

COMPETENCIA ECONÓMICA Y PROPIEDAD INTELECTUAL

¿COMPLEMENTARIOS O ANTAGÓNICOS?

Francisco González de Cossío*

I.	INTRODUCCIÓN	2
II.	ECONOMÍA Y OBJETIVOS DE LAS INSTITUCIONES DE PROPIEDAD INTELECTUAL	2
	A. GENERAL.....	2
	B. MARCAS.....	3
	C. PATENTES.....	3
	D. DERECHOS DE AUTOR	4
III.	ECONOMÍA Y OBJETIVOS DEL DERECHO DE COMPETENCIA ECONÓMICA	4
	A. INTRODUCCIÓN	4
	B. EFICIENCIA.....	5
	C. COMPETENCIA Y LIBRE CONCURRENCIA	6
	D. BENEFICIOS DE LA COMPETENCIA.....	6
IV.	PELIGROS COMPETITIVOS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL	7
	A. INTRODUCCIÓN	7
	B. PRECIOS SUPRACOMPETITIVOS.....	8
	C. NEGATIVAS DE TRATO	9
	1. Negativa de Trato que resulte en un Embudo o Barrera de Entrada	9
	2. Negativa a Compartir un Recurso Esencial	11
	a) Experiencia Estadounidense	12
	b) Derecho Europeo.....	14
	c) Conclusión	14
	D. RESTRICCIONES INTRAMARCA E INTERMARCA.....	14
	1. Economía de las restricciones verticales.....	14
	2. Riesgos de las restricciones verticales	15
	a) Barreras que impidan acceso a un mercado.....	15
	b) Apalancamiento.....	15
	3. Ejemplos extranjeros.....	16
	E. CONCENTRACIONES.....	17
	F. ANÁLISIS COMPETITIVO DE LA PRÁCTICA.....	18
V.	CASOS MEXICANOS	19
VI.	COMENTARIO FINAL	19

* González de Cossío Abogados, S.C. (www.gdca.com.mx) Presidente del Comité de Competencia Económica, Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional. Observaciones bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx

I. INTRODUCCIÓN¹

La relación entre el derecho de la competencia económica y el derecho de la propiedad intelectual es importante, interesante y controvertida.

Es *importante* pues muchos casos trascendentes recientes han involucrado propiedad intelectual. Ello ha resultado en que muchos perciban que el alcance de los derechos de propiedad intelectual se vean reducidos por el derecho de la competencia económica, lo cual ha motivado una avalancha de estudios.²

Es *interesante* pues implica la conjugación de dos leyes especiales. Ello invita diferencias sobre cómo deben proyectarse, máxime la sofisticada naturaleza de cada una.

Es *controvertida* pues, mientras que algunos consideran que existe un conflicto inherente entre ambas,³ otros consideran que se complementan.⁴

Me uno a la segunda corriente de opinión. Más que *contradictorias*, ambas disciplinas son *complementarias*. Este estudio explicará porqué. Para ello, se analizará la economía y fines de las instituciones de propiedad intelectual (§II), para luego mencionar la economía y objetivos de la competencia económica (§III), comentando los peligros competitivos que los derechos de propiedad intelectual pueden propiciar (§IV), tocando los casos que a la fecha han tenido lugar en el foro mexicano (§V), para concluir con un comentario final (§VI).

II. ECONOMÍA Y OBJETIVOS DE LAS INSTITUCIONES DE PROPIEDAD INTELECTUAL

A. GENERAL

Los derechos de propiedad intelectual⁵ tienen una función económica importante, y desde dos ángulos: productores y consumidores.

En términos generales, del lado de los productores, busca permitir que el creador de algo apropie la mayor cantidad posible del valor social que genera. Del

¹ Estoy en deuda con Víctor Ramírez Landeros, un experto en propiedad intelectual, por sus observaciones a este estudio. Sin embargo, cualquier error es atribuible exclusivamente al autor.

² La lista es enorme. Destaca la obra de dos tomos IP AND ANTITRUST: AN ANALYSIS OF ANTITRUST PRINCIPLES APPLIED TO INTELLECTUAL PROPERTY LAW, Herbert Hovenkamp, Mark D. Janis y Mark A. Lemley, 2002.

³ D. G. Goyder, EC COMPETITION LAW, Clarendon Press, Oxford, 1998, pg. 261. Roger Sadbury and Katherine Holmes, INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS AND EUROPEAN COMPETITION LAW, International Company and Commercial Law Review, 1994, 5 (2), pg. 43.

⁴ Dominique Brault, POLITIQUE ET PRATIQUE DU DROIT DE LA CONCURRENCE EN FRANCE, Droit des Affaires, L.G.D.J., Paris, 2004, pg. 45.

⁵ Aludiré a la disciplina por su género ('derechos de propiedad intelectual') con miras a abarcar su especie (propiedad *industrial*).

lado de los consumidores, busca estimular desarrollo y economizar el costo de adquisición de productos mediante la facilitación de su búsqueda.

Dicho *leitmotiv genérico* encuentra motivos *específicos* en cada derecho de propiedad intelectual, que a continuación resumiré.⁶

B. MARCAS

Las marcas son tan convenientes al productor como al consumidor.

Del lado del consumidor, las marcas ayudan a resolver el problema de ignorancia sobre la calidad de un producto. Al hacerlo, reducen el costo de búsqueda de productos con cualidades específicas.⁷ A través de la marca, el consumidor sabe a quién culpar si el producto no funciona.

Del lado del productor, permiten recuperar la inversión en calidad y publicidad. Sin una marca, el productor no tendría incentivo alguno para procurar calidad. El costo marginal de hacerlo no se vería amortizado por ganancias adicionales.⁸

C. PATENTES

Las patentes fomentan innovación mediante el otorgamiento de un derecho de propiedad exclusivo sobre una invención.

La economía detrás de la patente es clara: incentiva la actividad inventiva dando una recompensa a quien invente algo útil. Y la recompensa es nada más y nada menos que un monopolio.⁹ Al hacerlo, genera un imán poderoso que propicia investigación y desarrollo. Sin una protección el inventor vería que sus ideas son

⁶ Lo que a continuación presento es un resumen. Su extensión busca mencionar los elementos *esenciales* (no *totales*) necesarios para proceder al análisis objeto de este estudio, no a agotar la economía de las instituciones de propiedad intelectual. De ser éste el deseo, sugiero acudir a William M. Landes y Richard A. Posner, THE ECONOMIC STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2003, cuyos capítulos 1 a 4 y 11 son especialmente ilustrativos.

⁷ Robert Cooter and Thomas Ulen, LAW & ECONOMICS, Third Edition, Addison Wesley Longman, Inc., 2000, pgs. 136 y 137.

⁸ Richard A. Posner, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW, Fifth Edition, Aspen Law & Business, pg. 49.

⁹ Una aclaración terminológica es procedente. La calificación de derechos derivados de una patente como ‘monopolio’ ha generado debate. Correctamente entendida, una patente no necesariamente hace de su titular un monopolista. Y lo inverso también es cierto: un monopolista puede no contar con una patente. Pero tampoco quiere decir que no lo sea. El derecho que una patente otorga es a excluir a terceros del uso de su invención. El que ello convierta a su titular en un monopolista—o para ser más exactos, otorgue poder de mercado— obedecerá a otras circunstancias, que serán abordadas en la sección IV de este estudio.

copiadas y vendidas a un precio inferior, pues el agente económico copión no tendría la necesidad de amortizar el costo del desarrollo de la invención.¹⁰

Si bien los monopolios son —desde una perspectiva agregada— reprochables, su utilización vía patente es astuta: intercambian un ‘mal’ temporal por un ‘bien’ permanente: una renta monopólica durante la vigencia de la patente a cambio de su contribución al dominio público concluida su vigencia.

Además de los intereses *individuales*, hay intereses *agregados* que se procuran. Al creador de una idea le es difícil apropiarse su valor social. Al otorgársele derechos de propiedad exclusivos se le permite apropiarse de mucho del valor social que genera. Consecuentemente, incentiva ideas al alinear sus beneficios con el valor social que generen¹¹, lo cual es necesario para fomentar eficientemente la innovación. Y la innovación fomenta el progreso.

D. DERECHOS DE AUTOR

Los derechos de autor le dan a los escritores, compositores y demás artistas un derecho de propiedad sobre su creación, una vez demostrado que su trabajo es una expresión original.¹² A diferencia de otros derechos de propiedad intelectual, para que alguien pueda explotar un derecho de autor es necesario que revele su contenido. Por ende, la necesidad de proteger el derecho para propiciar su divulgación es menos imperante que otros (v.gr., una patente). Más bien, la protección descansa en otros deseos: proteger contra conducta parasitaria (v.gr., plagio).¹³

III. ECONOMÍA Y OBJETIVOS DEL DERECHO DE COMPETENCIA ECONÓMICA

A. INTRODUCCIÓN

Los objetivos de la competencia económica son no sólo materia de debate, sino también de confusión.¹⁴

Correctamente entendida, la legislación de competencia económica *únicamente* protege la ‘eficiencia’.¹⁵ Para procurarla, se fomenta el mecanismo que

¹⁰ El costo marginal de usar una invención —que pudo haber sido el producto de importantes erogaciones de investigación y desarrollo— es (o puede ser) cero o muy cerca de cero.

¹¹ ‘Privatiza’ (hace privados) los beneficios ‘públicos’ (generales) que crea.

¹² Como lo decía Lord Macaulay: “Copyright is a tax on readers for the purpose of giving a reward to writers”; Thomas B. Macaulay, *SPEECHES ON COPYRIGHT*, 25, C. Gaston, ed., 1914.

¹³ Para un estudio interesante, ver Richard A. Posner, *THE LITTLE BOOK OF PLAGIARISM*, Pantheon Books, New York, 2007.

—según el paradigma actual del análisis económico— lo logra: el ‘proceso de competencia y libre concurrencia’.

Pero ¿qué es la ‘eficiencia’? ¿Y qué se entiende por la ‘competencia y libre concurrencia’?

A continuación se abordará, para luego sintetizar los beneficios que el análisis económico enseña que arrojan.

B. EFICIENCIA

Hablar de ‘eficiencia’ es equívoco, pues existen diferentes tipos de eficiencia. Existe la *eficiencia productiva*,¹⁶ la *eficiencia en el consumo*,¹⁷ la *eficiencia asignativa*,¹⁸ la *eficiencia técnica*,¹⁹ la *eficiencia distributiva*,²⁰ y la *eficiencia ‘Pareto’* o *Pareto-óptima*.²¹ Es esta última el tipo de ‘eficiencia’ que protege la LFCE. Y consiste en lo siguiente: un escenario se calificará de Pareto-eficiente cuando no puede encontrarse una utilización alternativa que ponga a una persona en mejores circunstancias sin empeorar a otra.²²

Los mercados competidos son Pareto-eficientes si se comparan con la alternativa: los mercados no competidos, o, en su extremo, monopólicos: el abasto agregado es inferior y el precio es superior. Y el sacrificado es el consumidor.²³

¹⁴ Un estudio reciente busca disipar la confusión: el capítulo NUEVA POLÍTICA DE COMPETENCIA: ALUMBRAMIENTO, PUBERTAD Y MADUREZ DE UNA IDEA, en la obra COMPETENCIA ECONÓMICA, ESTUDIOS DE DERECHO, ECONOMÍA Y POLÍTICA, José Roldán Xopa y Carlos Mena Labarthe, Coordinadores, Ed. Porrúa, ITAM, 2007, pg. 1.

¹⁵ Artículo 2 de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE).

¹⁶ El incremento del radio entre el abasto y sus insumos. Consiste en que los productos sean elaborados con el costo mínimo posible; es decir, con la menor erogación de recursos.

¹⁷ Cuando el valor que el consumidor le otorga al bien es exactamente igual al costo marginal de producirlo.

¹⁸ La utilización más eficiente de los recursos; es decir, aquél que hará más próspera a una sociedad. El concepto *‘allocative efficiency’* también incluye que el bien es atribuido a quien más lo valora.

¹⁹ Consiste en la producción mediante la mejor u óptima combinación de insumos.

²⁰ Mejor conocida como justicia distributiva. Busca encontrar mejores formas de distribuir el ingreso o la riqueza. El derecho de la competencia económica no tiene objetivos distributivos, aunque la reducción del poder de mercado de los agentes económicos (en particular los monopólicos) trae como resultado un efecto redistributivo positivo a nivel agregado.

²¹ Se le llama así pues fue acuñada por el economista italiano Wilfredo Pareto (V. Pareto, MANUAL D’ECONOMIE POLITIQUE, 1909.)

²² Para abundar, ver González de Cossío, DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS, Revista de Investigaciones Jurídicas número 30, pg. 231.

²³ Mucho puede (y debe) decirse sobre este (complejo e interesante) tema. Me abstendré pues rebasa los fines de esta obra. De desear abundar, ver las obras citadas en los pies de página 14 y 26 de este estudio.

C. COMPETENCIA Y LIBRE CONCURRENCIA

¿Qué es la competencia y libre concurrencia? ¿Qué es un ‘daño al proceso de competencia económica’?²⁴ ¿Será lastimar (o quebrar) a un competidor?

Problemáticamente, la respuesta es un (incómodo — o interesante) ‘depende’.

Si, por ejemplo, ello derivó de una superior eficiencia de otro agente económico,²⁵ el derecho de la competencia económica no sólo no derivaría responsabilidad, sino aplaudiría dicho resultado.

En forma contraria, si —utilizando el mismo ejemplo— el desplazamiento ocurriera como resultado de un ‘efecto cuello de botella’ procurado por el aseguramiento de un recurso esencial negando compartirlo al competidor, se considera que el agente económico no fue desplazado por el proceso competitivo, sino por motivos distintos, indebidos, artificiales — y se encontrará que existe un daño al proceso competitivo.

En ambos casos existe una reducción en el número de actores en un mercado determinado y por ende la reducción de competencia en el mismo. El que ello sea plausible o denostable dependerá de los motivos por los que fue desplazado.

D. BENEFICIOS DE LA COMPETENCIA

Los beneficios genéricos de la competencia²⁶ consisten en que procura un resultado en el cual, vistos en forma agregada, el beneficio del consumidor²⁷ y el beneficio del productor²⁸ son maximizados, evitando una pérdida de bienestar. Es decir, el *monopolio resulta en desperdicio social agregado. Su nivel de abasto es subóptimo, tomando en cuenta la sociedad en su totalidad.* Si se propiciara un mercado competitivo, más productores extraerían más riqueza de la misma cantidad de recursos naturales, y los consumidores adquirirían más productos, de mejor calidad y a menor precio. Todos saldrían ganando.

²⁴ Lo que en otras jurisdicciones se conoce como ‘*antitrust injury*’. En México lo aludimos como “el menoscabo en el proceso de competencia y libre concurrencia”.

²⁵ Desplegada mediante, por ejemplo, la habilidad de producir a un costo inferior, lo que por su cuenta se traduce en un precio inferior al consumidor. Otro ejemplo puede ser mediante mejores servicios de punto de venta.

²⁶ Para una descripción más rigurosa, véase González de Cossío, COMPETENCIA ECONÓMICA, ASPECTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS, Ed. Porrúa, México, D.F., 2005, pgs. 24 et seq.

²⁷ Que es la diferencia entre el precio máximo que el consumidor estaría dispuesto a pagar, y el precio que paga.

²⁸ Que es la diferencia entre el precio más bajo al que estaría dispuesto a vender, y el precio al que vende.

Hay mucho que podría decirse sobre lo anterior. Dado los objetivos de este estudio me contendré.²⁹

IV. PELIGROS COMPETITIVOS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

A. INTRODUCCIÓN

La propiedad intelectual incentiva progreso otorgando derechos exclusivos a quien genera un valor agregado social. La competencia económica procura eficiencia evitando las consecuencias del poder de mercado.

¿Existirá una contradicción? ¿O se incurrirá en el peligro que el (famoso) juez estadounidense Learned Hand advertía en un caso paradigmático (*Alcoa*)?:³⁰

The successful competitor, having been urged to compete, must not be turned upon when he wins.

[No debe traicionarse al competidor al que, habiéndole pedido que compita, gane.]

Algo similar puede decirse del creador o innovador: una vez incentivado a crear — mediante el dulce del monopolio temporal— no debe traicionársele evitando que extraiga el beneficio del valor social que genera — ¡aunque sea monopólicamente!

Hacerlo sería patear el pesebre. Después de todo, la clase inventiva, los creadores, propicia el desarrollo.³¹ La sociedad está en deuda con ellos.

Adelanto una respuesta: el ‘pacto’ de tolerar un monopolio temporal al creador no justifica que lo utilice anticompetitivamente.

A continuación fundamentaré y explicaré la aseveración comentando las áreas en las que encuentro que el interactuar de estas dos áreas genera una arista desde el ángulo de competencia económica:

1. Precios supracompetitivos;
2. Negativas de trato que propicien:
 - a) barreras de entrada;
 - b) embudos;
 - c) entorpezcan o impidan que se genere un segundo mercado; o

²⁹ De desear abundar, cualquier libro de microeconomía detalla los beneficios de un mercado competitivo. En caso de desear consultar un resumen con un ángulo jurídico, véase González de Cossío, COMPETENCIA ECONÓMICA. ASPECTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS, Ed. Porrúa, México, D.F., 2005, pgs. 23 *et seq.*

³⁰ *United States v. Aluminum Co. of America*, United States Court of Appeals, Second Circuit, 1945 (148 F.2d 416).

³¹ Un estudio reciente así lo defiende: EL ESTADO DE DERECHO: UN ENFOQUE ECONÓMICO, Ed. Porrúa, México, D.F., 2007.

- d) involucren un Recurso Esencial.
- 3. Las restricciones verticales intra o inter marca que propicien:
 - a) barreras de entrada;
 - b) apalancamiento; y
- 4. Concentraciones

B. PRECIOS SUPRACOMPETITIVOS

Una pregunta obligada es si el establecimiento de un precio *alto* genera en sí responsabilidad bajo la legislación de competencia.

La pregunta es relevante: una vez otorgado un derecho de propiedad intelectual el agente económico podría³² tener la habilidad de incrementar el precio del producto protegido por encima del precio de mercado, sin que un competidor pueda contrarestarlo.³³

La respuesta es negativa. *Per se*, el establecimiento de un precio supracompetitivo no es sancionable. Más bien, ello es el resultado de incurrir en prácticas colusivas o exclusionarias.

Existen precedentes y doctrina³⁴ que confirman dicho razonamiento.³⁵ Sin embargo, la respuesta judicial no es unánime.³⁶

³² Digo ‘podría’ pues la existencia de un monopolio *legal* no necesariamente implica la existencia de un monopolio *económico (de facto)*. Pueden haber sustitutos. O puede suceder que no habiendo sustitutos idénticos, al precio supracompetitivo, otros productos – inclusive distintos (al precio competitivo)– se convierten en sustitutos al precio supracompetitivo. Un ejemplo puede ser ilustrativo. Un coche y un avión son claramente productos distintos y no sustitutos entre sí. Pero supongamos que para un viaje determinado (v.gr., México – Acapulco) el costo de viajar en coche es de \$1,000 (limitando la determinación de ‘costo’ al marginal: gasolina y casetas, sin tomar en cuenta desgaste y depreciación) y el ‘costo’ de ir en avión es el precio del boleto. Si el precio del boleto es de \$3,500 (como en un tiempo lo fue) es claro que el avión no es sustituto del coche. Pero si el precio del vuelo bajara (como ha sucedido), entre más se acerque a \$1,000 más sustituibles serán. (Como el lector sin duda alguna se ha percatado, el ejemplo es real.) La moraleja es doble: primero, la sustituibilidad de un producto por otro no sólo es una cuestión objetiva, sino también funcional. Segundo, es una cuestión de grado.

³³ Lo cual es la definición económica de poder de mercado. La misma está tomada por la LFCE (art. 13.I) y es examinada como parte de la noción de ‘poder sustancial’.

³⁴ Phillip E. Areeda and Herbert Hovenkamp, ANTITRUST LAW, AN ANALYSIS OF ANTITRUST PRINCIPLES AND THEIR APPLICATION, 1998 Supplement, Aspen Law Business, pg. 151.

³⁵ En el caso europeo *Parke, Davis & Co. v Provell* (Caso 24/67 [1968] SR55, [1978], CMLR 47 ECJ) se sostuvo que el vender un producto patentado a un precio superior en comparación con un producto no patentado en otro país no necesariamente constituye conducta abusiva anticompetitiva.

³⁶ En *Belgische Radio en Televisie VRT v. SV Sabam*, (Caso 127/73 [1974] SR 313 [1974] 2CMLR 238 ECJ) se sostuvo que la cesión obligatoria de derechos puede ser abusiva si el dominante que lo hace impone obligaciones que no son absolutamente necesarias o que merman en forma injusta los derechos de terceros.

C. NEGATIVAS DE TRATO

Sancionar una negativa de trato genera dudas prácticas y filosóficas.³⁷ ¿Porqué debe estar un agente económico obligado a tratar con otro? ¿Qué no tenemos todos el derecho de decidir con quién entablamos vínculos comerciales? Lo que es más, el deseo de no tratar con alguien puede derivar de razones legítimas.³⁸ (Y así ha sido interpretado por la Comisión Federal de Competencia (CFC).³⁹)

La respuesta es que una negativa de trato puede ser una forma de impedir a un agente económico el acceso a, o desplazar de, un mercado, y los derechos de propiedad intelectual pueden ser una herramienta para lograrlo. Para ver porqué analizaré dos casos: cuando crean un embudo o barrera de entrada (§1) y cuando constituyen un recurso esencial (§2).

1. Negativa de Trato que resulte en un Embudo o Barrera de Entrada

Los derechos de propiedad intelectual pueden generar un cuello de botella o barrera de entrada a la competencia.⁴⁰ Por ejemplo, piénsese en una innovación que sea tan trascendente que cambie un mercado o nicho de mercado a tal grado que, sin la misma, otro agente económico no pueda competir en el mercado en cuestión. De obtener protección como patente, podría ser utilizada como una (eficaz) herramienta exclusionaria (una barrera de entrada) o un mecanismo para extraer todo el beneficio del rival que requiere de la misma.

Como puede verse, no es el derecho intelectual en sí lo que preocupa a la competencia económica, sino su uso y efectos. Por ello, no puede darse una respuesta *in abstracto* sobre su licitud bajo el derecho de la competencia. La respuesta tiene que ser *in concreto*. Por ello, un comentario sobre la experiencia extranjera puede ser ilustrativo.

En Estados Unidos existen precedentes encontrados. Por un lado, existen decisiones numerosas que sostienen que un titular de una patente no viola la legislación de competencia económica por simplemente negarse a licenciar la misma.⁴¹ Así lo hacen ver eminentes tratadistas.⁴² Y no tiene que esgrimirse una

³⁷ Las negativas de trato son una práctica monopólica relativa (Art. 10.V de la LFCE).

³⁸ Por ejemplo, para mantener lineamientos éticos o como respuesta a conducta reprochable (v.gr., no pagar).

³⁹ Por ejemplo, en *Grupo Ferrocarril y Asociados v. Motorola de México* (expediente DE-18-2001, Gaceta de Competencia Económica número 11, año 4, septiembre-diciembre 2001, pg. 659) se consideró que la negativa a tratar por incumplir estándares morales no era ilícita.

⁴⁰ Y son expresamente mencionados por la legislación de competencia económica (art. 11.III del Reglamento de la LFCE).

⁴¹ Por ejemplo, *Cygnus Therapeutic Sys. v. Alza Corp.* (92 F.3d 1153, Fed. Cir. 1996); *Genentech v. Eli Lilly & Co.* (998 F.2d 931, Fed. Cir. 1993); *Data General Corp. v. Grumman Systems Support Corp.* (36 F.3d 1147, 1st Cir. 1994); *Patlex Corp. v. Mossinghoff* (758 F.2d 594); *Axis v. Micafil* (870 F.2d 1105, 9th Cir.); *USM Corp. v. SPS Techs* (694 F.2d 505, 9th Cir. 1982); *United States v. Studiengesellschaft Kohle, m.b.H.* (670 F.2d 1122). Un caso especialmente autoritativo es *United States v. Westinghouse Elec. Corp.* (9th Cir. 1981)

justificación de negocios legítima para evitar responsabilidad.⁴³ Por otro, algunas jurisdicciones han sostenido lo contrario.⁴⁴ Su razonamiento puede resumirse en que la posesión de un derecho de propiedad intelectual otorga una ‘justificación de negocios’ para negarse a tratar.⁴⁵ Sin embargo, si dicha justificación no explica la verdadera razón de la negativa, la presunción desaparece y el titular de la patente tiene la obligación de licenciarla a un rival.⁴⁶ Si bien este último criterio ha complacido a varios, choca con el de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos en el caso *Professional Real Estate*⁴⁷ en donde se dijo que el ejercicio de un derecho de autor no puede depender del estado de ánimo anticompetitivo. El derecho a excluir existe al margen de la intención anticompetitiva. Pero ello no quiere decir que un derecho de propiedad intelectual da un privilegio para violar las leyes de competencia.⁴⁸

La mezcla de criterios es estimulante, pero también preocupante.

La Comunidad Europea también muestra antecedentes interesantes. En *Volvo v. Veng*⁴⁹ se sostuvo que la negativa a licenciar derechos de autor sobre el diseño de partes de un automóvil no era un abuso de la posición dominante. Sin embargo, la Corte enfatizó que ello no significa que un agente económico dominante tenga *carte blanche* sobre sus derechos de propiedad intelectual.⁵⁰ Otro caso europeo importante (*Magill*⁵¹) estableció que, en principio, el titular de un derecho de propiedad intelectual puede legítimamente rehusarse a licenciar la reproducción o autorizar la explotación a un tercero en un mercado secundario sin violar las reglas de competencia.

donde se sostuvo que el titular de una patente no tiene la obligación a licenciar a otros su patente.

⁴² Areeda & Hovenkamp, *ob. cit.*, pg. 150.

⁴³ Id. pg. 151.

⁴⁴ *Image Technical Services v. Eastman Kodak Co.* (125 F.3d 1195 (9th Cir. 1997)).

⁴⁵ *Data General Corp. v. Grumman Systems Support Corp.* (1st Cir. 1994) puede ser citado como fundamento de esta postura. El mensaje: las negativas de trato se presumen válidas, pero admiten prueba en contrario.

⁴⁶ Areeda & Hovenkamp, *ob. cit.*, pg. 152.

⁴⁷ *Professional Real Estate Investors v. Columbia Pictures Indus.* (508 U.S. 49 (1993)).

⁴⁸ *Intergraph Corp. v. Intel Corp.* (195 F.3d 1346 (Fed. Cir. 1999)).

⁴⁹ *AB Volvo v. Erik Veng (UK) Ltd.* (Caso 238/87 [1988] ECR 6211).

⁵⁰ Sus palabras son ilustrativas: “The exercise of an exclusive right by the proprietor of a registered design in respect of car body panels may be prohibited by Article 86 if it involves, on part of an undertaking holding a dominant position, certain abusive conduct such as the arbitrary refusal to supply spare parts to independent repairers, the fixing of prices for spare parts at an unfair level or a decision no longer to produce spare parts for a particular model even though many cars of that model are still in circulation...”.

⁵¹ *RTE and ITP v. Commission* (Casos C-241 & 242/91P, [1995] I E.C.R. 743; [1995] 4 C.M.L.R. 718).

Como puede verse, los tribunales que han conocido de este tema respetan la legitimidad *ab initio* del ejercicio del derecho de exclusividad. Pero ello no implica que el derecho de propiedad intelectual sea una Patente de Corso.

Luego entonces, ¿cuándo es posible limitar el derecho de exclusividad? ¿Cuándo se convierte en ilícito (desde la perspectiva de la competencia económica) el ejercicio de un derecho lícito (de propiedad intelectual)?

Una respuesta es dominancia. En la medida en que el titular de un derecho de propiedad intelectual obtenga una posición dominante podrá ver que el alcance de sus derechos se limite.

La Corte de Justicia Europea ha reconocido la posibilidad de rehusarse a licenciar la fabricación de piezas, pero ello no es válido cuando el titular del derecho de propiedad intelectual tiene una posición dominante en el mercado. También ha determinado que existe abuso cuando un dominante rehúse sin motivos objetivos el otorgar una licencia a una empresa que no podrá por ello satisfacer una demanda potencial de productos o servicios que no ofrece el titular de dicho derecho de propiedad intelectual.⁵²

Pero ello no significa que la dominancia implique *ipso facto* el deber de compartir. Los motivos son ejemplificados por otro caso de la Corte de Justicia Europea donde se sostuvo que el ejercicio de un derecho de propiedad industrial por su dueño, incluyendo la negativa a dar una licencia si cuenta con una posición dominante, no puede por sí mismo constituir un abuso de la posición dominante.⁵³ Sin embargo, en casos excepcionales, la negativa podría ser abusiva.

Si la explicación anterior hasta aquí genera más dudas que respuestas, el lector va por buen camino. (Las mismas serán disipadas en la Sección IV.F de este estudio.)

2. Negativa a Compartir un Recurso Esencial

La Teoría del Recurso Esencial (*Essential Facilities Doctrine*) ha sido utilizada para atacar el ejercicio exclusivo de un derecho de propiedad intelectual cuando tiene por efecto impedir a un competidor competir en un mercado localizado en un escaño posterior de la cadena productiva.⁵⁴

La teoría del recurso esencial surgió en Estados Unidos en el contexto de las negativas de trato que involucran instalaciones físicas o activos tangibles.⁵⁵ En

⁵² *IMS held GmbH v NDS held GmbH* (Caso C-418/01, [2004], 4 CMLR 1543).

⁵³ *Volvo v Veng* (Caso 238/87), [1988] SR 6211; y *RTE v. Commission*, (Caso T-69/89 [1991] SR II-485).

⁵⁴ Gregory V.S. McCurdy, INTELLECTUAL PROPERTY AND COMPETITION: DOES THE ESSENTIAL FACILITIES DOCTRINE SHED ANY NEW LIGHT, *Intellectual Property Review*, 2003, 25 (10), pg. 472.

⁵⁵ Si bien diversas cortes hacen alusión al mismo, la teoría no ha sido analizada por la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos. Sin embargo, tres casos son frecuentemente aludidos como fuente (implícita) de la entelequia: *United States v. Terminal Railroad Association* (224 U.S. 383 (1912)) el cual involucró el control de un puente de tren para

general las cortes que han aceptado la teoría lo hacen de forma estrecha siendo renuentes a extenderla más allá de las situaciones en las cuales el control sobre los activos en cuestión le permiten efectivamente eliminar la competencia en un segundo mercado. Simplemente poseer una ventaja, aunque sea considerable, es insuficiente.

La invocación de la teoría rara vez es exitosa. Para vislumbrar cuándo ha prosperado, a continuación se mencionarán casos estadounidenses y europeos que la han ventilado.

a) *Experiencia Estadounidense*

En Estados Unidos la teoría del recurso esencial es interpretada en forma estrecha, y su alcance dista de ser claro.⁵⁶ Con frecuencia involucra a un dominante verticalmente integrado que se rehúsa a proveer a un competidor acceso a instalaciones que éste considera que son ‘esenciales’ para competir en un mercado secundario.⁵⁷ Los requisitos son:⁵⁸

- i) El control sobre un recurso esencial por un monopolista;
- ii) La inhabilidad práctica o razonable para duplicar el recurso esencial;
- iii) La negativa de uso de las instalaciones a un competidor; y
- iv) La posibilidad de compartir el recurso.

Son pocos los casos estadounidenses que han involucrado derechos de propiedad intelectual como recursos esenciales. Y de los que existen, la mayoría no abordan cuándo un derecho de propiedad intelectual puede ser un ‘recurso esencial’.⁵⁹

Posiblemente el caso más relevante sea *Grumman*⁶⁰ en donde un productor de sistemas de computación que ofrecía servicios de mantenimiento (Data General) desarrolló un software (“MV/ADEX”) utilizado para diagnosticar y reparar sistemas. Al enterarse que un proveedor de servicios de reparación de cómputo

cruzar el Río Mississippi que era el único punto en el cual el puente podía ser construido para proveer una región particular; *Associated Press v. United States* (326 U.S. 1 (1945)) que versó sobre la admisión y acceso al servicio Associated Press del cual los periódicos de ciudades y regiones diversas podían obtener noticias tanto nacionales y extranjeras; y *Otter Tail Power Co. v. United States* (410 U.S. 366 (1973)), que involucró el acceso a una línea de transmisión de energía eléctrica que construía un monopolio natural dentro de una industria tradicionalmente regulada.

⁵⁶ *City of Anaheim v. S. Cal Edison Co.* (955 F.2d 1373, 1379 (9th Cir. 1992)).

⁵⁷ Aludiré como “mercado secundario” a un mercado ubicado hacia abajo de la cadena productiva.

⁵⁸ *MCI Communications Corp. v. AT&T Co.* (708, F.2d 1081 (7th Cir. 1983)).

⁵⁹ En *Telecomm Technical Servs., Inc. v. Siemens Roll Communications, Inc.* ((66) 2D 1306 (ND.G.A., 1988)) se determinó que la doctrina del recurso esencial era inaplicable a una reclamación en contra de un tenedor de un derecho de propiedad intelectual.

⁶⁰ *Data General Corp. v. Grumman Systems Support Corp.* (761 F. Supp. 185 (D. Mass. 1991)).

utilizaba MV/ADEX sin su permiso, obtuvo una orden judicial prohibiéndole su uso. El proveedor (Grumman) contestó argumentando que dicho programa era un ‘recurso esencial’ y que la negativa a licenciarle el programa era un esfuerzo ilícito para monopolizar el mercado de mantenimiento y reparación de los sistemas de cómputo. La corte rechazó el argumento aseverando que el derecho de la competencia económica no obliga a los productores a divulgar conocimientos para permitir que surja competencia en mercados periféricos.⁶¹ Concluyó que la posesión de conocimientos superiores es insuficiente para invocar la teoría del recurso esencial. Si ello fuera el caso, los productores e innovadores verían mermados los incentivos que el derecho de las patentes y de autor busca generar.⁶²

Otros casos siguen la misma estela. Por ejemplo, uno reciente⁶³ hizo énfasis sobre el efecto negativo que ello tendría en la innovación y operación de los derechos de propiedad intelectual.⁶⁴ En otro caso se razonó que la doctrina del recurso esencial era insuficiente para pasar por alto el derecho de no compartir propiedad intelectual con competidores.⁶⁵ En *Image v. Kodak*⁶⁶ se sostuvo que el titular de una patente puede ejercer su derecho de excluir a otros de usar su invención estando libre de responsabilidad bajo las leyes de competencia económica.

Del análisis de los casos de Estados Unidos puede observarse que las cortes estadounidenses tienden a ser renuentes a aceptar que la doctrina del recurso esencial sea suficiente para obligar a un titular de un derecho de propiedad intelectual a licenciar su derecho a competidores en un mercado secundario.

⁶¹ Sus palabras exactas fueron: “...The case law has consistently affirmed that a manufacturer is under no obligation to pre-disclose or disclose its knowledge about its products so that competition may arise in the related peripheral hardware, software, and repair services markets. ... [t]his view of the essential facilities doctrine, however, considerably overstates its scope.”

⁶² Sus palabras fueron “... superior knowledge in the design of DG computer is insufficient to invoke the essential facilities doctrine. A better mousetrap is not necessarily an essential facility. ...If manufacturers of complex and innovative systems were required to share with competitors the development of accessories ... the incentives of copyright and patent law would be severely undermined. ...”.

⁶³ Que inculcró a Microsoft (___ F. Supp. 2d __ (junio de 2003)).

⁶⁴ Un pasaje es relevante: “...To require one company to provide its intellectual property to a competitor would significantly chill innovation. ... Moreover, because the software development industry is dynamic and involves continuous innovation, a requirement that Microsoft disclose significant information to its competitors would be unworkable. Who would determine what information is “significant”? At the least, the determination would have to be subject to judicial scrutiny by judges who lack the competence –either as direct decisionmakers or as reviewing authorities- to decide the technical issues involved. Delay and confusion would be inevitable, and the software process would be strangulated”.

⁶⁵ *Intergraph Cop. v. Intel Corp.* (195 F.3d 1346 (Fed. Cir. 1999)) donde la Corte observó que bajo la doctrina del recurso esencial debe de existir un mercado en donde el demandante y el demandado compitan, y en el cual el monopolista extiende su monopolio mediante la negativa a dar acceso al activo que controla.

⁶⁶ *Image Technical Services Inc. v. Eastman Kodak* (125 F. 3d 1195 (9th Cir. 1997)).

b) *Derecho Europeo*

La teoría del recurso esencial ha sido utilizada en relación con el comportamiento de monopolios naturales y ha inspirado un gran número de decisiones.⁶⁷ Probablemente el caso europeo más importante sea *Magill*⁶⁸ en donde sostuvo que la negativa a licenciar un derecho de propiedad industrial no podía ser considerada como conducta anticompetitiva cuando los demandados no eran competidores en el mercado secundario.

La negativa puede ser abusiva únicamente cuando dichas partes y materiales sean ‘esenciales’ para la producción de otros bienes y servicios. Para determinar si un producto es ‘esencial’ es necesario ver si existen productos o servicios que puedan ser soluciones alternativas, aunque sean menos ventajosas, y si existen obstáculos (técnicos, legales o económicos) capaces de hacer imposible o razonablemente difícil para cualquiera que busque operar en dicho mercado el crear dichos productos o servicios alternativos. Para ello, debe establecerse que la creación de dichos productos o servicios no es económicamente viable.

c) *Conclusión*

El tratamiento de la teoría del recurso esencial tanto por las autoridades europeas como estadounidenses converge en la dirección de requerir que el activo en cuestión sea virtualmente indispensable para la competencia en el mercado secundario a grado tal que la negativa a tratar le limitaría *cualquier* posibilidad de competencia a un competidor.

D. RESTRICCIONES INTRAMARCA E INTERMARCA

1. **Economía de las restricciones verticales**

Los derechos de propiedad intelectual pueden tener implicaciones en las restricciones verticales.⁶⁹

En términos generales, existen dos tipos de restricciones verticales: intramarca (*intra-brand*)⁷⁰ o inter-marca (*inter-brand*).⁷¹ Y sus implicaciones bajo la lupa de competencia económica son radicalmente distintas.

Las restricciones *intramarca* limitan la libertad de competir con distribuidores que manejan el mismo producto y regulan las ventas de distribuidores de una misma marca, sin crear limitaciones con respecto a productos

⁶⁷ Brault, *ob. cit.*, 412.

⁶⁸ *RTE and ITT v. Commission* (Casos C-241 y 242/91P [1985] I – ec. R. 743).

⁶⁹ Contempladas en el artículo 10.II de la LFCE.

⁷⁰ Ejemplos de restricciones intramarca son: precios mínimos de reventa, precios máximos de reventa, exclusividad, y restricciones territoriales.

⁷¹ Ejemplos de restricciones intermarca son: ventas atadas, exclusividad, reciprocidad.

competidores. Las limitaciones *intermarca* prohíben la adquisición de bienes de competidores. Con frecuencia limitan el uso de marcas.⁷² Su utilización combinada es frecuentemente observable.

2. Riesgos de las restricciones verticales

Las restricciones verticales tienen justificaciones y propósitos económicos distintos.⁷³ Pero también tienen peligros desde el ángulo de competencia económica.⁷⁴ Dos son relevantes en este contexto: barreras que impidan acceso a un mercado y apalancamiento. A continuación comentaré cada una.

a) *Barreras que impidan acceso a un mercado*

Las restricciones verticales pueden ser utilizadas con la finalidad de impedir o dificultar el acceso de un competidor a un mercado. Esta preocupación es conocida en la literatura económica y jurídica extranjera como '*Foreclosure*'. En esencia, se preocupa porque la verdadera intención o efecto de esquemas de negocios, mercadotecnia o distribución sea generar un embudo o barrera de entrada a un mercado, dejándolo como cautivo al agente que ya participa en el mismo.

Un derecho de propiedad intelectual puede tener esta finalidad. Cuando el ejercicio *ab initio* lícito de un derecho de negar a tratar propicie un cuello de botella que tenga por efecto zanjar un mercado a favor del agente económico titular del mismo, la responsabilidad bajo las leyes de competencia económica puede ser la consecuencia.

b) *Apalancamiento*

Las restricciones verticales pueden ser un elemento de un esquema que busque proyectar la posición dominante en un mercado sobre otro que es competido. A esto se le conoce como '*Leverage*', que he traducido como 'apalancamiento' dado su efecto.

⁷² Las restricciones en la distribución intermarca más importantes son las ventas atadas y convenios de exclusividad.

⁷³ Por ejemplo, resolver el problema de '*free rider*'; promoción de competencia intermarcas; fomento de servicios del distribuidor; permitir una escala mínima eficiente; cuidar una imagen de marca; proteger *goodwill* del productor; proteger *goodwill* del distribuidor; crear una imagen de marca de buena calidad o de moda; lograr una preferencia por distribuidores de múltiples marcas; generar responsabilidad del distribuidor por la calidad y seguridad del producto; lograr una penetración de mercado. (Para ver en qué consiste cada una, véase González de Cossío, COMPETENCIA ECONÓMICA, ASPECTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS, Ed. Porrúa, 2005, pgs. 113 et seq.)

⁷⁴ Por ejemplo, el cierre de acceso a un mercado; el que se propicie un doble incremento de precio monopólico; que se torne en un facilitador de coordinación entre productores; que en verdad sea un disfraz para restricciones verticales por distribuidores o para el ejercicio de poder de mercado de distribuidores. (Id. pgs. 124 et seq.)

Piénsese por ejemplo en el caso en que un agente económico con dos líneas de producción cuenta con una posición dominante en una (producto *A*) y enfrenta un mercado competido en la otra (producto *B*). Una implicación necesaria de este escenario es que dicho agente económico obtendrá rentas monopólicas de *A* y competitivas de *B*. De desear incrementar las ganancias de *B*, puede lograrlo mediante una restricción vertical. Por ejemplo, una venta atada de *A* con *B*. De hacerlo, *de facto* apalancaría su dominancia sobre *A* hacia *B*.⁷⁵ Ello le permitiría incrementar el precio de *B* a niveles superiores a los competitivos, sin perder ventas,⁷⁶ y podría cerrarle el acceso al mercado (desplazar) a competidores en el mercado *B*.

3. Ejemplos extranjeros

La experiencia extranjera muestra algunos ejemplos útiles. Por ejemplo, un caso⁷⁷ involucró un esquema de discriminación de precios que Microsoft implementó mediante una prohibición que buscaba vender más caro en Francia productos que vendía más baratos en Canadá. Si bien se sostuvo que no era violatoria del Tratado de Roma,⁷⁸ dicho ejercicio puede de todos modos en ciertos casos dar lugar a comportamiento abusivo.⁷⁹

El que el uso del derecho de propiedad intelectual como parte de una restricción vertical sea violatorio del derecho de la competencia económica es una determinación casuista. Es imposible *a priori* o abstractamente determinar la licitud de dichas prácticas. Depende del caso particular. Lo que debe quedar claro es que los derechos de propiedad intelectual pueden ser un instrumento anticompetitivo.

Ante ello, a continuación se mencionan ejemplos de prácticas que han sido consideradas abusivas de una empresa dominante con derechos de propiedad intelectual:⁸⁰

1. Iniciar procedimientos de infracción y suspenderlos sujeto a la condición de que el demandado firme y acate acuerdos restrictivos.⁸¹

⁷⁵ Los consumidores de *A* estarían forzados a comprar *B*.

⁷⁶ Este escenario hace ciertas suposiciones importantes que pueden no existir y que son parte de una determinación casuista. Por ejemplo, que la venta *A+B* no genere una reducción de demanda agregada; que la posición con respecto a *A* es *tan* dominante que puede atarse sin hacerse un *hara-kiri* — perder ventas en *A*; que los consumidores estarían dispuestos a adquirir *A+B* en lugar de sustituir *A* por un producto distinto, aunque no fuera sustituido por *A* al precio presente; etcétera. El que estos ingredientes estén dados es parte de lo que se analizará en el examen pro- y anticompetitivo descrito en la Sección IV.F.

⁷⁷ *MLD v. Microsoft*, 16 de diciembre de 1999.

⁷⁸ Antes artículo 86, hoy artículo 82.

⁷⁹ Brault, *ob. cit.*, pg. 410.

⁸⁰ David Vaughan, Sarah Lee, Bryan Kennelly and Philip Riches, EU COMPETITION LAW: GENERAL PRINCIPLES, Richmond Law & Tax, Ltd., 2006, pgs. 150-153.

2. Registrar una marca cuando la empresa dominante sabe, o debe saber, que la marca ya está siendo usada por un competidor.⁸²
3. Obligar a la contraparte en un contrato que confiera al dominante derechos ilimitados resultantes del desarrollo contemplado en el contrato, y que lo haga sin remuneración adicional alguna.⁸³
4. Dirigir una sociedad para la administración de derechos de autor de compositores dividiendo el mercado y restringiendo la libertad para proveer servicios.⁸⁴
5. Prolongar innecesariamente procedimientos para la concesión de licencias de patente demandando una cuota aproximadamente seis veces superior a la cifra finalmente concedida por el Controlador de Patentes.⁸⁵
6. Denegación arbitraria para proveer piezas de repuesto a reparadores independientes (aunque por lo general la denegación de una licencia, aún a cambio de una regalía razonable, no sería un abuso).⁸⁶
7. El ejercicio de un derecho de autor de tal forma que impida a terceros reproducir el material registrado evitando el surgimiento de un nuevo producto que pudiera satisfacer la demanda de un consumidor potencial y para la cual no hay sustituto, cuando dicha conducta no se justifique de otra manera y cuando, al ejercitar el derecho de autor, el propietario se reserva un mercado accesorio.⁸⁷

Los ejemplos anteriores deben tomarse con cautela, pues varios son cuestionables.

E. CONCENTRACIONES

Una ‘concentración’ es cualquier amalgamación de activos.⁸⁸ Un ejemplo típico es la adquisición de un agente económico por otro. Pero también abarca la adquisición de un activo, como puede ser un derecho de propiedad intelectual.

⁸¹ Comunicación de la Comisión en el *Zip-fasteners market* (7º Reporte sobre Política de Competencia, punto 31.2).

⁸² Comunicación de la Comisión en *Osram/Airam* (11º Reporte sobre Política de Competencia, punto 97).

⁸³ Comunicación de la Comisión en *Eurofima* ([1973] 1 CMLR D217) (3º Reporte sobre Política de Competencia, puntos 68 y 69).

⁸⁴ *Greenwich Film Production v. SACEM* (Caso 22/79 [1979] ECR 3275, [1980] 1 CMLR 629, TJCE); *GVL v Comisión* (Caso 7/82 [1983] ECR 483, [1983] 3 CMLR 645, TJCE).

⁸⁵ *Hilti AG v. Comisión* (Caso T-30/89 [1990] ECR II – 163 [1990] 4 CMLR 602, CFI).

⁸⁶ *Volvo AB v. Eric Veng* (Reino Unido) Ltd. (Caso 238/87 [1988] ECR 6211, [1988] 4 CMLR 122, TJCE); *Conorzio italiano Della componentistica di ricambio per autoveicoli v. Régie nationale des usines Renault* (Caso 53/87 [1988] ECR 6039, [1990] 4 CMLR 265, TJCE).

⁸⁷ *RTE v. Comisión*, (C-241, 242/91 [1995] ECR I-743, [1995] 4 CMLR 718, TJCE).

⁸⁸ Esta noción es una abstracción de la definición casuista adoptada por el artículo 16 de la LFCE.

Las implicaciones de la propiedad intelectual en las concentraciones pueden ser diversas. Lo que es más, pueden ser la motivación misma de la concentración.⁸⁹

Las preocupaciones en materia de competencia económica son las mismas ya apuntadas, pero las autoridades tienen un recurso adicional: en caso de considerar que la unión de los agentes puede erosionar el clima competitivo de algún mercado, la CFC puede condicionar la concentración,⁹⁰ ordenar la desconcentración total o parcial⁹¹ ordenar compartir el derecho,⁹² y demás medidas que considere que puedan disminuir o impedir el daño competitivo.

F. ANÁLISIS COMPETITIVO DE LA PRÁCTICA

Para determinar si uno de los peligros aludidos deteriora (actual o potencialmente) la competencia en un mercado, la CFC sigue un procedimiento de balanceo del impacto competitivo de la práctica, que puede resumirse en los siguientes tres pasos:⁹³

1. Definirá el ‘mercado’, o nicho de mercado, que sea ‘relevante’;⁹⁴
2. Medirá si el agente tiene o tendrá ‘poder de mercado’;⁹⁵
3. Realizará un análisis de ‘ganancias en eficiencia’.⁹⁶

En caso de que la CFC encuentre que la práctica (o concentración) en cuestión tiene más efectos anticompetitivos que procompetitivos, la calificará de dañina al proceso competitivo y violatoria del derecho de la competencia económica.⁹⁷

⁸⁹ Piénsese en el caso en que un agente económico (A) sea titular de un derecho de propiedad intelectual (X) deseado o necesitado por otro agente económico (B) para poder competir en otro mercado. Si B no logra obtener X mediante una licencia de A, una opción es la adquisición (inclusive hostil) de A, particularmente si se trata de una empresa pública.

⁹⁰ Por ejemplo, condicionar la concentración al licenciamiento de un derecho de propiedad intelectual. (Artículo 19.I de la LFCE y fracciones I, II, IV y V del artículo 16 del Reglamento de la LFCE.)

⁹¹ Por ejemplo, ordenando la venta de un derecho de propiedad intelectual (art. 19.II de la LFCE).

⁹² Artículo 16.V del Reglamento de la LFCE.

⁹³ Artículos 11 a 13 de la LFCE y 9 a 13 del Reglamento de la LFCE.

⁹⁴ El concepto ‘mercado’ es posiblemente el tema más abstracto, problemático e interesante de la disciplina de la competencia económica. Los motivos son diversos, y no son abordados en este estudio. De desear abundar, confiere González de Cossío ¿EL CONCEPTO ‘PRODUCTO’: UN EJERCICIO DE DEFINICIÓN O DE ABSTRACCIÓN? (en edición).

⁹⁵ Llamado ‘poder sustancial’ por la LFCE (artículo 12 de la LFCE).

⁹⁶ Artículo 10 de la LFCE, *in fine*.

⁹⁷ Este análisis merece un tratado. De nuevo, dado los objetivos de este estudio, me abstendré de abundar.

V. CASOS MEXICANOS

La experiencia mexicana muestra casos en los que los derechos de propiedad intelectual han estado en juego en asuntos de competencia económica.⁹⁸ Sin embargo, de su análisis no se observa que hayan suscitado las aristas descritas. Los casos se resolvieron en base a otras cuestiones.⁹⁹ Por ende, aún no existen elementos para observar la forma en que la CFC analizará y decidirá el tema.¹⁰⁰

Ante ello, es de esperarse que aprenda de la experiencia extranjera y siga una aproximación prudente: en principio, se respeten los derechos exclusivos derivados de un derecho de propiedad intelectual. Sólo en casos extremos de abuso y claramente anticompetitivos deben limitarse o sancionarse.

VI. COMENTARIO FINAL

La interrelación entre la propiedad intelectual y la competencia económica es interesante — más no contradictoria.

Si bien es cierto que puede existir una (aparente) tensión entre el otorgamiento de derechos exclusivos y el deseo de eliminar monopolios, se trata de dos cuerpos normativos que no están peleados *in natura*. Mientras uno busca atribuir beneficios a quien los genera, el otro busca cerciorarse que no sean utilizados en forma ineficiente.¹⁰¹

Un derecho de propiedad intelectual es —bajo la óptica de la competencia económica— como cualquier otro: no es *en sí* pro o anticompetitivo. Es la forma en que es utilizado lo que puede ser tildado de ilícito bajo la legislación de competencia.

⁹⁸ DE-18-97, Recurso de reconsideración interpuesto por las empresas de agua purificada El Aguaje, Grupo Rom-Daz, S.A. de C.V. y Agua Purificada del Istmo, 21 de mayo de 1998; RA-03-2005, presunta comisión de prácticas monopólicas relativas en el mercado de la comercialización y distribución del medicamento Filgrastim, 11 de noviembre de 2004 y 31 de marzo de 2005; RA-01-2005, presunta comisión de prácticas monopólicas relativas en el mercado de producción y comercialización del compuesto químico farmacéutico Alendronato, 13 de octubre de 2004 y 3 de marzo de 2005; DE-54-2003; RA-02-2004, presuntas prácticas monopólicas en el mercado de la venta al menudeo de medicamentos de marca comercial con patentes vigentes y/o vencidas, 28 de octubre de 2003 y 12 de febrero de 2004.

⁹⁹ No hay crítica alguna. Sólo una observación objetiva.

¹⁰⁰ De hecho, es dicha situación la que en buena medida ha motivado este estudio. Es mi sincero deseo que el mismo sirva a la difícil labor que este tema invita.

¹⁰¹ Así lo han sostenido tribunales (v.gr., *Atari Games Corp. v. Nintendo of Am., Inc.* (Fed. Cir. 1990)) razonando que las leyes de competencia económica y de patentes eran complementarias pues ambas van dirigidas al fomento de la innovación, la industria y la competencia.