

June 28, 2016

¿Es eficiente el dominio público pagante argentino? Una aproximación desde el análisis económico del derecho.

Maximiliano Marzetti

¿Es eficiente el dominio público pagante argentino? Una aproximación desde el análisis económico del derecho

Por Maximiliano Marzetti¹[1]

1. Introducción

En un artículo de la Dra. Lipszyc (Lipszyc, 2014) se describen las supuestas bondades del sistema de dominio público pagante (DPP) argentino y se hace un llamado a su exportación a otros países. Respetuosamente no estoy de acuerdo con mi ilustre colega. Aquí presento las razones de mi disenso y esbozo una aproximación que pretende ser científica al raro caso del dominio público pagante argentino.-

Raro porque en el mapamundi de las legislaciones de la propiedad intelectual el DPP ha casi desaparecido por completo. El DPP nunca ha existido en la mayoría de los países desarrollados (especialmente en los de tradición de *Common Law*) y donde existió ha sido abrogado. Hoy el DPP sólo subsiste, fundamentalmente, en Argentina y Uruguay.-

El objetivo de esta obra es analizar los costos y beneficios del DPP, desde una perspectiva del análisis económico del derecho (Cooter, Ulen, & Suárez, 2009; Posner & Suárez, 2008; Stordeur (h), 2011) .-

Quisiera aclarar, finalmente, que éste no es un ataque personal a la Dra. Delia Lipszyc, a quien admiro y cuyas obras he leído con fruición. Sin embargo la admiración y el respeto no deben tornarse en complacencia ni en miedo a manifestar una posición contraria. El argumento de autoridad es un límite que debe traspasarse si se quiere hacer avanzar la ciencia jurídica. *Amicus Plato sed magis amica veritatis*.-

2. Breve introducción al análisis económico del derecho de autor

La legislación de la propiedad intelectual es una solución normativa a un problema económico: una falla de mercado. Patentes, marcas y derecho de autor protegen información. La expresión de un determinado autor, las reivindicaciones de una solicitud de patente de invención y todo signo distintivo, reducidos a su esencia, no son más que información.-

La economía trata a la información como a un **bien público** -que no tiene nada que ver con la categoría jurídica homónima²[2]- y como tal tiene dos notas características:

- a) su **consumo no es rival** (si leo la obra de un autor y usted también la lee, ninguno de los dos la menoscaba) y;
- b) la **exclusión es imposible o de costo prohibitivo** (no se pueden poner "alambrados" para evitar que la gente escuche música transmitida por la radio).-

Información → Bien Público = Consumo no rival + Consumo no excluible → Falla de mercado → Solución Regulatoria (DPI)

Cualquier persona racional, el arquetípico *homo oeconomicus*, no invertirá recursos (tiempo, dinero, etc.) para crear nuevas obras sabiendo que cualquier tercero podría apropiarse de ellas sin pagar nada. Esto es lo que se conoce como problema del polizón o *free rider*.-

Para solucionar este problema hay distintas alternativas. Una de ellas es otorgarle un incentivo al autor. Los derechos de propiedad intelectual (DPI) son ese incentivo. El derecho de autor es un monopolio legal destinado a evitar el problema del polizón, al permitirle al autor explotar exclusivamente su obra por un período tiempo determinado, suficiente para recuperar su inversión.-

[1] Abogado, Máster en propiedad intelectual por la Universidad de Turín, Máster europeo en análisis económico del derecho por las Universidades de Bolonia y Hamburgo (doble titulación) y candidato doctoral por la Universidad Erasmo de Róterdam. *Of Counsel* (Propiedad Intelectual) en el Estudio Ambrosini & Asociados, Profesor de Derecho y Economía de la Propiedad Intelectual en la Maestría en Propiedad Intelectual de FLACSO Argentina y en la Maestría en Derecho y Economía de la Universidad Torquato Di Tella. Ha sido becario Erasmus Mundus de la Comisión Europea, becario de investigación semi-senior de CLACSO-ASDI y tres veces investigador invitado en el Instituto Max Planck de Propiedad Intelectual y Competencia de Múnich. Comentarios: [maximiliano.marzetti@alumni.ip.mpg.de].

[2] En Derecho los bienes públicos son aquellos que pertenecen al estado nacional, provincial o municipal.

Ahora bien, ¿por qué la propiedad intelectual tiene un plazo de duración delimitado de antemano y la propiedad física no? Al fin y al cabo, las patentes y derechos de autor pasan, luego de un cierto plazo, al dominio público. Ello no sucede con la propiedad sobre las cosas tangibles.-

Este diferente trato legal también tiene una explicación económica. Si los DPI (patentes, derechos de autor y conexos) fueran eternos lo que originariamente nació como una solución regulatoria enderezada a solucionar una falla de mercado terminaría siendo contraproducente. El remedio podría llegar a ser peor que la enfermedad.-

Esto es así por varias razones. En primer lugar hay que decir que el dominio público es la fuente en la que abrevan, lo admitan o no, todos los creadores. La realidad es que ningún autor crea *ex nihilo*, todos toman ideas, las adaptan o se inspiran en obras preexistentes de otros autores. Piénsese en la fuente de muchas películas de Disney: *La Sirenita* de Andersen, *La Cenicienta* de Perrault, *Blancanieves* de los hermanos Grimm, *Pinocchio* de Collodi y otros personajes tomados del dominio público. La **mimesis** y la **imitatio** han sido las estrategias creativas más usadas por los artistas a lo largo de la historia de la humanidad. La idea romántica del autor-genio solitario, sobre la que se erige el derecho de autor moderno, es una concepción reciente (Rose, 1993) .-

Los monopolios, sean legales o de otro tipo, son problemáticos y sub-óptimos (aun cuando sean considerados necesarios, como en el caso de la propiedad intelectual) no sólo porque limitan el acceso a los consumidores que podrían pagar los costos de producción pero no el precio monopolístico, sino porque además crean una pérdida de bienestar que no beneficia ni al productor ni al consumidor (lo que se conoce en inglés como *deadweight loss*)-.

Es por ello, desde la perspectiva económica, que los derechos de autor no debieran durar más de lo estrictamente necesario para compensar el esfuerzo creativo (lo que los economistas llaman **costos hundidos**). De esta manera se favorece la creatividad, la competencia (la regla en toda sana economía de mercado) y el acceso generalizado a las obras, lo que genera externalidades positivas y efecto derrame en la economía (más conocimiento, innovación, etc.)-.

Además los monopolios pueden incitar la **búsqueda de rentas**, esto es destinar recursos a mantener un privilegio y no a invertirlos en actividades productivas o socialmente valiosas (e.g. mejora de productos, procesos o servicios, I+D, etc.). Desde la perspectiva de la economía del bienestar el dinero destinado a actividades de **cabildeo (lobby)**, ni que hablar de corrupción lisa y llana, es un desperdicio de recursos escasos (Landes & Posner, 2004) .-

Finalmente hay otra razón de eficiencia que justifica la limitación de los derechos de exclusiva sobre las obras del ingenio. Como los derechos de autor nacen sin necesidad de registro constitutivo u otra formalidad (tal como lo establece el Art. 5(2) del Convenio de Berna) su proliferación hace cada vez más difícil explotar las obras. La continua expansión de los plazos del derecho de autor sólo exacerba el problema (piénsese en las **obras huérfanas**)-.

Si cada vez que se quiere usar una obra hay que indagar quién es el verdadero autor, buscarlo, encontrarlo y eventualmente negociar con él una licencia, los costos pueden superar los eventuales beneficios. Tal es la tesis principal de Michael Heller: el **exceso de derechos de exclusiva lleva a la infraexplotación de las obras** debido al aumento de los costos de transacción (M. A. Heller, 1998; M. A. Heller, 2010) .-

3. El delicado y necesario equilibrio entre exclusividad y acceso

Mediante el **sistema de derecho de autor-dominio público (DA-DP)** el legislador trata de conciliar dos políticas públicas de suma relevancia pero cuya maximización contemporánea es imposible, a saber: (a) incentivar la creación de obras nuevas y (b) favorecer su mayor difusión posible.-

Por lo tanto la estrategia del legislador es maximizar una variable a la vez, estableciendo una especie de equilibrio inter-temporal. Así podemos distinguir dos periodos en el sistema DA-DP:

I **Período de vigencia del derecho de autor**

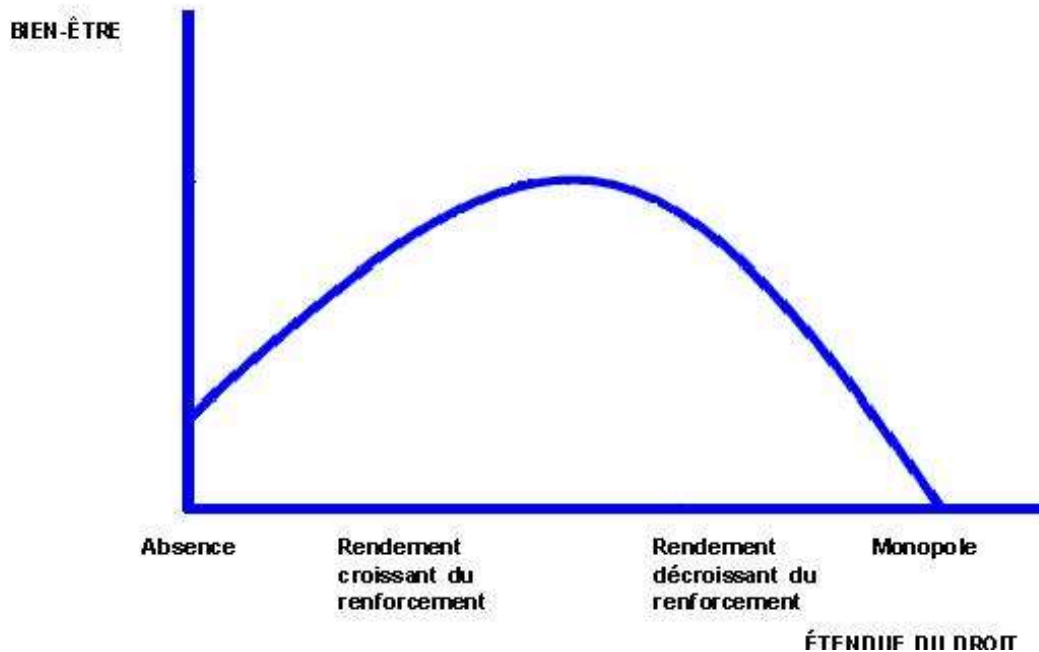
- . Limitado (en general, vida más 50-70 años *post mortem auctoris*)-.
- . El autor o derechohabiente tiene un monopolio de explotación a fin de recuperar su inversión.-
- . Fomenta la eficiencia dinámica.-

II **Período de vigencia del dominio público**

- . Temporalmente ilimitado.-
- . La obra puede ser usada libre y gratuitamente (salvo donde existe un dominio público pagante)-.
- . Favorece un mayor acceso a las obras.-
- . Fomenta la eficiencia estática.-

Conciliar ambos fines de la manera más eficiente posible debiera ser el objetivo de todo regulador. Para ello es fundamental mantener el delicado equilibrio entre incentivos y acceso, entre derechos de los titulares de las obras y de los usuarios.-

Para ilustrar esta relación reproduzco debajo un gráfico (Mackaay & Rousseau, 2008) , en ejercicio del derecho de cita, que ilustra la relación entre la fortaleza de los derechos de propiedad intelectual (ÉTENDUE DU DROIT, sobre el eje horizontal) y su efecto sobre el bienestar o bien común de una sociedad (BIEN-ÊTRE, sobre el eje vertical).-



Como se puede apreciar visualmente, el sistema DA-DP óptimo se encuentra en el punto más alto de la curva. Allí se maximizan recíprocamente las dos variables mencionadas. Nótese que dicho punto no es uno de ausencia total de derechos de propiedad intelectual (a la izquierda, sobre el eje vertical) ni uno de monopolio perpetuo (abajo a la derecha, sobre el eje horizontal).-

Los países de tradición del Common Law, más influenciados por corrientes filosóficas utilitaristas, siempre han tenido en claro que el derecho de autor no tiene fundamento en el derecho natural sino en el bienestar de la sociedad.-

Un informe presentado ante el Congreso de los EE.UU. en 1909, con motivo de la discusión parlamentaria de una reforma a la *Copyright Act*, dice lo siguiente:

*“The enactment of copyright legislation by Congress under the terms of the Constitution is not based upon any natural right that the author has in his writings, for the Supreme Court has held that such rights as he has are purely statutory rights, but upon the ground that **the welfare of the public will be served and progress of science and useful arts will be promoted by securing to authors for limited periods the exclusive rights to their writings**3[3]. The Constitution does not establish copyrights, but provides that Congress shall have the power to grant such rights if it thinks best. **Not primarily for the benefit of the author, but primarily for the benefit of the public, such rights are given**4[4]. Not that any particular class of citizens, however worthy, may benefit, but because the policy is believed to be for the benefit of the great body of people, in that it will stimulate writing and invention, to give some bonus to authors and inventors. In enacting a copyright law Congress must consider, as has been already stated, two questions: First, how much will the legislation stimulate the producer and so benefit the public; and, second, how much will the monopoly granted be*

3[3] Énfasis añadido.

4[4] Énfasis añadido.

detrimental to the public. The granting of such exclusive rights, under the proper terms and conditions, confers a benefit upon the public that outweighs the evils of the temporary monopoly” (US, 1909) .-

Recientemente el **Segundo Circuito de la Corte Federal de EE.UU.**, al establecer que el proyecto de escaneo masivo de libros de Google, sin autorización del titular, no infringe derechos de autor sino que es un caso de **fair use**, ha recordado lo siguiente:

“The ultimate goal of copyright is to expand public knowledge and understanding^{5[5]}, which copyright seeks to achieve by giving potential creators exclusive control over copying of their works, thus giving them a financial incentive to create informative, intellectually enriching works for public consumption. This objective is clearly reflected in the Constitution’s empowerment of Congress “To promote the Progress of Science (...) by securing for limited Times to Authors (...) the exclusive Right to their respective Writings.” Thus, while authors are undoubtedly important intended beneficiaries of copyright, the ultimate, primary intended beneficiary is the public,^{6[6]} whose access to knowledge copyright seeks to advance by providing rewards for authorship” (Authors Guild v. Google, Inc., United Court of Appeals for the Second Circuit., 2015) .-

En los países de tradición civilista hay que recuperar la finalidad de bien común que tienen los monopolios sobre la explotación de obras del intelecto. Estos derechos se otorgan en interés de la comunidad, no exclusivamente del autor (de allí la limitación temporal, que de otra manera no tendría justificación).-

4. Desentrañando el significado del Dominio Público Pagante

En Argentina el Decreto-Ley Nº 1.224/58 (ratificado por Ley 14.467) creó el Fondo Nacional de las Artes (FNA), un organismo autárquico que funciona bajo la égida de la Secretaría de Cultura de la Presidencia de la Nación con el mandato de estimular, desarrollar, salvaguardar y premiar las actividades artísticas y literarias en el país y su difusión en el extranjero. El FNA realiza las siguientes actividades: conceder préstamos, financiar concursos, exposiciones, muestras, financiar misiones culturales, conceder becas, otorgar premios, etc.-

A su vez la Resolución Nº 15.850/77 (T.O. 1978) del FNA creó el cuerpo legal sobre derechos de dominio público pagante. Ella establece que por ciertos usos de obras que ya han pasado al dominio público se debe abonar un gravamen al Estado, que va a parar a las arcas del FNA.-

El Art. 1 de la Resolución Nº 15.850/77 (T.O. 1978) establece que son onerosas la representación, inclusión, exhibición, reproducción o ejecución de obras en el dominio público. El gravamen es aplicable a todo tipo de obras (teatrales, líricas, literarias, científicas, coreográficas, ballets, recitales de poesías, oratorias, películas cinematográficas, pictóricas, escultóricas, arquitectónicas, dibujos y mapas) ya sean representadas, incluidas, exhibidas, reproducidas o ejecutadas por cualquier medio, conocido o a conocerse (radiotelefonía, televisión, en disco, cinta, alambre, videotape, hilo, mediante calcos o vaciados). Debe tenerse en cuenta que en casi todo el resto mundo estos usos de obras en el dominio público son libres y gratuitos.-

La creación del DPP fue justificada diciendo que era necesario para fomentar las actividades artísticas, literarias y culturales en la Argentina. Sin embargo, justamente para incentivar actividades artísticas, literarias y culturales, existe el derecho de autor, que le antecede. El DPP, como incentivo a los autores y artistas, es redundante e innecesario.-

El derecho de autor, como mecanismo generador de incentivos para la creación de nuevas obras, es más eficiente que el DPP por varias razones. El derecho de autor beneficia directamente al artista, sin que sea necesaria la intervención de intermediarios (FNA). El gravamen recaudado en concepto de DPP no lo percibe directamente el artista, sino que pasa a través de una costosa burocracia estatal, con los consiguientes gastos y pérdida de eficiencia. El precio de una licencia de derecho de autor lo fija el mercado. En el caso del DPP las tasas a pagar las fija el regulador, el que cuenta con información limitada e incompleta. Téngase en cuenta al respecto la crítica hecha oportunamente por Friedrich Hayek a la fijación de precios centralizada y su ineficiencia con respecto al mercado como mecanismo descentralizado de agregación de información (Hayek, 1945) .-

Nótese el contraste con el derecho de patentes. **No existe un dominio público pagante en materia de invenciones.** Vencida una patente, cualquier ciudadano puede usarla libre y gratuitamente. ¿Qué justifica el dominio público pagante asimétrico, sólo para obras literarias, artísticas y científicas?

5[5] Énfasis añadido.

6[6] Énfasis añadido.

Una hipótesis podría ser que los ganancias y el cabildeo de las industrias culturales son muy fuertes y la apatía racional de los usuarios dificulta la creación de coaliciones fuertes para defender sus intereses. Me parece apropiado citar aquí a Mancur Olson y su **Teoría de los Grupos de Interés** (Olson, 1965) que postula que los lobbies eficaces tienen pocos miembros, intereses idénticos y beneficios esperados proficuos (e.g. concesión y/o extensión de monopolios o de plazos, protección contra la competencia interna o externa, etc.). En cambio el mercado de la propiedad industrial parecería, al menos en ciertos rubros, ser más competitivo. Un dominio público pagante sobre las invenciones aumentaría los costos de la innovación y el recambio tecnológico para todos los actores, por lo que no hay interés en instaurarlo. La moraleja sería que si se quiere fomentar la creatividad y su acceso, es mejor no gravar las obras ya debidamente compensadas.-

5. Argumentos contra el Dominio Público Pagante

En el artículo mencionado supra la Dra. Lipszyc expone varios argumentos a favor del DPP. A él remito a los interesados. A continuación expondré algunos argumentos por los que considero que el DPP pagante es una institución ineficiente e innecesaria.-

a) El Derecho Comparado lo ignora

Argentina y Uruguay son prácticamente los únicos dos países que actualmente mantienen, en la práctica, un sistema de DPP. El resto de los países tiene un **dominio público gratuito**. Creo que la ausencia de una institución homóloga al DPP allende las fronteras es de por sí elocuente.-

Si el DPP es una institución tan eficiente, como sostiene la Dra. Lipszyc, ¿por qué no ha sido trasplantado a otras jurisdicciones? No sólo el DPP no ha sido exportado, sino que en las últimas décadas ha sido derogado en la mayoría de las jurisdicciones donde estaba vigente.-

De acuerdo al artículo de la Dra. Lipszyc los siguientes países tuvieron, al menos durante algún período del siglo XX, un sistema de DPP vigente, a saber: Argelia, Bolivia, Brasil, Cuba, Camerún, Checoslovaquia, Chile, Congo, Costa de Marfil, Costa Rica, Guinea, Hungría, Italia, Mali, México, Paraguay, Portugal, Ruanda, Senegal y Zaire.-

Nótese que muchos de dichos países fueron países comunistas, donde no existía la propiedad privada sobre los bienes físicos ni intelectuales. En ellos el DPP constituía una alternativa, no un complemento, al derecho de autor (que no tenían).-

Veamos que ha sucedido con los países latinoamericanos. Brasil tuvo un sistema de **dominio público remunerado** vigente entre 1973^[7] y 1983^[8]. O sea, fue abrogado en menos de 10 años. Los tratadistas brasileños consideran al **dominio público remunerado** un impuesto injustificado en beneficio de las sociedades de gestión colectiva (Oliveira Ascensão, 1980) .-

México también tuvo vigente un sistema de dominio público vigente hasta 1993, año en que se lo derogó. Durante los debates parlamentarios de la vigente Ley Federal de Derecho de Autor se dijo: “[Omissis] conviene también considerar la derogación del régimen de dominio público pagante que consiste en entregar a la Secretaría de Educación Pública un 2% del ingreso total que produzca la explotación de obras del dominio público. En la actualidad muy pocos países mantienen un régimen de dominio público pagante ya que el límite temporal de los derechos patrimoniales de autor tiene por objeto promover la difusión de la cultura y pagar por el uso de obras intelectuales o artísticas cuyos derechos patrimoniales ya se extinguieron dificulta la circulación de la obra y las encarece. El pago al Estado en ese caso, se constituye en un verdadero impuesto” (Cámara de Diputados, 1993) .-

Chile, Italia y los otros países también derogaron el sistema de DPP; lo han reemplazado por un sistema de dominio público gratuito. ¿Todos estos países se habrán equivocado? ¿O los equivocados seremos nosotros? Dejo la elección de la respuesta al lector.-

b) Victor Hugo era equilibrado

La Dra. Lipszyc cita a Victor Hugo (1802-1885) como creador del dominio público pagante. Si bien ello es cierto, la afirmación que hace la Dra. Lipszyc, sin mayores cualificaciones, podría ser engañosa.-

7[7] Conforme al Art. 93 de la Ley N° 5.988 del 14 de diciembre de 1973.

8[8] Abrogado mediante Ley N°7.123 del 12 de septiembre de 1983.

Repasemos el pensamiento de Victor Hugo consultando las fuentes directas. Por suerte el FNA no ha intentado cobrarle el gravamen correspondiente al DPP a Wikipedia Foundation, Inc., con sede en EE.UU., y por lo tanto he podido acceder gratuitamente a las obras originales de Victor Hugo (desde hace años en el dominio público).-

Victor Hugo fue un ferviente impulsor de la **propriété littéraire**, en una época en que ésta no existía como tal. En 1838, junto a Honoré de Balzac, Alexandre Dumas, George Sand y otros fundó la **Société des gens de lettres** para defender los derechos materiales y morales de los autores. Esta institución aún pervive.-

Es cierto que Victor Hugo defendió la idea de instaurar un régimen de dominio público pagante en Francia en dos discursos durante el **Congrès Littéraire International** de 1878, celebrado en París. El primero el día 21 de junio y el segundo el 25 de junio de dicho año (Hugo, 1885) .-

Pero el **domaine public payant** que defendió Victor Hugo era muy distinto del que existe hoy en Argentina. Primero y principal, hay que recordar que por aquél entonces no existían derechos de autor reconocidos internacionalmente (la Convención de Berna, en su primera versión, data de 1886).-

Victor Hugo, a diferencia de muchos tratadistas de derecho de autor hodiernos, reconocía un triple orden de derechos: (a) los del autor sobre sus obras (materiales y morales), (b) los de la sociedad (a acceder a esas obras una vez publicadas) y, (c) los de los herederos de los autores (sólo materiales).-

De acuerdo al pensamiento de Victor Hugo la función del dominio público era justamente la de conciliar ese orden tripartito de derechos. Así, el autor tendría derechos ilimitados sobre su obra **exclusivamente durante su vida** (no concebía derechos de autor *post mortem auctoris*). Luego de fallecido el autor cualquier persona podría editar sus obras libremente, debiendo por ello pagar solo una contribución en favor de sus herederos (*redevance perpetuelle*).-

Victor Hugo sostenía que fallecido el autor los derechos de la sociedad estaban por encima de los de los herederos. En sus propias palabras: "[Omissis] *je veux que la loi soit absolument juste. Je veux même qu'elle incline plutôt en faveur du domaine public que des héritiers. [Omissis] Ce droit [el de los herederos], messieurs, ne l'oubliez pas, doit être très modéré, car il faut que jamais le droit de l'héritier ne puisse être une entrave au droit du domaine public, une entrave à la diffusion des livres. [Omissis]*" (Ibíd).-

Su primer discurso concluye de la siguiente manera: "*1° Il n'y a que deux intéressés véritables: l'écrivain et la société; l'intérêt de l'héritier, quoique très respectable, doit passer après. 2° L'intérêt de l'héritier doit être sauvegardé, mais dans des conditions tellement modérées que, dans aucun cas, cet intérêt ne passe avant l'intérêt social*" (ibíd).-

En su segundo discurso Victor Hugo refuerza que el **domaine public payant** comienza inmediatamente después de la muerte del autor. A su vez distingue entre herederos de sangre (causahabientes) y de espíritu (la sociedad), destacando el interés superior de la segunda por sobre los primeros.-

La propiedad literaria para Victor Hugo no es absoluta. Ésta encuentra límites para servir al interés general: "*La propriété, il y a des jurisconsultes qui m'entendent, est limitée selon que l'objet appartient, dans une mesure plus ou moins grande, à l'intérêt général. Eh bien, la propriété littéraire appartient plus que toute autre à l'intérêt général; elle doit subir aussi des limites*" (ibíd).-

Como se puede apreciar la concepción que tenía Victor Hugo tanto de la propiedad literaria como del dominio público pagante era mucho más progresista de lo que sus intérpretes nos han querido hacer creer. Él entendió mejor que otros la importancia del equilibrio sistémico entre DA-DP.-

c) El valor del dominio público no es cero

Mucho se habla de las ganancias y de las pérdidas de los autores pero poco del valor intrínseco del dominio público. Empecemos por distinguir la ganancia de los productores del bienestar agregado (**total welfare**). Los autores que sólo toman en cuenta la ausencia de ganancias de parte de los productores o editores y desdeñan el valor del dominio público no entienden de economía.-

Como explica cualquier manual de microeconomía precio no es lo mismo que valor. Si lo fuera no habría transacciones (uno compra lo que valúa por encima del precio que paga y vende lo que valúa por debajo del precio que recibe).-

Un legislador bienintencionado no debiera legislar para asegurar ganancias a un sector productivo determinado sino para maximizar el bienestar agregado de la sociedad toda (el mentado **total welfare**). Éste se compone del excedente de los productores (ganancia) y del excedente de los consumidores (utilidad).-

Bienestar agregado (TW) = Excedente de los productores (precio – costos) + Excedente de los consumidores (utilidad – precio)

Para el productor la ganancia está dada por la diferencia entre sus costos y el precio que pagan por su producto o servicio los consumidores. Para el consumidor la utilidad que obtiene de un producto o servicio es la diferencia entre el precio pagado y el valor que éste le otorga.-

Citemos un ejemplo dado por Pollock (Pollock, 2006) . Supongamos que una novela se vendía a \$10 durante la vigencia del derecho de autor y luego de pasar al dominio público su precio baja a \$5. Para los juristas que no entienden de economía aquí hubo una pérdida de \$5 por libro.-

Pero no ha sido así. No hay destrucción de valor sino una redistribución. Volvamos al primer caso. Supongamos que un consumidor compra una obra que valora en \$15, su excedente en tal caso es de \$5 (\$15 - \$10). Al bajar el precio la utilidad de la obra sigue siendo la misma, sólo que ahora el excedente del consumidor es mayor (\$10 en lugar de \$5).-

No sólo no se ha destruido valor sino que además, la baja del precio permite que los consumidores que valoraban la obra menos que su precio monopolístico y los que no podían pagarlo ahora puedan acceder a ella, acrecentando así el excedente del consumidor.-

Decir que la baja del precio de una obra que cae en el dominio público destruye valor es un error conceptual grave. Baja el precio, no el valor.-

d) Existen estudios empíricos que prueban los efectos disponibilidad y precio

La Dra. Lipszyc sostiene que la entrada de una obra al dominio público no tiene ningún efecto sobre su precio. Su opinión no está refrendada por ningún estudio empírico.-

Podemos decir que en materia de derechos de propiedad intelectual, y de derecho en general, las opiniones abundan pero las pruebas empíricas escasean. Nos enfrentamos a un peligroso déficit empírico y así corremos el riesgo de verter tinta sobre cuestiones abstractas.-

No obstante sí existen algunos estudios empíricos en la materia y las conclusiones contradicen la opinión de la Dra. Lipszyc. Se ha demostrado que la entrada de una obra en el dominio público genera dos efectos: **mayor disponibilidad** y **menor precio**.-

Un estudio realizado por la red **COMMUNIA**, iniciativa subvencionada por el programa *eContentplus* de la Unión Europea, encontró correlación positiva entre la entrada al dominio público de una obra y su mayor disponibilidad (Frosio, 2011) .-

Caso 1. Las obras de **Sigmund Freud** entraron al dominio público en Italia en 2010. Como consecuencia dentro de los nueve meses posteriores 10 editoriales publicaron 36 obras del padre del psicoanálisis. Compárese con lo que sucedió entre 1999 y 2009, vigente el derecho de autor, década en la cual sólo se publicaron 16 obras de Freud en Italia (ibíd.).-

Caso 2. En 2007 las obras del compositor y organista **Louis Vierne** entraron al dominio público en Francia. Las partituras originales de Vierne contenían muchos errores, lo que era reconocido por los expertos. Es que Vierne había nacido ciego. Durante la vigencia del derecho de autor nadie se había atrevido a enmendar dichos errores (hacerlo sin autorización del titular hubiera sido infracción al derecho de autor). Entradas las obras al dominio público todos los errores fueron finalmente corregidos y dos editores alemanes publicaron por primera vez sus obras completas (ibíd.).-

Si bien monetizar el valor del dominio público es difícil ello no es imposible. Heald, Erickson y Kretschmer publicaron recientemente un trabajo en el cual monetizan el valor de las fotografías en el dominio público incluidas en las páginas de Wikipedia (Heald, Erickson, & Kretschmer, 2015) .-

De acuerdo al cálculo de los autores el valor de las fotos de Wikipedia (su utilidad para los lectores) equivale a una cifra que oscila entre los 246 y 270 millones de dólares por año (ibíd.).-

Heald, sólo, ya había realizado otro estudio sobre los **bestsellers** en EE.UU. donde llegó a la conclusión de que las obras en el dominio público tienen más ediciones y un precio mucho más bajo que las que están protegidas por copyright (Heald, 2006) . Según su análisis el precio promedio de los **bestsellers** bajo *copyright* es de USD 8,05 mientras que de los que están en el dominio público es de USD 3,85 (ibíd.).-

Pollock, Stepan y Välimäki también han podido cuantificar el **efecto precio** del dominio público. Utilizando datos extraídos del **Nielsen Book Data** para el mercado editorial británico, el conjunto de datos más grande conseguido hasta el momento (64.000 libros), han podido determinar que el precio de las obras en el dominio público es, al menos, entre un 5-15% más barato que el de obras protegidas por el derecho de autor (Pollock, Stepan, & Välimäki, 2010) .-

En el mismo trabajo también encontraron evidencia empírica de que el dominio público tiene un efecto positivo sobre la disponibilidad de títulos. Es decir, hay más obras y más versiones disponibles de éstas una vez que aquellas ingresan al dominio público. Tomando como punto de partida los datos de la **Société Civile des Producteurs Phonographiques** de Francia se pudo determinar que cuando las obras fonográficas pasan al dominio público su disponibilidad aumenta casi en un 50% (1680 obras en lugar de 1094) (ibíd.).-

e) Hablar de competencia desleal es proteccionismo disfrazado

Los defensores del DPP suelen justificarlo diciendo que las obras en el DPP compiten de manera “desleal” con las que están protegidas por el derecho de autor. La deslealtad estaría dada, según este argumento, por el menor precio de las obras en el dominio público.-

Este argumento no es otra cosa que proteccionismo disfrazado y es falaz por varias razones. En primer lugar comete el error de tratar a las obras protegidas por derecho de autor y a las obras en el dominio público como si fueran sustitutos perfectos. Como si la Novena Sinfonía de L.V. Beethoven compitiera con el último álbum de Catupecu Machu.-

En segundo, esta sesgado ya que sólo toma en cuenta el interés de los productores pero no el de los consumidores de bienes culturales. En tercero, contraría principios básicos del derecho de defensa de la competencia: no es la competencia la que se debe limitar sino los monopolios. En competencia el precio tiende a acercarse a su costo marginal y eso es bueno para todos los consumidores. Justamente por eso se combaten los monopolios y sólo se toleran aquellos justificados económicamente (como los DPI).-

Lo de la competencia “desleal” me recuerda el satírico panfleto de Frédéric Bastiat sobre los fabricantes de velas franceses pidiendo al rey de Francia que protegiera su industria mediante una ley que obligue al uso de cortinas en horarios diurnos, para así protegerse de un competidor “desleal”, el sol (Bastiat, 1863) .-

6. Conclusion

¿Los beneficios del dominio público pagante argentino superan sus costos (administrativos, de transacción, etc.)? En mi opinión no. El DPP es administrado por una burocracia estatal que es costosa y su existencia desincentiva la circulación de muchas obras. Además supone una barrera de acceso a obras que ya han sido debidamente compensadas durante la vigencia del derecho de autor.-

Si bien es difícil invito al lector a realizar el siguiente experimento mental. Si no hubiera DPP... ¿Cuánto más económico sería el acceso a textos clásicos? ¿Cuántas más ediciones de ellos habría? ¿Cuántas nuevas versiones, remasterizadas y digitalizadas, de películas en blanco y negro veríamos? ¿Cuántos nuevos documentales con contenidos del dominio público? O, en el caso que el DPP se expanda por el mundo, ¿Qué pensaría si hubiera que pagar por acceder a los contenidos de Wikipedia, Wikisource o Wikicommons? No sólo los consumidores de obras culturales, sino también los editores, los documentalistas, los educadores, los cineastas, los músicos y un sinnúmero de creativos se beneficiarían si se deroga el DPP.-

La teoría económica y el análisis económico del derecho son contrarios al DPP porque es una institución ineficiente, innecesaria, contraria al bienestar general y un obstáculo a la difusión de las obras del ingenio. Casi todos los demás países del globo lo han entendido así y por eso nunca lo instauraron o si lo hicieron hace tiempo que lo han derogado. En consecuencia Argentina haría bien en derogar el DPP.-

Esto no necesariamente significa que el FNA deba desaparecer. Si consideramos que el rol del FNA es fundamental y sus costos operativos son razonables habría que pensar en estrategias de financiamiento para los artistas menos distorsivas. Un desafío pero no uno imposible.-

Para que la Argentina sea competitiva en la economía global del conocimiento no sólo hace falta contar con normas e instituciones jurídicas eficientes sino también eliminar aquellas que no lo son. Soy consciente que la derogación de una institución que tiene décadas de arraigo y una burocracia estatal detrás requiere coraje político. Lo primero que debiera hacer el gobierno es fomentar el debate, generar un espacio donde discutir racional, científica y rigurosamente, preferentemente con datos empíricos, una reforma en aras del bienestar general (no para favorecer a un sector determinado). Ojalá este trabajo sirva como humilde aporte a tal fin.-

7. Bibliografía

- Authors Guild v. Google, Inc., United Court of Appeals for the Second Circuit.-
- Bastiat, F. (1863). *Pétition des fabricants de chandelles, bougies, lampes, chandeliers, réverbères, mouchettes, éteignoirs, et des producteurs de suif, huile, résine, alcool, et généralement de tout ce qui concerne l'éclairage.*. In *Sophismes Économiques (œuvres complètes)* (pp. 57–62).-
- Cámara de Diputados. (1993). *Crónica Parlamentaria, Decreto que reforma, adiciona y deroga disposiciones de diversas leyes relacionadas con el Tratado de Libre Comercio de America del Norte, presentada por el Ejecutivo federal el martes 25 de noviembre de 1993*. Retrieved from <http://cronica.diputados.gob.mx/Iniciativas/55/185.html>
- Cooter, R., Ulen, T., & Suárez, E. L. (2009). *Derecho y Economía*. Fondo De Cultura Economica USA. Retrieved from <https://books.google.com.ar/books?id=EP1uyjL7f0cC>
- Frosio, G. (2011). *Communia Final Report*.-
- Hayek, F. (1945). The Use of Knowledge in Society. *American Economic Review*, XXXV(4), 519–30.-
- Heald, P. J. (2006). Copyright Ownership and Efficient Exploitation: An Empirical Study of American Works Before and After They Enter the Public Domain. *AHRC Copyright Research Network Conference 2006*.-
- Heald, P. J., Erickson, K., & Kretschmer, M. (2015). The Valuation of Unprotected Works: A Case Study of Public Domain Photographs on Wikipedia.-
- Heller, M. (2010). *The Gridlock Economy: How Too Much Ownership Wrecks Markets, Stops Innovation, and Costs Lives*. Basic Books. Retrieved from <https://books.google.com.ar/books?id=3-SN6e5fzawC>
- Heller, M. A. (1998). The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets. *Harvard Law Review*, 111(3), 621–688. Retrieved from <http://www.jstor.org/stable/1342203>
- Hugo, V. (1885). Le domaine public payant, Paris - III CONGRÈS LITTÉRAIRE INTERNATIONAL. In *Actes et paroles Depuis l'exil 1876-1885*. Paris.-
- Landes, W. M., & Posner, R. A. (2004). *The Political Economy of Intellectual Property Law*. AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies. Retrieved from <https://books.google.com.ar/books?id=HUiXSgN7j98C>
- Lipszyc, D. (2014). El dominio público oneroso (o “pagante”) en materia de derecho de autor como fuente de financiamiento de la cultura”. *Revista Iberoamericana de Derecho de Autor*, 14.-
- Mackaay, E., & Rousseau, S. (2008). *Analyse économique du droit*. Dalloz. Retrieved from <https://books.google.com.ar/books?id=WFkwNAAACAAJ>
- Oliveira Ascensão, J. (1980). *Direito autoral*. Forense.-
- Olson, M. (1965). *The Logic of Collective Action*. Harvard University Press.-
- Pollock, R. (2006). *The Value of the Public Domain*.-
- Pollock, R., Stepan, P., & Välimäki, M. (2010). *The Value of the EU Public Domain*.-
- Posner, R. A., & Suarez, E. L. (2008). *El análisis económico del derecho*. Fondo De Cultura Economica USA. Retrieved from <https://books.google.com.ar/books?id=-gdsulfxqeIC>
- Rose, M. (1993). *Authors and Owners: The Invention of Copyright*. Harvard University Press. Retrieved from <https://books.google.com.ar/books?id=HMB4hdF4ITMC>
- Stordeur (h), E. (2011). *Análisis Económico del Derecho. Una Introducción*. Abeledo Perrot.-
- US. (1909). *The House Report 1 on the Copyright Act of 1909*.-

Citar: elDial.com - DC213F

Publicado el: 01/01/1900

Copyright 2016 - elDial.com - editorial albrematica - Tucumán 1440 (1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina