



Universidad de San Andrés
Departamento de Derecho
Maestría en Propiedad Intelectual e Innovación

**LA INTERACCIÓN ENTRE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y EL
DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, UN ENFOQUE
BASADO EN LA ECONOMÍA DEL CONOCIMIENTO:
Desafíos en términos de políticas públicas**

Alumna: Silvana Cristina Rivero
DNI: 30.436.113
Director de tesis: Miguel Del Pino

Buenos Aires, diciembre 2020

INDICE

A.- GLOSARIO	2
B.- RESUMEN	4
C.- INTRODUCCIÓN	5
D.- DESARROLLO	9
I.- Régimen legal - Principios, normas, procedimientos, buenas prácticas e instituciones	9
a.- Propiedad intelectual, con particular análisis del derecho de autor.....	9
i.- Generalidades	9
ii.- Internacional	11
iii. Nacional.....	18
b.- Defensa de la competencia	21
i. Generalidades	21
ii.- Derecho comparado.....	22
1. <i>Derecho de la Unión Europea</i>	24
2. <i>Derecho de Estados Unidos</i>	34
iii. Derecho argentino.....	38
II.- Interacción de derechos	45
a.- Consideraciones preliminares	45
b.- Bajos estándares o exámenes poco exhaustivos	46
c.- Negativa a otorgar acuerdos de licencia (<i>Refusal to deal</i>).....	50
d.- Cláusulas restrictivas en los contratos de licencia	54
e.- Consorcios tecnológicos	59
f.- Concentraciones económicas	61
g.- <i>Misuse</i> (abuso de derecho) como defensa ante acciones sobre infracción a derechos de PI.....	62
h.- Emboscada de patentes en el establecimiento de estándares (<i>Patent hold-ups on standard settings</i>)	66
i. Algunas consideraciones sobre la interacción de derechos	69
III.- Interacción entre autoridades	72
E.- CONCLUSIONES	77
F.- BIBLIOGRAFÍA	85

Agradecimientos

A mi tutor, Miguel Del Pino, quien ha compartido conmigo su conocimiento y experiencia sobre el sistema de defensa de la competencia y me ha brindado parte de su valioso tiempo para guiarme, todo lo que ha sido indispensable para encauzar el objetivo perseguido por medio de este análisis.

A mi compañero de vida que ha sido servicial e incondicional para que pueda destinar parte de mi tiempo en lograr la conclusión de este proyecto.

A mi familia que ha sabido apoyarme y respetar mis momentos de estudio.

A mis amigos que han acompañado mi proceso de elaboración de este documento.

A la directora de la maestría, María Lourdes Vazquez, por transmitirme su pasión en el estudio del sistema de Propiedad Intelectual y apoyar mis iniciativas y el desarrollo de mis capacidades.

A la coordinadora de la maestría, Florencia Beati Venturini, por su alegría y el trabajo desplegado para que nuestra capacitación sea de excelencia.

A mis compañeros de maestría con quienes nos hemos incentivado y apoyado en el transcurso de la maestría y en la conclusión de los trabajos finales. En particular, a Elizabeth Lovera quien me brindó asistencia para el conocimiento del sistema y estructura aplicada en su país.

A mis profesores de maestría, muchos de ellos citados en este documento, quienes han cumplido con creces su rol de transmisión del conocimiento en la maestría.

Universidad de
San Andrés

A.- GLOSARIO

(Acuerdo sobre los) ADPIC o TRIPS - Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio o Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights.

ASCAP - Sociedad Estadounidense de Compositores, Autores y Editores o American Society of Composers, Authors, and Publishers.

CE - Comisión Europea.

CNDC – Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

CNDC – Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

DC – Defensa de la Competencia.

DNDA - Dirección Nacional del Derecho de Autor.

DOJ - Departamento de Justicia o Department of Justice.

EEE - Espacio Económico Europeo

ISVs - Proveedores de software independientes o Independent Software Vendors.

FEHGRA - Federación Empresaria Hotelera Gastronómica de la República Argentina.

FRAND - Fair, reasonable and non-discriminatory terms.

FTC - Comisión Federal de Comercio o Federal Trade Commission.

GATT - Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.

I+D – Investigación y Desarrollo

IAPs - Proveedores de acceso a Internet o Internet Access Providers.

IE - Internet Explorer.

INPI - Instituto Nacional de la Propiedad Industrial.

LEC – Ley de Economía del Conocimiento

OCDE - Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico o Organisation for Economic Co-operation and Development.

OEMs - Fabricantes de equipos originales u Original Equipment Manufacturers

OMC o WTO - Organización Mundial de Comercio o World Trade Organization.

OMPI – Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

PCT - Tratado de Cooperación en Materia de Patentes o Patent Cooperation Treaty

PI - Propiedad Intelectual.

RIA - Regulatory Impact Analysis.

SADAIC - Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música.

SSO - Standard Setting Organizations.

TFUE - Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

TJCE - Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

WCT - Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor o Wipo Copyright Treaty.

WPPT - Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas o

WIPO Performances and Phonograms Treaty.



Universidad de
San Andrés

B.- RESUMEN

El presente documento plantea un análisis sobre la relación existente entre el régimen de propiedad intelectual, con particular tratamiento del derecho de autor, y aquel aplicable a la defensa de la competencia. En una primera instancia podrían entenderse con fines contrarios pero que, al profundizar en su examen permiten identificar un propósito común: la búsqueda del progreso y desarrollo de la innovación.

Para la elaboración de este documento se decidió ahondar en una investigación sobre los principios, normas, procedimientos, buenas prácticas e instituciones existentes en estas disciplinas a nivel internacional, de derecho comparado y nacional.

De ello, se desprenden algunas reflexiones relativas al objeto de protección en uno y otro caso, el modo de implementar el derecho, los límites a su ejercicio y las facultades de las autoridades a cargo de aplicar el marco legal, lo que colaboró en identificar las similitudes y diferencias, como también los claros y oscuros que se desprenden de cada uno.

Una vez alcanzada la profundidad de análisis que cada régimen requiere, se decidió indagar en la interacción de estos derechos con la certeza de que ambos bienes jurídicos protegidos son necesarios y complementarios en el marco de la economía del conocimiento. Industria que se caracteriza por la revalorización del conocimiento como fuente de riqueza, impulsando el desarrollo de actividades económicas y productivas con uso intensivo de tecnología y capital humano calificado.

Para lograr este objetivo se verificaron interacciones desde el momento de la concesión de derechos de propiedad intelectual, al ejercer estos derechos y ante acciones tendientes a hacer cumplir la protección otorgada.

Todo este análisis brindó respuestas al interrogante acerca de si existía la necesidad de diagramar políticas públicas para el fomento y colaboración en pos de una fluida y eficiente interacción y convivencia entre estos regímenes para el logro de sus objetivos comunes. Además de plantear la elaboración de definiciones en torno a la aplicación de tales políticas.

Como consecuencia de los resultados obtenidos, se esbozan algunas conclusiones tendientes a proponer acciones de políticas públicas a implementar de manera gradual para la armonía y coordinación que se precisa de estos institutos, en búsqueda de convertirlos en efectivos instrumentos de cara a incentivar el desarrollo de la ciencia y la tecnología.

Ambos regímenes son necesarios para promover la innovación, por lo que es preciso asegurar su convivencia y complementariedad. Este desafío es aún mayor en países en desarrollo como la Argentina, donde los activos intangibles derivados del desarrollo del capital humano pueden lograr una diferencia y competitividad en términos económicos.

El planteo de una estrategia pública conlleva una política de estado que acompañe los esfuerzos de quienes crean en la industria del conocimiento y a la vez, que proteja el interés de los consumidores, necesaria para abordar los desafíos que exige una era en donde imperan las actividades económicas que aplican el uso del conocimiento y la digitalización de la información apoyado por los avances de la ciencia y de las tecnologías.

“Through the power of technology, age-old obstacles to human interaction, like geography, language and limited information, are falling and a new wave of human creativity and potential is rising. Mass adoption of the Internet is driving one of the most exciting social, cultural and political transformation in history, and unlike earlier periods of change, this time the effect are fully global”

- Eric Schmidt and Jared Cohen, *The New Digital Era*¹

C.- INTRODUCCIÓN

El marco legal de la propiedad intelectual (PI) parece perseguir fines no solo distintos sino contrapuestos a los buscados por la normativa de defensa de la competencia (DC).

El primero de los regímenes pretende proteger los activos intangibles por medio de otorgarles un **monopolio legal temporal**, se trata de brindar los incentivos adecuados para que los inventores y creadores cuenten con un entorno propicio para innovar, que les asegure una justa retribución por sus esfuerzos (tiempo y trabajo destinado a ello). Este plazo de protección varía de acuerdo al marco aplicable (patentes, marcas, derechos de autor, diseños o modelos industriales, modelos de utilidad, entre otros).

El monopolio legitimado a través de los derechos de propiedad intelectual, ante ciertas circunstancias, puede crear barreras de entrada significativas para nuevos emprendedores y restringir la competencia sobre el mercado vigente de productos y servicios.

Por el contrario, la segunda disciplina tiene por objetivo proteger al consumidor de conductas restrictivas de la competencia en el mercado. Se trata de preservar el bienestar del consumidor al velar por el interés económico general.²

La defensa de la competencia pretende combatir las restricciones a la competencia ante conductas entendidas limitativas de esta característica deseada para el mercado.

De este modo y siguiendo a Cabanellas, el derecho de PI permite que los beneficios individuales de los titulares de PI “se acerquen a los que la sociedad deriva de sus actividades de innovación y desarrollo, llevando así a que las inversiones en tales actividades reflejen, al menos en forma aproximada, la relación entre costos y beneficios que la sociedad, en su conjunto, experimenta en este campo. Tales derechos exclusivos suponen una limitación de la competencia, elemento este necesario para el funcionamiento adecuado del sistema económico ...”³.

Otra contraposición es el modo en que los organismos de aplicación **implementan el marco legal**. Mientras que en el sistema de propiedad intelectual el análisis de fondo, cuando lo hay, es previo a la concesión del derecho, en el régimen de defensa de la competencia la actuación del órgano mayoritariamente es posterior, como en el caso de los contratos de licencia⁴; no así en cuanto a fusiones o adquisiciones para las que en ciertas jurisdicciones el órgano tiene la potestad de opinar tanto en forma previa como inmediatamente posterior a que ocurren.

¹ Eric Schmidt and Jared Cohen, *The New Digital Era*, London: John Murray, 2013, 4.

² Maximiliano Santa Cruz Scantlebury and Pilar Trivelli, *Interaction between Intellectual Property and Competition Laws*. E15Initiative. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and World Economic Forum, 2016, 1. Disponible [aquí](#).

³ Guillermo Cabanellas de las Cuevas y Diego H. Serebrinsky, *Derecho antimonopólico y de Defensa de la Competencia*, Tomo 2, 253.

⁴ Maximiliano Marzetti, “¿Antagonismo o complementariedad? Breve aproximación a la compleja y poco estudiada relación entre propiedad intelectual y derecho de la competencia – una perspectiva latinoamericana”, *Rev. Derecho Competencia*, Bogotá (Colombia), vol. 8 N° 8, 141-158, enero-diciembre 2012, 145.

En la medida que se acredite un buen manejo de los organismos a cargo de aplicar los institutos y en este sentido transparencia en el ejercicio de su competencia, resultará beneficioso el control *ex ante* y *ex post* en cuanto a la concesión, ejercicio de derechos de cada régimen y acciones tendientes a la protección, para el logro de ese balance deseado entre dar incentivos a quienes crean en el entorno tecnológico, sin privar la entrada a futuros competidores y sin perjudicar al usuario en el uso de los intangibles desarrollados.

Por último, otra cuestión en que difieren es en la **internacionalización del marco legal**. El sistema de protección de los derechos de propiedad intelectual está mayormente estandarizado a nivel regulatorio, lo que se desprende de la firma de muchos acuerdos internacionales en este campo⁵, gran parte de estos instrumentos serán desarrollados al describir el sistema internacional de esa rama del derecho. Mientras que, salvo contados intentos fallidos, el derecho de defensa de la competencia se mantiene a un nivel regulatorio nacional y/o regional, no existiendo una concreta y efectiva coordinación en el ámbito internacional sobre este sistema, lo que se desprenderá del análisis realizado del derecho comparado.

Sin perjuicio de estas diferencias detectadas y tal como se anunciaba al inicio de este punto, al adentrarnos en los fundamentos de estos dos institutos se desprende que ambos persiguen, como parte de su cometido, promover la innovación. Más aún, la interacción y armonía entre estos regímenes puede llegar a brindar la efectividad que su aplicación precisa para el cumplimiento de sus objetivos.

Tanto la protección de la PI, como la aplicación efectiva de la ley de DC, ambos ejercidos de manera razonable, son parte de la estructura legal necesaria para el fomento de la innovación.

Por un lado, los derechos de PI se reconocen como **cruciales para la innovación**. Es así que ofrecen incentivos a los creadores e inventores al permitir el uso exclusivo de derechos derivados de la obra de propiedad intelectual y el establecimiento de condiciones para el aprovechamiento de ese conocimiento por terceros, siendo la regla la facultad de excluir a otros del uso de esos intangibles, obteniendo así un retorno de su inversión al brindarles un plazo para hacer valer la exclusividad en su explotación.

De este modo la PI promueve el gasto en investigación y desarrollo (I+D) al otorgar un poder de mercado con límites temporales toda vez que brinda seguridad jurídica en la carrera por generar productos y/o servicios que impliquen valor agregado y un mayor nivel de avance tecnológico, lo que conlleva resultados positivos tanto para los hacedores de activos como para los consumidores.

Además reduce los costos de transacción de los clientes al identificar productos por su origen y calidad, y fomentar, a través de este reconocimiento, el desarrollo de mejores productos a precios competitivos. En efecto, la protección de la PI no solo beneficia a los innovadores sino también a consumidores a través del desarrollo de nuevos, mejores y más innovadores productos y/o servicios.

Por el otro lado, las leyes de DC promueven un entorno favorable para la evolución del desarrollo innovativo. Es decir, evitan que por medio de prácticas anticompetitivas se demore o afecte la innovación.⁶

Las reglas y principios del régimen de defensa de la competencia proporcionan el contexto para un mercado eficiente donde los bienes y servicios tienden a contar con

⁵ V. Kolosha and O. Borysenko, "Intellectual Property Rights and Competition". *Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv. Economics*, 2017; 6 (195): 6-11, 7.

⁶ Maximiliano Santa Cruz Scantlebury and Pilar Trivelli, *Ob. citado*, 2016, 1. Disponible [aquí](#).

precios asequibles y las empresas, ante un escenario competitivo, cuentan con motivaciones para innovar.⁷

De acuerdo a ello, si la protección de los derechos de propiedad intelectual promueve la competencia antes que la empresa ocupe cierto nicho de mercado como resultado del uso de innovaciones, la política de competencia ayuda a alcanzar este objetivo en el caso de una estructura de mercado formada.⁸

En efecto, para la defensa de la competencia no todo monopolio es objeto de sanción, sino aquél en el que se constata un abuso. Por su parte, la concesión de un derecho de propiedad intelectual no en todos los casos genera monopolio ya que pueden existir productos y/o servicios sustitutos.⁹

Es necesaria la evaluación de la relación entre ambos institutos ya que si esta trama no es bien entendida se corre el riesgo de que ninguno logre el fin último perseguido.¹⁰

En este análisis resulta importante considerar conceptos tales como proceso de mercado, competencia y monopolio. De este modo, el **proceso de mercado** parte de entender al mercado como el resultado de las decisiones recíprocas de los consumidores, empresarios-productores y propietarios de los recursos, y al proceso como aquel consistente en los cambios en la planificación de los distintos actores generados por la información obtenida como consecuencia de la participación en el mercado. Adicionalmente, este proceso de mercado cuenta con cambios autónomos, es decir, independientes de las decisiones de los actores, tal como la posibilidad que ofrece la tecnología en un determinado momento.

En este proceso de mercado, la **competencia** se da en la medida que la alteración de las decisiones de un periodo al siguiente genera que cada oportunidad ofrecida en el mercado sea más competitiva que el periodo anterior; esto es, la oferta se hace con mayor conocimiento de las otras oportunidades disponibles, contra las que hay que competir. En otras palabras, el proceso de mercado se identifica como competitivo, toda vez que fluye por los esfuerzos sucesivos de los empresarios deseosos de generar ganancias para superarse unos a otros y proporcionar oportunidades atractivas de compra y de venta en el mercado.

De este modo, un proceso competitivo avanza porque los participantes están comprometidos en la carrera incesante para ponerse o mantenerse en cabeza de los demás competidores. Por tanto, cualquier circunstancia que haga a un participante en el mercado inmune a la necesidad de mantenerse en cabeza no solo estorbaría la competencia, sino que además impediría el curso del proceso de mercado.¹¹

El **monopolio** podría entenderse como la situación en que la posición de un productor, con control exclusivo sobre los elementos necesarios, bloquea el acceso competitivo a la fabricación de productos.¹²

Los monopolios, que como principio general resultan lícitos, en ciertos supuestos pueden volverse ineficientes y menos innovadores con el tiempo, atento a que no tienen la necesidad de competir con otros productores u otros actores en un mercado. Además, el abuso derivado de este poder puede llevar a fallas de mercado.¹³ Pensándolo en términos

⁷ Sumanjeet Singh, *Innovation, intellectual property rights and competition policy*, *Innovation and Development*, 5:1, 147-164, 2015, 153. Disponible [aquí](#).

⁸ V. Kolosha and O. Borysenko, *Ob. citado*, 7

⁹ Maximiliano Marzetti, *Ob. Citado*, 151.

¹⁰ Maximiliano Marzetti, *Ob. Citado*, 157.

¹¹ Israel M. Kirzner, *Competencia y función empresarial*. Madrid: Biblioteca de la Libertad, 1975, 18 - 30.

¹² Israel M. Kirzner, *Ob. citado*, 120.

¹³ Sumanjeet Singh, *Ob. citado*, 151.

de ejercicio de la PI, en ocasiones existe el peligro que la aplicación del monopolio legal tienda a generar abusos de derecho con impacto en el mercado.

En la actual economía del conocimiento en la que impera la aplicación del conocimiento y la digitalización de la información por medio de los avances de la ciencia y de las tecnologías, resulta clave el impulso de la innovación. Entre los activos que se diseñan, desarrollan y difunden en este entorno tecnológico están las obras de propiedad intelectual, las que ante este panorama se enfrentan a desafíos nuevos.

El contrapeso y la búsqueda de equilibrio entre las dos disciplinas, propiedad intelectual y defensa de la competencia, puede resultar de gran utilidad en el ecosistema tecnológico, donde los abusos de derecho tienden a causar efectos negativos y a gran escala para el futuro de la industria del conocimiento.

En efecto, en la sociedad de la información y del conocimiento donde la PI cuenta con un papel relevante como parte del sistema de innovación, el análisis de su interacción con el régimen de DC se convierte en una cuestión de creciente importancia.

Históricamente la propiedad intelectual y la defensa de la competencia han tenido un avance independiente, lo que produjo que sus principios, instituciones y legislación se hayan desarrollado de manera separada.¹⁴ Esta tendencia, en el ámbito de las nuevas tecnologías donde todo se encamina a converger, implica desafíos en términos de políticas públicas proclives a lograr un acercamiento, complementariedad y armonización de ambas ramas del derecho con el fin de lograr el bienestar del mercado tecnológico.

Tanto el régimen de PI como el de DC son necesarios para promover la innovación, por lo que es preciso asegurar su coexistencia y complementariedad.¹⁵ Este desafío es aún mayor en países en desarrollo como la Argentina, donde es reducida la tradición en la aplicación de reglas y políticas de defensa de la competencia.

El interrogante que se precisa responder, una vez analizado el entramado de derechos e instituciones en juego, con énfasis en el derecho de autor como una de las especies de PI, es si es necesario el planteo de políticas públicas para el fomento y colaboración de una fluida y eficiente interacción entre estos regímenes y en caso afirmativo, de qué modo es conveniente implementar tales políticas.

¹⁴ Maximiliano Santa Cruz Scantlebury and Pilar Trivelli, *Ob. citado*, 6.

¹⁵ Sumanjeet Singh, *Ob. citado*, 154.

D.- DESARROLLO

It's important that we make this transformation, because of what Clayton Christensen calls "the innovator's dilemma," where people who invent something are usually the last ones to see past it, and we certainly don't want to be left behind."

Steve Jobs, *The biography*¹⁶

"Oh, all good capitalistic companies get up every morning and think, How can we make a better product? What are they doing well? We're going to make it cheaper, better, simpler, faster. And great competitors spur companies on. And at every phase of our industry, it's been a different set of companies."

Bill Gates, *The Impatient Optimist*¹⁷

I.- Régimen legal - Principios, normas, procedimientos, buenas prácticas e instituciones

a.- Propiedad intelectual, con particular análisis del derecho de autor

i.- Generalidades

La propiedad intelectual se entiende como toda creación del intelecto humano. De este modo, los derechos de propiedad intelectual protegen los intereses de los creadores e inventores al ofrecerles prerrogativas derivadas de sus creaciones o innovaciones.

La PI se divide esencialmente en dos ramas, a saber: la propiedad industrial y el derecho de autor.

En cuanto a la **propiedad industrial**¹⁸ y haciendo referencia solo a dos de las especies; la primera de ellas, la patente, tiene por objeto el resguardo de una invención, por lo que conceden a los inventores una protección contra toda utilización de lo producido sin la debida autorización de su inventor. La segunda, las marcas comerciales, comprenden signos que identifican y brindan información en particular a los consumidores, con relación a los productos y servicios disponibles en el mercado. La protección tiene por

¹⁶ En español: "Es importante que llevemos a cabo esta transformación, porque podemos sufrir lo que Clayton Christensen denomina "el dilema del innovador", que consiste en que la gente que inventa algo suele ser la última en superarlo para crear algo nuevo, y no tenemos ninguna intención de quedarnos atrás. ..." Walter Isaacson, *Steve Jobs, The Biography*, 7 ed, Buenos Aires: Debate. 2012, 663.

¹⁷ En español: "Todas las empresas capitalistas de calidad se despiertan cada mañana y piensan... "¿Cómo puedo lograr un mejor producto? ¿Qué está haciendo bien la competencia?" Nosotros lo haremos mejor más barato, mejor, más simple y más rápido. Y los buenos competidores impulsan a las empresas, y en cada fase de nuestra industria ha existido un grupo diferente de empresas" (CNN, 5 de octubre de 2008), Lisa Rogak. *The impatient Optimist: Bill Gates*, Buenos Aires: Aguilar, 2013, 28.

¹⁸ Comprende a las patentes de invención, los diseños industriales, las marcas de producto o de servicio, los esquemas de trazado de circuitos integrados, los nombres y designaciones comerciales, las indicaciones geográficas y la protección contra la competencia desleal.

finalidad impedir toda utilización no autorizada de estos signos que pueda incitar error, en particular, en los consumidores.¹⁹

Los derechos derivados de la propiedad industrial confieren el derecho exclusivo al uso. Esto implica la posibilidad de excluir a otros en el uso de esa marca y/o patente. Los intangibles protegidos bajo propiedad industrial implican contar con la titularidad que de ellos deriva y disponer de ellos como si fuera cualquier otro bien. Pueden ser libremente transferidos, o bien su uso puede ser autorizado o licenciado a terceros a título gratuito u oneroso.²⁰

Las inscripciones al registro exigibles para estos regímenes (patentes y marcas) son constitutivas de derechos. De este modo, la inscripción se precisa para entenderse concedido el derecho.

Por el lado del **derecho de autor o copyright**²¹, la protección comprende a toda obra original²², independientemente del valor creativo desde el punto de vista literario, científico o artístico. La idea plasmada en la obra no necesariamente debe ser original atento a que no es el objeto de protección, lo que debe ser creación original del autor es la forma de expresión de la misma.

La protección jurídica de las obras literarias, científicas y artísticas mediante el derecho de autor prohíbe utilizar sin la debida autorización la expresión de las ideas²³. Esto tiene razón de ser en la convicción de que las ideas resultan de dominio público y por lo tanto, no deben ser objeto de monopolio alguno.

El derecho de autor protege dos tipos de derechos. Los derechos patrimoniales que permiten a los titulares de derechos percibir una retribución económica en base a la utilización de las obras por terceros. A la par, los derechos morales facultan a que el autor o el creador tome determinadas medidas para preservar y proteger los vínculos que lo unen a sus obras.

Las diferencias descritas entre las dos especies de PI, justifican que la duración de la protección por derecho de autor sea más prolongada que la protección prevista para la propiedad industrial.

Por otro lado, la legislación de derecho de autor puede ser y en la mayor parte de los países lo es, declarativa²⁴, esto significa que el autor de una obra original tiene derecho a impedir que terceros copien o utilicen de otra forma la obra que fue creada.²⁵ De este

¹⁹ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Principios básicos de la propiedad industrial*, 2016, 4, Disponible [aquí](#).

²⁰ Jorge Otamendi, *Derecho de marcas*, Buenos Aires: Abeledo Perrot. 2017, 20 y 21.

²¹ Sin perjuicio que el término *copyright* resulta la traducción al inglés de derecho de autor, existe cierta diferencia en cada uno de los sistemas, mientras que el primero refleja un interés económico vinculado a proteger la copia de la obra y tiene por fin alentar el progreso científico y artístico, el segundo está orientado al individuo creador como titular de derechos derivados de su obra; entiende a los derechos como inherentes a la persona del creador, dando lugar no solo a la protección de derechos económicos sino también de aquellos denominados morales.

²² Se aplica a las creaciones literarias, científicas y artísticas como los libros, las obras musicales, las pinturas, las esculturas, las películas y las obras realizadas por medios tecnológicos, como los programas informáticos y las bases de datos electrónicas. Ver Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. *Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos*. 2016, 4.

²³ El artículo 2 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, de 1886 (Convenio de Berna) estipula lo siguiente: "Los términos 'obras literarias y artísticas' comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión".

²⁴ No obstante el marco general descripto, en la Argentina al día de hoy existe la discusión sobre la obligatoriedad del Registro, en particular para aquellas obras nacionales conforme la sanción prevista en el artículo 63, el que prevé la suspensión de los derechos de autor hasta tanto se realice la inscripción, pronunciándose cierta doctrina (Emery) sobre que tal suspensión en su caso, se vincula con los derechos económicos pero no así con los derechos morales. Ver Miguel Ángel Emery, *Propiedad Intelectual. Ley 11.723*, Buenos Aires: Astrea, 2019, 387 y 388.

²⁵ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Ob. citado*, 6, Disponible [aquí](#).

modo, en caso de registro, este cumple una función meramente informativa, a efectos probatorios.

A continuación se describirá el marco internacional y nacional aplicable a esta disciplina, en particular aquella referida al derecho de autor, tomando solo pautas de la propiedad industrial que resulten de utilidad en el análisis que por medio de este documento se persigue desarrollar. De este modo, se pretende graficar la uniformidad y armonización de criterios que imperan con respecto al reconocimiento de derechos, limitaciones y excepciones (identificando ciertas diferencias a nivel local), facultades de los órganos a cargo de aplicar las normas, entre otros términos y condiciones de los que suele ser objeto la consagración y el ejercicio de estos derechos.

ii.- Internacional

A nivel internacional se ha consagrado la importancia que reviste proteger la PI, lo que se desprende del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886 (Convenio de Berna) y del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial²⁶ de 1883 (Convenio de París).

El **Convenio de Berna**²⁷ trata la protección de las obras y los derechos de los autores. Se funda en tres principios básicos y contiene una serie de disposiciones que determinan la protección mínima que ha de conferirse así como las disposiciones especiales para los países en desarrollo que quieran valerse de ellas.

Los tres estándares son los siguientes: (i) el principio de trato nacional: las obras originarias de uno de los Estados Contratantes deberán ser objeto, en todos y cada uno de los demás Estados Contratantes, de la misma protección que conceden a las obras de sus propios nacionales; (ii) el principio de la protección automática: la protección no deberá estar subordinada al cumplimiento de formalidad alguna; y (iii) principio de la independencia de la protección: la protección es independiente de la existencia de protección en el país de origen de la obra.

Se prevén condiciones mínimas de protección referidas a las obras y los derechos que se amparan y a la duración de dicha protección:

1. En lo que hace a las obras, la protección deberá extenderse a “todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión” (párrafo 1 del artículo 2 del Convenio de Berna).

2. Sin perjuicio de ciertas reservas, limitaciones o excepciones permitidas, se prevén derechos económicos que deberán reconocerse como derechos exclusivos de autorización, entre los que se encuentran: el derecho a traducir, el derecho de realizar adaptaciones y arreglos de la obra, el derecho de realizar una reproducción por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma, el derecho de utilizar la obra como base para una obra audiovisual y el derecho de reproducir, distribuir, interpretar o ejecutar en público o comunicar al público esa obra audiovisual, entre otros derechos²⁸.

²⁶ Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, 20 de marzo de 1883 enmendado el 28 de septiembre de 1979.

²⁷ Convenio de Berna adoptado en 1886, fue revisado en París (1896) y en Berlín (1908), completado en Berna en 1914 y revisado nuevamente en Roma (1928), en Bruselas (1948), en Estocolmo (1967) y en París (1971) y por último fue objeto de enmienda en 1979.

²⁸ Además se establece el derecho de representar y ejecutar en público las obras dramáticas, dramático - musicales y musicales, el derecho de recitar en público las obras literarias, el derecho de transmitir al público la representación o ejecución de dichas obras y el derecho de radiodifundir.

Asimismo, el Convenio prevé derechos morales conformados por el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a esta que cause perjuicio al honor o la reputación del autor.

3. En lo que respecta a la duración de la protección, el principio general es que deberá concederse la protección por el plazo de los 50 años posteriores a la muerte del autor. Sin embargo, existen excepciones a ese principio general, en el caso de obras anónimas u obras audiovisuales (cinematográficas) y obras de artes aplicadas, y las obras fotográficas.

El Convenio de Berna permite algunas limitaciones y excepciones²⁹ en materia de derechos económicos, es decir, los casos en que las obras protegidas podrán utilizarse sin autorización del propietario del derecho de autor y sin abonar una compensación o incluso, abonandola.

Por último, es preciso indicar que este Convenio establece la regla de los tres pasos, la que se entiende como una de las disposiciones más importantes con relación a las limitaciones y excepciones al derecho de autor. Esta regla comprende el cumplimiento de las siguientes condiciones acumulativas a efectos de considerar si cierto actuar puede ser tomado como excepción a la protección prevista por el derecho de autor, así indica: 1. Estar circunscripta a determinados casos especiales; 2. Que no afecte la explotación normal de la obra; 3. Que no causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

Adicionalmente, en el Anexo del Acta de París del Convenio se permite que los países en desarrollo apliquen licencias no voluntarias para la traducción y reproducción de obras en determinados supuestos en el contexto de actividades de enseñanza. En estos casos se habilita la utilización descrita sin la autorización del titular del derecho pero con sujeción al pago de una remuneración que se establecerá en la legislación.

La Unión de Berna se ha dotado de una Asamblea y de un Comité Ejecutivo. Forman la Asamblea los países miembros de la Unión que se hayan adherido por lo menos a las disposiciones administrativas y las cláusulas finales del Acta de Estocolmo. A su vez los miembros del Comité Ejecutivo se eligen entre quienes pertenecen a la Unión a excepción de Suiza, que es miembro de oficio.³⁰

El **Convenio de París** se aplica a la propiedad industrial en su acepción más amplia³¹. A efectos del presente estudio, es importante hacer mención a lo previsto en este Convenio en cuanto a la concesión del derecho, licencias obligatorias y la posible caducidad de un derecho.

De este modo, conforme el artículo 5 el Estado Contratante que tome medidas legislativas que prevean la concesión de licencias obligatorias para evitar los abusos que podrían derivarse del ejercicio de los derechos exclusivos conferidos por la patente podrá hacerlo únicamente en determinadas condiciones. Solo se podrá conceder la licencia obligatoria, atendiendo a la falta de explotación industrial o explotación insuficiente de la invención patentada, cuando la solicitud haya sido presentada después de tres años

²⁹ Generalmente se utiliza el término “libre utilización” de obras protegidas para referirse a esas limitaciones y figuran en el segundo párrafo del artículo 9 (reproducción en determinados casos especiales), el artículo 10 (citas y uso de obras a título de ilustración de la enseñanza), el artículo 10 bis (reproducción de artículos de periódicos o artículos similares y el uso de obras con fines de información sobre acontecimientos actuales) y el tercer párrafo del artículo 11 bis (grabaciones efímeras con fines de radiodifusión).

³⁰ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Reseñas de los convenios, tratados y acuerdos administrados por la OMPI*, 2013, 40 – 42, Disponible [aquí](#).

³¹ Incluye las patentes, las marcas de productos y servicios, los dibujos y modelos industriales, los modelos de utilidad, las marcas de servicio, los nombres comerciales (la denominación que se emplea para la actividad industrial o comercial), las indicaciones geográficas (indicaciones de procedencia y denominaciones de origen) y la represión de la competencia desleal.

contados desde la concesión de la patente o después de cuatro años contados desde la fecha de presentación de la solicitud de patente. Además, la solicitud habrá de ser rechazada si el titular de la patente justifica su inacción con motivos legítimos.

La caducidad de la patente no podrá ser prevista sino para el caso en que la concesión de licencia obligatoria no hubiera bastado para impedir el abuso. En este último caso, se podrá entablar el procedimiento para declarar caduca la patente, pero no antes de que expiren dos años contados desde la concesión de la primera licencia obligatoria.

Por su parte, al referirse al régimen marcario (artículo 6 bis y quinquies), se prevé que se podrá denegar el registro en supuestos debidamente establecidos, como cuando la marca afecta a derechos adquiridos por terceros, cuando está desprovista de todo carácter distintivo o es contraria a la moral o al orden público o de naturaleza tal que pueda engañar al público.

Los Estados Contratantes están obligados a denegar el registro y a prohibir el uso de una marca que constituya la reproducción, imitación o traducción, susceptibles de crear confusión, de otra marca utilizada para productos idénticos o similares y que, a juicio del órgano competente del respectivo Estado, resultara que es notoriamente conocida en ese Estado como marca que ya es propiedad de una persona que pueda beneficiarse del Convenio.³²

En 1992, las partes contratantes del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT sus siglas en inglés) deciden establecer derechos de propiedad intelectual bajo el marco de la Organización Mundial de Comercio (OMC – WTO sus siglas en inglés), la justificación se basó en la inclusión de reglas de PI “relacionadas” con el comercio. El **Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC o, en inglés TRIPS)**³³ fue el resultado de políticas internacionales dirigidas por intereses económicos.³⁴

En la Parte I del acuerdo se establecen las disposiciones generales y los principios básicos, en particular un compromiso de trato nacional en virtud del cual se debe conceder a los nacionales de las demás partes un trato no menos favorable que el otorgado a los propios nacionales de una parte con respecto a la protección de la propiedad intelectual. Asimismo, contiene una cláusula de la nación más favorecida que es una novedad en los acuerdos internacionales sobre propiedad intelectual, en virtud de la cual toda ventaja que una parte conceda a los nacionales de otro país debe hacerse extensiva inmediatamente y sin condiciones a los nacionales de todas las demás partes, aun cuando tal trato sea más favorable que el que otorga a sus propios nacionales.

Con relación al posible abuso de derechos, el artículo 8.2 establece que: “... medidas apropiadas, siempre que sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo, para prevenir el abuso de los derechos de propiedad intelectual por sus titulares o el recurso a prácticas que limiten de manera injustificable el comercio o redunden en detrimento de la transferencia internacional de tecnología.”

La Parte II trata uno tras otro los distintos derechos de propiedad intelectual. En lo concerniente al derecho de autor, se exige que las partes observen las disposiciones

³² Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Reseñas de los convenios, tratados y acuerdos administrados por la OMPI. Ob. citado.* 8 - 11.

³³ Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, Marruecos: el 15 de abril de 1994.

³⁴ En 1994 cuando se celebró el Acuerdo sobre los ADPIC muchos Estados consideraban que había una necesidad de promover altos estándares de protección de PI, que deberían ser respetados globalmente y que esos estándares podían ser empujados a través del interés común de naciones comerciales en un entorno de liberalización del comercio. Ver Drexl Josef. “The concept of trade-relatedness of intellectual property rights in times of post trips bilateralism” en *TRIPS plus 20*. Hanns Ullrich, Reto M. Hilty, Matthias Lamping y Josef Drexl (eds.). Ed. Springer, 2016, 54.

sustantivas del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, en su última versión (París, 1971), aunque no estarán obligadas a proteger los derechos morales estipulados en el artículo 6 bis de dicho Convenio. El texto garantiza que los programas de ordenador serán protegidos como obras literarias en virtud del Convenio de Berna y estipula las condiciones en que las bases de datos deberían estar protegidas por el derecho de autor.

Las disposiciones relativas a los derechos de arrendamiento constituyen una importante inclusión a las normas internacionales existentes en la esfera del derecho de autor y los derechos conexos.³⁵

En el texto también se exige que se otorgue a los artistas intérpretes o ejecutantes protección contra la grabación y difusión no autorizada de sus interpretaciones o ejecuciones en directo (piratería). La protección de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de grabaciones de sonido cuenta con una duración de 50 años como mínimo. Por su parte, se reconoce que los organismos de radiodifusión controlen el posible uso sin su autorización de las señales de radiodifusión, este derecho dura 20 años como mínimo.

En lo referido a las patentes, existe una obligación general de respetar las disposiciones sustantivas del Convenio de París. En lo que concierne a este estudio, se establecen condiciones detalladas para la concesión de licencias obligatorias o el uso por el gobierno de patentes sin la autorización de sus titulares.

Además, también se proporcionan flexibilidades en el artículo 31, que trata el uso de la materia patentada sin autorización del titular de los derechos. En particular, el Artículo 31 (k) exime de ciertos requisitos sobre el uso que se haya permitido para poner remedio a prácticas que, a resultas de un proceso judicial o administrativo, se haya determinado que son anticompetitivas.

La última sección de esta Parte II del Acuerdo resulta de gran interés para este desarrollo, toda vez que se refiere a las prácticas anticompetitivas en las licencias contractuales. De este modo, prevé la celebración de consultas entre gobiernos cuando haya motivos para considerar que las prácticas o condiciones de concesión de licencias relacionadas con los derechos de propiedad intelectual constituyen un abuso de esos derechos y tienen un efecto negativo sobre la competencia. Los recursos contra tales abusos deben ser compatibles con las demás disposiciones del Acuerdo. Esta última sección es relevante en términos de la vinculación entre el régimen de propiedad intelectual y el de defensa de la competencia.

En efecto, el artículo 40 inciso 1 reconoce que: "... ciertas prácticas o condiciones relativas a la concesión de las licencias de los derechos de propiedad intelectual, que restringen la competencia, pueden tener efectos perjudiciales para el comercio y pueden impedir la transferencia y la divulgación de la tecnología."

Esta norma de tendencia programática, permite pero no exige la aplicación de reglas de defensa de la competencia a los actos relativos a derechos de propiedad intelectual.³⁶ Es decir, la aplicación de estas previsiones resulta de carácter facultativo.

El párrafo segundo de ese artículo indica que "Ninguna disposición del presente Acuerdo impedirá que los Miembros especifiquen en su legislación las prácticas o condiciones relativas a la concesión de licencias que puedan constituir en determinados

³⁵ El texto exige que se confiera a los autores de programas de ordenador y a los productores de grabaciones de sonido el derecho de autorizar o prohibir el arrendamiento comercial al público de sus obras. Se aplica un derecho exclusivo similar a las películas cinematográficas, cuyo arrendamiento comercial haya dado lugar a una realización muy extendida de copias que menoscabe en medida importante el derecho de reproducción.

³⁶ Guillermo Cabanellas de las Cuevas y Diego H Serebrinsky, *Ob. citado*, Tomo 2, Buenos Aires: Heliasta. 2017, 274.

casos un abuso de los derechos de propiedad intelectual que tenga un efecto negativo sobre la competencia en el mercado correspondiente". Así agrega que "un miembro podrá adoptar, de forma compatible con las restantes disposiciones del presente Acuerdo, medidas apropiadas para impedir o controlar dichas prácticas, que pueden incluir las condiciones exclusivas de retrocesión, las condiciones que impidan la impugnación de la validez y las licencias conjuntas obligatorias, a la luz de las leyes y reglamentos pertinentes de ese Miembro."

Este artículo permite que los miembros puedan establecer medidas con el objetivo de prevenir y controlar prácticas en los contratos de licencia que restrinjan la competencia.

En efecto, por un lado se reconoce que ante ciertas circunstancias el ejercicio de derechos de PI podría generar efectos no deseados para la competencia en el mercado y por el otro, se brinda libertad a los Estados miembros para que, ante determinadas circunstancias, opten por medidas tendientes a velar por evitar o al menos reducir los efectos negativos que estas prácticas pueden generar.

El Artículo 40.3 establece un mecanismo de consulta entre los miembros de la OMC ante prácticas anticompetitivas de un titular de derechos de PI de un Estado Miembro en la jurisdicción de otro Estado Miembro.

Como surge de lo descripto en forma previa, el Acuerdo sobre los ADPIC no prevé disposiciones vinculantes para los Miembros en lo que se relaciona con el régimen defensa de la competencia, sino que brinda pautas para la adopción de estipulaciones, permitiendo amplitud en la aplicación de esta especie de medidas.

El Acuerdo sobre los ADPIC establece un Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio encargado de supervisar la aplicación del Acuerdo y su cumplimiento por los gobiernos. Mientras que la solución de diferencias se llevaría a cabo de conformidad con el procedimiento integrado de solución de diferencias del GATT, revisado en la Ronda Uruguay.

El **Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT)**³⁷, adoptado en 1996 y con vigencia desde marzo de 2002, arreglo que trata la protección de las obras y los derechos de sus autores en el entorno digital. Aunque no estén obligadas por dicho Convenio, las Partes Contratantes deberán cumplir con las disposiciones sustantivas del Acta de 1971 (París) del Convenio de Berna, esto demuestra la armonía que impera entre los distintos acuerdos internacionales sobre la materia.

Además, el WCT menciona dos objetos de protección por derecho de autor: i) los programas de ordenador, con independencia de su modo o forma de expresión y ii) las compilaciones de datos u otros materiales (bases de datos) en cualquier forma, que por razones de la selección o disposición de su contenido constituyen creaciones de carácter intelectual.

En cuanto a los derechos particulares concedidos a los autores por este Tratado, se encuentran: i) el derecho de distribución, ii) el derecho de alquiler y iii) un derecho más amplio de comunicación al público.

Sobre las limitaciones y excepciones, en el artículo 10 del WCT incluye la llamada "regla de los tres pasos" para la determinación de las limitaciones y excepciones con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 9 del Convenio de Berna.

En las Declaraciones concertadas que acompañan al WCT se estipula que las limitaciones y excepciones establecidas en la legislación nacional de conformidad con el

³⁷ Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996.

Convenio de Berna, podrán hacerse extensivas al entorno digital. Adicionalmente prevé que los Estados Contratantes podrán formular nuevas excepciones y limitaciones adecuadas al entorno digital. En efecto, se permite la ampliación de las limitaciones y excepciones existentes o la creación de otras nuevas, siempre que se cumplan las condiciones de la regla de los tres pasos.

En cuanto a la duración, la protección debe durar, como mínimo, 50 años para cualquier tipo de obra. Prevé, asimismo, que el goce y el ejercicio de los derechos contemplados en el Tratado no estará subordinado a ninguna formalidad.

Por último, este marco establece una Asamblea de las Partes Contratantes cuya función principal radica en tratar las cuestiones relativas al mantenimiento y el desarrollo del Tratado, y encomienda a la Secretaría de la OMPI las labores administrativas relacionadas con él.³⁸

El **Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales** fue adoptado por la Conferencia diplomática sobre la protección de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales, celebrada en Beijing del 20 al 26 de junio de 2012, contempla los derechos de propiedad intelectual de los artistas intérpretes o ejecutantes sobre las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales.

En uno de sus apartados, el Tratado dispone que los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho a autorizar la radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en formatos audiovisuales. Sin embargo, las Partes Contratantes podrán notificar que, en lugar del derecho de autorización, establecerán el derecho a una remuneración equitativa por la utilización directa o indirecta para la radiodifusión o la comunicación al público de las interpretaciones o ejecuciones establecidas en fijaciones audiovisuales. Ahora bien, las Partes Contratantes pueden limitar o, a condición de haber formulado una reserva en relación con el Tratado, negar ese derecho.

En cuanto a las limitaciones y excepciones, en el artículo 13 del Tratado de Beijing se incorpora la llamada “regla de los tres pasos” para la determinación de las limitaciones y excepciones con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 9 del Convenio de Berna.

En las Declaraciones Concertadas que acompañan al Tratado se dispone que el Artículo 10 del WCT se aplicará también al Tratado de Beijing, es decir que esas limitaciones y excepciones, establecidas en la legislación nacional de conformidad con el Convenio de Berna, podrán hacerse extensivas al entorno digital. Adicionalmente, los Estados contratantes podrán contemplar nuevas excepciones y limitaciones adecuadas al entorno digital. Tal como en el caso del WCT, se permite la ampliación de las limitaciones y excepciones existentes, o la creación de otras nuevas, siempre que se cumplan las condiciones de la regla de los tres pasos.

La duración de la protección no podrá ser inferior a 50 años. Por su parte, el goce y el ejercicio de los derechos previstos en el presente Tratado no estarán subordinados a ninguna formalidad.

En este Tratado se establece la obligación de las Partes Contratantes de prever recursos jurídicos que permitan evitar los actos dirigidos a neutralizar las medidas técnicas de protección de las que se valen los artistas intérpretes o ejecutantes con relación al ejercicio de sus derechos, o contra la supresión o alteración de información.

³⁸ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Reseñas de los convenios, tratados y acuerdos administrados por la OMPI*, Ob. citado, 47- 48.

En una declaración concertada sobre la interrelación de las medidas tecnológicas y las limitaciones y excepciones se aclara que nada impide a una Parte Contratante adoptar las medidas eficaces y necesarias para velar porque los beneficiarios puedan gozar de las limitaciones y excepciones, si se han aplicado medidas tecnológicas a una interpretación o ejecución audiovisual y si el beneficiario tiene legalmente acceso a dicha interpretación o ejecución.

Por último, el Tratado establece una Asamblea de las Partes Contratantes cuya función principal es tratar las cuestiones relativas al mantenimiento y el desarrollo del Tratado, y encomienda a la Secretaría de la OMPI la labor administrativa relacionada con este.³⁹

Los dos últimos instrumentos internacionales mencionados (WCT y Tratado de Beijing) pretenden fijar reglas aplicables al entorno digital en vista a la expansión de Internet como medio de comunicación y a las nuevas tendencias de uso derivadas de este fenómeno.

Existen otros tratados relevantes cuyas características fueron omitidas en este estudio por exceder el objeto de análisis que se pretende abordar. Entre ellos, están aquellos referidos a los procedimientos y trámites de registro, entre los más importantes se encuentran: el Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas (1891), el Protocolo concerniente a ese Arreglo (1989) y el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes - PCT (2001).

Algunos otros se vinculan con la protección de derechos de propiedad intelectual, tales como: el Arreglo de Lisboa relativo a la Protección de las Denominaciones de Origen y su Registro Internacional (1958), Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (1961), el Convenio de Ginebra para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas (1971), y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) (1996).

Todo el bagaje normativo detallado en forma previa da cuenta de la tradición internacional que posee el régimen de propiedad intelectual, el que prevé principios y reglas que han sido adoptados por un número importante de países en el mundo, lo que permite que exista consistencia y estándares en la protección de los derechos de propiedad intelectual a nivel global, incluso se pueden identificar algunas previsiones tendientes a evitar los efectos negativos que el abuso del derecho podría generar.

Esto último, sin perjuicio de entender que en ciertos países como la Argentina, no se ha logrado un uso adecuado de aquellas herramientas ofrecidas en estas normas internacionales a efectos de evitar o reducir efectos no deseados sobre la competencia en un determinado mercado e incluso la fijación de limitaciones o restricciones a los derechos ante la configuración de específicas circunstancias, más aún pensando en el entorno ofrecido por la economía del conocimiento que requiere la comprensión de sus particulares características para acompañar su proceso de desarrollo.

Distinta es la historia en el sistema de defensa de la competencia, el que trataré de describir en el punto destinado a esa rama del derecho.

³⁹ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Reseñas de los convenios, tratados y acuerdos administrados por la OMPI*, Ob. citado, 52 - 55.

iii. Nacional

A nivel interno, contamos con la Constitución Nacional que prevé en el art. 17 como principio general que “Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento por el término que le acuerde la ley.”

El derecho de autor es protegido en nuestro marco legal por medio de la ley 11.723 (1933), reformada, entre otras, por ley 25.036 (1998), indicando en su artículo 1: “A los efectos de la presente Ley, las obras científicas⁴⁰, literarias⁴¹ y artísticas⁴² comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión ...” Enumera a continuación ejemplos⁴³ de obras protegidas por este sistema.

Como se desprende de uno de sus párrafos “toda producción científica, literaria, artística o didáctica sea cual fuere el procedimiento de reproducción”. De ello se infiere que la enumeración prevista en el artículo es meramente ejemplificativa, no taxativa.

En cuanto a los límites que prevé la norma, supuestos en que la legislación establece la posibilidad de utilizar la obra sin autorización y sin pagar remuneración, o sin autorización pero abonando una remuneración, la normativa incluye los siguientes: licencia obligatoria por inacción de los herederos (artículo 6 ley 11.723⁴⁴), copia de salvaguardia (artículo 9 ley 11.723⁴⁵), el derecho de cita (artículo 10 ley 11.723⁴⁶), el uso para información (artículo 27 ley 11.723⁴⁷), noticias de interés general (artículo 28 ley 11.723⁴⁸), el uso para fines

⁴⁰ Las obras científicas, se consideran aquellas en que los temas son desarrollados de manera adaptada a los requisitos del método científico. Ver Carlos A. Villalba y Delia Lipszyc, *El derecho de autor en la Argentina*, Buenos Aires: La ley. 2009. 30.

⁴¹ Las obras literarias son las que se expresan por escrito u oralmente. La literatura se entiende como el arte que emplea como instrumento la palabra y comprende no solo las producciones poéticas, sino también las obras en que caben elementos estéticos como las oratorias, históricas y didácticas. Ver Carlos A. Villalba y Delia Lipszyc, *Ob. citado*, 27

⁴² La obra artística, es propia de un estado avanzado del desarrollo humano, pudiendo entenderse el arte como la virtud, disposición y habilidad para hacer alguna cosa. Ver Carlos A. Villalba y Delia Lipszyc, *Ob. citado*, 29

⁴³ El artículo 1 de la ley 11.723 continúa indicando que: “... entre ellos los programas de computación fuente y objeto; las compilaciones de datos o de otros materiales; las obras dramáticas, composiciones musicales, dramático-musicales; las cinematográficas, coreográficas y pantomímicas; las obras de dibujo, pintura, escultura, arquitectura; modelos y obras de arte o ciencia aplicadas al comercio o a la industria; los impresos, planos y mapas; los plásticos, fotografías, grabados y fonogramas, en fin, toda producción científica, literaria, artística o didáctica sea cual fuere el procedimiento de reproducción. La protección del derecho de autor abarcará la expresión de ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos pero no esas ideas, procedimientos, métodos y conceptos en sí.”

⁴⁴ Art. 6 Ley 11.723. “Los herederos o derechohabientes no podrán oponerse a que terceros reediten las obras del causante cuando dejen transcurrir más de diez años sin disponer su publicación. Tampoco podrán oponerse los herederos o derechohabientes a que terceros traduzcan las obras del causante después de diez años de su fallecimiento.

En estos casos, si entre el tercero editor y los herederos o derechohabientes no hubiera acuerdo sobre las condiciones de impresión o la retribución pecuniaria, ambas serán fijadas por árbitros.”

⁴⁵ Art. 9 Ley 11.723. “... Quien haya recibido de los autores o de sus derecho-habientes de un programa de computación una licencia para usarlo, podrá reproducir una única copia de salvaguardia de los ejemplares originales del mismo. (Párrafo incorporado por art. 3° de la Ley N° 25.036 B.O. 11/11/1998).

Dicha copia deberá estar debidamente identificada, con indicación del licenciado que realizó la copia y la fecha de la misma. La copia de salvaguardia no podrá ser utilizada para otra finalidad que la de reemplazar el ejemplar original del programa de computación licenciado si ese original se pierde o deviene inútil para su utilización. (Párrafo incorporado por art. 3° de la Ley N° 25.036 B.O. 11/11/1998).”

⁴⁶ Art. 10. Ley 11.723. “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.”

⁴⁷ Art. 27 ley 11.723. “Los discursos políticos o literarios y en general las conferencias sobre temas intelectuales, no podrán ser publicados si el autor no lo hubiere expresamente autorizado. Los discursos parlamentarios no podrán ser publicados con fines de lucro, sin la autorización del autor. Exceptúase la información periodística.”

⁴⁸ Art. 28. Ley 11.723. “Los artículos no firmados, colaboraciones anónimas, reportajes, dibujos, grabados o informaciones en general que tengan un carácter original y propio, publicados por un diario, revista u otras publicaciones periódicas por haber sido adquiridos u obtenidos por éste o por una agencia de informaciones con carácter de exclusividad, serán considerados como de propiedad del diario, revista, u otras publicaciones periódicas, o de la agencia.

Las noticias de interés general podrán ser utilizadas, transmitidas o retransmitidas; pero cuando se publiquen en su versión original será necesario expresar la fuente de ellas.”

educativos (artículo 36 Ley 11.723⁴⁹), ejecuciones públicas por determinados organismos del Estado (artículo 36 Ley 11.723⁵⁰), y reproducción y distribución de obras científicas o literarias en sistemas especiales para personas ciegas o con otras discapacidades perceptivas (Ley 26.285⁵¹).

Estas únicas limitaciones son las contempladas en nuestro derecho, circunstancia que carece de toda relación con el uso y la dinámica que hoy tienen los derechos de autor en una industria basada en la información y el conocimiento. Ello, a pesar de los Convenios y Tratados que permiten contemplar excepciones y limitaciones adecuadas al entorno.

A nivel local el organismo administrativo encargado de llevar a cabo el registro de los derechos de autor es la Dirección Nacional del Derecho de Autor (DNDA), que tiene entre sus funciones, las de custodiar las obras inéditas (aquellas que no han sido editadas, publicadas o exhibidas) y registrar las obras publicadas, las publicaciones periódicas y los contratos. Asimismo, asesora a organismos públicos, entidades privadas y/o particulares con respecto a la interpretación de las normas vigentes en materia de derecho de autor y derechos conexos.

Con relación a la propiedad industrial, por medio de la ley 24.481 según decreto 260/1996 (ley de patentes) se protegen a las patentes de invención y modelos de utilidad. Esta norma cuenta con un contenido concreto referido a la defensa de la competencia, a diferencia de lo que sucede con la normativa correspondiente a este último régimen, el que no establece previsiones con relación al ejercicio de los derechos de propiedad intelectual y su posible impacto.

De este modo, el artículo 38 de la ley de patentes dispone que “Los contratos de licencia no deberán contener cláusulas comerciales restrictivas que afecten la producción, comercialización o el desarrollo tecnológico del licenciataria, restrinjan la competencia e incurran en cualquier otra conducta tales como, condiciones exclusivas de retrocesión, las que impidan la impugnación de la validez, las que impongan licencias conjuntas obligatorias, o cualquier otra de las conductas tipificadas en la Ley N 22.262 o la que la modifique o sustituya.”

Por su parte, el artículo 44 de la ley de patentes incluye un régimen especial de licencias obligatorias fundadas en la existencia de prácticas anticompetitivas. Dispone ese artículo que será otorgado el derecho de explotación conferido por una patente sin autorización de su titular, cuando la autoridad competente haya determinado que el titular de la patente ha incurrido en prácticas anticompetitivas.⁵² De este modo, a través de este artículo se estaría habilitando la intervención de la autoridad de aplicación del régimen de defensa

⁴⁹ Art. 36 Ley 11.723. “... Sin embargo, será lícita y estará exenta del pago de derechos de autor y de los intérpretes que establece el artículo 56, la representación, la ejecución y la recitación de obras literarias o artísticas ya publicadas, en actos públicos organizados por establecimientos de enseñanzas, vinculados en el cumplimiento de sus fines educativos, planes y programas de estudio, siempre que el espectáculo no sea difundido fuera del lugar donde se realice y la concurrencia y la actuación de los intérpretes sea gratuita. ...”

⁵⁰ Art. 36 Ley 11.723. “... También gozarán de la exención del pago del derecho de autor a que se refiere el párrafo anterior, la ejecución o interpretación de piezas musicales en los conciertos, audiciones y actuaciones públicas a cargo de las orquestas, bandas, fanfarrias, coros y demás organismos musicales pertenecientes a instituciones del Estado Nacional, de las provincias o de las municipalidades, siempre que la concurrencia de público a los mismos sea gratuita. (Párrafo sustituido por art. 1° de la Ley N° 20.098 B.O. 23/1/1973).”

⁵¹ Artículo 1 Ley 26.285. “Se exime del pago de derechos de autor la reproducción y distribución de obras científicas o literarias en sistemas especiales para ciegos y personas con otras discapacidades perceptivas, siempre que la reproducción y distribución sean hechas por entidades autorizadas.

Esta exención rige también para las obras que se distribuyan por vía electrónica, encriptadas o protegidas por cualquier otro sistema que impida su lectura a personas no habilitadas. Las entidades autorizadas asignarán y administrarán las claves de acceso a las obras protegidas.

No se aplicará la exención a la reproducción y distribución de obras que se hubieren editado originalmente en sistemas especiales para personas con discapacidades visuales o perceptivas, y que se hallen comercialmente disponibles ...”

⁵² Guillermo Cabanellas de las Cuevas y Diego H. Serebrinsky, *Ob. Citado*. Tomo 2, 294.

de la competencia en el ejercicio de derechos de patente ante la detección de prácticas anticompetitivas.

La Reglamentación de la ley de patentes, decreto 260/96 anexo II, establece en su artículo 44⁵³ la posibilidad de intervención de la autoridad de defensa de la competencia ante un supuesto de práctica anticompetitiva vinculada a los derechos derivados de las patentes, la que no habría sido aplicada en la práctica. La intervención prevista en el marco del régimen de patentes será analizada con mayor profundidad al desarrollar la interacción entre Autoridades de Aplicación (Ver Punto III. Interacción entre autoridades).

En cuanto a las marcas, reguladas por Ley 22.362 (ley de marcas y designaciones), hay dos causas que impiden que un signo sea registrado. La primera está vinculada a que el signo carezca de poder distintivo y por ende, de entidad marcaria. De acuerdo al artículo 2 de la ley de marcas y designaciones hay cuatro categorías: las designaciones necesarias, los signos que han pasado al uso general, la forma y el color de los productos. La segunda causa está prevista en las prohibiciones que la ley establece de registrar signos a pesar de su poder distintivo, los que están contemplados en el artículo 3 de la Ley de marcas y designaciones.⁵⁴

El órgano encargado de registrar tanto las patentes como las marcas es el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial (INPI), como organismo autárquico, con personería jurídica y patrimonio propio, que funciona en el ámbito del Poder ejecutivo.

Existe normativa nacional aplicable a otros institutos de la propiedad intelectual, tal como, modelo y diseño industrial (Decreto-Ley 6.673), secretos comerciales (Ley 24.766), competencia desleal (Decreto 274/2019), transferencia de tecnología (Ley 22.426), entre otras; abordaje que se omitió por exceder el objeto de esta investigación.

Por último, resta hacer una breve mención de una norma referida al fomento de la industria, materia de estudio en este documento. Se trata de la Ley de Economía del Conocimiento (LEC) la que ha tenido su primera expresión en el año 2004 a través del régimen de promoción de software (25.922), el que se extendió por un nuevo periodo (26.692) y que se ha reformulado para expandir la actividad objeto de promoción a través de la aprobación de la ley 27.506 (LEC).

Esta norma brinda beneficios fiscales (reducción de ganancias y bono de crédito fiscal derivado de contribuciones patronales entre los más relevantes) a aquellas empresas que acrediten un elevado porcentaje de actividad en industrias promovidas, entre las que se encuentran el desarrollo de software en sus variadas modalidades y prestación de servicios informáticos; producción audiovisual; biotecnología; nanotecnología; industria aeroespacial y satelital; industria nuclear; y tecnologías de la industria 4.0.

⁵³ Artículo 44 Decreto 260/96 Anexo II. —La autoridad competente de la Ley N° 22.262 o la que la reemplazare o sustituya, de oficio o a petición de parte, procederá a determinar la existencia de un supuesto de práctica anticompetitiva, cuando se ejerza irregularmente de modo que constituya abuso de una posición dominante en el mercado, en los términos previstos por el artículo 44 de la Ley y las demás disposiciones vigentes de la Ley de Defensa de la Competencia, previa citación del titular de la patente, para que exponga las razones que hacen a su derecho, por un plazo de VEINTE (20) días. Producido el descargo y, en su caso, la prueba que se ofrezca, dicha autoridad dictaminará sobre la pertinencia de la concesión de licencias obligatorias y opinará respecto de las condiciones en que debieran ofrecerse. En este último supuesto el INSTITUTO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, recibidas las actuaciones, dispondrá la publicación de un aviso en el Boletín Oficial, en el Boletín de Patentes y en un diario de circulación nacional informando que estudiará las ofertas de terceros interesados en obtener una licencia obligatoria, otorgando un plazo de TREINTA (30) días para su presentación. Formulada la solicitud o solicitudes, el INSTITUTO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL resolverá fundadamente, concediendo o rechazando la licencia obligatoria. Esta resolución será susceptible de los recursos previstos en el último párrafo del artículo 42. Las decisiones del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial sobre la pertinencia de la concesión y las relativas a la concesión misma o, en su caso, el rechazo de las licencias obligatorias se adoptarán en un plazo que no excederá de los TREINTA (30) días).

⁵⁴ Jorge Otamendi. *Ob. citado*, 65.

Adicionalmente, como requisitos complementarios se les exige a estas empresas que acrediten dos de tres requisitos referidos a: (i) calidad, (ii) gastos en I+D o capacitaciones; (iii) exportaciones.

Por medio de estos incentivos la norma pretende impulsar la industria del conocimiento en el país, haciéndola más competitiva, calificada, de calidad, formal, exportable, entre otras características que pueden inferirse de los requisitos exigidos para la obtención de la inscripción y mantenimiento de los beneficios otorgados por la Ley.

Esta norma viene a complementar el régimen de PI a través de brindar ventajas impositivas a quienes generen activos de PI de valor agregado, lo que impulsa su desarrollo y expansión a nivel nacional con proyección internacional.

Hasta aquí he tratado de introducir el sistema de propiedad intelectual que a nivel internacional e interno impera, con particular desarrollo del derecho de autor y de aquellos postulados en torno a los límites, restricciones e interacciones con el régimen de DC, de lo que se infiere una tradición en este sistema y un mediano consenso sobre las reglas aplicables, como así también la necesidad de adaptación a los tiempos que corren. A modo ejemplificativo, se debe considerar que la ley de propiedad intelectual en nuestro país fue aprobada en 1933 y que ha tenido algunas reformas parciales, pero casi ninguna que contemple aquellos bienes y/o servicios resultado de las actividades económicas parte de la industria del conocimiento (con excepción de lo referido a software /bases de datos y la excepción de la copia de salvaguardia para el primero) y las posibles excepciones que este ecosistema precisa (Ej. cuestiones de interoperabilidad, almacenamiento temporal, corrección de errores, adaptación para uso personal, etc.).

b.- Defensa de la competencia

i. Generalidades

Coloma ha definido a la defensa de la competencia "como una clase de regulación indirecta cuyo objetivo es controlar el ejercicio del poder de mercado en situaciones en las que dicho control depende de la existencia de varias empresas que compiten entre sí".⁵⁵

Por su parte, Motta define el sistema de defensa de la competencia como "el conjunto de políticas públicas y leyes que garantizan que la competencia en el mercado no sea limitada de tal manera que se reduzca el bienestar económico".⁵⁶

Las legislaciones de defensa de la competencia no suelen contar con definición de lo que se entenderá por competencia, siendo práctica común establecer conductas prohibidas que tienden a restringir la competencia.

El concepto de defensa de la competencia engloba la protección ante distintas prácticas consideradas anticompetitivas como las colusorias, los abusos de posición dominante o la concreción de concentraciones económicas anticompetitivas.⁵⁷

En cuanto a la necesidad de contar con un régimen adecuado de defensa de la competencia, existe un consenso universal relativo a que no es posible el comportamiento

⁵⁵ Germán Coloma, *Defensa de la Competencia*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, Edición 2ª, 2009, 6.

⁵⁶ Massimo Motta, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004, xvii.

⁵⁷ Miguel Del Pino, "La protección de la competencia en Argentina. Próximos desafíos de cara al futuro", en *Comentarios a la ley de defensa de la competencia*, directores Pablo Trevisán, Miguel Del Pino y Demetrio Alejandro Chamatropulos, Buenos Aires: La Ley, 2018, 25.

mínimamente eficaz y racional de una economía total o parcialmente de mercado sin un eficaz régimen de defensa de la competencia.⁵⁸

El marco normativo suele abarcar el control sobre concentraciones económicas y conductas anticompetitivas.

El control de las operaciones de concentración económica (fusiones o adquisiciones de empresas) se encuentra dirigido a evitar la generación o incremento del poder de mercado de las empresas que participan en un determinado ámbito mercantil. Es común que las normas prevean una obligación para las partes de notificar previamente el acto jurídico que da lugar a la concentración económica, aunque en algunas legislaciones se contempla la facultad de dar aviso incluso con posterioridad a la concreción del acto.

Por su parte, las conductas anticompetitivas son aquellas que tienen por objeto o efecto limitar, restringir o distorsionar la competencia o el acceso al mercado, o constituyen abuso de una posición dominante en este, que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

Dentro de este ámbito, se identifica la colusión entre competidores, generando o incrementando el poder de mercado de las empresas que forman parte del acuerdo. Esta práctica evita la competencia entre competidores reduciendo los incentivos a proveer mejores bienes o servicios a precios competitivos, como consecuencia los consumidores u otros agentes económicos terminarán abonando productos o servicios más caros por menor calidad. Asimismo, se distinguen los abusos de posición dominante o monopolización de mercados, que pueden ser prácticas exclusorias o explotativas.⁵⁹

Abusos explotativos son aquellas conductas que explotan a clientes o proveedores (por ejemplo, precios excesivamente altos o prohibición de la comercialización de productos o servicios no vinculados con los derechos de PI concedidos). Abusos exclusorios son aquellos en virtud de los cuales una empresa dominante despliega en forma unilateral cierta conducta destinada a extender o acrecentar su poder a través de la exclusión de competidores actuales o potenciales, evitando nuevos ingresos, induciendo a abandonar el mercado o impidiendo su expansión.⁶⁰

A continuación, se describirá el marco jurídico y la práctica que impera en esta rama del derecho, lo que dará cuenta de la falta de consenso a nivel internacional. Para ello, se toma como ejemplo el derecho comparado, particularmente la aplicación que del derecho de defensa de la competencia realiza la Unión Europea como así también Estados Unidos de América. De este análisis, podrán extraerse ejemplos de herramientas utilizadas para compatibilizar el régimen de PI con el marco de DC.

ii.- Derecho comparado

A diferencia del régimen de propiedad intelectual, los esfuerzos para establecer instrumentos jurídicos internacionales en materia de defensa de la competencia han sido frustrados, aunque la presión internacional para la adaptación de normas antimonopólicas en ciertos países tuvo éxito.

⁵⁸ Guillermo Cabanellas, "Comentario y valoración general de la nueva Ley de Defensa de la Competencia", en *Comentarios a la ley de defensa de la competencia*, directores Pablo Trevisán, Miguel Del Pino y Demetrio Alejandro Chamatropulos, *Ob. citado*, 3.

⁵⁹ Ver Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, *Guías para el análisis de casos de abuso de posición dominante de tipo exclusorio*, 2019.

⁶⁰ Marcelo R. D'Amore y Andrea Mackielo, "Propiedad Intelectual, defensa de la competencia, y relación entre ambas disciplinas" en *Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual*, D'Amore, Marcelo, Coordinador, Buenos Aires: B de F, 2015, 31.

Prueba de ello resulta la Carta de la Habana de 1948 la cual buscó establecer como política la prohibición de las prácticas internacionales restrictivas de la competencia, aunque no logró las ratificaciones necesarias.

Por su parte, en la década del '70 se desarrollaron en el ámbito de las Naciones Unidas esfuerzos tendientes a la sanción de códigos internacionales de conducta en materias vinculadas al derecho de la competencia, pero no fue fructífero. Se alcanzó a aprobar un Código sobre Prácticas Restrictivas, el cual recibió el voto de la Asamblea de las Naciones Unidas y que busca impedir las prácticas restrictivas que afecten el comercio internacional, pero el mismo no es vinculante.

Mayor éxito ha tenido el esfuerzo por facilitar la aplicación del régimen de defensa de la competencia nacional mediante acuerdos binacionales. Se destacan aquellos firmados por los Estados Unidos con diversos países, destinados a coordinar la aplicación de su derecho. También tuvieron relevancia los lineamientos dictados en la materia por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), al influir sobre la aplicación de las legislaciones nacionales de los países miembros de esa organización.⁶¹

Más allá de esta escasez de instrumentos a nivel derecho internacional, se identifica una vasta trayectoria en la aplicación del régimen de defensa de la competencia en el derecho comparado. En efecto existen dos posturas, la norteamericana y la europea. Siguiendo los lineamientos de estas dos jurisdicciones, los regímenes de defensa de la competencia suelen contemplar dos grupos de conductas anticompetitivas: (i) La monopolización o abuso de posición dominante, esencialmente unilaterales (de tipo exclusorio en el caso de la monopolización, y explotativo o exclusorio en el caso de abuso de posición dominante); y (ii) los acuerdos restrictivos de la competencia (de tipo exclusorio o explotativo).⁶²

Entre las diferencias que se pueden mencionar con relación a ambas jurisdicciones, se encuentra aquella vinculada a que la tradición europea en materia de defensa de la competencia se inclina hacia la preservación de un proceso competitivo abierto para el cual se requiere que tengan oportunidad de participar distintas empresas, mientras que en la práctica norteamericana, principalmente luego de la irrupción del pensamiento de la Escuela de Chicago, tiende a recompensar al ganador de la puja competitiva, otorgándole libertad para negociar con sus competidores.⁶³

Sin perjuicio de las diferencias que pueden identificarse entre ambas jurisdicciones, se advierte en la actualidad la existencia de ciertas posturas comunes. Entre ellas, aquella que prevé que el logro de un monopolio legal por medio de la obtención de un derecho de PI constituye como regla una conducta legítima. De este modo, el ejercicio del derecho está garantizado y no será objetado por el derecho de defensa de la competencia en la medida que tienda al bienestar del consumidor y no perjudique innecesariamente a los competidores. Incluso en ocasiones se verifica que el ejercicio de tales derechos genera efectos pro-competitivos (ej. licencias de derecho de PI).

Tanto las autoridades administrativas como los tribunales de dichas jurisdicciones han limitado el régimen de PI. En general, estos límites de defensa de la competencia al uso abusivo de la PI se han verificado en ciertos casos, tales como: 1. para limitar las conductas anticompetitivas de los titulares de derechos de PI, se trata de hacer uso de derechos existentes de manera de excluir a competidores de otros mercados, sean secundarios o

⁶¹ Guillermo Cabanellas de las Cuevas y Diego H Serebrinsky. *Derecho antimonopólico y de Defensa de la Competencia*. Tomo 1, Buenos Aires, Ed. Heliasta, 2017, 71 y 72.

⁶² Marcelo D'Amore, *Ob. citado*, en *Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual*. D'Amore, Marcelo. Coordinador, Buenos Aires: B de F. 2015, 162.

⁶³ Marcelo R. D'Amore y Miguel Maito, "Negativa a negociar derechos de propiedad intelectual" en *Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual*, D'Amore, Marcelo. Coordinador, Buenos Aires: B de F. 2015, 207 y 208.

complementarios (Ej. negativa a licenciar); 2. para controlar pautas y prohibiciones en las licencias (Ej. ventas atadas); 3. en el ámbito de las fusiones y adquisiciones se ha impedido que titulares de derechos de PI adquieran tecnologías competidoras; entre otros.⁶⁴

1. Derecho de la Unión Europea

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)⁶⁵ proporciona dos bases legales para desafiar los actos anticompetitivos en los artículos 101 y 102 (antiguo artículo 81 y 82 del Tratado CE⁶⁶).

1.1. Conducta anticompetitiva: acuerdos anticompetitivos y prácticas concertadas

El artículo 101 (antiguo artículo 81 TCE)⁶⁷ prohíbe los acuerdos anticompetitivos y prácticas concertadas y proporciona algunos ejemplos de comportamientos que se considerarán incompatibles dentro del mercado interno. En definitiva, prohíbe acuerdos, prácticas o decisiones que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objetivo o efecto restringir o distorsionar la competencia.

De este modo, el inciso 1 del artículo no permite los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar el comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común, indicando a continuación ejemplos de estas prácticas.

Algunas licencias de propiedad intelectual pueden caer en el ámbito de aplicación del artículo 101 del TFUE por resultar anticompetitivas.⁶⁸ En efecto, la Comisión Europea (CE) ha aplicado este artículo a los acuerdos horizontales y verticales relativos a derechos de propiedad intelectual.⁶⁹

Con relación a este artículo, un hito relevante de la CE fue la publicación en 2011 de Nuevas Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal⁷⁰.

Estas Nuevas Directrices asisten en el estudio de los acuerdos más usuales entre operadores que se encuentran en el mismo nivel de la cadena de producción, y requieren

⁶⁴ Marcelo R. D'Amore y Andrea Mackielo, *Ob. citado*, 53 - 55.

⁶⁵ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Official Journal C 326, 26/10/2012 P. 0001 – 0390).

⁶⁶ A partir del 1 de diciembre de 2009, los artículos 81 y 82 del Tratado CE se sustituyen por los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ("TFUE"), respectivamente. Dichos artículos son en esencia idénticos. Las referencias hechas a los artículos 101 y 102 del TFUE se interpretarán como referencias a los artículos 81 y 82 del Tratado CE, respectivamente, cuando proceda.

⁶⁷ Art. 101 del TFUE (antiguo artículo 81 TCE): "1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos. 2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho. ...". (el destacado me pertenece)

⁶⁸ Maximiliano Santa Cruz Scantlebury and Pilar Trivelli, *Ob. citado*, 7.

⁶⁹ Sumanjeet Singh, *Ob. citado*, 157

⁷⁰ Comisión Europea, Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2011/C 11/01).

que se apliquen criterios económicos y legales para equilibrar los efectos pro-competitivos potenciales contra los efectos anticompetitivos.⁷¹

Tal como surge de su objeto, se reconoce que los acuerdos de cooperación horizontal pueden dar lugar a beneficios económicos sustanciales, en especial si combinan actividades, conocimientos, procesos o activos complementarios. La cooperación horizontal puede ser un medio de compartir el riesgo, ahorrar costos, incrementar las inversiones, aunar conocimientos, aumentar la calidad y variedad de los productos y/o servicios y alcanzar más rápidamente la innovación.

Como contrapartida, se plantea la situación en que este tipo de acuerdos genera problemas de competencia. Así ocurre, por ejemplo, cuando las partes pactan fijar los precios o la producción o repartirse los mercados, o cuando la alianza permite a las partes mantener, mejorar o aumentar su poder de mercado y sea probable que ello cause efectos negativos sobre los precios, la producción, la innovación, la variedad y/o calidad de los productos.

Estas directrices, podrían resultar aplicables a los productos y/o servicios tecnológicos dado el reconocimiento de la CE en cuanto a que la no licencia de tecnología puede actuar como una restricción en el mercado existente, por lo que contienen guías detalladas sobre acuerdos de subcontratación, comercialización y estandarización, estos últimos relevantes para la economía del conocimiento, tal como los servicios provistos a través de la nube (cloud computing).⁷²

Sin perjuicio de la regla prevista en el artículo en análisis (Art. 101 del TFUE), se debe considerar que en su apartado 3⁷³ prevé excepciones a la prohibición establecida en el primer apartado, en supuestos en que los acuerdos en cuestión contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante. De este modo, se pretende equilibrar entre los efectos positivos y negativos de este tipo de acuerdos.

La interacción entre la defensa de la competencia y la regulación de la propiedad intelectual se refleja por medio de la adopción en 2014 del Reglamento relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3 del TFUE a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología⁷⁴.

El artículo 2 del Reglamento mencionado declara como regla que el artículo 101, apartado 1 del TFUE no se aplicará a los acuerdos de transferencia de tecnología. Su propósito es estimular las innovaciones mediante la creación del llamado "puerto seguro"⁷⁵ para los acuerdos de licencia en el campo de la propiedad intelectual. En este documento, la Comisión Europea determinó acuerdos que no provocan la eliminación de la

⁷¹ Sylvia Song, "Competition law and interoperability in cloud computing", *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice* (2017), 3, Disponible [aquí](#).

⁷² Sylvia Song, *Ob. citado*, 3.

⁷³ Artículo 101 del TFUE: " ... 3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a: — cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas, — cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas, — cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que: a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate." (el destacado me pertenece).

⁷⁴ Comisión Europea, Reglamento (UE) número 316/2014 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología, de 21 de marzo de 2014.

⁷⁵ El puerto seguro funciona como un sistema utilizado para asegurar protección y límites de responsabilidad siempre que se cumpla con determinadas condiciones.

competencia y por lo tanto, no están alcanzados por el artículo 101 apartado 1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.⁷⁶

Este Reglamento en cuestión se aprobó para cumplir dos requisitos: garantizar la protección efectiva de la competencia y ofrecer seguridad jurídica adecuada a las empresas. La persecución de dichos objetivos debe tomar en consideración la necesidad de simplificar la supervisión administrativa y el marco legislativo en la mayor medida posible.

Por otro lado, las Directrices relativas a las restricciones verticales de la UE⁷⁷ detallan cómo la excepción a la regla también se aplica a las empresas en diferentes niveles de la cadena de producción o distribución. Restricciones limitativas de competencia son permitidas en acuerdos verticales siempre que las empresas no sean competidoras y las respectivas cuotas de mercado de compradores y vendedores no superen el 30% del mercado relevante. Las Directrices prohíben una serie de restricciones graves de cualquier acuerdo, entre las que pueden mencionarse cláusulas de no competencia en exceso de 5 años, restricciones de fabricación, distribución y venta de servicios (artículo 5).⁷⁸

En otro orden de ideas y a modo de brindar ejemplos sobre prácticas anticompetitivas en torno a actividades parte de la economía del conocimiento, puede mencionarse la investigación de Apple⁷⁹ sobre el servicio iTunes. De este modo, la CE inició una investigación contra las principales compañías discográficas y Apple con relación a los acuerdos celebrados entre cada compañía discográfica y Apple ya que potencialmente restringían las ventas de música: los consumidores solo podían comprar música en la tienda en línea de iTunes en su país de residencia dentro de Europa. Por lo tanto, los consumidores tenían restricciones en la elección de dónde comprar música y en consecuencia, qué música está disponible y a qué precio. La Comisión Europea alegó que estos acuerdos violaban las normas del TFUE que prohíben las prácticas comerciales restrictivas (artículo 81, actual artículo 101).

En enero de 2008, la Comisión Europea celebró⁸⁰ el anuncio de Apple de igualar los precios de las descargas de música de iTunes en Europa. Esta situación puso punto final al diferente tratamiento que tenían los consumidores de Gran Bretaña quienes pagaban altos precios por las bajadas, a diferencia del resto, lo que provocó que para marzo de ese año se cerrara el proceso.

1.2. Conducta anticompetitiva: Abusos de posición dominante

En cuanto a esta especie de conductas, el artículo 102 (antiguo artículo 82 TCE)⁸¹ prohíbe la explotación abusiva de actores con posición dominante dentro del mercado interno, proporcionando algunos ejemplos de estos comportamientos.

⁷⁶ V. Kolosha and O. Borysenko, *Ob. Citado*, 9, Disponible [aquí](#).

⁷⁷ Comisión Europea. Directrices relativas a las restricciones verticales, Bruselas: 10.5.2010 SEC -2010, 411.

⁷⁸ Sylvia Song, *Ob. citado*, 3.

⁷⁹ European Commission, Press release, *Competition: European Commission confirms sending a Statement of Objections against alleged territorial restrictions in on-line music sales to major record companies and Apple*, April 2007. Disponible [aquí](#).

⁸⁰ European Commission, Press release, *Antitrust: European Commission welcomes Apple's announcement to equalise prices for music downloads from iTunes in Europe*, Enero 2008. Disponible [aquí](#).

⁸¹ Artículo 102 del TFUE (antiguo artículo 82 TCE): "Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en: a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas; b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de

Se establece como principio general la prohibición al abuso de la posición dominante, previendo supuestos, cuyo detalle resulta enunciativo y no taxativo.

Siguiendo la tradición de la CE, esta última publicó en 2005 un documento de debate sobre la aplicación del artículo 82 de la CE actual artículo 102 del TFUE. En 2008, después de años de discusión y de esperar la decisión del Tribunal de Primera Instancia en el caso de Microsoft, la Dirección General de la CE publicó las Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes.⁸²

En estas Orientaciones se hace referencia a que el concepto de denegación de suministro abarca una amplia gama de prácticas, tales como la negativa de concesión de licencias sobre derechos de propiedad intelectual lo que incluye, cuando la licencia sea necesaria, la información sobre interfaces o la denegación de concesión de acceso a una instalación esencial o a una red.

Entre las conductas que prevé el artículo 102, se encuentran en el inciso b) aquellas vinculadas con la exclusión mediante la prohibición específica de prácticas de limitación de la producción, mercados o desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores. Esto incluye prácticas que pueden detectarse en la industria del conocimiento, como atar o agrupar productos, acuerdos exclusivos o la negativa a licenciar derechos de propiedad intelectual.⁸³

Sobre la negativa a otorgar una licencia y conforme el desarrollo jurisprudencial que ha tenido lugar, se considera que es abusiva si: (i) la propiedad intelectual derivada de una obra bajo titularidad de una empresa se presenta como necesaria para competir; (ii) la firma con interés en obtener una licencia pretende proveer bienes y/o prestar servicios que no son suministrados por el titular de los derechos de propiedad intelectual y para los que se identifica una demanda potencial y (iii) el rechazo a otorgar la licencia genera reservas del mercado secundario para los propietarios de derechos de propiedad intelectual en el mercado principal, mediante la eliminación de la competencia en el segundo mercado.

Magill⁸⁴ resultó ser la primera decisión en que la negativa a negociar derechos de propiedad intelectual fue considerada un abuso de posición dominante.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea rechazó en su totalidad los recursos interpuestos por Radio Telefis Eireann y Independent Television Publications Ltd (las compañías emisoras de televisión) contra una sentencia de 1991 del Tribunal de primera instancia que dio lugar al fin de una larga batalla legal entre estas compañías y Magill TV Guide Ltd (Magill), una editorial irlandesa.

El asunto refiere a la conducta de las principales emisoras de televisión del Reino Unido, quienes alegando protección en base a las leyes nacionales de propiedad intelectual, se negaron a licenciar la lista de programación a la empresa Magill, quien pretendía reunir la programación de todas las emisoras en una revista de publicación semanal.

Las circunstancias habían generado que las emisoras de TV contasen en los hechos con un monopolio sobre su propia información de programación. Como resultado, estas emisoras estaban en una posición dominante, no solo con respecto al suministro de esa

prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos." (el destacado me pertenece)

⁸² Comisión Europea, Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes (2009/C 45/02), 24 de febrero de 2009.

⁸³ Sylvia Song, *Ob. citado*, 3 y 4.

⁸⁴ Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1995, RTE & ITP v. Commision [1995] ECR I-743, conocido como caso "Magill", en AC C-241 P y C-242 P.

información, sino también en el mercado secundario para la publicación de guías de televisión semanales.

El Tribunal entendió que el ejercicio de un derecho de autor puede ser impugnado bajo las reglas de la competencia, incluso cuando el ejercicio consista en un acto que forma parte de la materia esencial de ese derecho, tal como la negativa a otorgar una licencia, siempre que existan circunstancias excepcionales.

De este modo, el TJCE citó tres elementos que crearon las circunstancias excepcionales en Magill: (i) la negativa a autorizar la reproducción impidió la aparición de un nuevo producto para el cual había una demanda potencial del consumidor que las compañías emisoras de TV no estaban satisfaciendo; (ii) el rechazo fue arbitrario porque no estaba justificado por razones asociadas con las actividades de transmisión o publicación de las compañías emisoras de TV y (iii) finalmente por medio de la negativa, las compañías emisoras de TV se reservaron a sí mismas, al eliminar o excluir toda competencia potencial, el mercado para la publicación de guías de TV semanales, el comercio entre los estados miembros se vió afectado ya que toda competencia había sido excluida en un mercado geográfico consistente de un estado miembro (Irlanda) y parte de otro (Irlanda del Norte).

Con posterioridad, en el caso **IMS Health**⁸⁵ el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea aplicó los criterios de la causa Magill para exigir una licencia obligatoria de propiedad intelectual bajo el artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea.

IMS Health GmbH & Co. OHG (IMS) suministraba a los laboratorios farmacéuticos estudios sobre las ventas regionales de productos farmacéuticos en Alemania ordenadas de acuerdo con estructuras de segmentos. Esta compañía contaba con derechos de autor de un formato de datos específico que desde entonces se había convertido en un estándar en la industria. Los competidores de IMS Health, solicitaron una licencia para ser autorizados a utilizar el formato pero les fue rechazada la solicitud.

Un antiguo gerente de IMS había constituido Pharma Intranet Information AG (PII), cuya actividad consistía también en vender estudios de mercado sobre las ventas regionales de productos farmacéuticos en Alemania, ordenadas igualmente sobre la base de estructuras de segmentos. Tras frustrarse sus intentos de vender estructuras diferentes a las de IMS, decidió trabajar en estructuras muy parecidas a las utilizadas por IMS. Luego NDC Health GmbH & Co. KG (NDC) adquirió PII.

En base a esos derechos sobre las estructuras de segmentos es que IMS interpuso una acción por infracción contra PII y NDC ante el tribunal local en Alemania, por ofrecer servicios de datos en un formato para el que IMS Health poseía los derechos de autor. Por su parte, NDC presentó una denuncia ante la Comisión Europea, alegando que la negativa de IMS a concederle una licencia de utilización de la estructura de segmentos infringía el artículo 82 del Tratado de la CE⁸⁶.

En cuanto a la acción interpuesta ante el tribunal nacional alemán, este consideró que IMS no podía ejercer su derecho a que se prohibiera toda utilización no autorizada de su obra si actuaba de manera abusiva, en el sentido del artículo 82 del Tratado de la CE, negándose a conceder una licencia a NDC en condiciones razonables. Por consiguiente, decidió suspender el curso del procedimiento y plantear al TJCE ciertas cuestiones prejudiciales.

⁸⁵ Tribunal de Justicia, Sala Quinta, IMS Health GmbH & Co. OHG v NDC Health GmbH & Co. KG., 29 de abril de 2004.

⁸⁶ El 3 de julio de 2001, la CE adoptó una medida provisional consistente en la Decisión 2002/165/CE, relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 82 del Tratado CE. En dicha decisión, ordenó a IMS que concediera una licencia a todas las empresas que operaban en el mercado alemán de servicios de datos de ventas regionales para el uso de la estructura de bloques. Dicha medida fue motivada por la existencia de "circunstancias excepcionales".⁸⁶ No obstante, esta orden se retiró más tarde cuando la CE determinó que los competidores no necesitaban una licencia para competir con IMS.

Al tomar su decisión, el TJCE alegó que a efectos de la apreciación del carácter abusivo de una posición dominante, para determinar si un producto o servicio es indispensable para permitir que una empresa desempeñe su actividad en un mercado determinado, debe analizarse si existen productos o servicios que constituyan soluciones alternativas, aunque éstas sean menos ventajosas, y si existen obstáculos técnicos, reglamentarios o económicos que puedan hacer imposible, o al menos enormemente difícil para cualquier empresa que pretenda operar en ese mercado crear, eventualmente en colaboración con otros operadores, productos o servicios alternativos.

Además, indicó que la negativa de una empresa, que ocupa una posición dominante y que es titular de un derecho de propiedad intelectual sobre una estructura de segmentos indispensable para la presentación de datos sobre las ventas regionales de productos farmacéuticos en un Estado miembro, a otorgar una licencia para la utilización de esta estructura a otra empresa, constituye un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 82 CE siempre que concurren ciertos requisitos relativos a circunstancias excepcionales⁸⁷.

Los tribunales nacionales deben evaluar estas condiciones caso por caso, considerando mercados potenciales o incluso hipotéticos. El TJCE reiteró la regla sobre que el análisis de mercado obliga al tribunal a identificar un mercado ascendente (compuesto por el producto o servicio original) y un mercado descendente o secundario (uno en el que se utiliza el producto o servicio original para hacer otro producto o suministrar otro servicio) y encontrar que el producto original o el servicio es indispensable para el producto o servicio posterior.

Relativo a la verificación del abuso de posición dominante, existieron casos en cuanto a la interoperabilidad y compatibilidad técnica, como lo acontecido con **Microsoft**, cuyo proceso resultó importante para el mercado de servicios informáticos y digitales. También se investigó la atadura de Windows Media Player al sistema operativo.

A partir de una denuncia de la compañía Sun Microsystems ante la CE sobre posición dominante de Microsoft Corporation como proveedor de sistemas operativos para computadoras personales, la Comisión Europea emprendió un proceso con relación a la negativa a licenciar derechos de PI de Microsoft, lo que implicaba que hubiera poca información para el logro de interoperabilidad. A esta denegatoria se sumaba la práctica de vinculación con ciertas aplicaciones, que comprendió la venta de Windows Media Player con el sistema operativo Windows. En base a estos dos abusos es que la CE se expide en 2004.

En efecto, en la decisión final⁸⁸ la CE encontró que el comportamiento de Microsoft constituía dos abusos de posición dominante por separado. Microsoft había infringido el artículo 82 del Tratado CE y el artículo 54 del Acuerdo Espacio Económico Europeo (EEE): (i) por haberse negado a facilitar información sobre interoperabilidad y de ese modo, negar el permiso de uso para el desarrollo y distribución de productos relacionados con sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo, desde octubre de 1998 hasta la fecha de la decisión y (ii) por haber condicionado la posibilidad de disponer del sistema operativo Windows para ordenadores personales a la adquisición simultánea del Reproductor de Windows Media (RWM) desde mayo de 1999 hasta la fecha de la decisión.

⁸⁷ (i) la empresa que ha solicitado la licencia pretenda ofrecer en el mercado del suministro de datos de que se trata, productos o servicios nuevos que el titular del derecho de propiedad intelectual no ofrece y para los cuales existe una demanda potencial por parte de los consumidores; (ii) la negativa no esté justificada por consideraciones objetivas; y (iii) la negativa pueda reservar a la empresa titular del derecho de propiedad intelectual el mercado del suministro de datos sobre ventas de productos farmacéuticos en el Estado miembro de que se trate, excluyendo toda competencia sobre éste.

⁸⁸ Comisión Europea, Decisión relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 82 del Tratado CE (asunto COMP/C-3/37.792 — Microsoft), 24 de marzo de 2004.

Sobre la primera de las conductas, la CE encontró un abuso de posición dominante toda vez que Microsoft desde octubre de 1998 rehusaba⁸⁹ revelar a sus competidores una especificación completa de los protocolos de la arquitectura de dominio de Windows y autorizarles el uso de esta información para permitir la interoperabilidad plena entre los sistemas operativos de Microsoft y de sus competidores.

La CE consideró que la denegatoria por parte de Microsoft creaba riesgos de eliminación de la competencia en el mercado de referencia de sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo pues la información denegada resultaba imprescindible para que los competidores operasen en dicho mercado.

La negativa por parte de Microsoft limitaba el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores. Si los competidores tuvieran acceso a la información denegada, podrían suministrar al consumidor nuevos y mejores productos.

Para justificar su rechazo, Microsoft alegó que facilitar la información y permitir su utilización por los competidores para crear productos compatibles sería tanto como otorgar licencias de derechos de propiedad intelectual. Sobre el punto la Comisión Europea entendió que sea como fuere y a tenor de la jurisprudencia, el interés de una empresa por ejercer sus derechos de propiedad intelectual no puede en sí mismo constituir justificación objetiva cuando se ha determinado la concurrencia de circunstancias excepcionales⁹⁰.

Como remedio de la conducta anticompetitiva, la CE ordenó a Microsoft que revelase la información que se había negado a facilitar y permitiera su utilización para el desarrollo de productos compatibles. La orden de revelar información⁹¹ se limitaba a las especificaciones de protocolos y a garantizar la interoperabilidad con las funciones esenciales que suelen caracterizar a las redes de grupos de trabajo.

Para contrarrestar supuestos de negativa como el descrito en el caso de análisis, se pueden utilizar licencias obligatorias, algunas ya se encuentran consagradas en el régimen de PI. Especialmente en los casos en que el impacto negativo de la concesión de licencias sobre los incentivos de una empresa dominante para innovar es menor que su impacto positivo en el clima innovador en todo el mercado.⁹²

En cuanto a la otra conducta objeto de investigación, la decisión establece que Microsoft infringe el artículo 82 del Tratado de la CE por vincular el Reproductor de Windows Media (RWM) al sistema operativo Windows para ordenadores personales (Windows).

La conclusión de la Comisión Europea sobre la existencia de un abuso por vinculación se basa en cuatro elementos: (i) Microsoft ocupa una posición dominante en el mercado de sistemas operativos para ordenadores personales, (ii) el sistema operativo Windows para ordenadores personales y el RWM son productos diferentes, (iii) Microsoft no ofrece a los

⁸⁹ Microsoft rechazó facilitar a Sun información que permitiera a esta última desarrollar sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo capaces de integrarse sin fisuras en la «arquitectura de dominios de Directorio Activo», Red de protocolos de ordenador personal a servidor y de servidor a servidor que permitiesen organizar las redes de grupos de trabajo de Windows. Se hizo hincapié en que para que Sun pudiera ofrecer dicha integración sin fisuras, bastaba con que Microsoft facilitara especificaciones de los protocolos correspondientes, esto es, documentación técnica y no era preciso que diera acceso al código de software de Windows, ni menos aún que permitiera su reproducción por Sun.

⁹⁰ De todos modos, la Comisión Europea investigó la posibilidad que en las circunstancias específicas del asunto la justificación aducida por Microsoft prevaleciera sobre las circunstancias excepcionales citadas y concluyó que Microsoft no había presentado prueba alguna a tal efecto.

⁹¹ La resolución no solo se aplica al caso de Sun, sino al de toda empresa que tenga interés por desarrollar productos que constituyan una restricción competitiva para Microsoft en el mercado de los sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo. Las condiciones bajo las cuales Microsoft tenía que revelar la información y permitir su uso debían ser razonables y no discriminatorias. Adicionalmente, se estableció que Microsoft debía revelar las especificaciones de protocolos pertinentes de manera oportuna esto es, tan pronto como haya publicado una implementación válida y suficientemente estable de dichos protocolos en sus productos.

⁹² V. Kolosha and O. Borysenko, *Ob. citado*, 8.

clientes la opción de adquirir Windows sin el RWM y, por último, (iv) esta vinculación cierra el mercado a la competencia. Además, la decisión rechaza los argumentos de Microsoft para justificar la vinculación del RWM.

La decisión se explica porque la vinculación puede, en este caso concreto, cerrar el mercado a la competencia. Para ello, la CE expone cómo la atadura de RWM a Windows brinda a Microsoft una presencia ubicua⁹³ de su reproductor multimedia en ordenadores personales del mundo entero. Las pruebas pertinentes demuestran que los demás medios de distribución solo pueden representar alternativas peores.

Si bien la decisión pone de manifiesto la tendencia favorable al RWM y al formato Windows Media⁹⁴, también hace hincapié en que a tenor de la jurisprudencia del Tribunal, la Comisión Europea para determinar un abuso por vinculación no está obligada a demostrar que ya se ha cerrado el mercado a la competencia o que existe el riesgo de eliminación de toda competencia. De otro modo, las investigaciones antimonopolio en determinados mercados de software llegarían demasiado tarde, pues las pruebas sobre impacto en el mercado solo quedarían establecidas una vez producido dicho impacto.

La decisión de la CE concluye que Microsoft no ha demostrado eficiencia técnica alguna cuya condición previa sea la integración de RWM. Antes bien, la vinculación de RWM protege a Microsoft de la competencia efectiva por parte de vendedores potencialmente más eficientes de reproductores multimedia que pudiera amenazar a su posición y merma así el talento y el capital que se invierten en la innovación en el campo de los reproductores multimedia.

Como remedio, la CE ordena a Microsoft que ofrezca a los usuarios finales y a los fabricantes de equipos originales (OEM, del inglés Original Equipment Manufacturers), para su venta en el EEE, una versión de Windows en perfecto estado de funcionamiento y que no incluya el RWM. Microsoft conserva el derecho de ofrecer un producto único que reúna Windows y el RWM. Sumado a ello, Microsoft debe abstenerse de recurrir a cualquier medio que pueda tener efectos equivalentes a vincular el RWM a Windows.⁹⁵

En 2004, Microsoft apela la decisión de la Comisión Europea ante el Tribunal de Primera instancia de la Unión Europea para suspender la multa y anular la decisión. Este Tribunal⁹⁶ rechaza la suspensión de la multa y confirma que Microsoft debía cumplir con la decisión de la CE de 2004 con efecto inmediato.

El Tribunal de Primera Instancia confirmó la validez de la conclusión a la que llega la Comisión Europea en cuanto al primero de los abusos, la negativa de Microsoft a proveer información necesaria para el logro de interoperabilidad, y que tal conducta, bajo la premisa de que podría representar una negativa a otorgar licencias de los derechos de propiedad intelectual de Microsoft a un tercero, fue abusiva ya que en primer término, tenía lugar en circunstancias excepcionales como las previstas en la jurisprudencia, que por el interés público en mantener una competencia efectiva en el mercado permitía una

⁹³ Al vincular el RWM a Windows, Microsoft puede ofrecer a los proveedores de contenidos y desarrolladores de software que utilizan las tecnologías Windows Media la posibilidad de apoyarse en el monopolio de Windows para acceder a casi todos los usuarios de ordenadores personales de todo el mundo. Las pruebas demuestran que soportar varias tecnologías multimedia acarrea costos adicionales.

⁹⁴ Esta presencia de RWM induce a los proveedores de contenidos y desarrolladores de software a recurrir sobre todo a la tecnología Windows Media. Los consumidores por su parte, prefieren utilizar el RWM debido a la oferta de una mayor gama de software complementario y contenidos para dicho producto. La vinculación efectuada por Microsoft refuerza y falsea estos "efectos de red" en beneficio propio y de ese modo atenta gravemente contra el proceso competitivo en el mercado de reproductores multimedia.

⁹⁵ Comisión Europea, Decisión relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 82 del Tratado CE y al artículo 54 del Acuerdo EEE contra Microsoft Corporation, 24 de mayo de 2006, (asunto COMP/C-3/37.792 — Microsoft) .

⁹⁶ Court of First Instance (Grand Chamber), Case T-201/04, Microsoft Corp. v. Commission of the European Communities, 17 September 2007.

interferencia con el derecho exclusivo del titular del derecho de propiedad intelectual y en segundo lugar, no estaba objetivamente justificada esa negativa.

En cuanto al segundo abuso, el Tribunal se expresó en el sentido que el hecho de que Microsoft condicionara el suministro del sistema operativo Windows a la adquisición simultánea del software Windows Media Player cumplía las condiciones para encontrar un vínculo abusivo en el sentido del artículo 82 CE y no estaba objetivamente justificado.

De este modo, hay casos en que la provisión de servicios informáticos y/o digitales involucran abuso de posición dominante. La decisión de la Comisión contra Microsoft⁹⁷, descrita anteriormente, es un ejemplo de ello ya que implicó negativa a negociar y atadura.

El caso contra Microsoft en Europa, delineado en forma previa y el evaluado por los Estados Unidos, al que se hará mención en el punto siguiente, han influido en la determinación de los contornos de las normas de responsabilidad en la industria tecnológica. Sin embargo, los tribunales de los dos gobiernos llegaron a conclusiones diferentes⁹⁸, desfavorable a Microsoft en la Unión Europea y favorable a esta empresa en los EE. UU.⁹⁹ (Ver Figura 1)

En otro orden de ideas, otra conducta que podría incluirse en el artículo 102, es la vinculada a precios predatorios, se trata de bajar los precios con el fin de imponer un precio a los competidores e impedir la entrada en el mercado, el participante dominante luego aumenta los precios para recuperar pérdidas.

En cuanto a los precios predatorios, es posible que tal práctica pueda aplicarse al entorno tecnológico. Si un competidor dominante con una participación de mercado superior al 40% aplica precios de costo por debajo del promedio para mercados relacionados o posteriores (tales como suministro del software de la compañía dominante sin costo), esto podría afectar al software, plataforma u otro mercado de infraestructura.¹⁰⁰

1.3. Concentraciones económicas

Para finalizar, en cuanto a la regulación de las concentraciones, estas deben ser notificadas a la Comisión Europea a efectos de lograr autorización en virtud del Reglamento de concentraciones de la UE¹⁰¹. En base a dicho Reglamento, las concentraciones que impidan significativamente la competencia efectiva pueden considerarse incompatibles con el mercado común (artículo 2, apartado 3). La Comisión Europea revisa para determinar si los compromisos retienen actividades en un mercado relevante y si existe la posibilidad de eliminar la competencia por los servicios en cuestión. (Artículo 2, apartado 5).¹⁰²

⁹⁷ Comisión Europea. Decisión relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 82 del Tratado CE y el artículo 54 del Acuerdo EEE contra Microsoft Corporation (Caso COMP/C-3/37.792 — Microsoft), 24 de mayo de 2004.

⁹⁸ En Europa llevó un proceso de años donde se llegó a resolver en instancia administrativa y confirmado en instancia judicial, la imposición de una multa y se establecieron conductas tendientes a paliar las infracciones halladas; mientras que en el caso de Estados Unidos, el Gobierno logró un acuerdo con la compañía. Adicionalmente, en este último caso se realizó menos hincapié en la interoperabilidad y se efectuó mayor foco en las estrategias predatorias y las barreras de entrada al mercado.

⁹⁹ Bruce Canetti. 2004. "Microsoft Champions Intellectual Property Rights and Loses to European Union Competition Law: Proceedings under Article 83 of EC." *Journal of Law, Technology and Policy* 1:171–179, citado por Sumanjeet Singh, *Ob. citado*, 156.

¹⁰⁰ Sylvia Song, *Ob. citado*, 5.

¹⁰¹ Consejo de la Unión Europea. Reglamento n° 139/2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas, 20 de enero de 2004.

¹⁰² Sylvia Song, *Ob. citado*, 7.

El examen de las fusiones o adquisiciones es importante en el contexto de los titulares de propiedad intelectual en el entorno de la economía del conocimiento. Muchos proveedores de productos y/o servicios son capaces de convertirse en dominantes al fusionarse o adquirir empresas competidoras.

En el caso Microsoft / Skype, la CE autorizó¹⁰³ la adquisición de Skype por parte de Microsoft. Concluyó que el previsible efecto sería inexistente o a lo sumo, limitado. En parte, esto se debía a que los consumidores utilizaban múltiples herramientas de mensajería disponibles en diversas plataformas. Así, la adquisición de un servicio de comunicación en la nube popular fue considerado como un impedimento no importante para la competencia.¹⁰⁴

Otro supuesto de fusión es el caso Microsoft / LinkedIn¹⁰⁵. En este caso, la Comisión Europea ha aprobado, en virtud del Reglamento de contrataciones de la UE, la propuesta de adquisición de LinkedIn por parte de Microsoft, aunque supeditada al cumplimiento de una serie de compromisos destinados a preservar la competencia entre las redes sociales profesionales en Europa.

En efecto, para abordar los problemas de competencia identificados por la CE en el mercado de servicios de redes sociales profesionales, Microsoft ofreció una serie de compromisos. Estos incluyeron: (i) asegurarse que los fabricantes y distribuidores de PC no tengan que instalar LinkedIn en Windows y permitir que los usuarios eliminen LinkedIn de Windows en caso de que los fabricantes y distribuidores de PC decidan preinstalarlo; (ii) permitir a los proveedores de servicios de redes sociales profesionales competidores mantener los niveles actuales de interoperabilidad con el conjunto de productos Office de Microsoft a través del llamado programa de complemento de Office y las interfaces de programación de aplicaciones de Office, (iii) otorgar a los proveedores de servicios de redes sociales profesionales competidores acceso a "Microsoft Graph"¹⁰⁶, una puerta de enlace para desarrolladores de software.

Los compromisos se aplican en el Espacio Económico Europeo (EEE) durante un período de cinco años y supervisados por un fiduciario. Estos compromisos abordan los problemas de competencia identificados por la Comisión Europea. Por lo tanto, la CE concluyó que la transacción propuesta, modificada por los compromisos, ya no plantearía problemas de competencia. Esta decisión quedó supeditada al pleno cumplimiento de los compromisos.

En consideración al análisis de las concentraciones económicas resulta interesante hacer una mención final sobre el desarrollo que la CE ha realizado en torno a la innovación como teoría del daño. De este modo, en casos recientes¹⁰⁷ la CE se ha expedido sobre el impacto que una determinada fusión o adquisición podría tener en la innovación. Se trata de velar por no reducir la innovación a través de, por ejemplo, remover los incentivos que motivan los esfuerzos de competidores en perseguir la innovación en productos y/o servicios. En efecto, la CE pretende fomentar interés en las compañías para que continúen

¹⁰³ Comisión Europea, Comunicado de prensa, Fusiones: La Comisión aprueba la adquisición de Skype por Microsoft, Disponible [aquí](#).

¹⁰⁴ Sylvia Song, *Ob. citado*, 7.

¹⁰⁵ Comisión Europea, Comunicado de prensa, Fusiones: la Comisión aprueba la adquisición de LinkedIn por Microsoft, sujeto a condiciones, Bruselas 6 de diciembre de 2016. Disponible [aquí](#).

¹⁰⁶ Este sistema se utiliza para crear aplicaciones y servicios que sujeto al consentimiento del usuario, pueden acceder a los datos almacenados en la nube de Microsoft, como información de contacto, información del calendario, correos electrónicos, etc. Los desarrolladores de software pueden utilizar estos datos para dirigir a los suscriptores y el uso a sus redes sociales profesionales.

¹⁰⁷ Ver European Commission, Press Release, Mergers: Commission clears merger between Dow and Dupont subject to conditions, March 2017. Disponible [aquí](#) y European Commission, Press Release, Mergers: Commission clears Bayer's acquisition of Monsanto subject to conditions, March 2018. Disponible [aquí](#).

formulando propuestas innovadoras en aquellos mercados en los que participan, tratando de mantener e incrementar el nivel competitivo en torno a la innovación.

2. Derecho de Estados Unidos

Los aspectos sustantivos de la legislación antitrust de los Estados Unidos se encuentran incorporados en tres leyes. La ley Sherman, ley Clayton y la ley de la Comisión Federal de Comercio.

La primera de estas leyes incrimina dos tipos básicos de delito: los contratos y combinaciones que restrinjan el comercio y la monopolización. La Ley Clayton a su vez, declara ilegales cuatro prácticas restrictivas: la discriminación de precios, los contratos de exclusividad y las llamadas cláusulas atadas, la adquisición de empresas competidoras y los directorios vinculados. Por último, la Ley de la Comisión Federal de Comercio declara ilegales a la competencia desleal y a las prácticas comerciales engañosas.¹⁰⁸

La Sherman Act (1890) es la primera legislación que reguló las cuestiones de defensa de la competencia, *antitrust* de acuerdo a la terminología utilizada para la materia en Estados Unidos. La sección I¹⁰⁹ de la norma declara ilegal todo contrato, combinación o conspiración que restrinja el comercio. En el marco de la interpretación judicial de esta sección se originó la distinción entre restricciones a la competencia ilegales *per se* y aquellas restricciones calificadas como razonables, práctica que derivó en el concepto de la razón.

Por su parte, la sección II¹¹⁰ se focaliza en actos unilaterales, siendo ilegal monopolizar cualquier parte del comercio interestatal. En las conductas de monopolización el agravo tiene dos elementos: a) poder monopólico en un mercado relevante, y b) la adquisición o mantenimiento voluntario de ese poder por medios impropios.

En los Estados Unidos, la legislación antitrust resulta principalmente aplicada por la justicia federal, también existen órganos gubernamentales encargados de aplicar la legislación antitrust: la División Antimonopolio del Departamento de Justicia (en inglés Department of Justice - DOJ) y la Comisión Federal de Comercio (en inglés Federal Trade Commission - FTC).¹¹¹

En 1995, la FTC y el DOJ publicaron las Directrices antimonopolio para la concesión de licencias de Propiedad Intelectual¹¹². Estas Directrices expresan declaraciones de política sobre preocupaciones antimonopolio que pueden surgir en los acuerdos de licencia y proporcionan un curso de acción detallado con respecto a las inquietudes a las que pueden dar lugar las prácticas de licencia.¹¹³

¹⁰⁸ Guillermo Cabanellas de las Cuevas y Diego H. Serebrinsky, *Ob. citado*, Tomo 1, 107 y 108.

¹⁰⁹ Section I. Sherman Act. "Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court."

¹¹⁰ Section II. Sherman Act. Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

¹¹¹ Marcelo D'Amore, *Ob. citado*, 141 - 143.

¹¹² EEUU Departamento de Justicia y Comisión Federal de Comercio, *Directrices antimonopolio para la concesión de licencias de Propiedad Intelectual*, 1995.

¹¹³ Sumanjeet Singh, *Ob. Citado*, 157.

Tales Directrices cuentan con una actualización del año 2017 con el objetivo de seguir desempeñando un papel fundamental en el análisis de las agencias sobre la concesión de licencias de derechos de propiedad intelectual y brindar orientación al público y a la comunidad empresarial sobre el enfoque de la aplicación de las agencias a la concesión de licencias de propiedad intelectual.¹¹⁴

Estas Directrices incorporan tres principios generales: (a) a los efectos del análisis antimonopolio, las agencias aplican el mismo análisis a la conducta que involucra propiedad intelectual y a la conducta que involucra otras formas de propiedad, teniendo en cuenta las características específicas de un derecho de propiedad particular; (b) las agencias no presumen que la propiedad intelectual crea poder de mercado en el contexto antimonopolio; y (c) las agencias reconocen que las licencias de propiedad intelectual permiten a las empresas combinar factores complementarios de producción y generalmente son competitivas.

Asimismo, en 2007 la FTC y la DOJ publicaron un informe sobre “la aplicación del sistema antimonopolio y los derechos de propiedad intelectual: promoviendo la innovación y la competencia”, elaborado para evaluar determinadas actividades vinculadas con los derechos de propiedad intelectual.

Reconociendo que tanto la competencia robusta como los derechos de propiedad intelectual son cruciales para una economía de mercado que funcione bien, las agencias realizaron una serie de audiencias comenzando en febrero de 2002, diseñadas para desarrollar una mejor comprensión de las preguntas que surgen cuando se aplica la ley antimonopolio para conductas que involucran derechos de propiedad intelectual. Las audiencias tituladas “Ley y política de competencia y propiedad intelectual en la economía basada en el conocimiento”, reunieron a empresarios de grandes y pequeñas empresas, académicos y profesionales del derecho.¹¹⁵

Lo descripción en forma previa grafica la apertura utilizada por los organismos administrativos, tendiente a plantear un espacio de diálogo entre los distintos actores involucrados, con el objetivo de escuchar los diferentes puntos de vista y buscar un consenso que recoja las diversas visiones de quienes actúan en el mercado.

Las agencias también han trabajado en la materia de forma independiente. Un ejemplo de esto es el informe de Competencia y Monopolio: conducta unilateral bajo la sección 2 de la Ley Sherman publicado por el DOJ en 2006. En este informe, el DOJ busca contribuir al debate público sobre el estándar para el análisis de conductas unilaterales bajo la sección 2 de la ley Sherman.¹¹⁶

Además, en 2003 la FTC realizó publicaciones, entre las que se encuentran “Promover la innovación: el equilibrio adecuado de la competencia y la legislación de patentes”, en el que refiere al sistema de patentes de EE.UU. y el impacto de la garantía de derechos en la competencia.

Con relación a los casos resueltos en EEUU sobre problemas de competencia vinculados a PI se puede mencionar el de **Microsoft**, el que tuvo un alcance y resultado distinto a aquellas conclusiones que tuvieron lugar en la Unión Europea.

En mayo de 1998, el Departamento de Justicia presentó una demanda contra Microsoft, alegando cuatro tipos de violaciones antimonopolio: acuerdos ilegales de trato exclusivo,

¹¹⁴ EEUU Departamento de Justicia y Comisión Federal de Comercio, Comunicado de prensa, *Pautas antimonopolio actualizadas para la concesión de licencias de propiedad intelectual*, 13 de enero de 2017. Disponible [aquí](#).

¹¹⁵ U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, *Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting innovation and competition*, 2007.

¹¹⁶ Department of Justice, *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act: Chapter 2*, 2015.

vinculación ilegal (tying) en violación de la sección I de la Ley Sherman, mantenimiento de monopolio ilegal e intento de monopolización bajo la sección II de la Ley Sherman.

Las acusaciones contra Microsoft hacían referencia a los esfuerzos de la compañía para mantener el monopolio de su sistema operativo, mediante la destrucción de las amenazas planteadas por Netscape Navigator, un navegador web y Sun Java, un lenguaje de programación multiplataforma.¹¹⁷

Los demandantes alegaron que Microsoft participó en una serie de actos anticompetitivos en sus esfuerzos por destruir las amenazas antes mencionadas. Estos actos incluyeron un intento de convencer a Netscape de no lanzar una versión de su navegador que podría haber servido como una plataforma sustancial para aplicaciones; los contratos que utilizó para obligar a los proveedores de software independientes (en inglés *Independent Software Vendors - ISV*) a utilizar su versión; la obtención de contratos de negociación exclusivos con fabricantes de equipos originales (en inglés *Original Equipment Manufacturers - OEMs*) y proveedores de acceso a Internet (en inglés *Internet Access Providers - IAPs*) impidiendo que estas entidades usen Navigator además de Internet Explorer (IE), y la presión sobre Apple Computer para que dejara de usar Navigator. Además, los demandantes alegaron que Microsoft había atado ilegalmente IE a Windows en un esfuerzo por destruir la competencia en el mercado de navegadores.

El juez sostuvo¹¹⁸ que Microsoft había violado la sección II al mantener ilegalmente su monopolio en el mercado del sistema operativo y por intento de monopolización. En efecto, el juez encontró que la oferta de Microsoft a Netscape para dividir el mercado de navegadores era suficiente para constituir una "peligrosa probabilidad" de que Microsoft pudiera alcanzar el monopolio en el mercado de navegadores.

En cuanto a las violaciones de la sección I, el juez consideró a Microsoft responsable por atar, pero no por tratos exclusivos. En su análisis, el juez descubrió que Internet Explorer y Windows eran productos separados. Al condicionar la licencia de Windows a la compra de IE, dictaminó que Microsoft había creado una ilegal venta atada. Sin embargo, se negó a encontrar a Microsoft responsable del trato exclusivo porque el demandado no había ejecutado una parte suficiente del mercado para las ventas del navegador.

Como remedio al caso, el 7 de junio 2000, se ordenó¹¹⁹ el fraccionamiento de Microsoft.

Al analizar el caso el Tribunal de Apelaciones¹²⁰, este revocó algunas de las conclusiones alcanzadas por el juez de primera instancia, pero a la vez determinó que Microsoft había participado en una larga lista de actos anticompetitivos. Estos actos, combinados con el poder de monopolio de Microsoft, llevaron al tribunal a confirmar el hallazgo de violaciones de la sección II debido al mantenimiento del monopolio.

No obstante, el Tribunal anuló la determinación de responsabilidad del juzgado de primera instancia por intento de monopolización debido a que el Gobierno no había hecho

¹¹⁷ Ambos, Navigator y Java, son especies de middleware, programas de software que asisten a una aplicación o sistema operativo para la interacción y/o comunicación con otras aplicaciones, programas y/o sistemas. Según estas compañías, el middleware planteó dos amenazas distintas al monopolio de Windows. Primero, debido a que las aplicaciones de middleware en sí mismas podrían usarse como plataformas de software, compitiendo directamente con Windows. Segundo, el middleware diseñado para ejecutarse en más de un sistema operativo permitiría a los desarrolladores de software escribir programas que funcionen en cualquier número de estos sistemas, lo que podría conducir a una reducción de la barrera de entrada de aplicaciones que, según los demandantes, pretendía proteger el monopolio de Microsoft Windows.

¹¹⁸ U.S. District Judge, United States of America, Plaintiff, v. Microsoft Corporation, Defendant, Civil Action No. 98-1232 (TPJ), JUN 07 2000.

¹¹⁹ U.S. District Judge, United States of America, Plaintiff, v. Microsoft Corporation, Defendant, Civil Action No. 98-1232 (TPJ), 3 of April, 2000.

¹²⁰ The District of Columbia Circuit, U.S. v. Microsoft Corporation [Browser and Middleware], No. 00-5212, Thursday, June 28, 2001.

una demostración suficiente sobre que la conducta de Microsoft planteara una "probabilidad peligrosa" de alcanzar el poder de monopolio en el mercado de navegadores.

Además, el Tribunal revocó la decisión del juez referida a que el paquete de Internet Explorer y Windows de Microsoft era ilegal per se. En lugar de juzgar estos arreglos bajo la regla per se, el Tribunal sostuvo que la regla de la razón era la prueba apropiada y remitió el caso para que se juzgue bajo esta norma.¹²¹

En 2002 se resolvió¹²², lo que resultó luego objeto de modificaciones, a favor de un acuerdo entre el DOJ y Microsoft para concluir el caso. El acuerdo propuesto requería que Microsoft compartiera sus interfaces de programación de aplicaciones con compañías terceras y designara un panel de tres personas que tendrían acceso completo a los sistemas, registros y códigos fuente de Microsoft durante cinco años para garantizar el cumplimiento.

De lo descrito sobre el derecho comparado, se puede identificar la existencia de contradicciones entre las políticas de los gobiernos, lo que depende en muchos casos de variables sociales, económicas y políticas. Con el objetivo de aliviar o eliminar estas contradicciones algunos gobiernos de países desarrollados intentaron armonizar la legislación relacionada con el régimen de defensa de la competencia y la protección de los derechos de propiedad intelectual a través de mecanismos tendientes a fijar pautas que ayuden en el análisis y delimitación de esta interrelación.

El impacto que las políticas y regulaciones han tenido a lo largo de su aplicación en ciertas regiones, podrían servir de guía para países en desarrollo que pretenden definir una estrategia tendiente a encontrar un equilibrio entre los dos regímenes objeto de análisis, con los ajustes que se precisen contemplar atento la idiosincrasia del país en cuestión. De este modo, se deberían analizar los efectos, tanto positivos como negativos, de la aplicación de conceptos tales como *refusal to deal* (negativa a negociar) y/o *essential facilities* (recursos esenciales)¹²³, circunstancias excepcionales o la prueba de equilibrio de incentivos, algunos invocados en el análisis de casos y otros que serán explicados en puntos siguientes.

Universidad de
San Andrés

¹²¹ Samuel Noah Weinstein, "United States v. Microsoft Corp.", *Sherman Act violations: Monopolization: tying*, 279 – 284. Disponible [aquí](#).

¹²² United States District Court for the District of Columbia, United States of America, Plaintiff v. Microsoft Corporation, defendant. Final Judgement, November 12, 2002.

¹²³ Carlos Correa, *A Competition Approach to Intellectual Property Protection*, 1 de november 2007, 1 y 2. Disponible [aquí](#).

Figura 1 – Casos Microsoft en UE y EEUU

	UE	EEUU
Violaciones	<p>Infracciones del art. 102 del TFUE (ex art. 82) por:</p> <ul style="list-style-type: none"> - negativa a facilitar información sobre interoperabilidad, desde octubre de 1998 hasta la fecha de la decisión y - vinculación del sistema operativo Windows y el Reproductor de Windows Media (RWM), desde mayo de 1999 hasta la fecha de la decisión. 	<p>Cuatro tipos de violaciones antimonopolio (sección I y II Ley Sherman):</p> <ul style="list-style-type: none"> - Acuerdos ilegales de trato exclusivo; - Vinculación ilegal (tying); - Mantenimiento de monopolio ilegal; - Intento de monopolización.
Conductas descriptas	<ul style="list-style-type: none"> - Microsoft se rehusaba a revelar a sus competidores una especificación completa de los protocolos de la arquitectura de dominio de Windows y autorizarles el uso de esta información para permitir la interoperabilidad; - Microsoft vincula Windows al RWM y no ofrece a los clientes la opción de adquirir Windows sin el RWM. 	<ul style="list-style-type: none"> - Obtención de contratos de negociación exclusivos con OEMs y IAPs; - Contratos que utilizó para obligar a los ISV a utilizar su versión; - Atadura ilegal de IE a Windows; - Intento de convencer a Netscape de no lanzar una versión de su navegador; - Presión sobre Apple Computer para que dejara de usar Navigator.
Resolución	<ul style="list-style-type: none"> - CE ordenó a Microsoft que revelase la información que se había negado a facilitar y permitiera su utilización para el desarrollo de productos compatibles; - la CE ordena a Microsoft que ofrezca a los usuarios finales y a los OEMs una versión de Windows que no incluya el RWM. Microsoft conserva el derecho de ofrecer un producto único que reúna Windows y el RWM. 	<p>Acuerdo entre el DOJ y Microsoft para concluir el caso, el que requería que Microsoft compartiera sus interfaces de programación de aplicaciones con compañías terceras y designara un panel de tres personas que tendrían acceso completo a los sistemas, registros y códigos fuente de Microsoft durante 5 años para garantizar el cumplimiento.</p>

Fuente: Elaboración propia

iii. Derecho argentino

Las reglas de defensa de la competencia tienen sustento en el art. 42 de nuestra Constitución Nacional que establece que: "... Las autoridades proveerán a la protección de (los derechos de los consumidores y usuarios), a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales ... y a la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios ...".

El 9 de mayo de 2018 se sancionó la ley 27.442 (LDC) que incorporó actualizaciones sustanciales al régimen vigente de defensa de la competencia en Argentina, introducido por la Ley 22.262 y modificado en 1999 por la Ley 25.156. Entre los cambios que propone la normativa vigente está aquel vinculado a la creación de la Autoridad Nacional de la Competencia, como organismo descentralizado y autárquico en el ámbito del Poder

Ejecutivo Nacional. Dentro de dicho organismo funcionarán: el Tribunal de Defensa de la Competencia, la Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas y la Secretaría de Concentraciones Económicas.

Este marco legal abarca el control sobre concentraciones económicas y conductas anticompetitivas.

La LDC cuenta con tres artículos (arts. 1, 2 y 3) que establecen disposiciones de fondo con respecto a las posibles conductas que pueden constituir infracciones a dicha ley, sumado al capítulo III que refiere específicamente a las concentraciones económicas.

De acuerdo al artículo 1 de esta norma, están prohibidos los acuerdos entre competidores, las concentraciones económicas, los actos o conductas, de cualquier manera manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

1. Conductas anticompetitivas

La norma propone la división entre los distintos tipos de posibles conductas anticompetitivas en dos grandes grupos. En el artículo 2 se mencionan cuatro casos particulares vinculados a acuerdos entre competidores, se trata de supuestos de cartelización. El nuevo régimen los considera prácticas absolutamente restrictivas de la competencia y con base en ello, presume que producen perjuicio al interés económico general. Aunque aún se encuentra en debate¹²⁴, esta previsión podría entenderse asimilable a las conductas antimonopólicas *per se* previstas en el derecho estadounidense.

Por su parte, las conductas del artículo 3 mantienen el requisito, previsto en el régimen anterior, en cuanto a que solo serán consideradas infracciones a la defensa de la competencia en la medida que configuren las hipótesis del artículo 1. Entre las conductas, se contemplan aquellas dentro de la categoría de abuso de posición dominante, las que solo pueden considerarse infracciones si de ellas “puede resultar perjuicio al interés económico general” y por lo tanto, exigen un estándar de evaluación más estricto para poder ser sancionadas.

El concepto de interés económico general se encuentra asociado con el bienestar del consumidor, resulta ser el estándar que permite hacer una evaluación de los efectos pro y anticompetitivos de las conductas y por ello, funciona de forma similar a la regla de la razón utilizada en el derecho comparado.

Esta segunda categoría de prácticas anticompetitivas involucra los abusos explotativos de posición dominante y también otro conjunto de prácticas que, o bien son abusos exclusivos de posición dominante, o bien son acuerdos entre empresas que no entran dentro de la categoría de “carteles duros”. Entre ellas pueden mencionarse las conductas destinadas a obstaculizar la entrada de competidores al mercado, las conductas de depreciación de competidores, las prácticas verticales que restringen la competencia entre proveedores de un insumo o revendedores de un producto, etc.¹²⁵

En cuanto a la jurisprudencia de defensa de la competencia relacionada con el régimen de PI, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) ha sostenido en el

¹²⁴ El debate surge porque el artículo 29 de la LDC permite que la autoridad de competencia autorice a las partes que lo requieran a celebrar los acuerdos prohibidos en el artículo 2 de la LDC.

¹²⁵ Miguel Del Pino, *Ob. citado*, 29.

caso Tiboni y Cia. C. Sorensen y Cía.¹²⁶ que un derecho de propiedad intelectual no confiere necesariamente una posición dominante. En este sentido indica que mientras el titular de la patente ejerce únicamente los derechos que le han sido otorgados, no puede violar la ley. Cuando se excede de tales derechos, entonces deja de tener la protección conferida por patente.

Es relevante mencionar uno de los casos recientes que tuvo que resolver la CNDC relativo al ejercicio de derechos de propiedad intelectual. La Federación Empresaria Hotelera Gastronómica de la República Argentina (FEHGRA) efectuó una denuncia contra la Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música (SADAIC)¹²⁷ por conductas que tenían que ver con el abuso de posición dominante sobre el ejercicio de derechos de autor de obras musicales.

La denuncia se vinculaba con una conducta de precios excesivos por parte de SADAIC, quien les cobra a los hoteles en base a una presunción por la que se interpreta que los clientes de dichos hoteles consumen música durante su estadía a través de los televisores que se encuentran en cada habitación, denominado comúnmente como “ejecución secundaria”. El reclamo también involucraba una conducta discriminatoria, ya que los aranceles fijados eran diferentes según los hoteles estuvieran o no incluidos en algún convenio que SADAIC firmaba con ciertas asociaciones hoteleras regionales, sin darle a otros hoteles la opción de pagar bajo esas condiciones.

Del análisis realizado por la CNDC, ésta expresa que: (i) SADAIC es monopólica en el mercado relevante; (ii) existen barreras insuperables a la entrada atento a que SADAIC detenta un monopolio legal, dicha posición surgía en virtud de una ley (17.648); (iii) para gran parte de la oferta hotelera la autorización para la ejecución secundaria es indispensable (lo que comprende la reproducción de música a través de aparatos de televisión y similares ubicados en las habitaciones o lugares comunes) atento la obligación de contar con televisión por habitación o similar; (iv) se identifica desconexión entre el arancel que se paga y el valor económico del servicio, lo que se vislumbra en el pago de arancel incluso en habitaciones no ocupadas y (v) existe un vacío legal en la regulación de los aranceles que SADAIC puede aplicar en el caso ya que no estaban previstos parámetros en la legislación que se encontraba vigente.

Teniendo en cuenta las características detalladas, sumado a la fijación de aranceles excesivamente elevados no razonables y discriminatorios, concluye la autoridad competente que la política de aranceles de SADAIC constituye un abuso de posición dominante en los términos del artículo 1 de la ley de defensa de la competencia a esa época (25.156).

En efecto, la CNDC identificó que el cambio en el régimen tarifario impuesto por SADAIC en el año 2009 había implicado un incremento sustancial en el monto de dichos aranceles promedio y también verificó la existencia de una política de discriminación de precios que permitía que algunos de los hoteles se beneficiaran de descuentos por “estacionalidad” y por “factor de ocupación”, mientras que la gran mayoría de los establecimientos hoteleros no tenían acceso a dichos descuentos.

Sumado a ello, SADAIC había fijado aranceles abusivos, excesivamente elevados en comparación tanto con los vigentes en varios países de Iberoamérica como con los cobrados por otras entidades de gestión colectiva de derechos de autor que operan en Argentina.

¹²⁶ Ministerio de Comercio e Intereses Marítimos, Tiboni y Cia S.R.L. c/ Sorensen y Cia S.R.L., agosto 26, 1981.

¹²⁷ Secretaría de Comercio, Resolución 371, 26.06.2018 y CNDC, Dictamen 43, 17 de mayo de 2017.

Asimismo, el cambio en la política arancelaria objetada por la denunciante había sido una manifestación particularmente llamativa de esta práctica de abuso de posición dominante, destinada a perfeccionar la extracción de rentas de un mercado cautivo. Una maniobra que se consideró que estaba más bien destinada a aumentar la recaudación explotando aún más a los usuarios cautivos, antes que para beneficiar a aquellos hoteles pequeños que podrían eventualmente prescindir de ofrecer TV en sus habitaciones, motivo que fue alegado por SADAIC.

La CNDC decidió recomendar la imposición de una multa. También introdujo en su dictamen una recomendación regulatoria para el Ministerio de Cultura y para el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (organismos encargados de la supervisión de SADAIC) con el fin de que establezcan una normativa respecto a los aranceles de SADAIC para la reproducción secundaria de obras musicales o audiovisuales en las habitaciones y áreas comunes de los establecimientos hoteleros, basada en los principios de alcance acotado, no discriminación, razonabilidad y transparencia. El Secretario de Comercio decidió acerca del caso ratificando las recomendaciones de la CNDC.

Como se desprende del caso en análisis, la práctica de quién está a cargo de aplicar el régimen de defensa de la competencia ha demostrado una interesante interfaz entre la acción de la autoridad de defensa de la competencia como sancionadora de conductas anticompetitivas y su papel en cuanto organismo que puede dar recomendaciones relacionadas con la promoción de la competencia, como por ejemplo, aquellas tendientes a que las regulaciones emitidas por otros órganos del estado favorezcan la competencia y reduzcan las posibilidades de abuso de posición dominante. En el caso de los abusos explotativos, este tipo de recomendaciones puede tener que ver con la idea de que ciertos monopolios legales deben ser regulados en cuanto a su capacidad de ejercer poder de mercado y que dichas regulaciones deben seguir una serie de principios semejantes a los que se emplean en la práctica de defensa de la competencia.¹²⁸

Siguiendo a Del Pino en su comentario del caso, esta fue la primera sanción de la Comisión con respecto a este tipo de conductas (precios excesivos). La CNDC ha recibido una gran cantidad de denuncias iniciadas bajo este concepto, pero en general han sido rechazadas o archivadas atento a que los aumentos de precios reclamados podían atribuirse a otros factores comunes en la Argentina, como inflación o devaluación. Esta falta de referencias sobre precios abusivos se encuentra replicada a nivel normativo. No existe ninguna definición específica sobre precios abusivos en la Argentina.¹²⁹

Con posterioridad, la Cámara¹³⁰ a pesar de confirmar las recomendaciones giradas al Poder Ejecutivo, revocó la multa al considerar que aún cuando pudieran estimarse elevadas las tarifas impuestas por SADAIC, no resultaban ilegales si no afecta el régimen de la libre competencia. De este modo, sostuvo que no se había demostrado en el caso una obstaculización o restricción del mercado hotelero. En efecto, no había constancias que comprueben que el incremento de la tarifa se había trasladado al precio de las habitaciones. Tampoco se demostró un perjuicio a los consumidores ni la afectación al interés económico.¹³¹

¹²⁸ Germán Coloma, "El abuso explotativo de posición dominante y la nueva Ley de Defensa de la Competencia", en *Comentarios a la ley de defensa de la competencia*, directores Pablo Trevisan, Miguel Del Pino y Demetrio Alejandro Chamatropulos, *Ob. citado*, 196 y 197.

¹²⁹ Miguel del Pino, "¿Son los precios abusivos una conducta anticompetitiva?", *La Ley*, Octubre, 2019, 5.

¹³⁰ CCCF - Sala III, Causa Nro. 7971/2018/CA1, 20.08.2019, Federación Empresaria Hotelera Gastronómica de la República Argentina c/ SADAIC y otro s/ apel. res. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

¹³¹ La Cámara entendió que la reforma arancelaria afectó a un pequeño espectro del sector: el de mayores ingresos y más plazas disponibles. A la vez consideró que ni las tarifas cobradas por las sociedades extranjeras que gestionan los mismos derechos pero en otro ámbito geográfico, ni las que perciben entidades locales que gestionan otros derechos de propiedad intelectual diferentes son gravitantes para el análisis del nuevo cuadro arancelario de SADAIC.

Sin perjuicio de reconocer que resultaba deseable tomar en consideración ciertos parámetros, entendió que la sola circunstancia que el sistema ideado para el cobro de ejecuciones secundarias en los hoteles sea perfectible, no implica que en el régimen actual exista una conducta ilícita anticompetitiva.

En lo que respecta a las prácticas discriminatorias endilgadas consistentes en la celebración de convenios en distintos territorios en los que sí se tuvo en cuenta la estacionalidad de la localidad, la Cámara consideró que correspondía remarcar que se trataba de acuerdos que contienen descuentos y/o reducción de los aranceles que en un contexto en el que la ocupación no es un parámetro que sirva de base para el cálculo, no resultaban en principio irrazonables.

Por último, esboza una crítica a la Secretaría de Comercio atento a no haber ordenado el cese de la conducta ni cuáles debieran ser los aranceles o precios de equilibrio, sino que se limitó a determinar una sanción y emitir recomendaciones al Poder Ejecutivo.

De este modo, el Tribunal de segunda instancia entendió que los abusos explotativos, como el analizado en el caso, obtienen una corrección adecuada mediante la fiscalización directa de un organismo regulador que esté monitoreando el mercado; es decir que ni el Poder Judicial ni las agencias de competencia pueden ejercer tal control con la misma eficiencia. Ello explica “por qué la defensa de la competencia fracasa cuando se ve obligada a resolver casos en los cuales la conducta analizada son los precios excesivos o el aumento abusivo de precios”. Actualmente este caso se encuentra pendiente de resolución ante la Corte Suprema de la Nación.

Greco y Viecens al expresar su postura sobre la resolución del caso en la Cámara, destacaron que el test legal aplicado por la CNDC coincide exactamente con el indicado por el Tribunal de Justicia de Europa al evaluar un caso análogo donde la agencia de competencia multó a la Agencia de Asesoría sobre Derechos de Autor y Comunicación/Asociación Letona de Autores (AKKA/LAA)¹³². De este modo, concluyen que, el caso SADAIC representa una oportunidad de sentar jurisprudencia, por lo que si este caso no se ratifica, podría concluirse que la Ley de Defensa de la Competencia de Argentina debe ser considerada, en la práctica, una Ley que no contempla la figura de precios excesivos ni de abuso explotativo de posición dominante.¹³³

Como consecuencia de este caso, en agosto de 2019, se aprobó el Decreto 600/2019¹³⁴ por el que se faculta a la Autoridad de Aplicación (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y la Secretaría de Gobierno de Turismo de la Secretaría General de la Presidencia de la Nación) a establecer aranceles mensuales especiales que serán percibidos por el conjunto de las Sociedades de Gestión Colectiva por la ejecución pública de obras en establecimientos de servicios de alojamiento y a fijar los topes mensuales exigibles a un mismo establecimiento de servicios de alojamiento. Para tal fin se prevé que la Autoridad de Aplicación deberá considerar la estacionalidad y los porcentajes de ocupación de cada región del país que informe la Encuesta de Ocupación Hotelera del Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC), o el informe que en el futuro lo reemplace.

La Autoridad de Aplicación hace uso de dicha facultad por medio de la Resolución Conjunta 2/2019¹³⁵ del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Secretaria de Turismo por medio de la que se establecen los aranceles contemplando los criterios indicados en el Decreto mencionado.

¹³² Corte Europea de Justicia (Sala Segunda), Sentencia de fecha 14 de septiembre de 2017, Case C-177/16, Disponible [aquí](#).

¹³³ Esteban Greco y M. Fernanda Viecens, *Defensa de la competencia, Propiedad Intelectual y la figura de Precios Excesivos en Argentina*, 12 de mayo de 2020, 5 y 6.

¹³⁴ Poder ejecutivo. Decreto 600/2019, República Argentina.

¹³⁵ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Secretaria de Turismo. Resolución Conjunta 2/2019, 03/12/2019.

Del caso reseñado de modo precedente y sin perjuicio de discrepar con el fallo de Cámara, se desprende que la intervención de la CNDC no ha sido en vano toda vez que como consecuencia de la investigación iniciada por medio de la denuncia de FEHGRA se obtuvo una regulación que contempla parámetros objetivos los que delimitan el ejercicio de los derechos económicos a cargo de las sociedades gestoras de derechos.

2. Concentraciones económicas

La LDC en su art. 7 prevé lo relativo a concentraciones económicas. Para ello, dispone que se trata de la toma de control de una o varias empresas a través de la realización de ciertos actos, a saber: la fusión entre empresas; la transferencia de fondos de comercio; la adquisición de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que le otorguen al adquirente control o influencia sobre la persona que los emita, o que implique la adquisición de influencia sustancial en la estrategia competitiva de una empresa; y cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de una empresa o le otorgue influencia determinante en la adopción de decisiones de administración.

Por lo tanto, una concentración económica se produce cuando ocurre simultáneamente que: (1) Al menos dos agentes económicos previamente independientes se combinan o fusionan; y (2) Se produce un cambio duradero en el control o gobernanza corporativa.¹³⁶

La norma ordena notificar aquellas operaciones que cumplan con una serie de requisitos, tanto cualitativos como cuantitativos. Por lo general, hay tres tipos de transacciones que pueden generar la obligación de notificar: i) las fusiones entre empresas; ii) las adquisiciones de control (de hecho o de derecho) y iii) la creación de empresas en participación (joint ventures) con plenas funciones.

Por su parte, el artículo 10 de la LDC prevé la llamada “Opinión Consultiva” para despejar dudas acerca del cumplimiento de los requisitos que dan lugar a la obligación de dar aviso.¹³⁷

La LDC no solo establece que las concentraciones con ciertas características deben ser notificadas para su aprobación, sino que también dispone que los actos que perfeccionan esas concentraciones solo tendrán efectos entre partes y frente a terceros luego de su aprobación.¹³⁸

En cuanto a estas operaciones de concentración, la propiedad intelectual resulta un activo a computar en el cálculo y evaluación respecto a si la operación está sujeta a notificación. De este modo, es relevante considerar el control que la transacción puede implicar en marcas, patentes, derechos de autor u otro tipo de PI y la medida en que este control podrá dificultar la expansión o el ingreso de competidores en el mercado. Así es como la CNDC analizó fusiones que comprendieron propuestas de desinversión de activos de propiedad intelectual a fin de remediar y/o mitigar los potenciales efectos anticompetitivos de la operación.¹³⁹

¹³⁶ CNDC, Proyecto de guía para la notificación de operaciones de concentración económica, Versión preliminar, febrero 2019, 4 y 5.

¹³⁷ CNDC, Proyecto de guía para la notificación de operaciones de concentración económica, Versión preliminar, febrero 2019, 3 y 7.

¹³⁸ Agustín Waisman, “El Control de concentraciones económicas en la nueva Ley de Defensa de la Competencia”, en *Comentarios a la ley de defensa de la competencia*, directores Pablo Trevisán, Miguel Del Pino y Demetrio Alejandro Chamatropulos, *Ob. citado*, 282.

¹³⁹ Ver CNCD, Resolución 363/2018, de fecha 22/06/2018, correspondiente al Dictamen CNCD N° IF-2018-28922880-APN-CNCD#MP, en el expediente caratulado: “Molinos s.a.u., Molinos Río de la Plata s.a., Intercontinental Great Brands LLC y Mondelez Argentina s.a. s/ notificación art. 8° de la ley 25.156 (Conc. n° 1173)” y Resolución RESOL-2018-136-APN-SECC#MP, de fecha 14/03/2018, correspondiente al Dictamen CNDC N° IF-2018-06455426-APN-CNDC#MP, en el expediente caratulado: “Anheuser-Busch Inbev N.V /SA y Sabmiller PLC s/ notificación art 8 de la ley 25.156 (Conc.1375)”.

Párrafo aparte merecen los mecanismos orientados a colaborar con la interpretación de la norma local, pueden mencionarse los lineamientos para el control de las concentraciones económicas realizados por la CNDC y aprobados por la Secretaría de Comercio por medio de Resolución 208/2018. Del considerando se desprende que para su elaboración se tuvieron en cuenta los lineamientos emitidos por numerosas agencias extranjeras, las recomendaciones realizadas por Organismos Internacionales y las opiniones vertidas por la comunidad académica y profesionales de la materia.¹⁴⁰

Adicionalmente se encuentra la publicación de las “Guías para el Análisis de Casos de Abuso de Posición Dominante de Tipo Exclutorio”¹⁴¹, cuyo objetivo principal es brindar pautas con respecto a aquellas conductas que pueden considerarse infracciones a la LDC y contribuir a que las decisiones resulten más previsibles. Así también se menciona el “Proyecto de lineamientos para el análisis de los casos de abuso de posición dominante”¹⁴² que a pesar de resultar una versión preliminar ha cumplido su función de guía al momento de entender respecto a este tipo de prácticas.

Por otro lado, una herramienta adicional que ha utilizado la autoridad de aplicación fue la de las investigaciones de mercado. A través del uso de este tipo de procedimientos, la autoridad de aplicación ha procurado y obtenido información sensible por parte de las compañías integrantes de ciertas industrias en casos en los que dicha autoridad presume que existe un desbalance competitivo. Los resultados obtenidos a partir de investigaciones de la CNDC han derivado en actuaciones de oficio contra compañías que habían cometido presuntamente conductas anticompetitivas.¹⁴³



¹⁴⁰ Secretaría de Comercio. Resolución 208/2018. abril 2018.

¹⁴¹ CNDC, Guías para el Análisis de Casos de Abuso de Posición Dominante de Tipo Exclutorio, mayo de 2019.

¹⁴² CNDC, Proyecto de lineamientos para el análisis de los casos de abuso de posición dominante, Versión preliminar, septiembre de 2018.

¹⁴³ Miguel Del Pino, *Ob. citado*, 42.

“The market is regulated by law not just in its elements – it is law that enforces contracts, establishes property, and regulates currency – but also in its effects.”

*Lawrence Lessig, Code Version 2.0*¹⁴⁴

II.- Interacción de derechos

a.- Consideraciones preliminares

Normativas de propiedad intelectual y aquellas relativas a la defensa de la competencia son necesarias y complementarias en el marco de la economía basada en el conocimiento, caracterizada por la revalorización del conocimiento como fuente de riqueza.

En esta relación es relevante identificar la complementariedad detectada entre ambos regímenes, como así también la persistencia de algunas áreas en que la propiedad intelectual y la defensa de la competencia difieren, tal como se ha expuesto en la introducción del presente trabajo.

En regiones como la de América Latina es de vital importancia analizar y hacer uso de esta interacción a fin de lograr desarrollo económico a través de los activos intangibles que ofrecen las nuevas tecnologías.¹⁴⁵

Considero oportuno referirme a un comentario del profesor Marzetti¹⁴⁶ quien indicó que “la incerteza jurídica que podría generar la aplicación arbitraria de la legislación *antitrust* afecta el esquema de incentivos para creadores e innovadores. La consecuencia indeseada de tratar de mejorar la competencia podría desincentivar la inversión en investigación y desarrollo lo que llevaría, paradójicamente, que a largo plazo la economía sea menos competitiva y el bienestar de los ciudadanos disminuya.”

Para evitar estos efectos no deseados en la aplicación de los distintos regímenes, en particular el sistema de defensa de la competencia, se torna indispensable la cooperación entre los organismos de aplicación de cada instituto, para regular y controlar de modo adecuado la relación de estos derechos.

De acuerdo a la FTC, deviene obsoleto mencionar la idea de que pueda mediar conflicto entre ambas disciplinas; ello por cuanto la PI promovería la innovación mediante el establecimiento de un sistema de protección que le permita al inventor apropiarse de los frutos de su invención y la defensa de la competencia lo haría a través del fomento y la protección del proceso competitivo en un país.¹⁴⁷

Según D’Amore¹⁴⁸ la aplicación del régimen de defensa de la competencia en situaciones o conductas vinculadas con los derechos de PI se produce principalmente cuando se verifican dos condiciones: 1) un abuso del derecho de PI y 2) ese abuso constituye a su vez, una conducta pasible de infringir la legislación de defensa de la competencia.

¹⁴⁴ Lawrence Lessig, *Code Version 2.0*, Estados Unidos. Ed. Basic Books. 2006, 127.

¹⁴⁵ Maximiliano Marzetti, *Ob. citado*, 143.

¹⁴⁶ Maximiliano Marzetti, *Ob. citado*, 146.

¹⁴⁷ U.S. Department of Justice y la Federal Trade Commission, *Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition*, abril 2007, p.2, citado por Marcelo R. D’Amore y Andrea Mackiello, *Ob. citado*, 51.

¹⁴⁸ Marcelo D’Amore, *Ob. citado*, 168.

En los puntos siguientes se abordarán ejemplos en los que la interacción entre ambos derechos está presente, lo que será útil para ilustrar los objetivos en común, como así también sus contradicciones.

De acuerdo a Santa Cruz Scantlebury y Trivelli, estas vinculaciones pueden surgir en el momento de la **concesión de derechos** de propiedad intelectual, en el caso de derechos amplios por los bajos estándares o un examen de calidad deficiente al momento de analizar el otorgamiento del derecho; **ejercicio de derechos**, tal el caso de negativa a licenciar o ante restricciones en los contratos de licencia (ej. atar, agrupar, exigir exclusividad); o ante **acciones tendientes a hacer cumplir la protección otorgada**, lo que puede identificarse ante litigios administrativos y/o judiciales de los que subyace una conducta anticompetitiva (ej. *misuse* como defensa).

Algunos problemas de interacción son comunes a varios derechos de propiedad intelectual (por ejemplo, patentes, derechos de autor y/o marcas registradas, etc.), mientras que otros son específicos de uno o solo algunos derechos de propiedad intelectual (por ejemplo, *Patent pools* o *Patent hold-ups on standard settings*, aplicable a casos de patentes).¹⁴⁹ En el desarrollo realizado en los puntos siguientes se hará mayormente énfasis en supuestos aplicables al derecho de autor por sobre otras especies de PI, tomando en ocasiones estas últimas como ejemplos para reforzar los casos y analizar la aplicación al derecho de autor.

Los problemas hallados para armonizar la política de defensa de la competencia y la protección de los derechos de propiedad intelectual en los países en desarrollo pueden llegar a explicarse, al menos en parte, por la inmadurez de su legislación y aplicación en estos campos.

Tal como indica Kolosha los criterios o directrices sobre la influencia negativa de la adquisición o el uso de derechos de propiedad intelectual en la competencia del mercado no están establecidos (en gran medida) en los países en desarrollo. Dado que la prioridad estratégica en dichos países es acelerar el crecimiento económico basado en el uso de innovaciones y la política económica está orientada a la creación de incentivos para la actividad orientada en innovación, la protección de los derechos de propiedad intelectual es prioritaria y se ignora su impacto en la rivalidad económica.¹⁵⁰

A estas circunstancias propias de nuestra región, le sumaría la presión que ejercen países con mayor nivel de producción de intangibles protegidos por derechos de propiedad intelectual, encontrándose los países en desarrollo en desventaja para negociar de modo adecuado el más eficiente marco legal conforme su idiosincrasia y concretas necesidades.

b.- Bajos estándares o exámenes poco exhaustivos

La interacción entre la propiedad intelectual y el régimen de defensa de la competencia se puede identificar desde el mismo momento en que se presenta la solicitud de registro de la obra, inscripción que para algunos es constitutiva (patentes / marcas), mientras que en otros casos es en principio, declarativa de derechos (derecho de autor).

Un análisis con estándares laxos puede generar una situación de monopolio con un campo de acción amplio. De este modo, esta forma de examinar puede tener efectos anticompetitivos y paralizar desarrollos innovadores en determinados sectores.

En efecto, la tolerancia o rigidez de quienes están a cargo del análisis de los registros de PI y los resultados de estas decisiones en el campo de la propiedad intelectual tiene

¹⁴⁹ Maximiliano Santa Cruz Scantlebury and Pilar Trivelli, *Ob. citado*, 2.

¹⁵⁰ V. Kolosha and O. Borysenko, *Ob. citado*, 9

implicancias directas en el rubro de la competencia.¹⁵¹ Incluso suele estar asociado a decisiones a nivel político.

Por tal motivo, cuanto más flexibles sean las reglas para el otorgamiento de derechos de propiedad intelectual, tendrán que ser más efectivos los controles de defensa de la competencia en el ejercicio de los derechos.

En 1966, un caso de patentes *Brenner v. Manson*¹⁵² del Tribunal Supremo de los Estados Unidos confirmó el rechazo de los derechos de propiedad intelectual en una solicitud de patente sobre un nuevo proceso para fabricar un tipo de esteroide que se había analizado en búsqueda de posibles efectos inhibidores de tumores.

El Tribunal sostuvo que un proceso novedoso para fabricar un esteroide conocido no satisfizo el requisito de utilidad porque los solicitantes de la patente no demostraron que el esteroide cumpliera con alguna función práctica.

La protección fue rechazada ya que no se había desarrollado el grado de utilidad específica. De este modo, el Tribunal entendió que una patente de proceso en el campo químico, que no ha sido desarrollada y dirigida al grado de utilidad específica, crea un monopolio del conocimiento que debe otorgarse solo si está claramente ordenado por la ley.

Hasta que la reivindicación del proceso se haya reducido a la producción de un producto que se demuestre sea útil, las medidas y los límites de ese monopolio no pueden delimitarse con precisión. De este modo, la solicitud puede absorber un área vasta y desconocida. Tal patente puede conferir poder para bloquear áreas enteras del desarrollo científico, sin compensar el beneficio para el público.

Concluye que el objetivo perseguido para la concesión de un monopolio de patentes es aquel que obtiene el público de una invención caracterizada por una utilidad sustancial. A menos que, y hasta que, se refine y desarrolle un proceso hasta este punto, donde exista un beneficio específico, no hay justificación suficiente para permitir que un solicitante se concentre en lo que puede resultar ser un campo amplio.

A nivel nacional y vinculada al área objeto de análisis de este estudio (economía del conocimiento), contamos con la excepción de patentabilidad del art. 6 de la ley de patentes con relación a los programas de computación, la que como indica Bensadon estaría fundada en la supuesta falta de aplicación industrial¹⁵³. Siguiendo a este autor, el mismo interpreta al referirse a las Directrices sobre patentamiento del INPI, que se permitiría el patentamiento de programas de computación en la medida que tengan un “efecto técnico” o aplicación industrial.

De este modo, las Directrices indican que “Se desprende también que si el objeto reivindicado abarca solamente un programa de trabajo de control interno de una computadora conocida, el objeto propuesto podrá ser patentable si provee un efecto técnico”. Continúa brindando un ejemplo sobre la cuestión, así dice que: “Como ejemplo, consideremos el caso de un sistema de procesamiento de datos conocidos con una pequeña memoria de trabajo rápida y otra memoria de trabajo más grande pero lenta. Supongamos que las dos memorias están organizadas bajo un programa de control, de modo que un procesamiento que necesite mayor espacio de direccionamiento que la capacidad de la memoria de trabajo rápida podrá ser ejecutado básicamente a la misma velocidad como si los datos del procesamiento se hubiesen cargado enteramente en esa

¹⁵¹ Maximiliano Santa Cruz Scantlebury and Pilar Trivelli, *Ob. citado*, 2.

¹⁵² Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Brenner v. Manson*, 383 U.S. 519 (1966).

¹⁵³ Martín Bensadon, *Derecho de Patentes*, 1ª ed., Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012, 133.

memoria rápida. El efecto del programa en extender virtualmente la memoria de trabajo es de carácter técnico y podrá, por lo tanto, ser patentable.”¹⁵⁴

Sin perjuicio de las consideraciones personales sobre la patentabilidad o no de un programa de computación, lo que excede el objeto de este análisis, este caso tratado por la autoridad de aplicación del régimen de patentes es un ejemplo en el que la delimitación de lo que puede resultar o no objeto de patentamiento juega un papel indispensable que delimitará el mayor o menor nivel de competencia futura en el mercado para aquellas invenciones susceptibles o no de registro. Por tal motivo, la claridad en las reglas sobre el alcance de aquello objeto de PI se muestra como indispensable para evitar restricciones no deseadas a la competencia.

Por su parte en marcas registradas, permitir el registro de un signo genérico, descriptivo, necesario o usual evitará que los competidores utilicen los términos indispensables para competir en igualdad de condiciones. La obtención de una marca genérica es en sí misma anticompetitiva, ya que impide que otros productores del mismo producto se refieran a sus productos por su nombre.

Para evitar estas restricciones a la competencia, los sistemas de propiedad intelectual deben contar con reglas y pautas adecuadas para impedir la concesión de marcas comerciales genéricas y también para proporcionar procedimientos rápidos y efectivos tendientes a solicitar la invalidez de este tipo de marcas comerciales¹⁵⁵, previendo ciertas excepciones en caso sean necesarias para no perder los incentivos tenidos en vista al momento de brindar la protección del régimen marcario.

Un ejemplo es el caso chileno “El Golfo Comercial S.A. c/ Capuy S.A.”, conocido por debatirse la protección marcario del término “kanikama”¹⁵⁶. El Golfo Comercial S.A. interpuso con fecha 21 de diciembre de 2004 una demanda en contra de la empresa Capuy S.A. por prácticas de competencia desleal. El día 24 de mayo de 2004 Capuy solicitó en el Departamento de Propiedad Industrial el registro de la marca “kanikama” el que fue otorgado el día 20 de octubre del año 2004. Como consecuencia de eso, la demandada envió carta a la actora en la que expresó que el título de la marca “kanikama” es propiedad de Capuy por lo que solicitaba que cese en su utilización y retire el producto así rotulado.

En este caso, el Tribunal indicó que debe tenerse presente que la identificación de un producto por la vía del nombre genérico otorga claras ventajas a una empresa si ésta logra impedir que la competencia utilice dicho nombre e implica la imposición de evidentes barreras a la entrada al mercado relevante las que si bien no son infranqueables, son de suficiente entidad como para estimar que tienen por objeto y efecto alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante en el mercado.

En el extremo, este hecho podría resultar en la expulsión de toda la competencia, apropiándose el titular del nombre genérico de la totalidad del mercado. En consecuencia, arribó a la convicción que los hechos imputados a la demandada tienden a impedir el uso de una denominación genérica por la demandante, dificultando la libre competencia en el mercado del kanikama.

En vistas a que la parte demandada pretendía que toda la competencia cesara en el uso del nombre genérico registrado, resultaba bastante clara su intención de distorsionar el mercado, señalando el Tribunal que “la demandada no puede hacer un ejercicio abusivo del derecho marcario si con ello se tiende a impedir, restringir o entorpecer la libre

¹⁵⁴ INPI. Directrices sobre Patentamiento, 2003, parte C, cap. IV, apart. 2.1.3.a).

¹⁵⁵ Maximiliano Santa Cruz Scantlebury and Pilar Trivelli, *Ob. citado*, 3 y 4.

¹⁵⁶ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. El Golfo Comercial S.A. c/ Capuy S.A. N° 30-2005, Rol 58-2004, 21.09.2005.

competencia, como ocurre en el caso de autos”, por lo que el Tribunal acoge la acción, ordenando a la demandada abstenerse de impedir que sus competidores puedan utilizar la expresión genérica “kanikama” para identificar los productos que expenden en el respectivo mercado relevante y aplica a Capuy S.A. una multa a beneficio fiscal.

A nivel nacional hemos tenido varios casos en los que los tribunales se han expedido con relación a este tipo de signos o designaciones no aptos para la registración, lo que se vincula con proteger la eficiencia en el mercado a través de no validar monopolios legales sobre términos que son insusceptibles de apropiación y que, en caso de admitirse, generarían una situación desventajosa para los competidores. En la causa “Ceramicol SA v. Celoplast Plástica SA”¹⁵⁷ se pronunciaron sobre una marca de hecho en la que se sostuvo que “El uso - por prolongado que fuere - de una designación necesaria de un producto, realizada como “marca de hecho”, por un comerciante o industrial, no le confiere monopolio, privilegio ni mejor derecho que el que puede asistir a cualquier mortal. Porque, no tratándose de una marca registrable (y registrada o “de hecho”), la designación necesaria, genérica o descriptiva es de libre empleo, esto es, pertenece al dominio público y nadie puede perturbar de ningún modo su uso por terceros”.

Los tribunales se han expedido en otros casos, tal como aquel en que se pronunciaron sobre la irregistrabilidad del término “aerosilla”, donde la Cámara¹⁵⁸ indicó que “... Ninguna hesitación puede caber que, en la clase 39, la marca AEROSILLA es nula, puesto que es una de las formas habituales de designación del servicio (servicio de ascensión a los cerros a través de sillas que corren por un carril de cuerdas al efecto). Y, a este respecto, la ley 22362 tiene una norma que no admite demasiadas interpretaciones: ‘No se consideran marcas y no son registrables: a) los nombres, palabras y signos que constituyan la designación necesaria o habitual del producto o servicio a distinguir ...’ (art. 2). Precepto que se complementa con el del art. 24: ‘Son nulas las marcas registradas: a) en contravención a lo dispuesto en esta ley’. La actora registró una expresión que es designativa. Luego, su signo marcario es nulo. ...”

Existieron otros rechazos locales en palabras tales como “mueslix”¹⁵⁹, “nachos”¹⁶⁰, “neoprene”¹⁶¹, entre tantos otros.

¹⁵⁷ CNFed. Civil y Com., sala II, Expte. 22.466/1996, “Ceramicol SA v. Celoplast Plástica SA S/Cese de oposición al registro de marca”, 13/2/2003.

¹⁵⁸ CNFed. Civil y Com., sala II, Expte. 3147/1992, “Aerosilla S.A.I.C. c/ Los Cocos S.A. S/Varios Propiedad Industrial e Intelectual”, 12.03.96.

¹⁵⁹ CNFed. Civil y Com., sala II, Expte. 4827/95, “Kellogg Company c/ Pehuamar SA S/Cese de uso de marcas. Daños y perjuicios”, 25.02.2003. La Cámara expresó que “Si en las principales naciones de Europa occidental y en los Estados Unidos de Norteamérica el vocablo “MUESLI” de origen alemán, fue empleado sin variantes para designar la misma mezcla alimenticia a base de cereales, frutas, miel, yogur, leche, etc. -habitualmente servida como desayuno-, resulta claro que quien quiso registrar una marca evocativa del término indicativo debió añadirle un aditamento que permitiera distinguirla sin esfuerzo del nombre genérico del producto, porque de ser admitida la práctica de que es un signo válido y registrable aquí que introduce una ínfima variante -como tal insusceptible de crear un signo con personalidad propia o dotado de la novedad relativa que es exigible en la materia- se introducirá un desorden contrario a los fines esenciales de la Ley de Marcas: la protección del público consumidor y la tutela de sanas prácticas mercantiles. MUESLIX, en definitiva, no se diferencia con claridad del nombre genérico del producto, por manera que su ínfima deformación estructural mediante el añadido de una consonante al término de la palabra -que deja subsistente en su totalidad al mencionado nombre genérico -comporta una transgresión al art. 2, inc. a), de la Ley de Marcas, por lo que debe decretarse su nulidad, de acuerdo con lo dispuesto en el art.26, inc. a), del mismo Cuerpo legal. Solución a la que no obsta el hecho de que la marca haya sido objeto de explotación, pues esta circunstancia no autoriza a perpetuar como válido un signo registrado en contravención a la ley”.

¹⁶⁰ CNFed. Civil y Com., sala III, Expte. 10.366/2006, “Cerealko SA c/ Pepsico de Argentina SRL s/ Cese de uso de marca”, 22.12.2011. La Cámara expuso que: “... debe admitirse el planteo de nulidad deducido por Pepsico por vía de reconvencción, quien, sin dudas, tiene interés legítimo en los términos del art. 4 de la Ley de Marcas ... , pues la vigencia del registro de la actora -en cuanto reivindica el uso con exclusividad de la palabra “nachos”- representa un obstáculo para la libre utilización del vocablo con que habitualmente el público designa el producto que comercializa al amparo de su conjunto marcario integrado -entre otros elementos- con su conocido signo DORITOS. ...”

¹⁶¹ CNFed. Civil y Com., sala III, Expte. 4673/1997, “Adidas AG c/ Foiguel, Rubén Marcelo”s/Cese de oposición al registro de marca, 16.08.2001. Se indicó en dicha oportunidad que “... tiene un significado propio con que es habitual designar, en forme breve y sencilla, el tipo de producto de que se trata”.

En cuanto al derecho de autor esta situación de bajos estándares cuenta con un grado aún mayor de complejidad ya que, como fue indicado al inicio de este punto, algunos registros son declarativos de derechos, tal el caso del derecho de autor. Esta situación genera que no exista control de fondo de aquello que se registra a efectos de obtener protección, refiriéndonos al caso en que haya registro (en ciertas ocasiones este requisito ni siquiera resulta obligatorio), lo que genera que, más allá de ser cuestionable al momento de comparar la obra registrada con aquella acusada de infractora, el mero hecho de obtener una inscripción sin un examen de fondo podría inhibir la creación de futuras obras o más aún generar conflictos futuros por el desconocimiento de lo que se encuentra sujeto a registro.

A esta circunstancia se suma que el plazo de protección previsto para el derecho de autor, cuya regla general a nivel local es de 70 años contados a partir del año siguiente al de la muerte del autor, resulta también aplicable a los intangibles tecnológicos los que en muchas ocasiones cuentan con una vida útil promedio de cinco (5) años, como es el caso del software.

En consideración a lo mencionado, el análisis bajo el régimen de defensa de la competencia sería aún más útil en estos supuestos en los que no está prevista la realización de un exhaustivo examen de fondo y en la que tampoco se contempla la publicidad a terceros sobre lo que se pretende registrar.

Se aclara que lo aquí expresado no debe entenderse como una postura contraria al régimen de registro del derecho de autor hoy vigente y predominante a nivel mundial; por el contrario, se intenta visibilizar las diferencias detectadas entre los marcos aplicables a los derechos de propiedad intelectual para así justificar la necesidad de análisis bajo el régimen de defensa de la competencia.

De este modo, es claro que la divergencia de tratamiento de un derecho y otro está justificada, entre otras causas, por el nivel de requisitos exigidos como así también por el tipo de monopolio asegurado una vez que se decide conceder el derecho por medio de registrar el bien inmaterial.

c.- Negativa a otorgar acuerdos de licencia (*Refusal to deal*)

Otro aspecto de la interacción entre la propiedad intelectual y la defensa de la competencia es la discusión relativa a las facultades de los titulares de derechos de PI para excluir a terceras personas cuando esta atribución es contraria a la competencia.

En principio el titular de derechos no tendría ninguna obligación de licenciar sus obras, inventos, signos, etc. protegidos, siendo parte indispensable del ejercicio de su derecho el reconocimiento de la facultad exclusiva de negarse a que otros hagan uso del bien intangible. No obstante esta regla general, esta visión absolutista sobre la extensión de los derechos de propiedad intelectual ha sido cuestionada por fallos e incluso atenuada en tratados internacionales y normas locales donde se ha abierto la posibilidad que las leyes de defensa de la competencia puedan interferir con el derecho de exclusividad a través del otorgamiento de licencias obligatorias a terceras personas quienes pueden necesitar de la obra o invento para competir en un mercado determinado.¹⁶² La frecuencia y extensión de esta intervención dependerá de la fuerza que la ley de DC tenga en cada jurisdicción.

Buena parte de la discusión doctrinaria sobre la complementariedad o conflicto entre los sistemas de propiedad intelectual y de defensa de la competencia se ha desarrollado

¹⁶² Maximiliano Santa Cruz Scantlebury and Pilar Trivelli. *Ob. citada*, 4.

teniendo en cuenta las razones a favor y en contra para que el derecho de defensa de la competencia imponga la obligación de negociar o licenciar derechos de PI.

La negativa a negociar (en inglés *refusal to deal*) con impacto en el régimen de defensa de la competencia está principalmente representada por el caso en que una empresa con posición dominante se niega a otorgar autorización a sus competidores en un segundo mercado para el ejercicio de derechos de PI derivados de un insumo necesario para competir en forma efectiva en este otro mercado.

Del marco de la negativa a negociar se desprende la doctrina de los recursos o facilidades esenciales (en inglés *essential facilities*), la que postula la obligación de la empresa con posición dominante de brindar a los competidores acceso al recurso esencial necesario para poder competir en un mercado descendente (comúnmente denominado a nivel local como “aguas abajo”) cuando se presentan ciertas condiciones de mercado. Lo que se pretende con esta doctrina es evitar que una empresa dominante en un mercado extienda su predominio en un segundo mercado, situación denominada “apalancamiento”.

De todos modos puede darse una negativa a negociar que esté por fuera de esta doctrina, pudiendo la negativa considerarse ilegal por impedir el ingreso o la permanencia en el mismo mercado en que la empresa tiene posición dominante (negativa a negociar lisa y llana).¹⁶³

Por su parte, se desarrollaron casos que dieron lugar a la doctrina de las “circunstancias excepcionales” en los que se determinó que la negativa a otorgar una licencia de derechos de propiedad intelectual constituía un abuso de posición dominante previendo pautas objetivas para llegar a esa conclusión, tal como la causa Radio Telefis Eireann & Independent Television Publications Ltd. contra Comisión de las Comunidades Europeas¹⁶⁴ (más conocido como Magill), y IMS Health GmbH & Co. OHG v. NDC de Health GmbH & Co. KG (IMS Health)¹⁶⁵, ambos mencionados al describir el derecho comparado de la Unión Europea. Esta doctrina se consolidó en el caso Microsoft.

De acuerdo con estos fallos, ante circunstancias excepcionales, la negativa a otorgar una licencia es abusiva si: (i) la propiedad intelectual derivada de una obra bajo titularidad de una empresa se presenta como necesaria para competir; (ii) la firma con interés en obtener una licencia pretende proveer bienes y/o prestar servicios que no son suministrados por el titular de los derechos de propiedad intelectual y para los que se identifica una demanda potencial y (iii) el rechazo a otorgar la licencia genera reservas del mercado secundario para los propietarios de derechos de propiedad intelectual en el mercado principal, mediante la eliminación de la competencia en el segundo mercado.

Previsiones sobre la necesidad de licencias compulsorias ante determinadas circunstancias, podrían ser incluidas tanto en normas de propiedad intelectual como en normas de defensa de la competencia. Un ejemplo de ello, mencionado al estudiar el derecho internacional aplicable a la propiedad intelectual, es el artículo 31 (k) del TRIPS que explícitamente provee este tipo de licencias sobre patentes.

En cuanto al derecho argentino, la ley de patentes, tal como fuera mencionado al analizar la normativa local, explícitamente indica que las conductas basadas en patentes pueden constituir violación a la LDC. En particular, el artículo 44 inc. b de la ley de patentes dice: “A los fines de la presente ley, se considerarán prácticas anticompetitivas

¹⁶³ Marcelo R. D’Amore y Miguel Maito, *Ob. citado*, 175 y 176, 183 - 185.

¹⁶⁴ Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1995, RTE & ITP v. Commission [1995] ECR I-743, conocido como caso “Magill”, en AC C-241 P y C-242 P.

¹⁶⁵ Tribunal de Justicia, Sala Quinta, IMS Health GmbH & Co. OHG v NDC Health GmbH & Co. KG., 29 de abril de 2004.

entre otras, las siguientes: ... b) La negativa de abastecer al mercado local en condiciones comerciales razonables ...”.

No se registra previsión aplicable a los derechos de autor en particular, lo que resulta desacertado toda vez que pueden identificarse conductas anticompetitivas vinculadas a la negativa a licenciar en esta especie de propiedad intelectual.

En torno a este tema las Guías para el análisis de casos de abuso de posición dominante de tipo exclusorio publicadas por la CNDC¹⁶⁶ refieren a la negativa de licenciamiento de derechos de propiedad intelectual dentro de la conducta de negativa de ventas.¹⁶⁷

De este modo, la CNDC ha indicado que, como regla, las empresas tienen derecho a elegir libremente con quién y en qué condiciones comercializar sus productos y/o servicios, por lo que denegar la concesión de una licencia a determinado cliente no suele constituir una práctica que se considere infracción a la LDC.

Ahora bien, cuando esa negativa de otorgamiento de una licencia, en el caso de derechos de PI, es llevada a cabo por una empresa que tiene posición dominante en un mercado, la misma puede implicar que quien desee adquirir el bien o servicio no tenga la opción de obtenerlo de otro proveedor y ello implique: (i) su exclusión del mercado en el que se encontraba presente; o (ii) una reducción significativa de su capacidad para competir; o incluso (iii) en el caso de que la empresa estuviera desarrollando un producto, impedir la innovación en el mercado, todo ello podría generar un perjuicio al interés económico general.

Continúa diciendo que a efectos de evaluar si una negativa de conceder una licencia puede constituir un abuso de posición dominante es importante considerar si tiene la capacidad de excluir al afectado de alguno de los mercados en los que opera (o que reduzca sustancialmente su capacidad de competir en dichos mercados). Obtenida esa confirmación, se debe evaluar si la mencionada situación genera a su vez una reducción de la competencia (que pueda implicar la existencia de un perjuicio al interés económico general).

Con relación a este tipo de conducta, la CNDC comprende que podrá haber perjuicio a los consumidores cuando los competidores excluidos por la empresa dominante se vean impedidos de lanzar al mercado bienes o servicios innovadores y/o cuando es probable que se frustre la innovación subsiguiente. Esta situación puede generarse en la industria del conocimiento donde impera la gestión de bienes y/o servicios tecnológicos y la búsqueda de la innovación continua en ellos.

De todos modos, la autoridad de defensa de la competencia ha indicado que existen casos en los que se podrían alegar razones de eficiencia para justificar la negativa. En este sentido, se debería contar con evidencia que muestre que la conducta investigada aumenta la inversión, el nivel de innovación, o los niveles de calidad y/o seguridad de uso del bien o servicio en cuestión, en beneficio de los consumidores. Recaudos que en ciertos sectores de la industria de la economía del conocimiento podrían ser acreditados sin mucha dificultad.

Al reconocer la doctrina de las facilidades esenciales a la que nos hemos referido anteriormente y en consideración a los mercados dinámicos y en los que la innovación juega un rol central, este organismo ha indicado que la emergencia de nuevas tecnologías y desarrollos puede implicar que determinada infraestructura deje de cumplir con los

¹⁶⁶ CNDC, Ob. citado, Mayo de 2019, 10 – 12. Disponible [aquí](#).

¹⁶⁷ El artículo 3 inciso i) de la LDC prevé como posible práctica anticompetitiva a la conducta consistente en “negarse injustificadamente a satisfacer pedidos concretos, para la compra o venta de bienes o servicios, efectuados en las condiciones vigentes en el mercado de que se trate”.

requisitos para ser considerada facilidad esencial, mientras que también pueden surgir nuevas instalaciones que deban ser catalogadas como esenciales.

El caso Microsoft es solo uno de los ejemplos que puede darse en el ámbito de la economía del conocimiento donde la negativa a licenciar puede implicar la imposibilidad de generar obras derivadas o incluso obras independientes que precisan del uso de la obra protegida bajo derecho de autor para lograr la interoperabilidad deseada, sería el supuesto en que la negativa de venta conduciría a la eliminación de la competencia en el mercado “aguas abajo”.

Esta circunstancia es aún mayor en marcos legales de países que tienen tradición en el derecho civil y que cuentan solo con excepciones taxativas al ejercicio del derecho. En efecto, en Argentina se identifica solo una excepción en el campo de la tecnología, cuando refiere a la copia de salvaguardia de software (artículo 9 LPI). Diferente es el caso de Chile, entre otros países de la región¹⁶⁸, que, a través de ley 20.435 (2010), introduce mayores limitaciones y excepciones relativas a los programas de computación vinculadas con la realización de ingeniería inversa o aquellas para investigación y corrección de funcionamiento, lo que da cuenta de la necesidad de contemplar estos y otros supuestos.

La CNDC ha tomado intervención¹⁶⁹ en diversos casos de derechos de autor en el mercado de televisión paga, en situaciones en que el titular de una señal o de los derechos a la transmisión de un evento deportivo rehusó negociar con operadores de televisión paga, aunque no se identifica que se haya abordado el tema desde un enfoque del ejercicio de derechos derivados de la propiedad intelectual. En algunos casos, la CNDC ha ordenado al titular de los derechos de difusión la restitución o provisión de señales consideradas clave (ej. señales deportivas y películas) para competir en el mercado de servicios de televisión paga.¹⁷⁰

La CNDC ha considerado en varias oportunidades que las señales con contenido clave, como el deportivo, representan uno de los productos tenidos en consideración a la hora de seleccionar el operador por parte del consumidor final. Esta característica suele implicar que las firmas denunciadas ostentan una posición dominante en el mercado del insumo analizado. A veces, esa posición se ve agravada por la integración vertical entre productores de contenidos y comercializadores de señales con operadores de sistemas televisivos. Tanto cuando el cuestionamiento ha versado sobre señales deportivas como sobre otro tipo de señales, la autoridad de defensa de la competencia ha procedido a dictar medidas cautelares con el objeto de restaurar la situación previa a la denuncia.

Un ejemplo es el caso de “Multicanal c/Fox Sports y otros” (2004), donde la conducta denunciada consistió en la presunta negativa por parte de Fox Sports de vender a Multicanal los derechos de 51 transmisiones de su señal de contenidos deportivos en las mismas condiciones en las que se la suministraba a su competidora (Cablevisión, vinculada societariamente al grupo Fox). La conducta denunciada tenía entonces potencial de generar un problema de competencia “aguas abajo”, por la presencia en dicho mercado de Cablevisión como competidor de Multicanal.

La CNDC dictó una medida cautelar ordenando a Fox suministrar a Multicanal su señal de deportes en condiciones comerciales y de contenido equivalentes a las establecidas

¹⁶⁸ Mayores limitaciones con relación al software se verifican en otros países de la región como Perú (Art. 73, 75 y 76 Ley sobre el Derecho de Autor – Decreto legislativo nº 822), México (Art. 105 Ley Federal del Derecho de Autor), Ecuador (Art. 135,136 y 137 Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación), República Dominicana (Art. 74 Ley sobre Derecho de Autor) y Paraguay (Art. 70, 71 y 72 Ley N° 1.328/1998 de Derecho de Autor y Derechos Conexos).

¹⁶⁹ Ver Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, *Problemas de competencia en el sector de distribución de programas de televisión en la Argentina*, Febrero de 2007.

¹⁷⁰ Marcelo R. D'Amore y Miguel Maito, *Ob. citado*, 238.

para Cablevisión. Consideró luego en su dictamen final que la incipiente discriminación fue rápidamente corregida mediante el dictado de la orden de cese aludida y, sumado a esto, al acuerdo al que las partes arribaron.¹⁷¹

d.- Cláusulas restrictivas en los contratos de licencia

Las cláusulas incluidas en los contratos de licencia pueden tener efectos negativos sobre la libre concurrencia en el mercado, por lo que la conducta del licenciante debe analizarse teniendo en consideración la posibilidad de que las condiciones previstas configuren un abuso de posición dominante.

La obstaculización en el otorgamiento de licencias, a través de imponer cláusulas relativamente estrictas, puede llevar a la explotación de los avances tecnológicos solamente por las firmas que les den origen, tendencia que es contraria a la mayor apertura y competitividad de los mercados, además de impedir los efectos favorables para el interés económico general que cabe normalmente atribuir a la difusión de nuevos conocimientos técnicos.

Al momento de analizar un determinado acuerdo de licenciamiento, debe evaluarse si las condiciones impuestas por el licenciante resultan el mero ejercicio de los derechos inherentes a la titularidad de derechos de PI o bien representan una extensión del poder de mercado derivado de estos derechos en materia ajena a su naturaleza, lo que podrá dar lugar a la identificación de un abuso de su posición en el mercado.¹⁷²

Las consecuencias de las cláusulas restrictivas en términos de defensa de la competencia pueden variar sustancialmente según sea la situación de mercado en que se apliquen. En materia de mercados tecnológicos, las cláusulas restrictivas pueden afectar la competencia y la innovación, y por ende el interés económico general, al impedir al licenciario utilizar la tecnología que compita con la del licenciante o el desarrollo de nuevas y distintas tecnologías a partir de la primera.¹⁷³

En el caso de Microsoft que tuvo lugar en EEUU, se identificaron ciertas conductas anticompetitivas, muchas de ellas resultaron restricciones en los acuerdos de licenciamiento.¹⁷⁴

Algunas de estas restricciones incluidas en los contratos de licencia pueden generar efectos anticompetitivos, cuando no resultan estrictamente necesarias para realizar la transferencia de tecnología efectiva.

Sin perjuicio de ello, debe considerarse que ciertas restricciones incluidas en los contratos de licencia pueden tener diversos objetivos pro-competitivos, protegiendo y fomentando inversiones, incrementando la competencia y la innovación, incluso existen algunas restricciones que pueden llegar a resultar necesarias para que en primera instancia el titular decida licenciar el derecho en vez de abstenerse de hacerlo, sin que esta última opción pueda cuestionarse en la mayoría de los casos.¹⁷⁵

¹⁷¹ Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, *Ob. citado*, 51 y 52.

¹⁷² Guillermo Cabanellas de las Cuevas y Diego H Serebrinsky, *Ob. citado*, Tomo 2, 297 - 298.

¹⁷³ Guillermo Cabanellas de las Cuevas. *Contratos de licencia y transferencia de tecnología en el derecho económico*, Buenos Aires. Ed. Heliasta, 2010, 211.

¹⁷⁴ Por ejemplo, contratos que utilizó para obligar a los proveedores de software independientes a utilizar su versión, la obtención de contratos de negociación exclusiva con fabricantes de equipos originales y con proveedores de acceso a Internet impidiendo que estas entidades usen productos de la competencia, y atadura de Internet Explorer a Windows en un esfuerzo por destruir la competencia en el mercado de navegadores.

¹⁷⁵ Marcelo D'Amore y Catriel Agustín Marqués, "Aspectos Generales del Régimen de Defensa de la Competencia vinculados con los contratos de licencia" en *Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual*, Coordinador Marcelo D'Amore, Ed. B de F. 2015, 286 - 288.

Las directrices existentes en EEUU y UE reconocen que el otorgamiento de licencias resulta pro-competitivo y aplican la regla de la razón en la generalidad de los casos, salvo para prácticas de licenciamiento que dan lugar o encubren la formación de carteles u otras restricciones especialmente graves, distinguen entre licenciamientos horizontales y verticales y crean zonas de seguridad (llamado habitualmente “safe harbours”). La principal diferencia entre estas jurisdicciones, es la posición más estricta que adopta la UE hacia las restricciones verticales – competencia dentro de una misma tecnología- en comparación con lo que sucede en los EEUU, en que principalmente se controlan las restricciones horizontales entre tecnologías competidoras.¹⁷⁶

Por un lado, entre las **restricciones a la competencia dentro de la misma tecnología (también llamada “intratecnología”)** se identifica la fijación vertical de los precios de reventa, la imposición de exclusividad con proveedores o clientes, las restricciones territoriales o de asignación de la clientela entre diversos licenciarios, las restricciones de cantidades, las políticas de descuentos condicionales sobre los precios de venta de los bienes y servicios, y la mayoría de los casos de restricciones según el campo de aplicación.

Por otro lado, En las **restricciones a la competencia entre tecnologías (también llamada “intertecnología”)** se destacan los acuerdos de licencias cruzadas y consorcios de derechos de PI, los que se evaluarán en profundidad en otro de los puntos, también las situaciones en que se limita la posibilidad del adquirente para usar el producto con insumos o bienes producidos por otros proveedores (venta atada), o para revender los productos de otros proveedores (negociaciones exclusivas) y cláusulas de retrocesión.¹⁷⁷

De acuerdo a la CNDC, las restricciones verticales, en términos generales, son menos dañinas que las horizontales y dan lugar a mejoras significativas de eficiencia. Para que una restricción pueda constituir un abuso unilateral en infracción a la LDC debe surgir de una decisión imputable a una empresa con posición dominante en uno o más de los mercados relacionados.¹⁷⁸

A continuación se mencionan los casos más frecuentes de cláusulas restrictivas según directrices y antecedentes de la CNDC.

1. Fijación de precios a la reventa

De acuerdo al organismo de defensa de la competencia, en el primero de los casos (**fijación de precios a la reventa**), se trata de establecer el precio al cual el revendedor deberá comercializar su producto. El precio fijado podría ser de un precio máximo o mínimo. En el primer supuesto (precio máximo), el proveedor puede impedir que algunos revendedores exploten ciertas particularidades (localización geográfica, ingresos de la población, etc.) y les generen un perjuicio a los consumidores (y también al proveedor que puede terminar vendiendo una cantidad menor de su producto). En el caso de una imposición de precios de reventa mínimos, en cambio, el efecto es en principio inverso, ya que el proveedor puede estar forzando un incremento de precios en el mercado “aguas abajo” que perjudique a los consumidores.

En cuanto a obras de derecho de autor, se pueden mencionar restricciones presentes a nivel contratos de distribución en los que podrían plantearse limitaciones en cuanto a los precios de las licencias a distribuir por el licenciario (sublicencias) o vinculado a la circulación de la obra (territorio, usuarios, límites de uso, etc.). Algunas de estas restricciones pueden resultar eficientes, por lo que habrá que analizar el caso concreto

¹⁷⁶ Marcelo D’Amore y Catriel Agustín Marqués, *Ob. citado*, 301 y 302.

¹⁷⁷ Marcelo D’Amore y Catriel Agustín Marqués, *Ob. citado*, 290.

¹⁷⁸ CNDC, *Ob. citado*, 18 - 20.

para determinar si se configura un abuso unilateral en infracción al régimen de defensa de la competencia.

En este aspecto, la CNDC se ha pronunciado indicando que la fijación de precios de reventa difícilmente pueda constituir un abuso unilateral de posición dominante si no viene acompañada de una penalidad para el revendedor en caso de incumplimiento.¹⁷⁹

2. Exclusividad

En cuanto a la **exclusividad** la CNDC entiende que es una restricción vertical que puede verificarse en contratos celebrados entre proveedores y clientes de un bien o servicio, y tiene como característica principal la existencia de cláusulas por las cuales una de las partes o ambas, se comprometen a no comerciar con empresas competidoras de la otra parte. La exclusividad puede producirse “aguas arriba” o “aguas abajo”, ya que es posible que un proveedor les requiera exclusividad a sus clientes y también que un cliente le requiera exclusividad a sus proveedores.

Los potenciales efectos anticompetitivos de los acuerdos de exclusividad con una empresa dominante pueden manifestarse, por ejemplo, a través de la exclusión lisa y llana de firmas competidoras, o a través del incremento de los costos de los rivales quienes están impedidos de comprarle o venderle a los proveedores o a los clientes de dicha empresa con dominio en el mercado.

La exclusividad puede surgir de una imposición de la empresa dominante o también de un acuerdo entre partes sin imposición de una sobre otra, tal como surge de las restricciones a la competencia entre tecnologías que analizaremos a continuación. En ambos casos se considerarán los efectos de los acuerdos de exclusividad con la empresa dominante sobre la competencia y el interés económico general.

Sin perjuicio de ello, la empresa investigada siempre tendrá la opción de poder acreditar beneficios pro-competitivos o mejoras de eficiencia que puedan contrarrestar los efectos anticompetitivos producidos por la exclusividad.¹⁸⁰

3. Ventas atadas

Las **ventas atadas** representan un esquema de comercialización que consiste en subordinar la adquisición de un bien o servicio a la compra de otro.¹⁸¹ Un caso de venta atada puede darse cuando una empresa vende varios bienes “en bloque”, bienes distintos en paquetes únicos, y no les brinda a los compradores la opción de comprar dichos bienes en forma separada. Otra posibilidad consiste en una venta que sin ser en bloque, implica que la adquisición de un bien o servicio se subordina a la de algún otro. Es el caso de Microsoft de la Unión Europea donde se verificó una vinculación del sistema operativo Windows y el Reproductor de Windows Media, mientras que en el caso de EEUU se discutió atadura entre Windows e Internet Explorer.

Siguiendo a la CNDC, la venta atada o el empaquetamiento de productos podrían constituir abuso de posición dominante si evitara que una nueva empresa ingrese al

¹⁷⁹ CNDC, *Ob. citado*, 17 y 18.

¹⁸⁰ CNDC, *Ob. citado*, 9, 17 - 20.

¹⁸¹ Se debe tener en cuenta que las ventas atadas que implican ventas en bloque son también un caso particular de una situación que se conoce con el nombre de “empaquetamiento de productos” (*bundling*). El empaquetamiento como práctica comercial no necesariamente implica venta atada en la medida que no solo ofrezca los productos en bloque sino también que brinde la opción de adquirirlos de manera separada, alternativas que tendrían un beneficio para quien obtiene el producto al momento de adquirir un paquete con varios productos por un precio individual menor que si comprara de modo sepado cada uno de estos bienes. Ver CNDC, *Ob. citado*, Mayo de 2019, 13.

mercado del producto vinculado, si indujera a un competidor existente a abandonar dicho mercado, o si impidiese que un competidor existente se expanda. A través de dichas prácticas, una entidad con posición dominante en un mercado podría crear o aumentar barreras a la entrada de competidores en ese mercado.

De este modo, para que una conducta de venta atada o empaquetamiento de productos califique como abuso de posición dominante, además de la existencia de posición dominante en el mercado del producto vinculante, o en alguno de los mercados de los productos que se venden en paquete, será necesario analizar si cumple con las siguientes condiciones: 1. Los bienes o servicios vinculantes y vinculados son claramente distintos y separables.¹⁸² 2. Es probable que la conducta genere un cierre anticompetitivo del mercado.¹⁸³

No obstante ello, la CNDC sostiene que en determinados casos la venta atada o el empaquetamiento de productos podría generar incrementos de eficiencia que pueden ser planteados por la empresa investigada y considerados al evaluar el impacto sobre la competencia y el interés económico general. Estas ganancias podrían originarse en la existencia de opciones menos costosas para los clientes o de mejoras en la calidad de los bienes o servicios suministrados.

Esto es posible en casos en los cuales el producto vinculado es el mantenimiento, la garantía o los repuestos necesarios para operar otro bien o servicio, que en ese caso sería el producto vinculante. Otro tipo de ganancia de eficiencia podría aparecer si una venta atada generara ahorros en los costos de producción, distribución o comercialización de los productos.¹⁸⁴

Las obras de derecho de autor pueden estar sujetas a este tipo de limitaciones donde el otorgamiento de una licencia está condicionada a la adquisición de otra tecnología, sería el caso en que el licenciamiento de una plataforma, necesaria para que el desarrollo de un producto nuevo sea compatible e interoperable con esta, esté condicionado a la adquisición de otro software que cumple con funciones diferentes y que uno no estaría dispuesto a adquirir si no resultara indispensable para concluir la negociación.

Otro caso, que incluso generaría más cuestionamientos, es el de atar el licenciamiento de un bien intangible a un dispositivo de hardware o a determinados servicios de mantenimiento, en la medida que en estos casos no pueda verificarse razones de eficiencia que justifiquen la práctica.

En estos supuestos se estaría realizando un ejercicio abusivo de un derecho de autor obligando a adquirir un bien o servicio que no está alcanzado por la protección derivada del régimen de PI aplicable al bien objeto de licencia en primer término. De este modo, se estaría excediendo el alcance del derecho de PI por medio de atar un bien y/o servicio que está por fuera de esa prerrogativa. De todos modos, siempre está la posibilidad por parte del titular de la licencia de ofrecer evidencia que acredite la existencia de motivos pro-competitivos y/o de eficiencia en el mercado, que justifiquen la conducta objeto de cuestionamiento.

¹⁸² Para determinar si dos bienes o servicios son claramente distintos y separables, resulta necesario evaluar si, en ausencia de venta atada o empaquetamiento, los mismos podrían ser adquiridos separadamente por un número importante de compradores. Es evidencia de esto el hecho de que, cuando se les da la posibilidad, los compradores elijan comprar tales productos de manera separada. Ver CNDC, *Ob. citado*, Mayo de 2019, 14.

¹⁸³ Para saber si la empresa bajo estudio tiene capacidad de extender su posición de dominio hacia el mercado del producto vinculado y si la venta atada o el empaquetamiento de productos tienen entidad como para producir un cierre anticompetitivo de dicho mercado será necesario evaluar si los compradores del producto vinculado y vinculante son los mismos, así como la proporción de la demanda del producto vinculado afectada por la venta atada o el empaquetamiento y la capacidad de que represente un obstáculo significativo para la competencia en el mercado del producto vinculado por parte de otras empresas. Ver CNDC, *Ob. citado*, Mayo de 2019, 14.

¹⁸⁴ CNDC, *Ob. citado*, Mayo de 2019, 13 - 15.

4. Cláusulas de retrocesión de mejoras

Otro ejemplo es el supuesto de las **cláusulas de retrocesión de mejoras**, usualmente utilizadas en patentes, las que tienen por objeto obligar al licenciatarlo, receptor de la tecnología licenciada, a transmitir al licenciante las mejoras o perfeccionamiento realizados sobre la tecnología recibida o a ceder o licenciar derechos obtenidos por esta. Según Correa, dentro de esta categoría pueden darse tres tipos de cláusulas: aquellas por las que el receptor está obligado a informar de cada mejora o perfeccionamiento desarrollados con motivo de la aplicación de la tecnología transferida; las que obligan al receptor a ceder los derechos relacionados con tales mejoras y las que obligan al receptor a licenciar al proveedor tales derechos.¹⁸⁵

En principio estas cláusulas resultan lícitas, siendo objeto de cuestionamiento en la medida que se prevea una transmisión exclusiva del resultado obtenido por el receptor de la obra.

Estas estipulaciones comúnmente utilizadas en materia de patentes, podrían extrapolarse a casos de derecho de autor en los que el licenciante establece este tipo de condiciones vinculadas a la transmisión del conocimiento y resultados desarrollados como consecuencia de la tecnología licenciada, las que en caso de brindarle exclusividad al licenciante en cuanto al uso y explotación de estos resultados, podría tener efectos que perjudiquen el comercio y de este modo, generar limitaciones en cuanto a la innovación futura.

Siguiendo a Cabanellas¹⁸⁶ en su razonamiento “el legislador o juzgador que debe evaluar las cláusulas restrictivas en los contratos de licencia se enfrenta con un dilema o contradicción. Cuanto más prohibitiva es su posición respecto de estas cláusulas, se evitarán sus efectos restrictivos, pero por otra parte, se disminuirán los incentivos para el otorgamiento de licencias, perdiéndose parte de los efectos pro-competitivos que éstas potencialmente tienen. Una de las dificultades del régimen de defensa de la competencia es la derivada de la determinación del punto en que los efectos negativos de una política prohibitiva respecto de las cláusulas restrictivas compensan los beneficios competitivos atribuibles a esa política.”

5. Cláusulas de no competencia (non-compete)

Por último, en los contratos de exclusividad, de distribución o de licenciamiento de PI, suelen incluirse cláusulas de no competencia, las cuales, conforme el principio de libertad de comercio que impera, resultan válidas. Por tal motivo, las partes cuentan con la facultad de arribar libremente a acuerdos que regulen sus derechos y obligaciones. Esta facultad implica incluir cláusulas accesorias al objeto principal de un acuerdo entre las que pueden mencionarse aquella de no competencia.

Este tipo de cláusulas secundarias, en determinados casos, pueden implicar una afectación al interés económico general. De acuerdo a lo indicado por la CNDC en los Lineamientos de concentraciones económicas de la CNDC¹⁸⁷ a fin de determinar el posible perjuicio al interés económico general se considerará si dichas restricciones se encuentran acotadas en su alcance a los sujetos involucrados en la operación de concentración económica, como así también a los productos o servicios involucrados y a la cobertura

¹⁸⁵ Carlos Correa, *La regulación de las cláusulas restrictivas en los contratos de transferencia de tecnología en el Derecho Latinoamericano*, en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones (1981), t.14, 215, citado por Guillermo Cabanellas de las Cuevas y Diego H Serebrinsky, *Ob. citado*, Tomo 2, 304 y 305.

¹⁸⁶ Guillermo Cabanellas de las Cuevas y Diego H Serebrinsky, *Ob. citado*, Tomo 2, 298.

¹⁸⁷ Secretaría de Comercio. Resolución 208/2018. abril 2018.

geográfica de la operación. Asimismo, se analizará si la duración de las cláusulas es razonable en términos de sus objetivos específicos.

e.- Consorcios tecnológicos

El consorcio tecnológico (en inglés *technology pool* y *patent pool*, en caso de patentes únicamente), también se utiliza el término “comunidad de tecnologías”, consiste en un acuerdo en virtud del cual dos o más firmas titulares de derechos de PI crean un paquete de tecnologías cuyo licenciamiento, a quienes contribuyen al consorcio y a terceras partes, es delegado en un ente creado especialmente o en alguna de las partes. Se trata de una especie de acuerdos entre tecnologías o intertecnología.

Los consorcios ofrecen a los licenciarios la posibilidad de operar en el mercado con una sola licencia, es decir, proveen un único paquete que permite implementar determinada tecnología.

La principal razón de eficiencia atribuible a un consorcio tecnológico tiene que ver con que permite reunir en un solo paquete una serie de derechos de PI complementarios, vinculados con la tecnología necesaria para la producción de determinados productos y/o servicios.¹⁸⁸ En efecto, este esquema puede ser utilizado para propósitos pro-competitivos porque reúne esfuerzos de distintas empresas que precisan del conjunto de tecnologías para el desarrollo de determinada innovación.¹⁸⁹

Como contrapartida, un consorcio tecnológico podría presentar efectos anticompetitivos. De este modo, pueden facilitar una colusión tácita en el mercado y permitir que los miembros del acuerdo impongan términos abusivos a no miembros que deseen acceder a las tecnologías en cuestión.¹⁹⁰

En la práctica, tales acuerdos se utilizan a menudo para resolver o evitar litigios por posibles infracciones o para permitir la comercialización que podría verse obstaculizada por los efectos de bloqueo de otra tecnología o por el temor de tal bloqueo y una infracción resultante.¹⁹¹ Incluso se encuentran motivos asociados a evitar la duplicación de esfuerzos, el logro de avances tecnológicos que no serían posibles en el caso de dispersión de los esfuerzos.¹⁹²

En *Broadcast Music Inc. v. Columbia Broadcasting Inc.*¹⁹³, la cadena de televisión CBS presentó una demanda antimonopolio contra agencias titulares de las licencias alegando que el sistema por el cual estas entidades recibían honorarios por la emisión de licencias generales (en referencia a la comunidad de intangibles) para realizar composiciones musicales protegidas bajo el régimen del derecho de autor equivalía a una fijación ilegal de precios.

La pregunta del caso fue si el otorgamiento por parte de Sociedad Estadounidense de Compositores, Autores y Editores (en inglés *the American Society of Composers, Authors, and Publishers – ASCAP*) y BMI a CBS de licencias generales para composiciones musicales protegidas por derechos de autor según las tarifas por ellos negociadas conformaban una conducta de fijación de precios *per se* ilegal en virtud de las leyes antimonopolio.

¹⁸⁸ Marcelo D'Amore y Catriel Agustín Marqués, *Ob. citado*, 364.

¹⁸⁹ Carlos Correa, *Ob. citado*, 3.

¹⁹⁰ Carlos Correa, *Ob. citado*, 3.

¹⁹¹ Nimmer, Raymond T., and Jeff C. Dodd, *Modern Licensing Law*, Mason, OH: Thomson/South-Western, 2007, citado por Sumanjeet Singh, *Ob. citado*, 15.

¹⁹² Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Ob. citado*, Ed. Heliasta, 499

¹⁹³ U.S. Supreme Court, *Broadcast Music, Inc. v. CBS, Inc.*, 441 U.S. 1 (1979).

La Corte Suprema sostuvo que las licencias generales (comunidad de derechos de autor) emitidas por ASCAP e IMC no constituían necesariamente una fijación de precios. De este modo, consideró que podía resultar válida una licencia general, destinada a facilitar la explotación conjunta de los derechos involucrados mediante el otorgamiento de licencias a grandes usuarios (en referencia a las emisoras de radio y televisión). El Tribunal entendió que los derechos transmitidos a la comunidad eran no exclusivos y que su explotación conjunta podía resultar un mecanismo para hacer más eficiente la comercialización del conjunto de obras.

No obstante ello, tal como se indica en forma previa, en algunas circunstancias, la concesión de licencias cruzadas o la combinación de derechos de propiedad intelectual pueden tener efectos anticompetitivos. Por ejemplo, un acuerdo de licencia puede incluir restricciones que afecten la competencia al dividir los mercados entre empresas que habrían competido usando diferentes tecnologías.¹⁹⁴

Según Cabanellas, entre los motivos que conducen a la prohibición de las comunidades de tecnología, se destacan las restricciones acordadas respecto de la explotación conjunta o individual de las tecnologías que componen esas comunidades. También se imponen prohibiciones cuando las restricciones se aplican en materia de los clientes que pueden ser atendidos, los territorios en los que la explotación o la comercialización puede tener lugar, el campo de aplicación de la tecnología, o volumen de producción o de ventas. En general, se trata de restricciones que no pueden ser acordadas entre partes independientes, que no son necesarias para motivar la formación de las comunidades tecnológicas y que son posibles en colaboración con los que participan de esa comunidad.

Las comunidades de tecnología también han sido prohibidas cuando tienden a ser utilizadas con fines predatorios y así excluir de un mercado a empresas que de otro modo podrían competir en él en ausencia de los acuerdos que constituyen la comunidad. También este tipo de consorcio ha sido declarado ilícito cuando implica una concentración inaceptable del poder de mercado, permitiendo, a través de controlar la tecnología, el manejo del mercado.¹⁹⁵

Un ejemplo de obras de derecho de autor podría ser el consorcio de programas de computación de ciertos servicios de computación en la nube para el uso de la misma tecnología con el fin de lograr una absoluta compatibilidad, esta circunstancia que puede resultar pro-competitiva en una primera instancia, podría afectar la competencia al restringir a los titulares la concertación de contratos sobre el uso de sus derechos con terceros quienes se encuentran interesados en el desarrollo de tecnologías diferentes a las existentes en el mercado de los servicios SaaS (Software As A Service).

De manera similar, un acuerdo que fusione efectivamente las actividades de I+D de dos o más entidades podría perjudicar la competencia para el desarrollo de nuevos bienes y servicios, es decir, podría reducir los incentivos para la inversión en investigación y desarrollo. Puede haber otros efectos adversos como el aumento de los precios, la reducción de producciones y la reducción de la innovación.¹⁹⁶ Estas y otras cuestiones podrían encuadrar en prácticas colusorias que ofrecen cierta complejidad y en las que no se profundizará por exceder el objeto de análisis.

De todos modos, es importante considerar que la actividad de I+D en una empresa del sector es casi esencial para el desarrollo y progreso tecnológico. Esta actividad unificada en varias empresas podría generar que ninguna de manera independiente tenga incentivos para avanzar en una innovación disruptiva, lo que suele involucrar la creación de nuevas

¹⁹⁴ Sumanjeet Singh, *Ob. citado*, 156.

¹⁹⁵ Guillermo Cabanellas de las Cuevas. *Ob. citado*. Ed. Heliasta, 497.

¹⁹⁶ Sumanjeet Singh, *Ob. citado*, 156 y 157.

tecnologías o formas de competir que desplazan a las anteriores. En el caso del derecho de autor podría darse la situación en que no se desarrolle un producto de software que ofrezca valor agregado en términos de funcionalidad por mantenerse el avance tecnológico dentro de la tecnología que resulte compatible con aquella bajo titularidad del resto de las empresas que conforman el consorcio.

Por último y con relación a los acuerdos objeto de análisis, cabe mencionar que la ley de defensa de la competencia prevé la posibilidad de solicitar permiso al Tribunal de Defensa de la Competencia para la realización de ciertos contratos, convenios o arreglos que podrían encuadrar en aquellos previstos en el artículo 2 de la norma (prácticas absolutamente restrictivas de la competencia) que a la sana discreción del Tribunal no constituyan perjuicio para el interés económico general.

f.- Concentraciones económicas

El régimen de defensa de la competencia suele establecer mecanismos para el control de concentraciones, los que abarcan el establecimiento de la obligación de notificar concentraciones de cierta relevancia (ej. fusión o adquisición de empresas o determinada unidad de negocios) a una autoridad estatal de control; y en ciertos casos la necesidad de que esta autoridad apruebe la concentración.¹⁹⁷

La CNDC ha expresado que puede darse que una concentración perjudique al interés económico general, cuando ella genera o fortalece un poder de mercado suficiente para restringir la oferta y aumentar el precio del bien que se comercializa. Sin embargo, la mayoría de las operaciones de concentración económica, no generan ningún tipo de perjuicio para el interés económico general. Esto sucede atento a que en varias ocasiones las concentraciones no crean ni incrementan el poder de mercado de las empresas involucradas atento el número existente de competidores o a que se verifiquen condiciones que facilitan el ingreso de nuevas empresas.¹⁹⁸

Las operaciones de concentración pueden ser horizontales, verticales o de conglomerado. Existe una **relación horizontal** entre empresas cuando ellas actúan en un mismo mercado como oferentes o demandantes de bienes o servicios sustitutos. En tanto, una **relación vertical** entre empresas se da cuando estas actúan en distintas etapas de la producción o prestación de un mismo bien o servicio. Finalmente, una **concentración de conglomerado** comprende operaciones donde las partes no están relacionadas horizontal ni verticalmente.

Conforme se indicó al estudiar el derecho en la UE, el análisis de las fusiones o adquisiciones puede resultar de importancia en ciertas industrias tecnológicas basadas en intangibles protegidos por derechos de PI. Muchos de los actores de estas industrias pueden resultar dominantes, con los efectos que esa situación podría conllevar al fusionarse o adquirir empresas que resultan competidoras en el mismo mercado.

En esa oportunidad se mencionó el caso de Microsoft / Skype, cuya adquisición de Skype resultó autorizada por entender que la operación no contaría con efectos no deseados sobre la competencia. Por el contrario, en el caso Microsoft / LinkedIn se aprobó la adquisición de LinkedIn, pero sujeta al cumplimiento de determinados compromisos.

¹⁹⁷ Agustín Waisman, "El Control de concentraciones económicas en la nueva Ley de Defensa de la Competencia", en *Comentarios a la ley de defensa de la competencia*, directores Pablo Trevisán, Miguel Del Pino y Demetrio Alejandro Chamatropulos, *Ob. citado*, 280.

¹⁹⁸ Secretaría de Comercio, *Resolución 208/2018, Aprobación de los Lineamientos para el Control de las Concentraciones Económicas*, Anexo, 2, abril 2018.

A nivel nacional, al referirnos a nuestro derecho se mencionó que la propiedad intelectual resulta un activo a computar en el cálculo y evaluación respecto a si la operación de concentración está sujeta a notificación. En este sentido, debe considerarse el impacto que una operación puede implicar al lograr la concentración de marcas, patentes, derechos de autor u otro tipo de PI y la medida en que este control dificultará la expansión o el ingreso de competidores en el mercado.

Reiterando lo indicado al describir la normativa local y sin perjuicio de no tratarse de industrias asociadas al universo tecnológico pero que igualmente sirven para ilustrar la relevancia de la PI ante este tipo de operaciones, la CNDC analizó fusiones que comprendieron propuestas de desinversión de activos de propiedad intelectual a fin de remediar y/o mitigar los potenciales efectos anticompetitivos de la operación.¹⁹⁹ El análisis de estas fusiones, que fue mitigado por medio de propuestas y compromisos tendientes a reducir ese nivel de control, podría ser aplicado ante cualquier intangible protegido por PI que resulte activo de una empresa, lo que colaboraría en la tarea de velar por el interés económica general y de este modo por el bienestar del consumidor y, acorde al fin perseguido a través de este trabajo en torno a la industria del conocimiento, con el objetivo de no atrasar u obstruir el desarrollo de la innovación.

g.- *Misuse* (abuso de derecho) como defensa ante acciones sobre infracción a derechos de PI

La doctrina *misuse* tuvo origen en Estados Unidos y puede entenderse incluida en tratados internacionales, tal el caso del art. 8.2 y art. 40.2 del ADPIC. De todos modos, también se han detectado casos en la Unión Europea.

Según Troy Paredes²⁰⁰ esta doctrina es una variante de la doctrina equitativa de las manos sucias (*unclean hands*), desarrollada originariamente como defensa de un reclamo de infracción al derecho de patentes²⁰¹. Este instituto considera que si el titular del derecho de autor usa su derecho de una manera que quebranta el objetivo de políticas públicas tenido en miras al otorgar esa prerrogativa, los tribunales deben negar la protección al titular que alega infracción. En particular, esta doctrina ha tenido gran desarrollo ante casos de ventas atadas por parte del titular del derecho que luego han sido objeto de litigio, en los que se ha presentado como defensa por parte de quienes son acusados de infringir los derechos.

En efecto, esta doctrina representa el esfuerzo de los tribunales por asegurar que la política pública subyacente a la propiedad intelectual sea preservada y mejorada. De este modo, crea incentivos para que los infractores de los derechos de PI aleguen un uso indebido y por lo tanto, genera estímulos para que los titulares de los derechos protejan su capacidad de hacer valer estos derechos armonizando su conducta con la política pública perseguida por medio de la PI.

Siguiendo a Troy Paredes, lo que se ha discutido es como se define el tipo de conducta que se entiende abuso de derecho. Existen dos posturas sobre el supuesto. Una primera posición denominada "*scope of the grant*" (ámbito de aplicación de la concesión) que entiende que la conducta indebida del titular del derecho no debe alcanzar un nivel de

¹⁹⁹ Ver CNCD, Resolución 363/2018, de fecha 22/06/2018, correspondiente al Dictamen CNCD N° IF-2018-28922880-APN-CNCD#MP, en el expediente caratulado: "Molinos s.a.u., Molinos Río de la Plata s.a., Intercontinental Great Brands LLC y Mondelez Argentina s.a. s/ notificación art. 8° de la ley 25.156 (Conc. n° 1173)" y Resolución RESOL-2018-136-APN-SECC#MP, de fecha 14/03/2018, correspondiente al Dictamen CNDC N° IF-2018-06455426-APN-CNDC#MP, en el expediente caratulado: "Anheuser-Busch Inbev N.V /SA y Sabmiller PLC s/ notificación art 8 de la ley 25.156 (Conc.1375)".

²⁰⁰ Troy Paredes, "Copyright misuse and tying: Will Courts stop misusing misuse?" Comment. Berkeley Technology Law Journal. University of California, Berkeley. Boalt Hall School of Law. Volume 9, Issue 2, 1994, 272 y 276 – 278. Disponible [aquí](#).

²⁰¹ Doctrinarios y jueces refieren a "Morton Salt Co. v. G.S. Suppiger Co., 314 U.S. 488, 493 (1942)" como el primer caso en el que se desprende la doctrina.

abuso que llegue a una violación del derecho de defensa de la competencia para constituir abuso de derecho (*misuse*). El otro punto de vista, por el contrario, argumenta que el titular del derecho de PI debe alcanzar el nivel de violación del derecho de defensa a la competencia para constituir abuso del derecho.²⁰² En este último caso, entra a jugar la interacción entre la PI y la defensa de la competencia.

Existieron varias causas que aplicaron la doctrina, una vinculada al derecho de autor fue la causa **Witmark & Sons v. Jensen**²⁰³. En esta oportunidad la parte actora, miembros de ASCAP, alegaba daños contra la parte demandada por infringir ciertos derechos de autor de su titularidad (música) y a su vez, solicitaba una medida para no violar tales derechos en el futuro. De este modo, la actora expresó que el demandado en autos, quien operó ciertos teatros, ejecutó películas sin primero obtener de esta una licencia de uso. Por su parte, la defensa advirtió que la actora no tenía derecho para solicitar compensación ya que esta pretendió ilegalmente extender su derecho de autor y que el método de hacer negocios de quien reclamaba en autos resultaba violación a la Sherman Antitrust Act.

Los jueces remarcaron en el caso que la actora había adoptado un método o plan de otorgamiento de licencias para la ejecución pública de música en el campo de las películas sonoras que había otorgado un monopolio del 80% de toda la música ejecutada en el mercado de películas sonoras. Teniendo en cuenta ello, los miembros de ASCAP habían obtenido una ventaja económica que excedía lo otorgado al titular del derecho. Así es como, a través de ASCAP rechazaban el otorgamiento de licencias o imponían un monto de licencia exorbitante.

Continuaron indicando que la libre competencia de los miembros de ASCAP para licenciar en forma individual su música efectivamente se frenaba, cuando no resultaba completamente destruida, por el esquema de operación que los miembros de ASCAP habían adoptado, ya que todas las licencias eran otorgadas bajo su control y dominio.

En base a ello, los jueces entendieron que además de extender el monopolio brindado por el derecho de autor, el método utilizado por ASCAP infringía el derecho de defensa de la competencia (sections 1 - 2 of the Sherman Antitrust Act), ya que a través de fijar los precios se generaba un control del mercado y de la competencia.

Adicionalmente, los jueces remarcaron que la actora no debía usar los privilegios otorgados por el derecho de autor contra los intereses públicos.

A modo de conclusión, el tribunal resuelve que los intereses públicos trascienden los derechos de la actora, tanto con relación al reclamo de daños como respecto de la protección futura que se pretende. Cuando la protección tiende a servir para extender el monopolio que brinda el derecho de autor permitiendo un control más allá del apropiado, se debe denegar el reclamo.

Otra causa que trata la doctrina en análisis fue **Lasercomb America, Inc. v. Reynolds**²⁰⁴ que tuvo como objeto de disputa a un programa de computación. En cuanto a los hechos del caso, Lasercomb había desarrollado un programa de computación. En 1983, esta empresa le otorgó licencia a su competidora Holiday Steel sobre ciertas copias del software. Esta última, eludió la protección realizada por Lasercomb y generó copias adicionales no autorizadas del software en cuestión. Con posterioridad, Holiday Steel creó un programa de software llamado "PDS-1000", que resultó una copia casi íntegra del software de Lasercomb.

²⁰² Troy Paredes, *Ob. citado*, 272.

²⁰³ U.S. District Court for the District of Minnesota, *M. Witmark & Sons v. Jensen*, 80 F. Supp. 843 (D. Minn. 1948).

²⁰⁴ U.S. Court of Appeals, Fourth Circuit, *Lasercomb America Inc. v. Reynolds*, August 16, 1990.

En base a ello, Lasercomb reclamó por infracción del derecho de autor, incumplimiento del contrato, apropiación indebida de secretos comerciales, falsa designación de origen, competencia desleal y fraude.

Por su parte, la defensa (Holiday Steel) alegó que asumiendo que Lasercomb contaba con un derecho de autor, hacía abuso del mismo. Esta afirmación sobre el abuso del derecho se basó en las condiciones plasmadas en el acuerdo de licencia estándar de la actora, por medio del cual se restringía a los licenciarios la participación en la producción de un software que cumpliera similares funcionalidades al suyo. Es importante remarcar que la defensa no fue obligada por ese contrato ya que se rehusó a firmarlo.

Los jueces del caso, al analizar la defensa del abuso de derecho (*misuse*), establecieron que la misma es inherente a la ley de derecho de autor. En este sentido, los jueces entendieron que el derecho de autor sirve para el cumplimiento de intereses públicos, el abuso del derecho como defensa debería aplicar para las acciones que infringen esos derechos. Este derecho, tal como el de la patente, busca aumentar el conocimiento humano y las artes a través de recompensar a los autores con derechos exclusivos sobre sus trabajos por un periodo limitado de tiempo. A la vez, la garantía del poder monopólico no extiende su propiedad a obras no cubiertas por derecho de autor.

Por su parte, los jueces entendieron que no era necesaria la infracción del derecho de defensa de la competencia para entender que existía abuso de derecho, indicaron que mientras la violación del derecho de defensa de la competencia probablemente alcance el abuso del derecho de autor, lo inverso no es necesariamente verdad. Por tal motivo, el abuso del derecho no necesita de la violación del derecho de defensa de la competencia para resultar una defensa equitativa contra la acción infringida.

Continuaron diciendo los jueces que Lasercomb sin duda tenía derecho a protegerse contra las copias que se realicen de su software. No obstante, su licencia de uso iba más allá y tendía a suprimir cualquier intento de los licenciarios de implementar independientemente la idea que el software expresaba. Así es que consideraron que no podía negarse que Lasercomb tendía a usar su derecho de autor en una forma adversa a la política pública inmersa en ese derecho.

El abuso del derecho surge del intento de Lasercomb de hacer uso del derecho de autor en su expresión particular, el software, para controlar la competencia en áreas que se encuentran fuera del derecho de autor, como por ejemplo su idea. El hecho de que los demandados no sean parte del acuerdo de licencia que contenía la cláusula de no competencia, no se opone a su defensa de abuso del derecho de autor.

La pregunta que pretende responder el tribunal es si Lasercomb hace uso de su derecho de autor de una manera contraria a las políticas públicas perseguidas, siendo la respuesta afirmativa. Concluyen el fallo resolviendo revocar la medida cautelar y la concesión de daños y perjuicios por infracción al derecho de autor.

Esta doctrina también tuvo acogida en la Unión Europea. Ejemplo de ello es el caso AstraZeneca²⁰⁵ en el que se discutió el abuso del sistema de patentes y de los procedimientos para la comercialización de medicamentos por parte de AstraZeneca a fin

²⁰⁵ Tribunal de Justicia (Sala Primera), asunto C-457/10 P, AstraZeneca AB y AstraZeneca plc vs. Comisión Europea European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA), 06 de diciembre de 2012.

de impedir o retrasar la entrada en el mercado de medicamentos genéricos competidores y de evitar el comercio paralelo.

En cuanto a los antecedentes, AstraZeneca AB y AstraZeneca plc forman parte de un grupo farmacéutico que opera a nivel mundial en el sector de la invención, desarrollo y comercialización de productos farmacéuticos.

En 1999, empresas dedicadas a la producción de medicamentos genéricos presentaron denuncia ante la Comisión Europea en la que denunciaban el comportamiento de AstraZeneca, dirigido a impedirles que introdujeran versiones genéricas del omeprazol en determinados mercados del Espacio Económico Europeo.

La CE declaró que ambas AstraZeneca habían cometido dos abusos de posición dominante, en infracción del artículo 82 CE y del artículo 54 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992, y como consecuencia le impuso multa.

El primer abuso se había configurado por medio de una serie de declaraciones engañosas efectuadas ante las oficinas de patentes de algunos países del EEE, y también ante los tribunales nacionales en dos países del EEE. La Comisión consideró a este respecto que estas declaraciones formaban parte de una estrategia global diseñada para que los fabricantes de productos genéricos estuvieran apartados del mercado.

El segundo abuso consistió en presentaciones de solicitudes de revocación de la autorización previa a la comercialización. La CE reprochó a AstraZeneca la aplicación estratégica del marco normativo para proteger artificialmente de la competencia productos que ya no estaban cubiertos por una patente y para los que el período de exclusividad de los datos había expirado.

AstraZeneca interpuso un recurso de anulación de la Decisión impugnada, el que fue desestimado en gran medida por el Tribunal General de Justicia.

Por su parte, el Tribunal de Justicia debió expedirse sobre el caso ante la interposición de recursos de casación. En dicha oportunidad, el Tribunal de Justicia entendió que constituía infracción grave el abuso de posición dominante consistente en declaraciones engañosas presentadas deliberadamente por una empresa para obtener derechos exclusivos a los que no tiene derecho, o lo tiene por un período más limitado, y que tienen por objeto mantener a los competidores apartados del mercado, así como aquel abuso de posición dominante consistente en que una empresa farmacéutica revoque las autorizaciones de comercialización de las especialidades que produce, que tiene por objeto generar obstáculos a la entrada en el mercado de productos genéricos e importaciones paralelas.

Asimismo, el Tribunal de Justicia expresó que aunque no pueda considerarse que la mera posesión de derechos de propiedad intelectual confiera una posición dominante, sin embargo, sí puede, en determinadas circunstancias, crear tal posición, en particular permitiendo a la empresa que obstaculice la existencia de una competencia efectiva en el mercado. Tal posición no está prohibida, sino solo su uso abusivo.

El Tribunal concluyó la resolución desestimando los recursos de casación interpuestos.

En nuestro país, el instituto del abuso del derecho se encuentra previsto en el art. 10²⁰⁶ del Código Civil y Comercial de la Nación. En palabras de Jorge Joaquín Llambías²⁰⁷, por

²⁰⁶ Art. 10 CCCN.- Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

²⁰⁷ Jorge Joaquín Llambías, *Tratado de Derecho Civil. Parte General. Tomo II*. Ed. Abeledo. Perrot, 1. 2001, 156 a 158.

medio de este instituto se busca determinar y en su caso, sancionar la intención de perjudicar, el ejercicio del derecho con culpa del titular, sin interés o utilidad y/o contrario al fin económico o social del derecho como así también en supuestos de ejercicio contrario al fin de su institución o a la moral.

Por su parte, en cuanto al abuso de posición dominante, además de lo previsto en la ley de defensa de la competencia, el Código Civil y Comercial de la Nación lo establece en el Art. 11²⁰⁸. En definitiva, este instituto es una especie del género de abuso de derecho.

Esta doctrina demuestra que pueden verificarse prácticas que podrían implicar extensión de la protección que otorgan los derechos de PI a aquello que no es susceptible de protección, tal sería el caso de otros productos y/o servicios no alcanzados por el derecho de PI en cuestión, incluso la idea, conceptos matemáticos, métodos de operación o procedimientos en el derecho de autor. Estas conductas contrarias a los fines perseguidos por el marco de propiedad intelectual podrían dar lugar a fundar una defensa de abuso de derecho e incluso apoyar esta postura demostrando un abuso de posición dominante, en favor del bien público que se pretende proteger, el acceso a, y desarrollo de, la innovación.²⁰⁹

La clave estará en la justa medida de aplicar este tipo de defensas ya que si no es concebida de modo correcto podría afectar uno de los fines principales perseguidos por el sistema de PI que es el incentivar a los inventores y creadores a desarrollar trabajos innovadores con la tranquilidad y seguridad que los resultados obtenidos serán protegidos bajo el régimen de propiedad intelectual.

h.- Emboscada de patentes en el establecimiento de estándares (*Patent hold-ups on standard settings*)

Sin perjuicio de entender esta práctica propia y exclusiva del régimen de patentes y por tal motivo considerar que excede el objeto de análisis del presente documento, es relevante identificar la existencia de estas conductas que pueden resultar cuestionadas desde el régimen de defensa de la competencia.

De este modo, desde un enfoque anticompetitivo, una emboscada de patentes ocurre cuando el titular de una patente forma parte de un proceso de establecimiento de normas llevado a cabo por una organización de configuración de estándares (en inglés *standard setting organizations - SSO*) para establecer un estándar para su industria y después de haber incluido su patente dentro del estándar tecnológico adoptado por la SSO, amenaza con hacer efectivos los derechos de su patente esencial para el estándar con el fin de conseguir precios supracompetitivos de parte de otras empresas que utilizan ese estándar para la producción de sus bienes.

En efecto, este problema generalmente ocurre en dos escenarios. Primero, el titular de la patente participa en las operaciones de estandarización y no revela la existencia de derechos de propiedad intelectual relevante para las SSO y luego, una vez que se establece el estándar, intenta extraer pagos de regalías bajo la amenaza de una orden judicial (la llamada emboscada de patentes). Una segunda opción, el titular de la patente primero acepta que su patente se incluya en la norma retenida por las SSO a cambio de un compromiso de licencia de su patente bajo los términos justos, razonables y no discriminatorios (en inglés *fair, reasonable and non-discriminatory terms – FRAND*), y luego

²⁰⁸ Art. 11 CCCN.- Abuso de posición dominante. Lo dispuesto en los arts. 9° y 10° se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales.

²⁰⁹ Silvana C. Rivero, *Tesina de Maestría en Derecho Empresario*. “¿El régimen legal aplicable al software resulta un obstáculo para el desarrollo y generalización de la innovación?”, 2015.

intenta cobrar a los fabricantes que cumplen con las normas estándar en condiciones que difieren los términos FRAND.²¹⁰

En ambos casos imperaría una conducta asociada a la mala fe por parte del titular de los derechos de PI, ya sea al ocultar la titularidad de una determinada invención o por la extralimitación en el ejercicio de sus derechos a través de querer imponer parámetros de licencia no razonables.

En la causa *Unwired Planet v Huawei*²¹¹, resuelto recientemente por la Corte Suprema del Reino Unido, se debatían dos apelaciones en las que se plantearon cuestiones relevantes para el mercado de telecomunicaciones. El caso comprendía acciones interpuestas por infracción a patentes del Reino Unido, las que eran entendidas esenciales para la implementación de estándares internacionales para la telefonía móvil, de modo que no era posible fabricar, vender, usar u operar teléfonos móviles y otros equipos que cumplan con los estándares sin infringir las patentes. Las patentes de este tipo se denominan Patentes Esenciales Estándar ("SEP" sus siglas en inglés). En base a ello, la Corte debió expedirse, entre otros aspectos, sobre las condiciones de licencia bajo términos FRAND.



Universidad de
San Andrés

²¹⁰ Maximiliano Santa Cruz S. y Pilar Trivelli, *Ob. citado*, 5 y 6.

²¹¹ Supreme Court, *Unwired Planet International Ltd and another v Huawei Technologies (UK) Co Ltd and another, Huawei Technologies Co Ltd and another v Conversant Wireless Licensing SARL ZTE Corporation and another v Conversant Wireless Licensing SARL*, 26 August 2020.

Figura 2 – Interacción de derechos

	Conductas	Ejemplos	Paliativos
CONCESIÓN DE DERECHOS	- Concesión y ejecución de dchos. excesivamente amplios debido a bajos estándares o a exámenes poco exhaustivos.	- Exámenes de fondo flexibles (marcas comerciales y patentes de invención) - Inexistencia de exámenes de fondo (derechos de autor)	- Alegar abuso de posición dominante ante el ejercicio amplio de los derechos concedidos y/o reconocidos.
EJERCICIO DE DERECHOS	- Negativa a otorgar acuerdos de licencia (<i>Refusal to deal</i>).	- Denegación de licencias de software en supuestos de no existencia de productos y/o servicios sustitutos.	- Licencias compulsorias (<i>Excepciones legales o jurisprudenciales - Essential facilities</i> , circunstancias excepcionales o <i>Incentives Balancing Test</i>).
	- Cláusulas restrictivas en contratos de licencia u otros acuerdos económicos –intratecnología e intertecnología.	- Fijación de precios de reventa; - Ventas atadas o empaquetamiento de productos; - Cláusula de retrocesión de mejoras; - Exclusividad - Etc.	- Revertir aquellas condiciones entendidas anticompetitivas que impliquen abuso de posición dominante.
	- Consorcios tecnológicos.	- Explotación conjunta de tecnología relativa a un proyecto de Investigación y Desarrollo (I&D). - Explotación conjunta de tecnología con restricciones acordadas sobre clientes, territorio, volumen de producción, campo de aplicación, etc.	- Límites en caso de concentración que da lugar, a través de la tecnología, al manejo del mercado.
	- Concentraciones económicas.	Fusión o adquisición que implique un control de intangibles que perjudique al interés económico general.	- Control de concentraciones.
ACCIONES DE PROTECCIÓN	Reclamos respecto a: - Incumplimiento contractual - Daños y perjuicios - Medidas de no innovar - Etc.	- Acciones por entender incumplidas las limitaciones a licenciatarios para la generación de tecnologías que cumplan la misma funcionalidad o al encuadrarse infracciones derivadas de conductas asociadas al rechazo del otorgamiento de licencias, ventas atadas u oferta bajo condiciones desventajosas.	- <i>Misuse doctrine</i> .

Fuente: elaboración propia

i. Algunas consideraciones sobre la interacción de derechos

Con referencia a los temas abordados en este apartado es preciso ahondar en algunas consideraciones que hacen al logro de un contexto propicio para que la interacción de derechos descripta anteriormente sea posible a nivel local.

1.- Necesidad de garantizar un sistema de defensa de la competencia robusto y eficiente

Este análisis debe partir de una reflexión sobre la situación del sistema de defensa de la competencia en el país, el que se caracteriza por haber tenido un mayor desarrollo en el control de concentraciones que en torno a las conductas anticompetitivas, en las que mayormente se identifica la interacción entre la PI y la defensa de la competencia.

De igual manera, se precisa un involucramiento y mayor conocimiento de los aspectos de la PI que pueden resultar un limitante para la competencia y una afectación al interés económico general por parte de la autoridad de aplicación del régimen de defensa de la competencia.

Para ello, será necesario diagramar iniciativas tendientes a entrenar a las autoridades de DC para la adopción de un papel más activo en esta interacción de derechos. Siguiendo a D'Amore no ha existido un conjunto de casos concretos en los que el organismo de DC tuviera que expedirse respecto a una conducta basada en PI.²¹²

Prueba de las externalidades positivas que pueden derivar de la actuación de este órgano es el reciente caso SADAIC, en el que a pesar de haberse revocado en segunda instancia la multa aplicada por la Secretaría de Comercio basada en una recomendación de la CNDC, se verificaron consecuencias que hacen al logro de un mercado eficiente, tal como se desprende del decreto y la resolución emanada de las autoridades de aplicación, normas en las que se sientan parámetros objetivos a cumplimentar por las sociedades gestoras de derechos.

Atento a esta coyuntura, el ambiente favorable para que la interacción de derechos sea efectiva requiere de esfuerzos del Estado principalmente, encargado de garantizar el ejercicio razonable de los derechos reconocidos en nuestro sistema legal y así velar por cumplir con el alcance tenido en miras al consagrar estas prerrogativas.

2.- Emplear la experiencia del derecho comparado sin desconocer las características a nivel local

Tal como se desprende del análisis de los sistemas de EEUU y UE, la experiencia administrativa alcanzada en esas regiones en torno a la aplicación de los derechos y sus distintas interacciones, ha dado lugar a formular buenas prácticas, directrices, lineamientos, coordinación de acciones, investigaciones y/o estudios conjuntos, entre otras tantas actuaciones tendientes a plantear reglas claras en torno a aquel espacio seguro para el ejercicio de la actividad en el mercado y los límites específicos aplicables. Estos resultados colaboran en forjar un ámbito caracterizado por brindar seguridad jurídica y generación de incentivos adecuados que tengan por fin apostar por emprender, mantenerse y/o evolucionar en el comercio.

Adicionalmente, las doctrinas que han surgido como resultado de la práctica en el ámbito judicial (ej. *Essential facilities*, circunstancias excepcionales, *Incentives Balancing*

²¹² Marcelo D'Amore, *Ob. citado*, 155.

Test, Misuse, etc.) han propiciado un justo balance de los derechos objeto de disputa, que dio lugar a la generación de entornos flexibles, previsibles y ajustados a las particularidades de los casos objeto de análisis.

Rescatar lo positivo del derecho comparado no implica perder de vista las características propias de América Latina y Argentina como país parte de la región. Es decir, no debe optarse por replicar lisa y llanamente normativa y experiencia extranjera. Por el contrario, se trata de tomar aquellos casos de éxito que han tenido lugar en otras latitudes y utilizarlos como punto de partida para el diseño de acciones en términos de políticas públicas adecuadas a la realidad regional.

3.- Hacer uso efectivo de las excepciones y flexibilidades previstas en los tratados internacionales

La trayectoria alcanzada por los derechos de propiedad intelectual en el marco del derecho internacional implica una conquista de estándares que brindan un ambiente de legitimidad a nivel mundial con impacto local. Esto conlleva condiciones favorables para la formulación de medidas regulatorias que sigan los lineamientos propuestos por el entorno global.

De este modo, los tratados internacionales no solo cuentan con el reconocimiento de derechos sino también prevén límites, excepciones y flexibilidades aplicables, algunas pensadas para países en desarrollo. Ejemplo de esto resulta la regla de los tres pasos del Convenio de Berna, las flexibilidades y las pautas sobre prácticas anticompetitivas previstas en el ADPIC, el reconocimiento de la extensión de las limitaciones y excepciones al entorno digital contemplado en el WTO y el Tratado de Beijing, entre otros.

Todo este entramado de lineamientos no ha sido correctamente utilizado por países como la Argentina, donde la industria exige un entorno que impulse y acompañe a los creadores y titulares de obras de PI pero a la vez que permita el acceso y disfrute de estos bienes inmateriales por la sociedad.

4.- Oportunidad para adecuar las normas de propiedad intelectual a los desafíos que presenta la economía del conocimiento

La Argentina se caracteriza por un marco de propiedad intelectual rígido que no ha sido flexibilizado a pesar del dinamismo que los intangibles han sabido expresar en el mercado con el paso del tiempo.

Esta situación presenta desafíos ante una industria del conocimiento que llegó para quedarse y que precisa de incentivos concretos para aquellos creativos e innovadores a cargo del desarrollo de nuevos y mejores productos y/o servicios.

Entre lo que debe ser objeto de debate al plantear alternativas regulatorias para este régimen, se encuentra lo referido al plazo de protección, la falta de limitaciones y excepciones para el uso de los derechos sin autorización del titular, los supuestos de interacción de la PI con el régimen de defensa de la competencia, las específicas particularidades del entorno digital que exige respuestas ágiles y eficaces, etc.

Pretender alcanzar una interacción de los sistemas de PI y DC sin proyectar un avance en el mediano y largo plazo de los marcos regulatorios parte de la dinámica, en el caso la propiedad intelectual, puede implicar obstáculos para su desenvolvimiento, frustrando gran parte de los esfuerzos realizados y conquistas obtenidas en el proceso.

5.- La interacción de derechos demanda la interacción entre las autoridades

No es posible abordar de un modo acabado la interacción de los derechos sin considerar y revalorizar el rol que tienen las agencias administrativas a cargo de aplicarlos.

Ejemplo de esto se desprende de la experiencia extranjera en la que las autoridades a cargo de estos regímenes han demostrado proactividad en la búsqueda de soluciones y la provisión de herramientas a las empresas para diseñar el desenvolvimiento de una actividad comercial sin restringir la competencia. En EEUU se verifica un trabajo conjunto entre la DOJ y la FTC, mientras que en Europa se demuestra una posición activa por la Comisión Europea.

A eso debe sumarse que la interacción entre las autoridades deviene imprescindible para el logro de los objetivos perseguidos en la vinculación de derechos. Un relacionamiento fluido y armonioso dará lugar al reconocimiento de delimitaciones sobre el campo de acción por cada uno pero a la vez evitará superposición de competencias y la adopción de medidas contradictorias.

En el punto siguiente se hará un análisis de cómo puede ser pensada la comunicación y actividad entre la autoridad a cargo del régimen de DC y aquellas con facultades sobre la PI, tomando como base lo previsto en nuestra normativa local de patentes.

6.- Formular propuestas regulatorias con énfasis en innovación y competencia

Es preciso que la elaboración de estrategias sobre políticas públicas esté orientada al fomento de la innovación y creación de valor. En paralelo estas políticas deben ser diseñadas e implementadas en aras de garantizar la sana competencia en el mercado y el bienestar del consumidor.

Para que diversas industrias obtengan éxito, principalmente aquellas basadas en el conocimiento, es esencial la búsqueda constante de la innovación, para ser parte de la cadena de valor y colaborar en el impulso del crecimiento económico. Se trata de procurar adaptarse rápidamente a los cambios y constantes desafíos a innovar que propone el mercado competitivo en las industrias de las que se es parte.

En cuanto a la competencia, la PI cuenta con un importante rol en las estrategias de negocios, forzando a las empresas a ser más competitivas por medio de invertir en tareas de investigación y desarrollo que generen valor agregado en los productos y/o servicios que ofrecen, lo que les brindará oportunidades de entrada al mercado, los posicionará en un mercado ya establecido o ampliará ese mercado por la ventaja competitiva que ofrecen con sus productos y/o servicios.

En miras a cumplir estos objetivos no debe perderse de vista que la competencia es clave para la innovación al impulsar su desarrollo, ya que cuanto más competencia exista más será la necesidad de innovar para ser parte y sostenerse en el mercado; mientras que, a la vez, la existencia de innovación es un factor imprescindible para la competencia en el mercado, la necesidad de innovar desafía a los distintos actores, quienes cuentan con motivaciones que los impulsan a superarse y así perseguir la obtención de una mayor demanda de sus productos y/o servicios por los consumidores.²¹³

²¹³ Ver OCDE, *Competition Policy and Knowledge-Based Capital*, Key Findings, 2013. Disponible [aquí](#).

III.- Interacción entre autoridades

A lo largo de la redacción de este documento surgieron inquietudes acerca de quién resultaría la autoridad de aplicación adecuada para resolver cuestiones de interacción entre los derechos y en particular, quién debería estar a cargo de definir una solución (por ejemplo, licenciamiento compulsivo) frente a la detección de una práctica anticompetitiva.

Tomando como ejemplo lo previsto para el régimen de patentes y a modo de ejercicio práctico, a continuación se intentará brindar algunas reflexiones sobre qué órgano sería competente para decidir la existencia de una conducta anticompetitiva y respecto de la licencia obligatoria propuesta como una posible solución.

Si se tiene en cuenta la normativa aplicable, lo vinculado al licenciamiento compulsivo se encuentra consagrado en el ADPIC en la parte que establece las reglas aplicables al régimen de patentes, tal como se indicó al momento de hacer referencia al marco legal.

De este modo, el artículo 31 del ADPIC dice: "Otros usos sin autorización del titular de los derechos. Cuando la legislación de un Miembro permita otros usos de la materia de una patente sin autorización del titular de los derechos, incluido el uso por el gobierno o por terceros autorizados por el gobierno, se observarán las siguientes disposiciones: ..." (indicando a continuación las condiciones que deberán tomarse en cuenta para el ejercicio de esta facultad de uso sin autorización del titular de la patente)²¹⁴.

En su mayoría las condiciones detalladas en el artículo dan cuenta de la necesidad de intervención y decisión por la autoridad que resulta competente para entender en materia de propiedad industrial, en el caso argentino el INPI, esto mismo debería replicarse para el régimen del derecho de autor, en el que la autoridad competente es la Dirección Nacional del Derecho de Autor. No obstante, es ineludible la participación de la autoridad de defensa de la competencia en lo que respecta a la interpretación de la conducta anticompetitiva de la que resulta perjuicio al interés económico general de acuerdo a lo previsto en la normativa aplicable.

²¹⁴ Artículo 31 del ADPIC. Cuando la legislación de un Miembro permita otros usos de la materia de una patente sin autorización del titular de los derechos, incluido el uso por el gobierno o por terceros autorizados por el gobierno, se observarán las siguientes disposiciones: a) la autorización de dichos usos será considerada en función de sus circunstancias propias; b) solo podrán permitirse esos usos cuando, antes de hacerlos, el potencial usuario haya intentado obtener la autorización del titular de los derechos en términos y condiciones comerciales razonables y esos intentos no hayan surtido efecto en un plazo prudencial. Los Miembros podrán eximir de esta obligación en caso de emergencia nacional o en otras circunstancias de extrema urgencia, o en los casos de uso público no comercial. Sin embargo, en las situaciones de emergencia nacional o en otras circunstancias de extrema urgencia el titular de los derechos será notificado en cuanto sea razonablemente posible. En el caso de uso público no comercial, cuando el gobierno o el contratista, sin hacer una búsqueda de patentes, sepa o tenga motivos demostrables para saber que una patente válida es o será utilizada por o para el gobierno, se informará sin demora al titular de los derechos; c) el alcance y duración de esos usos se limitarán a los fines para los que hayan sido autorizados y, si se trata de tecnología de semiconductores, solo podrá hacerse de ella un uso público no comercial o utilizarse para rectificar una práctica declarada contraria a la competencia tras un procedimiento judicial o administrativo; d) esos usos serán de carácter no exclusivo; e) no podrán cederse esos usos, salvo con aquella parte de la empresa o de su activo intangible que disfrute de ellos; f) se autorizarán esos usos principalmente para abastecer el mercado interno del Miembro que autorice tales usos; g) la autorización de dichos usos podrá retirarse a reserva de la protección adecuada de los intereses legítimos de las personas que han recibido autorización para esos usos, si las circunstancias que dieron origen a ella han desaparecido y no es probable que vuelvan a surgir. Las autoridades competentes estarán facultadas para examinar, previa petición fundada, si dichas circunstancias siguen existiendo; h) el titular de los derechos recibirá una remuneración adecuada según las circunstancias propias de cada caso, habida cuenta del valor económico de la autorización; i) la validez jurídica de toda decisión relativa a la autorización de esos usos estará sujeta a revisión judicial u otra revisión independiente por una autoridad superior diferente del mismo Miembro; j) toda decisión relativa a la remuneración prevista por esos usos estará sujeta a revisión judicial u otra revisión independiente por una autoridad superior diferente del mismo Miembro; k) los Miembros no estarán obligados a aplicar las condiciones establecidas en los apartados b) y f) cuando se hayan permitido esos usos para poner remedio a prácticas que, a resultados de un proceso judicial o administrativo, se haya determinado que son anticompetitivas. La necesidad de corregir las prácticas anticompetitivas se podrá tener en cuenta al determinar el importe de la remuneración en esos casos. Las autoridades competentes tendrán facultades para denegar la revocación de la autorización si resulta probable que las condiciones que dieron lugar a esa autorización se repitan; l) cuando se hayan autorizado esos usos para permitir la explotación de una patente ("segunda patente") que no pueda ser explotada sin infringir otra patente ("primera patente"), habrán de observarse las siguientes condiciones adicionales: ..."

A nivel nacional se puede mencionar la ley de patentes, la que en el artículo 44 incluye un régimen especial de licencias obligatorias fundadas en la existencia de prácticas anticompetitivas. Dispone ese artículo que: “será otorgado el derecho de explotación conferido por una patente sin autorización de su titular, cuando la autoridad competente haya determinado que el titular de la patente ha incurrido en prácticas anticompetitivas.”

Continúa indicando que “A los fines de la presente ley, se considerarán prácticas anticompetitivas, entre otras, las siguientes: a) La fijación de precios comparativamente excesivos, respecto de la media del mercado o discriminatorios de los productos patentados; en particular cuando existan ofertas de abastecimiento del mercado a precios significativamente inferiores a los ofrecidos por el titular de la patente para el mismo producto; b) La negativa de abastecer al mercado local en condiciones comerciales razonables; c) El entorpecimiento de actividades comerciales o productivas; d) Todo otro acto que se encuadre en las conductas consideradas punibles por la Ley número 22.262 o la que la reemplace o sustituya.”.

De la redacción se desprende, por un lado, que la enumeración de las prácticas no resulta taxativa sino más bien enunciativa, dando lugar a la inclusión de otros supuestos de acuerdo al régimen aplicable, y por otro lado, que quien resulta competente para considerar la anticompetitividad o no de una práctica no es otro que el órgano a cargo del régimen de defensa de la competencia.

La reglamentación (decreto 260/96 Anexo II)²¹⁵ prevé un procedimiento a cumplimentar ante la posible existencia de una práctica anticompetitiva, el que parecería no haberse utilizado a la fecha.

Siguiendo el procedimiento previsto en la norma, los pasos serían los siguientes: (i) La autoridad de Defensa de la Competencia determinará la existencia o no de práctica anticompetitiva, previa citación del titular del derecho para el ejercicio de su defensa a través de un descargo para el que se le otorga un plazo de 20 días; (ii) Producido el descargo del titular del derecho o vencido el plazo para producirlo, la autoridad de Defensa de la Competencia deberá determinar la existencia de una práctica anticompetitiva y dictaminará sobre la pertinencia de la concesión de licencias obligatorias y opinará sobre las condiciones de ese ofrecimiento; (iii) El INPI recibirá las actuaciones, disponiendo la publicación de avisos por los que se informe el estudio de ofertas para el otorgamiento de licencias obligatorias, brindando un plazo de 30 días a tal efecto; (iv) Cumplido el plazo, el INPI resolverá concediendo o rechazando la licencia obligatoria.

Una vez descripto el marco legal que resulta de aplicación, es conveniente pensar en los supuestos que pueden darse en la práctica. En este sentido, el caso objeto de análisis podría presentarse ante la autoridad de defensa de la competencia como así también frente

²¹⁵ Artículo 44 Anexo II Decreto 260/96 indica que: “La autoridad competente de la Ley N° 22.262 o la que la reemplazare o sustituya, de oficio o a petición de parte, procederá a determinar la existencia de un supuesto de práctica anticompetitiva, cuando se ejerza irregularmente de modo que constituya abuso de una posición dominante en el mercado, en los términos previstos por el artículo 44 de la Ley y las demás disposiciones vigentes de la Ley de Defensa de la Competencia, previa citación del titular de la patente, para que exponga las razones que hacen a su derecho, por un plazo de VEINTE (20) días. Producido el descargo y, en su caso, la prueba que se ofrezca, dicha autoridad dictaminará sobre la pertinencia de la concesión de licencias obligatorias y opinará respecto de las condiciones en que debieran ofrecerse.

En este último supuesto el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial, recibidas las actuaciones, dispondrá la publicación de un aviso en el Boletín Oficial, en el Boletín de Patentes y en un diario de circulación nacional informando que estudiará las ofertas de terceros interesados en obtener una licencia obligatoria, otorgando un plazo de treinta (30) días para su presentación. Formulada la solicitud o solicitudes, el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial resolverá fundadamente, concediendo o rechazando la licencia obligatoria. Esta resolución será susceptible de los recursos previstos en el último párrafo del artículo 42.

Las decisiones del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial sobre la pertinencia de la concesión y las relativas a la concesión misma o, en su caso, el rechazo de las licencias obligatorias se adoptarán en un plazo que no excederá de los treinta (30 días).”

a la autoridad a cargo del régimen de PI, el INPI o la DNDA según el caso, y generarse de oficio o a petición de parte.

Las preguntas que se desprenden como consecuencia son: ¿Cuál sería el órgano competente para resolver el caso en cada supuesto?, ¿Cuáles serían las limitaciones a la competencia de cada órgano? y ¿Cómo debería ser el proceso a seguir para la resolución del caso?.

En búsqueda de respuestas a estas preguntas, es relevante delimitar el alcance de la competencia de cada órgano. En efecto, la autoridad de Defensa de la Competencia resulta aquella con facultades para identificar cuando nos encontramos ante una conducta anticompetitiva, ya que es quien puede analizar el mercado y los efectos no deseados que una determinada conducta puede generar. En torno a eso, tener en cuenta lo previsto en la ley de patentes en cuanto a las prácticas anticompetitivas que prevé.

Por su parte y siguiendo a Cabanellas²¹⁶, existen ciertos criterios comunes a adoptar para verificar la existencia o no de una conducta anticompetitiva. Entre las cuestiones a considerar está la determinación de si una cláusula o contrato restringe cierta competencia que hubiera existido en ausencia del acuerdo, la computación tanto de los efectos sobre la competencia entre tecnologías y/o dentro del ámbito de quienes usan esas tecnologías. Otra cuestión a tener en cuenta es la identificación de los efectos a corto y largo plazo, estos últimos pueden ser pro o anticompetitivos y compensar los efectos inmediatos. En este sentido, la CNDC es quien se encuentra calificada para entender si existe la presencia de beneficios pro-competitivos o mejoras de eficiencia que puedan contrarrestar los efectos anticompetitivos de tales conductas.

En consideración a algunos de los criterios que deben adoptarse para verificar la existencia o no de una conducta anticompetitiva, como así también los hechos que podrían contrarrestar los efectos desfavorables, se presenta como imprescindible la intervención de la autoridad de defensa de la competencia para resolver sobre el caso.

Por su parte, la autoridad de propiedad intelectual, el INPI en el supuesto de propiedad industrial, es quien concedió la patente y por ende, aquél que se encuentra en mejores condiciones para decidir si la solución adecuada es la concesión de una licencia obligatoria y en su caso, establecer las condiciones de su otorgamiento. Lo mismo es aplicable en el supuesto del derecho de autor, donde la DNDA es quien se encuentra a cargo del registro de las obras y además cumple también funciones de organismo asesor en la materia respecto a otros organismos públicos y privados y público en general.

Esta competencia detectada para cada órgano es la que ayudará a determinar el modo de intervenir de las agencias administrativas a cargo de cada régimen, a pesar de la posibilidad que estas tienen de brindar recomendaciones no vinculantes sobre materia que le compete a la otra por la naturaleza interdisciplinaria de estos supuestos de interacción.

Sin perjuicio de donde se haya dado inicio al trámite, el proceso debería ser igual en ambos casos. Es decir, cada autoridad debería actuar conforme el alcance de su competencia, sea que resulte el organismo en el que se dio origen al trámite o no.

Siguiendo este razonamiento es propicio tener en cuenta el procedimiento previsto a nivel nacional en la ley de patentes, aunque lo allí establecido contemplaría un proceso que se origina ante la autoridad de Defensa de la Competencia, solo prevé supuestos de patentes y además no establece una cooperación de los órganos frente a la decisión que le compete al otro.

²¹⁶ Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Ob. citado*, 214

De todos modos, sea cual fuere el origen de la investigación, lo primero que debe determinarse es la existencia o no de una práctica anticompetitiva, ya que sin esta definición no se debería pasar a la instancia de decidir una solución al problema detectado a través de una licencia compulsoria, es decir, si no existe conducta anticompetitiva cuyos efectos deban ser reducidos o eliminados no habría necesidad de pensar remedios.

Por tal motivo, ya sea que la causa se origine ante la autoridad de defensa de la competencia o ante el INPI, de oficio o por denuncia de parte, en una primera instancia se debería dar intervención a quien se encuentra a cargo del régimen de Defensa de la Competencia.

Definida esa primera participación y más allá que la determinación de una conducta anticompetitiva resulte una competencia exclusiva de la autoridad de defensa de la competencia, es conveniente, cuando no necesario, la participación del INPI o de la DNDA quienes estarán en mejor posición para brindar información con respecto al alcance de la invención/obra protegida y del mercado a la cual está destinada. En definitiva, son estos últimos órganos quienes debieron haber tenido en cuenta estas variables al definir la concesión de la patente o en el caso de obras de derecho de autor, quien cuenta con competencia suficiente para asesorar en la materia.

Según el proceso previsto en nuestra norma local, es plausible la existencia de una instancia de defensa por parte del titular del derecho, ya que es quien se encuentra en mejor posición para brindar y acreditar justificaciones válidas sobre el ejercicio de sus derechos.

Una vez efectuado el análisis del mercado, estudiada la conducta objeto de cuestionamiento y expuesta la posición del titular del derecho de PI, la autoridad de defensa de la competencia estaría en condiciones de resolver sobre la existencia de una conducta anticompetitiva, resolución que debería ser vinculante. Ello, sin perjuicio de las sugerencias al INPI o DNDA en términos de licencia obligatoria, las que deberían formularse como recomendaciones para el órgano que debe resolver sobre la materia, que no es otro que el INPI o la DNDA, según el caso.

Corridas las actuaciones a la autoridad de propiedad intelectual, este órgano es quien debe definir la concesión o no de licencias obligatorias y en su caso, las condiciones que deberán cumplirse ante ese otorgamiento. Esta resolución se debería adoptar atento el análisis efectuado por la autoridad de defensa de la competencia y brindar un plazo, como el previsto en la ley de patentes, por el que se le dé lugar a terceros para que realicen oferta del uso del trabajo sujeto a propiedad intelectual a través de una licencia compulsoria.

Previo a resolver de modo definitivo, sería recomendable brindar una instancia de comunicación a la autoridad de defensa de la competencia sobre el proyecto de resolución del INPI o la DNDA que contemple las medidas a adoptar y sus condiciones, para que la primera esté al tanto de dicha circunstancia y tenga la posibilidad de brindar su punto de vista sobre la solución alcanzada y en cuyo caso, ofrezca alguna sugerencia adicional que sirva para la resolución definitiva.

Cumplida esa instancia, la autoridad de propiedad intelectual debería resolver concediendo o no la licencia compulsoria. Resolución que podrá ser objeto de apelación ante los tribunales.

De lo descripto en forma previa se desprende la necesidad de una efectiva interacción y cooperación por parte de los órganos a cargo del régimen de defensa de la competencia y los de propiedad intelectual para el logro de una resolución que respete el alcance de cada competencia y que dé cuenta de las distintas variables que deben considerarse para alcanzar el objetivo perseguido a través de resolver a favor o en contra del otorgamiento

de una licencia obligatoria sobre un derecho de PI. En efecto, el caso analizado da cuenta de la indispensable participación de ambos organismos para la resolución de casos de interacción de los derechos.

El estudio desarrollado en este capítulo sirve de antesala para el desarrollo de las conclusiones sobre las políticas graduales a implementar para el logro de una efectiva armonía entre los dos regímenes.



Universidad de
San Andrés

“Roads? Where We’re Going,
We Don’t Need Roads.”

Doc Brown, Back to the Future Part II.²¹⁷

E.- CONCLUSIONES

La defensa de la competencia y la propiedad intelectual aspiran a un objetivo común central que es la búsqueda y desarrollo de la innovación. Otra característica que comparten es el fomento del ejercicio razonable de derechos y la pretensión de velar porque este ejercicio se mantenga en su justa medida sin interferir y/o dañar a terceros a través de prácticas abusivas.

Estas visiones que se articulan dan cuenta de las oportunidades que existen en la vinculación y aplicación de estos dos sistemas, lo que se identifica y toma mayor relevancia en las interacciones que hemos descripto con anterioridad, por ej. exámenes laxos para la concesión de derechos de PI donde el régimen de DC puede contar con un papel relevante para delimitar el accionar razonable de ese derecho, o en los casos en que se configura una práctica caracterizada por el abuso de posición dominante que tiende a generar efectos negativos en el bienestar económico general y contrarios a los fines perseguidos al conceder el derecho, donde la mirada de DC puede servir para destrabar esta situación no deseada.

En cuanto a sus fricciones, los resultados obtenidos del análisis permiten reflexionar respecto a que, a pesar de, a simple vista, ciertos preceptos colisionan – garantizar el monopolio *vis a vis* combatir las restricciones a la competencia. Estas diferencias, si bien deben ser consideradas, no cuentan con fuerza suficiente para evadir su interacción. Por el contrario, la inexistencia de razones valederas que impidan su convivencia, colaboran en concluir que hay potencial y pura ganancia si la dinámica entre estos regímenes es bien entendida y se logra que confluyan y se potencien para cumplir con su objetivo común, el impulso de la innovación.

Como resultado de dicho análisis, a continuación se expone una propuesta de políticas públicas tendientes a cumplir los objetivos perseguidos por ambos regímenes vinculados al progreso de la innovación.

De este modo, se sugiere la implementación de políticas de manera gradual para lograr en cada fase propuesta una aproximación un tanto mayor en la coordinación y armonía que se espera de estos institutos para que resulten herramientas eficaces de cara a incentivar el desarrollo tecnológico.

a.- Etapa preliminar

Es importante hacer hincapié en la necesidad de **consolidar el órgano a cargo del régimen de defensa de la competencia** con la convicción que no reforzar sus competencias implicará la frustración de todas las recomendaciones propuestas a continuación. La Argentina no ha tenido una política clara en el fortalecimiento de esta disciplina, por lo

²¹⁷ Steven Spielberg (productor), Robert Zemeckis (director), (1989), Back to the future II, Estados Unidos, Amblin Entertainment.

que considero que es tiempo de darle relevancia y el lugar que merece en el entramado de derechos que resultan parte del marco legal aplicable a nivel nacional.

De este modo, es prioritaria la conformación de la Autoridad Nacional de la Competencia creada por Ley 27.442 a efectos que cumplir de manera acabada con el desempeño de las facultades que por dicha norma se establecen. La postergación de manera indefinida de esta conformación, que genera carencia de legitimidad por quien mientras tanto cumple dicho papel, resulta una prueba contundente de la falta de compromiso asumido para la aplicación efectiva de las pautas previstas bajo el nuevo régimen de defensa de la competencia. En este análisis no se debe perder de vista que la ley anterior (25.156) establecía la creación del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, previsiones que fueron dejadas sin efecto por su falta de concreción.

b.- Primera etapa

La elaboración de **iniciativas que persigan un diálogo fluido** entre los organismos administrativos encargados de aplicar los marcos jurídicos correspondientes a cada disciplina.

Esta **comunicación** puede plantearse en una primera instancia de manera **informal**, contando con herramientas digitales útiles para el logro de este objetivo. Se trata de implementar un **canal abierto de consulta** constante.

Esto puede implementarse en dos niveles, a través de una comunicación en simultáneo o no simultáneo; el primero de los casos puede lograrse por medio del uso de una herramienta de mensajería instantánea común segura; para el segundo de los supuestos es frecuente el uso de un correo electrónico institucional.

Otra alternativa, complementaria a la anterior, es la convocatoria a una **mesa de trabajo**, presencial o virtual, de los distintos organismos, que cuente con cierta periodicidad, como espacio para la comunicación e intercambio de experiencias de la práctica en el sector público y de enriquecimiento para el armado de acciones, ya sea individuales o en conjunto, pero con una idea de coordinar esfuerzos. La experiencia ha demostrado que el estipular una agenda en conjunto interpela a las áreas involucradas en el avance de sus propios proyectos y a la vez, en el armado de propósitos comunes.

De este modo, este tipo de convocatorias en las cuales se suele proponer un día y hora de encuentro y un seguimiento de las propuestas u objetivos diagramados a través de una lista de correos, logra como resultado el armado de una planificación tanto en conjunto como individual y el seguimiento de este proyecto.

En términos de propiedad intelectual y defensa de la competencia podrían aunarse esfuerzos para el diseño de un plan de involucramiento de ambas áreas sobre los desafíos que la propiedad intelectual puede traer en la economía del conocimiento y en este sentido, el modo en que el régimen de defensa de la competencia puede contar con un rol en este escenario.

Más allá de una agenda de trabajo periódica, se podría plantear el armado de **talleres o jornadas** con invitados especialistas en la temática, tanto locales como extranjeros, que aporten claridad y su visión sobre las últimas tendencias en materia de regulación y aplicación de los derechos objeto de competencia de los distintos institutos, direcciones y/o agencias administrativas involucradas. Este tipo de iniciativas y otras tendientes a la capacitación podrían ser útiles como **entrenamiento** de los organismos a cargo de aplicar los derechos para la identificación de sus roles y el adecuado involucramiento con el que

pueden contar a efectos de garantizar el ejercicio de derechos en torno a un mercado eficiente.

De este modo, podría ser de interés la convocatoria de miembros de agencias extranjeras, particularmente de Estados Unidos y la Unión Europea quienes, como se ha intentado graficar, cuentan con trayectoria en la materia y por tal motivo pueden enriquecer a través de su experiencia en la aplicación de los regímenes y ofrecer, asimismo, sugerencias sobre protocolos y/o herramientas a implementar para el logro de los objetivos perseguidos. En efecto, podrían aportar valor a temas tales como la doctrina de los recursos esenciales, circunstancias excepcionales, casos de negativa a negociar, cuestiones referidas a precios excesivos, cláusulas restrictivas en las licencias, los supuestos de comunidad de tecnología, *misuse*, entre otros.

Ello, sin perder de vista las características y necesidades a nivel local y regional, las que podrán ser objeto de análisis a través de un llamado a talleres o jornadas particulares de referentes regionales para el intercambio de ideas y planificación conjunta de políticas convergentes a implementar.

El avance del contacto entre las agencias, podría reflejarse de modo más formal por medio del armado de **protocolos** a seguir por los distintos sectores ante la detección de casos que pueden involucrar ambas ramas del derecho, esto brindará mayor continuidad y estabilidad en los criterios adoptados a lo largo del tiempo.

Lo importante en este relacionamiento es la promoción de un mutuo entendimiento del campo de acción de cada agencia y el nivel de interacción que pueden alcanzar para lograr una coexistencia acorde a los tiempos que corren.

La elaboración de este protocolo debería estar en línea con lo planteado al momento de referirme a la interacción entre autoridades. De este modo, sería adecuado prever el proceso a seguir ante la detección de una conducta cuestionada de ser anticompetitiva, en la que para dicha determinación se precisa de aquella autoridad a cargo del régimen de defensa de la competencia; mientras que para la definición de una solución en el ámbito de la propiedad intelectual, tal el caso de la licencia compulsiva, debe tener intervención la autoridad encargada del sistema de propiedad intelectual.

c.- Segunda etapa

Avanzada esta sincronización inicial que se plantea, los organismos a cargo, tanto aquellos encargados de la aplicación de las normas de propiedad intelectual, como aquel vinculado a la defensa de la competencia, estarían en condiciones de emitir **guías, buenas prácticas, directrices y códigos de buena conducta**, ya sea de modo individual o en conjunto, que persigan brindar recomendaciones y/o lineamientos de utilidad para los titulares de derechos en su actuar en el mercado. Estos documentos servirán para establecer claridad en los criterios adoptados y delimitar el accionar permitido logrando lo que en derecho comparado se denomina puerto seguro, que garantiza un ámbito de acción en el ejercicio de derechos. Asimismo, estas guías servirán para prevenir abusos en el disfrute de las prerrogativas en juego.

En esta oportunidad, deberían establecerse supuestos en que serán de aplicación las flexibilidades previstas en los tratados internacionales, incluyendo la aplicación de licencias compulsorias para ciertos casos de negativa a licenciar y ejemplos en que resultan de aplicación doctrinas como la de recursos esenciales o circunstancias excepcionales.

Todo ello, brinda reglas claras para los distintos actores del ecosistema y colabora en la definición precisa de los incentivos a tener en mira al momento de analizar y emprender un determinado proyecto tecnológico.

En efecto y en referencia a los derechos de autor, a través de estas guías o directrices podría justificarse el otorgamiento de una licencia obligatoria frente a la negativa a licenciar un software necesario para el desarrollo de aplicaciones que resulten compatibles con este y que tienen por destino un mercado secundario distinto al del software cuya licencia se pretende. También se podrían establecer parámetros a tener en cuenta al perfeccionar acuerdos entre empresas tecnológicas con el objetivo de conformar una comunidad de tecnología, de los que se desprendan qué condiciones se encuentran avaladas y aquellas que se consideren contrarias a la competencia.

En esta fase, sería de utilidad el armado de **espacios bajo un modelo de múltiples partes interesadas (multistakeholder)**, muy utilizado en el entorno de Internet, por el cual los distintos actores que forman parte del ecosistema, entre ellos el sector privado, se involucran brindando aportes para mejorar la aplicación de derechos. La apertura y adopción de contribuciones generará que la construcción de estas guías, buenas prácticas, directrices y/o códigos de conducta resulte legitimada por los distintos sectores que deben implementarlas e incluso, para quienes impacta.

De este modo, a través de aportes por parte del sector privado se podrían prever aquellos supuestos que resultan excepción a la regla atento las particulares características de una industria específica. Un ejemplo en torno al derecho de autor podría ser la necesidad de usar una tecnología en particular para el ofrecimiento de servicios (ej. en el sector salud), cuando estos precisan obtener compatibilidad entre sí para cumplimentar los requisitos exigidos por la regulación aplicable (ej. historia clínica digital) de acuerdo a la normativa vigente.

Por último, plantear **memorandos de entendimiento o alianzas estratégicas**, tendientes a la promoción de determinadas acciones coordinadas para una mejor comprensión de la aplicación del derecho en estas ramas, incluso pueden ser resultado de estos acuerdos la elaboración de estudios sobre temáticas de interés para ambas áreas.

Estos memorandos o alianzas podrían resultar de interés para compartir información relevante sobre los casos objeto de análisis y aquellos que resultaron descartados, como así también para el armado de estudios de los que se desprenda el tipo de conducta, cantidad y frecuencia de los casos con interacción de derechos, por ejemplo, computar aquellos supuestos de negativa a licenciar o los correspondientes a restricciones a las licencias, entre los que se podría verificar casos de ventas atadas o provisiones sobre exclusividad.

d.- Tercera etapa

En una tercera instancia, consolidada la vinculación entre los organismos, es preciso focalizar los esfuerzos en establecer políticas a mediano y largo plazo, vinculadas tanto a plantear **reformas en la normativa vigente, como en la competencia y funciones** que debería tener cada organismo, diagramar la creación de un sector encargado de la vinculación entre ambas agencias o incluso pensar en la creación de una agencia que cuente con ambas competencias para el aseguramiento de la coordinación perseguida. Esto último es lo que sucede con el INDECOPI en Perú, en el que existe un área de competencia desleal, libre competencia y propiedad intelectual.

Referentes de una de las áreas de INDECOPI expresaron que en la práctica las interacciones son sencillas, pueden darse reuniones entre las distintas secretarías técnicas.

Incluso se dan casos en los que se solicitan informes escritos u opiniones técnicas de aquella área que resulta especialista en la materia. Esta dinámica se logra por comprender en una misma estructura a las distintas áreas, lo que permite fluidez en la comunicación. En igual sentido, indican que existen protocolos a nivel general para la comunicación interna entre las distintas secciones, pero que no hay uno específico para la coordinación entre los encargados del régimen de defensa de la competencia y los de propiedad intelectual.

Poniendo como ejemplo regulatorio el caso argentino, la norma de defensa de la competencia recibió recientemente una reforma integral, siendo aprobada la ley 27.442, en la que se pensó una nueva estructura para la autoridad de aplicación procurando mayor autonomía y de este modo, independencia de los poderes del Estado. Habrá que verificar si cuenta con éxito en su implementación ya que, como he marcado previamente, existieron intentos pasados en lograr este tipo de objetivos, tal es el caso de la ley 25.156, sin haber alcanzado aquellos fines perseguidos por la norma en términos de la autoridad a cargo de la aplicación del régimen.

No ha tenido la misma suerte de reforma la normativa vinculada a la propiedad intelectual, más allá de las iniciativas planteadas para la apertura de una consulta pública con la finalidad de recabar opiniones de los distintos actores involucrados en la temática, existen muchos intereses en juego en este ámbito. Además no se identifica una política de Estado tendiente a evaluar con seriedad el ejercicio y límites de los derechos y plantear flexibilidades para el mayor aprovechamiento de estas prerrogativas, las que resultan de gran importancia en una industria basada en intangibles, como la que se pretende fomentar a nivel local por medio de la ley de economía del conocimiento (27.506) adoptada en el año 2019 por el Congreso de manera unánime, con modificaciones parciales que recientemente fueron adoptadas.

En definitiva, se debe aspirar a introducir cambios en la norma de PI que se ajusten a estos tiempos en los que la tecnología llegó para quedarse, velando por evitar la ambigüedad, procurando objetividad en las reglas y tendiendo a obtener efectivos resultados. En este recorrido pueden resultar de utilidad modelos propuestos a nivel internacional como el planteado por países que conforman la OCDE, a través del *Regulatory Impact Analysis* (RIA), ejemplo de una tendencia caracterizada por la formulación de políticas públicas con base fáctica, de cuya implementación deriva un incremento en la calidad de las políticas y regulaciones formuladas.

En línea con la necesidad de plantear cambios en la normativa, en especial con el objetivo de contemplar aquellos desafíos que exigen las nuevas tecnologías, es importante procurar que quien esté a cargo de estos marcos legales cuente con autonomía para el desempeño de sus funciones y además asegure el cumplimiento con principios tales como el de transparencia, independencia, razonabilidad, proporcionalidad, entre otros necesarios para el aseguramiento de la objetividad y autonomía en su aplicación.

Sumado a ello, se debe garantizar que estos organismos encargados de hacer cumplir las normas posean recursos, tanto de capital humano como financieros. Esta circunstancia asegurará análisis e investigaciones de necesaria elaboración, como así también el *enforcement* que se precisa para la aplicación de medidas adecuadas a efectos de evitar, o al menos menguar, prácticas abusivas.

Complementario al procedimiento aplicable ante la interacción de regímenes y desde el plano de limitaciones al derecho de autor, entiendo necesario abogar por mayores

límites al derecho en los que se consideren los desafíos que el entorno tecnológico propone.²¹⁸

La incorporación de excepciones acordes a las necesidades actuales, evitará prácticas que excedan los derechos que se pretenden amparar, lo que colaborará con la sana competencia que a través del régimen de defensa de la competencia se quiere garantizar. En este sentido, considerar prácticas que se identifican en el entorno digital, tales como *copyright troll*²¹⁹, la que no fue objeto de análisis por entender que excede este estudio.

El diálogo sobre los cambios que se precisan a nivel normativo puede partir de principios que sienten bases comunes y sirvan como punto de partida para avanzar en una discusión constructiva sobre el marco normativo que mejor se adapte a las exigencias de una economía basada cada vez más en el conocimiento y la digitalización de la información.

e.- Cuarta etapa

Con el objetivo de identificar si las metas perseguidas a través de las políticas públicas elaboradas fueron alcanzadas se precisa garantizar, en esta última etapa, una revisión de aquello que fue aprobado e implementado.

Obtenidos estos resultados, se abrirá una instancia de verificación de lo que implicó un avance del *statu quo* y lo que es necesario ajustar o reformular. Una herramienta que puede ser de gran utilidad es el armado de una encuesta destinada a todos los actores que conforman el ecosistema en el que estas reglas son aplicadas, quienes estarán en óptimas condiciones para brindar ejemplos prácticos y puntos de vista tendientes a perfeccionar las metas perseguidas en términos de políticas públicas.

Luego resta plantear y elaborar un esquema con oportunidades de mejora, lo que permitirá ajustar, cambiar y/o actualizar las políticas formuladas. Adaptación que requerirá de una más ágil dinámica para que los marcos regulatorios no pierdan vigencia en el corto plazo y por el contrario, se caractericen por ser sostenibles en el tiempo.

San Andrés

²¹⁸ Un ejemplo es la normativa de Chile aprobada en 2010 (20.435), , entre otros casos regionales que avanzaron en este sentido, la que incorpora el artículo 71 ñ limitaciones al uso de los derechos derivados de los programas de computación. De este modo, establece como excepciones novedosas (i) las actividades de ingeniería inversa sobre una copia obtenida legalmente de un programa computacional que se realicen con el único propósito de lograr la compatibilidad operativa entre programas computacionales o para fines de investigación y desarrollo y (ii) las actividades que se realicen sobre una copia obtenida legalmente de un programa computacional, con el único propósito de probar, investigar o corregir su funcionamiento o la seguridad del mismo u otros programas, de la red o del computador sobre el que se aplica.

²¹⁹ Entendida como la situación en que una parte ejerce acciones legales para hacer cumplir los derechos de autor que están bajo su titularidad con el propósito de lucrar a través de un litigio, de una manera considerada excesivamente agresiva y/u oportunista, generalmente sin producir o licenciar las obras que posee para la distribución. Mayormente utilizado el término "Patent troll" vinculado a la práctica en el régimen de patentes.

Figura 3 - Propuesta de políticas públicas

ETAPAS	DESCRIPCIÓN
<i>Preliminar</i>	Consolidar el órgano a cargo del régimen de Defensa de la Competencia
<i>Primera</i>	<p>Diálogo fluido:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Canal abierto de consultas (Ej. mensajería instantánea, correos electrónicos institucionales) - Mesa de trabajo (presencial o virtual) <p>Talleres o jornadas (entrenamiento) – con invitación de expertos locales y extranjeros y/o miembros de agencias extranjeras y/o referentes regionales.</p> <p>Protocolos comunes</p>
<i>Segunda</i>	<p>Guías, buenas prácticas y/o directrices</p> <p>Espacios bajo un modelo <i>multistakeholder</i></p> <p>Memorandos de entendimiento o alianzas estratégicas</p>
<i>Tercera</i>	Reformas en la normativa vigente (incluyendo las competencias y funciones de los órganos de aplicación)
<i>Cuarta</i>	<p>Tareas de revisión</p> <p>Identificación de avances o necesidades de ajustes o reformulaciones</p> <p>Armado de encuestas</p> <p>Esquema con oportunidades de mejora</p>

Fuente: Elaboración propia

Estas son algunas de las acciones en términos de políticas públicas a aplicar para el logro del efectivo equilibrio y armonización entre los dos marcos legales, con el objetivo de que su aplicación resulte efectiva para el mantenimiento e incluso el aumento de incentivos para quienes desarrollan intangibles en sus diversas variantes.

En esta búsqueda, es imprescindible identificar que sin una política integral tendiente a establecer reglas de juego acordes a una economía que se basa cada vez más en la información y el conocimiento y que tenderá en mayor medida a contar con impacto en un mercado digital en constante ascenso, los esfuerzos del resto de los sectores de la sociedad involucrados no obtendrán el éxito deseado.

Para la determinación de políticas como las aquí propuestas, es importante tomar conciencia de nuestro potencial en capital humano, lo que como país en desarrollo, podría resultar una ventaja competitiva a nivel internacional. Pero eso no será posible sin el acompañamiento del Estado, quien debe garantizar seguridad jurídica y un entorno favorable para el desenvolvimiento y la evolución de esta industria basada en el conocimiento y en lo digital.

La definición y aseguramiento de constancia y continuidad en el armado de una estrategia política y su implementación en el corto, mediano y largo plazo, es clave para identificar oportunidades, potenciar las capacidades existentes de quienes crean, proyectar negocios basados en intangibles y lograr el progreso económico que promete este entorno.

Una combinación óptima de los dos regímenes podría llevar a la actividad innovadora a un siguiente nivel, esto generaría incentivos para las compañías y podría atraer inversión para el financiamiento de los proyectos.



Universidad de
San Andrés

F.- BIBLIOGRAFÍA

Libros, publicaciones académicas y artículos de publicación

- Bensadon, Martín, *Derecho de Patentes*, 1ª ed., Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012
- Cabanellas de las Cuevas, Guillermo y Serebrinsky, Diego H, *Derecho antimonopólico y de Defensa de la Competencia*, Tomo 1, Buenos Aires: Ed. Heliasta, 2017.
- Cabanellas de las Cuevas, Guillermo y Serebrinsky, Diego H, *Derecho antimonopólico y de Defensa de la Competencia*. Tomo 2, Buenos Aires: Heliasta, 2017.
- Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, *Contratos de licencia y transferencia de tecnología en el derecho económico*, Buenos Aires: Ed. Heliasta, 2010.
- Coloma, Germán, *Defensa de la Competencia*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, Edición 2ª, 2009.
- Correa, Carlos, *A Competition Approach to Intellectual Property Protection*, 1 November 2007. Disponible en: <https://www.ictsd.org/bridges-news/bridges/news/a-competition-approach-to-intellectual-property-protection>
- D'Amore, Marcelo, coordinador, *Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual*, Buenos Aires: B de F. 2015.
- Del Pino, Miguel, “¿Son los precios abusivos una conducta anticompetitiva?”, *La Ley*, Octubre, 2019.
- Drexel, Josef. “The concept of trade-relatedness of intellectual property rights in times of post trips bilateralism” en *TRIPS plus 20*. Hanns Ullrich, Reto M. Hilty, Matthias Lamping y Josef Drexel (eds.). Ed. Springer. 2016.
- Emery, Miguel Ángel, *Propiedad Intelectual. Ley 11.723*, Buenos Aires: Astrea. 2019.
- Greco, Esteban y Viicens, M. Fernanda, *Defensa de la competencia, Propiedad Intelectual y la figura de Precios Excesivos en Argentina*, 12 de mayo de 2020.
- Isaacson, Walter, *Steve Jobs, The Biography*, 7 ed., Buenos Aires: Debate. 2012.
- Kirzner, Israel M. *Competencia y función empresarial*. Madrid: Biblioteca de la Libertad, 1975.
- Kolosh V. y Borysenko, O., “Intellectual Property Rights and Competition”. *Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv. Economics*, 2017; 6 (195): 6-11, Disponible en: <https://doi.org/10.17721/1728-2667.2017/195-6/1>
- Lessig, Lawrence, *Code Version 2.0.*, Estados Unidos: Ed. Basic Books, 2006.
- Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Parte General, Tomo II*, Ed. Abeledo Perrot, 1. 2001.
- Marzetti, Maximiliano, “¿Antagonismo o complementariedad? Breve aproximación a la compleja y poco estudiada relación entre propiedad intelectual y derecho de la competencia – una perspectiva latinoamericana”, *Rev. Derecho Competencia*, Bogotá (Colombia), vol. 8 N° 8, 141-158, enero-diciembre 2012.
- Motta, Massimo, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004.

- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Principios básicos de la propiedad industrial*. 2016. Disponible en: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_895_2016.pdf
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos*, 2016, Disponible en: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_909_2016.pdf
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Reseñas de los convenios, tratados y acuerdos administrados por la OMPI*, 2013. Disponible en: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/intproperty/442/wipo_pub_442.pdf
- Otamendi, Jorge, *Derecho de marcas*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2017.
- Paredes, Troy. "Copyright misuse and tying: Will Courts stop misusing misuse?" Comment. Berkeley Technology Law Journal. University of California, Berkeley. Boalt Hall School of Law. Volume 9, Issue 2, 1994. Disponible en: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1114932?ln=en>.
- Rivero, Silvana C., *Tesina de Maestría en Derecho Empresario*. "¿El régimen legal aplicable al software resulta un obstáculo para el desarrollo y generalización de la innovación?", 2015.
- Rogak, Lisa, *The impatient Optimist: Bill Gates*, Buenos Aires: Aguilar, 2013.
- Santa Cruz Scantlebury, Maximiliano and Trivelli, Pilar, *Interaction between Intellectual Property and Competition Laws*. E15Initiative. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and World Economic Forum, 2016. Disponible en: <http://e15initiative.org/wp-content/uploads/2015/09/E15-Competition-Santa-Cruz-Scantlebury-and-Trivelli-FINAL.pdf>
- Schmidt, Eric and Cohen, Jared, *The New Digital Era*, London: John Murray, 2013.
- Singh, Sumanjeet. *Innovation, intellectual property rights and competition policy, Innovation and Development*, 5:1, 147-164, 2015. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/2157930X.2014.1003450>
- Song, Sylvia, "Competition law and interoperability in cloud computing", *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice* (2017), Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2017.05.005>
- Trevisán, Pablo, Del Pino, Miguel y Chamatropulos, Demetrio Alejandro, Del Pino, Miguel, directores, *Comentarios a la ley de defensa de la competencia*, Buenos Aires: La Ley, 2018.
- Villalba, Carlos A. y Lipszyc, Delia, *El derecho de autor en la Argentina*, Buenos Aires: La ley. 2009.
- Weinstein, Samuel Noah. "United States v. Microsoft Corp.", *Sherman Act violations: Monopolization: tying*. 279 – 284. Disponible en: https://btlj.org/data/articles2015/vol17/17_1_AR/17-berkeley-tech-l-j-0273-0294.pdf

Artículos periodísticos y comunicados de prensa

Comisión Europea, Comunicado de prensa, Fusiones: La Comisión aprueba la adquisición de Skype por Microsoft, Disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-1164_en.htm

Comisión Europea. Comunicado de prensa. Fusiones: la Comisión aprueba la adquisición de LinkedIn por Microsoft, sujeto a condiciones. Bruselas 6 de diciembre de 2016. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_16_4284

European Commission, Press release, *Antitrust: European Commission welcomes Apple's announcement to equalise prices for music downloads from iTunes in Europe*, January 2008, Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_08_22

European Commission, Press release, *Competition: European Commission confirms sending a Statement of Objections against alleged territorial restrictions in on-line music sales to major record companies and Apple*, April 2007. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_07_126

European Commission, Press Release, Mergers: Commission clears Bayer's acquisition of Monsanto subject to conditions, March 2018. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_2282

European Commission, Press Release, Mergers: Commission clears merger between Dow and Dupont subject to conditions, March 2017. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_772

Documentos oficiales

Tratados internacionales

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, Marruecos: el 15 de abril de 1994.

Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886 enmendado en 1979.

Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, 20 de marzo de 1883 enmendado el 28 de septiembre de 1979.

Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996.

Argentina

CNDC, Guías para el Análisis de Casos de Abuso de Posición Dominante de Tipo Exclusorio. Mayo de 2019, 10 – 12. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guias_abuso_posicion_dominante.pdf

CNDC, Proyecto de lineamientos para el análisis de los casos de abuso de posición dominante, Versión preliminar, septiembre de 2018.

CNDC, Proyecto de guía para la notificación de operaciones de concentración económica, Versión preliminar, febrero 2019.

Secretaría de Comercio, Resolución 208/2018, Aprobación de los Lineamientos para el Control de las Concentraciones Económicas, abril 2018.

Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, 2014.

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, *Problemas de competencia en el sector de distribución de programas de televisión en la Argentina*, Febrero de 2007.

INPI. Directrices sobre Patentamiento, 2003.

Ley 11.723 Propiedad Intelectual, 1933.

Ley 24.481 según Decreto 260/96, Ley de Patentes, 1996.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Secretaría de Turismo. Resolución Conjunta 2/2019, 03/12/2019.

Poder ejecutivo. Decreto 600/2019, República Argentina.

Secretaría de Comercio, Resolución 371, 26.06.2018 y CNDC, Dictamen 43, 17 de mayo de 2017.

Ley 27.506, Régimen de Promoción de la Economía del Conocimiento, 2019.

Unión Europea

Comisión Europea, Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2011/C 11/01).

Comisión Europea, Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes (2009/C 45/02), 24 de febrero de 2009.

Comisión Europea, Reglamento (UE) número 316/2014 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología, de 21 de marzo de 2014.

Comisión Europea. Directrices relativas a las restricciones verticales, Bruselas: 10.5.2010 SEC -2010.

Consejo de la Unión Europea. Reglamento n° 139/2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas, 20 de enero de 2004.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Official Journal C 326, 26/10/2012 P. 0001 – 0390).

EEUU

Department of Justice, *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act: Chapter 2*, 2015.

EEUU Departamento de Justicia y Comisión Federal de Comercio, Comunicado de prensa, *Pautas antimonopolio actualizadas para la concesión de licencias de propiedad intelectual*, 13 de enero de 2017. Disponible en: <https://www.justice.gov/opa/pr/doj-and-ftc-issue-updated-antitrust-guidelines-licensing-intellectual-property>

EEUU Departamento de Justicia y Comisión Federal de Comercio, *Directrices antimonopolio para la concesión de licencias de Propiedad Intelectual*, 1995.

Sherman Antitrust Act (1890).

U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, *Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting innovation and competition*, 2007.

Otros documentos

Ver OCDE, *Competition Policy and Knowledge-Based Capital, Key Findings*, 2013.
Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/Knowledge-based-capital-%20KeyFindings2013.pdf>

Casos administrativos y/o judiciales

Unión Europea

Comisión Europea, Decisión relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 82 del Tratado CE (asunto COMP/C-3/37.792 — Microsoft), 24 de marzo de 2004.

Comisión Europea, Decisión relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 82 del Tratado CE y al artículo 54 del Acuerdo EEE contra Microsoft Corporation, 24 de mayo de 2006, (asunto COMP/C-3/37.792 — Microsoft).

Comisión Europea. Decisión relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 82 del Tratado CE y el artículo 54 del Acuerdo EEE contra Microsoft Corporation (Caso COMP/C-3/37.792 — Microsoft), 24 de mayo de 2004.

Corte Europea de Justicia (Sala Segunda), Sentencia de fecha 14 de septiembre de 2017, Case C-177/16.

Court of First Instance (Grand Chamber), Case T-201/04, Microsoft Corp. v. Commission of the European Communities, 17 September 2007.

Supreme Court, Unwired Planet International Ltd and another v Huawei Technologies (UK) Co Ltd and another, Huawei Technologies Co Ltd and another v Conversant Wireless Licensing SARL ZTE Corporation and another v Conversant Wireless Licensing SARL, 26 August 2020.

Tribunal de Justicia (Sala Primera), asunto C-457/10 P, AstraZeneca AB y AstraZeneca plc vs. Comisión Europea European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA), 06 de diciembre de 2012.

Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1995, RTE & ITP v. Commission [1995] ECR I-743, conocido como caso "Magill", en AC C-241 P y C-242 P.

Tribunal de Justicia, Sala Quinta, IMS Health GmbH & Co. OHG v NDC Health GmbH & Co. KG., 29 de abril de 2004.

EEUU

The District of Columbia Circuit, U.S. v. Microsoft Corporation [Browser and Middleware], No. 00-5212, Thursday, June 28, 2001.

Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas. Asunto T-201/04. Microsoft Corp. c/ Comisión de las Comunidades Europeas, 17.09.2007.

Tribunal Supremo de los Estados Unidos, Brenner v. Manson, 383 U.S. 519 (1966).

U.S. Court of Appeals, Fourth Circuit, Lasercomb America Inc. v. Reynolds, August 16, 1990.

U.S. District Court for the District of Minnesota, M. Witmark & Sons v. Jensen, 80 F. Supp. 843 (D. Minn. 1948).

U.S. District Judge, United States of America, Plaintiff, v. Microsoft Corporation, Defendant, Civil Action No. 98-1232 (TPJ), Jun 07, 2000.

U.S. District Judge, United States of America, Plaintiff, v. Microsoft Corporation, Defendant, Civil Action No. 98-1232 (TPJ), April 03, 2000.

U.S. Supreme Court, Broadcast Music, Inc. v. CBS, Inc., 441 U.S. 1 (1979).

United States District Court for the District of Columbia. United States of America, Plaintiff v. Microsoft Corporation, defendant. Final Judgement, November 12, 2002.

Argentina

CCCF - Sala III, Causa Nro. 7971/2018/CA1, 20.08.2019, Federación Empresaria Hotelera Gastronómica de la República Argentina c/ SADAIC y otro s/ apel. res. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

CNFed. Civil y Com., sala II, Expte. 22.466/1996, "Ceramicol SA v. Celoplast Plastificadora SA S/Cese de oposición al registro de marca", 13/2/2003.

CNFed. Civil y Com., sala II, Expte. 3147/1992, "Aerosilla S.A.I.C. c/ Los Cocos S.A. S/Varios Propiedad Industrial e Intelectual", 12.03.96.

CNFed. Civil y Com., sala II, Expte. 4827/95, "Kellogg Company c/ Pehuamar SA S/Cese de uso de marcas. Daños y perjuicios", 25.02.2003.

CNFed. Civil y Com., sala III, Expte. 10.366/2006, "Cerealko SA c/ Pepsico de Argentina SRL s/ Cese de uso de marca", 22.12.2011.

CNFed. Civil y Com., sala III, Expte. 4673/1997, "Adidas AG c/ Foiguel, Rubén Marcelo"s/Cese de oposición al registro de marca, 16.08.2001.

Ministerio de Comercio e Intereses Marítimos, Tiboni y Cia S.R.L. c/ Sorensen y Cia S.R.L., agosto 26, 1981.CNCD, Resolución 363/2018, de fecha 22/06/2018, correspondiente al Dictamen CNCD N° IF-2018-28922880-APN-CNCD#MP, en el expediente caratulado: "Molinos s.a.u., Molinos Río de la Plata s.a., Intercontinental Great Brands LLC y Mondelez Argentina s.a. s/ notificación art. 8° de la ley 25.156 (Conc. n° 1173)"

CNCD, Resolución RESOL-2018-136-APN-SECC#MP, de fecha 14/03/2018, correspondiente al Dictamen CNDC N° IF-2018-06455426-APN-CNDC#MP, en el expediente caratulado: "Anheuser-Busch Inbev N.V /SA y Sabmiller PLC s/ notificación art 8 de la ley 25.156 (Conc.1375)".

Chile

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. El Golfo Comercial S.A. c/ Capuy S.A. N° 30-2005, Rol 58-2004, 21.09.2005.

Obras cinematográficas

Steven Spielberg (productor), Robert Zemeckis (director), (1989), Back to the future II. Estados Unidos, Amblin Entertainment.



Universidad de
San Andrés