

Documento de Trabajo N° 03-2013/GEE

Reflexiones en torno a la Economía de los Derechos de Propiedad Intelectual: Derechos de Autor

Gerencia de Estudios Económicos
Septiembre 2013

Reflexiones en torno a la economía de los Derechos de Propiedad Intelectual

Documento de Trabajo elaborado por:

Javier Coronado Saleh – Gerente de Estudios Económicos

Rodolfo Tupayachi Romero – Ejecutivo 1

Paola Servan Ventura – Especialista 2

Yazmin Zárate Sheen – Profesional en Economía

Se agradece la valiosa colaboración de Nancy Buob Concha, miembro de la Gerencia.

Indecopi – Gerencia de Estudios Económicos

Calle de la Prosa 104, San Borja, Lima, Perú.

Teléfono: (51-1) 2247800, anexo 1385.

Website: <http://www.indecopi.gob.pe/>

Los Documentos de Trabajo se enmarcan dentro del rol y funciones asignadas a la Gerencia de Estudios Económicos, mediante Decreto Supremo N° 107-2012-PCM. Se trata de documentos que se encuentran en preparación y, en tal sentido, la reproducción de sus contenidos no está permitida.

Las opiniones vertidas en el presente documento son responsabilidad de sus autores y no comprometen necesariamente la posición de la Alta Dirección y/o de los Órganos Resolutivos del Indecopi.

Los comentarios o sugerencias pueden ser remitidos al correo electrónico: jcoronado@indecopi.gob.pe



CONTENIDO

Introducción	2
1. DPI: Conocimiento, Ideas y Creatividad	3
1.1. El Origen Común de los Bienes Creativos	4
1.1.1 Rivalidad y Exclusión	4
1.1.2. Tecnología de producción de los bienes creativos	6
1.1.3. Incertidumbre e incentivos económicos	8
1.2. Fallas de Mercado y Alternativas de Política Pública	9
1.2.1. Derechos de Propiedad Intelectual (DPI): “Trade-Offs” de Bienestar	9
1.2.2. Diseño óptimo de la cobertura de los DPI	11
1.2.3. Una discusión sobre la importancia de la acumulación de conocimiento	12
2. Economía de la Remuneración de los Bienes Artísticos	13
2.1. Interpretación desde la Perspectiva de Precios No Competitivos (Excessive Prices)	14
2.2. El Criterio <i>Willing Buyer-Willing Seller</i>	16
3. Sociedades de Gestión Colectiva de los Derechos de Autor	19
3.1. Trade-offs de la Gestión Colectiva de los Derechos de Autor	19
3.1.1. Casos analizados por Agencias de Competencia	22
3.2. Las SGC en la Era Digital: Oportunidades y Desafíos	24
4. Aspectos Económicos del Uso y la Remuneración: El Caso de la Música	25
4.1. Uso y Comunicación del Recurso Musical en Radios Comerciales	26
4.2. Uso del Recurso Musical por Otro Tipo de Usuarios	30
Conclusiones	32
Referencias bibliográficas	34
Anexos	36
Anexo 1: Resultados del modelo de Audley y Boyer para el caso de las radios comerciales canadienses	36

INTRODUCCIÓN

El estudio económico asociado a los Derechos de Propiedad Intelectual (DPI) se ha concentrado en caracterizar y formalizar los atributos de los bienes de contenido científico, creativo e innovador. Existe extensiva literatura que analiza, por ejemplo, las características tecnológicas de la producción de ideas, conocimiento, entre otros.¹ Asimismo, se ha desarrollado toda una literatura que busca explicar el efecto de la existencia de marcos normativos específicos, como la protección de patentes, sobre los incentivos a la investigación y desarrollo de innovaciones de carácter tecnológico.

La literatura, no obstante, es más bien escasa en lo referente al estudio y formalización de aspectos inherentes a los llamados bienes artísticos o culturales (*cultural goods*), aun y cuando los Derechos de Autor, la rama de los DPI destinados a la protección de los derechos de los autores, productores, intérpretes y ejecutantes, están ampliamente difundidos y los esfuerzos por llevarlos a la práctica efectiva se han multiplicado, tanto a nivel nacional como internacional.

En efecto, no parece haber un conjunto de referencias suficientemente desarrollado que responda a preguntas de orden normativo y positivo sobre el papel de los marcos normativos y regulatorios de los Derechos de Autor sobre el fomento y emergencia de *industrias creativas* específicas a los bienes artísticos. Es notorio que la teoría económica y los esfuerzos por aplicarla no han alcanzado, de forma suficiente, a los aspectos económicos subyacentes a la aplicación práctica de los Derechos de Autor.

Este Documento de Trabajo tiene por objetivo presentar de manera organizada los principales aspectos económicos de la economía y política pública de los Derechos de Autor y proponer reflexiones respecto de los diferentes *trade-offs* que pueden condicionar el desempeño práctico de los mismos. Asimismo, el documento busca asociar determinados temas recurrentes en la aplicación de los Derechos de Autor a conceptos económicos plenamente aceptados y que pueden ser muy útiles para proponer recomendaciones tanto a los creadores, como a los *policy makers* y los usuarios comerciales de las obras creativas.

El Documento de Trabajo se desarrollará a lo largo de cuatro secciones. La Sección 1 presenta, de manera breve y concisa, los principales atributos de los bienes creativos desde una perspectiva común a todos ellos, los problemas derivados de las fallas de mercado que dichos atributos generan, y las opciones de política para resolverlas. La Sección 2 da inicio a la exposición de los aspectos específicos más relevantes en torno a la economía de los Derechos de Autor, desde una perspectiva positiva. En particular, dicha sección se ocupa de reseñar los desarrollos prácticos (positivos), respecto de la denominada “Remuneración Equitativa”. La Sección 3 se enfoca en discutir aspectos destacables de la organización de la gestión para hacer efectiva dicha remuneración, básicamente sobre la base de la experiencia internacional.

¹ Ver por ejemplo (2000) *Apuntes de crecimiento económico*. Antoni Bosch Editor.

Finalmente, la Sección 4 busca presentar, mediante una ilustración, la manera en la que los criterios de racionalidad, proporcionalidad y uso efectivo, relativos a la “Remuneración Equitativa” pueden asociarse desde un punto de vista formal a conceptos económicos estándar.

1. DPI: CONOCIMIENTO, IDEAS Y CREATIVIDAD

En esta primera Sección se presenta, de manera organizada, las características y atributos que perfilan a los bienes asociados al conocimiento, las ideas y la creatividad. Existe cierta confusión respecto de lo que debe entenderse por bienes asociados al conocimiento, ideas y creatividad. En general, las invenciones, los avances científicos y organizacionales, las obras teatrales, musicales o audiovisuales, tienen importantes vínculos relacionados a un proceso creativo individual o en equipo.

De acuerdo con un reporte de la UNCTAD (2004), Howkins (2001)² introduce formalmente el concepto de “industrias creativas”, para referirse a la producción de todos aquellos productos que involucran un proceso creativo, aunque el proceso de producción puede ser altamente específico a cada producto. Asimismo, en el Reporte “Creative Economy 2008”, la UNCTAD, desarrolló un marco conceptual, con la finalidad de proponer un lenguaje común para el estudio de estas industrias.

De acuerdo con el trabajo desarrollado por expertos convocados por la UNCTAD, la “Creatividad”, en un contexto de mercado, se refiere al uso de nuevas ideas que deviene en la producción de trabajos originales. Siendo así, las industrias creativas deben entenderse, en los tiempos que corren, como todas aquellas industrias que desarrollan productos originales, sobre la base de ideas novedosas: i) Obras artísticas o culturales, ii) Creaciones funcionales, iii) Avances científicos, iv) Innovaciones tecnológicas.³ Para una agrupación sencilla de los bienes creativos ver Cuadro 1.

Cuadro 1
UNA AGRUPACIÓN SENCILLA DE LOS BIENES CREATIVOS

Sub Grupo	Ejemplos
Obras o bienes artísticos y culturales	Obras teatrales, Canciones, Películas Cinematográficas
Creaciones funcionales	Diseños arquitectónicos, diseños de moda
Avances científicos	Fórmulas matemáticas, descubrimientos médicos o biológicos
Innovaciones tecnológicas	Máquinas, herramientas, inclusive avances organizaciones y de gestión.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi, sobre la base de UNCTAD (2008)

² Ver UNCTAD (2004).

³ Ver UNCTAD (2008).

La UNCTAD actualizó dicho reporte, en 2010, considerando una revisión de los conceptos relativos a los bienes creativos, las industrias creativas y la economía creativa.⁴ En este reporte, se precisa que el concepto de creatividad se puede distinguir, desde el punto de vista económico, en tres grandes ramas: i) La creatividad artística, como nuevas formas de interpretar la realidad y expresarlas, entre otros, en sonidos, textos o imágenes; ii) La creatividad científica, asociada a la voluntad de experimentar y buscar nuevas soluciones a los problemas cotidianos; y iii) La creatividad económica, ligada a los avances tecnológicos y de gestión destinados a obtener alguna ventaja competitiva en el mercado.

Si bien este Documento de Trabajo se circunscribe, básicamente, a los aspectos económicos más importantes del desarrollo práctico de los derechos asociados a los bienes artísticos o culturales (tal y como se verá a partir de la Sección 2), las reflexiones iniciales son comunes a la diversidad de bienes creativos.

Por ello, las siguientes sub-secciones tratarán, por una parte, los conceptos que han permitido definir de forma general a estos bienes y, de otra, las tensiones propias de las políticas públicas que buscan resolver problemas de bienestar social derivados precisamente de esas características comunes.

1.1. EL ORIGEN COMÚN DE LOS BIENES CREATIVOS

1.1.1 Rivalidad y Exclusión

De acuerdo con Sala-i-Martin (2000), en general los bienes y servicios de una economía se pueden categorizar según, dos dimensiones relativas, principalmente, a la demanda de los mismos, el grado de rivalidad y el grado de exclusión.

A continuación se plantea una definición sencilla de Rivalidad:

Definición 1: Rivalidad.- La característica de rivalidad de un bien o servicio se refiere al grado de disponibilidad del producto, una vez que ha sido consumido por un individuo o una entidad. Un “Bien Rival” es aquél que una vez consumido limita las posibilidades de consumo de otros consumidores individuales.

Así, por ejemplo, el acto de escuchar y disfrutar de una canción, por parte de un individuo no implica, necesariamente, que otro individuo no pueda disfrutar al mismo tiempo de la misma canción o que la misma no esté disponible en el futuro para satisfacción de otros consumidores. De esta manera, una canción, y más específicamente, un fonograma, sería un bien más cercano a la *no rivalidad* que a la rivalidad.⁵

⁴ Ver UNCTAD (2010).

⁵ En marcado contraste con el ejemplo anterior, si un individuo consume, por ejemplo, una manzana, esta no podrá ser consumida por otro individuo. Algún agente de la economía deberá cosechar otras manzanas para satisfacer las necesidades de otros individuos. En este caso, las manzanas son claras candidatas a recibir el calificativo de bien rival.



De hecho, el carácter de rivalidad de un bien o servicio no admite valores medios. Un bien o servicio es Rival o No Rival, pero difícilmente se puede pensar en un bien medianamente rival o parcialmente no Rival.

De otro lado, para comprender los atributos específicos que tienen los bienes asociados a la creatividad, es importante definir con precisión el concepto de “exclusión”:

Definición 2: Exclusión.- Se dice que un bien o servicio es susceptible de ser excluido si un agente relacionado es capaz de limitar el acceso al uso, consumo o disfrute.

Naturalmente, la diversidad de bienes y servicios que se producen en una economía se pueden categorizar, según su grado de exclusión, entre altamente excluibles, medianamente excluibles y no excluibles. Por ejemplo, podríamos decir que la música, o más específicamente un fonograma, es un bien cuyo grado de exclusión es medio, en la medida que un consumidor individual debe pagar por la grabación para reproducirla posteriormente, pero puede reproducir dicha grabación en un evento social. Los asistentes al evento no han pagado por la grabación, sin embargo disfrutarán de la melodía.⁶

Los bienes creativos, en general, presentarían un marcado carácter no rival, en la medida que, por ejemplo, una idea (sea cual fuere su uso o función), una vez desarrollada, puede ser utilizada de forma simultánea por multiplicidad de agentes, sin que dicho consumo agote su disponibilidad. Lo mismo puede decirse de una composición musical, una fórmula matemática, un algoritmo, un código informático que da soporte a un software específico, un diseño organizativo o gerencial, entre muchos otros.

Sin embargo, los bienes creativos en la amplísima gama de posibilidades que pueden llegar a cubrir, pueden tener diferentes grados de exclusión. Respecto de las fórmulas matemáticas, por ejemplo, es claro que debe ser prácticamente imposible limitar el uso de este tipo de creaciones. En el caso de la música o los programas informáticos, podríamos decir que su grado de exclusión es medio, aunque dado el carácter digital que toman estas expresiones de creatividad, actualmente, es cada vez más difícil limitar su uso y consumo, toda vez que es relativamente fácil para un usuario compartir por medios electrónicos el contenido de la creación.

Finalmente, dependiendo de la forma de distribución de los bienes creativos, es posible limitar altamente el uso o consumo de algunos bienes de esta naturaleza. Por ejemplo, en el caso de una película o documental emitido a través de los servicios de televisión por cable, solo si el consumidor se suscribe al servicio podrá disfrutar de estas expresiones creativas.

⁶ Continuando con la ilustración anterior, una manzana puede calificarse como un bien altamente excluible, en la medida que para poder acceder a ella, un consumidor debe cumplir con una obligación, como es, por ejemplo, el pago al agricultor o al comerciante que distribuye el producto. En principio, si el consumidor no cumple con esa obligación, sencillamente no podrá consumir la manzana.

Es interesante notar, en el proceso de distribución al mercado de bienes creativos, el sub-grupo que hemos denominado bienes artísticos y culturales, requieren conjugarse con bienes rivales, como son, por ejemplo, discos compactos (si la distribución es física) o los servicios esenciales de acceso a Internet (si la distribución es digital).

Cuando un bien es no excluible, tiene un grado de exclusión bajo, o su grado de exclusión, por efectos de la tecnología o las formas de distribución que puede tomar, es cada vez menor, surge un problema de *apropiación*.

Esto quiere decir que la dificultad de excluir a potenciales usuarios o consumidores de un bien creativo, implica que el creador (por ejemplo, el compositor de una canción, o el desarrollador de un principio activo con aplicaciones terapéuticas), tendrá dificultades para reclamar las rentas que el uso y consumo de estos productos pueden generar.⁷

Bajo esta perspectiva y el supuesto razonable, según el cual un creador realiza un esfuerzo de creación motivado por un ánimo de obtener un beneficio económico, los potenciales problemas de *apropiabilidad* restarán atractivo a la actividad creadora. A este problema se le añaden otros de tipo tecnológico, propio de los bienes no rivales, y relativos a la incertidumbre de estos productos, que discutiremos a continuación.

1.1.2. Tecnología de producción de los bienes creativos

En general, los bienes creativos tienen la peculiaridad de que una vez que han sido creados- o si se quiere, producidos por primera vez- no es necesario volver a producirlos para hacerlos disponibles al público consumidor. No obstante, una creación original requiere tiempo y esfuerzo, y en ocasiones una importante inversión en el desarrollo e investigación necesarios para alcanzar la meta.

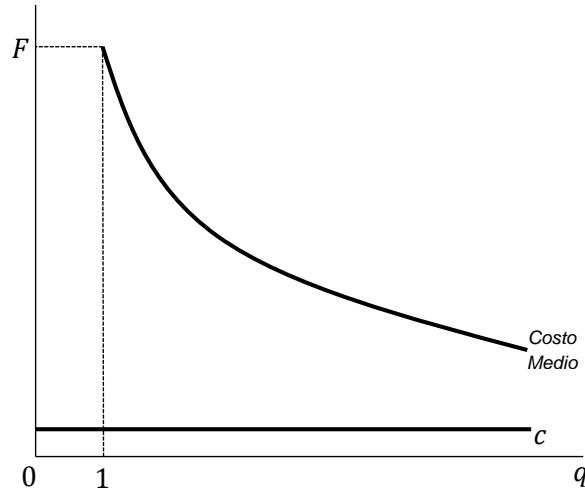
El valor monetario del esfuerzo para producir un bien creativo, ya sea una obra musical o una innovación, puede verse como un valor F muy elevado. Por su parte la producción de las siguientes unidades, o más precisamente la reproducción de la obra musical o innovación tiene un costo marginal constante (no dependiente de las unidades producidas) de escasa entidad. Así, por ejemplo, el costo marginal de producción se puede denotar como $c \approx 0$.

De manera ilustrativa, la Figura 1 presenta la evolución de los costos medios de producción para diferentes valores de la escala q . Así, por ejemplo, la primera unidad (1) tendrá un costo medio de producción prácticamente equivalente al costo fijo. En

⁷ La clasificación de rivalidad vs. no rivalidad y grado exclusión es útil también para caracterizar los bienes públicos. Los bienes públicos presentan una alta rivalidad, pero baja exclusión. Por ejemplo, el acceso a zonas de pastura de ganado puede ser difícil de limitar, no obstante, el pasto que come el ganado de un pastor no estará disponible para satisfacer las necesidades de alimentación del ganado de otro pastor. Este ejemplo proviene precisamente de los problemas derivados de las tierras comunes del cual se adopta el término "bienes públicos".

adelante, conforme se incrementa el número de unidades, el costo medio de producción será decreciente.

Figura 1
COSTOS MEDIOS Y MARGINALES DE BIENES NO RIVALES



Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

La ilustración, en la que se observa que el costo medio es decreciente pero siempre superior al costo marginal, es típica de industrias donde la tecnología exhibe rendimientos crecientes a la escala de producción.

En este contexto, los rendimientos crecientes a la escala de producción hacen inviable la organización de la producción de los bienes creativos, mediante un mercado competitivo tradicional, donde todos los agentes son precio-aceptantes y la información entre estos es completa y simétrica, principalmente porque los precios ajustados a costos marginales, en este caso, no generarán recursos suficientes para cubrir la inversión inicial (F).⁸

El paradigma competitivo, por lo tanto, no generaría los incentivos necesarios para fomentar el desarrollo de bienes creativos y, por lo tanto, no ofrecería una solución eficiente a la organización de las industrias creativas.

Siendo así, la tecnología de los bienes creativos implica ciertas características de monopolio natural y por lo tanto, *ceteris paribus*, es posible que solo empresas con suficiente poder de mercado (capacidad de poner un precio por encima de un *benchmark* competitivo⁹) estén en posición de producir ideas.

⁸ Adicionalmente, el supuesto de información completa y simétrica generaría automáticamente la no *apropiabilidad* de los escasos beneficios que en un contexto de competencia podría generar la comercialización de los bienes creativos.

⁹ Ver Motta (2004), capítulo 2.

1.1.3. Incertidumbre e incentivos económicos

Sutton (2000) propone que existen industrias que dependen fuertemente de la investigación y desarrollo, donde el esfuerzo investigador tiene un componente de incertidumbre nada despreciable. Por ejemplo, ilustra que las industrias farmacéuticas, en su búsqueda por dotarse de avances en el descubrimiento de principios activos que sean relativamente más efectivos que los existentes, suelen invertir grandes recursos en diferentes “camino” prometedores, en lugar de poner todos los esfuerzos en un solo programa específico.

Ello denota la incertidumbre respecto del valor comercial que puede tener un bien creativo, en aquél caso asociado a una innovación farmacéutica.

En el caso de los bienes artísticos y culturales (ver Cuadro 1), bajo el supuesto que el creador de este tipo de bienes tiene un afán de lucro, los mismos tienen, por lo general, un valor comercial desconocido, el mismo que se revela conforme el producto se hace cada vez más conocido y difundido. En cierto sentido, un creador de música original, por ejemplo, no tiene certeza si su creación tendrá la acogida necesaria entre el público, como para convertirse en un bien con un alto valor comercial.

De hecho, buena parte de los bienes creativos, además de las características fundamentales descritas en el punto 1.1.1, tienen la peculiaridad de pertenecer a mercados de bienes de experiencia (*experience goods*), tal como señala, por ejemplo, Shapiro (1983). A grandes rasgos, los bienes de experiencia son aquellos cuyos principales atributos son desconocidos para el consumidor hasta que este se anima a consumir el producto de forma efectiva. Naturalmente, el consumo del mismo dependerá de la expectativa inicial que tenga el consumidor respecto de la calidad del producto.

Este carácter específico de los bienes creativos, posiblemente más fácil de entender cuando se analiza el negocio de la música, puede generar algunos incentivos a los creadores para difundir al menos parte de la obra de manera gratuita. En ese sentido, por ejemplo, algunos creadores pueden permitir el acceso a usuarios de parte de su repertorio, con la finalidad de facilitar la experimentación y, potencialmente, mejorar el valor comercial del producto. Esto mismo puede llevar a creadores musicales a permitir que sus composiciones sean comunicadas gratuitamente por radios comerciales.¹⁰

En general, la incertidumbre generada por el atributo de bienes de experiencia, sumado a la forma típica que adopta la tecnología para la producción de los bienes creativos, produce al menos dos consecuencias de suma importancia:

- i) La rentabilidad esperada futura necesaria para embarcarse en un proyecto creativo debe ser relativamente elevada, a fin de compensar tal incertidumbre.

¹⁰ Ver Varian (2000).



- ii) Las acciones destinadas a reducir tal incertidumbre, por ejemplo, la investigación del producto prototípico que cierto segmento del mercado estaría dispuesto a consumir (pensemos, por ejemplo, en grupos musicales creados especialmente para tener éxito en ciertos segmentos de la demanda) generará un mayor valor del costo fijo (F) de desarrollo. En este caso, la incertidumbre se reflejará en dicho costo.

1.2. FALLAS DE MERCADO Y ALTERNATIVAS DE POLÍTICA PÚBLICA

Las propiedades económicas típicas de los bienes creativos y su proceso productivo generan situaciones que podrían identificarse con fallas de mercado y, por lo tanto, requieren algún tipo de intervención pública con la finalidad de propender a un resultado eficiente socialmente, el mismo que no es posible alcanzar mediante el diseño de un mercado puramente competitivo.

De forma resumida, los potenciales problemas de *apropiabilidad* de las rentas futuras, la necesidad de pagar el costo inicial de producción que típicamente puede alcanzar una entidad muy significativa, la incertidumbre y riesgos relativos al valor comercial de la creación, cuestionan la capacidad de un mercado competitivo de propender a un resultado socialmente eficiente.

Estos problemas de eficiencia social dan espacio para el diseño de políticas públicas que busquen resolverlos a través de instrumentos diseñados específicamente para la materia, entre ellos los Derechos de Propiedad Intelectual (DPI).

1.2.1. Derechos de Propiedad Intelectual (DPI): “*Trade-Offs*” de Bienestar

Las fallas de mercado implican que la provisión privada de los bienes creativos, en un contexto competitivo (en principio eficiente desde el punto de vista social), no es viable y, por lo tanto, el objetivo de maximización de bienestar social no será posible en la medida que no habrá producción y, por lo tanto, no existirá uso y consumo, aun y cuando es eficiente que exista.

De esta forma, las políticas públicas típicas para resolver las fallas de mercado asociadas a los bienes creativos en general son:

- i) **Subsidios.-** Habitualmente enfocados a incentivar la producción de bienes creativos de tipo artístico específico (música clásica, cine de autor, etc.) o avances científicos básicos, por ejemplo, mediante el financiamiento de proyectos de investigación en universidades o centros de investigación sin fines de lucro.¹¹

¹¹ De hecho, en opinión del Premio Nobel, Joseph Stiglitz, Stiglitz (2008), los principales avances científicos, son aquellos desarrollados en las universidades, sobre los que no existen esquemas de protección de DPI.

- ii) **Derechos de Propiedad Intelectual (DPI).**- En general, los derechos de propiedad intelectual confieren al creador del bien el derecho exclusivo de explotar económicamente su creación. De este modo, los Derechos de Propiedad Intelectual en general buscan asegurar la “*apropiabilidad*” de las potenciales rentas derivadas del uso comercial del bien creativo, mitigando los efectos de la dificultad de exclusión (ver Sección 1.1.1).

Desde el punto de vista de los sub-grupos de bienes creativos protegidos, los DPI pueden distinguirse de forma simple de la siguiente manera¹²:

- a. **Derechos de Autor (Copyrights).**- Derechos de Propiedad aplicables fundamentalmente a bienes artísticos y culturales (música, videos, películas cinematográficas, obras teatrales, textos originales, etc.), pero también a programas informáticos, bases de datos, entre otros.
- b. **Protección de Patentes.**- Derechos de Propiedad aplicables principalmente a innovaciones tecnológicas, inventos, diseños, entre otros.
- c. **Protección de Marcas Comerciales.**- Son derechos aplicables a los signos que distinguen bienes o servicios suministrado.

En la búsqueda de resolver, mediante los DPI, el problema de *apropiabilidad* y ofrecer, de esta manera, incentivos para el desarrollo de creaciones, el instrumento público debe considerar lo que Romer (2002) denomina el “Trade-Off de Nordhaus”. Este *trade-off* corresponde a la tensión entre eficiencia estática y eficiencia dinámica que suele aparecer en decisiones de política relativas al funcionamiento de los mercados y la provisión de bienes y servicios.

Por un lado, el grado de exclusión que ofrecerá el sistema de DPI determinará la *apropiabilidad* de las rentas esperadas del uso de los bienes creativos y afectará, por lo tanto, la rentabilidad esperada de la creación, la cantidad suministrada y la diversidad de creaciones. Como es natural, todo ello dependerá, en gran medida, del valor de los costos fijos de la creación y de la incertidumbre, respecto del valor comercial.

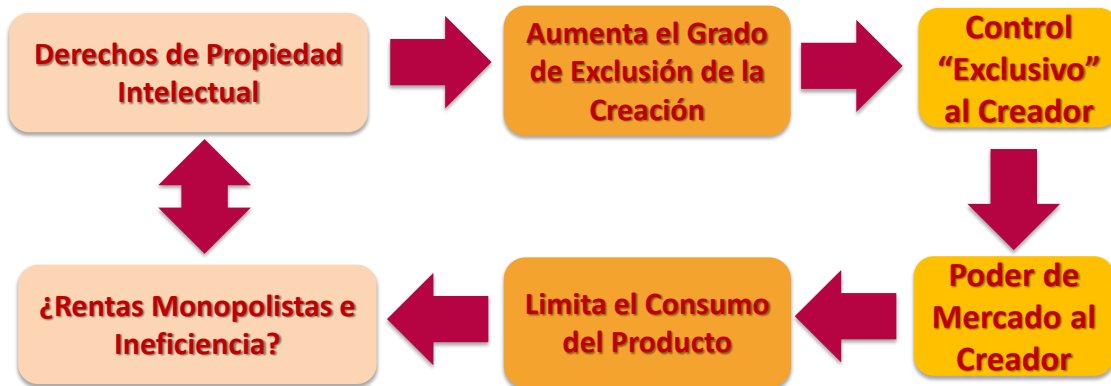
De otro lado, el grado de exclusión que ofrecerá el sistema de DPI generará un control exclusivo por parte del creador, confiriéndole, en un sentido amplio, poder de mercado. Este poder de mercado potencialmente generará problemas relativos al uso o consumo del bien creativo que puede verse limitado por debajo de lo socialmente eficiente. En otras palabras, los DPI generarán potenciales rentas monopolistas que, hechas efectivas, darán lugar a distorsiones en el bienestar social.¹³

¹² Aunque no del todo generalizable, esta categorización es relativamente estándar. Por ejemplo, es utilizada por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (www.wipo.int).

¹³ Un monopolista no se ve impedido, por las fuerzas de competidores o consumidores, de establecer un precio por cuenta propia. De esta manera, al internalizar esta capacidad, el monopolista maximizará sus beneficios en función del precio (o alternativamente la cantidad) sin considerar otros

La Figura 2 ilustra el flujo causa-efecto del “Trade-Off de Nordhaus”, mostrando cómo es posible plantear una suerte de diagrama circular en el que se enfatiza la tensión entre los DPI y las potenciales distorsiones propias de la existencia de rentas monopolistas.

Figura 2
ILUSTRACIÓN DEL FLUJO CAUSA-EFECTO DEL “TRADE-OFF” DE NORDHAUS



Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

Utilizando un lenguaje algo más estándar, este *trade-off* no es distinto del que suele observarse en otras intervenciones públicas entre eficiencia estática y eficiencia dinámica.¹⁴

La eficiencia dinámica responde a la necesidad de generar suficientes rentas para incentivar los esfuerzos necesarios para crear más y crear con mayor diversidad. Por su parte, la eficiencia estática responde a la necesidad de asegurar que la mayoría de consumidores dispuestos a consumir una creación en efecto estén en posición de hacerlo. Sobre este último punto, todo aquello que limite el consumo respecto de lo que se observaría en un contexto competitivo (al menos hipotético) puede verse, por definición, como una pérdida de eficiencia social.

1.2.2. Diseño óptimo de la cobertura de los DPI

Nordhaus (1969,1972) dio inicio a la discusión formal sobre el alcance óptimo de los DPI, específicamente estudiando las características que un sistema de patentes debería tener para balancear los incentivos a la creación de invenciones o innovaciones tecnológicas y las distorsiones propias del poder monopolista que los DPI parecen conferir.

elementos. Naturalmente, en la medida que la función de beneficios es creciente en el precio, el monopolista establecerá el precio más elevado consistente con su problema de maximización. Este precio excluirá, posiblemente de forma excesiva, a un número potencialmente de consumidores generando pérdida de eficiencia social.

¹⁴ Para una discusión detallada de la tensión entre eficiencia estática y dinámica en el contexto de los monopolios naturales ver Gallardo (1999).



En particular, Nordhaus (1972) discute cuándo es óptimo otorgar patentes, cuánto debe durar la protección de la creación bajo la patente y cuál es el efecto esperado de obligar al creador a otorgar licencias para que terceros puedan acceder a la nueva tecnología.

De la misma manera, es posible extender estas cuestiones a otro tipo de DPI, como los Derechos de Autor. En ese sentido, un sistema de Derechos de Autor podría preguntarse: ¿Cuándo debe conferirse el control exclusivo de la creación al creador?, ¿cuál debe ser el alcance de los derechos exclusivos conferidos? y ¿cuánto tiempo debe transcurrir hasta que el derecho conferido expire y la obra caiga dentro del dominio público de uso y consumo?

Estas preguntas, y aquellas investigadas por Nordhaus (1969, 1972), son de gran relevancia en la medida que los DPI no deberían, por ejemplo:

- i) Generar incentivos a un exceso de creaciones de escasa calidad o innovaciones triviales, sin mayor valor añadido.
- ii) Limitar en exceso el consumo del bien creativo, bien a través del ejercicio de poder monopolista, bien por un alcance extraordinario de los DPI.

En la siguiente sub sección, se presenta una discusión destinada a ilustrar la importancia de diseñar un esquema de DPI que considere algunos efectos potencialmente positivos de la difusión temprana de los bienes creativos.

1.2.3. Una discusión sobre la importancia de la acumulación de conocimiento

Previamente, hemos mostrado la importancia de mantener un sistema de DPI que resuelva el problema de *apropiabilidad*, generado por la baja exclusión aplicable a los bienes creativos que brinde los suficientes incentivos a la creación y que, a su vez, incentive el uso y consumo de la creación.

En no pocas ocasiones, el conocimiento desarrollado en torno a un bien creativo puede ocultarse, o intentar ocultarse, para evitar que otros puedan utilizarlo y obtener un provecho económico de aquél. No obstante, en la medida que las legislaciones (ver Stiglitz (2008)) sobre DPI, requieren cierto grado de apertura por parte del creador, a fin de reconocer o registrar la obra, creación o innovación desarrollada, existe un alto riesgo de acabar minando la fortaleza del mecanismo de exclusión.

Sin embargo, es importante distinguir que buena parte de los bienes creativos, especialmente aquellos derivados del avance científico y las innovaciones de tipo tecnológico, no hubiesen sido posibles de no haberse tenido acceso a la información contenida en desarrollos previos.

Existe pues, un importante conjunto de decisiones de política pública que deben considerar sus efectos sobre la acumulación de conocimiento. En particular, la

protección a las innovaciones tecnológicas, por medio de patentes, debe considerar, por ejemplo, hasta qué punto es eficiente, desde un punto de vista dinámico, requerir al desarrollador de una innovación hacer de dominio público una parte de lo desarrollado, de modo que otros desarrolladores puedan crear otras innovaciones bien complementarias o bien sustitutivas de aquella original.

En este caso particular, desde un punto de vista estático, parece claro que el *policy maker* tiene un genuino interés en hacer pública una innovación con la finalidad que pueda ser rápidamente consumida y difundida, de modo que, sobre la base de ese consumo, otros creadores sean capaces de crear nuevas innovaciones.

El *trade-off* entre eficiencia estática y dinámica tiene, por lo tanto, connotaciones también relacionadas a la necesidad de propender a la acumulación de conocimiento como fuente de bienestar. Es indudable que esta necesidad entra también en conflicto con el interés privado de explotar una creación y, por lo tanto, requiere un importante debate social.

En las secciones 2, 3 y 4 se discuten aspectos económicos específicos a los Derechos de Autor, poniendo énfasis en el mecanismo de exclusión, denominado Remuneración Equitativa, y los problemas identificados en la experiencia internacional sobre su determinación en contextos donde dicho mecanismo se pone en práctica a través de una Sociedad de Gestión Colectiva (SGC) de Derechos de Autor.

2. ECONOMÍA DE LA REMUNERACIÓN DE LOS BIENES ARTÍSTICOS

En el marco de la Ley sobre el Derecho de Autor (LDA), los artistas intérpretes o ejecutantes tienen el derecho a una *Remuneración Equitativa*¹⁵, por la comunicación pública del fonograma publicado con fines comerciales que contenga su interpretación o ejecución.¹⁶ De acuerdo con la normativa vigente, la Remuneración Equitativa debe respetar principios de i) razonabilidad; ii) equidad, iii) proporcionalidad respecto de los beneficios económicos obtenidos por el uso de las obras protegidas.¹⁷

En un gran número de economías avanzadas, las tarifas pueden ser establecidas mediante un proceso judicial.¹⁸ Por tanto, las decisiones de las cortes o tribunales tienen amplias repercusiones para los consumidores y creadores, por lo que contar con un marco analítico robusto en el análisis de estos casos adquiere singular importancia.

¹⁵ Término utilizado en los tratados internacionales y en diversas leyes nacionales para hacer referencia al pago de derechos por la difusión pública de fonogramas.

¹⁶ Ver Artículo 133 del Decreto Legislativo 822, Ley sobre el Derecho de Autor (LDA).

¹⁷ Ver Artículo 153, inciso e) de la LDA.

¹⁸ Según PricewaterhouseCoopers (PWC, 2008), las tarifas en otros países se determinan hasta de tres formas: 1) como parte de una negociación entre usuarios y derecho habientes; 2) cuando no se alcanza un acuerdo, un tercero (proceso judicial) puede determinar la tarifa; o, 3) las SGC someten la tarifa propuesta a revisión y aprobación de terceros antes de aplicarse.

La debilidad más importante del enfoque legal de la remuneración parece ser la ausencia de un carácter económico formal¹⁹, prestándose a interpretaciones discrecionales que pueden generar controversias de costosa solución. Es notorio, por ejemplo, que, si bien los principios de Razonabilidad, Equidad y Proporcionalidad parecen ser el fundamento donde descansa la regulación normativa, los mismos no están claramente definidos o, al menos, no están motivados económicamente.

Lo cierto, no obstante, es que estos principios son ampliamente utilizados, al menos nominalmente, y, por lo tanto, existe un gran margen para darles un sustento económico robusto. De esta forma, la teoría económica podría brindar las herramientas necesarias para el análisis y establecimiento de las tarifas en estos casos.

A continuación se exponen básicamente dos enfoques empleados en la experiencia internacional para una aproximación formal a la remuneración equitativa, para posteriormente desarrollar en mayor detalle el criterio del *willing buyer-willing seller*, empleado en no pocas ocasiones en tribunales especialmente anglosajones (Australia, Reino Unido y EE.UU.).

2.1. INTERPRETACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE PRECIOS NO COMPETITIVOS (EXCESSIVE PRICES)

El criterio de la remuneración equitativa es el principio fundamental que rige el pago de derechos por la difusión pública de fonogramas, sin embargo, su definición no aparece en las legislaciones. Entonces, ¿cómo el análisis económico puede ser empleado para determinar la remuneración equitativa?

En algunas experiencias internacionales, la remuneración equitativa ha sido analizada (en Europa) desde el punto de vista de los precios excesivos o injustos. Bajo este criterio, el Tribunal de Justicia Europeo (TJE) declaró que un precio es excesivo cuando no tiene una relación razonable con el valor económico del producto ofrecido y es desarrollado por una empresa dominante.²⁰ Para Motta y De Streel (2006), otra manera de interpretar un precio excesivo, basados en Joliet (1970), es cuando el precio de una empresa dominante se encuentra significativamente por encima del nivel efectivamente competitivo.

Un caso de derechos de autor, donde se señaló que el precio fijado por una SGC era excesivo (o no era equitativa) fue el de las discotecas francesas contra la Sociedad de

¹⁹ Ver punto 1.2 (The need for more robust approaches) del informe de PWC (2008).

²⁰ A partir del caso *United Brands*, el TJE esbozó un criterio que podría permitir definir un precio como excesivo: Fijar un precio como excesivo cuando no tiene relación razonable con el valor económico del producto suministrado será un abuso. Este exceso podría, entre otras cosas, determinarse objetivamente si es posible calcularlo haciendo una comparación entre el precio de venta del producto y su costo de producción, lo que revelará el margen de beneficio. Tomado de Gal (2004) pp. 32.

autores, compositores y editores de música, SACEM (1989)²¹. En este caso, el TJE basó su decisión en el análisis de mercados comparables. Así, el TJE declaró que si los costos de una empresa dominante fueron más altos que el de otras empresas que prestan el mismo servicio, en otro lugar, los precios podrían ser excesivos, incluso si las ganancias no lo fueran.²²

El caso SACEM fue inicialmente de observancia en las cortes europeas, ya que el TJE no requirió establecer el nivel exacto del precio que se considere como excesivo, solo establecer los principios generales que posteriormente aplicarían los tribunales nacionales respectivos, pero como el nivel de diferencia considerado como "injusto" nunca fue claramente determinado, este criterio se ha ido abandonando progresivamente.

Al respecto, Evans y Padilla (2005) señalan, también, que no es posible identificar una definición generalmente aceptada de lo que es un precio excesivo o injusto, porque si bien las empresas en un mercado competitivo deberían fijar sus precios iguales al costo marginal, en la realidad, las empresas no son estáticas sino dinámicas, por lo que es imposible definir los precios competitivos solo en función de los costos.²³

Ante los problemas de identificación y delimitación de los precios excesivos, la Comisión Europea²⁴ ha preferido depositar menos recursos en estos tipos de casos.²⁵ Huelga decir, que en el caso peruano, no ha existido ni existe una doctrina de precios excesivos y en la actualidad, por ejemplo el Decreto Legislativo No. 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, señala que el abuso de posición dominante solo es pasible de sanción, en tanto impida indebidamente la competencia. En ese sentido, la mencionada Ley delimita que solo las prácticas con efectos exclusorios, deberán entenderse como abuso de posición de dominio en el mercado.

²¹ Sociedad de autores, compositores y editores de música (*Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, SACEM). Ver Gal (2004).

²² En este caso, el TJE rechazó el argumento planteado por SACEM de que las diferencias surgieron como resultado de un mayor nivel de gastos operativos, argumentando que no es posible descartar "que precisamente la falta de competencia en este mercado explicaría la pesada carga administrativa incurrida y por lo tanto el alto nivel de las tarifas".

²³ Por ejemplo, en industrias dinámicas (como el de bienes creativos) donde los costos fijos son típicamente altos y los costos incrementales bajos, el precio competitivo no está dado por el costo marginal.

²⁴ El TJE, en el caso de SACEM, señaló que no es el acusado quien debe demostrar si el diferencial precio-costado es excesivo, en comparación con los precios de otros estados miembros, sino la Comisión. Asimismo, en los reportes de políticas de competencia, se indica que la Comisión Europea no es ni desea ser una autoridad reguladora de precios (ver Punto 77 del XXVIIth Report On Competition Policy, 1997).

²⁵ Según Motta y De Streel (2007), al presentar acciones contra precios excesivos, existe un alto riesgo y costo de cometer un error tipo 1, es decir, terminar dictando una falsa condena y porque el mercado puede autocorregirse y un error puede dar lugar a una ineficiencia dinámica (baja inversión e innovación).

2.2. EL CRITERIO *WILLING BUYER-WILLING SELLER*

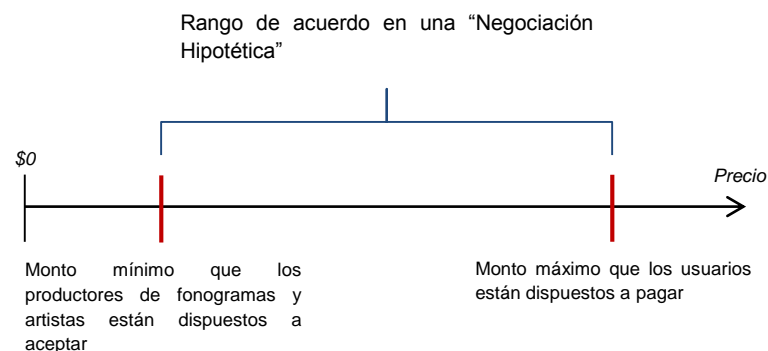
Una figura alternativa a la doctrina de precios excesivos, posiblemente menos expuesta a controversias, es la que se sustenta en lo que se ha denominado criterio o prueba del *willing buyer-willing seller*.

Recogiendo algunas experiencias internacionales, la remuneración equitativa podría ser entendida como aquel precio basado en el valor hipotético que los usuarios y los productores de música pactarían si tuviesen la libertad de negociar en un mercado competitivo, donde los consumidores dispuestos a comprar y los productores dispuestos a vender no actúen por presión ni ventaja.

En la medida que en el caso de los bienes no rivales, los mercados competitivos son inviables, la remuneración por uso de las obras protegidas debería aproximarse a través de una negociación hipotética. Es decir, una en donde el precio se hallará entre el menor precio que el ofertante estaría dispuesto a aceptar y el mayor precio que el usuario estaría dispuesto a pagar, en el que las condiciones de negociación son relativamente simétricas.

Por ello, la conceptualización económica de la remuneración equitativa en no pocos tribunales se ha circunscrito al análisis del precio que emergería de una negociación hipotética, cuando no existe un mercado competitivo, o a la estimación del rango donde se desarrollaría la negociación (ver Figura 3).

Figura 3
ESQUEMA DE LA NEGOCIACIÓN HIPOTÉTICA



Tomado de PWC (2007).

Así, sobre la base del principio del *willing buyer-willing seller* (consumidor dispuesto a comprar – productor dispuesto a vender), los tribunales, principalmente anglosajones²⁶,

²⁶ El artículo 112 de la LDA de EE.UU. señala: *The Copyright Royalty Judges shall establish rates that most clearly represent the fees that would have been negotiated in the marketplace between a willing buyer and a willing seller*. En el caso del Reino Unido, este criterio se adoptó a partir del caso *WMCIU v. PRS* (1989), donde el Tribunal hizo la siguiente interpretación: *the Performing Right Tribunal adopted as a test the rate which would be paid by a willing buyer to a willing seller for the right to use in public performance the copyright work*. En Australia, un ex – presidente del Tribunal de Derechos de Autor describió el proceso de determinación de la tasa de licencia bajo los siguientes términos: *The Tribunal's*

han adoptado este principio como punto de referencia para delimitar lo que sería una remuneración equitativa, la misma que estaría representada por el monto que un *consumidor dispuesto a comprar (willing buyer)* abonaría a un *productor dispuesto a vender (willing seller)*, por el derecho de uso de una obra artística protegida en un mercado competitivo.

En líneas generales, el principio del *willing buyer-willing seller* podría ser consistente con algunas alternativas prácticas disponibles. De acuerdo con PWC (2008),²⁷ dos grandes grupos pueden ser identificados: El primero relacionado con la remuneración equitativa, desde el punto de vista del valor comercial que el usuario obtiene por el uso de los fonogramas y el segundo grupo, a partir del comportamiento y preferencia de los consumidores.

En otras palabras, el análisis práctico puede darse, naturalmente, sobre la base, bien del lado de la oferta (el valor comercial del uso del recurso), o bien sobre el valor o valoración subjetiva de la demanda (valoración en base a preferencias de los consumidores del producto o servicio que usa la música como recurso).

En el primer caso, cuatro tipos de metodologías pueden ser consideradas.

- i) **Análisis según el uso.** Basado en el monto máximo que un negocio estaría dispuesto a pagar por la utilización de una obra, es decir, se analiza el aporte relativo del bien, respecto de los costos e ingresos del negocio.
- ii) **Análisis financiero.** Si un negocio genera, de forma regular, beneficios extraordinarios, esto podría deberse a que las tarifas actuales son bajas.²⁸ En este caso, el análisis puede basarse en el estudio de la rentabilidad histórica o futura de la industria.
- iii) **Análisis del bien sustituto.** Para determinar la tarifa “mínima” que los derechos habientes podrían estar dispuestos a aceptar, se analiza el precio de las alternativas al bien u obra protegida.
- iv) **Fijación de precios hedónicos.** El monto máximo que un negocio estaría dispuesto a pagar por la utilización de una obra protegida es determinado a partir del análisis de los ingresos de los negocios que utilizan este mismo bien comparado con los que no lo hacen.

task is one of evaluation or estimation. The starting point will be a search for a market. If there is a market, probably the market value will be the value which prevails. If there is no market, or if the object ... is not well sought after so that comparable sales are not easily found, the court will have to construct or endeavour to construct, a notional bargain between a willing but not anxious seller and a willing but not anxious buyer. This becomes a much more theoretical exercise. It involves a degree of subjective judgement and minds will often differ as to what the appropriate outcome is.

²⁷ Basado en el informe de PWC (2008). El detalle de las ventajas y desventajas de cada método, así como los requerimientos de información necesarios en cada caso se encuentran en el mismo informe.

²⁸ Se parte de la premisa que las empresas no deberían obtener un beneficio “extraordinario” en un mercado competitivo a largo plazo. El beneficio “extraordinario” se define como aquel beneficio superior al “normal”.

En el segundo caso, cuando se aborda el análisis basado en el comportamiento y preferencia de los consumidores, se podrían emplear, al menos, tres formas alternativas de análisis empírico:

- v) **Experimentos de campo.** El monto máximo que un negocio podría estar dispuesto a pagar por la utilización de una obra protegida puede ser determinada a partir de los efectos que este produce en el comportamiento de los consumidores finales.
- vi) **Modelos de elección discreta.** El monto máximo que están dispuesto a pagar los usuarios por una obra protegida es estimado a través de encuestas de preferencias a los consumidores.
- vii) **Fijación de precios hedónicos.** En este caso, se analiza el efecto de los distintos atributos que tiene un producto sobre su precio, para revelar el monto máximo que un consumidor podría estar dispuesto a pagar por una obra protegida.

Finalmente, es relevante el método de los mercados “comparables”, donde las tarifas se obtienen del resultado de una negociación entre un comprador dispuesto y vendedor dispuesto²⁹ en un mercado “comparable”, siendo la tarifa de este mercado la más apropiada.³⁰

Si bien, cada una de las metodologías identificadas podría verse como una forma consistente con el principio *willing buyer – willing seller*, la aplicación particular de una de ellas dependerá de la industria que se esté analizando.

Sin embargo, preliminarmente podría señalarse que el criterio basado en la intensidad del uso de los fonogramas es una de las metodologías que más estrechamente se relaciona con la teoría económica, ya que se asocia el valor de uso de una obra protegida con los ingresos y costos que emergen del uso de este recurso.

No obstante, estas metodologías de valoración parecen tener cierto enfoque aislado que no podría responder en conjunto a los criterios de equidad, proporcionalidad, entre otros.

En este sentido, Brennan (2005), indica que la teoría económica provee una referencia valiosa para estimar el valor agregado y las leyes de restitución proporcionan la orientación necesaria sobre los medios para estimar la remuneración equitativa de una obra protegida. Sin embargo, debemos notar que aun estas sugerencias metodológicas adolecen de un enfoque integral que permita configurar principios claros sobre:

²⁹ Donde, tanto el consumidor como el vendedor, no tienen la posibilidad de ejercer poder de mercado dentro de la negociación.

³⁰ Puede considerarse un mercado “comparable” para un derecho específico en los casos en que las SGC administran los derechos de manera no exclusiva y los titulares originales pueden realizar sus propias negociaciones por separado.

- i) El nivel o monto de la Remuneración Equitativa que respete principios de no discriminación y relación entre valor de uso y costo de uso;
- ii) Criterios para el diseño de esquemas de tarificación que sean consistentes con conceptos de proporcionalidad y uso efectivo del recurso protegido.

En general, el principio *willing buyer-willing seller* parece estar en línea con un enfoque basado en un mercado competitivo hipotético, el que a pesar de no ser observable, puede dotar de lineamientos y principios sencillos para la aplicación práctica del derecho en cuestión.

En particular, en un mercado competitivo, donde el mercado final y el mercado de insumos (recursos productivos) son competitivos y todos los agentes son precio aceptantes, se observará:

- i) Un solo precio, siendo consistente con el principio de no discriminación, aunque no necesariamente eficiente socialmente;
- ii) Una relación clara entre el valor de la productividad marginal de un recurso, por ejemplo el uso de fonogramas, y el costo por unidad del recurso;

De esta manera, si bien el costo por unidad de recurso no es observable, el uso del recurso relativo al uso de otros recursos si lo es, dando una señal sobre la relación que debería existir entre el valor de uso y la remuneración a pagar por el uso de ese recurso. En la Sección 4 se presenta una ilustración formal sobre estos resultados, aplicando al uso de fonogramas, por parte de las radios comerciales. Sin embargo, antes de abordar dicha temática, la siguiente Sección 3 discute aspectos relativos a la organización de las industrias culturales en lo relativo a las SGC.

3. SOCIEDADES DE GESTIÓN COLECTIVA DE LOS DERECHOS DE AUTOR

En esta sección se detallan los fundamentos económicos por los cuales la gestión de los derechos de autor se realiza preferentemente a través de Sociedades de Gestión Colectiva (SGC), los matices asociados con este tipo de administración y los casos en los cuales las agencias de competencia han considerado investigar a las SGC por prácticas contrarias a la libre competencia.

3.1. TRADE-OFFS DE LA GESTIÓN COLECTIVA DE LOS DERECHOS DE AUTOR

Según Tavera y Oré (2007), bajo los derechos patrimoniales, los autores y titulares de derechos conexos³¹ tienen la potestad de ceder o autorizar el uso y explotación de sus

³¹ Según la OMPI (s/f), los titulares de derechos conexos se pueden clasificar en: (i) artistas, intérpretes y ejecutantes; (ii) productores de fonogramas; y (iii) organismos de radiodifusión.

obras. El ejercicio de estos derechos puede ser efectuado de forma individual o colectiva; sin embargo, la gestión individual presenta altos costos de transacción y administración por lo que parece más eficiente que la gestión de derechos de autor sea efectuada a través de SGC.³²

Los principales costos de transacción que explicarían el por qué se opta por una gestión colectiva están asociados a: (i) costos de búsqueda e información; referidos a la identificación de las partes y condiciones contractuales, sumado al contacto y monitoreo del uso adecuado de las obras licenciadas; (ii) costos de negociación y decisión; referido a la negociación y conclusión de los contratos, incluyendo los costos de aplicación o *enforcement*; y, (iii) costos de ajustes, referidos a la renegociación de los contratos ante situaciones inicialmente no previstas.³³

Asimismo, las SGC permitirían alcanzar economías de escala y de alcance en la administración, licencia y cumplimiento de los derechos de autor. Ello ocurre, en el primer caso, debido a que los costos fijos promedio de administración pueden reducirse en función al mayor volumen de transacciones producidas. Mientras que, en el segundo caso, en la medida que las SGC pueden gestionar varios derechos a la vez dentro de su campo de actividad.³⁴

No obstante, Hansen y Schmidt-Bischoffshausen (2007) y Zablocka (2008) señalan que existirían diferencias en el grado de economías de escala que pueden ser alcanzables, en función a la dimensión de los derechos de autor, es decir, si son “derechos principales”; como, por ejemplo, operas, o “derechos pequeños”; como, por ejemplo, simples presentaciones o recitales, ya que en el primer caso las economías de escala podrían no ser importantes, en la medida que la concesión y control de estas licencias son más específicas y de menor número, por lo que ante los pocos volúmenes de estos derechos, una administración individual podría ser más adecuada.

Asimismo, otra ventaja de contar con una gestión colectiva de derechos de autor es que permite a los usuarios tener acceso, tanto a obras principales, como a obras complementarias o secundarias en un solo lugar (*one-stop-shop*).

³² Por ejemplo, los posibles distintos usos paralelos que se le pueden dar a las obras artísticas hacen complejo o inviable la trazabilidad individual del uso de estas obras para un titular individual de derechos de autor. Asimismo, si el uso individual de estas obras tiene un valor relativamente pequeño para los usuarios, el pago por la licencia en estos casos haría que el monitoreo individual por el cumplimiento de estos derechos sea económicamente inviable. Para una revisión de los principales modelos de gestión colectiva de derechos de autor puede revisarse IPO (2012). Se indica que las SGC pueden diferenciarse si ofrecen licencias colectivas voluntarias, una gestión colectiva obligatoria, licencia colectiva ampliada o licencias legales.

³³ Ver Hansen y Schmidt-Bischoffshausen (2007) y Zablocka (2008), para mayor detalle sobre los costos de transacción y administración de los derechos de autor. Hansen y Schmidt-Bischoffshausen (2007) también exponen las potenciales limitaciones del enfoque de costos de transacción, para justificar la administración colectiva de los derechos de autor.

³⁴ *Ibidem*.

Por otro lado, los potenciales problemas asociados al *hold-up*³⁵ pueden ser superados con una gestión colectiva, ya que en muchos casos, los derechos de autor de una obra son compartidas por varios propietarios y titulares de derechos diferentes (por ejemplo, compositores, intérpretes, editores) y pueden, a su vez, limitarse los problemas que podrían surgir cuando existen varias partes con intereses que participan en las negociaciones para la determinación de las condiciones de uso de un repertorio determinado.

Sin embargo, de aceptarse que las economías de escala y de ámbito en el servicio de otorgamiento de licencias, contratación, monitoreo, recaudación y distribución existen, generando una mayor eficiencia de las SGC, frente a una gestión individual, debe aceptarse, entonces, que se debe enfrentar el dilema de los monopolios naturales³⁶ en la administración de derechos de autor a las SGC.

El riesgo asociado con los monopolios naturales es que pueden ejercer su poder de mercado e incurrir en prácticas contrarias a la normativa del Derecho de Autor, fijando tarifas unilaterales, inequitativas o discriminatorias, principalmente, frente a los pequeños y medianos usuarios, como consecuencia del exceso de capacidad de negociación que genera su propia posición de dominio.

De otro lado, el ejercicio del poder monopolista de las SGC, podría traer también preocupaciones desde el punto de vista de la libre competencia. En opinión de la Comisión Nacional de Competencia de España (CNC, 2009), la existencia de: (i) economías de escala en la gestión de derechos de autor, (ii) barreras a la entrada legales³⁷ y (iii) barreras a la entrada estratégicas³⁸, limitan la competencia efectiva y/o potencial de otras entidades de gestión nacionales o extranjeras, o la competencia efectiva y/o potencial que podrían ejercer los titulares mediante la gestión individual de sus derechos.³⁹

³⁵ El problema de *hold-up* surge cuando, en una transacción comercial, dos partes acuerdan trabajar conjuntamente para el desarrollo de un proyecto mutuamente beneficioso, pero *ex - post* una de las partes decide no cumplir con el acuerdo, pese a que la otra parte ya incurrió en la inversión necesaria, para obtener así un mayor poder de negociación, al momento de comerciar (actuando de forma oportunista) y apropiarse de los beneficios de la transacción. Para un detalle más formal de este asunto, ver Tirole (1988).

³⁶ Baumol *et al.* (1982) definen una industria, como un monopolio natural si, sobre un rango relevante de producción, la función de costo es sub-aditiva. Alternativamente, si definimos los beneficios de una industria como $\pi(n)$ donde "n" es el número de empresas, una industria es un monopolio natural si $\pi(1) > \pi(0) > \pi(2)$, es decir, si solo una empresa es económicamente viable, pero no dos o más (ver Tirole (1988)).

³⁷ En el caso español, la CNC consideró que las barreras a la entrada podrían estar asociadas (i) a la necesidad que las SGC deben carecer de ánimo de lucro. En una comunicación de la Comisión Europea se señaló que la eficacia de una SGC no depende de su forma jurídica, (ii) en la autorización de SGC, algunos requisitos parecen ser más objetivos ya que serían difíciles de verificar su cumplimiento, como la eficaz administración de los derechos y que la autorización favorezca los intereses de la propiedad intelectual, (iii) criterios para la valoración de los requisitos subjetivos y (iv) la obligatoriedad de gestionar colectivamente los derechos de autor impide gestionar los derechos de forma individual.

³⁸ Asociadas con prácticas contractuales en los contratos de gestión, cláusulas en los acuerdos de representación recíproca con otras entidades del mundo y falta de transparencia respecto de los repertorios.

³⁹ Ver CNC (2009), pp. 24-25.

Ante el importante poder de mercado que pueden ejercer las SGC, usuarios y/o agencias de competencia han denunciado actos que se consideraron como contrarios a la libre competencia. En la sección 3.1.1 se exponen algunos de los casos revisados por algunas autoridades de competencia contra las SGC.

3.1.1. Casos analizados por Agencias de Competencia y otros Tribunales

Las economías de escala, el (mayor) poder de negociación y las (mayores) ganancias en reducción de costos explicarían por qué es preferible, desde una perspectiva de eficiencia social, en la mayoría de los casos, que la gestión de derechos de autor se ejerza de forma colectiva antes que de modo individual. Sin embargo, la posición monopólica que logran alcanzar las SGC, a nivel nacional, ha traído, en algunos casos, serios problemas al momento de la determinación de las tarifas (excesivas y unilaterales).

Diversas agencias de competencia y usuarios han expresado su preocupación sobre el proceder de algunas SGC, las que se han reflejado en acciones legales administrativas (denuncias) o en informes respecto del potencial riesgo que se origina de la posición de dominio de estas sociedades y por el bajo (o nulo) nivel de competencia en este sector.

En España, en principio, el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) y luego la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) han revisado diversas denuncias por abuso de posición de dominio ejercidas por las SGC, con conclusiones diversas, dependiendo del caso en cuestión.

Por ejemplo, en el caso de Onda Ramblas S.A. (titular de una emisora de radio) contra la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI), por abuso de posición de dominio, al imponer precios no equitativos y condiciones suplementarias en la gestión de derechos de producción y reproducción fonográficos, el TDC concluyó que no había sido quebrantada ninguna de las conductas prohibidas por el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) de España y 86 del Tratado de Roma, desestimando así la denuncia interpuesta por Ondas Ramblas S.A.⁴⁰

En los casos entre Vale Music Spain S.L. (VMS) y la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE); Antena 3 de Televisión S.A. (A3-TV) y Gestevisión Telecinco S.A. (TELE 5 o T5-TV), contra la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI); y, Sogecable S.A. (SOGECABLE), Canal Satélite Digital S.L. (CSD) y Distribuidora de Televisión Digital S.A. (DTS) contra la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) y Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión (AIE), por abuso de posición de dominio al exigir remuneraciones abusivas o no equitativas y prácticas discriminatorias. El TDC o el CNC determinaron en dichos casos lo siguiente:

⁴⁰ Ver Resolución (Expediente 430/98, Onda Ramblas/Agedi). CNC, 1998.

- En el primer caso, que SGAE había realizado prácticas restrictivas de la competencia, por lo que se le impuso una multa de 25 mil euros;⁴¹
- En el segundo caso se acreditó que AGEDI desarrolló una conducta prohibida por los artículos 6 de la LDC, y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y se le impuso una multa de 300 mil euros;⁴² y,
- En el tercer caso, se consideró que AGEDI y AIE realizaron una conducta prohibida por los artículos 6.2 d) de la LDC y 82 c) del Tratado de la Comunidad Europea y se les impuso una multa de 815 mil euros y 615 mil euros, respectivamente.⁴³

Asimismo, en diciembre de 2009, la CNC emitió un informe sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, en el que recomendaba realizar una revisión integral de la Ley de Propiedad Intelectual, con el objetivo de que las SGC enfrenten mayor presión competitiva en la prestación de servicios a titulares y usuarios y para eliminar aquellos elementos que actuarían como barreras a la entrada de tipo legal.⁴⁴

En el Reino Unido, donde también se han presentado controversias respecto del accionar de las SGC, los casos analizados se han enfocado más a la equidad en el cobro de las tarifas, siendo el precedente más citado por el Tribunal de Propiedad Intelectual (Copyright Tribunal) el de *The Working Men's Club e Institute Union Limited (WMCIU)* y *The Performing Right Society Limited (PRS)*. En dicho caso, WMCIU denunció que el cambio en la tarifa propuesta por PRS era excesivo. El Tribunal, en dicho caso, determinó que, efectivamente, la propuesta tarifaria de PRS resultaba excesiva al no guardar relación con el valor de la música de PRS con el valor que tenía para WMCIU.⁴⁵

Nótese que en el caso anterior, el Copyright Tribunal en ningún modo estableció el carácter excesivo, en términos de las normas de competencia (no debe entenderse entonces que se trata de una interpretación de lo que se puede considerar como un abuso de posición de dominio), al no ser esta su función, si no en relación al principio de relación entre el valor de la música para el usuario (WMCIU) y el valor reclamado por PRS que, en opinión del Tribunal, se debía respetar.

El Tribunal, en este caso, realizó un análisis basado en el criterio de la tasa que estaría dispuesta a pagar un comprador a un vendedor, en el marco de una libre negociación o de una negociación hipotéticamente competitiva.

Este precedente (*WMCIU vs. PRS*) fue posteriormente empleado en el análisis de la tarifa del caso *British Hotels, Restaurants and Caterers' Association (BHRCA)* y *PRS*.

⁴¹ Ver Resolución (Expediente 511/01, Vale Music/SGAE). CNC, 2001.

⁴² Ver Resolución (Expediente 593/05, Televisiones). CNC, 2005.

⁴³ Ver Resolución (Expediente 636/07, Fonogramas). CNC, 2007.

⁴⁴ El informe se encuentra disponible en:
<<http://estaticos.elmundo.es/documentos/2010/ENERO/19/competencia.pdf>>.

⁴⁵ Ver Referencia: No. CT1/89. Copyright Tribunal, 1991.

En dicho caso, el Tribunal consideró que la nueva propuesta tarifaria, al desprenderse de un acuerdo alcanzado por las partes, en donde cada uno se comprometía a cubrir con los costos respectivos, sería adecuada.⁴⁶

3.2. LAS SGC EN LA ERA DIGITAL: OPORTUNIDADES Y DESAFÍOS

Todo monopolio natural que presenta subaditividad en costos puede ver diluida esta posición, en función del tamaño del mercado y a los avances tecnológicos.⁴⁷ En los últimos años, con el reciente cambio tecnológico y estructural en las industrias de derecho de autor, debido al surgimiento de la posibilidad de un manejo digital de los derechos (DRM, por sus siglas en inglés), ha surgido un debate sobre el papel de las SGC.⁴⁸

Por ejemplo, para Towse (2012), los creadores estarían en mejores condiciones para contratar directamente con los usuarios, con un DRM que con una SGC, incluso para controlar el uso secundario de las obras.

En esta línea, Hansen y Schmidt-Bischoffshausen (2007) señalan que los sistemas de DRM tienen como objetivo más específico reforzar el efecto exclusivo del derecho de autor, en el ámbito digital.⁴⁹ Asimismo, en la medida de su eficiencia técnica, los sistemas de DRM permiten a los autores y titulares de derechos el control de contenidos digitalizados.⁵⁰

Asimismo, los sistemas de DRM permiten una reducción de los costos de transacción, sobre todo, en favor de los autores y titulares de derechos; ya que permiten estandarizar las transacciones deseadas de forma individual, lo cual solo era posible, de forma limitada, antes de la digitalización; y comparativamente es más fácil cambiar los parámetros individuales de los contenidos ofrecidos a un mercado determinado, además los costos de menú⁵¹ son normalmente inferiores en el ámbito digital y, por lo tanto, hacen que la discriminación de precios sea más económica, en comparación con el caso analógico.⁵²

⁴⁶ Ver Referencia: No. CT6/90. Copyright Tribunal, 1991.

⁴⁷ El carácter natural de monopolio y su sostenibilidad están sujetos a una noción local y/o temporal: Un aumento significativo del tamaño de la demanda y/o una mejora tecnológica ahorradora de costos puede reducir o eliminar la subaditividad de costos. Tomado de Tavera y Oré (2007).

⁴⁸ Ver Handke y Towse (2007).

⁴⁹ Permiten el acceso y, de ser el caso, podrían impedir el acceso no autorizado a los contenidos y usos de las obras.

⁵⁰ Entre algunas soluciones técnicas figura el "Digital Object Identifier", a través del cual las obras pueden ser etiquetadas en Internet, con una especie de ISBN- número, esto garantiza que se pueden localizar de forma permanente.

⁵¹ Los costos de menú son los costos en que incurren las empresas como consecuencia de modificar los precios. Los costos asociados a este concepto podrían incluir la actualización de sistemas informáticos, re-etiquetado de productos y/o la contratación de consultores para desarrollar nuevas estrategias de precios, así como los costos de impresión de las cartillas.

⁵² No obstante, como señalan Handke y Towse (2007), los cambios tecnológicos podrían presentar efectos ambivalentes: por un lado, un nuevo canal de distribución aumenta la complejidad de la administración de los derechos de autor y reduce la capacidad de los titulares individuales de

Por otro lado, es preciso señalar que el Internet y los medios electrónicos están facilitando a las SGC brindar un mayor acceso a acuerdos de licencia a los usuarios, por lo que es relativamente fácil obtener ahora una licencia global (*blanket licenses*)⁵³ estándar para una serie de usos definidos.⁵⁴

Asimismo, un DRM puede llegar a facilitar la recopilación y procesamiento (a través de la reducción de los costos administrativos) de información sobre el uso y los usuarios de las obras y realizar una evaluación más precisa de la utilización de las obras individuales, igualmente distinguir precios en función del valor y voluntad a pagar por usuarios diferentes. Así, de acuerdo con Handke y Towse (2007), las SGC tendrían que ampliar sus conocimientos TIC para aprovechar estas oportunidades de innovación.

Finalmente, es preciso tener en consideración que la evolución temporal (*timing*) y las consecuencias derivadas de los cambios tecnológicos, a menudo no son anticipadas correctamente por los interesados, por lo que no está claro cómo los creadores y artistas individuales podrían negociar eficazmente el establecimiento de los derechos de licencia, siendo un tema en lo que queda mucho por investigar.

4. ASPECTOS ECONÓMICOS DEL USO Y LA REMUNERACIÓN: EL CASO DE LA MÚSICA

Una amplia variedad de usuarios particulares y comerciales difunden música, o más precisamente el contenido de fonogramas, al público de manera habitual. Entre estos tenemos a los usuarios comerciales, tales como restaurantes, bares, centros comerciales, entre otros, además de radios comerciales (en adelante, RC).

En la Sección 2 se describió brevemente los criterios que, de acuerdo con la experiencia internacional, se han utilizado para determinar un valor comparativo que permita evaluar si el cobro por el uso de una obra protegida es consistente con el mandato legal de la “Remuneración Equitativa”.

En particular, en dicha sección, se describió el criterio o prueba (test) del “consumidor dispuesto a comprar y el productor dispuesto a vender”, o *willing buyer-willing seller*.

desenvolverse por sí mismos; pero, por otro lado, facilitan los aspectos de manejo de información y permiten el control técnico sobre el acceso y uso de los derechos.

⁵³ Para Handke y Towse (2007), una licencia global permite distribuir, entre los participantes del mercado, los costos de negociar el tamaño exacto del conjunto de derechos y su precio en cada transacción. Es decir, permite reducir aquellos costos de transacción que serían muy onerosos a la vez que aumentar la eficiencia. Por otro lado, las licencias globales reducen la competencia entre sus miembros y les permite obtener ganancias monopólicas exactas. Las licencias globales, han sido criticadas por los economistas como no eficientes económicamente, ni equitativas.

⁵⁴ Aunque para Towse (2012), mientras la administración en línea de las SGC ha permitido reducir el costo de la obtención de las licencias, los nuevos servicios de música en línea se enfrentan a considerables costos de negociación y búsqueda de información por ejemplo.



Asimismo, se argumentó que dicho criterio es consistente con un método que utilice, como referencia, un mercado competitivo hipotético, donde concurren multiplicidad de proveedores musicales (creadores) y usuarios musicales específicos, por ejemplo, RC.

La técnica de análisis denominada “Análisis según uso” busca determinar cómo dichos usuarios utilizan los fonogramas para obtener beneficios, revelando, de esa manera, la potencial disposición a pagar por acceder a dichos recursos protegidos.

En la siguiente sección se presenta dicha técnica aplicada a las RC, para determinar el monto máximo que dichos usuarios estarían dispuestos a pagar por la utilización de fonogramas. En particular, el análisis económico desarrollado concluye que es óptimo, desde el punto de vista de una solución hipotética de mercado, que la remuneración equitativa mantenga una proporcionalidad en los costos de las RC, respecto del aporte que dicho recurso genera sobre la creación de valor para las mismas.

Este ejercicio es ilustrativo en la medida que, como se verá, el negocio de las RC presenta ciertas singularidades que facilitan su estudio, a través de la modelación de un conjunto mínimo de aspectos relevantes. Sin embargo, la conclusión general que se obtiene de este caso particular puede ser extrapolable a otro tipo de usuarios del recurso musical e incluso a otro tipo de bienes culturales como, por ejemplo, los audiovisuales.

4.1. USO Y COMUNICACIÓN DEL RECURSO MUSICAL EN RADIOS COMERCIALES

Audley y Boyer (2007), desarrollaron un ejercicio sencillo para establecer rangos para determinar una remuneración equitativa para los propietarios de los derechos por el uso del trabajo musical en las estaciones de RC. Si bien, su trabajo se centró en lo relativo a las RC en Canadá, los aportes conceptuales son útiles para delinear algunos elementos básicos de análisis económico que pueden asociarse objetivamente a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y no discriminación, para cualquier realidad económica.

El enfoque económico desarrollado por Audley y Boyer (2007) parte de la premisa que la tarifa apropiada que pagan las RC por el uso de derechos musicales debería estar basada en el monto que estas estaciones estarían dispuestas a pagar si ellas participaran en un mercado competitivo. En una situación de mercado donde, tanto compradores, como vendedores están participando voluntariamente, el vendedor está recibiendo el precio que el comprador está dispuesto a pagar y el comprador está pagando el precio que el vendedor está dispuesto a aceptar.⁵⁵

En la medida que no existe un mercado bien definido para la comercialización del uso de fonogramas en las RC, no existe un precio por unidad de uso observable o calculable, de manera directa. Sin embargo, existen algunas variables observables

⁵⁵ Idea consistente con el criterio o test “*willing buyer – willing seller*” discutido en secciones previas.

que pueden modelarse desde el punto de vista de las decisiones privadas de las RC. Particularmente, es razonable postular que las RC buscan atraer audiencia con la finalidad de hacer atractivos los espacios publicitarios, a lo largo del tiempo de emisión diaria, para anunciantes de los cuales obtendrán un ingreso operativo.

Las RC buscan atraer audiencia mediante una programación diseñada al efecto. Es indudable que el uso de fonogramas, es decir, el uso de música, es un insumo para que las RC generen valor, como lo es, por ejemplo, el tiempo de locución o los espacios dedicados a entrevistas, entre otros. Esta información es, en principio, observable y puede estar disponible o bien buscar su medición.

El uso relativo de una RC de tiempo de emisión destinado a música (uso de fonogramas) y locución, o en general programación no musical, revela la valoración que realiza la RC respecto de los diferentes insumos que tiene a su alcance para generar negocio.

Para demostrar el vínculo entre el uso de los fonogramas y la locución, Audley y Boyer (2007) esbozaron un modelo sencillo con los siguientes supuestos simplificadores:

- Los operadores de RC buscan lograr un (RAROC)⁵⁶ competitivo, representado por la mejor alternativa del uso de su inversión de capital.
- Todos los ingresos vienen de la publicidad y hay solo dos tipos de contenidos de emisión radial: musical (M) y locución (L).
- Los costos marginales de un operador de RC por el contenido musical y el contenido de locución son ambos iguales a cero.⁵⁷
- Habrían 100 minutos disponibles en total para el contenido de un programa en un periodo de tres horas.

Finalmente, la meta del operador de la RC es decidir qué proporción de los 100 minutos dedicará a los fonogramas y a la locución, para dar el más alto valor a sus beneficios.

Formalmente, se denota como $R(M, L)$ la función de los ingresos de la estación por publicidad; $R_M(M, L)$ los ingresos marginales por el tiempo de fonogramas (M) y $R_L(M, L)$ los ingresos marginales de locución (L), asumiendo que el tiempo total de contenido disponible es $T = 100$.

El problema del operador de RC es maximizar la siguiente función de beneficios:

$$\Pi(M, L) = R(M, L) - C_M - C_L \quad (1)$$

sujeta a la restricción:

⁵⁶ Por sus siglas en inglés, *Risk Adjusted Return on Capital*.

⁵⁷ Desde que el pago de derechos de autor a los fonogramas emitidos por las RC es típicamente establecido como un porcentaje fijo de los ingresos y el pago por el contenido de locución está típicamente establecido en un contrato base, con costo marginal cero dentro de un amplio rango de contenido de tiempo.

$$M + L \leq T \quad (2)$$

Donde C_M es el costo del contenido musical y C_L es el costo del contenido de locución y ambos se asumen fijos. La restricción (2), indica que la programación no puede exceder el tiempo de emisión disponible. Asimismo, se podría suponer, sin pérdida de generalidad, que la función de ingresos cumple la siguiente propiedad:

$$R(M, 0) = R(0, L) = 0 \quad (3)$$

Esta propiedad indica que no es posible crear valor sin el concurso de los dos recursos disponibles, con lo cual, al menos, se debe utilizar algo de ambos. Nótese, además, que en la medida que la función R sea creciente en los insumos productivos, la restricción (2) debe siempre cumplirse con igualdad o, en términos matemáticos, debe saturarse, sin embargo, no es necesario presuponer tal resultado ya que se obtendrá de forma óptima más adelante.

Dicho lo anterior, el problema puede abordarse como uno de optimización estático simple, con una función objetivo cóncava y una restricción convexa (lineal), con lo cual se puede resolver usando el enfoque Lagrangiano. Para ello, se necesario definir la función Lagrangiana, dado un valor $\lambda > 0$ denominado multiplicador de la siguiente manera:

$$\mathcal{L}_1(M, T, \lambda) = R(M, L) - C_M - C_L + \lambda(T - M - L) \quad (4)$$

Las condiciones de primer orden son:

$$\frac{\partial \mathcal{L}_1(M^*, L^*, \lambda)}{\partial M} = R_M(M^*, L^*) - \lambda = 0 \quad (5)$$

$$\frac{\partial \mathcal{L}_1(M^*, L^*, \lambda)}{\partial L} = R_L(M^*, L^*) - \lambda = 0 \quad (6)$$

La condición de holgura complementaria viene dada por $\lambda[T - M^* - L^*] = 0$. Dado el supuesto según el cual la función de ingresos marginales es positiva, las condiciones de primer orden implican que $\lambda > 0$, por lo que la restricción de tiempo está restringida a que $M^* + L^* = T$. Por lo tanto, la intersección define el valor del producto marginal de la música y de la locución, que es el mismo para ambos casos y revela el “precio competitivo” implícito para un minuto de tiempo de contenido musical y locución respectivamente.⁵⁸

Si, por el contrario, se asumiera que el costo marginal del contenido musical y de la locución son ambos positivos e iguales a v , donde v es tal que $R_M(M^*, T^*) = R_T(M^*, R^*) = v$. El nuevo problema del operador de RC puede ser resuelto usando la siguiente expresión lagrangiana:

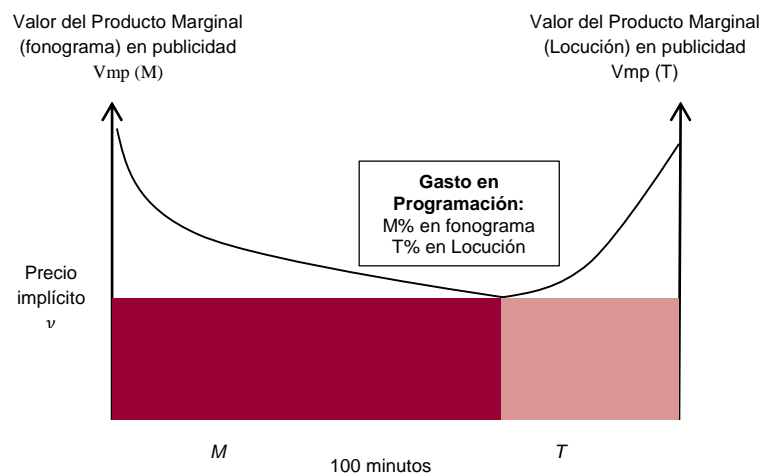
⁵⁸ Este precio competitivo implícito es igual al multiplicador de Lagrange de la restricción de tiempo en el problema original L1, donde el costo marginal de la música y locución se asume será cero.

$$\mathcal{L}_2(M, L, \lambda) = R(M, L) - C_M - \nu M - C_L - \nu L + \lambda(T - L - T)$$

Cuya solución es como la anterior (M^*, T^*) , pero con la diferencia que ahora la restricción no está saturada, de modo que $\lambda = 0$.

Gráficamente, se puede representar la solución como la intersección entre el punto $vpm(M) = vpm(T)$, que revela el precio implícito competitivo de ν con $vpm(M^*) = vpm(T^*) = \nu$ (ver Figura 4). Por lo tanto, los pagos competitivos implícitos para aquellos insumos serían νM^* y νT^* , correspondientes a los pagos que estarían dispuestos a hacer en un mercado competitivo un operador de RC por música y locución.

Figura 4
PORCENTAJE DE GASTO EN MÚSICA Y LOCUCIÓN



Tomado de Audley y Boyer (2007).

Según Audley y Boyer (2007) el precio competitivo implícito ν , revelado por el operador de RC, es más una medida de la disposición a pagar por los derechos de fonograma, que una definición estricta de precio competitivo. Para el caso de las radios en Canadá, el precio implícito competitivo podría ser transformado en un porcentaje de los ingresos por publicidad de los operadores de RC.⁵⁹

De esta manera, es claro que, de acuerdo con los resultados de este enfoque formal, el porcentaje de uso del recurso musical en la programación radial es un indicativo del valor, en el margen, que el usuario, en este caso las RC, espera obtener del uso del recurso.

Nótese, además, que el valor o proporción del costo del uso del recurso musical, que incluirá la remuneración equitativa relacionada a las obras protegidas respecto del

⁵⁹ En el Anexo 1 se detalla los resultados de la aplicación teórica al caso de las RC en Canadá para el período 2003-2004.

costo total de la programación radial deberá ser similar, o, más precisamente, proporcional, a la intensidad de uso del recurso musical en la programación.

De este modo, este enfoque de mercado competitivo hipotético genera como resultados que:

- i) El criterio de remuneración equitativa implica un método único para determinar el valor de la remuneración que debe satisfacer cada usuario, en ese caso las RC. En otras palabras, este criterio automáticamente implica un enfoque no discriminatorio entre usuarios del mismo conjunto, como es el caso de las radios comerciales;
- ii) Asimismo, el criterio implica asociar la remuneración a la intensidad de uso del recurso, medido en este caso como tiempo de programación musical, por parte de las RC;
- iii) Finalmente, el enfoque produce automáticamente una relación de proporcionalidad entre la intensidad del uso y el peso del costo de uso de la música en el costo total de la programación. El costo de uso de la música deberá incluir la remuneración equitativa a los productores, autores, compositores, artistas, intérpretes o ejecutantes.

4.2. USO DEL RECURSO MUSICAL POR OTRO TIPO DE USUARIOS

Según PWC (2008), las tarifas tienden a aumentar de forma significativa cuando se aplican enfoques más formales, como parece demostrar la experiencia reciente. Lo cual podría responder a que las tarifas actuales, que en su mayoría no se fijaron mediante un análisis económico (formal), no reflejan el verdadero valor (subvalorado) de los fonogramas.

Por ello, los criterios de tarificación que emergen del criterio del “*willing buyer-willing seller*” buscan contribuir a revelar el valor de la música para un usuario. El principal reto, en este caso, es cómo medir esta valoración, principalmente en aquellos casos donde el uso de la música no es el elemento principal en la generación de ingresos del usuario⁶⁰ (por ejemplo: un restaurant, un supermercado, un centro comercial, un hotel).⁶¹

En este sentido, los enfoques de mercados comparables (si existen), análisis de la música sustituta y modelos de elección discreta pueden emplearse para un mayor número de casos (diversas industrias) comparado con los métodos de análisis según uso y análisis financiero que estarían más limitados al estudio del valor de la música

⁶⁰ Es decir, cuando la música grabada no es una característica clave del producto y los operadores de los negocios no están en la capacidad de modificar su utilización para poder obtener mayores ingresos.

⁶¹ Este análisis se vuelve más complejo en los casos que se quiere determinar el valor de la música contenida en una obra audiovisual para una sala de cine, una televisora, etc.



en el sector de radiodifusión (radio y televisión) y los métodos de fijación de precios hedónicos y experimentos que son más apropiados para las actividades de establecimientos comerciales de venta al público, bares, restaurantes, cafés, clubes nocturnos y fiestas bailables con fines comerciales.

Asimismo, cada uno de los métodos de análisis proporciona distinto tipo de información sobre el valor de la tarifa, por ejemplo, el método de mercados comparables permite obtener un solo valor específico; el análisis de la música sustituta permite obtener el límite inferior del rango de una negociación hipotética; y, el análisis según uso, análisis financiero, fijación de precios hedónicos, experimentos o modelos de elección discreta permiten conocer el límite máximo de este rango de negociación hipotética.

Por último, pese a la búsqueda de la sofisticación y precisión en el establecimiento de las tarifas, los costos de monitoreo y gestión de las tarifas deberían propender a ser también simples, de lo contrario lo que se gana en precisión al momento de definir el sistema de tarificación podría diluirse en los costos de implementación, por ello debería procurarse buscar un balance adecuado entre ambos temas.

CONCLUSIONES

En general, los bienes creativos tienen la peculiaridad de que una vez que han sido creados, no es necesario volver a producirlos para hacerlos disponibles al público consumidor. No obstante, una creación original requiere tiempo y esfuerzo, y en ocasiones, una importante inversión en el desarrollo e investigación necesarios para alcanzar la meta, e implícitamente, hay asociado un alto nivel de incertidumbre respecto del valor comercial final que pueda alcanzar la obra, lo que puede dar lugar a los potenciales problemas de *apropiabilidad* que le resten atractivo a la actividad creadora.

En este sentido, el paradigma competitivo podría no generar los incentivos necesarios para fomentar el desarrollo de bienes creativos. Las propiedades económicas de los bienes creativos y su proceso productivo generan situaciones que podrían asociarse con fallas de mercado, requiriendo algún tipo de intervención pública que procure un resultado socialmente eficiente y que no es posible alcanzar de manera descentralizada.

Estos problemas de apropiabilidad y fallas de mercado han dado espacio para el diseño de políticas públicas que busquen resolverlos, a través de instrumentos diseñados específicamente para la materia, entre ellos los Derechos de Propiedad Intelectual (DPI). De este modo, los DPI, en general, aumentan la “apropiabilidad” de las potenciales rentas derivadas del uso comercial del bien creativo, mitigando los efectos de la dificultad de exclusión.

En el marco de la Ley sobre el Derecho de Autor (LDA), los artistas intérpretes o ejecutantes tienen el derecho a una *Remuneración Equitativa* por la comunicación pública del fonograma publicado con fines comerciales que contenga su interpretación o ejecución. De acuerdo con la normativa vigente, la Remuneración Equitativa debe respetar principios de i) razonabilidad; ii) equidad, iii) proporcionalidad respecto de los beneficios económicos obtenidos por el uso de las obras protegidas.

Así, el criterio de la remuneración equitativa es el principio fundamental que rige el pago de derechos por la difusión pública de fonogramas. Una aproximación desde el punto de vista económico a este principio podría ser entendida como aquel precio basado en el valor hipotético que los usuarios y los productores de música pactarían si tuviesen la libertad de negociar en un mercado competitivo, donde los consumidores dispuestos a comprar (*willing buyer*) y los productores dispuestos a vender (*willing seller*) no actúen por presión ni ventaja; y, en el caso de ausencia de un mercado competitivo, el precio debería estimarse a través de una negociación hipotética.

En la medida que en el caso de los bienes no rivales, los mercados competitivos son inviables, la remuneración por uso de las obras protegidas debería aproximarse a través de una negociación hipotética. Es decir, una en donde el precio se hallará entre el menor precio que el ofertante estaría dispuesto a aceptar y el mayor precio que el usuario estaría dispuesto a pagar, en el que las condiciones de negociación son relativamente simétricas. En general, el principio *willing buyer-willing seller* parece

estar en línea con un enfoque basado en un mercado competitivo hipotético, en donde a pesar de no ser observable, puede dar lineamientos claros sobre el valor de la tarifa.

Por otro lado, en cuanto al aspecto de la organización y gestión de los derechos de autor, los autores y titulares de derechos conexos pueden ejercer estos derechos de forma individual o colectiva (Sociedades de Gestión Colectiva); sin embargo, ante los altos costos de transacción y administración de la gestión individual, los autores y los titulares de derechos conexos suelen básicamente efectuarlos a través de SGC.

Las economías de escala y de ámbito, en el servicio de otorgamiento de licencias, contratación, monitoreo, recaudación y distribución que caracterizan a la gestión colectiva, dan lugar a la creación de monopolios naturales en la administración de estos derechos. El riesgo asociado con este problema es que las SGC pueden ejercer su poder de mercado e incurrir en prácticas contrarias a la libre competencia fijando tarifas unilaterales, inequitativas o discriminatorias, lo cual tiene una importante relevancia, ya que son las SGC las que deben implementar el esquema de la remuneración equitativa.

Sin embargo, en los últimos años, con el reciente cambio tecnológico y estructural en las industrias de derecho de autor, ha surgido un debate sobre el papel de las SGC, ya que los creadores estarían en mejores condiciones para contratar directamente con los usuarios, mediante una administración digital que con una gestión colectiva, incluso para controlar el uso secundario de las obras. Es preciso indicar que el Internet y los medios electrónicos también están facilitando a las SGC mecanismos para la recopilación y procesamiento de información sobre el uso y los usuarios de obras y así realizar una evaluación más precisa de la utilización de las obras individuales y discriminar precios, en función del valor y voluntad a pagar de estos.

Finalmente, el principal reto de medir la valoración de las obras creativas, como la música, se da en los casos donde el uso de la obra (música) no es el elemento principal en la generación de ingresos del usuario (p.e. restaurantes, hoteles, supermercados). En este sentido, pese a la búsqueda de la sofisticación y precisión en el establecimiento de las tarifas, los costos de monitoreo y gestión de las tarifas deberían propender a ser también simples, de lo contrario lo que se gana en precisión, al momento de definir el sistema de tarificación podría diluirse en los costos de implementación, por ello debería procurarse buscar un balance adecuado entre ambos temas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AUDLEY, P. y M. BOYER (2007) *The value of music to Commercial Radio Stations*. Society for Economics Research on Copyright Issues. Berlin 12-13 julio.
- BRENNAN, D. (2005) *What is Equitable Remuneration for Intellectual Property Use?* Seminar Oxford Intellectual Property Research Centre, 25 enero 2005.
- COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA (2009) *Informe sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual*. España.
- EVANS, D. y J. PADILLA (2005) *Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules*. Journal of Competition Law and Economics, Vol. 1(1), pp. 97–122.
- GAL, M. (2004) *Monopoly pricing as an antitrust offense in the U.S. and the EC: Two systems of belief about monopoly?* The Antitrust Bulletin (2004) 343.
- GALLARDO, J. (1999) *Disyuntivas en la Teoría Normativa de la Regulación: El Caso de los Monopolios Naturales*. Serie Documentos de Trabajo Departamento de Economía de la PUCP N° 164.
- HANDKE, C. y TOWSE, R. (2007). *Economics of Copyright Collecting Societies*. International Review of Intellectual Property and Competition Law, Vol. 38, No.8, 2007, pp. 937-957.
- HANSEN, G. y A. SCHMIDT-BISCHOFFSHAUSEN (2007) *Economic functions of collecting societies – Collective rights management in the light of transaction cost- and information economics*. Draft version. 19 octubre 2007.
- IPO (2012) *Collecting Societies Codes of Conduct*. Intellectual Property Office. BOP Consulting, en colaboración con Benedict Atkinson y Brian Fitzgerald. Reino Unido.
- MOTTA, M. (2004) *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge University Press.
- MOTTA, M. y A. De STREEL (2006) *Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law*. 8th Annual European Union Competition Workshop. junio 2003.
- MOTTA, M. y A. De STREEL (2007) *Excessive Pricing in Competition Law: Never say Never?* In The Pros and Cons of High Prices, Stockholm: Konkurrensverket - Swedish Competition Authority, 2007 (Cap. 2, pp. 14-46.).
- NORDHAUS, W. (1972) *The Optimum Life of a Patent: Reply*. The American Economic Review, Vol. 62, No. 3. (Jun., 1972), pp. 428-431.
- OMPI (s/f) Principios Básicos del Derecho de Autor y los Derechos Conexos. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Disponible en: http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/es/intproperty/909/wipo_ub_909.pdf.

- PricewaterhouseCoopers (2008) *Valuing the use of recorded music*. Informe requerido por la Federación Internacional de la Industria Fonográfica (IFPI). PWC, Australia.
- ROMER, D. (2002) *When Should We Use Intellectual Property Rights?* The American Economic Review: Vol. 92 No. 2 (mayo 2002) pp. 213-216.
- SALA-I-MARTIN, X. (2000) *Apuntes de crecimiento económico*. Antoni Bosch Editor.
- SHAPIRO, C. (1983) *Optimal Pricing of Experience Goods*. The Bell Journal of Economics, Vol. 14, No. 2 (Otoño, 1983), pp. 497-507.
- STIGLITZ, J. (2008) *Economic Foundations of Intellectual Property Rights*. Duke Law Journal. Vol. 57, pp. 1693-1724 (2008).
- TAVERA, J. y T. ORÉ (2007) *Gestión Colectiva de Derechos de Autor: Una Mirada al Caso Peruano*. Revista de la competencia y la propiedad intelectual. Año 3 No. 5: pp. 195-258, Primavera 2007.
- TIROLE, J. (1988) *The Theory of Industrial Organization*. The MIT Press. Cambridge, Massachusetts. London, England.
- TOWSE, R. (2007) *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, 2012, Vol. 9(2), pp. 3-30.
- VARIAN, H. (2000) *Buying, Sharing and Renting Information Goods*. The Journal of Industrial Economics, Vol. 48, No. 4 (diciembre 2000), pp. 473-488.
- ZABLOCKA, A. (2008) *Antitrust and Copyright Collectives - an Economic Analysis*. Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies, Vol. 1, No. 1, p. 151, 2008.
- UNCTAD (2004) *Creative Industries and Development*. Eleventh Session, junio 2004.
- UNCTAD (2008) *The Challenge of Assessing the Creative Economy Towards Informed Policy-making*. Creative Economy Report 2008.
- UNCTAD (2010) *A Feasible Development Option*. Creative Economy Report 2010.

ANEXOS

ANEXO 1: RESULTADOS DEL MODELO DE AUDLEY Y BOYER PARA EL CASO DE LAS RADIOS COMERCIALES CANADIENSES

El enfoque de Análisis según Uso, supone que los operadores de las RC obtienen ingresos publicitarios a través del contenido de la programación, eligiendo una combinación de contenido para sus programas entre fonogramas y locución, que les garantice maximizar sus ganancias, por lo que el ingreso marginal por la emisión de fonogramas y por la locución debe ser igual. Además, el costo marginal de la locución y de los fonogramas, en ambos casos, es esencialmente cero.

Los ingresos de las radios estarían determinados por los ingresos publicitarios por franja horaria, ya que los ingresos no dependen únicamente del contenido de la programación (fonogramas o locución), sino también de la franja horaria y del tiempo que se destina a los anuncios comerciales (ver Cuadro 2).

Cuadro 2
CONTENIDO DE LA PROGRAMACIÓN DE LA MUESTRA DE RADIOS
COMERCIALES DE CANADÁ, 2003-2004

Franja horaria	% de fonogramas en la programación radial (excluidos los anuncios comerciales)
06:00 hs a 09:00 hs	63,5%
09:00 hs a 15:00 hs	77,8%
15:00 hs a 16:00 hs	83,5%
16:00 hs a 18:00 hs	77,7%
18:00 hs a 19:00 hs	76,6%
19:00 hs a 00:00 hs	79,2%
Todo el día	76,1%

Tomado de Audley y Boyer (2007).

La emisión de fonogramas representa, en promedio, el 76,1% del contenido de la programación radial por día, durante todas las franjas horarias, por lo que los fonogramas representarían una parte sustancial de la programación radial en comparación con la locución. Entonces, los pagos efectuados por los diferentes contenidos de programación (fonogramas y locución) deberían reflejar la misma proporción que los minutos asignados de tiempo de emisión.⁶²

Luego Audley y Boyer (2007) realizaron una estimación (conservadora) basada en la proporción real del contenido de la programación que está conformado por la emisión de fonogramas, como por noticias y otros contenidos de locución. Los resultados indicaron que, dentro de la franja de seis a nueve de la mañana, los fonogramas tendrían igual importancia que las noticias y otros contenidos al momento de atraer a

⁶² Recordemos que las estaciones de radios musicales dependen principalmente de la música para atraer oyentes e ingresos por publicidad.

la audiencia, mientras que en el resto del día los fonogramas tendrían el doble de importancia que los contenidos de locución (ver Cuadro 3).

Cuadro 3
VALOR ATRIBUIDO A LOS FONOGRAMAS SEGÚN FRANJA HORARIA,
ESTIMACIONES PONDERADAS, CANADÁ, 2003-2004

Franja horaria	Aporte de la franja horaria a los ingresos publicitarios	Aporte de los fonogramas a los ingresos publicitarios
06:00 hs a 09:00 hs	25,9%	13,0%
09:00 hs a 00:00 hs	74,1%	49,4%
Total	100,0%	62,4%

Tomado de Audley y Boyer (2007).

Así, el 25,9% de los ingresos publicitarios de una RC se genera entre las seis y las nueve de la mañana, y alrededor del 13% de los ingresos publicitarios de la emisora serían explicados por el aporte de los fonogramas.

Para determinar el valor adecuado de los fonogramas, en el estudio se señala que si los fonogramas aportan el 62% del total de ingresos comerciales de una emisora, entonces este mismo porcentaje (62%) debería representar de los costos totales de programación. Así, si los precios de licencia de los fonogramas son inferiores al 62%, entonces las regalías de los fonogramas deberían ajustarse y aumentarse.

De acuerdo con el análisis efectuado por Audley y Boyer (2007), los gastos relacionados con la utilización de fonogramas en Canadá debían representar, al menos, 265,3 millones de dólares canadienses de las emisoras de RC, en contraposición a los 109,3 millones de dólares canadienses que se desembolsaban hasta el momento del estudio.