

LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA

SANTIAGO ROCA y JUAN FRANCISCO ROJAS*

RESUMEN

La relación entre los derechos de propiedad intelectual y el derecho de la libre competencia es un tema que requiere ser puesto en discusión continuamente para encontrar el equilibrio económico y social dentro de las dinámicas de intercambio de productos intangibles. Estos bienes tienen la capacidad de generar un monopolio temporal por el ejercicio de derechos exclusivos que se les atribuye legalmente, derivando en una situación en la cual el derecho de competencia disminuye su acción en el mercado. El presente texto deja abierta la discusión sobre el tema, considerando las experiencias externas, para prevenir los efectos que trae consigo la posición de dominio que implica el derecho de propiedad intelectual, en pos de institucionalizar las condiciones de correspondencia entre competencia, monopolio y propiedad intelectual que mejor se adecuan a la realidad del Perú.

1. INTRODUCCIÓN

La dinámica de intercambio de bienes que la sociedad moderna utiliza como mecanismo para satisfacer sus necesidades es inagotable en los problemas y dilemas que plantea. El nombre que suele identificar esa dinámica de intercambio es breve y conciso: mercado pero su funcionamiento, sus conflictos, su regulación, su crecimiento y su mejora, son una fuente inagotable para la reflexión y el debate.

Es curioso que pese al tiempo trascurrido, las disciplinas interesadas en el estudio del mercado y las distintas ideologías con él relacionadas no hayan logrado crear consensos mínimos sobre lo que la institución significa y cómo hay que entenderla, asimilarla y vivirla.

* Los autores agradecen los valiosos comentarios y aportes del señor Carlos Ramón Noda Yamada.

Uno de los aspectos relacionados con el mercado es el que corresponde a los bienes, en la medida que, precisamente, el mercado es el medio a través del cual ellos circulan, entendidos –desde una perspectiva de ciencia económica– como los satisfactores de necesidades sociales. Los productos, ya sea que se trate de bienes o servicios, tangibles o intangibles, son absolutamente imprescindibles en el mundo moderno para satisfacer las necesidades de las personas que viven en sociedad. En su variedad, en su innovación permanente, se encuentra la evolución que marca la pauta de la modernidad y las aspiraciones de los seres humanos a una vida digna, prolongada y satisfactoria.

Es el concepto de los bienes intangibles el que ha dado espacio a la generación de los derechos de propiedad intelectual. Desde el momento que la sociedad ha reconocido la existencia de bienes intangibles, más allá de los problemas propios de su definición, alejada de la materialidad de los bienes tangibles, ha permitido el desarrollo de derechos de propiedad sobre los mismos.

En nuestro sistema jurídico, la propiedad implica el poder de excluir a cualquier pretensor del bien, usarlo en exclusiva, disfrutar de los atributos de los otros bienes que de él se deriven, transferir la propiedad y, finalmente, reivindicarlo donde quiera que se encuentre. La definición y el reconocimiento jurídico son absolutos y extensos, pues precisamente sobre el derecho de propiedad se asienta el sistema económico actual¹.

Cuando la propiedad se asigna a un bien intangible en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual² (invenciones, signos distintivos y derechos de autor) se reconoce la participación del autor en la generación o “creación” del bien y se institucionalizan otras finalidades que los Estados suelen perseguir cuando otorgan estos derechos exclusivos y excluyentes a los creadores. Esta asignación de propiedad a favor del titular genera la imposibilidad legal de que

-
- 1 “Del concepto de igualdad deduce Locke el derecho a la propiedad. Que todos los hombres son iguales significa, como acabamos de decir, que cada hombre es amo de sí mismo; un modo de expresar esto es diciendo que cada hombre se posee a sí mismo. Poseerse a sí mismo, según Locke, significa que el hombre posee su propio cuerpo; y esto, a su vez, significa que el hombre posee su propio trabajo, el trabajo que realiza con su propio cuerpo; lo cual significa que posee el resultado de su trabajo. Así, Locke llega al derecho de propiedad. Sin embargo, hay ciertas limitaciones. Por ejemplo, uno no tiene derecho a poseer más de lo que puede utilizar y debe tomar sólo una cantidad tal que deje suficiente a las otras personas”. HARTNACK, Justus. Breve Historia de la Filosofía. 15ª ed. Madrid: Cátedra, 2005. p.148-149
 - 2 En general, se señala que, “Los derechos de propiedad intelectual son aquellos que se confieren a las personas sobre las creaciones de su mente. Suelen dar al creador derechos exclusivos sobre la utilización de su obra por un plazo determinado”. Ver: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/intel1_s.htm.

otros sujetos sin consentimiento del titular puedan hacer uso de esa creación o conocimiento en el mercado por un período previamente definido en la ley, tiempo en el cual, el titular del derecho tiene condición de monopolio respecto de la creación protegida.

Es la creación de un monopolio temporal lo que determina que un número de bienes intangibles protegidos por los derechos de propiedad intelectual, queden fuera de las reglas de competencia. A mayor protección de la propiedad intelectual, sea por un número mayor de bienes en condición de titularidad exclusiva y excluyente, o por mayores plazos de protección de dicha titularidad, es decir, mayor tiempo de duración del monopolio, menor acción de las leyes de competencia en el mercado: donde existe un monopolio no existe espacio para la competencia.

El monopolio está obligado por las leyes nacionales a desarrollar un comportamiento de mercado acorde con el sistema y las finalidades que la sociedad y el sistema político persigue. La Constitución Política del Perú establece con claridad el combate de toda forma de abuso de posición de dominio, y el monopolio tiene posición de dominio en el mercado³. Cuando se asignan derechos de exclusividad en materia de propiedad intelectual, el ejercicio de dichos derechos está sometido a las reglas de comportamiento que el Derecho de la Competencia aplica a los monopolios con posición de dominio y también a la posición de dominio, incluso cuando no se trate de un monopolio⁴.

Las reglas del derecho de la competencia se han mantenido – no sin rechazo por parte de los agentes de propiedad intelectual- en el control del ejercicio de la posición de dominio en monopolio, derivada del reconocimiento legal de una titularidad exclusiva y excluyente en materia de propiedad intelectual.

3 Constitución Política del Perú. Artículo 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

4 Decreto Legislativo N° 701. Artículo 3°.- Actos y conductas prohibidas.- Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional.

Este espacio es un espacio ganado con dificultad y respecto del cual, todavía es necesario identificar finalidades y mecanismos de acción.

El apasionante problema que plantea la relación entre los derechos de propiedad intelectual y el derecho de la competencia es el propósito de este artículo. No se persigue, de ninguna manera, agotar el tema o su debate, sino únicamente provocar la reflexión sobre la materia abriendo un espacio para el aporte novedoso y de integración.

2. LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL MERCADO

El hombre es el único ser capaz de generar creación intelectual y es gracias a esa inagotable capacidad que ha sabido transformar el mundo y la sociedad. En algún momento de la historia de la humanidad se ha teorizado sobre las llamadas “creaciones” de los animales; no obstante, esas afirmaciones han sido descartadas en la medida en que se ha constatado fehacientemente que los animales únicamente son capaces de efectuar descubrimientos o modos de hacer mecánicos que más tienen que ver con el instinto, pero que no se acercan en nada al proceso de transformación de la realidad que es implícito al proceso creativo y que únicamente ha sido exhibido por el hombre en el proceso evolutivo.

La creación es transformación de la realidad desde un estado determinado de la ciencia, hasta un nivel de desarrollo superior, distinto, diferente, novedoso, de inagotables posibilidades. Esta acción sólo es posible desde el intelecto humano.

El hombre crea. Lo hace para mejorar su medio ambiente y sus condiciones de vida. Lo hace para mejorar el estado de la ciencia y procurar salud y bienestar a sus congéneres. Lo hace para introducir en el mundo y la sociedad nuevas condiciones de vida y recrear el espíritu. La creación no tiene límites.

No cabe duda del derecho de propiedad que asiste al hombre creador sobre su creación. Sería desde todo punto de vista injusto e inaceptable que la creación de un individuo no le fuera a él reputada (el derecho de autor llama a esta atribución una manifestación de los derechos morales). Sin embargo, ¿ese derecho de “propiedad” es similar a aquel que se ha establecido sobre los bienes tangibles, es decir, sobre aquellos bienes que se pueden tocar?

El sentido de la palabra tangible recogida en el aserto anterior es aquel básico, el del contenido lingüístico. La utilización de este significado pone

en evidencia la diferencia sustantiva que existe en reconocer derechos de propiedad al acto creador y a su creación por parte del hombre, es decir, a los derechos de propiedad intelectual, frente a los derechos reales sobre un bien mueble o inmueble⁵. La creación, fruto del intelecto humano, no es –en sentido estricto– un mueble o un inmueble, aun cuando el artículo 886 del código civil lo considere un mueble para la asignación de derechos reales; pero es un bien capaz de ser apreciado en dinero y producir bienestar en la sociedad⁶. En muchos casos, además, el acto creador da frutos y se materializa en bienes muebles o inmuebles, ahora sí en el sentido estricto de los derechos reales– como cuando, por ejemplo, una obra se reproduce en un disco.

La propiedad sobre la creación ha dado lugar al desarrollo del concepto del bien intangible pues precisamente en esta categoría es posible ubicar a la creación del intelecto humano.

5 Un aspecto que este artículo no toca es el referido a los bienes en perspectiva empresarial. Es decir, los bienes intangibles como activos de un patrimonio empresarial, activo intangible de características especiales, lo que merecería un nuevo estudio sobre la materia.

6 “Pero lo que más comúnmente forma el objeto de los derechos, son los seres impersonales, las cosas; de ordinario cosas es sinónimo de objeto de derechos. ¿Qué se entiende por cosa? Esta palabra tiene diversos significados: en sentido filosófico denota todo ente real o ficticio que pueda concebirse por la mente humana; en las ciencias físicas significa todo lo que tiene naturaleza corpórea, ya sea en el estado sólido, ya sea en el estado líquido, o ya sea en el estado gaseoso. La acepción filosófica de la palabra “cosa” de nada sirve ciertamente a la ciencia jurídica, porque, dada la índole del derecho, “cosa” no puede ser cualquier ente imaginable, sino únicamente lo que puede producir utilidad al hombre, esto es, un bien. Y por la misma razón no puede coincidir el significado jurídico de cosa con el significado físico, ya que no todas las cosas corpóreas constituyen un bien, existiendo bienes que no participan de tal índole. Pero con decir que la cosa debe ser un bien, no se ha dado todavía el concepto completo y exacto. La categoría de los bienes es muy amplia: hay bienes morales que no entran en el campo del derecho, por lo que no pueden llamarse cosas. De donde nace una segunda determinación del concepto de cosa, y que consiste en que es un bien económico. Finalmente, debe ser un bien de tal naturaleza, que pueda ejercitarse sobre él la actividad económica del hombre, mediante la adquisición y el cambio. Por eso cosa en el sentido jurídico, es todo lo que puede ser objeto de derechos patrimoniales; todo lo que es permutable, porque presenta una utilidad estimable en dinero por vía directa o indirecta.

Deriva de aquí que cosa, como objeto de derechos, no es sólo lo que forma parte del mundo exterior y sensible, lo que ocupa un espacio, toda vez que no sólo esto puede producir una utilidad económica; de aquí que la distinción romana de cosas corporales e incorpóreas, tan combatida hoy, puede sernos provechosa. Cosas corporales o, mejor, materiales, son las que caen bajo los sentidos, ora sean cosas que tienen un cuerpo en el sentido físico, ora fuerzas naturales, como la electricidad, sobre cuya naturaleza tanto se discute, y aun el espacio aéreo, cualquiera que sea el concepto filosófico que de él se tenga; cosas incorpóreas o materiales son las que obran sobre los sentidos, pero que son objeto tan sólo de la percepción intelectual.” COVIELLO, Nicolás. Doctrina General del Derecho Civil. 4ª. Ed. México: UTEHA, 1938. p. 269-270.

En este escenario, los derechos de propiedad intelectual permiten distinguir dos categorías básicas: los derechos de propiedad industrial y los derechos de autor. La distinción entre unos y otros radica fundamentalmente en el hecho de que los primeros tienen una aplicación directa en la industria, es decir, en el proceso productivo, mientras que los segundos son básicamente aquellos orientados al crecimiento espiritual del hombre, sin perjuicio que pueda existir también una intensa industrialización en su aprovechamiento.

Los derechos de propiedad industrial se dividen a su vez en aquellos referidos a la innovación propiamente dicha, es decir, la invención de contenido industrial y, de otro lado, aquellos referidos a la generación de signos distintivos para identificar y diferenciar bienes en el mercado.

Por su parte, los derechos de autor incorporan una amplia gama de creaciones del intelecto humano que genéricamente se identifican como “obras” pero que alcanzan a la música, a la literatura, al cine, al arte en todas sus manifestaciones. Es decir, a todas las manifestaciones de elevación espiritual que pueden ser condensadas para su comunicación e intercambio en una sociedad organizada.

En la actualidad ya no se discute sobre el carácter intangible de los bienes objeto de los derechos de propiedad intelectual pero, ciertamente esta condición especial, hace que estos derechos tengan una singularidad en su participación en el universo de bienes que se transan en una economía determinada.

La creación intelectual produce bienes intangibles, incluso estos bienes intangibles son la fuente de creación de bienes tangibles y, todos ellos, se incorporan al mercado pues, en su condición de satisfactores de necesidades determinadas, comparten la condición de escasez, pueden ser valorados en dinero, y son objeto de intercambio y transacción comercial.

La propiedad intelectual se presenta así como una fuente inagotable de creación de bienes para el comercio. Se trata de bienes singulares pero bienes al fin. Con la misma posibilidad de ser objeto de un acto de comercio y con la misma posibilidad de dar lugar a que sus fabricantes se beneficien con el resultado de su puesta en el comercio. La propiedad intelectual aparece así como un factor determinante en el crecimiento del mercado de bienes en una economía⁷.

7 El conocimiento es lo que en economía se conoce como un bien público, dado que no puede excluir de su uso a las personas que integran la sociedad y porque el uso de unos no reduce el uso por otros miembros. Los derechos de propiedad intelectual crean una condición de propiedad que permite – con dificultad – la exclusión en el uso de unos por otros. No obstante, mantiene la condición aquella en virtud de la cual el uso de uno no reduce el uso por otros (rivalidad). Sobre este tema, Mankiw señala lo siguiente:

La asignación de propiedad de finales del siglo XVIII dio paso a una etapa de la historia de la humanidad de vertiginoso desarrollo tecnológico y modernidad. Una parte significativa de ese desarrollo es el que tuvo lugar en materia de innovación tecnológica y conocimiento, gracias a la asignación de derechos de propiedad en el campo intelectual. La contribución de los derechos de propiedad intelectual al crecimiento del mercado es innegable si se revisa el proceso histórico, lo que valida la tesis de una intensa relación entre la propiedad intelectual y el mercado.

El reconocimiento de derechos de propiedad intelectual ha respondido a diversas finalidades. Aquella más conocida y común es la que tiene que ver con el hecho mismo de crear incentivos para que el proceso creativo no se detenga: al reconocer derechos de propiedad a los creadores, éstos tendrán la posibilidad de generar ingresos con su creación, lo que es un incentivo para seguir creando en el futuro. Esta acción redundará finalmente en beneficio de toda la sociedad que tendrá a disposición más y mejores bienes que disfrutar⁸.

Una segunda finalidad que suele esgrimirse es aquella que señala que el acto creador es de una individualidad tal que su reconocimiento es consecuencia natural y propia del mérito que la creación conlleva. El sustento de esta finalidad descansa en el hecho mismo del reconocimiento que el acto creador genera. Se trata de un reconocimiento moral, no patrimonial, pero indispensable en función a la paternidad que subyace al acto creador.

Una tercera finalidad, quizá la que mejor se corresponde con el sistema capitalista de derechos de propiedad, es la que se sustenta en el ejercicio pleno

“Los bienes públicos no son ni excluibles ni rivales. Es decir, no es posible impedir que una persona utilice un bien público, y su uso por parte de una no reduce su uso por parte de otra. Por ejemplo, la defensa nacional es un bien público. Una vez que el país se defiende de los agresores extranjeros, es imposible impedir que una persona disfrute del beneficio de esta defensa. Por otra parte, cuando una persona disfruta del beneficio de la defensa nacional, no reduce el beneficio de ninguna otra. (...) Cuando un bien es excluible, pero no rival, es un ejemplo de *monopolio natural*.” MANKIWI, N. Gregory. Principios de Economía. 2ª. Ed. Madrid: McGraw-Hill interamericana de España, 2002. p. 142.

8 En una evaluación crítica de las finalidades perseguidas por los Estados Unidos de América en su política de patentes, Stiglitz señala: “En un discurso pronunciado por George Washington en el Congreso de 1790, éste señalaba que el objetivo de la legislación sobre patentes era servir de “estímulo efectivo a la introducción de inventos nuevos y útiles del extranjero y a la promoción de esfuerzos de habilidad e ingenio para producirlos en nuestro país”. A los ciudadanos estadounidenses no se les concedió la protección de patentes hasta 1836. Y, tras el éxito conseguido, ¿estamos ahora cerrando el paso a los que venían detrás?”. STIGLIZ, Joseph E. Los felices 90. La semilla de la destrucción. Buenos Aires: Taurus, 2003. pp. 256-257.

del derecho de propiedad sobre la creación, en la medida que la propiedad privada es el incentivo más fuerte para la generación de riqueza.

Ahora bien, todo parece indicar que en un sistema económico como el que potencia la existencia de derechos de propiedad intelectual, el sistema se beneficia cuando, a través del reconocimiento legal de la propiedad intelectual, se incorporan a ese sistema de intercambio estos nuevos bienes. La constatación determina que existiendo nuevos bienes, mayor cantidad de éstos, las opciones de elección, intercambio, y circulación del mercado crecen, con lo cual el sistema se robustece y la riqueza aumenta para toda la sociedad.

La realidad es otra: si bien los nuevos bienes son un aporte al universo de bienes disponibles para la transacción comercial, precisamente, la circulación de éstos se encuentra restringida desde el ámbito de la titularidad del derecho de propiedad intelectual, mediante el monopolio legal que esta titularidad conlleva. En otras palabras, la aparición de un nuevo mercado, el de ideas o creaciones expresada en documentos soporta en la base de su existencia las restricciones que el monopolio legal impone a la circulación de estos nuevos bienes.

El monopolio legal que nace del reconocimiento del derecho de propiedad intelectual merece alguna reflexión: es propio de un derecho de propiedad la exclusión absoluta de otros pretendientes del bien, en ese sentido podría afirmarse que el monopolio es consustancial al derecho de propiedad; sin embargo, la circulación del bien, su puesta a disposición de la sociedad, es una condición que explica el porqué del reconocimiento del derecho de propiedad y, es esta circulación la que se encuentra restringida por efecto del monopolio legal.

La explicación de la paradoja anterior se encuentra en la naturaleza del bien intangible que el derecho de propiedad intelectual acoge. En efecto, el bien intangible que la propiedad intelectual crea, únicamente tiene sentido en tanto la creación es puesta a disposición de la sociedad. Se trata de un bien con vocación y naturaleza de circulación, que ha sido reconocido en existencia y propiedad porque contiene una contribución al crecimiento del conocimiento colectivo de la sociedad, y que si bien se asigna en monopolio de propiedad no pueden sino entenderse en lógica de circulación, en lógica de puesta a disposición, en lógica de lucro comercial.

No ocurre lo mismo con los bienes tangibles respecto de los cuales el propietario conserva la posibilidad de inmovilizar el bien o incluso prescindir de la posibilidad de hacer que genere frutos. Esta acción, depende exclusivamente

de la decisión del propietario y, en tanto no se afecte los fines sociales de la propiedad, es perfectamente lícita.

En los bienes intangibles que “aparecen” en el universo como consecuencia del reconocimiento de derechos de propiedad intelectual la decisión de inmovilización del conocimiento es inaceptable porque desnaturalizaría la razón del propio reconocimiento. Es por ello que, en materia de propiedad intelectual, el reconocimiento del derecho de propiedad lleva anexo el derecho a la explotación temporal en monopolio del aporte intelectual. La explotación en monopolio se convierte así en la expresión natural del derecho reconocido y es aquí donde se plantean las necesarias condiciones de balance con el correcto funcionamiento de un mercado en competencia.

Con lo señalado no se descarta la posibilidad que el titular de una patente elija libremente dejar de explotar comercialmente la creación. En efecto, esto puede ocurrir, y no se condice con la razón en virtud de la cual se concedió el derecho. No obstante, incluso en ese caso, el registro público de la invención –necesaria en todos los sistemas para acreditar la titularidad y establecer un estado de situación del conocimiento– es un referente para que, cualquier interesado, a partir del conocimiento registrado, y cuando entre en la esfera del dominio público, es decir, de la libre apropiación, pueda dar un paso adelante e innovar en el conocimiento mediante la utilización de aquél que es objeto del registro. Así, contra la voluntad del titular, ciertamente dificultada por el tiempo de espera, finalmente, el conocimiento reingresa al gobierno público y genera innovación y crecimiento.

La búsqueda del balance es consecuencia de la necesidad de encontrar equilibrios en el ejercicio del derecho. Esto es necesario en cuanto al plazo otorgado para la explotación exclusiva ya que este debe ser lo suficientemente largo como para garantizar el recupero de la inversión y permitir el incentivo suficiente para seguir creando. Asimismo, ese plazo debe ser lo suficientemente justo para que no se convierta en un obstáculo a la participación de nuevos agentes en el mercado.

De otro lado, en el ejercicio mismo del derecho, el titular tiene un poder soberano, indiscutible e incontestable, para colocar el precio que considere conveniente para recompensar su acto creador –extendido en el plazo referido anteriormente–, lo que podría determinar que la renta obtenida resultara excesiva en un mercado que –dada su condición de monopolio legal– no es contestable. En este ámbito existe un gran espacio para explorar los mecanismos legales para reprimir el abuso del derecho, pues como es conocido, en una sociedad democrática, ni el ejercicio del derecho de propiedad puede ser

ilimitado y, mucho menos, desde la perspectiva del Derecho de la Competencia es tolerable alguna forma de abuso de posición de dominio⁹.

Finalmente, el titular del derecho de propiedad intelectual tiene un papel que cumplir cuando licencia el uso de su derecho por terceros. En este papel, el titular del derecho de propiedad intelectual actúa como un regulador del mercado que puede hacer su voluntad con la explotación de su creación. Las opciones, en este caso, radican exclusivamente en su esfera de decisión personal y pasan por la posibilidad de consolidar un monopolio por interpósita persona o generar condiciones de competencia para una pluralidad de sujetos, con igualdad de oportunidades. Es obvio que en este escenario, el papel que desempeñe el titular de derecho de propiedad intelectual podría generar situaciones de mercado anticompetitivas y afectar principios del Derecho de la Competencia que, en esta caso, estarían vinculadas por el acceso al mercado¹⁰.

La vinculación entre las acciones que pueden derivarse del reconocimiento de un derecho de propiedad intelectual y el derecho de la competencia, así como los problemas que pueden derivarse de esta relación, se muestran con claridad en tres niveles: plazo de duración del derecho; modalidad de explotación del derecho, particularmente vinculadas con la renta excesiva; y condiciones de competencia que pueden ser colocadas por el titular del derecho a el o los terceros a quienes decida conceder dicha participación.

Así, las acciones que se dispongan desde el ejercicio legítimo de un derecho de propiedad intelectual reconocido por el sistema, pueden ser la causa de afectación de principios y normas del derecho de la competencia. El nivel de la afectación dependerá de las condiciones concretas del ejercicio del derecho y la intervención del derecho de la competencia será necesaria para encontrar

9 “No obstante, la exaltación de la libertad individual y de la igualdad jurídica de las persona, el Código Civil francés limitó la autonomía privada, el establecer en el artículo 6º, que no se pueden derogar por convenciones particulares las leyes que interesen al orden público y a la moral. Los MAZEAUD, irónicamente han escrito que si bien los fanáticos de la escuela liberal sostienen que la libertad de contratar no debe tener barreras, “ningún sistema jurídico ha consagrado jamás esa posición utópica”. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. La autonomía privada y la buena fe: fundamentos de la fuerza obligatoria del contrato. En MOSSET ITURRASPE, Jorge y Carlos Alberto SOTO COAGUILA. El Contrato en una economía de mercado. Trujillo: Normas Legales, 2004. p. 53.

10 Para una apreciación detallada de los distintos supuestos anticompetitivos que pueden presentarse como consecuencia de las decisiones que adopte el titular de la creación, y que se expresan sobre la base de las condiciones en las que licencia su derecho para ser explotado por terceros, puede revisarse: CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia. Buenos Aires: Heliasta, 2005.

los equilibrios que el sistema jurídico reclama a todo ejercicio legítimo de un derecho, incluso si el derecho es uno de propiedad intelectual.

3. MONOPOLIO: COMPETENCIA, REGULACIÓN, Y DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Es necesario efectuar algún breve desarrollo sobre la relación, alcance y condiciones de la competencia como fuerza reguladora del mercado y el monopolio como la negación absoluta de la competencia. Dicho de otra manera, es necesario explorar esta condición de correspondencia pues competencia y monopolio son la expresión de una situación de cóncavo y convexo que, con sus propios matices y niveles de intensidad, dinamiza el funcionamiento del mercado libre¹¹.

Asimismo, es preciso explorar los límites del Derecho de la Competencia con el Derecho de la Regulación a partir del monopolio y, finalmente, relacionar estas materias con el reconocimiento de derechos de propiedad intelectual.

La competencia presupone la existencia de una estructura de mercado en la que se encuentran presentes diversos actores, tanto del lado de la oferta de bienes como del lado de la demanda. A mayor cantidad de participantes en el mercado, las condiciones de competencia entre uno y otro se hacen más intensas, dinámicas y virtuosas. Con esta situación todos ganan: gana el consumidor que tiene la posibilidad de acceder a mayor variedad de productos al mejor precio o al precio más bajo; ganan los oferentes, pues la situación de competencia los obliga a modernizarse y ser eficiente bajo riesgo de tener que salir del mercado; y gana la sociedad, pues los recursos escasos se encuentran adecuadamente empleados, se produce la cantidad de bienes necesarios y se cobra por ellos el mejor precio. Adicionalmente, todo el proceso se desarrolla en un escenario de libertad que se condice perfectamente con el régimen político¹².

Cuando el número de participantes en el mercado se reduce, la competencia pierde su lozanía y enfrenta serios peligros. Mientras existan menos

11 Esta es la contraposición entre los modelos extremos del monopolio y la competencia perfecta, entre los cuales se encuentran las realidades del oligopolio y la competencia funcional. Para mayor detalle, *ver*, GOYDER, D.G. EC Competition Law. 4ª. ed. Oxford: Oxford University Press, 2003. pp. 9-10.

12 Para un mayor desarrollo sobre este tema, *ver*, TÁVARA, José. Mercados, monopolios y democracia. En PALESTRA. Portal de Asuntos Públicos de la PUCP. Véase: <http://palestra.pucp.edu.pe>.

competidores en el mercado es más fácil que se presenten situaciones de arreglos anticompetitivos –básicamente, al reducirse los costos de transacción, es probable que se establezcan acuerdos para evitar competir del lado de los oferentes (oligopolio) o acuerdos para condicionar condiciones de compra del lado de los adquirentes (oligopsonio)¹³. Esta acción que distorsiona la competencia, posible únicamente cuando el diálogo, el contacto, el proyecto común o la connivencia se presentan en un mercado, no es ineluctablemente la que se manifestará, pero es obvio que, dadas las condiciones, sea más probable que se presente¹⁴.

13 Sobre la distinción entre “oligopolio” y “competencia funcional”, ver, GOYDER, D.G. Op. cit., pág. 10-11.

14 La doctrina comunitaria europea reconoce las especiales dificultades planteadas por la existencia de oligopolios. Así, por ejemplo, GOYDER señala lo siguiente:

“However, it is far more difficult to find appropriate and effective means of restoring and maintaining competition in an oligopolistic market. Because the number of undertakings in the market is relatively small, it is easier for them to adjust their commercial and pricing policies so as to achieve the effects of a horizontal agreement covering products, prices, conditions of business, and even, to some extent, the pace of technological advance, without actually having to enter into either agreements or concerted practices, even within the broad definition of Article 81. Their mutual interdependence enables an equilibrium to be established between them, at a higher price level than would be possible under conditions of even workable, let alone unrestricted, competition. Each competitor is aware that to cut prices will precipitate a response from the other oligopolists which would render such an initiative futile. The difficulty for competition policy is not only that the oligopolists can achieve these higher prices and profits without agreements or concerted practices, but that the market may at first sight appear to be competitive, in that prices are closely matched, although the process which underpins their proximity (and the level at which they stand) is not one of true competition.”

“Sin embargo, es mucho más difícil encontrar medidas apropiadas y efectivas para restaurar y mantener la competencia en un mercado oligopolístico. Debido a que el número de agentes económicos en el mercado es relativamente pequeño, es más sencillo para ellos ajustar sus políticas comerciales y de precios, de tal modo que logren los efectos de un acuerdo horizontal que cubra los productos, precios, condiciones de negocio, e incluso, hasta cierto punto, el ritmo del avance tecnológico, sin necesidad de celebrar realmente ningún acuerdo ni de realizar ninguna práctica concertada, incluso dentro de los amplios términos en que dichas conductas son definidas por el artículo 81. Su mutua interdependencia les permite establecer un equilibrio entre ellos, a un precio más alto del que hubiera sido posible bajo condiciones de competencia razonables, por no hablar de competencia irrestricta. Cada competidor es consciente de que reducir sus precios producirá una respuesta de los demás oligopolistas, lo cual tornaría dicha iniciativa en inútil. La dificultad para la política de competencia no radica sólo en que los oligopolistas pueden lograr esos precios y ganancias altos sin acuerdos o prácticas concertadas, sino, principalmente, en que el mercado puede parecer, a primera vista, competitivo, en el sentido en que los precios se aproximan bastante, a pesar que el proceso que lleva a dicha proximidad (y el nivel en el cual se fijan) no corresponde a la verdadera competencia.” (Traducción nuestra) GOYDER, D. G. Op. cit., p. 14.

La competencia entra en crisis cuando el participante en el mercado es único, tanto del lado de la oferta (monopolio) como del lado de la adquisición (monopsonio). En este escenario, la competencia desaparece, ya no es posible, pues ha desaparecido su condición básica: para competir es necesario un rival¹⁵.

El actor único puede ser un vencedor del proceso competitivo en cuyo caso su comportamiento y las condiciones de ejercicio de la situación de competidor triunfante –en el caso de la oferta– quedan sujetas a las reglas de comportamiento que para el efecto impone el Derecho de la Competencia y que, básicamente, tienen que ver con la prohibición de abusar del derecho que tal situación concede mediante la realización de conductas destinadas a excluir a potenciales competidores (exclutorias) o explotar a los consumidores afectando sus derechos constitucionalmente reconocidos (explotativas)¹⁶.

El actor único también puede ser el resultado de condiciones de estructura de un mercado determinado. En otras palabras, puede ocurrir, y en efecto ocurre,

15 Acerca del monopolio, GARCÍA TOMA, al comentar el tratamiento que brinda la Constitución Económica a la libre competencia, señala lo siguiente:

“El *monopolio* se describe como el vicio económico por el cual una empresa se constituye en el único ofertante de un bien o servicio; es el que fija el precio de los mismos y la cantidad que se desea vender.” GARCÍA TOMA, Víctor. Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993. Lima: Universidad de Lima, 1998. t. 2. p. 124.

16 Esta clasificación es recurrente en la doctrina comunitaria europea, por ejemplo, GOYDER señala lo siguiente:

“Abuses are often classified as either exclusionary or exploitative, though the Commission regards the distinction as not of great importance. An exclusionary abuse is one of those of the kind referred to in the quotation above from Hoffman-La Roche, where its effects are primarily on the structure of the market, for example by weakening competitors through raising their costs, refusing to deal with them or denying access to essential facilities. By contrast exploitative abuses are aimed directly at consumers, for example by imposing excessive prices or unreasonable terms and conditions; of course a successful use of exclusionary abuses may well lead on to subsequent use of exploitative ones, or they may be used simultaneously and in combination.”

“Las conductas abusivas son normalmente clasificadas ya sea como exclutorias o como explotativas, sin embargo, la Comisión estima que la distinción no es de gran importancia. Un abuso exclutorio es uno de la clase a la que se refiere la cita del caso Hoffman-La Roche, donde sus efectos se dan principalmente en la estructura del mercado, por ejemplo, debilitando a los competidores a través del alza de sus costos, negándose a tratar con ellos o negándoles el acceso a facilidades esenciales. Por el contrario, los abusos explotativos se encuentran dirigidos directamente a los consumidores, por ejemplo, mediante la imposición de precios excesivos o términos y condiciones no razonables; por supuesto que un uso exitoso del abuso exclutorio puede muy bien llevar al subsiguiente uso del abuso explotativo, o podrían ser utilizados simultáneamente y en combinación.” (Traducción libre) GOYDER, D. G. Op. cit., p. 283.

que en determinados mercados sólo sea posible tener un actor y que esto sea lo económicamente eficiente. La razón que puede justificar una situación de este tipo tiene que ver, normalmente, con los costos vinculados a la infraestructura necesaria para el desarrollo de la actividad y se le conoce como monopolio natural. Igual situación puede presentarse cuando la competencia está prohibida a favor de un único actor, básicamente por decisión del constituyente o el legislador. Esta última modalidad es la que se conoce como monopolio legal.

En ambos casos –monopolio legal o monopolio natural– el Derecho de la Competencia se repliega y deja el espacio al Derecho de la Regulación. Mediante la Regulación, el Estado se convierte en el “simulador” de condiciones de mercado que no son posibles en esta estructura de actor único. En realidad, podría decirse que la labor del Estado se concentra en determinar el precio del bien que el actor podrá cobrar, la viabilidad económica de la actividad, la recuperación de la inversión, la utilidad y, garantizar la prestación y extensión del acceso al bien ofertado por la mayor cantidad de ciudadanos. La intervención del Derecho de la Regulación requiere de una autoridad vinculada a la actividad que, de manera profesional y acorde con la legislación de la materia, desarrolle las acciones que al Estado correspondan en este rol.

La simplificación que antecede tiene el propósito de describir las bases conceptuales del problema del monopolio, la competencia y la regulación. Así presentada, pareciera que se trata de situaciones diferentes y de ámbitos del derecho que no tienen mayor relación. Sin embargo, la realidad es otra: el verdadero problema es el que el monopolio plantea para el sistema de mercado y cómo su existencia distorsiona las bases de este sistema. Adicionalmente, el Derecho de la Competencia y el Derecho de la Regulación no se encuentran divorciados o ajenos pues, en el fondo, ambos enfrentan un mismo problema: ausencia de condiciones de competencia. Entendido así el escenario de participación, es fácil poder concluir que se trata de materia directamente relacionada y en necesidad de diálogo permanente.

Aún cuando lo señalado ya es suficiente para constatar la relación entre competencia y regulación, resulta importante destacar el caso del monopolio derivado de una estructura de mercado previamente competitiva, donde el actor único es el resultado de su propia eficiencia y condición para vencer a los rivales.

En ese supuesto, la teoría económica señala que, manteniendo las condiciones de acceso al mercado previamente existentes, pues se trata de un mercado competitivo, las fuerzas del mercado restituirán la competencia. En efecto, se sostiene que la acción natural del monopolista, elevando los precios, lanzará

al mercado señales que atraerán irremediamente a nuevos entrantes y la competencia será recompuesta. El predicado es teórico pues, en la mayoría de los casos, el triunfo de la eficiencia va construyendo condiciones reales de inversión, tecnología, preferencias y costumbres de mercado, que podrían convertir a este mercado en un mercado no contestable. A esto hay que agregar el factor tiempo, pues ¿cuánto tiempo será necesario para recomponer la competencia?; y, en ese tiempo, ¿cuánto abuso de poder económico tienen que soportar los consumidores?

La competencia y la regulación se encuentran en el monopolio. Esta constatación es innegable en la medida en que, sólo cuando se presenta una situación de monopolio surge la pregunta irresistible: ¿la condición de monopolio puede variar a una situación de competencia? La respuesta pasa necesariamente por identificar si el monopolio es uno derivado de una estructura competitiva y la competencia puede restituirse espontáneamente y en qué tiempo; o, si por el contrario, es un monopolio natural o legal donde no es posible la competencia y la intervención que corresponde es exclusivamente de simulación de condiciones lo más próximas al mercado. En el primer caso, el del monopolio derivado de una estructura competitiva, el Derecho de la Competencia tiene que actuar para limitar el abuso de la situación¹⁷, más aún si la realidad del propio mercado demuestra que la competencia no se restituye espontáneamente y los consumidores sufren el abuso.

Es necesario entender la afirmación anterior en su verdadera dimensión: se trata de un punto muerto, ante una situación que no se corrige sola, en la que no es posible la participación del Derecho de la Regulación, pero que urge un solución, pues existe un derecho de los consumidores afectado y sufriendo una situación de conducta abusiva.

En la generalidad de los casos, la afectación del derecho de los consumidores se expresa en el denominado precio abusivo. El carácter residual de una intervención como esta, se grafica muy bien en una entrevista que le fuera

17 Recuérdese que el marco normativo peruano no prohíbe ni sanciona obtener la posición de dominio, sino únicamente el ejercicio abusivo de una condición de mercado obtenida válidamente. Ello es así también en los demás ordenamientos en materia de defensa de la competencia, incluyendo al comunitario europeo. Por ejemplo, señala SACRISTÁN REPRESA:

“Lo que prohíbe el artículo 82 del TCE, así como el artículo 6 de la LDC, en la parte coincidente y sustancial, es una conducta realizada por empresas –paradigmáticamente una empresa- en posición de dominio y no el hecho de la posición de dominio [...]” SACRISTÁN REPRESA, Marcos. Abuso de Posición Dominante. En VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio (coordinador). Derecho Europeo de la Competencia (Antitrust e Intervenciones Públicas). Valladolid: Lex Nova, 2005. p. 324.

efectuada al Doctor Antonio Creus, profesor de la Universidad Carlos III de Madrid, por la Revista Themis que se reproduce a continuación:

“Themis: en el Perú se sancionan los llamados “precios abusivos”, sin embargo, algunos creen que la lógica del mercado nos diría que si una empresa pone precios abusivos, en realidad, esto haría ingresar nuevos competidores, porque no se podrían mantener dichos precios, con lo cual, ya no existiría el propio monopolio, lo que nos lleva a pensar en la conveniencia de que el Estado intervenga en este caso en lugar de dejarlo simplemente a la regulación del mercado. ¿Cuál es su opinión al respecto?

Creus: Esta pregunta no es fácil. El precio abusivo como tal no me plantea a mí ningún problema en la medida en que haya un mercado relativamente abierto que suponga que, ante la imposición de tales precios, vayan a entrar otros operadores del mercado. Por lo tanto, lo que hay que examinar es no tanto si el precio es abusivo sino si hay barreras de entrada en el mercado, o barreras de salida, es decir, barreras en definitiva, para entrar u operar en el mercado. Si estas barreras existen tenemos un problema. Entonces, evidentemente hay que ver cuáles son los precios y si son abusivos o no. Los precios abusivos como tales pueden cuestionarse pero yo creo que dentro de unos marcos muy especiales.

Los precios abusivos también pueden ser significativos si es que estamos hablando de una infraestructura básica o esencial, lo que se llama una *essential facility*. Si estamos frente a una *essential facility* y hay precios abusivos puede haber un problema económico y otro de competencia. Si no, si de lo que estamos hablando es de que alguien se aprovecha y simplemente pone precios muy altos y por esto se le condena, primero habría que definir si está en una posición de dominio y si este precio abusivo representa un abuso y afecta el mercado. Pero si no a lo que nos arriesgamos es a cambiar el Derecho de Competencia por un Derecho de control de precios y, evidentemente, el Derecho de Competencia no es un Derecho de control de precios sino que es un Derecho, más bien, de control del juego de estructuras de mercado. Lo contrario sería pensar, precisamente, en contra de lo que propone la competencia, que es la intervención pública, continuada sobre los precios.

No es esto lo deseado, sin embargo es cierto que en muchos países se ha utilizado el Derecho de la Competencia para controlar los precios de forma que no suban mucho y se mantengan hasta cierto punto estables¹⁸.

Como puede apreciarse, el experto reconoce directamente la legalidad y conveniencia de sancionar precios abusivos pero, únicamente –esto además es destacado enfáticamente– cuando se trata de una situación en la que existe posición de dominio en el mercado, barreras de acceso infranqueables o utilización de una infraestructura esencial que no sea posible duplicar razonablemente.

La sanción de un precio abusivo es a todas luces una intervención residual y que demanda mucha prudencia. Nótese cómo el criterio de razonabilidad está presente en la decisión de intervenir y cómo, frente a un escenario como este, resulta imposible exigir de la intervención objetividad matemática. Sin embargo, y pese a todas sus dificultades, la institución existe y tiene que existir para evitar el abuso insalvable que podría poner en riesgo el estado de derecho que garantiza la dignidad del consumidor e impone un uso adecuado de los derechos de propiedad y de la condición de poder económico.

Un segundo aspecto que debe resaltarse de la información doctrinaria es el de la relación del Derecho de la Competencia con el Derecho de la Regulación. Cuando un actor que tiene posición de dominio no puede ser enfrentado por nuevos competidores, es posible que exista un problema de regulación de la actividad que, de no ser salvable, hará necesaria la participación del Estado a través de un organismo regulador. Cuando la competencia sea potencialmente posible pero no se manifieste por condiciones de mercado en el cual no existe posibilidad para la presencia de un regulador, corresponderá a la autoridad de competencia intervenir en la sanción de la conducta abusiva.

Finalmente, como ocurre con cualquier institución del Derecho de la Competencia o, de cualquier institución del Derecho, siempre es posible una mala utilización de la institución que la desnaturalice y la prive de su carácter necesario para convertirla en una forma de manipulación. Esto no es lo que aquí se estudia y obviamente, el riesgo de la utilización incorrecta no puede ser argumento para dejar de lado la institución. Con ese razonamiento

18 El Derecho de Competencia tiene que formar parte de la Constitución Económica de un Estado. Entrevista a William E. Kovacic y Antonio Creus. pp. 250-251. En Themis. Lima. N° 51.

ninguna institución del Derecho o de la Economía –que no son disciplinas exactas– tendría cabida¹⁹.

Ahora bien, ¿cuál es la condición de estructura de mercado que se deriva del reconocimiento de un derecho de propiedad intelectual y cuál es el Derecho llamado a intervenir?

El reconocimiento de derechos de propiedad intelectual para su explotación económica, tal como ya ha sido enunciado, crea monopolios temporales que se extienden por todo el tiempo en que dura la condición exclusiva de explotación económica. El monopolio se deriva de una acción legal en virtud de la cual el Estado reconoce un derecho y concede la explotación del mismo a su titular, dentro de un marco legal previamente definido. Se trata entonces de un monopolio legal que, como tal, requeriría la intervención del Derecho de la Regulación para la fijación de las condiciones de explotación económica.

La realidad permite constatar que en la mayoría de países del mundo, el Derecho de la Regulación se encuentra ausente de la actividad de explotación de derechos de propiedad intelectual. Esto no puede significar que el ejercicio de dichos derechos no tiene límites o no se encuentra sometido a las condiciones del estado de derecho en que ha sido posible su reconocimiento. Entonces, ¿quién debe actuar? La respuesta ha sido también obvia en la mayoría de países del mundo: el Derecho de la Competencia.

La intervención del Derecho de la Competencia en este caso es singular pues, dado el monopolio legal, no hay proceso competitivo que pueda ser restituido, restando únicamente la acción de control del abuso, cualquiera que sea la expresión del mismo. La intervención del Derecho de la Competencia se asimila a aquellos casos en los que la condición de único actor fuera resultado de una estructura competitiva de mercado que, pese a su condición de competitiva, no

19 En esta misma línea argumentativa, cabe recordar, además, lo siguiente:

“El Derecho en general, y el Derecho de defensa de la competencia en particular, no está exclusivamente guiado por consideraciones y fines económicos. [...]”

Generalmente, el Derecho no contiene referencias normativas al análisis económico, o declarando que el Derecho de defensa de la competencia o las conductas sometidas a éste deben alcanzar un determinado efecto económico. Tales referencias normativas son formuladas por estudiosos del Derecho, de común bajo el velo del lenguaje científico o de criterios supuestamente objetivos sobre eficiencia, conveniencia y racionalidad económicas. El análisis económico es un instrumento para dar contenido a los conceptos jurídicos del Derecho de la competencia, pero no es ni ese Derecho ni su juez.” CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Op. cit., pp. 273-274.

reacciona a la competencia por la existencia de nuevas barrera o condiciones singulares que desalientan la aparición de nuevos competidores.

El abuso de la posición de poder económico que debe ser conocido por el Derecho de la Competencia se deriva de un derecho de propiedad intelectual que es posible gracias a la intervención estatal. De ahí que el titular del derecho de propiedad intelectual tenga la obligación de compartir el conocimiento, pues lo que se encuentra en juego –no hay que perderlo de vista– es la participación de la humanidad en el conocimiento progresivo y común que un hombre concreto incrementa gracias a su ingenio y habilidad. Además, la obligación de compartir el conocimiento –en condiciones justas– con todos los demás seres humanos, es una consecuencia de la propia naturaleza del derecho reconocido. Se trata, además, de una obligación con la humanidad para el progreso conjunto de las sociedades.

4. LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y EL ABUSO DEL PODER ECONÓMICO

Existen algunas experiencias, nacionales y extranjeras, de lo que ha sido la utilización del Derecho de la Competencia para morigerar los excesos del ejercicio abusivo de los derechos de propiedad intelectual. Éstas no han consolidado respuestas unívocas, pero sientan importantes pautas para entender la profundidad y conflictividad que esta relación plantea.

Llama la atención que los antecedentes de los que se tiene noticia se relacionen mayormente con derechos de autor y el mecanismo de gestión colectiva que se ha diseñado para facilitar el cobro de los derechos a todos aquellos que se benefician con el repertorio del autor²⁰.

A continuación, algunas referencias, las más notables, en lo que respecta a la intervención de las autoridades de competencia en el ámbito del ejercicio de los derechos de propiedad intelectual²¹.

20 Para una discusión sobre el caso particular de la relación entre el Derecho de la Competencia y los Derechos de Propiedad Industrial, *ver*, CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia. Buenos Aires: Heliasta, 2005. pp. 251-339.

21 Para mayor detalle sobre Magill e IMS Health, *ver*, QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. ¿Evadiendo la exclusividad de la Propiedad Intelectual a través de las normas de libre competencia? pp. 249-276. En Anuario Andino de Derechos Intelectuales. Lima. Año II. N° 2 (2005).

4.1. El Caso Magill Tv Guide Ltd.

La empresa Magill Tv Guide Ltd (Magill) constató que en Irlanda e Irlanda del Norte, las tres empresas transmisoras de televisión, Radio Telefis Eireann (RTE), British Broadcasting Corporation (BBC) e Independent Televisión (IT) difundían su programación a través de la prensa escrita, bajo reconocimiento de derechos de autor y mediante condiciones contractuales impuestas a los medios que impedían la difusión conjunta de las respectivas programaciones y que hacían que la información únicamente se obtuviera con dos días de anticipación a la difusión de la programación.

Magill consideró un negocio interesante publicar mediante un boletín semanal la programación conjunta de las tres televisoras e incluir en el producto alguna orientación para el lector. Sin embargo, los derechos de autor alegados por las tres empresas impidieron que pudiera hacer la publicación en los términos que pretendía en su proyecto empresarial.

En 1986, la empresa afectada acudió a la Comisión Europea donde obtuvo un pronunciamiento favorable. En 1991, ante las apelaciones planteadas por RTE e Independent Televisión Publications Ltd –empresa que publicaba la programación de IT– el Tribunal de Primera Instancia confirmó el pronunciamiento de la Comisión Europea. En 1995, el Tribunal Europeo de Justicia desestimó los recursos que se presentaron y confirmó el pronunciamiento a favor de Magill.

Frente a un conjunto de pronunciamientos, donde cada instancia incorpora algún razonamiento singular, es posible efectuar múltiples interpretaciones. La que ahora nos interesa destacar consiste básicamente en que, a través de este caso, las autoridades de defensa de la competencia europeas establecieron que la negativa a proporcionar la programación de televisión para una publicación conjunta, constituía una infracción a lo dispuesto en el artículo 82 del Tratado de Roma (antes artículo 86), pues quien tiene una posición de dominio no puede negarse injustificadamente a contratar con fines lícitos y entorpeciendo el funcionamiento de mercados vinculados o derivados. La negativa, además, no puede ser amparada cuando se trata de una facilidad esencial y, para estas autoridades europeas, la programación de televisión era una facilidad esencial²² para participar en el mercado de la difusión de programas de televisión. Asimismo, si bien no fue objeto del procedimiento, establecieron que el costo que se podía colocar al acceso a la información sobre la programación debía ser razonable.

22 Sobre la doctrina de las facilidades esenciales, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas señaló lo siguiente en el Caso Bronner:

En el fallo del Tribunal Europeo de Justicia se considera, además, que la negativa no es en sí misma, o per se, una infracción a las reglas de competencia, pero que sí puede convertirse en tal cuando en circunstancias excepcionales diera lugar a una conducta abusiva. Una vez más, el alto grado de discrecionalidad se encuentra presente como consecuencia de que no se trata de una ciencia exacta y que la figura del abuso del derecho es una figura límite, que se inicia precisamente con el ejercicio de un derecho legítimo.

Es importante anotar cómo los fallos de este procedimiento no tienen una carga ideológica y plantean situaciones que son de absoluta normalidad y necesidad en el cumplimiento de la acción de control que le toca al Derecho de la Competencia. Así, se declara la acción del Derecho de la Competencia en aquellos casos en que se presente una situación de abuso del derecho en el ejercicio del monopolio legal que concede la propiedad intelectual. Igualmente, descartando tesis superadas²³, se da el carácter de facilidad esencial a un bien que no es una infraestructura, sino un derecho. Finalmente, se destaca la condición de razonable que tiene que tener una intervención en esta materia, considerando que la acción de control se efectúa sobre una situación límite. Habría resultado inaceptable para el Tribunal que, en un tema como éste, se exigieran razonamientos de objetividad matemática.

Estos fallos dieron lugar a mucha polémica en cuanto a los límites del ejercicio de los derechos de propiedad intelectual. Sin embargo, la polémica no estuvo orientada en ningún caso a definir si existía detrás del pronunciamiento una concepción intervencionista del Derecho de la Competencia o una falta de compromiso con los derechos de propiedad intelectual.

“[para afirmar] la existencia de un abuso en el sentido del artículo 86 del Tratado en una situación como la que es objeto de la primera cuestión prejudicial, sería preciso además no sólo que la denegación del servicio que constituye el reparto a domicilio pudiera eliminar toda competencia en el mercado de los diarios por parte de quien solicita el servicio y no pudiera justificarse objetivamente, sino, además, que el servicio, en sí mismo, fuera indispensable para el ejercicio de la actividad de éste, en el sentido de que no hubiera ninguna alternativa real o potencial al citado sistema de reparto a domicilio.”

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Sexta) de 26 de noviembre de 1998. Asunto C-7/97.

23 Decisiones emblemáticas en ese sentido, son las siguientes: Resolución N° 0869-2002/TDC-INDECOPI del 11 de diciembre de 2002 (Cab Cable v. Electrocentro) y Resolución N° 0870-2002/TDC-INDECOPI del 11 de diciembre de 2002 (Aerocontinente v. Banco de Crédito del Perú).

4.2. El Caso Intercontinental Marketing Services Health GMBH & Co. OHG

La empresa Intercontinental Marketing Services Health GMBH & Co. OHG (Health) es una proveedora de información relacionada con la venta de productos farmacéuticos en las farmacias de Alemania. Con la información elaborada por la empresa, los laboratorios farmacéuticos pueden desarrollar sus estrategias de venta de productos, precios y marketing.

En un momento determinado del desarrollo de su producto y luego de efectuar coordinaciones con sus clientes, Health logró elaborar una distribución de la información por segmentos que alentó la estandarización del mercado, dando lugar, incluso, a que sus clientes adecuaran sus sistemas informáticos a la forma en que fue segmentada la información suministrada por Health. Es evidente la dependencia de los laboratorios de esta información en la medida que era medular para desarrollar sus estrategias comerciales en un mercado de tantas dificultades como el farmacéutico.

En 1998 aparece en el mercado de la venta de información la empresa Pharma Intranet Information AG (Pharma)²⁴, quien intenta ofertar su producto a los laboratorios pero recibe el rechazo de éstos en tanto no presentara dicha información bajo la estructura de segmentos que estaban acostumbrados a adquirir de Health. Ante esta circunstancia, Pharma reformula la presentación de su información y, si bien no utiliza de manera idéntica la misma cantidad de segmentos del producto de Health, sí lo hace de una parte considerable de éstos.

Health lleva el caso a la discusión de los tribunales regionales de Alemania, donde obtiene fallos que obligan a Pharma a dejar de suministrar la información en la forma originalmente creada por Health. Ante esta limitación, Pharma²⁵ acude a la Comisión Europea y al Tribunal de Primera Instancia. Las incidencias procesales dieron lugar a que el caso, vía una cuestión prejudicial, llegara a conocimiento del Tribunal Europeo de Justicia y que éste emitiera fallo sobre el fondo del asunto.

El Tribunal Europeo de Justicia falló a favor de Health porque consideró que no era razonable exigir al creador de una obra protegida compartir la obra con un competidor directo, pese a que la misma pudiera ser considerada

24 La constitución de esta empresa es iniciativa de un antiguo gerente de Health.

25 En realidad, la acción es tramitada por National Data Corporation Health GMBH & Co. empresa que adquirió a Pharma. Sin embargo, para efectos de claridad seguiremos refiriendo la posición como de Pharma.

una facilidad esencial. En un escenario como éste, no podía configurarse una situación de abuso de posición de dominio en la medida que se estaba impidiendo la participación de un competidor directo en el ejercicio legítimo de la explotación de una creación intelectual reconocida.

En el fallo se hace una marcada diferencia para que dé la utilización de la obra protegida y se deja sentado que –para que exista abuso de posición de dominio– es necesario que la negativa impida la aparición de nuevos productos, es decir, afecte la generación de mercados derivados. En cambio, si de lo que se trata es de comercializar únicamente productos ya existentes, la negativa se justifica en el ejercicio legítimo de un derecho de propiedad intelectual.

En este caso, no se discute ya el carácter de facilidad esencial de la creación intelectual sino que se incursiona en una elaboración vinculada con los mercados directos e indirectos, donde todo parece indicar que pesa mucho en el fallo la consideración de lealtad comercial, en cuanto el creador del bien no debiera verse afectado por un rival que pretende participar de la ventaja de la creación, sin haber participado también de los costos de su creación.

4.3. El Caso Antena 3 de Televisión S.A. y Gestevisión Telecinco S.A.²⁶

En mayo del 2004, Antena 3 de Televisión S.A. (Antena 3) presentó una denuncia contra la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) y la Asociación Fonográfica y Videográfica Española (AFYVE) por prácticas contrarias a la libre competencia consistentes en el abuso por parte de las denunciadas de su posición de dominio al fijar unilateralmente tarifas no basadas en el uso real de los fonogramas y discriminatorias, en comparación con las tarifas que por los mismos bienes cobraba a Radio Televisión Española (RTVE).

El mismo mes de mayo, Gestevisión Telecinco S.A. (TV5) también presentó denuncia contra AGEDI por exigirle en la utilización de su repertorio remuneraciones no equitativas (abusivas) y discriminatorias respecto de otros operadores similares.

El 29 de marzo de 2005 el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC), órgano instructor de la denuncia, emitió su informe final recomendando al Tribunal, entre otros aspectos, que AGEDI había cometido abuso de su posición de

²⁶ Resolución (EXP 593/05, Televisión) del 13 de julio de 2006. Disponible en: <http://www.tdcompetencia.es>.

dominio en dos aspectos: primero, el establecimiento de tarifas generales abusivas; y, segundo, el trato discriminatorio a las denunciantes Antena 3 y TV5, al no ofrecerles las mismas condiciones para el pago de derechos devengados que había negociado con RTVE, la televisora estatal.

El 13 de julio de 2006, el Tribunal de Defensa de la Competencia emitió su fallo desestimando la imputación referida a precios excesivos y confirmando aquella referida al trato discriminatorio en perjuicio de Antena 3 y de TV5, y en beneficio de RTVE.

En el desarrollo de su razonamiento en cuanto a los precios excesivos, el Tribunal Español ratifica los criterios contenidos en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en los casos *United Brand*, *British Leyland*, y *Michelin*, mediante los cuales se estableció que la empresa con posición dominante tiene un deber especial de responsabilidad con el mantenimiento de condiciones competitivas en el mercado, la misma que la obliga a justificar objetivamente todas sus actuaciones, incluso aquella de fijación de precio en función a la proporcionalidad del valor económico del producto puesto en el mercado. Asimismo, se señala que el precio abusivo puede ser sancionado siempre y cuando, utilizando criterios de comparación con los precios anteriores en competencia, o cuando ello no sea posible, con mercados de similares características, sea posible apreciar una diferencia notablemente desproporcionada entre unos y otros.

Así, pese al desarrollo conceptual de la viabilidad de la sanción de los precios abusivos, el Tribunal Español analiza el caso concreto y la comparación de precios efectuada entre aquellos cobrados por la AGEDI y las sociedades de gestión de derechos de autor en los Estados Europeos, concluyendo que la desproporción no es notoria, ni llamativamente diferente, por lo que se pronuncia por la inexistencia de infracción en este extremo²⁷.

En cuanto se refiere al trato discriminatorio de las denunciantes en beneficio de la televisión estatal, el Tribunal Español identificó que el monto pagado

27 “Corresponde ya abordar la cuestión fundamental planteada de si las tarifas generales, establecidas de una posición de dominio evidente, fueron abusivas, excesivas y arbitrarias, en el sentido que al término abusivo le dan los artículos 6 LDC y 82 TDC, para pasar a analizar, a continuación, si se produjo la mencionada discriminación, prohibida por los mismos artículos.

El Servicio señala en la Calificación Jurídica de su Informe Propuesta que, a pesar de no haber quedado acreditada la conducta de imposición, corresponde a las Autoridades de Competencia entender sobre la inequidad de las tarifas generales “per se” porque, de ser inequitativas, su fijación unilateral podría desvirtuar el proceso negociador, dada su tendencia a prevalecer, incluso en los Tribunales.

por esta última –en términos absolutos– era alrededor de 3,5 veces inferior al monto que le fue requerido a Antena 3 y TV5, mientras que en –en términos relativos– el monto era 6 veces inferior en proporción a los ingresos por publicidad de la empresa estatal.

En la identificación de la conducta, el Tribunal Español descartó las alegaciones de la denunciada en el sentido de que tenía un tratamiento preferente a la empresa estatal, precisamente por su carácter público. Para el Tribunal se trataba de empresas que competían todas en un mismo mercado y que, más bien, permitir la discriminación practicada por AGEDI habría significado la ruptura de las condiciones de objetividad.

Esta pretensión la apoya el Servicio en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de enero de 2004, citada en el Fundamento de Derecho 2, y en la Resolución del Tribunal de 14 de diciembre de 1998, también ahí citada, en la que el Tribunal entró a valorar la supuesta inequidad de las tarifas a pesar de que figuraban en un convenio firmado entre la entidad de gestión y los usuarios de su repertorio, y de que no existía prueba de que la primera hubiera impuesto sus condiciones a los segundos.

Esta calificación del Servicio no es compartida por la imputada. En efecto, AGEDI argumentó en la Vista, como ya lo hiciera ante el Servicio, que según entiende la doctrina del Tribunal, sobre la existencia de un abuso de posición de dominio, es necesario analizar previamente la concurrencia como premisa de una conducta de imposición y no sólo por el tenor literal del tipo infractor del artículo 6 LDC, sino también como elemento de un procedimiento administrativo sancionador que enjuicia conductas de agentes en el mercado, pues la finalidad de la LDC es la de garantizar la existencia de una competencia suficiente en el mercado que, en este caso, regula la LPI con su especial diseño de formación de los precios de la gestión colectiva de los derechos de la propiedad intelectual.

Pues bien, el Tribunal disiente de AGEDI y comparte el razonamiento del Servicio que sigue su consolidada doctrina sobre la aplicación del artículo 6 LDC y las muy diferentes actuaciones que pueden calificarse como abuso de posición dominadora, que el apartado 2 del mismo no contiene una relación exhaustiva de las que “podrá consistir” y, en fin, que incumbe al dominante una especial responsabilidad de mantener condiciones no distorsionadas de competencia, particularmente, a los que ostentan monopolios legales.

Como ha alegado AGEDI en la Vista, es cierto que el Tribunal ha sancionado en ocasiones las conductas de imposición unilateral sin negociación o, incluso, que ha considerado como una relación simétrica incompatibilidad la que existe entre los conceptos de imposición de condiciones discriminatorias y negociación (Vid Resolución del Tribunal de 25 de enero de 2002, expediente. 511/2001, SGAE/Vale Music, F.D. 4). Pero es más cierto que inmediatamente antes y después de hacer el Tribunal la alegada simétrica relación se refirió al abuso que significa que una entidad de gestión imponga condiciones no razonables ni equitativas ni objetivamente justificadas o exija el cobro de cantidades notablemente superiores por la utilización de un mismo repertorio, sin justificar debidamente tal desigual trato. Tan fragmentada e incompleta cita de la relación que el estableció el Tribunal la saca AGEDI de contexto y le da, cuando se analiza con atención, el sentido opuesto (vid folios 856 y 857 del expediente del Tribunal).

4.4. Los antecedentes en el Perú

El caso APDAYC en vía de libre competencia

En 1994, la empresa Chomin's Productions S.R.L. denunció a la Asociación de Autores y Compositores del Perú (APDAYC) y a la Sociedad de Autores y Compositores (SPAC) por prácticas restrictivas de la competencia consistentes en concertar las tarifas por el uso del repertorio; trato discriminatorio en sus relaciones contractuales; obligarla a contratar el íntegro del repertorio lo que significa el establecimiento de precios abusivos.

Sobre la posibilidad de que las tarifas generales "per se" sean inequitativas o discriminatorias, procede recordar también que el Tribunal Supremo ha reiterado en numerosas ocasiones sus criterios al respecto, como al señalar los siguientes: *"Sólo puede aducirse el principio de igualdad violado, cuando dándose los requisitos previos de una igualdad de situaciones entre sujetos afectados por la norma, se produce un tratamiento diferenciado de los mismos en razón a una conducta arbitraria o injustificada"* (STS de 8 de julio de 1994).

Muy recientemente, el Tribunal Supremo ha destacado la importancia que tiene en el abuso el carácter objetivamente antijurídico de la conducta, al señalar: *"A nuestro juicio lo decisivo para sancionar una conducta empresarial a título de explotación abusiva de la posición de dominio no es sólo el propósito subjetivo de la empresa sino el carácter objetivamente antijurídico de su actuación."* (STS de 20 de junio de 2006, en recurso de casación nº 9174/2003, F.D. 8º).

En fin, resulta preceptivo sobre esta cuestión referirse a las dos clásicas Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea explicando que basta analizar la relación existente entre el servicio prestado y el precio aplicado para deducir si hay abuso por ser el precio o la tasa inequitativa:

- Sentencia del TJCE, de 14 de febrero de 1978, Asunto United Brands: *"Un abuso de posición de dominio dominante en el sentido del artículo 86.a) puede consistir en la práctica de un precios excesivo sin relación razonable con el valor económico de la prestación proporcionada"*.
- Sentencia del TJCE, de 11 de noviembre de 1986, Asunto British Leyland: *"hay explotación abusiva de una posición dominante cuando una empresa que se beneficia de una situación de monopolio legal exige por sus servicios unas tasas desproporcionadas con relación al valor económico de la prestación proporcionada"*.

Puede pues, concluir el Tribunal con el TJCE en su sentencia Michelin que *"incumbe a la empresa con posición dominante una especial responsabilidad en el mantenimiento en el mercado de unas condiciones no distorsionadas de la competencia, lo que implica que la conducta de la empresa dominante, para ser legítima debe tener justificación objetiva"*.

Con esta importante doctrina, el Tribunal ha abordado la posible existencia de abuso de posición dominadora a través del análisis de diversos tests. Así en su Resolución de 14 de diciembre de 1998, en el Fundamento de Derecho 4 señaló lo siguiente: *"El mayor problema que se encuentra cualquier intérprete para considerar si se ha infringido los artículos 6.2.a) LDC y 86.a) TUE por imposición de un precio no equitativo consiste en determinar cuál es el precio justo. Existen varios tests al respecto, tales como considerar que el precio justo es el que existiría en situación de competencia, el que existe en otros países del entorno o el que corresponde a otros servicios similares o bien los incrementos moderados en comparación con los precios anteriormente existentes"*.

La Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI, órgano encargado de instruir el procedimiento, emitió su informe el 17 de abril de 1995, identificando la existencia de infracción a las normas del Decreto Legislativo N° 701²⁸, las mismas que consistían en la existencia de concertación de tarifas y discriminación en la fijación de éstas. La Secretaría Técnica consideró que no existía infracción en cuanto a la obligación de comprar el íntegro del repertorio y al monto de las tarifas establecidas libremente por las asociaciones de gestión colectiva de derechos.

El mismo 17 de abril de 1995²⁹, la Comisión de Libre Competencia expidió su pronunciamiento declarando infundada la denuncia en cuanto a la imposición de tarifas excesivas. Asimismo, declaró que las denunciadas no podían negarse injustificadamente a otorgar licencias de uso para los repertorios que administran y que no debían discriminar a ningún usuario de ninguna categoría. Igualmente, declaró que los cobros debían ser proporcionales a la cantidad del repertorio utilizado y sancionó a cada una de las denunciadas con 10 Unidades Impositivas Tributarias.

El pronunciamiento de la Comisión no fue apelado, por lo que no puede considerarse que constituye un criterio validado de intervención de las autoridades de competencia en áreas de propiedad intelectual. No obstante, establece algunos criterios que merecen ser destacados.

En lo que se refiere a precios excesivos el razonamiento de la Comisión fue el siguiente:

“(…) con respecto a la aseveración de la denunciante, en el sentido que la tarifa que le exigen las Sociedades de Gestión Colectiva es excesiva, se debe tener en cuenta que de conformidad con lo establecido en el Decreto Legislativo N° 757, los precios en el país son libres y tanto aquellos con posición de dominio, como aquellos que compiten en el mercado, tienen el derecho de fijar el precio que consideren conveniente por los bienes y servicios que ofrecen”.

Sin embargo, el Tribunal tenía que abandonar de forma inmediata este primer test de situación de competencia, como lo hiciera en aquel caso, porque se trata de un mercado en el que nunca ha existido tal situación, pero quedaban el de la comparación internacional y el de servicios similares.”

28 Decreto Legislativo N° 701. Ley por la que Disponen la eliminación de las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia.

29 Es notorio que el pronunciamiento de la Secretaría Técnica haya demorado más de un año en su elaboración y que la Comisión de Libre Competencia haya resuelto el caso el mismo día en que el informe fue expedido.

La norma a que hace referencia el razonamiento es la denominada “Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada”³⁰ que en su artículo 4º señala:

“La libre competencia implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda, de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución y las leyes. Los únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios públicos, conforme a lo que se disponga expresamente por Ley del Congreso de la República”.

Lo interesante es destacar que la Comisión acude a la norma de inversión privada y no a la norma de libre competencia que tiene encomendado aplicar que, como ya se ha visto para el caso europeo, considera que el abuso de la posición de dominio puede manifestarse –excepcionalmente– en la conducta explotativa de los consumidores que significa el establecimiento de un precio abusivo. La norma peruana de libre competencia tiene como antecedente y referente la legislación de la Comunidad Europea y contempla el mismo supuesto³¹.

Hay que reparar en el proceso de interpretación, que la norma referida (Decreto Legislativo N° 757), es anterior a la Constitución Política del Perú de 1993 que,

30 Norma publicada en el Diario Oficial El Peruano el 13 de noviembre de 1991.

31 Artículo 6.- Abuso de posición de dominio en el mercado.- Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio. Son casos de abuso de posición de dominio:

- a) La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación de productos o servicios; (Modificado por el art. 11 del Decreto Legislativo N° 807).
- b) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones;
- c) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
- d) Derogado por el artículo 12 del Decreto Legislativo N° 807.
- e) Derogado por el artículo 12 del Decreto Legislativo N° 807.
- f) Otros casos de efecto equivalente. (Modificado por el artículo 11 del Decreto Legislativo N° 807).

al efecto, contiene declaraciones en cuanto al sistema económico y el abuso de la posición de dominio³².

En ese sentido, la Sala de Defensa de la Competencia ha desarrollado de manera extensa las consideraciones a partir de las cuales las conductas explotativas pueden ser consideradas una infracción a las normas de libre competencia, en sintonía con el texto constitucional de 1993³³. En consecuencia, si alguno de estos casos fuera planteado ante la Sala, el pronunciamiento tendría que asemejarse más a los pronunciamientos europeos en el sentido de identificar si realmente existe un exceso en el precio que no puede ser justificado.

Otro aspecto que llama la atención es el que tiene que ver con la declaración de que el monto cobrado por el uso del repertorio debía ser proporcional al repertorio empleado, es decir, se estableció la prohibición de vender el íntegro

32 Constitución Política del Perú. Artículo 61º. El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios (...).

33 Al respecto, la Resolución N° 0225-2004/TDC-INDECOPI del 4 de junio de 2004, señala lo siguiente:

“En la resolución apelada, la Comisión introdujo la discusión respecto de si la norma nacional de defensa de la competencia se circunscribe a sancionar únicamente las conductas abusivas de la posición de domino que tengan naturaleza exclusoria, dejando de lado aquellas conductas de naturaleza explotativa. Esta Sala considera equivocada dicha apreciación de la primera instancia, toda vez que la norma nacional, siguiendo sus orígenes y fuentes, así como las propias manifestaciones positivas del texto, alcanza tanto a las conductas abusivas de naturaleza exclusoria como explotativa.

[...]

En síntesis, el razonamiento de la primera instancia no ha considerado las diferencias existentes entre la técnica de tipificación norteamericana –limitada a las conductas de monopolización, a la que adhiere, por ejemplo, la ley mexicana– y la técnica de tipificación europea –que utiliza el concepto más amplio de “abuso de posición de dominio en el mercado”– que, tal como se observa en la legislación comparada analizada, incluye siempre y de manera ineludible la afectación a los consumidores.

De otro lado, la primera instancia tampoco ha tomado en cuenta en su razonamiento, el texto mismo del artículo 61 de la Constitución Política del Perú y del propio artículo 5 del Decreto Legislativo N° 701, limitándose a un análisis parcial del texto constitucional y del título de la norma de desarrollo.

Es de notar que la interpretación desarrollada por la Comisión, al pretender excluir del abuso de posición de dominio las prácticas de naturaleza de explotación, significaría que los excesos del poder económico que afecten directamente a los consumidores no serían sancionables sobre la base del Decreto Legislativo N° 701. Esta interpretación no se condice con el texto de la Constitución Política del Perú que establece un régimen de protección plena a los derechos de los consumidores y que consagra el sistema económico como un medio para la realización de la persona humana y no como un fin en sí mismo. Los intérpretes de la legislación deben cuidar que la misma no pierda su verdadera finalidad.

del repertorio, cuando la utilización alcanzara únicamente a alguna parte de éste.

Finalmente, la sanción de la conducta discriminatoria es ratificada y sancionada por la Comisión, en la medida que se entiende como una expresión de abuso de poder económico el colocar los precios en función subjetiva de quien demande el bien. En este extremo la sintonía con los pronunciamientos europeos es absoluta.

El caso APDAYC en vía del mecanismo arbitral de solución de controversias

La vigente legislación nacional en materia de derechos de autor contempla una figura muy singular para enfrentar los supuestos de fijación excesiva de precios por parte de las sociedades de gestión colectiva. Esta institución

La Sala de Defensa de la Competencia en su condición de última instancia en la aplicación de las normas de competencia se encuentra en la obligación de efectuar el análisis íntegro del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 701, a la luz del artículo 61 de la Constitución. Ha sido práctica reiterada de esta Sala introducir en sus pronunciamientos la interpretación en “clave constitucional” que persigue dar coherencia a los textos legales con el texto constitucional.

Una primera lectura del párrafo introductorio del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 701 permite observar que el término “otros” incluido en la definición del abuso de posición de dominio en el mercado del párrafo no es equivalente a otras “empresas” - lo cual restringiría el ámbito de aplicación del abuso de posición de dominio en el mercado únicamente a las conductas de exclusión o a las “prácticas monopólicas relativas” de la ley mexicana. El problema evidente que presenta considerar que el término “otros” es equivalente a otras “empresas” es la falta de concordancia gramatical que surge a primera vista: “*Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros [empresas], que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio.*”

El sentido del término “otros” en el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 701 debe buscarse, en primer lugar, en su significado. De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, la primera acepción de la palabra “otro” es la siguiente: “*1. adj. Dicho de una persona o de una cosa: Distinta de aquella de que se habla.*” Es claro que la idea que transmite la palabra “otro” es la de distinción por contraposición. Al respecto, una “empresa que se encuentra en posición de dominio” se contrapone a personas distintas a ella que se encuentran en el mercado. Esas personas “distintas a ella que se encuentran en el mercado” son las empresas que no se encuentran en posición de dominio y también los consumidores, es decir, los “otros” agentes económicos.

La interpretación presentada en el párrafo anterior es consistente con el deber constitucional de facilitar y vigilar la libre competencia, a fin de procurar el mayor bienestar de los consumidores, contenido expresamente en esos términos en el artículo 61 de la Constitución Política del Perú.” Resolución N° 0225-2004/TDC-INDECOPI. p. 10; 16-17.

merece alguna descripción para los efectos de tenerla en consideración en una agenda futura.

El artículo 163º del Decreto Legislativo 822, Ley sobre el Derecho de Autor, establece lo siguiente:

“si un gremio o un grupo representativo de usuarios, considera que la tarifa establecida por una entidad de gestión colectiva es aplicada abusivamente, podrá recurrir al arbitraje del INDECOPI, a través de una comisión arbitral constituida por un representante de la Comisión de Libre Competencia, un representante de la Comisión de Protección al Consumidor y un representante de la Oficina de Derechos de Autor, quien la presidirá y convocará (...)”.

La norma plantea un primer problema de interpretación: nótese que se menciona que la “tarifa (...) es aplicada abusivamente, (...)”. A partir de aquí el INDECOPI ha tratado de interpretar que este mecanismo es de utilización únicamente cuando la *aplicación* de la tarifa es abusiva, lo que, en concreto, significa el trato discriminatorio en el cobro de la tarifa o el establecimiento de la obligación de adquirir repertorios íntegros, independientemente de que vayan a ser necesarios o usados.

La posición de la institución en esta interpretación resulta discutible. No se entiende por qué la interpretación reductiva, que no guarda sintonía con la razón de ser de un mecanismo de control de los excesos del monopolio en la fijación de una tarifa por uso de repertorio de derechos de autor. Una interpretación coherente con el sistema, y en el marco de la norma constitucional, llevaría a entender que simplemente se trata de la forma arbitral administrativa de solucionar algún exceso en el ejercicio del poder económico que entrega el monopolio de la propiedad intelectual.

En esa línea abona el hecho del arbitraje administrativo obligatorio. No es un pacto privado para la constitución de un tribunal arbitral, sino el establecimiento de un límite legal en el cobro de las tarifas, que pasa por la constitución de una comisión administrativa a la cual el titular del derecho no puede sustraerse. Es una figura de arbitraje compulsivo, administrado por la propia entidad que otorga el derecho de exclusiva.

Un segundo tema que la norma plantea es el referido a la condición para acudir al mecanismo de solución de controversias. En efecto, la parte introductoria del artículo parece establecer una condición de procedencia que vacía de contenido

la institución. La norma señala que “si un gremio o grupo representativo de usuarios” acude al mecanismo entonces éste se activa.

Como es obvio, si quien acude no tiene la condición de gremio o grupo representativo –una interpretación reductiva y literal– llevaría a descartar cualquier intento de particulares por utilizar este instrumento como un medio para acceder al cobro justo en el ejercicio de un derecho de exclusiva.

Precisamente, los antecedentes de la utilización del mecanismo en el INDECOPI dan cuenta de una persistente negativa a exigir literal y reductivamente la condición de acceso en la representatividad de los solicitantes. Esto puede observarse en los casos siguientes:

El 9 de febrero de 2005, Hot & Music S.A.C.; Bancero Gustavo López Portocarrero, Rosa Nelly Molina Areche; y Abraham Escobedo Álvarez solicitaron la instauración del mecanismo contra la Asociación Peruana de Autores y Compositores (APDAYC), al considerar que ésta cometía abuso en la aplicación de las tarifas por el uso de su repertorio. El 18 de marzo de 2005, la Oficina de Derecho de Autor declaró improcedente la solicitud al considerar que cuatro establecimientos, entre discotecas y restaurantes, no constituían un grupo representativo de usuarios.

El 19 de julio de 2005, la Sala de Propiedad Intelectual resolvió la apelación planteada por los solicitante al considerar que no se trataba de un grupo representativo de usuarios. Para concluir en ese sentido, la Sala de Propiedad Intelectual consideró que el legislador había puesto esta exigencia de acceso porque “la fijación de una tarifa por la realización de determinado acto de explotación difícilmente logrará satisfacer las expectativas de todas las partes interesadas, sobre todo de los usuarios obligados al pago de la misma. En ese sentido, la ley ha considerado prudente exigir que la comisión arbitral se forme ante la solicitud de un grupo considerable de usuarios, ello con la finalidad de no entorpecer las labores que realizan las sociedades de gestión.”

En lo que se refiere al caso concreto, la Sala de Propiedad Intelectual consideró que cuatro usuarios no eran representativos de la cantidad innumerable de usuarios que existían sólo en Lima. Adicionalmente, señaló que grupo representativo “es aquél conformado por un número importante de usuarios a quienes se les aplica la tarifa o por los principales o más grandes usuarios, en cuanto a recaudación se refiere”.

El caso deja abierta la posibilidad de replantear la figura y las interpretaciones que en torno a ella se han ido presentando. Si la institución no es útil para lograr canalizar la solución de un conflicto no tiene sentido su existencia.

Igualmente, si se plantea que únicamente sirve para atender conflictos de “grupos representativos”, según el criterio desarrollado por la Sala de Propiedad Intelectual, es evidente que se consolida una discriminación en perjuicio del usuario común y corriente, que normalmente es aquél que tiene menos mecanismos e incentivos para poder cuestionar la injusticia del ejercicio abusivo del poder económico que otorga el monopolio de la propiedad intelectual.

5. LOS ESTADOS UNIDOS Y LA PREOCUPACIÓN POR UN BALANCE ENTRE PROPIEDAD INTELECTUAL Y COMPETENCIA

La manera como impacta la propiedad intelectual y los sistemas organizados para su protección en el mercado, no ha sido ajena a una preocupación por parte de las autoridades de competencia norteamericanas. En un reciente estudio sobre el tema, la Comisión Federal de Competencia ha planteado una serie de situaciones de conflicto que pueden presentarse entre ambas materias y ha reclamado la necesidad de encontrar mecanismos que puedan equilibrar la acción de ambas en beneficio de la sociedad.

El estudio tiene su fuente en una autoridad de competencia³⁴, y como es obvio, esto puede poner en evidencia un sesgo de preeminencia de la competencia frente a los derechos de propiedad intelectual; sin embargo, el aporte del mismo es ilustrativo a los propósitos de este artículo.

El principal problema detectado en el estudio es el que se ubica en el riesgo que significa patentar una creación que no tenga la condición de tal, es decir, que no constituya un verdadero aporte a la innovación científica³⁵. Esta situación, crea monopolios innecesarios y más bien alienta la conducta denominada del “patentamiento de obstrucción”, es decir, solicitar a las autoridades el

34 To Promote Innovation: The Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy. A Report by the Federal Trade Commission. Octubre 2003. pp. 1-18.

35 El propio sistema norteamericano muestra su debilidad y enfrenta serios problemas derivados de lo que significa otorgar derechos de exclusiva o monopolios legales a “inventos” que no tiene la calidad de tales y que, económicamente, producen distorsiones en el mercado y afectan el proceso competitivo. No son extrañas las voces que señalan como una debilidad el patentamiento laxo, pues incrementa excesivamente los costos judiciales por las controversias que generan, crea rentas artificiales sobre “inventos” que hubieran aparecido de todas maneras sin los incentivos del monopolio legal, y fomenta una carrera por el patentamiento defensivo que más bien inhibe la verdadera creación innovativa. INDECOPI. Perú: Los intereses nacionales en la Propiedad Intelectual y los Tratados de Libre Comercio. Lima: INDECOPI, 2005. p. 18.

reconocimiento de una patente que no es tal, con el propósito de evitar que el competidor pueda seguir creciendo con innovación.

Esta conducta genera en el competidor, particularmente en aquel que desarrolla actividades sobre la base del conocimiento acumulativo, una gran dificultad, pues cada vez que se enfrenta al proceso de innovación sobre la patente ya otorgada a sus competidores o terceros interesados, debe enfrentar un proceso intenso y costoso de negociación³⁶. Para enfrentar el “patentamiento de obstrucción” los competidores se ven tentados a recurrir al “patentamiento defensivo”, lo que determina una carrera absurda y perjudicial para obtener la patente que impide la competencia.

Frente al mal uso del sistema y frente a las situaciones de dificultad en flujo competitivo, la autoridad de competencia norteamericana plantea una serie de recomendaciones a tener en cuenta, tanto por el legislador como por los actores involucrados. Estas recomendaciones consisten básicamente en lo siguiente:

1. Reforma legislativa que contemple la posibilidad de la revisión administrativa de las patentes otorgadas.
2. Reforma legislativa que estandarice los criterios de otorgamiento y nulidad de una patente (procedimientos, capacidades de las autoridades involucradas, condiciones de prueba, entre otros).
3. Colocación de la labor de otorgamiento de patentes en una agenda de desarrollo tecnológico del país.
4. Reforma legislativa que obligue a las autoridades de propiedad intelectual a valorar los efectos del otorgamiento de un derecho de exclusiva respecto de la competencia.
5. Mecanismos de difusión intensa de las patentes otorgadas y de las solicitudes presentadas.

³⁶ Una caso que evidencia los perjuicios y altos costos para la competencia desde el ámbito de la propiedad industrial es el ocurrido entre 1895 y 1911 en los Estados Unidos de América, con la patente otorgada a George Selden, la misma que consistía en la explotación exclusiva de siguiente “invento”: colocar un motor de gasolina en un chasis para hacer un automóvil. Gracias a esta patente el titular pudo oponerse a todos los intentos de colocación de un motor en un chasis que era en realidad algo obvio y la fuente para el desarrollo de la industria automotriz. Esta situación se mantuvo en el tiempo hasta que Henry Ford y otros fabricantes cuestionaron judicialmente la patente y lograron que la misma fuera acotada en 1911, permitiendo así el gran despegue de la industria automotriz norteamericana. MERGES & DUFFY. Patent Law and Policy: Cases and Materials. pp. 644-646. En To Promote Innovation: The Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy. A Report by the Federal Trade Commission. Octubre 2003. p. 3.

Como puede verse, la preocupación de la autoridad norteamericana por el tema es central y plantea una situación que demanda atención pues las materias (propiedad intelectual y competencia) deben dialogar en contenidos y en acción de sus respectivas autoridades.

6. LA AGENDA PARA UN EQUILIBRIO ENTRE PROPIEDAD INTELECTUAL Y COMPETENCIA

La información que ha sido presentada y analizada plantea la necesidad de adoptar algunas medidas o criterios a los efectos de encontrar un equilibrio adecuado entre lo que significa la condición de poder que otorga el reconocimiento de un derecho de propiedad intelectual, su explotación económica y la conservación de algunos principios de mercado que interesan al mundo del Derecho de la Competencia.

El ejercicio de ningún derecho puede ser irrestricto, pues ello significaría afectar otros derechos, también reconocidos por el sistema jurídico-político que sostiene una economía social de mercado. El ejercicio de derechos de propiedad intelectual tiene necesariamente que condicionarse en función a principios y valores que también forman parte de la estructura de una sociedad construida en un Estado de Derecho.

Una vía ordinaria que expresa esta necesidad de limitación es la que corresponde al Derecho de la Competencia y que, como se ha podido describir, tiene que ver básicamente con el abuso de la posición de dominio que el monopolio legal otorga al titular de un derecho de propiedad intelectual.

El titular que goza de ese derecho tiene una responsabilidad social que atender por las decisiones que adopta y ninguno de sus movimientos o decisiones puede estar ajeno al efecto que produce, ya sea en mercados derivados o en el propio mercado de la explotación del derecho protegido. De lo que se trata, es de crear conciencia en quienes se benefician de esta condición de protección legal, en el sentido de la obligación que tienen con la estabilidad del sistema social que les permite el gozo del derecho legalmente protegido.

Definida la responsabilidad social, que es la ordinaria, incluso el titular de un derecho debe estar en condiciones de postergar las ventajas de su situación legal ante la puesta en conflicto de, por ejemplo, situaciones de salud pública que constituyen casos excepcionales de decaimiento temporal de la protección.

En el mundo de la globalización comercial, existen importantes referencias y acuerdos internacionales que han abordado el tema de las llamadas “licencias

obligatorias” que son aquellas que el titular de un derecho de propiedad intelectual protegido se ve en la obligación de ceder al Estado, cuando está en riesgo la salud pública de la población. El tratamiento de estas condiciones es fruto de las negociaciones llevadas adelante en la ronda de Doha y forman parte de los ADPIC³⁷.

La forma más usual de intervención que la problemática plantea es el precio abusivo en el acceso a la creación protegida. La dinámica del precio abusivo

37 Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC, por sus siglas en idioma inglés). Entró en vigor del 1 de enero de 1995. De acuerdo a la información disponible en la página web de la OMC, los ADPIC tienen las siguientes características:

“Las esferas de la propiedad intelectual que abarca son: derecho de autor y derechos conexos (los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión); marcas incluye marcas de servicios; indicaciones geográficas incluye indicaciones de origen; dibujos y modelos industriales; patentes incluye la preservación de los vegetales; esquemas de trazado; e información no divulgada incluye secretos comerciales y datos de pruebas.

En lo que se refiere a los países en desarrollo, el período general de transición era de cinco años, es decir, hasta el 1º de enero de 2000. Además, el Acuerdo permite a los países en proceso de transformación de una economía de planificación central en una economía de mercado que aplacen la aplicación hasta el año 2000, si cumplen determinadas condiciones.

Se aplican normas especiales de transición si un país en desarrollo no otorgaba protección mediante patentes de productos a un determinado sector de tecnología -especialmente, las invenciones de productos farmacéuticos o productos químicos agrícolas- en la fecha general de aplicación del Acuerdo para ese Miembro, es decir, en el año 2000.

Los tres principales elementos del Acuerdo son los siguientes:

- Normas. Con respecto a cada uno de los principales sectores de la propiedad intelectual que abarca el Acuerdo sobre los ADPIC, éste establece las normas mínimas de protección que ha de prever cada Miembro. Se define cada uno de los principales elementos de la protección: la materia que ha de protegerse, los derechos que han de conferirse y las excepciones permisibles a esos derechos, y la duración mínima de la protección. El Acuerdo establece esas normas exigiendo, en primer lugar, que se cumplan las obligaciones sustantivas estipuladas en los principales convenios de la OMPI: el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (el Convenio de París) y el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (el Convenio de Berna) en sus versiones más recientes. Con excepción de las disposiciones del Convenio de Berna sobre los derechos morales, todas las principales disposiciones sustantivas de esos Convenios se incorporan por referencia al Acuerdo sobre los ADPIC y se convierten así en obligaciones para los países Miembros de dicho Acuerdo. Las disposiciones pertinentes figuran en el párrafo 1 del artículo 2 y en el párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC, que se refieren, respectivamente, al Convenio de París y al Convenio de Berna. En segundo lugar, el Acuerdo sobre los ADPIC añade un número sustancial de obligaciones en aspectos que los convenios antes existentes no tratan o tratan de modo que se consideró insuficiente. Así pues, a veces se llama al Acuerdo sobre los ADPIC el Acuerdo de Berna y de París ampliado.

no está exenta de polémica y siendo una institución límite, la polémica en su implementación y aplicación resulta relevante. El tema se complica más cuando la propia determinación de la existencia de un precio abusivo es técnicamente una operación con alto contenido discrecional.

No obstante, el instrumento de intervención no puede ser descartado por la dificultad de su empleo o por la polémica que pueda generar, por el contrario, debieran explorarse criterios pragmáticos para acotar su utilización cuando sea necesario y no exista otra forma de revertir o controlar los excesos que pueden derivarse del monopolio legal.

Finalmente, un tema que puede ser planteado es aquel que sustenta una mayor producción de innovación tecnológica desde el Derecho de la Competencia que desde el ámbito de la protección de la propiedad intelectual. En efecto, algunas experiencias empíricas llevan a reflexionar respecto de si se genera más desarrollo tecnológico por la vía del fomento de la competencia en los mercados o si ello ocurre de manera más intensa por la vía de la concesión de los derechos de exclusiva en el ámbito de la propiedad intelectual.

-
- Observancia. El segundo principal conjunto de disposiciones se refiere a los procedimientos y recursos internos encaminados a la observancia de los derechos de propiedad intelectual. En el Acuerdo se establecen algunos principios generales aplicables a todos los procedimientos de observancia de los DPI. Además, contiene disposiciones sobre procedimientos y recursos civiles y administrativos, medidas provisionales, prescripciones especiales relacionadas con las medidas en frontera, y procedimientos penales, en las que se especifican con cierto detalle los procedimientos y recursos que deben existir para que los titulares de DPI puedan efectivamente hacer valer sus derechos.
 - Solución de diferencias. En virtud del Acuerdo, las diferencias entre Miembros de la OMC con respecto al cumplimiento de las obligaciones en la esfera de los ADPIC quedan sujetas al procedimiento de solución de diferencias de la OMC.

Por otra parte, en el Acuerdo se recogen determinados principios fundamentales -por ejemplo, los de trato nacional y trato de la nación más favorecida- y algunas normas generales encaminadas a evitar que las dificultades de procedimiento para adquirir o mantener los DPI anulen las ventajas sustantivas resultantes del Acuerdo. Las obligaciones dimanantes del Acuerdo se aplican igualmente a todos los países Miembros, pero los países en desarrollo disponen de un plazo más largo para su aplicación. Existen también disposiciones transitorias especiales para los casos en que los países en desarrollo no presten actualmente protección por medio de patentes de productos al sector de los productos farmacéuticos.

El Acuerdo sobre los ADPIC es un acuerdo de normas mínimas, que permite a los Miembros prestar una protección más amplia a la propiedad intelectual si así lo desean. Se les deja libertad para determinar el método apropiado de aplicación de las disposiciones del Acuerdo en el marco de sus sistemas y usos jurídicos." Ver: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/intel2_s.htm.

No es posible presentar data estadística al respecto, pero la perspectiva de imaginar mercados altamente competitivos, donde la satisfacción de las preferencias de los consumidores es el motor del cambio y la innovación, nos llevan a intuir que la vía del fomento de la competencia es mucho mejor instrumento para desarrollar la innovación tecnológica y generar desarrollo en el país. Este es un tema para un estudio profundo, mayor y de futuro.

7. CONCLUSIONES

En la confianza de provocar la reflexión sobre estos temas en el Perú, nos atrevemos a formular las siguientes conclusiones:

1. La propiedad intelectual genera monopolios legales que no están sujetos a regulación, por lo que el Derecho de la Competencia es el único instrumento que un Estado de Derecho tiene para regular cualquier exceso en ejercicio abusivo de la posición de dominio que la propiedad intelectual concede.
2. La explotación de los derechos de propiedad intelectual está obligada a respetar las reglas y principios que el Derecho de la Competencia impone a quienes gozan de una posición de dominio.
3. La figura del precio abusivo, conducta explotativa en perjuicio de los consumidores, es la llamada a intervenir cuando se produzca algún exceso en la explotación de los derechos de propiedad intelectual.
4. Los antecedentes en el Perú no son significativos y la situación plantea la necesidad de una profunda revisión de los sistemas legales que otorgan derechos de propiedad intelectual en clave de Derecho de la Competencia, a los efectos de identificar posibles puntos de acción conjunta.
5. Los antecedentes internacionales permiten apreciar una cierta resistencia a enfrentar los excesos por el precio abusivo y más bien centrarse en las prácticas discriminatorias, pues la diferenciación en las condiciones de cobro, resulta más notoria a los efectos de establecer algún correctivo institucional.

BIBLIOGRAFÍA

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. (2005). "Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia". Buenos Aires: Heliasta.

COVIELLO, N. (1938). "Doctrina General del Derecho Civil". México: UTEHA, 4ª. Ed., pp. 269-270.

FEDERAL TRADE COMMISSION (2003). "The Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy," A Report by the Federal Trade Commission – FTC. October. USA.

GARCÍA TOMA, V. (1998). "Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993". Lima: Universidad de Lima, t. 2., p. 124.

GOYDER, D.G. (2003). "EC Competition Law". Oxford: Oxford University Press, 4ª Ed., pp. 9-10, pp. 10-11, p. 14, p. 283.

HARTNACK, J. (2005). "Breve Historia de la Filosofía". Madrid: Cátedra, 15ª Ed., pp. 148-149.

MANKIW, N. (2002). "Principios de Economía". Madrid: McGraw-Hill interamericana de España, 2ª. Ed., p. 142.

MERGES & DUFFY. "Patent Law and Policy: Cases and Materials". pp. 644-646.

QUINTANASÁNCHEZ, E. (2005). "¿Evadiendo la exclusividad de la Propiedad Intelectual a través de las normas de libre competencia?" Lima: Anuario Andino de Derechos Intelectuales, Año II, Nº 2, pp. 249-276.

SOTO COAGUILA, J. y C. A. (2004). "El Contrato en una economía de mercado". MOSSET ITURRASPE, Trujillo: Normas Legales, p. 53.

STIGLIZ, E. (2003). "Los felices 90. La semilla de la destrucción". Buenos Aires: Taurus, pp. 256-257.

THEMIS. "Entrevista a William E. Kovacic y Antonio Creus". Lima. Nº 51, pp. 250-251.

VELASCO SAN PEDRO, L. A. (2005). "Derecho Europeo de la Competencia (Antitrust e Intervenciones Públicas)". Valladolid: Lex Nova, p. 324.

