

SECCIÓN II

ARTÍCULOS AUTORES INTERNACIONALES



**¿ANTAGONISMO O COMPLEMENTARIEDAD?  
BREVE APROXIMACIÓN A LA COMPLEJA  
Y POCO ESTUDIADA RELACIÓN ENTRE  
PROPIEDAD INTELECTUAL Y DERECHO  
DE LA COMPETENCIA - UNA PERSPECTIVA  
LATINOAMERICANA**

MAXIMILIANO MARZETTI\*

RESUMEN

En el presente trabajo, resalto la importancia creciente que va adquiriendo el cruce entre propiedad intelectual y el derecho de la competencia, acelerado por el veloz avance tecnológico. Señalo los puntos de contacto y las diferencias entre las disciplinas e ilustro los desafíos y las oportunidades con casos provenientes del derecho comparado. Finalmente, abogo por estudios multidisciplinarios y comparados en nuestra región.

---

\* Profesor de Derecho y Economía de la Propiedad Intelectual en la Maestría de Propiedad Intelectual, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) - Argentina.

**Palabras clave:** propiedad intelectual, patentes, derecho de autor, derecho de la competencia, análisis económico del derecho, contratos de licencia, pooles de patentes.

**ANTAGONISM OR COMPLEMENTARITY?  
A BRIEF APPROACH TO THE COMPLEX AND NOT  
LARGELY STUDIED RELATIONSHIP BETWEEN  
INTELLECTUAL PROPERTY AND COMPETITION  
LAW – A LATIN AMERICAN PERSPECTIVE–**

*Abstract*

*In this article, I highlight the increased importance of the relationship between intellectual property and competition law, accelerated by the fast pace of technological change. There are both differences and similarities. I illustrate the challenges and opportunities with leading cases from Comparative Law. Finally, I advocate multidisciplinary and comparative studies in our region.*

**Key words:** *intellectual property, patents, copyrights, antitrust law, law & economics, licensing agreements, patent pools.*

1. EXORDIO

*Prima facie* pareciera que la relación entre Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia fuera como la de perros y gatos. Ahora bien, si tomamos distancia y adoptamos una visión sistémica veremos que la aparente oposición entre ambos cuerpos normativos no es tan evidente y que sus puntos de contacto son muchos y complejos.

Quizás, hasta podamos hablar de una especie de complementariedad. Normativas de Propiedad Intelectual y de libre competencia son necesarias y complementarias en aras de una *ecología de mercado sustentable* en el marco de lo que se llama economía del conocimiento. Esta *knowledge economy* se caracteriza por la revalorización del conocimiento como fuente de riqueza. Pero no cualquier información es valioso, tan solo aquella útil y que pueda ser objeto de transacción (*activos intangibles*). Sin embargo, la apuntada complementariedad no significa que la relación entre normas de PI y competencia esté libre de roces y de áreas grises.

Por tales razones hoy más que nunca el estudio de la interrelación entre la regulación de la propiedad intelectual y de la competencia adquiere preponderancia y requiere de mayor y mejor atención de parte del regulador, de los empresarios y de los operadores jurídicos, particularmente en América Latina donde existe un vacío doctrinario y hasta normativo. Si nuestras economías emergentes quieren subirse al tren de la economía del conocimiento habrá que tomar en cuenta este desafío. En los próximos párrafos intentaré enmarcar conceptualmente esta compleja, incipiente e intrigante cuestión.

## 2. DIVERGENCIA

Empecemos por las diferencias. Existen evidentes contrastes entre ambos cuerpos normativos, como se reseña en la Figura 1 (ver abajo). Quizá la distinción central entre ambos sea que mientras la propiedad intelectual concede monopolios el derecho de la competencia los combate. Vale la pena detenerse aquí para hacer una salvedad. Si bien los derechos de propiedad intelectual son, en términos económicos, monopolios legales dicha situación fáctica no constituye per se una conducta anticompetitiva. Por ejemplo, una patente sobre una nueva droga concede un fuerte monopolio de explotación sobre el fármaco reivindicado, pero de

ello no necesariamente debe deducirse falta de competencia en el mercado respectivo, ya que dependerá o no de si existen productos sustitutos (e.g. otras drogas patentadas o genéricos con la misma acción terapéutica). Sin embargo, también es cierto que la agresiva defensa de una patente vigente puede bloquear cualquier esfuerzo de eventuales competidores para desarrollar una nueva droga o una mejora basada en el fármaco patentado. Es que en patentes el monopolio de explotación es total, abarcando también las fases de experimentación y de pruebas (salvo en las legislaciones que tienen excepciones del tipo Bolar)<sup>1</sup>.

Propiedad intelectual	Derecho de la competencia
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Concede monopolios legales</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sanciona monopolios y otras conductas anticompetitivas</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Incentiva la creación e innovación (<i>énfasis en la eficiencia dinámica</i>)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Incentiva la libre competencia (<i>énfasis en la eficiencia estática</i>)</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Prioritariamente activo en el proceso de concesión de derechos (<i>ex ante</i>)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Regula el ejercicio de derechos ya concedidos (<i>ex post</i>)</li> </ul>

**Figura 1.**

Lo mismo no sucede con los bienes tangibles (o privados, en terminología económica - no jurídica). La existencia de una fábrica que produce cierto producto no le impide a un competidor instalar otra fábrica con idéntico fin.

Entiendo que es la finalidad u objetivo de cada norma (la *ratio legis*) lo que determina estas y otras divergencias. Mientras que

1. Las excepciones de este tipo se conocen internacionalmente bajo este nombre a raíz del caso *Roche Products v. Bolar Pharmaceutical* (733 F.2d 858, Fed. Cir. 1984). En el cual se analizó legalidad de la conducta de un fabricante de genéricos que usó una droga patentada para conseguir la aprobación de aquella. A posteriori, el Congreso de los EE.UU. reaccionó incorporando estatutariamente la “*research exemption*” mediante sanción de la *Hatch-Waxman Act*.

los derechos de propiedad intelectual buscan incentivar la actividad creadora e innovadora, el derecho *antitrust* trata de allanar el camino hacia la competencia (más o menos) perfecta, indirectamente beneficiando a consumidores y competidores. En clave económica podemos sostener que ambas normativas se ocupan de la eficiencia económica, aunque de distinta índole: dinámica en el caso de la propiedad intelectual (aumento de la tasa de innovación y creatividad - *en el tiempo*) y estática en el caso del derecho de la competencia (tendiendo al ideal de libre mercado donde Precio = Costo Marginal - *en un momento dado*).

También es importante destacar que las autoridades de aplicación de cada microsistema actúan en distintos momentos. Así, las Oficinas de Marcas y Patentes son más activas en la fase previa a la concesión de un derecho de propiedad intelectual, el que posteriormente será concedido o denegado vía acto administrativo declarativo (patente de invención, certificado de modelo de utilidad, título de marca, etc.)<sup>2</sup>.

En cambio, los órganos de aplicación de la legislación de Defensa de la Competencia actúan *a posteriori*, es decir después que los derechos de propiedad intelectual han sido concedidos y en relación a su uso (particularmente en materia de contratos de licencia, fusiones y adquisiciones de empresas tecnológicas, *patent pools*, etc.). Esta situación, desde una perspectiva estratégica, otorgaría preponderancia a la actuación de Tribunales de Defensa de la Competencia, que podrían verse tentados a deshacer o limitar derechos de propiedad intelectual oportunamente concedidos mediante argumentos propios de la legislación *antitrust*. No

---

2. La excepción es el Derecho de Autor, que desde que se firmó y aceptó el Convenio de Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas en 1886, nace con el acto creativo mismo. Los registros de Derechos de Autor lo son a efectos meramente probatorios. La falta de registro no está exenta de problemas, como el de las llamadas *obras huérfanas*.

necesariamente las oficinas públicas compiten entre sí, pero es claro que las hay con mandatos diversos. En tales casos, quien ríe último ríe mejor.

En 1972 la *Federal Trade Commission* de EE.UU. obligó a XEROX a licenciar su portafolio de patentes entre sus competidores - supuestamente cansada del accionar de la Oficina de Marcas y Patentes que permitía la perpetuación del monopolio concediendo patentes sucesivas, meramente defensivas y sin suficiente altura inventiva.

Bajo esta óptica, la preeminencia del derecho de la competencia estaría dada porque su posterior aplicación es temporal. Ahora bien, convalidar tal preeminencia es peligroso. El riesgo está en que la alta probabilidad de que un Tribunal de Defensa de la Competencia invalide *a posteriori* un derecho de propiedad intelectual legítimamente se convierte en una espada de Damocles sobre todo aquel que quiera invertir en investigación y desarrollo. En otras palabras, 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.

Por lo tanto, siguiendo este razonamiento, sería conveniente que las autoridades de la competencia no se inmiscuyesen innecesariamente con derechos de propiedad intelectual. Sin embargo, tan malo como el exceso es el defecto. Ergo, si la legislación *antitrust* no se aplicara para nada a derechos de propiedad intelectual las consecuencias para el progreso tecnológico, económico y social también serían nefastas.

Siguiendo esta lógica, el criterio para aplicar la legislación de Defensa de la Competencia a la Propiedad Intelectual debería ser restrictivo. Ello debe ser así porque las autoridades de la com-



petencia, en general, carecen de la *expertise* científica necesaria para evaluar los efectos económicos de la propiedad intelectual. Si bien muchas oficinas de marcas y patentes tampoco pueden dar respuestas contundentes a temas tales como duración o alcance óptimo de tal o cual derecho de propiedad intelectual, sin duda se hayan mejor equipadas para ponderar y decidir ciertas cuestiones relativas a su área técnica. O zapatero a tus zapatos... Un principio de especialidad o subsidiariedad parecería ser el camino correcto. De esta manera se limitaría el riesgo de que un excesivo celo procompetitivo afecte negativamente los incentivos para los sectores más creativos e innovadores de una economía.

Esto no significa que las autoridades de la competencia no tengan importantes roles que cumplir en relación con la propiedad intelectual. En primer lugar, en materia consultiva. Los órganos de aplicación de la legislación *antitrust* deberían asesorar al legislador sobre futuras reformas legislativas que afecten las áreas de confluencia propiedad intelectual confluyen y derecho *antitrust*. En segundo lugar, quizá su rol más importante, las autoridades de competencia deberían evaluar los efectos que sobre la estructura del mercado pudieren tener los contratos que involucran derechos de propiedad intelectual. Al análisis de dichos contratos, en particular de licencia, se hace referencia en la sección “Casuística”.

### 3. CONVERGENCIA

El derecho de la competencia y la propiedad intelectual tienen también mucho en común. En primer lugar, ambos cuerpos normativos poseen sólidas fundamentaciones económicas y representan una solución regulatoria ante quiebres de mercado, pero de distinto tipo: la propiedad intelectual corrige la falla derivada de la naturaleza de los bienes públicos (no rivales y no excluibles) mientras que el derecho *antitrust* penaliza estructuras de mercado de compe-

tencia imperfecta (es decir, cuando algunos actores económicos se vuelven *price makers* en vez de *price takers*).

Justamente por ello, propiedad intelectual y competencia son ramas muy propicias para la aplicación del análisis económico. La disciplina conocida como *Análisis Económico del Derecho* (AED) o *Derecho y Economía* (*Economic Analysis of Law* y *Law & Economics* respectivamente en inglés) es el aporte científico-teórico más importante para el estudio de las instituciones jurídicas que ha surgido desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial hasta la fecha. Simplificando bastante podemos decir se trata de la “aplicación de teorías y métodos empíricos económicos a las instituciones centrales del sistema jurídico”<sup>3</sup> o que es la “aplicación de la teoría económica (principalmente microeconomía y conceptos básicos de economía de bienestar) para examinar la formación, estructura, procesos e impacto económico de la legislación y de las instituciones jurídicas”<sup>4</sup>. El AED tiene dos vertientes, una positiva y otra normativa. En consecuencia, las herramientas del AED sirven tanto para analizar el derecho vigente (*lex lata*) cuanto para ponderar potenciales reformas legislativas que ganen en eficiencia en relación al *status quo* vigente (*lege ferenda*).

Si bien el AED no está tan difundido en Latinoamérica como lo está en los EE.UU. o Europa, su popularidad en los últimos años va in crescendo. Se acepten o no los postulados y preceptos del AED (*homo oeconomicus* y maximización racional, eficiencia de *Pareto* o *Kaldor-Hicks*, etc.) desperdiciar recursos, una clara señal de ineficiencia, será siempre una injusticia. Más aún en países en vías de desarrollo que no pueden permitirse el lujo de

---

3. Vid. RICHARD POSNER, “The Economic Approach To Law” , *Texas Law Review*, Vol. 53, N° 4, 1975.

4. Vid. NICHOLAS MERCURO y STEVEN MEDEMA, “Economics and the Law - From Posner to Post-Modernism”, Princeton University Press, 1999.

derrochar sus aún más escasos recursos. El derecho necesita del auxilio de la economía, en especial cuando regula mercados explícitos, simplemente porque no está equipado con herramientas de análisis propias, es una disciplina instrumental, si bien con una lógica organizativa interna, que debe buscar fundamentos en otras ciencias (economía<sup>5</sup>, sociología, psicología cognitiva, neurociencias, etc.).

Como se dijo anteriormente, cada microsistema jurídico busca la eficiencia pero de diverso tipo: dinámica la propiedad intelectual y estática el derecho de la competencia. Si tenemos en cuenta el largo plazo comprenderemos que ambos tipos de eficiencia no son incompatibles y que de hecho se refuerzan mutuamente. Desde una perspectiva económica existe un balance entre ambas ramas, se trata de compensar las pérdidas (estáticas) de corto plazo con ganancias (dinámicas) a largo plazo. Es decir, el sistema propiedad intelectual-competencia se justifica desde el análisis costo-beneficio intertemporal, según el cual serían tolerables algunas limitaciones actuales a la competencia (e.g. los 20 años de vigencia de una patente de invención) en aras de incorporar nuevas tecnologías e información al dominio público mañana (cuando venza la patente).

---

5. Con humildad discrepo con la opinión vertida por el doctor Cabanellas en un artículo de su autoría, resistiendo y condenando “el análisis económico como panacea”. Tales no existen, lo que existe y sirve al rol del derecho es incorporar teorías de ciencias sociales más maduras para resolver temas complejos de acuciante actualidad. Vid. Guillermo Cabanellas “Propiedad Intelectual y Libre Competencia”, documento presentado en la Reunión Regional de Directores de Oficinas de Propiedad Industrial y de Oficinas de Derecho de Autor de América Latina organizada por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en cooperación con el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial (INPI) de Argentina y la Dirección Nacional de Derecho de Autor del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina Buenos Aires, 30 de mayo a 2 de junio de 2006.

Para funcionar correctamente el sistema requiere límites más allá de los cuales se tornaría ineficiente. Por ejemplo, si bien la propiedad intelectual es necesaria para estimular la eficiencia dinámica, plazos de duración ilimitados o demasiado largos impondrían un costo social neto del (*deadweight loss* en jerga económica) difícil de compensar. La limitación temporal de los derechos de propiedad intelectual está pensada para favorecer la eficiencia estática. Vencido el plazo de duración la patente la innovación pasa al dominio público –o sea cualquier empresa podrá ofrecer productos o servicios basados en dicha en condiciones de competencia. Algo similar sucede en el derecho *antitrust*, donde algunas legislaciones permiten tomar en cuenta ganancias de eficiencia dinámica (mejora organizativa, concentración de la inversión en investigación y desarrollo, etc.) para aprobar una concentración empresarial (*Mergers & Acquisitions*). En síntesis, la interacción propiedad intelectual-competencia, ambas dentro de sus justos límites y atribuciones, tiende a minimizar el impacto de los costos sociales. De esta manera, al menos en teoría, los beneficios agregados del sistema serían mayores que sus costos, justificando en términos económicos su existencia.

A esta altura corresponde deshacer algunos mitos. En parte la aparente contradicción entre propiedad intelectual y derecho de la competencia se basa en premisas simplistas (*rectius*, falsas). Primero, no es cierto que la finalidad de la legislación *antitrust* sea la eliminación de *todo* monopolio, ya que en ciertos casos excepcionales estos son eficientes –o menos ineficientes que dejar todo librado a la competencia. Tal es la razón de ser de los monopolios sobre recursos únicos o cuando hacen falta economías de escala o externalidades de red para hacer una industria sustentable. Los derechos de propiedad intelectual son monopolios creados *ex lege* para resolver la falla de mercado, la de los bienes públicos. En ausencia de propiedad intelectual la producción de obras nuevas o innovaciones tecnológicas sería subóptima. De ahí la importan-

cia de contar con válvulas de escape contra las rigideces de una adhesión fetichista al paradigma de la competencia perfecta (JOHN M. CLARK acuñó un concepto más cercano a la realidad, *workable competition*). Tal es la razón de la existencia de teorías como las de la *rule of reason* la que no sanciona monopolios *per se* sino que solo interviene cuando se constata un *abuso* del mismo. Caso contrario un empresario exitoso que haya barrido a la competencia por producir productos de mayor calidad y a más bajo precio sería, irónicamente debido a su mayor eficiencia, infractor de la legislación concurrencial. En segundo lugar, tampoco es cierto que un derecho de propiedad intelectual otorgue siempre y automáticamente un monopolio en el mercado relevante de que se trate. A pesar de contar con un derecho fuerte el titular de una patente no posee poder de mercado si existen productos sustitutos.

La interacción entre propiedad intelectual-competencia a veces se hace más explícita. Algunas legislaciones de propiedad intelectual prescriben la aplicación subsidiaria de la legislación *antitrust*. Tal es el caso de la Ley Argentina de Patentes<sup>6</sup> que en su texto enumera conductas anticompetitivas que son un calco de las recogidas por la legislación *antitrust* (especies del tipo prohibiciones *per se*) y finalmente remite a dicha cuerpo normativo.

---

6. *Ley de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad* (N° 24.481) Art. 47: 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. [Omissis]. 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 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 22.262 [NB: anterior ley argentina de defensa de la competencia, aún vigente parcialmente] o la que la remplace o sustituya.

El caso argentino, si bien ilustra la pretendida complementariedad intersistémica también plantea serios interrogantes prácticos que ilustran las complejidades del nexo propiedad intelectual-competencia. Por ejemplo, ¿es conveniente que la legislación de propiedad intelectual incorpore prohibiciones en materia *antitrust*? ¿Cabría el riesgo de que autoridades de aplicación diversas interpreten las normas *antitrust* de manera diferente? ¿Se pone en riesgo la seguridad jurídica? ¿Cuál sería la técnica legislativa apropiada para conjugar propiedad intelectual y competencia? Estos y otros interrogantes carecen de respuestas apropiadas y ponen de resalto las complejidades del caso.

#### 4. CASUÍSTICA

En la Unión Europea entre 1996 y 2000, de 140 casos analizados por la Comisión Europea (en su calidad de órgano garante de la libre competencia dentro del mercado comunitario) el 7% de ellos tenía que ver con contratos relativos a la propiedad intelectual. Más de la mitad tenían que ver con patentes, un cuarto *copyrights* y el resto otros los restantes derechos de propiedad intelectual<sup>7</sup>. Como se anticipó en párrafos anteriores la mayor intervención del derecho *antitrust* en materia de propiedad intelectual tiene que ver con contratos (licencias, *patent pools*, etc.). He aquí el meollo del asunto.

El punto crucial en los contratos de licencia de derechos de propiedad intelectual, sean horizontales o verticales, radica en evaluar si el acuerdo *sub examine* crea o extiende una situación de poder de mercado. Para ello es fundamental que la autoridad de la competencia evalúe si existen o no productos sustitutos. En

---

7. Fuente: FRANCOIS LEVEQUE & YANN MÉNIÈRE, *The Economics of Patents and Copyright*, Berkeley Electronic Press, 2004, pág. 88.

caso de encontrarse, *a priori* se descartaría la existencia de poder de mercado. Más allá de la rimbombante versión europea del caso MICROSOFT, al cual no me referiré por haber sido ya suficientemente tratado por la doctrina, existen otros dos antecedentes muy interesantes en que la autoridad europea interpreta doctrinas *antitrust* de modo muy diferente a su par americano. Una nueva muestra de que existen tradiciones distintas de derecho de la competencia a cada lado del Océano Atlántico.

En el caso *MAGILL* una editorial irlandesa pidió a los canales de televisión que le proporcionaran información necesaria para poder publicar una *TV Guide* de frecuencia semanal. Los canales se negaron. El caso llegó a la autoridad europea garante de la competencia. Se halló que no existía producto sustituto, pues si bien se publicaba la programación de tal o cual canal en los diarios no existía una publicación que las reuniera todas. Además, la negativa de los canales a licenciar dicha información equivalía a la reserva injustificada de un mercado secundario (*teleguías*). Finalmente, se entendió que no había mérito o esfuerzo tutelable en dicha información, pues la programación era un mero subproducto de la actividad principal de los canales de televisión (*broadcasting*). Por lo tanto la Comisión Europea obligó a los canales de televisión a otorgar una licencia obligatoria a favor de *MAGILL*. Ulteriormente el caso llegó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que confirmó la decisión de la Comisión<sup>8</sup>.

Otro caso dable de resaltar es *IMS*, empresa proveedora de información mercadotécnica sobre el sector farmacéutico alemán. *IMS* creó una base de datos que dividía dicho mercado en 1860 zonas. *NDC*, competidor de *IMS*, pretendió en primera instancia copiar dicho formato, pero fue demandado por infracción al derecho de autor (la base de datos) y debió cesar. En segundo

---

8. Casos C-241/91 P y C-242/91 P, fallados el 6 de abril de 1995 (TJUE).

instancia pidió a IMS una licencia, la que le fue denegada. El caso llegó a la autoridad de la competencia que entendió que la decisión de IMS de no licenciar su base de datos constituía un abuso de posición dominante, pues sin acceso a ella NDC simplemente no podía competir. El caso finalmente también llegó al Supremo Tribunal europeo, que también confirmó la decisión de la Comisión<sup>9</sup>.

¿Qué tiene en común los casos *MAGILL* e *IMS*? En primer término lo que es obvio, ambos otorgaron licencias obligatorias. En segundo, lo más interesante, la Comisión extendió la doctrina de las *essential facilities* de recursos a físicos a derechos de propiedad intelectual. Hoy en la UE es posible, si bien no es simple, invocar la doctrina de los recursos esenciales aún cuando se discuta el ejercicio de un derecho de propiedad intelectual. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha fijado los extremos a probar. He aquí otra gran diferencia entre el *antitrust* americano y el europeo. En EE.UU. la *essential facilities doctrine* solo se ha aplicado a recursos físicos, jamás (por el momento al menos) ha sido extendida a activos intangibles.

Otra actividad que suele ser blanco de las autoridades de la competencia son las licencias cruzadas y los *pool*es de patentes (contratos por la que un grupo de empresas deciden poner en común su portafolio de patentes y otros derechos de propiedad intelectual). Nuevamente tenemos que ser cautelosos y debería primar la regla de razón. Algunas licencias cruzadas pueden tener más beneficios que costos sociales.

*Cross licensing* es la práctica, entre empresas competidoras (horizontales) intercambian bilateralmente tecnologías patentadas o protegidas por otros de propiedad intelectual para beneficio mutuo. Evidentemente, las licencias cruzadas pueden tener efec-

---

9. Caso C-418/01, fallado el 29 de abril de 2004 (TJUE).



tos anticompetitivos si lo que se busca con ellas es deshacerse de algún competidor ajeno a la arquitectura contractual. Asimismo, pueden tener efectos positivos al promover la eficiencia productiva, disminuir costos de transacción o alejar la posibilidad de un litigio entre ambas. En estos temas hay que separar la paja del trigo, algo que es más fácil de decir que de hacer.

Los *patent pools* pueden ser eficientes, acotados a ciertos parámetros, y también francamente anticompetitivos. El análisis económico entiende al derecho como un sistema de incentivos y desincentivos. Permitir que empresas que compitan entre sí, dentro de ciertos límites, puedan poner en común ciertos derechos de propiedad intelectual para ahorrar costos y mejorar su productividad a través de un pool de patentes, obraría como un incentivo a la inversión en Investigación y Desarrollo.

En la actualidad las tecnologías son muy complejas. O bien las empresas ya tienen o compran todas las patentes que necesitan para innovar (razón que explica adquisiciones estratégicas de empresas enteras, solo para hacerse de sus patentes, particularmente en el sector de *smartphones*) o tienen que salir a negociar contratos de licencias con gran cantidad de empresas (lo que genera, altos costos de transacción (localización de la tecnología adecuada, de su titular, negociación del acuerdo, monitoreo de su cumplimiento, etc.), problemas de *hold-up* y de *anticommons*<sup>10</sup>.

Los altos costos han forzado a las empresas a buscar una solución contractual. Los *patent pools* son una solución privada consistente con el teorema de Coase<sup>11</sup> por el que un grupo de empresas ponen ciertas patentes en común y permiten su uso a los co-contrantes según términos y condiciones mutuamente acepta-

---

10. Vid. MICHAEL HELLER, *The Tragedy of the Anticommons*, Harvard Law Review (Enero 1998).

11. Vid. RONALD COASE, *The Problem of Social Cost*, Journal of Law and Economics N° 3, 1960, págs. 1-44.

das. El riesgo de cartelización es alto; sin embargo, no necesariamente siempre es así.

*MPEG-2* es un pool de patentes que permite obtener la tecnología necesaria para la compresión de datos de video. Debido al carácter cumulativo de la innovación, las complejas tecnologías hodiernas requieren cada vez más de un extenso catálogo de patentes que difícilmente una sola empresa pueda detentar. En consecuencia, poner Derechos de propiedad intelectual en común se vuelve imperioso, aún entre competidores.

El *patent pool* de *MPEG-2* es considerado un caso paradigmático al carecer de efectos anticompetitivos. Integran el *pool* empresas de la talla de *Sony*, *Lucent*, *Mitsubishi*, entre otras tantas y también la Universidad de Columbia. En el *pool* solo hay patentes esenciales, es decir aquellas para las que no existen sustitutos en el mercado, y tecnologías son complementarias. La gestión del *pool* se halla tercerizada en un órgano especializado, *MPEG-LA*, que es el encargado de licenciar las tecnologías del pool sin discriminar a ningún solicitante (no hay barreras de entrada). Pueden licenciarse todas, algunos o solo una patente individual. Hasta se permite (para preservar la competencia) que las mismas empresas que integran el *pool* licencien sus patentes propias por fuera del acuerdo.

Pero hay más. El pool *MPEG-2* no solo no es anticompetitivo sino que además es eficiente. Este arreglo contribuye a eliminar un grave problema económico, el de la doble marginalización. Si una empresa licencia tecnología a otra que opera en una fase distinta de la cadena productiva (licencia vertical) el consumidor final terminará pagando más de lo que pagaría en el caso que ambas empresas hubieran estado cartelizadas. Este problema se conoce desde la época de Cournot y ocurre porque cada empresa trata de maximizar utilidad en su respectivo mercado (ergo, cada una fija Precio = Ingreso Marginal).

Otra ventaja del pool es la baja de los costos de transacción para las empresas que lo integran: los interesados no tienen que

identificar todas las tecnologías ni que negociar con distintos titulares, todo se hace en un solo lugar y con un solo intermediario (*one-stop shop*). Finalmente, existen ventajas adicionales como la disminución de la litigiosidad (por infracción al derecho de patentes, dolosa o no) y del riesgo de *hold-up* o comportamiento estratégico.

En síntesis, los *patent pools* son espadas de doble filo. Pueden distorsionar la competencia y también aportar soluciones procompetitivas. Dependerá de cómo se los utilice. Esta es un área donde el derecho de la competencia puede hacer mucho por la conformación de una economía del conocimiento competitiva, innovadora y sustentable.

## 5. CONCLUSIONES

Este artículo tuvo como objetivo introducir a la compleja, malentendida y fascinante interacción entre la PI y el derecho de la competencia. Ambas ramas tienen muchos puntos de contacto, de roce y un metaobjetivo común: alcanzar una *ecología de mercado* más competitiva e innovadora. Si esta compleja trama no es bien entendida se corre el riesgo de que ni la legislación de propiedad intelectual ni la *antitrust* cumplan sus fines inmediatos y mediatos. Urge, por tanto, estudiar y discutir estos temas en América Latina, donde prácticamente son desconocidos.

Una forma más rápida de aprender es aprovechando la experiencia ajena, ello permite ahorrarse el costoso proceso de *trial-and-error*. A tal fin sería deseable fomentar en la región estudios multidisciplinarios (por ejemplo, *Law & Economics*) y el estudio del derecho (y praxis) de países desarrollados.

Asimismo, es fundamental que los estudiosos latinoamericanos sepan lo que sucede en materia legislativa, jurisprudencial y doctrinal, en el resto de los países de la región. Nuestros ordenamientos jurídicos han sido durante mucho tiempo compartimien-

tos estancos. Es hora de cambiar, de empezar a hacer estudios comparados entre países de la región. Los países tienen fronteras físicas, los mercados no. Debemos trabajar en aras de una política de la competencia sino global, al menos regional.

Ojalá este breve trabajo sirva para despertar interés por la compleja y poco estudiada relación entre propiedad intelectual y derecho de la competencia, y sea germen de mejores y más enjundiosos estudios venideros.