

ESSENTIAL FACILITIES DOCTRINE ¿INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN A LA COMPETENCIA O DESINCENTIVO A LA INNOVACIÓN?

Por Lucas Pereira Santos Parreira¹

Fecha de recepción: 5 de febrero de 2020

Fecha de aprobación: 10 de marzo de 2020

Resumen

La intención de este artículo es verificar la posibilidad de utilizar la denominada doctrina *Essential Facility* sin perjuicio de las garantías conferidas por el derecho de propiedad intelectual.

El gran debate que se enfrenta es justamente intentar conciliar este deber de compartir una infraestructura considerada esencial y los derechos de propiedad intelectual que garantizan al creador o autor los derechos de exclusividad de la explotación de esta creación esencial, autorizando también a este autor a impedir o rechazar licenciar.

Al final, concluimos respondiendo que es posible utilizar la doctrina sin afectar el derecho a la propiedad intelectual, considerando que la propiedad intelectual está limitada por su función social y por reglas antimonopolio que consideran que la negativa a contratar, en condiciones normales, infringe el orden económico.

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica de Minas Gerais, Brasil. Postgraduado en Derecho Tributario, en Derecho Procesal Civil y Magíster en Derecho Empresario. Socio en Rosenthal Sarfatis Metta Advogados Associados.

Abstract

The intention of this article is to verify the possibility of using the so-called Essential Facility doctrine without prejudice to the guarantees conferred by the intellectual property right.

The great debate it faces is precisely trying to reconcile this duty to share an infrastructure considered essential and the intellectual property rights that guarantee the creator or author the exclusive rights to exploit this essential creation, also authorizing this author to prevent or refuse to license

In the end, we conclude by answering that it is possible to use the doctrine without hurting the right to intellectual property, considering that intellectual property is limited by its social function and by antitrust rules that consider that the refusal to contract, under normal conditions, violates the order economic.

Resumo

A intenção deste artigo é verificar a possibilidade de utilizar a chamada doutrina do Instrumento Essencial sem prejuízo das garantias conferidas pelo direito de propriedade intelectual.

O grande debate que enfrenta é justamente tentar conciliar esse dever de compartilhar uma infraestrutura considerada essencial e os direitos de propriedade intelectual que garantem ao criador ou autor os direitos exclusivos de explorar essa criação essencial, autorizando também esse autor a impedir ou recusar-se a licenciar

Por fim, concluímos respondendo que é possível usar a doutrina sem prejudicar o direito à propriedade intelectual, considerando que a propriedade intelectual é limitada por sua função social e por regras antitruste que consideram que a recusa em contratar, em condições normais, viola a ordem económico.

Palabras claves

Instrumento esencial, propiedad intelectual, derecho intelectual.

Keywords

Essential instrument, intellectual property, intellectual law.

Palavras chaves

Instrumento Essencial, propriedade intelectual, direito intelectual.

1. Introducción

Los seres humanos piensan, estudian, se comunican, producen y difunden su conocimiento todo el tiempo. La actividad derivada de la inteligencia es inherente a la persona. Esta manifestación de la actividad intelectual se produce de forma dispersa y cualquier persona que entre en contacto con ella puede apropiársela.

En lenguaje económico significa que la información o la creación intelectual puede reproducirse sin rivalidad, esto es, “el que alguien la use” no le impide a otro usarla. Esta característica de difusión conduce al *free riding*, es decir, cualquier persona puede usar lo que otra creó y luego reproducirlo sin haber participado en su costo, lo que puede desestimular la creación futura.

Free riding es un término usado en la negociación de acciones para describir la práctica de compra y venta de acciones u otros títulos (SEC/USA, 2017). Ocurre cuando el inversor vende una acción que fue comprada con fondos no liquidados.

Con el fin de corregir esta falla la ley otorga derechos exclusivos para la explotación económica de las creaciones intelectuales lo que garantiza, por un lado, que se recupere la inversión y, por el otro, previene que terceros puedan reproducirla

sin el debido permiso de sus propietarios. Por lo tanto, las creaciones intelectuales quedan protegidas legalmente por medio de los derechos de propiedad intelectual.

En el mundo actual, en el cual la información es valiosa y no conoce límites geográficos, la propiedad intelectual adquiere un papel destacado como factor de desarrollo económico y tecnológico.

Algunas de las empresas más valorizadas en el mercado como, por ejemplo, *Microsoft, Google, Apple y Facebook*, se basan en la creación de tecnología e información y no en activos físicos. Además del impacto económico, las innovaciones y creaciones reflejan la calidad de vida de la sociedad, mediante el aumento de la comodidad, la salud y la abundancia. En este contexto, las funciones de propiedad intelectual se constituyen en un activo importante para los conglomerados de negocios de la carrera competitiva.

En el otro extremo de la escala, la legislación de la competencia regula los mercados y busca corregir defectos y debilidades inherentes al sistema capitalista con el fin de proporcionar bienestar social. A veces, lo que crea el intelecto genera ganancias económicas de tal magnitud que su participación alcanza una posición de mercado muy superior a los demás competidores.

Esto conlleva el debate referente a la relación entre la propiedad intelectual y el derecho de la competencia. El camino elegido para abordar esta relación es examinar la teoría de la doctrina de los insumos esenciales, conocida también como la doctrina de las facilidades esenciales, instalación esencial *-Essential Facilities-*, derivada de la legislación antimonopolio y surgida a raíz de la aplicación de las normas de defensa de la competencia por el poder judicial norteamericano.

El problema central que nos proponemos dilucidar con este trabajo es la posibilidad, o no, de conciliar la obligación de compartir una infraestructura considerada esencial impuesta por la teoría antimonopolio y los derechos de propiedad intelectual centrados, precisamente, en la exclusividad de explotación de la creación humana, incluyendo el derecho de excluir a otros al negarse, por ejemplo, una licencia.

La teoría de *Essential Facilities* se incluye en la discusión con el fin de mitigar el derecho de exclusividad concedido a las creaciones intelectuales. Frente al desafío que implica la conciliación de los derechos de autor con la legislación antimonopolio, este trabajo tiene como objetivo determinar la posibilidad de aplicar la teoría a los derechos de propiedad intelectual.

En verdad es una teoría controvertida, excepcional a la norma general, donde ningún agente económico tiene la obligación de contratar a un competidor. Su concepto puede variar de acuerdo a cada sistema legal, pero se puede identificar su contenido fundamental que, en resumen, es como un deber de compartir infraestructura esencial por un precio razonable.

Consideramos conveniente realizar este trabajo por dos razones. En primer lugar, debido a que en las últimas décadas las negociaciones internacionales y países en general han cambiado mucho y prueba de ello son la democratización, la estabilización de las monedas, la apertura de la economía a las empresas extranjeras, la privatización y el crecimiento económico en general. Esto amplió los espacios para el papel de la iniciativa privada propiciando el dominio y monopolio.

Debido a este nuevo panorama ha cambiado el enfoque de las autoridades antimonopolio. Si antes se ocuparon del análisis de fusiones e investigaciones sobre la práctica de los cárteles, aumentó hoy la importancia del debate y la investigación de los delitos cometidos por los agentes económicos en una posición dominante. Claro que el cambio de las relaciones sociales está exigiendo nuevos debates, por lo general, más complejos.

Y la segunda razón por la que abordamos este trabajo obedece a que el tema rara vez se discute en Argentina a diferencia de lo que acontece a nivel internacional, sin perjuicio de que no hay consenso.

La realidad demuestra que los mercados no son perfectamente competitivos, sino que presentan diferentes fallas, como puede ser la existencia de poder de mercado por parte de un agente económico que impide la asignación eficiente de los recursos y, consecuentemente, no permite alcanzar el bienestar social. Estas fallas

de mercado han servido de justificación para la intervención del Estado regulando aquellos sectores y espacios de la actividad económica en los que el mercado no despliega plenamente sus mecanismos y efectos.

Así, surge nuestro debate entre la relación de la propiedad intelectual y el derecho de la competencia. Consecuentemente, la forma de analizar esta relación es mediante el examen de la teoría *Essential Facilities* o facilidades esenciales.

Por lo tanto, la pregunta que pretendemos responder a través de este artículo es si la teoría de *Essential Facilities* es una herramienta indispensable para la competencia leal o constituye un desincentivo para la creación que infringe la propiedad intelectual.

Nuestra hipótesis de trabajo que trataremos de contrastar es que la teoría de *Essential Facilities* no constituye un desincentivo a la creación intelectual, pero debe utilizarse de manera excepcional, siempre limitada al interés público y a las normas de competencia.

En nuestros días la tendencia dominante apunta a relacionar la complejidad de los “derechos de propiedad intelectual” solo a su aspecto económico. Por eso las negociaciones centrales tienen lugar bajo la égida de la Organización Mundial del Comercio -OMC- y no en la Organización de las Naciones Unidas para la Cultura, la Ciencia y la Educación -UNESCO-. Hasta la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información evita el tema, aun cuando se trata de un fundamento jurídico y social muy importante para la creación y transmisión del conocimiento.

Así, se busca dilucidar cuáles son las características, condiciones y requisitos necesarios para determinar cuándo dentro de una estructura de libre competencia estamos frente a lo que la doctrina conoce como "*Essential Facilities*".

2. *Essential Facilities*

El origen de la teoría proviene de la jurisprudencia estadounidense. Uno de los dos fallos precursores fue el notable proceso *United States Vs. Terminal Railroad*

Association (1912) que analiza cuestiones anticompetitivas de una empresa productora de las vías del ferrocarril que negaba transporte a otras empresas competidoras a su destino donde se producían otros ferrocarriles.

El Tribunal consideró una restricción ilegal del comercio y la sentencia impone el deber de negociar en términos razonables, al considerar el uso de las terminales como infraestructuras esenciales. Por eso la decisión es considerada paradigmática en la creación de la teoría, porque reconoce la existencia de la estructura esencial, aunque no hace referencia expresa a la teoría de *Essential Facility* (*United States v. Terminal Railroad Ass'n*, 224 U.S. 383, 1912).

Años después, en 1945, en otro caso emblemático, la Corte Suprema de los Estados Unidos juzgó el fallo *Associated Press vs. United States* (1945) en el cual una empresa de comunicación y periódicos bloqueaba la suscripción de nuevos miembros que eran competidores directos y, por lo tanto, el acceso a los servicios de noticias. La justicia consideró ilegal el accionar de la empresa ya que implicaba una restricción en el comercio (*Associated Press v. United States*, 326 U.S. 57, 1945).

En este contexto, con base en los fallos Neale (1970) establece una serie de requisitos para que la negativa de entrada de nuevos participantes sea considerada ilegal: (i) que la estructura sea considerada esencial o indispensable; (ii) que las desventajas sean fatales a los competidores que no tienen la estructura; (iii) que la estructura sea escasa, lo que significa ventajas competitivas a su titular en detrimento de sus competidores.

En Argentina no hay uniformidad en cuanto a su uso o concepto por los juristas, aun así, algunos se han dedicado a estudiarlo. En las palabras de Correa (2009) que presenta y discute el tema:

El ejercicio abusivo de los DPI también puede constituir una conducta anticompetitiva. En particular, es posible utilizar una medida cautelar para impedir la competencia legítima. Esta es la razón por la cual los tribunales de los Estados Unidos y de Europa han adoptado un perfil muy cauteloso al momento de conceder medidas cautelares en las causas sobre patentes. También se pueden utilizar medidas de frontera con intenciones anticompetitivas. Las medidas en materia de observancia deben permitir que

se protejan los legítimos intereses del titular de los DPI, pero deben brindar igual protección contra abusos que puedan distorsionar la competencia de manera injustificada. En los Estados Unidos, el concepto de litigio “fraudulento” se puede aplicar en casos en los que existe un abuso de los procedimientos judiciales, en particular, cuando una acción judicial se basa en DPI adquiridos de manera fraudulenta, en una teoría jurídica claramente incorrecta, en derechos válidos cuya inaplicabilidad se conoce, o cuando el demandante tiene conocimiento de la inexistencia de infracción (p. 7).

De acuerdo con esta doctrina, una empresa que controle una instalación o un medio esencial para que otras empresas puedan competir en un determinado mercado debe poner esa instalación o medio a disposición de sus competidores en condiciones razonables y no discriminatorias.

Por lo tanto, aunque la teoría no existe explícitamente en las normas que conforman la ley antimonopolio en los Estados Unidos, la Unión Europea y Argentina, en general, ya existan algunos sectores regulados como las telecomunicaciones, la electricidad y el petróleo (Bianchi, 1998). Esta explicación resulta necesaria si partimos de la base que la competencia está insertada en un contexto normativo al que se deberán ajustar los agentes económicos, siendo la Constitución Nacional y los valores por ella sustentados la norma fundamental a la que deberán adaptarse las demás normas.

La teoría de *Essential Facility* surge de la producción jurisprudencial que propugna que es un deber compartir infraestructura esencial por un precio razonable.

El liberalismo económico solía preconizar por encima de toda la libertad de contratar la protección de la propiedad y la libre competencia sin necesidad de intervención del Estado en el mercado (Smith, 1976). En este análisis juzgaba que la protección a la competencia ocurría como un valor en sí mismo, o sea, valor absoluto, que no podía ser sacrificado en homenaje a otros valores. Defendía que el Estado no debía imponer límites a la competencia y que su intervención en la economía debería ser mínima.

En los últimos años, la libre iniciativa acabó generando una acumulación de capitales, lo que fatalmente sacó a la superficie, específicamente, la formación de

trusts y de cárteles, creando inestabilidad y disminución del número de empresas (Forgioni, 2013). Esta realidad induce la creación de bloqueos y normatización, resultando en presión popular por la regulación de la competencia y la mayor intervención del Estado en el mercado.

En ese contexto, Estados Unidos promulgó en 1890 su ley antimonopolio, conocida como *Sherman Antitrust*. Acompañando esa evolución socioeconómica en el seno de la aplicación de las normas Antitrust por el poder judicial americano, fue que surgió por primera vez la teoría de las *Essential Facilities*.

Se dice por *Essential Facilities* que se trata de la excepción a la regla que defiende que ningún agente económico está dispuesto a “negociar/contratar” con un competidor (Hovenkamp, 1993).

En la teoría de *Essential Facilities* se produce una intervención a la libertad de expresión, -iniciativa individual- (Sullivan, 1977). Es decir, su objetivo es garantizar el acceso a las infraestructuras y servicios escasos y esenciales a aquellos no pasibles de duplicación, guardando estricta relación con el llamado "deber de contratar" especialmente presente en los servicios públicos esenciales.

La teoría de *Essential Facility* es una doctrina que en general parece no haber sido muy tipificada en la mayoría de los países (Oliveira y Turolla, 2013). No obstante, de cierta manera la teoría se hace presente, aunque de manera genérica o mitigada, en las leyes internas de los países que tratan de la regulación y actividades no permitidas.

La nomenclatura fue utilizada por primera vez en el año 1912, aplicada en el juicio del caso *United States Vs. Terminal Railroad Association* y, con el paso de los años, fue gradualmente perfeccionada en los demás casos que surgieron (Oliveira y Turolla, 2013). El caso en cuestión se refería a la propiedad en la ciudad de *St. Louis, Missouri* de todas las vías de acceso ferroviario en la ciudad por una sola empresa.

Debido a que las condiciones topográficas de la región no poseían una infraestructura adecuada para ser duplicadas era difícil a los competidores acceder a la ciudad (Hernández, 2008). El Tribunal indicó que las instalaciones -propiedad- de

la empresa se entienden como instalaciones esenciales sin posibilidad de duplicación y que, por lo tanto, debían ser compartidos por todos los competidores.

En este sentido se nota que la teoría de *Essential Facilities* tiene por finalidad promover la viabilidad del acceso de terceros no solo a infraestructuras sino también a bienes que se encuentran en condiciones de abuso de poder económico, tal como es el caso del monopolio que debe tener su formación radicalizada y cohibida (Hernández, 2008).

La garantía del libre acceso a las infraestructuras refleja una clara celebración del principio de libre iniciativa. Al final, sin el acceso a la infraestructura el monopolista o agente en situación de posición dominante hace imposible la actuación del tercero que tiene intención de desarrollar actividad competitiva (Nester, 2006). Consecuentemente, el sujeto que pretende establecer competencia será afectado en su garantía a la libre iniciativa.

La doctrina de *Essential Facilities* en última instancia es la relativización de ejercer el derecho de propiedad en favor de la competencia, es decir, de la competición.

El libre mercado del siglo XVIII trajo consigo una concentración de capitales, una reducción en la cantidad de empresas y, principalmente, formación de carteles. En esta cadena de ideas, la teoría de *Essential Facilities* se enfrenta a esta creación del mercado competitivo, determinando por esencia un deber de compartir una infraestructura fundamental por precio razonable (Nester, 2006).

Podemos tomar un pequeño boceto de un monopolio, por ejemplo, que tiene influencia sobre una infraestructura que se considera esencial en la industria o el comercio.

Este monopolio, en teoría, tendría el derecho de impedir que los competidores accedan a la infraestructura considerada como la única, esencial (Nester, 2006). Lo que indica el resultado conocido como *Bottleneck Monopolies*, en castellano monopolios de cuello de botella, porque impediría la existencia de empresas competidoras, lo que no parece razonable.

De acuerdo con ese diseño hipotético, la teoría trae un “deber de licenciamiento o contratación” proveniente de la idea de que ocurrirá violación de las leyes antimonopolio en caso de explotación de un monopolio natural o de *Bottleneck Monopolies* (Nester, 2006). Se trata de garantizar el acceso, aunque no íntegramente, a las infraestructuras y monopolios naturales, donde la instalación no puede ser duplicada, imponiendo el deber de consentir el acceso conforme negociación razonable y no discriminatoria.

En general, como destacamos, se puede afirmar que la teoría de *Essential Facilities* no parece estar expresamente prevista en las normas del derecho antimonopolio de la mayoría de los países, en especial, en los Estados Unidos (EE. UU.), la Unión Europea (UE) y Argentina.

Por otro lado, se nota en algunas leyes la previsión de esta teoría en sectores regulados como las telecomunicaciones y el petróleo. Por cierto, el gran avance de la teoría se ha percibido a lo largo de los años sobre la base de decisiones de tribunales judiciales y administrativos.

3. Fundamentos de la propiedad intelectual

La Propiedad Intelectual tiene que ver con las creaciones de la mente: las invenciones, las obras literarias y artísticas, los símbolos, los nombres, las imágenes, los dibujos y modelos utilizados en el comercio. Los derechos de propiedad intelectual son el instrumento legal para proteger dichos activos intangibles de personas naturales o jurídicas, dando la posibilidad al dueño de estos derechos a obtener la compensación “indemnización” de los esfuerzos creativos y económicos invertidos de antemano (Silberleib, 2001, p. 45).

Esto motiva inversiones adicionales de recursos que conducen a la innovación, sirviendo para encontrar un balance entre el interés de los inventores y el del público, compensando económicamente al inventor por su contribución al bienestar de la sociedad.

La propiedad intelectual es un derecho patrimonial de carácter exclusivo que otorgan los Estados por un tiempo determinado para usar o explotar en forma industrial y comercial las invenciones o innovaciones, tales como un producto totalmente nuevo, una mejora a una máquina o aparato, un diseño original para hacer más útil o atractivo un producto o un proceso de fabricación novedoso (Pila/Unicamp, 2009). También tiene que ver con la capacidad creativa intelectual, invenciones, obras literarias y artísticas, símbolos, nombres e imágenes usadas en comercio.

Sin embargo, el valor de la protección técnica como método de apropiación de resultados innovadores varía según la materia a la que ellos se refieren. En general, es más eficaz respecto de los productos que de los procesos, porque la protección de estos últimos no impide, en principio, que se empleen procesos alternativos para alcanzar el mismo resultado.

Asimismo, ella es particularmente relevante en sectores donde la inversión en I+D es alta y la imitación o copia relativamente sencillas, como es el caso de los productos de la industria farmacéutica, biotecnología y *software* (Pila/Unicamp, 2009). En otros sectores de tecnologías más maduras -como alimentos- o donde la imitación es muy riesgosa o costosa –semiconductores- debido a la estructura de la industria o por la naturaleza de la tecnología, la propiedad intelectual tiene una importancia relativamente menor como mecanismo de defensa ante la imitación.

En Argentina la ley de Propiedad Intelectual ha sido modificada sucesivamente. Entre las actualizaciones más recientes podemos citar la ley 25.006/1998 que incorpora al artículo 34 la vigencia para las obras cinematográficas; la ley 25.036/1998, que por medio de la modificación al artículo 1º y de incorporaciones en diferentes artículos introduce el término programas de computación y la protección y explotación de esos derechos.

El artículo 10 de la ley 11.723 de Propiedad Intelectual establece criterios generales en cuanto a las limitaciones al derecho de autor:

Cualquiera puede publicar con fines didácticos o científicos, comentarios, críticas o notas referentes a las obras intelectuales, incluyendo hasta mil palabras de obras literarias o científicas u ocho compases en las musicales y

en todos los casos solo las partes del texto indispensables a ese efecto. Quedan comprendidas en esta disposición las obras docentes, de enseñanza, colecciones, antologías y otras semejantes. Cuando las inclusiones de obras ajenas sean la parte principal de la nueva obra, podrán los tribunales fijar equitativamente en juicio sumario la cantidad proporcional que les corresponde a los titulares de los derechos de las obras incluidas.

Lo antedicho incluye las copias realizadas con fines de docencia, investigación, crítica y para uso privado del copista (Molina, 1999). De este modo es posible fotocopiar un artículo de una revista o un capítulo de un libro sin necesidad de pedir autorización al propietario de los derechos de la obra ni solicitar un pago por las mismas, con la condición de que el mismo no sea duplicado como objeto de utilización colectiva, ni con fines de lucro.

Molina (1999) sostiene que este límite se conoce como *fair use* en los Estados Unidos y *fair dealing* en el Reino Unido o Canadá y reconoce la libertad de efectuar copias con fines docentes o de investigación siempre y cuando no perjudique o modifique partes sustanciales de la obra.

En el caso de una biblioteca o de una institución similar como puede ser un archivo, videoteca, filmoteca o museo, estos privilegios permiten a las mismas reproducir obras para preservar un ejemplar o sustituirlo en caso de que el mismo haya sido extraviado o sustraído de la Institución en situaciones de destrucción o deterioro, siempre que la tarea no persiga fines de lucro y sea realizada con fines de investigación.

El uso justo facilita el acceso a la información por parte de los ciudadanos, protege la intimidad del usuario y afecta únicamente al derecho de reproducción. Es posible que el límite entre el uso justo y la infracción no sea claro ni fácil de definir, y el hecho de dar el crédito de la fuente del material protegido con derechos de autor no sustituye la obtención del permiso correspondiente (Molina, 1999). Cabe destacar que los derechos de autor protegen la forma particular en que el autor se ha expresado y no se conceden expresamente a una idea, sistema o información actual contenida en la obra.

4. Relación entre competencia y propiedad intelectual

Todos los países cuentan con leyes para la propiedad intelectual y para el fomento de la competencia. Ambas buscan promover la innovación y el bienestar del consumidor y se orientan a corregir las fallas de mercado, aunque de distinto tipo, y se basan en el principio de eficiencia económica (Ramello, 2002). Sin embargo, lo hacen por medio de mecanismos diferentes: las primeras establecen un monopolio legal, mientras que el objetivo de las segundas es impulsar la competencia. En consecuencia, se trata de enfoques que entrañan importantes conflictos normativos y de política pública.

Desde el punto de vista del fomento de la competencia, los DPI confieren derechos exclusivos de explotación que podrían dar lugar a conductas anticoncurrenciales (*National Academy of Sciences*, 2016). Este problema se agrava si la legislación pertinente contiene fallas o defectos estructurales que facilitan el abuso monopólico y las prácticas de manera predatoria.

Ahora bien, hay un conjunto de problemas que afectan al sistema de patentes y derechos de autor actualmente vigente en Estados Unidos (Gallini, 2002). Las críticas más importantes refieren a que los estándares de invención y originalidad son poco exigentes y a que las oficinas de propiedad industrial registran las patentes con demasiada facilidad.

El problema es particularmente marcado en el caso de las patentes de *software*, pero también se ha presentado al patentar métodos de negocios, plantas y animales (Gallini, 2002). En el caso de los programas operativos que comprenden diversas funciones, la combinación de varias categorías de propiedad intelectual tales como patentes, derechos de autor y reserva del código fuente, unida a la externalidad de red, ha permitido que algunas empresas destacadas desarrollen conductas de manera predatoria.

Así lo determinaron, por ejemplo, los tribunales de competencia de Estados Unidos y Europa en el caso de *Microsoft*. Se han formulado críticas contra el excesivo resguardo legal de las medidas tecnológicas de protección que pueden perjudicar a los consumidores y empresas en seis aspectos: interoperabilidad; privacidad; seguridad; riesgo de efecto candado, porque solo pueden comprarse piezas o componentes compatibles con la MTP de que se trate; riesgo de incurrir en responsabilidad civil, penal o ambas por el hecho de eludirlas; y riesgo de cambios imprevistos y suspensión del servicio.

Estos problemas podrían ser particularmente serios en el caso de los sistemas operativos. Aún hay escenarios en que un conjunto de innovaciones se encuentra en manos de diferentes propietarios cuyas patentes son dependientes o conflictivas entre sí (Heller y Eisenberg, 1998). Esta situación podría dar lugar a una tragedia de los anticomunes, lo cual significa que hay recursos compartidos que se están subutilizando debido al exceso de derechos de propiedad recíprocos y puede ser muy perjudicial para la innovación.

Al respecto, una de las soluciones privadas que utiliza con frecuencia la industria de *software* y equipos computacionales es el sistema de licencias cruzadas, en virtud de la cual dos o más empresas que poseen patentes complementarias intercambian sus respectivas licencias.

Otra alternativa consiste en licenciar conjuntamente una canasta de patentes o derechos de autor, sea por intermedio de los propietarios o de una sociedad de gestión de derechos a una tasa fija. Otra solución es reducir la fragmentación de la propiedad de patentes mediante fusiones y adquisiciones. El peligro de este tipo de respuestas privadas es que pueden conducir al abuso monopólico. Esto se potencia mediante los efectos de red, que se presentan más frecuentemente en los sectores que se caracterizan por el uso intensivo de la propiedad intelectual.

Por último, se sabe que al ejercer de manera abusiva su poder monopólico los proveedores de licencias de patentes, derechos de autor o ambos, pueden perjudicar a los consumidores y empresas usuarias, o incluso, bloquear futuras innovaciones

(Lemley y Shapiro, 2005). Ejemplo de ello son las restricciones indebidas para obstaculizar la entrada de nuevos competidores, impedir el desarrollo de tecnologías propias o imponer el precio de los bienes y servicios complementarios de las tecnologías licenciadas.

Los problemas varían de mercado en mercado y según la categoría de propiedad intelectual de que se trate. Por ejemplo, en el caso de los derechos de autor el poder de mercado no influye demasiado porque protegen solo expresiones y no ideas, de manera que es posible desarrollar bienes sustitutos afines.

Por lo tanto, si en la protección de un programa operativo de altas externalidades de red se combinan la reserva del código fuente, varias patentes de algoritmos y el derecho de autor, el poder de mercado será sustancialmente mayor. Asimismo, en el caso de las patentes de productos farmacéuticos sin sustitutos cercanos el poder de mercado podría ser más completo. A lo anterior, cabe agregar que la economía de los 10 países que suscribieron TLC con Estados Unidos se caracteriza por una concentración oligopólica bastante más elevada que la existente en Estados Unidos.

En consecuencia, aumenta el riesgo de que se utilicen prácticas contrarias a la competencia. En lo que toca a la política de competencia, existen dos puntos de vista diferentes. Según el enfoque más tradicional, la propiedad intelectual otorga derechos monopólicos exclusivos por períodos acotados de tiempo, de manera que las entidades de defensa de la competencia tienen poco que hacer al respecto y el problema que debe corregirse es la regulación de la propiedad intelectual.

El otro punto de vista es más sofisticado y plantea que las entidades de defensa de la competencia pueden y deben observar las conductas económicas basadas en la propiedad intelectual, o incluso, evaluar si las normas de propiedad intelectual fomentan las prácticas anticompetitivas y la ineficiencia económica.

Así, en 1995 el Departamento de Justicia de los Estados Unidos y la Comisión Federal de Comercio publicaron un documento titulado *Antitrust “Guidelines for the Licensing of Intellectual Property”*.

Partiendo de la base de que el objetivo común de las leyes antimonopólicas y sobre propiedad intelectual es promover la innovación y el bienestar de los consumidores el estudio plantea tres principios generales: para analizar las prácticas anticompetitivas la propiedad intelectual debe considerarse esencialmente comparable con cualquier otra forma de propiedad; no debe presumirse que la propiedad intelectual genera poder de mercado; el licenciamiento de la propiedad intelectual permite que las empresas combinen factores de producción complementarios; y en general es una actividad que favorece la competencia.

En la Unión Europea hay un conjunto de normas que rigen las relaciones entre la legislación antimonopolios y los derechos de propiedad intelectual. Ellas responden a dos principios fundamentales (UNCTAD, 2002):

- a) las reglas de la competencia no se aplican a la existencia de los DPI, sino a su ejercicio, principio similar al concepto estadounidense de que por sí no otorgan poder de mercado;
- b) las restricciones a la competencia se justifican cuando son razonablemente necesarias para salvaguardar la "materia específica" de un derecho de propiedad intelectual.

Esta base doctrinaria tiende a ser conservadora, vale decir, contempla la intervención de los organismos antimonopolios y permite una interpretación más restringida de la propiedad intelectual. Por ello gran parte de las experiencias en materia de políticas sobre la competencia y los DPI solo se relacionan con el papel que desempeñan las licencias en los casos de fusiones y adquisiciones de empresas, así como con las restricciones o abusos a que dan lugar. Sin embargo, los acontecimientos han ido modificando esta tendencia.

En los sectores de alta tecnología, la propiedad intelectual potencia las externalidades directas e indirectas de red favoreciendo el desarrollo de monopolios

(Pitofsky, 2010). No es casualidad que en Europa y Estados Unidos se estén presentando numerosos casos de conflicto entre la legislación sobre competencia y sobre propiedad intelectual. Ello explica, por ejemplo, que la Comisión Federal de Comercio haya propuesto reformar el sistema de patentes.

Lo anterior plantea un desafío para los tribunales o comisiones de competencia de América Latina (FTC, 2003). Dado el sistema de incentivos y barreras de ingreso que contempla la legislación de propiedad intelectual, se crea una estructura de mercado que no depende de la competencia de precios y que suele ser marcadamente oligopólica, al igual que en la mayoría de las industrias creativas, tales como la de *software*, la cinematografía y la música y otras.

Los tribunales o comisiones de competencia no solo deben decidir si existen prácticas anticompetitivas, sino también identificar las soluciones y definir los cambios que hay que introducir en las leyes y reglamentos para corregirlas. La Propiedad Intelectual puede ser vista como una excepción a la libre competencia puesto que por medio de ella se crean monopolios de explotación exclusiva.

Los derechos sobre la Propiedad Intelectual como regla general prevalecen sobre los derechos de la libre competencia dado que son monopolios legales que no obstruyen el mercado, sino que lo fomentan. De ahí que las normas de Propiedad Intelectual sean fomentadoras de la economía tal como pensamos debe ser su respectiva interpretación.

La competencia imperfecta tiene las siguientes características, de acuerdo con Font Galán (1987):

Libertad de acceso al mercado y multiplicidad de empresarios. Pero, de hecho, existen grupos económicos que adoptan en el mercado posiciones dominantes y crean situaciones de monopolio u oligopolio. Falta de homogeneidad de los productos o servicios y carácter sustituible de los mismos. Presencia en cada mercado de los denominados poderes económicos o de mercado que controlan o manipulan directa o indirectamente la oferta, la demanda, los precios y, en general, las condiciones de cambio o contratación de los bienes y servicios (p. 287).

Para atraer a los compradores desviándolos de otras casas rivales la diferenciación es esencial. Se pretende destacar la empresa propia entre todas las demás concurrentes llamando hacia ella la atención del consumidor, de tal modo que la reconozca y la identifique perfectamente y la prefiera por el atractivo que suscita la peculiaridad de su oferta y las características especiales que definen a sus productos y servicios en relación con los restantes ofrecidos en el mercado.

Para conseguir esta diferenciación y lograr que el público lo señale como un vendedor diferente de los demás el empresario utilizará todos sus recursos. Fundamentalmente se servirá de tres medios (Corroza, 1978). La diferenciación en el tipo y la calidad de los productos, la realización de una intensa publicidad comercial y la utilización de signos mercantiles exclusivos.

La experiencia pone de manifiesto que ese planteamiento es el más eficaz (Rodríguez-Cano, 1992). Por una parte, tipifica los principales supuestos de competencia desleal que aparecen en la práctica, y por otra, gracias a la cláusula general se establece la prohibición de unos términos que permiten incluir los supuestos especialmente no previstos, bien por su carácter marginal o extraños, bien por la continua evolución de las prácticas comerciales que da lugar a la aparición de nuevos comportamientos incorrectos.

La necesidad de esa cláusula general prohibitiva es indudable. Gracias a ella puede evitarse que la protección contra la competencia desleal quede obsoleta debido al continuo desarrollo de prácticas empresariales (Rodríguez-Cano, 1992). La Propiedad Intelectual es fuente diaria de Competencia Desleal ya sea por medio de actos de confusión o de imitación, entre otros.

No es raro ver comerciantes desleales que intentándose aprovechar de la buena fama comercial de una marca copian sus elementos esenciales, algunos incluso la totalidad de la marca, y la fijan en sus productos o servicios con el fin de confundir al consumidor y obtener ganancias.

Así, la relación de la Propiedad Intelectual y el Derecho de la Competencia es inmensa. Incluso durante la revisión del Convenio de París en 1900 en Bruselas se

mencionó como una de las formas de protección a la Propiedad Industrial las normas de competencia Desleal (WIPO, 2017).

5. La cuestión en Argentina

La ley 22.362/1980 establece que pueden registrarse como marcas para distinguir productos y servicios una o más palabras con o sin contenido conceptual, los dibujos, los emblemas, los monogramas, los grabados, los estampados, los sellos, las imágenes, las bandas, las combinaciones de colores aplicadas en un lugar determinado de los productos o de los envases, los envoltorios, los envases, las combinaciones de letras y de números, las letras y números por su dibujo especial, las frases publicitarias, los relieves con capacidad distintiva y todo otro signo con tal capacidad.

La ley 22.362/1980 declara que no pueden ser registrados:

a) los nombres, palabras y signos que constituyen la designación necesaria o habitual del producto o servicio a distinguir, o que sean descriptos de su naturaleza, función, cualidades u otras características; b) los nombres, palabras, signos y frases publicitarias que hayan pasado al uso general antes de su solicitud de registro; c) la forma que se dé a los productos; d) el color natural o intrínseco de los productos o un solo color aplicado sobre los mismos (artículo 3°).

La propiedad de una marca y la exclusividad de uso se obtienen con su registro. El término de duración de la marca registrada es de diez años. Podrá ser renovada indefinidamente por períodos iguales si la misma fue utilizada dentro de los cinco años previos a cada vencimiento, en la comercialización de un producto, en la prestación de un servicio o como parte de la designación de una actividad.

La ley 25.380/2001 otorga protección, sin límite de tiempo, a las indicaciones geográficas y denominaciones de origen utilizadas para la comercialización de productos de origen agrícola y alimentarios en estado natural, acondicionados o procesados, los que deberán ser registrados.

Los derechos de los usuarios de la indicación geográfica y/o denominación de origen consisten en: a) derecho de uso de la indicación geográfica; b) derecho de uso de la denominación de origen para productos agrícolas y alimentarios, y del nombre que la identifica; y c) derecho exclusivo al uso de emblemas, distintivos, siglas, logotipos, marbetes, entre otros que hayan sido autorizadas por el organismo competente; y control y garantía de calidad especificada en la denominación de origen registrada por autoridad competente.

La ley 24.48/1995 establece que la titularidad de un invento se acreditará con el otorgamiento de los siguientes títulos de propiedad industrial: a) patentes de invención; y b) certificados de modelo de utilidad. Serán patentables las invenciones de productos o de procedimientos siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial.

También dice la referida ley que no son patentables las plantas; los animales; el material biológico y genético existente en la naturaleza o su réplica, en los procesos biológicos implícitos en la reproducción animal, vegetal y humana, incluidos los procesos; ni las invenciones cuya explotación comercial atenten contra el orden público, la moral, la salud o la vida de personas y animales, o que deban impedirse para preservar los vegetales y el medio ambiente.

A su vez, la norma establece que no se consideran invenciones, entre otros, los descubrimientos, los métodos de tratamiento quirúrgico, terapéutico o de diagnóstico aplicables al cuerpo humano y los relativos a animales, así como toda materia viva y sustancia preexistente en la naturaleza.

La autoridad de aplicación de este régimen es el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial (INPI) quien, después de recibir una solicitud de patente, inicia una investigación de las patentes existentes a fin de determinar el análisis de registrabilidad de la patente solicitada. Pueden existir oposiciones dentro de los 30 días de publicada la solicitud. La patente tiene una duración de 20 años desde la presentación de la solicitud, término que es improrrogable.

Toda nueva disposición o forma nueva obtenida o introducida en herramientas, instrumentos de trabajo, utensilios, dispositivos, equipos u otros objetos conocidos que importen una mejor utilización en la función a que estén destinados, si son nuevos y tienen aplicación industrial, están protegidos por un certificado de modelo de utilidad por un plazo de 10 años improrrogables, contados desde la fecha de la presentación de la solicitud correspondiente.

La ley 6.673 prevé que no podrán gozar de los beneficios que otorga este régimen aquellos modelos o diseños industriales:

...depositados o patentados en el extranjero, [los que] podrán ser depositados en el Registro, con los mismos beneficios que se acuerda por el presente decreto a los registrados en el país, siempre que el depósito se efectúe dentro de un plazo no mayor de seis meses desde que se hubiere efectuado la presentación en el país de origen (artículo 14).

La ley 24.766/1996 protege la información que se presente para la aprobación de nuevas entidades químicas a la autoridad sanitaria local contra todo uso comercial desleal, no pudiendo ser la misma divulgada. En la práctica, esta ley favorece la venta de drogas genéricas en tanto permite que se ofrezcan productos similares.

Argentina adhiere a la Convención Interamericana de Washington (1946), la Convención sobre Propiedad Intelectual de Ginebra (1952), la Convención de Berna (1886) y a sus siguientes enmiendas incluyendo al Convenio Unión de París.

La protección a las variedades vegetales nuevas por medio de la concesión del título de obtentor está consagrada en la ley 24.376/1994 que aprueba el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones de Vegetales. La protección tiene una duración de 15 a 20 años, según la especie.

6. Conclusiones

Los problemas competitivos derivados del uso de los derechos de propiedad intelectual y de su licenciamiento, tal como se identifican en los países afluentes donde se concentra la casi totalidad de la inversión en investigación y desarrollo y donde la

inmensa mayoría de las patentes se registra, no se han manifestado con la misma frecuencia e intensidad en Argentina, donde los derechos de propiedad intelectual tienen importante relevancia en cuanto estrategia competitiva.

Sin embargo, estos contratos contienen a veces cláusulas de exclusividad que suscitan preocupaciones desde el punto de vista competitivo, pues pueden tener efectos indeseables: el cierre de mercado, la eliminación de competidores y la extensión indebida de los derechos de propiedad intelectuales al otro mercado.

Es decir, si tras la definición de mercado pertinente se demuestra la existencia de poder de mercado, el análisis debe proseguir para que se verifiquen los efectos de la práctica restrictiva para, solo en el supuesto de que se constata un efecto neto negativo a la competencia, se adopte remedio según los principios de proporcionalidad y de intervención mínima.

La mano invisible del mercado que en el pasado justificó la libertad absoluta de la propiedad y del derecho de contratar ya no reverbera con tanta fuerza. En la fase actual del desarrollo jurídico el ejercicio de derechos encuentra límites y, en lo que se refiere específicamente al derecho de propiedad, debe atender a su función social.

En la propiedad intelectual no es diferente. Como se ha demostrado a lo largo del presente estudio, el derecho de la propiedad intelectual encuentra límite, no solo en el plazo temporal sino también en su función social y en el uso compatible con el Derecho, o sea, no es irrestricto y no puede ser objeto de abuso.

Con base en el análisis de la protección constitucional conferida a la propiedad intelectual y a la libre competencia, se verificó el objetivo común entre ambas: promover el interés público, lo que resulta importante en la relación entre propiedad intelectual y antimonopolio.

Se analizaron también los mecanismos disponibles en el “Ordenamiento Jurídico Argentino” para cohibir los abusos de derechos de la propiedad intelectual, tales como la licencia obligatoria, prevista en la ley de la Propiedad Industrial y los dispositivos legales de la ley antimonopolio.

Se defiende, por lo tanto, que es posible aplicar reglas de naturaleza antimonopolio en el derecho de la propiedad intelectual, incluso, en el análisis del rechazo de licenciar bienes intelectuales. La dificultad mayor está en encontrar los límites de esa aplicación.

La interacción entre el antimonopolio y la propiedad intelectual demanda la búsqueda de parámetros que concilien el rechazo de licenciar y la teoría de la esencial.

A lo largo del estudio se demostró que la interferencia del antimonopolio debe ser excepcional y apriorística, siendo aplicable solamente cuando la propiedad intelectual no cumpla su función social que se materializa en el interés social y en el desarrollo tecnológico y económico.

Sin duda, la interfaz entre la propiedad intelectual y el antimonopolio es uno de los grandes desafíos del siglo XXI y la clave para alcanzar que el desarrollo inclusivo pueda beneficiar por medio de las innovaciones a la mayor parte de la población mundial.

7. Bibliografía y fuentes de información

7.1 Bibliografía

Bianchi, A. (1998). *La Regulación Económica*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma.

Correa, C. (2009). *Propiedad intelectual, innovación y competencia*. Buenos Aires: B de F.

Corroza, H. (1978). *Tratado de Derecho Industrial: Propiedad Industrial, Propiedad Intelectual, Derecho de la Competencia Económica, Disciplina de la Competencia Desleal*. Madrid: Civitas.

- Font Galán, J. (1987). *Constitución Económica y Derecho de la Competencia*. Madrid: Marcial Pons.
- Forgioni, P. (2013). *Os Fundamentos do Antitruste* [Los fundamentos del antimonopolio]. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Gallini, N. (s.f.). The Economics of Patents: Lessons from Recent U.S. Patent Reform [La economía de las patentes: lecciones de la reciente reforma de patentes de EE. UU.]. *Journal of Economic Perspectives*, 16(2), 131-154.
- Heller, M., & Eisenberg, R. (1 de mayo de 1998). Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research [¿Pueden las patentes disuadir la innovación? Los anticomunes en la investigación biomédica.]. Recuperado de <http://science.sciencemag.org/content/280/5364/698>
- Hovencamp, H. (1993). *Antitrust* [Antimonopolista]. Minnesota: West Publishing.
- Lemley, M., & Shapiro, C. (2005). *Probabilistic Patents* [Patentes probabilísticas] (vol. 2). Pittsburgh: Journal of Economic Perspective.
- Molina, J. F. (1999). Derecho de Autor y Privilegios de las Bibliotecas: ¿Es Posible su Mantenimiento en un Entorno Electrónico? *Revista Argentina de Bibliotecología*, 2, 39-48.
- Neale, A. (1970). *The Antitrust Laws of United States of America: a study of competition enforced* [Las leyes antimonopolio de los Estados Unidos de América: un estudio sobre la competencia impuesta]. London: Cambridge University Press.

- Nester, A. (2006). *Regulação e Concorrência – Compartilhamento de Infra-estruturas e Redes* [Regulación y competencia - Infraestructura y redes compartidas]. São Paulo: Dialética.
- Oliveira, A., & Turolla, F. (2013). *Financiamento da Infraestrutura de Transportes* [Financiamiento de Infraestructura de Transporte] (vol. 1). Manaus: Sociedade Brasileira de Planejamento dos Transportes.
- Rodríguez Cano, A. (1992). *Homenaje a H. Baylos: estudios sobre derecho industrial: colección de trabajos sobre propiedad industrial e intelectual y derecho de la competencia*. Zúrich: Asociación Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial.
- Silberleib, L. (2001). El derecho, la propiedad intelectual y el entorno digital. Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/262615689_El_derecho_la_propiedad_intelectual_y_el_entorno_digital
- Smith, A. (1976). *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. [Una investigación sobre la naturaleza y las causas de la riqueza de las naciones] Chicago: The University of Chicago Press.
- Sullivan, E., & Harrison, J. (2003). *Understanding Antitrust and its Economic Implications* [Comprender el antimonopolio y sus implicaciones económicas] (vol. 4). San Francisco: LexisNexis.

7.2 Fuentes de información

7.2.1 Legislación

Ley 22.362. Ley de marcas y designaciones Recuperada de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/18803/norma.htm>

Ley 24.376. Aprobación del Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales. Recuperada de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/768/norma.htm>

Ley 24.766. Ley de confidencialidad sobre información y productos que estén legítimamente bajo control de una persona y se divulgue indebidamente de manera contraria a los usos comerciales honestos. Recuperada de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/41094/norma.htm>

Ley 25.006. Sustitúyese el artículo 34 de la Ley 11.723 modificada por su similar 24.249, en relación a obras fotográficas y cinematográficas. Incorporación de una Disposición Transitoria. Recuperada de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/50000-54999/52342/norma.htm>

Ley 25.036. Propiedad intelectual. Modifícanse los artículos 1°, 4°, 9° y 57 e incorpórase el artículo 55 bis a la Ley N° 11.723. Recuperada de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/50000-54999/54178/norma.htm>

Ley 25.380. Régimen legal para las indicaciones de procedencia y denominaciones de origen de productos agrícolas y alimentarios. Disposiciones generales. Solicitud preliminar de adopción de una denominación de origen. Consejos de denominación de origen. Registro de las indicaciones de procedencia y las denominaciones de origen. Alcances de la protección legal. Modificación y/o extinción de los registros. Autoridad de aplicación. Infracciones y sanciones. Disposiciones complementarias. Recuperada de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/65000-69999/65762/texact.htm>

7.2.2 Fallos

FTC. (2003). Federal Trade Commission. Promote Innovation: The Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy. A Report by the Federal Trade Commission. Recuperado de <https://www.ictsd.org/>

PILA/UNICAMP. (2013). La organización de la Conferencia está a cargo de la Red PILA 'Red de Propiedad Intelectual e Industrial en Latinoamérica' y la, Red PROINNOVA 1 de Colombia. Recuperado de <http://pila-network.org/medellin2013-organizacion>

SEC (24 de febrero de 2011). Freeriding. U.S. Securities and Exchange Commission. Recuperado de <https://www.sec.gov/fast-answers/answersfreeridehtm.html>

UNCTAD. (3 a 7 de noviembre de 2014). Comité Permanente sobre el Derecho de Patentes. Recuperado de <https://unctad.org/es/Docs/c2clp30.sp.pdf>

WIPO (2007) Las patentes y la transferencia de tecnología: ejemplos prácticos y experiencias adicionales. Recuperado de https://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/es/scp_21/scp_21_10.pdf

WIPO (2007). DL-101 General Course on Intellectual Property. Módulo 9. Recuperado de <https://welc.wipo.int/acc/index>

WTO (1989). Intellectual property: protection and enforcement. Recuperado de https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/agrm7_e.htm