a costa de los otros. Si se me permite la analogía, el bienestar agregado sería afín al bien común temporal de los filósofos y teólogos.

Ya existe un subsistema legislativo que reconoce explícitamente el bienestar agregado como elemento de política normativa, la *Ley de Defensa de la Competencia* (tanto la vigente ley 25.156 como la anterior ley 22.262), al que llama “interés económico general” (Comisión Nacional de Defensa de la

¹ Véase especialmente el capítulo 3 “*Thinking at the Margin*” (Farnsworth, 2008).

Competencia, 1997). Teniendo en cuenta que el derecho de autor es un privilegio que se concede para beneficio privado, pero con una finalidad social, sería aconsejable que el legislador tome en cuenta el interés económico general (autores y usuarios) como *benchmark* para la reforma.

III. TODO EMPEZÓ CON UNA FALLA DE MERCADO

Las patentes y los derechos de autor existen para solucionar una falla de mercado, la de los llamados *bienes públicos*, es decir, aquellos cuyo consumo no es rival ni fácilmente excluible. La clasificación económica de bienes públicos nada tiene que ver con la jurídica (según sea el Estado o un particular su titular). Básicamente, el bien jurídico protegido por los derechos de propiedad intelectual es información (las reivindicaciones de una patente, la expresión original de un autor en su prosa).

En ausencia de un derecho de exclusiva o de algún otro mecanismo para que el autor recuperen su inversión (ya que una vez divulgada la obra cualquiera podrá copiarla, lo que se conoce como problema del *free rider* o polizón) el mercado no proveería, por sí mismo, la cantidad de obras demandadas, como explicó Kenneth Arrow en un famoso *paper* de 1962 (Arrow, 1962).

La solución más extendida para solucionar esta falla de mercado son los derechos de propiedad intelectual, que vistos desde la lente económica son monopolios (legales). Justamente el carácter de derecho exclusivo y el control absoluto sobre su obra, es lo que permitirá al autor recuperar sus costos hundidos (tiempo, dinero, esfuerzo, talento, etc.).

Pero si bien otorgar monopolios legales es una solución a una falla de mercado, no es una solución perfecta. Se trata de una solución imperfecta o de segundo mejor (*second best*) porque el mercado falla y en consecuencia no están dadas las condiciones para alcanzar un óptimo de Pareto (Lipsey & Lancaster, 1956)□. Ello sucede porque todo monopolio implica una pérdida neta de bienestar o eficiencia (*deadweight loss*). Entonces la solución regulatoria ante la falla de mercado producida por los bienes públicos se debe usar en su justa medida, para evitar que el remedio sea peor que la enfermedad. Si regulamos mal, en demasía, corremos el riesgo de caer en una falla regulatoria también llamada de gobierno, es decir una situación donde la regulación trae consecuencias más gravosas para la sociedad que dejar la falla de mercado sin corrección (Dolfsma, 2013).

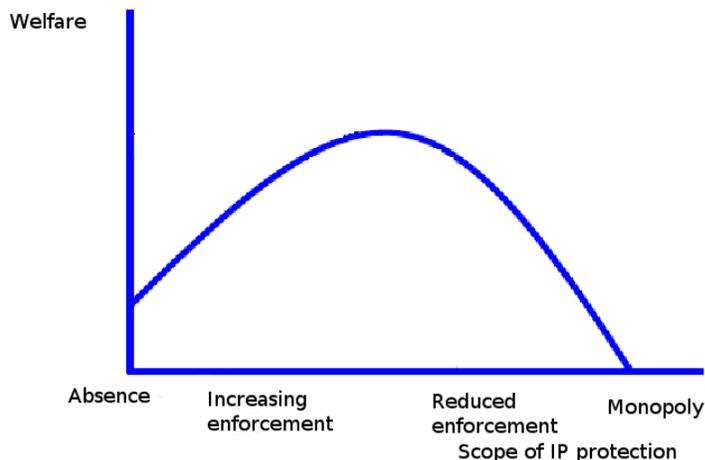
Por esto es que el equilibrio entre los distintos intereses, públicos y privados, es tan importante en materia de derecho de autor. Por un lado, el legislador quiere incentivar la creación de obras nuevas y para eso existe el derecho de autor. Por otro lado, el legislador también quiere fomentar la más

amplia difusión y aprovechamiento de las obras entre los ciudadanos, lo que se facilita cuando las obras ingresan al dominio público.

Ambos fines son objeto de políticas públicas contemporáneamente incompatibles, por eso el sistema de la propiedad intelectual propende a un equilibrio intertemporal debe entre incentivos y acceso. Dicho equilibrio depende, en gran medida, del plazo de duración del derecho de autor y de mecanismos tales como las excepciones y limitaciones.

La relación entre la extensión o fortaleza del derecho de exclusiva y el bienestar no es lineal, como se ve claramente en la Figura 1.

FIGURA 1
RELACIÓN ENTRE LA EXTENSIÓN O FORTALEZA DEL DERECHO DE EXCLUSIVA Y EL BIENESTAR SOCIAL



Fuente: Mackaay & Rousseau, 2008.

Como se puede apreciar, aun en ausencia de derechos de autor hay un mínimo de creación (extremo izquierdo), probablemente debido a incentivos intrínsecos (impulso creativo, placer estético, influjo de alguna de las nueve musas, etc.). Pero otorgando derechos de exclusiva el bienestar agregado aumenta hasta llegar un punto óptimo (la parte más alta de la curva) más allá del cual seguir fortaleciendo dichos derechos se vuelve contraproducente.

El extremo derecho de la curva, sobre el eje horizontal muestra una situación de derecho de autor absoluto, por ejemplo, de duración ilimitada, con

nulo efecto sobre el bienestar. El regulador debiera tratar de conciliar los intereses de productores y consumidores de bienes culturales, equilibrar mecanismos de incentivo y acceso, buscando el punto de equilibrio de la parte más alta de la curva, para lo cual hay que evitar ambos extremos (aboliciónismo y derechos absolutos). *In medio stat virtus*, como diría el Estagirita.

Los monopolios legales, como los subsidios y otras prebendas, suelen atraer la búsqueda de rentas (*rent seeking*), es decir que los actores económicos destinen recursos para obtenerlos, mantenerlos o extenderlos, en vez de invertirlos en actividades productivas o socialmente valiosas (como la mejora de productos, la inversión en I+D, etc.). Esto sucede porque la ganancia potencial de obtener o extender un determinado monopolio supera a la que se obtendría en un mercado competitivo, por lo que destinar recursos a actividades de cabildeo (*lobby*) será rentable para algunas empresas, aunque socialmente no sea deseable. Este problema en relación con la propiedad intelectual ya había sido señalado por Arnold Plant en 1934 (Plant, 1934) y fue recientemente remozado por Landes y Posner (Landes & Posner, 2004). En relación con la reforma del derecho de autor el regulador debiera ponderar los argumentos tomando en cuenta de quién viene y a quién beneficia (el *¿cui prodest?* de los romanos).

IV. EL “TEOREMA” DE COASE Y LOS COSTOS DE TRANSACCIÓN

Un autor crucial para el nacimiento del movimiento del AED ha sido Ronald Coase, en particular, con su trabajo titulado *El Problema del Costo Social* (Coase, 1960) y por el que recibiría más tarde el llamado *Premio Nobel de Economía* (más propiamente, *Premio del Banco de Suecia en Ciencias Económicas en memoria de Alfred Nobel*).

En el mundo real (Coase, 1960), aquél plagado por costos de transacción en el que vivimos (es decir, los costos de encontrar una contraparte que quiera negociar con nosotros, llegar a un acuerdo, redactar un contrato, monitorear su cumplimiento, etc.), el rol del Derecho es todo menos que superfluo; deviene fundamental para que haya transacciones de mercado *Pareto superior* (nadie contrata voluntariamente para estar en una situación peor de la que ya está).

Una interpretación, que comparto, del primer corolario del llamado “teorema” de Coase dice que, en el mundo real con costos de transacción positivos, el Derecho, para promover la eficiencia económica, debería procurar minimizar los costos de transacción. Por ejemplo, definiendo claramente derechos de propiedad, favoreciendo su intercambio y sancionando el incumplimiento de las transacciones voluntarias.

¿Qué implicancias tiene esto en relación a la reforma del derecho de autor? En primer lugar, definir, delimitar y nominar correctamente los derechos patrimoniales y morales que le corresponden a cada autor. Por ejemplo, en 1999

Argentina aprobó el *Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas* (WPPT) y el *Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor* (WCT) que adoptan una terminología específica —siguiente la tendencia del derecho comparado— para referirse a los derechos de que goza el titular (de reproducción, distribución, alquiler, comunicación al público), terminología que no es receptada por la vieja ley 11.723. También debiera eliminarse la ambigüedad respecto de los plazos de duración de los derechos morales. Con esto se ganaría en claridad, disminuyendo los costos de transacción, lo que fomenta el aprovechamiento de los derechos.

Otras medidas en consonancia con el primer corolario son la eliminación de trabas formales para el ejercicio efectivo de los derechos, el favorecimiento del registro y la prueba a través de modernas tecnologías, permitiendo una coexistencia de medios, tanto públicos como privados (algunos artistas ya usan la tecnología de *blockchain* para probar autoría y fecha cierta en Internet, porque es más barata, trasciende fronteras y registros nacionales) la promoción de medios alternativos, extrajudiciales, para resolución de conflictos (conciliación, mediación, arbitraje), en aceptación de una incómoda realidad forense: los juicios son costosos y largos. Otra medida de orientación similar, atento a la dificultad de la prueba del daño sufrido por el titular de derechos, podría ser establecer daños tarifados legalmente (en inglés *statutory damages*, véase U.S. Code, Title 17, Chapter 5, § 504).

En cuanto al segundo corolario, es decir, cuando a pesar de los mejores esfuerzos del legislador los costos de transacción sigan siendo altos, el Derecho debería asignar los recursos del modo en que lo haría el mercado. Es decir, asignando derechos de propiedad a los usuarios que más los valoren.

Justamente esto ya lo hace el derecho de autor, al poner el derecho en cabeza del creador. Algo que hoy nos parece tan natural pero que sin embargo no fue siempre así, por ejemplo, la Corona Británica mediante la *Royal Charter* de 1557 le concedió el monopolio de la impresión de libros en toda Inglaterra a la *Stationers' Company* (*Compañía de Imprenteros*) y no a los autores, quienes tuvieron que esperar hasta 1710 para ser titulares de sus obras.

El segundo corolario también debiera hacernos reflexionar acerca del alcance de las excepciones y limitaciones. Particularmente en los casos difíciles, por ejemplo: ¿es preferible otorgarle un control absoluto al autor sobre la creación de toda obra derivada o conviene permitir ciertas excepciones y limitaciones específicas al derecho de exclusiva para fomentar la crítica, la parodia y la creatividad sin fines comerciales (e.g. *fanfiction*)?

V. EN BÚSQUEDA DEL SANTO GRIAL: LA DURACIÓN ÓPTIMA DEL DERECHO DE AUTOR

Una cuestión bastante estudiada por los autores del AED es la de la duración óptima del derecho de autor. A diferencia del derecho de patentes, los plazos del derecho de autor se han venido extendiendo regularmente. El *Estatuto de los Monopolios* inglés de 1624 estableció un plazo de duración para las patentes de 14 años y hoy su duración promedio es de 20 años (ADPIC Art. 33). El *Estatuto de la Reina Ana* de 1710, primera ley de moderna de *copyright*, estableció una duración para este derecho de 14 años. En la actualidad, el piso mínimo según el derecho internacional se fijó en la vida del autor más 50 años *post mortem auctoris* (APDIC Art. 12) no obstante la mayoría de los países lo han extendido a *vida* más 70 años p.m.a. (tal es el caso argentino), existiendo algunos que lo han elevado aún más, *vida* más 80 años p.m.a. (Colombia) y *vida* más 100 años p.m.a. (México).

Para algunos autores la razón de esta inflación de los plazos de duración del derecho de autor y también de los derechos conexos tiene que ver con la búsqueda de rentas y el lobby de las industrias del entretenimiento (Landes & Posner, 2004).

Asimismo, autores como Pollock (Pollock, 2008), Landes y Posner (Landes & Posner, 2002) sugieren que los actuales plazos de duración del derecho de autor están desfasados, a efecto de incentivar la creación de obras nuevas, un plazo de 15 años sería suficiente, coinciden. Lógicamente, cualquier titular de derechos de autor se opondrá a una eventual reducción temporal. Esto es razonable y esperable, al fin y al cabo, cada uno busca maximizar su utilidad.

Asimismo, recordemos que el Art. 17 de la Constitución Nacional dice: “*Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley.*” Por lo tanto, la determinación del plazo del derecho de autor es una cuestión de derecho positivo, que debe ser determinada teniendo en cuenta el interés económico general y no sólo el de los autores o sus intermediarios.

A esta altura es importante tener cuenta las limitaciones impuestas por el orden jurídico internacional (Convenio de Berna, ADPIC), por lo que no sería posible disminuir el derecho de autor por debajo del mínimo (*vida* más 50 años p.m.a.) sin renunciar a dichos instrumentos.

Muchos creen que cuanto mayor sea el plazo de duración del derecho de autor, más incentivos tendrá el autor para crear obras nuevas. Esto no es necesariamente así, ya que la relación tampoco es lineal. Los incentivos más cercanos en el tiempo tendrán mayor efecto sobre el espíritu creador del autor y los más lejanos poco y nada.

Una mejor explicación sobre el efecto de la duración del derecho de autor y los efectos sobre los incentivos la dieron catorce famosos economistas, entre los que se contaban cinco ganadores del *Premio Nobel en Economía*, en un escrito que presentaron en calidad de *amici curiae* (Akerlof, Arrow, Bresnahan, Buchanan, & Coase, 2012), en un sonado caso que decidió la Corte Suprema de los EE.UU. en 2003.²

El caso en cuestión versaba sobre constitucionalidad de la reciente extensión del plazo de duración del derecho de autor en los EE.UU. (que pasó de *vida* más 50 años p.m.a. a *vida* más 70 p.m.a.). En EE.UU., como en la Argentina, es facultad del Congreso legislar en materia de patentes y derechos de autor. La llamada *Progress Clause*, inserta en Artículo I, Sección 8, Cláusula 8 la constitución estadounidense establece que el Congreso tendrá el poder de “*promover el progreso de la ciencia y de las artes útiles, asegurando a los autores e inventores el derecho a sus obras y descubrimientos por tiempo limitado*”. Justamente lo que se discutía era la constitucionalidad de la reciente extensión y a la luz de la frase “*tiempo limitado*”, habida cuenta de las constantes extensiones.

Los economistas referidos arriba, en su presentación a la Corte, realizaron una simple pero muy útil prueba matemática. Partieron de un caso hipotético, suponiendo que un autor cobra USD 1 de regalía por derecho de autor por año, con una tasa de interés del 7% anual. En un primer ejemplo tomaron una duración total del derecho de autor de 80 años (30 de *vida* más 50 p.m.a.). Aplicando la fórmula del *Valor Actual Neto*, el flujo de fondos futura al momento de crear la obra tiene un valor de USD 14,22, debido al efecto descuento de la tasa de interés. En un segundo ejemplo la duración promedio del derecho de autor pasa a 100 años (30 de *vida* más 70 p.m.a.). En este segundo caso el Valor Actual Neto de la obra es de USD 14,67, es decir sólo USD 0,047 más que en el caso anterior.

Por lo tanto, la extensión del derecho de autor por otros 20 años otorga mínimos si no nulos incentivos adicionales al autor, sin embargo, los efectos de la extensión sobre los usuarios (la aludida pérdida neta de bienestar o *deadweight loss*) son constantes y socialmente gravosos. En síntesis, a la luz económica, la extensión del derecho de autor más allá de un cierto umbral temporal es contraproducente y es la razón por la que no existen derechos de propiedad intelectual perpetuos, a diferencia de lo que sucede con los derechos de propiedad sobre bienes tangibles, que son rivales y excluibles.

Asimismo, autores como Landes y Posner sostienen que la finitud del derecho de autor juega a favor de los propios autores (Landes & Posner, 1989). El

² Eldred v. Ascroft (01-618) 537 U.S. 186 239 F.3d 372, affirmed, U.S.S. Court (2003). EE.UU.

dominio público es la fuente inagotable en la que abrevan todos los autores. Ningún autor crea *ex nihilo*. Ejemplo paradigmático son las películas de Disney, adaptaciones de historias de autores tales como Hans Christian Andersen (*La Sirenita*), Charles Perrault (*La Cenicienta*), los hermanos Jacob y Wilhelm Grimm (*Blancanieves*) y Carlo Collodi (*Pinocchio*), entre otros (quienes a su vez se inspiraron libremente en el folclore local). Por estas obras Disney no tuvo que negociar ninguna licencia ni pagar regalías para crear obras derivadas, justamente porque el *copyright* ya había expirado (estaban en el dominio público).

Según Mark Rose la concepción romántica del autor como genio solitario, sobre la que se construyó el derecho de autor decimonónico, es una concepción relativamente reciente en la historia de la humanidad (Rose, 1993). Durante milenios la *mimesis*, la *imitatio* y otras teorías estéticas promovieron una creación e intertextualidad colectiva, tanto en los autores occidentales como en los orientales, como explica el profesor Alford en relación a China (Alford, 1995).

VI. LA A TRAGEDIA DE LOS ANTICOMUNES Y LA REGULACIÓN DE LAS OBRAS HUÉRFANAS

El derecho de autor nace sin que sea requerida ninguna formalidad o acto administrativo constitutivo (tal como lo establece el Art. 5(2) del Convenio de Berna). Esto hace que no sea posible saber a ciencia cierta cuántas obras hay en el mercado (la inscripción ante la *Dirección Nacional de Derecho de Autor* se hace con generalmente fines probatorios y de fecha cierta).

La proliferación de derechos y la ausencia de formalidades pueden ser causa de otra falla de mercado, que Michael Heller bautizó como *Tragedia de los Anticomunes*, (Heller, 1998), jugando con el título de una obra anterior de Garrett Hardin, *La Tragedia de los Comunes* (Hardin, 1968).

La *Tragedia de los Anticomunes* acaece cuando, ante la existencia de una pluralidad de derechos de exclusiva en cabeza de distintos titulares, los costos de transacción para su explotación terminan siendo más altos que los beneficios esperados, por lo tanto, no hay aprovechamiento o transacción voluntaria. Concluye Heller que el exceso de derechos de propiedad puede llevar a la infraexplotación de los recursos (lo que contradice a la tesis planteada oportunamente por Hardin).

Esta *Tragedia* contemporánea se manifiesta en torno a la propiedad intelectual, un ejemplo serían las patentes en la investigación biomédica (Heller & Eisenberg, 1998). Otro caso es el de las *obras huérfanas*, en el ámbito del derecho de autor. Las *obras huérfanas* son aquellas cuyo autor se desconoce o conocido no puede ser encontrado. La continua extensión de los plazos de duración del derecho de autor exacerba la *Tragedia*.

Por ejemplo, si para publicar una antología poética de varios autores contemporáneos primero hay que encontrarlos y negociar con cada uno de ellos una licencia, los costos de transacción pueden llegar a ser prohibitivos. Además, suponiendo que se los localice, a medida que se concluyen licencias con los primeros, los restantes tienen incentivos para actuar estratégicamente y exigir una compensación cada vez mayor (el llamado problema del *hold-up*). Y si a esto le agregamos que muchas veces a pesar del esfuerzo y la buena fe no se puede encontrar al autor o siquiera determinar si está vivo o muerto o quien es su sucesor, no debe sorprender la infraexplotación de las obras huérfanas. Es por ello que muchas veces no hay reediciones o remasterizaciones de obras, a pesar de haber una demanda potencial para su adquisición.

Si un editor publica una obra de un autor al que no ha podido localizar puede ser pasible de una demanda por infracción al derecho de autor si aquél o su sucesor aparecen más tarde. Esta situación de incertidumbre opera como una espada de Damocles sobre cualquier potencial editor de obras huérfanas, lo que desincentiva el aprovechamiento de dichas obras, en desmedro de la sociedad.

El análisis de las *obras huérfanas* es similar al de las excepciones y limitaciones que se permiten para los casos en los que no habría ninguna transacción de mercado substitutiva (vid. infra). Nada pierde el titular del derecho de autor y los usuarios se benefician (es decir, una situación *Pareto superior*). Por lo tanto, sería deseable que se regule un mecanismo justo y eficiente para que, previa una búsqueda diligente, se puedan aprovechar con o sin fines de lucro, con o sin compensación (para el caso que aparezca, *a posteriori*, un legítimo titular de derechos de autor o conexos) este tipo de obras. Asimismo, la mera existencia de un mecanismo que permita dar certidumbre e indemnidad para el aprovechamiento de obras huérfanas incentivará al autor o titular de derechos a explotar su obra, sabiendo que si no lo hace ésta puede ser explotada por terceros.

VII. EL ALCANCE DE LAS EXCEPCIONES Y LIMITACIONES

Las excepciones y limitaciones al derecho de autor permiten usar obras sin pedir licencia al titular de los derechos ni pagarle regalías. ¿Por qué existen? La mayoría de ellas, por razones de eficiencia.

A nivel mundial existen dos sistemas diferentes: el *fair use* del *common law* (llamado *fair dealing* en Australia, Canadá y Reino Unido) y el de excepciones y limitaciones del derecho de tradición romano-germánico.

Nuestro sistema de excepciones y limitaciones es de *numerus clausus* y de interpretación restrictiva, es decir el juez no puede extenderlas analógicamente. En cambio, el *fair use* norteamericano es más flexible, ya que establece cuatro elementos que el juez deberá ponderar en el caso concreto para determinar si existe o no un uso justo de una obra protegida por *copyright*, a saber (a) el

propósito y el carácter del uso; (b) la naturaleza de la obra; (c) la cantidad y sustancialidad usada; y (d) el efecto sobre el mercado o valor de la obra. Si bien el *fair use* nació como una doctrina judicial en Inglaterra,³ hoy se encuentra codificado en el título 17 del *US Code* (Sección 107).

No hay que menospreciar la importancia del *fair use* en el mercado estadounidense. Por ejemplo, el *fair use* permitió el desarrollo de una nueva tecnología clave, la de los videocasetes. En el llamado caso *Betamax* se discutió si el videocasete desarrollado por Sony (su formato fue posteriormente reemplazado por VHS) podía ser ilegalizado debido a su potencial de infringir derechos de autor (por ejemplo, al grabar películas o series en el hogar, sin autorización y sin pagarle regalías al titular de los derechos).

El caso llegó a la Corte Suprema.⁴ Por cinco votos contra cuatro la Corte consideró que el uso de videocasetes para grabar programas de televisión por aire o cable y verlos en un horario más cómodo para el usuario (*time shifting*) caía dentro del amplio espectro del *fair use*. Aun cuando los videocasetes podían ser usados para infringir derechos de autor (por ejemplo, realizando copias no autorizadas de películas y series). La Corte dijo que mientras una nueva tecnología pueda ser usada para usos lícitos (*time shifting*), aunque potencialmente también pueda ser usada para fines ilícitos (piratería), debe ser tolerada por los titulares de derecho de autor.

Jack Valenti, por aquél entonces Presidente de la *Motion Picture Association of America*, había dicho en su deposición: “Les digo que la videograbadora es para el productor cinematográfico norteamericano lo que el *Estrangulador de Boston*⁵ para la mujer que vive sola en su casa”⁶ (la traducción pertenece a este autor) (Valenti, 1982). Finalmente, a pesar de los dichos de Valenti, ni *Betamax* ni VHS ahorcaron o violaron a la industria del entretenimiento estadounidense. Al contrario, le proveyeron de un nuevo mercado con el cual incrementar sus ventas, el de video hogareño.

El *fair use* norteamericano no sólo ha permitido que surjan nuevas tecnologías y mercados, sino que también posibilitó el desarrollo de nuevos modelos de negocios que aportan gran valor a los usuarios, como *Google* y *YouTube*. Una tesis que quisiera destacar es que EE.UU. es la nación más creativa e innovadora del planeta justamente porque tiene un *fair use* flexible, capaz de

³ Gyles v. Wilcox, Barrow and Nutt in 26 ER 489, Court of Chancery (1740). Reino Unido.

⁴ Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984). EE.UU.

⁵ Sobrenombre de Albert Henry DeSalvo, asesino serial que violó y mató al menos 13 mujeres en la zona metropolitana de Boston, EE.UU., entre 1962 y 1964.

⁶ En el texto original en inglés: “I say to you that the VCR is to the American film producer and the American public as the Boston strangler is to the woman home alone”.

adaptarse rápidamente a las nuevas tecnologías y tendencias sociales, superando las rigideces del *copyright*.

Según el último estudio publicado por la *Computer and Communications Industry Association*, el sector de la economía estadounidense que aprovecha el *fair use* (que también incluye el aprovechamiento de obras en el dominio público) representó en 2014 el dieciséis por ciento de la economía norteamericana, empleando a uno de cada ocho trabajadores y generó ganancias por USD 5.6 trillones (Computer and Communications Industry Association, 2017). Existe un estudio similar sobre las industrias que aprovechan las excepciones y limitaciones en la Unión Europea, que reflejan la misma tendencia (Akker, Noll, Poort, & Tewes, 2010). El punto es que hay buenas razones económicas para extender excepciones y limitaciones, desde una perspectiva macroeconómica.

El *fair use* anglosajón, además de ser manifestación del equilibrio entre los derechos de los titulares y de los usuarios, es eficiente. El *fair use* y las excepciones y limitaciones permiten el aprovechamiento de obras en situaciones en las cuales no habría una transacción de mercado.

Tal es la posición de Landes y Posner quienes sostienen que el *fair use* es una institución inspirada en la eficiencia económica (Posner & Landes, 2003). En su obra dichos autores distinguen diversas situaciones en relación con el *fair use*.

A. Primera situación: costos de transacción altos sin pérdida pecuniaria para el titular del derecho

Esta es la situación más clara. Aquella ante la cual, en ausencia de una excepción y limitación al derecho de autor, no habría transacción de mercado substitutiva. Simplemente el titular nada pierde con la existencia de la excepción e indirectamente puede ganar algo a cambio de tolerar dicho uso (publicidad, reputación, etc.). Nos encontramos ante un raro caso de eficiencia *Pareto Superior*, donde nadie está peor (el titular de derechos de autor no sufre menoscabo) y al menos alguien está mejor (los usuarios).

Pensemos, por ejemplo, en el profesor que quiere mostrar algunos extractos de obras audiovisuales protegidas por derecho de autor a sus alumnos durante sus clases. Si no hubiera excepción, ¿habría una transacción de mercado substitutiva? Es decir, ¿el docente contactaría al titular de derechos para negociar una licencia por el uso del material audiovisual? Probablemente no, porque los costos de transacción (tiempo, dinero, esfuerzo, etc.) excederían el beneficio esperado (mejorar la experiencia educativa). Tengamos en cuenta que tal como está redactado el artículo 10 de la vigente ley 11.723 el derecho de cita sólo prevé el uso sin autorización de una cantidad máxima de palabras o compases musicales.

Agrego, desde la sociología, que sería mejor para los titulares de derechos aceptar excepciones y limitaciones que reflejen la realidad a insistir con una normativa draconiana que no es cumplida. Como escribió Carlos Nino, el estrepitoso divorcio entre la letra de la ley y las prácticas sociales lleva a la anomia, una de las causas del subdesarrollo argentino (Nino, 2005).

B. Segunda situación: costos de transacción altos con posible pérdida pecuniaria para el titular del derecho

Estos casos requieren de mayor análisis. No hay aquí resultado *Pareto Superior* posible, sino ganadores y perdedores (es decir, eficiencia de *Kaldor-Hicks*). Por lo tanto, el legislador debiera legislar este tipo de excepciones y limitaciones si los beneficios exceden los costos y los beneficiarios pueden, al menos potencialmente, compensar a los perdedores.

Un caso interesante al respecto lo plantea la llamada excepción de parodia, de momento inexistente en Argentina (pero que sí existe en Chile, Perú, Brasil, por citar sólo países hermanos).

Tal como está la legislación actual, cualquier autor que se anime a parodiar la obra de otro se arriesga a ser demandado por infracción al derecho de autor (se trataría de una obra derivada no autorizada). Ahora bien, más allá de lo que dice la ley 11.723, si accedemos a *YouTube* vamos a encontrar miles de parodias de películas, hechas por *fans* generalmente sin fin de lucro, aprovechando una tecnología que lo hace posible fácil y gratuitamente (por ejemplo, *Dubsmash*). Todas ellas, según la letra de la ley, ilegales. También lo serían el *sampling* o *mash up*, prácticas comunes y aceptadas en las comunidades de DJs, raperos y cantantes de hip hop. De hecho, casi todos los videos que encontramos en *YouTube* violarían la letra de la ley 11.723.

La parodia es una forma de crítica de la obra de un tercero. Por lo tanto, si se las quiere permitir o fomentar, una excepción o limitación al derecho de autor es necesaria, ya que es altamente improbable que el autor de la obra original otorgue su consentimiento para ser parodiado. Asimismo, en la mayoría de los casos, la obra parodiada no suele ser un sustituto de la obra original. De hecho, para apreciar la parodia normalmente hay que leer primero la obra original. Asimismo, una excepción de parodia fomenta la creación de obras nuevas, una de las razones de ser del derecho de autor. Finalmente, algunas parodias crean nuevos mercados, tal sería el caso de las parodias pornográficas de películas famosas (dejando de lado argumentos pacatos de índole moral).

Veamos qué sucede en EE.UU. donde la parodia puede caer dentro del marco del marco del *fair use*, si se cumplen determinados recaudos. Una parodia considerada *fair use* debe ser tolerada por el titular del derecho de autor, sin que la

obra derivada (la parodia) dé lugar a ninguna contraprestación a favor del titular de la obra original (la obra parodiada).

En general, la jurisprudencia norteamericana ha entendido que cuando lo que se parodia es la obra de otro autor, dicho uso suele estar amparada por el *fair use* (*parody as target*). En cambio, si la parodia de una obra se hace con el objeto de atacar la persona del autor o su reputación o para ridiculizar actitudes y costumbres sociales (sátira), la defensa de *fair use* no prospera (*parody as a weapon*). La razón de esta distinción es, una vez más, económica (Posner, 1992).

En el primer caso (*parody as target*) la parodia no compite directamente con la obra parodiada, es decir no es un producto sustituto, por la que probablemente no haya menoscabo pecuniario para su titular y la sociedad se beneficia con la publicación de otra obra con otro punto de vista. En el segundo caso (*parody as a weapon*) la parodia sí puede ser un producto sustituto respecto del original (téngase en cuenta aquí el cuarto criterio del *fair use* norteamericano) y además podría ser considerado un recurso innecesario, la crítica *ad hominem* o la sátira de costumbres no requieren parodiar una obra en particular para lograr sus fines. La parodia como arma es una especie de *free-riding* injustificado. La excepción y limitación sólo es tolerada cuando no compite con la original y aporta otro punto de vista, no cuando intenta ser un reemplazo de la obra parodiada o para ahorrarle esfuerzo al parodiante. Esta distinción, tomada de la doctrina judicial norteamericana y de raigambre económica, podría servir de guía al legislador local.

Sin pretender agotar la cuestión de las excepciones y limitaciones, no habría que olvidar, además temas tales como “puertos seguros” (*safe harbors*) para los proveedores de servicios de internet y otros intermediarios online.

Finalmente quisiera mencionar que autores como Depoorter y Parisi sugieren otra razón para la actualización de excepciones y limitaciones al derecho de autor, ya que entienden que aun en una situación de costos de transacción bajos o inexistentes éstos serían necesarios para contrarrestar el comportamiento estratégico de los titulares de derechos, debido a la tragedia de los anticomunes mencionada anteriormente (Depoorter & Parisi, 2002).

VIII. EL FUTURO DE LAS SOCIEDADES DE GESTIÓN COLECTIVA: ¿A CABALLO ENTRE TECNOLOGÍA Y COMPETENCIA?

Las sociedades de gestión colectiva están últimamente en el ojo de la tormenta. Se las suele criticar por su condición monopólica (en la mayoría de los casos), sus arcanos cálculos para la fijación de tarifas y en general por su funcionamiento hermético, inobservable para los *outsiders*, como si fuera una “caja negra”.

Sin embargo, cabe recordar que las sociedades de gestión colectiva nacieron para solucionar un problema económico, debido a los altos costos de transacción de gestionar derechos, lo que hace que sea anti-económico para un autor individual gestionar por sí mismo una discreta cantidad de obras, a lo que debería agregarse el costo de oportunidad, es decir el tiempo durante el cual el autor no se dedica a lo que hace mejor (crear obras) y tiene que destinarlo a gestionar sus derechos patrimoniales.

Para un autor los costos de transacción de la gestión individual, que siguiendo el criterio tripartito sugerido por Pérez podríamos desagregar en costos de búsqueda y de información, costos de negociación y costos de ejecución del contrato de licencia, (Pérez, 2011) resultan, en la mayoría de los casos, excesivamente onerosos (medidos en tiempo, esfuerzo y dinero). Asimismo, si los costos de transacción son mayores que la ganancia esperada, no habría transacción alguna y el mercado fallaría.

Por lo tanto, tomando en cuenta los costos de transacción, de oportunidad y las ganancias de eficiencia debidas a la especialización, es razonable tercerizar estas tareas en favor de una institución creada *ad hoc*. Las sociedades de gestión colectiva permiten alcanzar economías de escala (es decir, los costos de producción disminuyen a medida que la gestión aumenta) pero también de gama, término acuñado por Panzar y Willig (Panzar & Willig, 1977), debido a la práctica de conceder licencias de repertorio (*blanket licenses*), ya que a medida que aumenta la variedad de las obras los costos de distribución y marketing, por ejemplo, disminuyen.

Algunos autores sostienen que las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TICs), al bajar los costos de transacción para la gestión individual de derechos, haría redundantes a las sociedades de gestión colectiva. Esa no es la opinión de Ruth Towse, quien sugiere que las propias sociedades de gestión terminarían adoptando dichas tecnologías, lo que debiera bajar los costos operativos aún más (Towse, 2012), salvo serios problemas de agencia como veremos más abajo. A modo de ejemplo, algunas sociedades de gestión colectiva norteamericanas y europeas ya están experimentando con la tecnología *blockchain*, la misma que está detrás de la criptomoneda *bitcoin* (SACEM, 2017).

Ahora bien, más allá de su justificación económica, puede que las sociedades de gestión no funcionen como debieran. Una razón de ello es el llamado problema de agencia, es decir, que la sociedad de gestión no actúe defendiendo los mejores intereses de sus asociados (los autores) sino que lo haga para satisfacer los intereses de sus burócratas. Al fin y al cabo, todos somos racionales y como tales tratamos de maximizar nuestra utilidad (los héroes y mártires representan un porcentaje ínfimo de nuestra población, como lo atestigua nuestra realidad sociopolítica).

Hay una relación de agencia (jurídicamente la podríamos equiparar al mandato) cuando una persona (*principal*, o mandante) le encomienda a otra persona (*agent*, o mandatario) la gestión de determinada tarea en su nombre e interés. Normalmente la obtención de beneficios para el mandante dependerá de la gestión del mandatario, para lo cual éste goza de gran autonomía toda vez que los costos de la monitoreo y fiscalización de su actividad suelen ser altos y además porque el mandatario es quien tiene más y mejor información al respecto, no el mandante. Esto hace posible el abuso de la relación de agencia, en perjuicio del principal y en beneficio del mandatario, aunque no estoy diciendo que necesariamente siempre ocurra así. El problema del agente ha sido muy estudiado en el ámbito del derecho societario, al que remito a quien le interese el tema (Jensen & Fama, 1983; Jensen & Meckling, 1976). Sus soluciones podrían extrapolarse para mejorar el control sobre las sociedades de gestión colectiva. Si bien en Argentina existen medidas de fiscalización y control de las sociedades de gestión colectiva, como valientemente admitió el actual Director de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, no funciona porque “[n]o existe un sistema homogéneo de fiscalización estatal, y eso repercute en distintos conflictos” (Schötz, 2017).

Otra posibilidad es introducir una dosis de competencia para mejorar la gestión de los derechos patrimoniales. Por ejemplo, en EE.UU., al menos en lo que hace a la derechos de ejecución de obras musicales, no hay una sino tres sociedades de gestión para elegir: *American Society of Composers, Authors and Publishers* (ASCAP), *Broadcast Music Incorporated* (BMI) y *Society of European Stage Authors and Composers* (SESAC); la idea es introducir un mínimo de presión competitiva (el oligopolio es menos malo que el monopolio) entre las gestoras para beneficio de sus asociados y, al fin y al cabo, de los usuarios finales.

El *Copyright Hub* británico es otra iniciativa para incentivar la explotación de obras aprovechando las nuevas tecnologías, pero sin competir directamente con las sociedades de gestión tradicionales. El *Copyright Hub* concede exclusivamente licencias secundarias, para la creación de obras derivadas, las que generalmente no son manejadas por las sociedades de gestión tradicionales. En caso de funcionar sería otro caso de eficiencia *Pareto Superior*, ya que en ausencia del *Copyright Hub* no habría transacción sustitutiva (la relación entre costos de transacción y beneficios esperados la hace antieconómica, tanto para la sociedad de gestión como para el autor individualmente considerado). El *Copyright Hub* asigna a cada obra un código único de identificación y, a través de una plataforma de software libre, permite con un solo *click* poner en contacto al potencial licenciataria con un licenciante, quien puede ser el titular de derechos o el autor y quien decidirá conceder la licencia o no, por

una suma de dinero o un reconocimiento formal (Hooper, 2016). El *Copyright Hub* se creó para disminuir los costos de transacción de licenciar obras en formato digital, siguiendo una de las recomendaciones del llamado *Reporte Hargreaves* (Hargreaves, 2011).

Ante abusos de posición dominante por parte de las sociedades de gestión colectiva (por ejemplo, al momento de determinar las tarifas) u otras prácticas restrictivas de la competencia un paliativo puede venir de la mano del derecho de la competencia. Como antecedente foráneo basta mencionar el proceso iniciado por la autoridad de la competencia española contra la *Sociedad General de Autores y Editores* (SGAE) por condiciones abusivas en los contratos de licencia para la interpretación de canciones en conciertos (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 2014), que no sólo declaró la práctica contraria al derecho antitrust, sino también impuso una gravosa multa, todo lo cual fue posteriormente convalidado por el Tribunal Supremo. Como ya manifesté en una obra anterior, el derecho de la competencia es en ciertas circunstancias eficaz para corregir abusos en el ejercicio de los derechos de la propiedad intelectual (Marzetti, 2012).

IX. EL DOMINIO PÚBLICO PAGANTE. UNA ANOMALÍA CRIOLLA

Como vimos, el derecho de autor es una solución regulatoria ante una falla de mercado. También vimos que el equilibrio entre políticas públicas antagónicas (fomentar tanto los incentivos para la creación como el acceso a las obras) es fundamental para una sociedad del conocimiento sustentable. Dicho equilibrio depende fundamentalmente de la correcta determinación de dos períodos subsiguientes, uno de exclusiva, en el que prevalece la eficiencia dinámica, y luego otro de diseminación, donde prevalece la eficiencia estática. Para que dicho sistema funcione el acceso a las obras durante el período de dominio público debe ser irrestricto y estar libre de gravámenes.

Esto no sucede en la Argentina, donde existe un sistema de dominio público pagante o remunerado. Se trata de un impuesto (gravamen) que recauda el Estado argentino, a través del Fondo Nacional de las Artes (FNA), a todo aquel que quiera editar, ejecutar, representar, incluir, exhibir o reproducir una obra en el dominio público, es decir, aquellas obras cuyo derecho de autor ha expirado o, tal vez, nunca lo tuvo.

Mantener las obras bajo dominio privado hasta la eternidad no sólo es malo para la difusión y acceso a la cultura, sino que perjudica también a los autores porque aumenta sus costos de adaptar, traducir y modificar obras existentes. Si Disney hubiera creado *La Sirenita*, *La Cenicienta*, *Blancanieves* y *Pinocchio* en Argentina, el FNA le hubiera cobrado el gravamen por dominio público pagante.

Economistas probaron empíricamente (Pollock, Stepan, & Välimäki, 2010) que cuando una obra pasa al dominio público su precio baja y además los errores existentes en las viejas ediciones se corrigen. El dominio público pagante impide estos dos efectos, ya que justamente su función es aumentar, mediante un impuesto, el precio de estas obras.

El dominio público pagante y el Fondo Nacional de las Artes fueron creados por el régimen de facto de Pedro Eugenio Aramburu, en 1958, dos meses antes de que finalizara su gobierno, mediante decreto-ley 224/58. Nunca hubo discusión parlamentaria sobre su oportunidad, mérito o conveniencia y el gobierno democrático posterior simplemente se limitó a reconocerlo.

La mayoría de los países no tienen un impuesto similar. Los países que lo tuvieron lo abolieron por considerarlo un obstáculo innecesario a la diseminación de la cultura, a la vez que costoso e ineficiente. Por ejemplo, Chile lo abolió en 1992, Brasil en 1983, México en 1993, Italia en 1996, Costa Rica en 1982, Francia en 1976 y Portugal en 1980.

En Argentina, este mecanismo distorsivo de recolección de impuestos se utiliza para financiar al FNA, que destina parte de lo recaudado para otorgar becas, subsidios y otro tipo de ayudas a artistas, autores nacionales e instituciones públicas dedicadas al patrimonio cultural. Ahora bien, justamente para esto existe el derecho de autor. La existencia de un doble mecanismo de incentivación no ha sido nunca debidamente justificada en términos económicos.

Asimismo, los costos operativos del sistema son muy altos. En una nota publicada por el diario La Nación (Bertolini, 2017) se menciona que en el último período el FNA recaudó en concepto de gravamen al dominio público \$141.000.000, mientras que sus egresos (becas, préstamos y subsidios) sólo ascienden a \$61.520.000. La diferencia, casi \$80.000.000, es el costo de gestionar esa maquinaria estatal.

En el marco de una investigación de tesis doctoral (inérita) solicité información financiera al FNA. Esta me fue denegada. Por lo que tuve que interponer un recurso de amparo para que un juez obligue al FNA a dar información acerca de cómo administra fondos públicos. Del análisis de los balances y estados de resultados correspondientes al período 2005-2015 surge que más del 50% de lo recaudado en concepto de dominio público pagante se destina a cubrir costos operativos.

Recordemos que esos ingresos vienen de productores culturales, editoriales, teatros, museos, radios, canales de TV, productores audiovisuales, en fin, un sinnúmero de emprendimientos dedicados casi de manera exclusiva a la promoción de las artes y la difusión de la cultura, los mismos que se pretende

beneficiar a través del FNA. Al final de la cadena, quien termina pagando ese costo extra es el ciudadano argentino.

Asimismo, las instituciones públicas gestionadas por el Estado también deben pagar el gravamen. Según la nota mencionada, el principal deudor del FNA es el Teatro Colón, que debe la friolera de \$60.000.000 en concepto de dominio público pagante. Ni el *Metropolitan Opera House* de Nueva York, ni la *Opéra* de París ni ningún otro teatro del mundo tiene que pagarle un impuesto similar al Estado para representar *La Traviata* de Verdi o la *Novena Sinfonía* de Beethoven. El Teatro Colón es estatal (lo gestiona la Ciudad Autónoma de Buenos Aires). Por lo tanto, una institución estatal dedicada a la difusión de la cultura debe pagarle impuestos a otra institución estatal para el mismo fin. Un sinsentido que desperdicia recursos (duplicación de costos administrativos y operativos).

Pareciera que no todos dentro del Estado están de acuerdo con este gravamen, o al menos tratan de aprovechar cualquier oportunidad para sustraerse de su pago. En 2014 un grupo de legisladores del PRO (Bertol, Triaca, & Cáceres, 2014) presentó anteproyecto de reforma en el Congreso, que no prosperó y eventualmente perdió estado parlamentario, para exceptuar del pago del gravamen al dominio público pagante a los teatros públicos nacionales, provinciales, municipales y dependientes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El dominio público pagante es un mecanismo distorsivo que genera más costos que beneficios sociales. No hay ningún argumento económico sólido a favor de su existencia. En consecuencia, Argentina haría bien en seguir la tendencia mundial y abrogarlo. Eventualmente, será necesario buscar formas más legítimas y menos onerosas de financiamiento ulterior para autores, artistas e instituciones culturales. Una reforma o modificación al derecho de autor debiera tomar en cuenta a su contraparte necesaria, el dominio público, y liberarlo de una vez por todas de un gravamen distorsivo que obstaculiza la explotación de las obras.

X. DIGRESIÓN: LA REFORMA DEL DERECHO DE AUTOR EN OTRAS LATITUDES

No se me escapa que cada vez que se anuncia una reforma grupos de interés tratarán de captar al legislador ya que los beneficios de obtener una reforma “a medida” exceden con creces cualquier costo de cabildeo (*lobby*), como expuso magistralmente Mancur Olson (Olson, 1965). Mientras que para el ciudadano común los costos del activismo suelen exceder sus beneficios individuales, lo que se ve exacerbado por la apatía racional y el problema del *free rider*. Es por ello que los grupos de interés, pequeños, cohesionados y con idénticos intereses, suelen tener más éxito para influenciar la política legislativa que la mayoría desagregada de los ciudadanos. El legislador haría bien en tomar nota de este

fenómeno, si lo que se quiere es promover el bienestar general (es decir, el bienestar tanto de productores como de consumidores de bienes públicos).

En la plataforma *Justicia2020*⁷, que gestiona el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Argentina, se ha venido desarrollando un edificante intercambio de opiniones en torno a la posible reforma, sin embargo, a pesar de ser necesario me parece que ello no es suficiente. Lo que el regulador debiera hacer es un análisis costo-beneficio de los potenciales efectos de la reforma, cuantificado de ser posible y en todo caso independiente, en lugar de recabar opiniones naturalmente sesgadas por intereses sectoriales e individuales. El mismo gobierno podría hacerlo, o tal vez sería mejor encargárselo a una institución o profesionales independientes, sin vínculos con los *stakeholders*.

Un buen ejemplo lo da el gobierno británico que en su momento encargó a especialistas externos la realización de dos informes, con criterio económico y basados en evidencia empírica, para guiar al legislador en la difícil tarea de actualizar el *copyright* inglés (Gowers, 2006; Hargreaves, 2011).

Recientemente el gobierno australiano ha encargado a una consultora internacional un informe para analizar con criterio costo-beneficio cambios a la legislación autoral vigente en dicho país de Oceanía (Ernst & Young, 2016). Dicho informe realiza una serie de recomendaciones muy interesantes e innovadoras.⁸

XI. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIONES

Escribí estas líneas tratando de contribuir desde un paradigma científico, partiendo de los principales postulados del AED, con la expectativa de propiciar un debate sobre criterios más objetivos sobre la necesidad y alcance de una futura reforma del derecho de autor en la Argentina.

Como se dijo más arriba, el derecho de autor tiene su origen en la corrección de una falla de mercado. Habiendo consenso para una reforma del derecho de autor, es fundamental hacerlo de la mejor manera posible. Si se legisla mal se corre el riesgo de sumar a una falla de mercado otra de gobierno.

Para sintetizar, la eventual reforma del derecho de autor en Argentina debiera hacerse con criterio económico, teniendo en cuenta sus posibles efectos

⁷ Recuperado de <https://www.justicia2020.gob.ar/>

⁸ Por ejemplo, sugiere invalidar cláusulas contractuales que restrinjan el alcance de excepciones y limitaciones a los derechos de autor (recomendación 5.1); establecer que la elusión de la tecnología de geobloqueo no constituye infracción al derecho de autor (recomendación 5.2); derogar las restricciones a la importación paralela de libros (recomendación 5.3); revisar el *Código de Conducta Voluntario* de las Sociedades de Gestión Colectiva (Recomendación 5.4); Ampliar las disposiciones de “puerto seguro” a todos los proveedores de servicios en línea (recomendación 19.1), entre otras.

sobre el bienestar general y no tomando como paradigma abstractos “derechos naturales”.

Cualquier reforma debiera eliminar y, cuando esto no sea posible, disminuir tanto como fuere posible los costos de transacción para el ejercicio de los derechos, transferencia, monetización y eventual defensa jurídica de los mismos.

Convendría incorporar excepciones y limitaciones que no supongan ningún menoscabo económico para los autores y, en los casos difíciles, favorecer la solución socialmente más deseable. También hay que tener en cuenta la tragedia de los anticomunes y legislar un mecanismo justo y a la vez eficaz para el aprovechamiento de las desaprovechadas obras huérfanas. La conveniencia de la reducción de los plazos del derecho de autor y derechos conexos a sus mínimos internacionales debiera, al menos, discutirse. En todo caso, no existen argumentos económicos para su ulterior extensión.

Asimismo, si bien las sociedades de gestión colectiva tienen normas específicas que regulan su funcionamiento, monitoreo y fiscalización, y éstas exceden el marco de la reforma a la ley 11.723, no hay que olvidarse que si aquellas no operan como es debido la mejor ley de derecho de autor deviene estéril. Por lo tanto, creo que no debiera esquivarse la discusión de su posible reforma.

Finalmente, el oxímoron llamado dominio público pagante, sólo vigente a ambos márgenes del Río de la Plata, debiera abolirse por innecesario, costoso y poco eficaz. En fin, habría mucho más por agregar, pero hasta aquí llegó este aporte.

BIBLIOGRAFÍA

- Akerlof, G. A., Arrow, K. G., Bresnahan, T. F., Buchanan, J. M., & Coase, R. (2012). George A. Akerlof et al. Brief of as Amici Curiae in support of Petitioners at Eldred v. Ashcroft, No. 01-618., U.S.S. Court.
- Akker, I., Noll, R. van der, Poort, J., & Tewes, F. (2010). *The economic contribution of EU industries relying on exceptions and limitations to copyright*. Amsterdam: Computer & Communications Industry Association / SEO Economic Research. Recuperado de <http://www.cciinet.org/wp-content/uploads/library/FairUseEUstudy.pdf>
- Alford, W. P. (1995). *To Steal a Book is an Elegant Offense: Intellectual Property Law in Chinese Civilization*. Stanford: Stanford University Press.
- Arrow, K. (1962). Economic Welfare and the Allocation of Resources for

- Invention. In U.-N. B. C. For, C. on E. G. of the S. Economic Research, & S. R. Council (Eds.), *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors*. Princeton: Princeton University Press.
- Bertol, P. M., Triaca, A. J., & Cáceres, E. A. (2014). Excepciones del Dominio Público Pagante. Proyecto de ley sobre modificación del art. 3 de la resolución 15.850/77 del fondo nacional de las artes -dominio público pagante- exceptuando a los Teatros Públicos Nacionales, Provinciales, Municipales. Buenos Aires.
- Bertolini, C. (2017). Sabuesos cultos: cómo recauda el Fondo Nacional de las Artes. *La Nación*. Recuperado de <http://www.lanacion.com.ar/2037333-sabuesos-cultos-como-recauda-el-fondo-nacional-de-las-artes>. Argentina.
- Calabresi, G. (1970). *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. New Haven & London: Yale University Press.
- Coase, R. H. (1960). The Problem of Social Cost. *The Journal of Law & Economics*, 3, 1-44.
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Expte. S/0460/13, SGAE-Conciertos (2014), Madrid. Recuperado de https://www.cnmc.es/sites/default/files/516864_0.pdf
- Computer and Communications Industry Association. (2017). *Fair Use in the U.S. Economy - Economic Contribution of Industries Relying on Fair Use*. Washington, DC. Recueperado de <http://www.cciagnet.org/>
- Depoorter, B., & Parisi, F. (2002). Fair Use and Copyright Protection: A Price Theory Explanation. *International Review of Law and Economics*, 21(4), 453–473.
- Dolfsma, W. (2013). *Government Failure: Society, Markets and Rules*. Cheltenham, UK, & Northampton, USA: Edward Elgar Publishing.
- Ernst & Young. (2016). Cost benefit analysis of changes to the Copyright Act 1968. Department of Communications and the Arts. Recuperado de <https://www.communications.gov.au/file/23196/download?token=snauBxA9>
- Gowers, A. (2006). Gowers Review of Intellectual Property. Reino Unido. Recuperado de http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.hm-treasury.gov.uk/d/pbr06_gowers_report_755.pdf
- Hardin, G. (1968). The Tragedy of the Commons. *Science*, 162(3859), 1243–1248.
- Hargreaves, I. (2011). *Digital opportunity: review of intellectual property and*

- growth*. Sheffield: Department for Business, Innovation & Skills.
Recuperado de
https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/32563/ipreview-finalreport.pdf
- Heller, M. A. (1998). The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets. *Harvard Law Review*, 111(3), 621–688.
- Heller, M. A., & Eisenberg, R. S. (1998). Can patents deter innovation? The anticommons in biomedical research. *Science*, 280(5364), 698–701.
- Hooper, R. (2016). El Copyright Hub del Reino Unido: licencia para crear. *Revista OMPI*. Recuperado de
http://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2016/02/article_0007.html
- Jensen, M., & Fama, E. F. (1983). Separation of Ownership and Control. *Journal of Law and Economics*, 26(2), 301-325.
- Jensen, M., & Meckling, W. H. (1976). Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure. *Journal of Financial Economics*, 3(4), 305-360.
- Landes, W. M., & Posner, R. A. (1989). An Economic Analysis of Copyright Law. *The Journal of Legal Studies*, 18(2), 325–363.
- & — (2002). *Indefinitely Renewable Copyright*. U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 154; (2003) *The University of Chicago Law Review*, 70(2), 471-518. Recuperado de
http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2550&context=journal_articles
- & — (2004). *The Political Economy of Intellectual Property Law*. AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies.
- Mackaay, E., & Rousseau, S. (2008). *Analyse économique du droit*. Dalloz.
- ReMarzetti, M. (2012). ¿Antagonismo o complementariedad? una breve aproximación a la compleja y poco estudiada relación entre propiedad intelectual y derecho de la competencia. *Rev. Derecho Competencia*. Bogotá (Colombia), 8(8).
- Nino, C. S. (2005). *Un país al margen de la ley: estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*. Buenos Aires: Ariel.
- Olson, M. (1965). *The Logic of Collective Action*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Panzar, J. C., & Willig, R. D. (1977). Economies of Scale in Multi-product Output. *Quarterly Journal of Economics*, 91(3), 481–493.

- Pérez, A. M. (2011). Análisis económico de la gestión del derecho de autor. *Revista La Propiedad Inmaterial*, 15, 3-17.
- Plant, A. (1934). The Economic Theory Concerning Patents for Inventions. In *Selected Economic Essays and Addresses* (pp. 35–56). Routledge & Kegan Paul.
- Pollock, R. (2008). *Forever Minus a Day? Theory and Empirics of Optimal Copyright Term*; (2007) *Rufus Pollock Cambridge University*, V1.1.2 August 7, 2007. Recuperado de https://mpira.ub.uni-muenchen.de/5024/1/MPRA_paper_5024.pdf
- Pollock, R., Stepan, P., & Välimäki, M. (2010). The Value of the EU Public Domain, *CWPE* 1047, September. Recuperado de <http://www.econ.cam.ac.uk/research-files/repec/cam/pdf/cwpe1047.pdf>
- Posner, R. A. (1992). When Is Parody Fair Use? *The Journal of Legal Studies*, 21(1).
- Posner, R. A., & Landes, W. M. (2003). *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- SACEM. (2017). ASCAP, SACEM, and PRS for music initiative joint Blockchain project to improve data accuracy for rightsholders. Recuperado el 1 de agosto, 2017, de <https://societe.sacem.fr/en/press-resources/per-publication/press-releases/ascap-sacem-and-prs-for-music-initiate-joint-blockchain-project-to-improve-data-accuracy-for-rightsholders>
- Schötz, G. (2017). El rol del Estado en la gestión del Derecho de Autor en Argentina. *Revista Administración Cultura Creatividad*, 4.
- Stigler, G. J. (1966). *The Theory of Price* (3rd ed.). New York: The Macmillan Company; London: Colier-Macmillan Limited.
- Towse, R. (2012). Economics of Copyright Collecting Societies and Digital Rights - Is There a Case for a Centralised Digital Copyright Exchange. *Review of Economic Research on Copyright Issues*, 9(2), 3–30.
- Valenti, J. (1982). Hearings before the Subcommittee on Courts, Civil Liberties and the Administration of Justice of the Committee on the Judiciary House of Representatives Ninety-Seventh Congress, Second Session. EE.UU.