



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Económico

**LA RELACIÓN ENTRE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y LA
LIBRE COMPETENCIA.**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Ricardo Andrés Díaz Cáceres

PROFESOR GUÍA: Sr. Juan Francisco Reyes

Santiago, Chile

2014

A mis abuelos.

TABLA DE CONTENIDO

	Página
INTRODUCCIÓN.	1
CAPÍTULO I: OBJETOS DE PROTECCIÓN DE LOS SISTEMAS DE LIBRE COMPETENCIA Y PROPIEDAD INTELECTUAL.	13
1. El Derecho Económico y la regulación de las fallas del mercado.	13
2. Objeto de protección del sistema de defensa de la libre competencia.	28
2.1. Nociones de finalidad y bien jurídico.	29
2.2. El problema del objeto de protección.	32
2.2.1. El Derecho de la Competencia.	35
2.2.2. La respuesta del artículo primero.	37
2.3. Las alternativas para resolver el problema.	39
2.4. El objeto de protección o finalidad única de la libre competencia.	53
2.4.1. La teoría económica y el derecho de la libre competencia.	54
2.4.2. El bienestar de los consumidores.	61
2.4.3. La eficiencia económica.	70
2.4.4. La libre competencia como finalidad en sí misma.	80
3. Finalidad del sistema de Propiedad Intelectual.	94
3.1. Las creaciones intelectuales, fallas de mercado derivadas del carácter de bien público.	96

3.2. Las alternativas de fundamentación del derecho de propiedad intelectual.	106
3.2.1. Vinculación de la creación a su autor y el derecho de propiedad. ..	108
3.2.2. La teoría de la recompensa.	115
3.2.3. La propiedad intelectual y los incentivos a la creación.	118
3.3. Las principales ramas del derecho de propiedad intelectual.	131
3.3.1. El derecho de patentes.	131
3.3.2. El derecho de autor.	135
3.3.3. El derecho de marcas	139
CAPÍTULO II: LA RELACIÓN ENTRE LA LIBRE COMPETENCIA Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL.	147
1. La propiedad intelectual como monopolio.	148
2. La relación entre ambos sistemas.	159
2.1. Complementación recíproca	159
2.2. La tensión potencial entre la libre competencia y la propiedad intelectual.	170
3. La relación de estos sistemas en el derecho comparado.	178
3.1. Libre competencia y propiedad intelectual en el derecho de Estados Unidos.	179
3.1.1. Licencias atadas.	182

3.1.2.	Restricciones horizontales.	191
3.1.3.	Negativa a licenciar.	196
3.1.4.	Síntesis.	199
3.2.	Libre competencia y propiedad intelectual en el derecho europeo.	202
3.2.1.	Prácticas concertadas y propiedad intelectual en el derecho europeo.	203
3.2.2.	La negativa a licenciar propiedad intelectual.	211
3.2.3.	Síntesis.	220
4.	Posibilidades de encuentro en el derecho chileno.	222
4.1.	El ejercicio abusivo de acciones de propiedad intelectual.	224
4.2.	El registro de marcas como conducta anticompetitiva.	232
CAPÍTULO III LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA.		249
CONCLUSIONES.		265
BIBLIOGRAFÍA.		274

INTRODUCCIÓN

“Si he visto más lejos es porque me he alzado a hombros de gigantes”.

Sir Isaac Newton.

El derecho de la libre competencia como disciplina ha tenido un fuerte desarrollo y acogida en nuestro ordenamiento jurídico, lo cual se ha dado en un corto período de tiempo, siendo, de hecho, de muy reciente creación el sistema formal de defensa de la libre competencia¹. Se observa un creciente interés académico en esta área del derecho, lo que se refleja no solo en la abundancia de cursos relacionados a este tema en las mallas

¹ Si bien es cierto que el derecho de la libre competencia tiene sus orígenes en Chile en la década de 1950, con la ley 13.305, esta no tuvo mayores efectos, debido en gran parte a que no existía un contexto apropiado para su implementación, dado que el sistema económico no se adecuaba al modelo de libre competencia (al menos no del todo). Es recién en el año 1973 que el sistema de defensa de libre competencia viene a ser en realidad aplicado en nuestro ordenamiento jurídico. Por lo demás, este trabajo adherirá a la posición de que, si bien el sistema actual encuentra sus raíces y se presenta como continuadora del sistema instaurado por el Decreto Ley 211 de 1973, el sistema introducido por la ley 19.911 del año 2003 presenta características propias que permiten diferenciarlo radicalmente del sistema anterior. Para una mayor exposición respecto al sistema antecesor de libre competencia y las razones de su ineficacia, véase LÜDERES, Rolf. 2011. Sistemas económicos, tecnología y acción oficial en defensa de la libre competencia: Chile 1810 – 2010. En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (ed.). La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. Santiago, Thomson Reuters.

curriculares de las distintas facultades de derecho de las universidades chilenas, sino que también en el trabajo de centros de estudios universitarios que dedican gran parte de su investigación a la libre competencia². Se ha podido ver en el discurso político contingente cómo esta área del derecho ha cobrado una gran relevancia práctica para la toma de decisiones de los distintos agentes de mercado. Se aprecia esto en la extensión de una cultura empresarial que cada vez es más consciente de la necesidad de adecuar sus prácticas empresariales a la normativa de libre competencia. Así, vemos cómo en el proceso de fusión o adquisición de grandes empresas, estas acuden al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para determinar la licitud de estas operaciones, pese a que en el sistema chileno de defensa de la competencia esta no sea una consulta obligatoria³. Además, esto se refleja en la adopción progresiva por parte de muchas empresas respecto de programas de cumplimiento por los cuales se busca prever posibles

² Para mencionar dos ejemplos, el Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y el Centro de Libre Competencia de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

³ Por ejemplo la consulta voluntaria realizada por Terpel para la adquisición por parte de Quiñenco de activos de Petróleos Transandinos y de la misma Terpel, que se resolvió de forma negativa por el Tribunal. Resolución TDLC N° 39/2012. Rol NC 399-11. Otro ejemplo lo constituye la consulta de SMU sobre la posible fusión con Supermercados del Sur, resuelta favorablemente por el Tribunal. Resolución TDLC N° 43/2012. Rol NC 397-11.

infracciones anticompetitivas, lo cual ha sido activamente promovido por las autoridades del sistema⁴.

No obstante, el interés puesto en este ámbito trasciende a los especialistas y profesionales del derecho, instalándose también en las conversaciones ciudadanas, lo cual se refleja en la particular atención que ha dedicado la prensa, especializada y no especializada, a los casos más importantes de libre competencia recientes, como fueron el denominado caso farmacias⁵ o la decisión sobre la fusión de las aerolíneas LAN y TAM⁶. Por supuesto, este reforzado interés por el derecho de la competencia promueve el cuestionamiento respecto a la utilidad y efectividad del sistema regido principalmente por el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del año 2005 que fija el texto del Decreto Ley 211 de 1973 (de aquí en adelante DL 211); más aún cuando se tiene en cuenta que, en algunos casos, la esfera de protección del derecho de la libre competencia

⁴ Dicha adopción de programas de cumplimiento se verá impulsada por la guía elaborada y publicada por la Fiscalía Nacional Económica el 11 de junio de 2012, en la cual se dan las directrices para la elaboración de un programa de cumplimiento empresarial, con el fin de “incentivar a los diversos agentes económicos a desarrollar mecanismos internos que busquen prevenir la comisión de infracciones a la normativa de libre competencia”. FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2012. Programa de Cumplimiento de la normativa de Libre Competencia. [en línea] <<http://www.fne.gob.cl/promocion-de-la-libre-competencia/herramientas-de-promocion/>> [consulta: 22 noviembre 2013], p. 2.

⁵ Rol C 184-08. Resuelto por Sentencia TDLC N° 119/2012.

⁶ Rol NC 388-11. Resuelto por Resolución TDLC N° 37/2011.

puede presentar una aparente contradicción con otros ámbitos del derecho, donde las disposiciones y principios del derecho de la libre competencia parecieran determinar, o más bien limitar, el alcance de dichos sistemas de protección en el ordenamiento.

El presente trabajo pretende realizar un análisis desde la óptica del derecho de la libre competencia con el objeto de evaluar la forma en que interactúan el derecho de propiedad intelectual y el derecho de la libre competencia, atendiendo en particular a la interrogante acerca de si existe una real contradicción entre el sistema de protección de la propiedad intelectual y el objeto de protección del sistema de libre competencia. A su vez, desde la perspectiva del sistema de protección de la libre competencia, se pretende realizar un análisis y exposición acerca de la forma en que el órgano jurisdiccional encargado de decidir las controversias en sede de competencia, a saber, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), se ha referido o ha decidido con respecto a esta relación entre el derecho de propiedad intelectual y la libre competencia.

Creemos que este es un problema sumamente relevante y contingente. Día a día podemos ver cómo grandes empresas a nivel internacional, cuyo principal activo es la innovación, tienen conflictos basados en la infracción de derechos de propiedad intelectual. Por citar el caso más reciente y relevante, al menos en términos mediáticos, podemos dar como ejemplo el caso de la empresa norteamericana Apple en contra de la surcoreana Samsung, que ha gatillado la interposición de demandas por infracción de patentes en diversos países en que ambas empresas compiten, los cuales a su vez han puesto en marcha cuestionamientos sobre estas conductas en sede de libre competencia como reflejan la demanda interpuesta ante la Comisión Antimonopolios Surcoreana o las preocupaciones de la Comisión Europea frente a las posibilidades de afectar la competencia por parte de Samsung en razón de sus patentes esenciales para el estándar técnico de la industria⁷. En un mundo en que las empresas y los grandes conglomerados internacionales van adquiriendo cada vez mayor poder en las economías internas, resulta necesario determinar la forma en que aquellas empresas cuyo principal activo es la innovación pueden hacer

⁷ Para una mayor exposición de las preocupaciones de la Comisión, así como las soluciones propuestas por Samsung, véase la noticia publicada en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-971_en.htm [consulta: 21 de diciembre 2013].

uso de la protección especial que confiere la propiedad intelectual con fines anticompetitivos.

Producto del creciente ingreso de empresas extranjeras en Chile, con su consecuente regulación por el derecho nacional, resulta notable la forma en que en Chile se ha visto un impulso de las actividades de innovación y de las actividades creativas. Así, por ejemplo, la industria de videojuegos, tradicionalmente integrada en su mayor parte por productores norteamericanos y japoneses, con una participación marginal de otros países sobre todo europeos, se ha abierto a una participación internacional, en la que participan también un conjunto de empresas chilenas⁸. Podemos apreciar como cada día avanza más y más la creación y promoción de material cultural chileno en medios tales como el cine, la televisión, el arte (plástico), la música e incluso el cómic⁹. Por supuesto, aquí entran a jugar

⁸ El año 2009 se formó en Chile la Asociación Gremial Chilena de Empresas Desarrolladoras de Videojuegos (VG Chile), que fue fundada por las empresas chilenas de videojuegos CE Team, AmnesiaGames, Atakama Labs, Gamers Making Games, Games For Food, Powermedia, Jobbitgames y WanakoGames. En la actualidad cuenta con un total de 23 empresas de videojuegos asociadas. Además, es la representante en Chile de la Asociación Internacional de Desarrolladores de Videojuegos (IGDA por su sigla en inglés). La información sobre esta asociación se puede encontrar en su página web: <http://videogameschile.com/>.

⁹ Más allá de la proliferación de artistas y obras chilenas que se puede constatar día a día, esto se demuestra en el sostenido aumento de inscripciones en el registro de propiedad intelectual, que del año 2000 al año 2011 han aumentado en más de 20.000 inscripciones anuales según los resultados del estudio “Chile: país de creadores” del Departamento de Propiedad Intelectual, disponibles en su sitio web:

factores relevantes como el estado de la tecnología y las comunicaciones, en particular en el contexto digital, que implica la posibilidad de una mayor difusión nacional e internacional de creaciones artísticas e innovaciones tecnológicas. Asimismo, importa mucho el modo como el Estado potencia o promueve dichas iniciativas, de lo cual son ejemplos el conocido FONDART y distintas formas de promoción a la innovación y el desarrollo empresarial¹⁰. Sin embargo, no es menos cierto que para los creadores e innovadores es igualmente importante (sino más) el establecimiento de un ordenamiento jurídico con reglas claras que definan la forma en que estos desarrollos tecnológicos y creativos puedan ser efectivamente logrados, difundidos, comercializados y protegidos.

Con estos fines, nuestro trabajo se estructura de la siguiente forma: En el primer capítulo se atiende al objeto de protección de ambos sistemas del Derecho Económico, el derecho de la libre competencia y el derecho de

http://www.propiedadintelectual.cl/Vistas_Publicas/publicNoticias/noticiasPublicDetalle.aspx?idNoticia=42167 [consulta: 21 de diciembre 2013].

¹⁰ Como es por ejemplo el Fondo de Fomento al Desarrollo Científico y Tecnológico (FONDEF), del Ministerio de Educación, que para el año 2013 contaba con un fondo de 32,22 millones de dólares, y que dispone de diversos programas de promoción a la investigación y el desarrollo tecnológico. Un ejemplo de ello es el programa IDeA, que contempla proyectos destinados a la satisfacción del interés público, como también a la explotación comercial privada. Para mayores detalles se puede consultar la página del FONDEF: <http://www.conicyt.cl/fondef/>.

propiedad intelectual. En este punto, vale hacer una precisión. Al referirnos a propiedad intelectual, no estamos haciendo una referencia restrictiva a los derechos protegidos por la Ley 17.336 de propiedad intelectual, es decir el Derecho de Autor y los Derechos Conexos a este. Más bien, englobamos en el término “propiedad intelectual” tanto el Derecho de Autor y derechos conexos, como los diversos privilegios amparados por el derecho de propiedad industrial, reconocidos en la Ley 19.039 de Propiedad Industrial¹¹. Por lo demás, como veremos, si bien la mayoría de los casos en sede de libre competencia en que se ha atendido a aspectos de propiedad intelectual se ha tratado de casos en que se ven involucrados derechos de propiedad industrial, las consideraciones expresadas en el presente trabajo son aplicables a ambas y no hemos encontrado razones suficientes para sostener lo contrario. Así, siempre que se refiera a propiedad intelectual nos referiremos a esta en sentido amplio, a menos que se especifique lo contrario.

¹¹ Compartimos así la visión de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), que indica de forma expresa que “la propiedad intelectual se divide esencialmente en dos ramas, a saber: la propiedad industrial y el derecho de autor”. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. [s.a.]. Principios básicos de la Propiedad Industrial. [en línea] <http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/es/intproperty/895/wipo_pub_895.pdf> [consulta: 21 noviembre 2013], p. 4. Por lo demás, esta es la visión que mantienen la mayoría de los autores citados en el presente trabajo, mientras algunos llegan incluso a diluir la distinción interna de estas dos ramas. Sobre este último aspecto véase: SCHMITZ, Christian. 2006. Propiedad Industrial y Derecho de Autor ¿Una División Vigente? En: MORALES, Marcos. Temas actuales de Propiedad Intelectual. Santiago, LexisNexis. pp. 21 – 51.

En el segundo capítulo nos referiremos a la relación o interacción que presentan el derecho de propiedad intelectual y el derecho de libre competencia desde un punto de vista doctrinario. Así, se hará referencia a la forma en que la doctrina ha tratado este tema y expondremos algunos casos en que se ha reconocido esta relación en el derecho comparado. Sin embargo, a riesgo de realizar un análisis deficitario, no nos extenderemos demasiado en esta última materia por dos razones: la primera es que el gran nivel de desarrollo académico y jurisprudencial que la tensión entre el derecho de libre competencia y la propiedad intelectual han logrado a nivel comparado hacen virtualmente imposible tratarlo de manera completa en un trabajo de estas proporciones; la segunda, que se relaciona a la primera, es que en la doctrina surgida en los sistemas estadounidense y europeo, se puede apreciar un interés especial en algunos hitos relevantes que marcan tendencias jurisprudenciales suficientemente reconocibles como para extraer conclusiones funcionales a los propósitos de esta obra. Por tanto, hemos decidido limitar nuestro estudio respecto a estos dos sistemas solo a aquellas conclusiones extraídas de la doctrina y jurisprudencia que permitan

un entendimiento mayor del tema tratado en esta obra, más que a elaborar una detenida investigación de la jurisprudencia norteamericana y europea¹².

El tercer y último capítulo está dedicado a examinar la forma en que la jurisprudencia chilena en materia de libre competencia se ha pronunciado con respecto a esta relación, atendiendo a si ha existido en realidad un pronunciamiento claro por parte del TDLC, o más bien se ha evitado realizar esta definición, y se ha decidido aquellos casos optando por atender exclusivamente a consideraciones propias del derecho de la libre competencia. Aquí también se debe hacer una precisión. El estudio comprendido en esta última sección se limita a la jurisprudencia del TDLC, no contemplando en particular la extensa jurisprudencia de las Comisiones Antimonopolio, órganos de defensa de la competencia anteriores a la Ley 19.911 que creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. No obstante, en ocasiones nos referiremos a la jurisprudencia de las Comisiones Antimonopolio en la medida en que sea pertinente para reforzar

¹² No obstante, a quien interese un examen más extenso de casos, al menos en el derecho norteamericano, sin perjuicio de la bibliografía utilizada en este trabajo, puede acudir al material de acceso libre publicado en línea por Herbert Hovenkamp, titulado “Innovation and competition policy”, en el cual se realiza un análisis en constante desarrollo de casos de la relación competencia-propiedad intelectual no limitado al derecho *antitrust*. Disponible en línea en: <http://www.uiowa.edu/~ibl/InnovationCompetitionPolicyCasebook.shtml>.

algún punto del presente trabajo. La razón de optar por no centrar nuestro análisis en la jurisprudencia anterior es que creemos que el sistema actual presenta características que lo distinguen sustancialmente del modelo de defensa de la libre competencia anterior a la mencionada ley¹³.

La relevancia de obtener claridad respecto a la cuestión planteada en este trabajo se muestra en la convicción de que una adecuada protección al derecho de la competencia no podría tolerar el uso de otras vías para efectivamente limitar la libre competencia en el mercado, como puede llegar a ser la utilización del sistema de protección de la propiedad intelectual con fines anticompetitivos. Y esto no solo si se considera al bien jurídico u objetivo protegido de forma inmediata, que desarrollaremos en este trabajo, sino que también los efectos benéficos indirectos que conlleva el sistema de defensa de la libre competencia, tales como, la eficiencia económica, la libertad de desarrollar actividades económicas, el bienestar de los consumidores y el fomento de la innovación y creación artística, entre otros.

¹³ Muestras de esto son la radicación exclusiva en el Fiscal Nacional Económico de la representación del interés público, sin la posibilidad de actuar de oficio al Tribunal; la mención expresa del bien jurídico protegido y la eliminación de las sanciones penales. Véase BERNEDO, Patricio. 2013. Historia de la libre competencia en Chile. 1959-2010. Santiago, Fiscalía Nacional Económica, pp. 161 – 167.

Creemos que un mal entendimiento desde la óptica de la libre competencia del sistema de protección a la propiedad intelectual y su relación con la competencia puede tener efectos sumamente perjudiciales para esta última y, del mismo modo, una aplicación rígida del sistema de libre competencia puede tener efectos nefastos en los incentivos que el sistema de propiedad intelectual pretende crear como finalidad principal.

Esperamos que este trabajo permita obtener claridad respecto a los objetos de protección de dichas disciplinas, así como la forma en que se desenvuelve la relación entre éstas, que, como sostendremos en este trabajo, presentan una complementariedad mayor de la que resulta aparente a primera vista.

CAPÍTULO I

OBJETOS DE PROTECCIÓN DE LOS SISTEMAS DE LIBRE

COMPETENCIA Y PROPIEDAD INTELECTUAL

1. El Derecho Económico y la regulación de las fallas del mercado.

Antes de atender a los sistemas de protección de la libre competencia y de la propiedad intelectual, vale la pena tratar un aspecto previo de importancia para comprender por qué la interacción entre estas dos ramas reviste particular interés. Esto es, su concepción como dos partes del llamado Derecho Económico.

El ordenamiento jurídico de un país se encuentra conformado por distintos sistemas normativos, cada uno de ellos regulado por normativas especiales y con principios generales que caracterizan a cada una de estas ramas del derecho, los que a su vez debieran acordarse a los principios generales del ordenamiento jurídico, sean cuales sean estos. En este sentido,

tendremos varios sistemas no necesariamente delimitados en cuanto a su alcance normativo, pero ciertamente reconocemos en ellos un propósito o finalidad determinados, y unos principios que se adecuarán a lo mismo. De esta forma es que académicamente se ha distinguido distintas ramas del derecho, como son el Derecho Penal, el Derecho Administrativo, Derecho Procesal, Derecho Civil y por cierto el referido Derecho Económico.

Ciertamente, en la delimitación de estos sistemas jurídicos no existe un afán de precisión infalible, puesto que todas estas normas forman parte de un mismo sistema y se encuentran en constante interacción. Así, por ejemplo, las normas de alguna tendrán aplicación supletoria para otras, siendo quizá más claro en la relación del Derecho Civil con el Derecho Comercial, o bien la aplicación en el Derecho Administrativo Sancionador de los principios que rigen al Derecho Penal. Sin embargo, son los enfoques que se da a las normas que los componen, o las finalidades buscadas por estos sistemas normativos, lo que nos permite definirlos como tales y diferenciarlos del resto y siendo estos los que justifican dicha distinción en primer lugar.

El reconocimiento del Derecho Económico¹⁴ como rama autónoma del ordenamiento jurídico ha sido relativamente reciente, sin que aún haya sido del todo zanjada la discusión respecto a si efectivamente existe o no una noción unívoca y funcional del mismo. Para la elaboración de un concepto de Derecho Económico se han dado variadas respuestas¹⁵, sin que una de ellas se haya impuesto a las otras de forma indiscutida. Así, en la reciente doctrina chilena se ha definido el Derecho Económico como “la rama del derecho que tiene por finalidad organizar y regular la actividad económica”¹⁶. Sin embargo, definiciones como esta pueden resultar demasiado amplias o vagas para conceder alguna funcionalidad a la noción

¹⁴ Preferimos la noción de Derecho Económico a la de Derecho Mercantil, usada en particular en la doctrina española. La razón de esta preferencia viene dado por el enfoque normativo que, como se verá a continuación, se le da a esta área del derecho. El concepto de Derecho Mercantil, pese a que pueda parecer cercano al de Derecho Económico, pareciera centrar su enfoque en la figura del empresario y regular su actividad en cuanto órgano privado, más que en su relación con la economía desde el punto de vista de los intereses públicos. Da cuenta de este enfoque: BERCOVITZ, Alberto. 2008. Apuntes de Derecho Mercantil. Derecho Mercantil, Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial. 9ª ed. Navarra, Aranzadi, p. 41. El autor sostiene que el Derecho Mercantil sería “el Derecho que regula el ‘status’ y la actividad externa de los empresarios”.

¹⁵ Una buena síntesis de las definiciones que se han dado al concepto de Derecho Económico, así como una crítica de las mismas se encuentra en AVILÉS, Víctor. 1998. Orden Público Económico y Derecho Penal. Santiago, Editorial Jurídica Conosur Ltda, pp. 95 – 102. El autor las diferencia aquí en tendencias de inspiración natural-sociológica, de inspiración administrativista, jurídico-normativa, ecléctica y teleológica. Seguidamente, este autor realiza su propia definición de Derecho Económico, señalando: “Por Derecho Económico podemos entender (...) el fenómeno económico-social mirado desde el punto de vista del Derecho (...), con mayúscula u ‘ordenamiento jurídico’”, p. 104.

¹⁶ RUIZ-TAGLE VIAL, Carlos. 2010. Curso de Derecho Económico. Santiago, Librotecnia, p. 27.

de Derecho Económico¹⁷, pues se puede argumentar, por ejemplo, que el Derecho Civil reconoce en sus disposiciones la regulación de actividades económicas como es el arrendamiento de servicios o las mismas reglas de la compraventa, pero muy pocos estarían dispuestos a decir que efectivamente esto haga a las normas de Derecho Civil parte integrante del Derecho Económico. Otras definiciones se refieren a la vinculación de esta rama del derecho con el concepto de Orden Público Económico¹⁸, detengámonos aquí por un momento.

La noción de Orden Público Económico no es un asunto pacífico en la doctrina, habiendo incluso quienes niegan esta noción o bien cuestionan su utilidad práctica¹⁹. Por otro lado, se han dado varias definiciones desde

¹⁷ Así se lo ha criticado por ejemplo por Guillermo Cabanellas, quien, en relación a la posible inclusión del derecho de patentes en el Derecho Económico, sostiene que “el Derecho Económico, entendido en ese segundo sentido tiene una amplitud demasiado extensa como para que puedan identificarse en él principios y reglas jurídicas que puedan ser aplicadas para integrar el Derecho de patentes”, en CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. 2004. Derecho de las patentes de invención. Tomo I. Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L, p. 593.

¹⁸ Por ejemplo en AVILÉS, Víctor, ob. cit. (n. 15), pp. 136 – 142, para quien entre los principales bienes y valores en sentido jurídico propios del Derecho Económico se encuentran aquellos relacionados a las normas de orden público económico, las cuales son funcionales a lograr la satisfacción del Orden Público Económico. En sentido similar, ZAVALA, José Luis y MORALES, Joaquín. 2009. Derecho Económico. 3ª ed. Santiago, Thomson Reuters, p. 27, para los cuales el Derecho Económico sería “el conjunto de normas y principios jurídicos que regulan la actividad económica de los agentes privados y del Estado y permiten a éste alcanzar objetivos que se ha propuesto en el diseño de sus políticas económicas, dentro del contexto de las reglas que configuran el orden público económico”.

¹⁹ Entre quienes niegan o critican la utilización del concepto de Orden Público Económico, se encuentra el profesor Pablo Ruiz-Tagle, quien sostiene que “(...) tenemos un concepto que no puede tener un uso

distintos puntos de vista o perspectivas, diferenciándose a grandes rasgos entre un concepto material y un concepto funcional del Orden Público Económico, en atención a si los conceptos se centran en las funciones que correspondería satisfacer el mismo, o bien a su esencia o contenido²⁰. Una de las definiciones más aceptadas en la doctrina chilena contemporánea corresponde a la del profesor Fermandois, para quien el Orden Público Económico es: “El adecuado modo de relación de todos los diversos elementos de naturaleza económica presentes en la sociedad, que permita a todos los agentes económicos, en la mayor medida de lo posible y en un marco subsidiario, el disfrute de sus garantías constitucionales de naturaleza económica de forma tal de contribuir al bien común y a la plena realización de la persona humana”²¹. Sin desmerecer que la discusión respecto a este concepto pueda ser muy interesante o ilustrativa, excede el objeto del presente trabajo una evaluación detallada del concepto de Orden Público

pacífico en el derecho constitucional chileno. (...) Es más sencillo y fructífero entonces, para que nos entendamos, recomendar a la doctrina y a la jurisprudencia constitucional chilena el abandono del uso de las nociones de orden público económico y que utilicen en sus opiniones y resoluciones los viejos principios constitucionales de libertad, igualdad y propiedad”. RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo. 2000. Principios Constitucionales del Estado Empresario. Revista de Derecho Público. Vol. 62: 48-65, p. 59.

²⁰ Para una buena síntesis y explicación de las distintas posiciones respecto a la noción de Orden Público Económico, véase ASTUDILLO, Manuel. 2000. Curso de Derecho Económico. Tomo I. 2^a ed. Santiago, Universidad Central de Chile. Género de documentos Xerox Universidad Central de Chile, pp. 50 - 54 y AVILÉS, Víctor, ob. cit. (n. 15), pp. 194 – 206.

²¹ FERMANDOIS V, Arturo. 2001. Derecho Constitucional Económico: garantías económicas, doctrina y jurisprudencia. Tomo 1. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 58.

Económico en cuanto a su existencia, utilidad o a su delimitación. No obstante, una definición como la presentada anteriormente permite dar cuenta de lo que está en cuestionamiento al debatir la noción de Orden Público Económico y, en cierta forma, el Derecho Económico, es decir, qué es lo que entendemos como parte fundamental de la organización económica de una sociedad, dirigida a la consecución del bienestar en un sentido amplio, o bien en un sentido restringido como puede ser el bienestar material obtenido de un buen desempeño económico.

Por supuesto que no estamos equiparando la noción de Orden Público Económico a la de Derecho Económico, ni tampoco necesariamente la dependencia conceptual del segundo hacia el primero²², sino que apreciamos cómo en la misma discusión del concepto de Orden Público Económico se permite entrever el cuestionamiento acerca de la posibilidad de ordenación de factores naturales, sociales y por supuesto normativos en función de la actividad económica para lograr una finalidad como la indicada previamente. En este sentido, no importa mucho la definición precisa de Orden Público Económico, es más, puede ser que ni siquiera sea

²² Para una explicitación de esta relación véase AVILÉS, Víctor, ob. cit. (n. 15).

necesaria la claridad completa respecto a su significado para determinar lo que es el Derecho Económico.

Sin embargo, en el cuestionamiento anterior está la base para justificar la consideración de esta rama de forma autónoma. Es en la pregunta de qué factores o elementos normativos estimamos conducentes a lograr el desarrollo económico adecuado a la finalidad de lograr un mayor bienestar posible que encontramos esta justificación. Como nos dice uno de los autores citados: “se acepta llamar ‘Derecho Económico’ y justifica su estudio separado, porque el conjunto normativo es susceptible de una ordenación para fines de estudio y en todas ellas vemos el sello de un acto de intervención del Estado en los asuntos económicos, para imponer decisiones a los particulares y dirigir la economía de la manera como lo estima más conveniente”²³.

Ahora bien, descubrir cuál es fondo del cuestionamiento no equivale a solucionarlo. Si bien lo explicitado anteriormente presenta al menos una justificación indiciaria de por qué el concepto de Derecho Económico

²³ ASTUDILLO, Manuel, ob. cit. (n. 20), p. 34.

merece un reconocimiento autónomo, aún queda delimitar su contenido, lo cual no equivale necesariamente a entregar un concepto o definición precisa del mismo. La verdad, es que no consideramos que sea necesaria una definición del concepto de Derecho Económico²⁴, sino que más bien interesa saber qué es lo que caracteriza a su contenido, es decir, qué es lo que caracteriza a las normas y principios que lo componen y le dan su autonomía.

Creemos que la respuesta para encontrar un criterio unificador al Derecho Económico se encuentra en la noción de regulación. Una vez que se ha aceptado, como se ha hecho en nuestro sistema jurídico-económico, la idea del libre mercado como principio económico, cualquier intervención por parte del Estado debiese estar justificada en razón de algún interés público que se busca proteger. Esto es interesante, por cuanto la misma idea subyacente a la adopción del libre mercado es que este constituiría el mejor sistema para lograr un interés público particular, que en sentido amplio se podría definir como la solución al problema económico de la escasez, o en

²⁴ Con independencia de que una delimitación de su concepto que sea mayormente aceptado y con una poderosa argumentación podría ser funcional a su mayor entendimiento y utilidad en el área académica e incluso jurisprudencial. Esto, por supuesto, puede ser parte de un proyecto destinado exclusivamente a este objetivo y escapa a las pretensiones de este trabajo.

otros términos la prosperidad y bienestar material de la sociedad, con vías a lograr el interés público de la mayor realización espiritual del ser humano²⁵. Sin embargo, el libre mercado no carece de fallas, ya sea por problemas básicos para lograr su predominio, por ejemplo en el caso de los monopolios naturales, o bien porque el mismo libre mercado puede paradójicamente generar problemas que lleven a la frustración del interés que se pretendía lograr con su institución, como por ejemplo el caso de la competencia agresiva que puede devenir en anticompetitiva bajo ciertos supuestos²⁶. Ante este panorama, aparece la noción de regulación como

²⁵ Hay que realizar aquí la prevención de que la consideración que el libre mercado sea la mejor forma de lograr los fines mencionados no se está expresando como un axioma carente de cuestionamientos y sin necesidad de ser justificado. Lo único que se quiere decir es que este es el modelo que nuestro sistema jurídico-económico adoptó (y no diremos sociedad porque esto es en sí cuestionable), estimándolo apto para esos fines. Sin embargo, no cabe duda que un cuestionamiento a sus bases mismas puede y debe ser realizado, y de ello da buena cuenta la literatura marxista y socialista, así como los trabajos relativamente recientes de la escuela histórica chilena de la historia social. Los logros de un sistema como el nuestro, y las posibles fallas de un modelo alternativo, no debieran ser óbice para mirar más allá a alternativas que no presenten los claros problemas que este sistema ha acarreado a lo largo de al menos dos siglos. Por otro lado, hay también autores que desde la óptica de la filosofía jurídica sostienen la necesidad del sistema de libre mercado, precisamente como presupuesto de un sistema político legítimo y que respete la autonomía de los ciudadanos. Así, Ronald Dworkin discute sobre una serie de instituciones en el sistema estadounidense que requieren una adecuación para conformarse al principio de dignidad humana, pero igualmente sostiene que: “El principio de la responsabilidad personal exige una organización económica basada en gran medida en el libre mercado, donde sean las personas, y no sus gobiernos, los que determinen a su antojo los principales elementos estructurales de la cultura económica en la que viven (...) Sólo un mercado económico de amplia extensión respeta ese imperativo de la responsabilidad personal”. DWORKIN, Ronald. 2008. La democracia posible. Principios para un nuevo debate político. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, S.A., p. 139.

²⁶ Así ocurre en los supuestos sancionados en sede de libre competencia, como por ejemplo la práctica de precios predatorios o ciertas conductas que acompañadas a un poder de mercado lo suficientemente grande pueden constituir un ilícito anticompetitivo. Otro tanto ocurre como afectación a la competencia en un sentido más amplio en las conductas sancionadas por la normativa de competencia desleal, en que haciendo uso de la libertad de competir y concurriendo determinadas circunstancias, por ejemplo un quiebre a los deberes de corrección entre competidores, una conducta puede ser ilícita. Como bien se ha

“una intervención colectiva cuyo objeto principal es abordar fallas de mercado”²⁷.

Esta es precisamente la función que debe cumplir una normativa para poder ser considerada integrante del Derecho Económico, es decir, deben ser normativas cuya finalidad, no necesariamente exclusiva²⁸, sea la solución a problemas que el mismo sistema económico pueda presentar. Es mediante esta normativa que el Estado puede lograr los fines que se proponga, evitando una intervención directa en la economía, entrando más bien a regular en aquellos ámbitos en que el mercado presente

dicho: “(...) nuestro sistema favorece la competencia. La competencia fuerte, e incluso ruda, es lícita en nuestro ordenamiento. Sin embargo, las formas de competencia no pueden exceder el límite de aquello que se estima correcto en el comercio. La competencia puede ser dura, pero no sucia”. TAPIA, Mauricio. 2007. Responsabilidad civil por actos de competencia desleal en el derecho chileno. Competencia desleal. Análisis crítico y elementos para la aplicación de la Ley N° 20.169, de 2007. Cuadernos de extensión jurídica Universidad de los Andes (No. 14): 85 – 93, p. 85.

²⁷ IOANNIS, Lianos. 2010. Las implicancias de una teoría regulatoria de la Propiedad Intelectual (PI) para el Derecho de la Libre Competencia: visión desde Europa. Revista de Derecho Económico. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. N° 75: 205 – 283, p. 273. En el mismo sentido véase WITKER, Jorge. 2000. Derecho de la competencia en América. Canadá, Chile, Estados Unidos y México. Santiago, Fondo de Cultura Económica, p. 30. y HOVENKAMP, Herbert. 2005b. The Antitrust Enterprise. Principle and Execution. Cambridge, Harvard University Press, p. 228.

²⁸ Decimos no necesariamente exclusiva por cuanto una norma puede tener por objeto la regulación de estas fallas de mercado, pero también otros fines como por ejemplo el caso de la ley de propiedad intelectual que, como veremos, se presenta como una ley regulatoria, pero que también establece normativa propia del derecho privado. Un ejemplo de esto lo encontramos en el artículo 14 de la ley 19.039 que establece la transmisibilidad por causa de muerte de los derechos de propiedad industrial y la posibilidad de celebrar actos jurídicos sobre ellos.

efectivamente fallas²⁹. Se podría afirmar que se estaría incurriendo en una arbitrariedad al optar por un criterio determinado para delimitar el campo del Derecho Económico. Sin embargo, si consideramos la opción por un sistema jurídico-económico de libre mercado, en el que se pretende que la intervención estatal sea mínima y se dé la primacía al libre juego de la oferta y demanda, con la esperanza de una funcionalidad óptima a través del desempeño autónomo del mercado³⁰, no cabe sino considerar que todas aquellas normas que no estén destinadas a fijar las bases para el desarrollo de este sistema -como pueden ser por ejemplo las normas contractuales establecidas en el Código Civil o sobre actos de comercio establecidos en el Código de Comercio, que permiten el desarrollo práctico del sistema de mercado-, sino que a intervenir de alguna forma en el fenómeno económico ahí donde no esté desempeñando o no pueda desempeñar sus funciones

²⁹ Por supuesto, esto conlleva a que el alcance de la noción de Derecho Económico será determinado por la forma en que la relación Estado-Economía esté articulada. En una economía de planificación centralizada, un concepto de Derecho Económico basado en la noción de regulación como límite clarificador carece de lógica, puesto que no existirá precisamente un mercado que regular (al menos en los términos que lo entiende un sistema de libre mercado). En estos casos, el concepto y contenido del Derecho Económico varía radicalmente. Sobre esta diferenciación véase ASTUDILLO, Manuel, ob. cit. (n. 20), pp. 6 – 32; AVILÉS, Víctor, ob. cit. (n. 15), pp. 79 – 94 y WITKER, Jorge, ob. cit. (n. 27), pp. 27 – 30.

³⁰ Como se explicita en WITKER, Jorge, ob. cit. (n. 27), p. 28, para quien, en su recuento histórico, sostiene “El estatismo del socialismo real ha perecido y el ‘fin de la historia’ reivindica al mercado como el único asignador eficiente de bienes, servicios y empleos”.

adecuadamente, merecen una consideración autónoma y separada, lo cual se logra en la figura del Derecho Económico.

Estimamos que el Derecho Económico no puede abarcar todos los aspectos económicos que se desarrollan en una sociedad, por cuanto no todos ellos corresponderán a métodos de actuación o intervención del Estado sobre la economía para lograr la función explicitada anteriormente³¹. Por otro lado, estimamos que esta es una buena razón para distinguir la noción de Derecho Económico con la de Derecho Comercial o Mercantil, puesto que aquel tiene una visión privatista y centra su interés en las actividades de los empresarios o agentes económicos privados y su relación con el derecho más que en la forma como el derecho puede ser una herramienta para organizar las actividades económicas, ahí donde sea necesario, con un mínimo de intervención³². De esta forma, adherimos a la posición, mantenida por el profesor Witker, que sostiene que el Derecho

³¹ De ahí que una definición de Derecho Económico como la explicitada por Víctor Avilés (véase nota 15) nos parece inadecuada por cuanto no realiza la delimitación necesaria al objeto del Derecho Económico.

³² Esto es explícito en BERCOVITZ, Alberto, ob. cit. (n. 14), p. 42. quien afirma: “el Derecho mercantil entendido como Derecho de la empresa incluye ya como materia mercantil las instituciones de la propiedad industrial y del Derecho de la competencia, pero contempladas todas esas instituciones desde la perspectiva de los derechos de los empresarios”. De igual modo en OTERO, José Manuel. [s.a.] La Libre Competencia y la Propiedad Industrial. [en línea] Revista Jurídica de Propiedad Intelectual. [s.a.] Tomo 2.

<http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=588&Itemid=118> [consulta: 06 noviembre 2013], pp. 15 – 16.

Económico “se presenta como disciplina mínima de regulación que tiene como objeto normas jurídicas que enmarcan los comportamientos económicos de agentes y operadores especialmente privados, tutelando intereses generales con criterio de economicidad y simplificación”³³.

Ahora, toda esta explicación tiene relevancia fundamental para el tema a tratar en este trabajo, puesto que los dos sistemas de protección en que centramos nuestra atención, el de libre competencia y el de propiedad intelectual, comprenderían marcos normativos que vendrían a regular ciertos fenómenos de naturaleza económica, en razón de la necesidad que se genera por algún problema en las bases o estructura del sistema de mercado, es decir, integran este Derecho Económico en los términos previamente explicitados.

Si bien, en las siguientes secciones dedicaremos un análisis particular a cada uno de estos sistemas de protección y la forma en que su diseño se adecúa a la finalidad de regulación propia del Derecho Económico, adelantaremos que efectivamente es esta concepción la que debe prevalecer

³³ Citado en: ASTUDILLO, Manuel, ob. cit. (n. 20), p. 42.

al considerar estas dos ramas del Derecho Económico. Por una parte, el derecho de la libre competencia, como se verá, constituye una herramienta regulatoria que el Estado utiliza para evitar que los fines que se esperan lograr en el ámbito económico se vean frustrados por distintas conductas que los agentes del mercado puedan realizar precisamente por desenvolverse en el sistema de libre mercado³⁴. Es indiscutible su característica de norma de regulación para paliar un conjunto de fallas particulares que el mercado pueda manifestar, lo cual se logra de diversas formas contempladas en el DL 211³⁵.

Asimismo, el sistema de propiedad intelectual también cumple con una función regulatoria. Como explicaremos más adelante, el derecho de propiedad intelectual pretende solucionar los problemas de mercado que se derivan de la naturaleza misma de los bienes incorporeales que se protegen por la concesión de derechos de exclusividad, o en otras palabras, “el sistema de propiedad intelectual es un esfuerzo muy elaborado del estado

³⁴ WITKER, Jorge, ob. cit. (n. 27), p. 29.

³⁵ Para una buena síntesis de las alternativas que en el derecho chileno se presentan para lograr los objetivos de defensa de la libre competencia véase ROMERO, Juan José. 2011. Enforcement, sanciones y multas en el sistema de libre competencia chileno. En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (ed.). La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. Santiago, Thomson Reuters.

para corregir fallas del mercado, en este caso el *free riding* que ocurre cuando las innovaciones son muy fáciles de copiar, y la correspondiente disminución en los incentivos para innovar”³⁶. Desarrollaremos estas ideas más adelante en la tercera parte de este capítulo, y en particular en la sección 3.1.

Una importante conclusión obtenemos de lo explicado anteriormente: los sistemas de protección objeto del presente trabajo, no pueden ser considerados de forma autónoma o aislada. Al ser ambos partes integrantes del Derecho Económico, esto es, puesto que ambos persiguen objetivos de regulación ahí donde haya fallas de mercado, sus finalidades no pueden sino estar dirigidas a un objeto último común, es decir, el lograr que los fines que se pretenden con la adopción de un sistema de libre mercado efectivamente se cumplan. Aquí es donde encontramos la importancia del Derecho Económico para entender la relación entre estas dos ramas del derecho. Pese a que ambos sistemas se encarguen de regular o delimitar fenómenos de naturaleza económica, los fenómenos o elementos

³⁶ HOVENKAMP, Herbert, ob. cit. (n. 27), p. 228. (Tanto en esta cita, como en las siguientes citas textuales de fuentes en inglés, la traducción es de nuestra responsabilidad). En el mismo sentido, IOANIS, Lianos, ob. cit. (n. 27), pp. 271 – 276.

propriadamente económicos que pretenden regular no son los mismos, sino ámbitos diferenciados de la realidad económica que viven las sociedades, pero que deben armonizarse o alinearse con el propósito común que orienta el Derecho Económico. Esto con independencia que, según veamos más adelante, estos dos regímenes diferenciados puedan presentar ya sea un cierto grado de complementariedad o bien un alto grado de contradicción en cuanto a los objetivos que persiguen. El hecho de que, por ejemplo, se puedan complementar, no obsta que sus objetivos inmediatos, o la específica área del derecho económico que toca a cada cual sea diferente. De ahí la importancia de determinar la forma en que interactúan ambas ramas del Derecho Económico.

Corresponde entonces atender a los alcances del sistema de protección de la libre competencia y de la propiedad intelectual, para lo cual es necesario comprender cuál es el objeto a proteger para cada sistema, o bien, cuál es el objetivo de cada una de estas ramas del derecho económico.

2. Objeto de protección del sistema de defensa de la libre competencia.

2.1. Nociones de finalidad y bien jurídico.

La doctrina nacional no se equivoca en su utilización del concepto de “bien jurídico” para la caracterización del derecho de la libre competencia³⁷, por cuanto aquel concepto, formulado y perfilado de acuerdo a los planteamientos de la doctrina del derecho penal, resulta plenamente aplicable al estudio del derecho de la libre competencia, ya que su normativa prescribe instituciones propias del llamado derecho administrativo sancionador³⁸. Es más, probablemente la característica más reconocida de la normativa de libre competencia es la de constituir ésta un sistema que permite sancionar aquellas prácticas que se consideran anticompetitivas. De otra parte, acudir a este concepto conlleva disponer de

³⁷ Así por ejemplo en AGÜERO, Francisco. 2004. Nuevos elementos para el debate sobre el bien jurídico libre competencia. [en línea] Boletín Latinoamericano de Competencia (Nº19): 124-133. <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_19_2.pdf> [consulta: 14 noviembre 2013] y JIMÉNEZ, Felipe. 2011. ¿Qué se protege al prohibir los monopolios? Rol del derecho de la libre competencia en un estado democrático de derecho. Anales de derecho UC: Temas de Libre Competencia. (No. 4): 171 – 200 y VALDÉS PRIETO, Domingo. 2013. Una visión interdisciplinaria del bien jurídico libre competencia. Revista Ius Publicum. (Nº30): 125 – 153.

³⁸ VALDÉS PRIETO, Domingo. 2006. Libre Competencia y monopolio. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 224 – 230. Por supuesto, y como desarrolla el autor citado, esto presupone la discusión previa respecto al carácter del derecho administrativo sancionador y su relación con el derecho penal, en la cual se han llegado a distinguir dos grandes posiciones o escuelas, la escuela cuantitativa y cualitativa.

todas las ventajas teóricas y prácticas que se le han reconocido en el ámbito doctrinario del Derecho Penal³⁹, lo que por cierto puede contribuir al entendimiento del sistema jurídico de la libre competencia y a una regulación y utilización del mismo que sea coherente con su finalidad en la persecución de ilícitos anticompetitivos.

No obstante lo anterior, nos parece que no se debe olvidar que este sistema, y esto ciertamente vale para el derecho de propiedad intelectual, no se limita a establecer un conjunto de sanciones a conductas ilícitas, sino que más bien, y en concordancia con lo que explicamos previamente, es una normativa que se inscribe en el Derecho Económico en cuanto constituye una forma de regulación ante las posibles fallas del mercado, lo cual se logra en parte por medio de la sanción de prácticas anticompetitivas, pero ciertamente no de forma exclusiva. Podemos ver que en el sistema de defensa de la libre competencia encontraremos normas destinadas no a establecer un sistema de sanciones, sino dirigidas a lograr las finalidades pretendidas por este sistema por medios distintos al derecho administrativo sancionador. Cuando por medio de una consulta y un procedimiento no

³⁹ Para una explicación detallada de las funciones que cabe reconocer al concepto de bien jurídico véase AVILÉS, Víctor, ob. cit. (n.15), pp. 40 – 54.

contencioso se evalúa una posible fusión, o cuando el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ejerce sus facultades extra jurisdiccionales (como por ejemplo cuando dicta disposiciones a seguir en algún mercado específico, ejercitando su potestad reglamentaria de carácter externo, o propone la modificación o derogación normativa al Presidente de la República ejerciendo su potestad requisitoria⁴⁰), claramente no se está recurriendo a las facultades punitivas o sancionatorias del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Y esto con independencia de que, por ejemplo en el caso de la consulta por concentraciones, se pretenda reducir las probabilidades de -o impedir la- comisión de ilícitos futuros, con su consecuente daño al bien jurídico tutelado.

Por supuesto, esto no lleva a contradecir la prevalencia del concepto de bien jurídico ahí donde corresponda su utilización y donde el recurso al mismo pueda otorgar inmensas ventajas, y en ninguna forma creemos que la finalidad que se pueda reconocer al derecho de la libre competencia pueda ser distinta del bien jurídico que se pretenda proteger por medio de las normas de sanción que establece esta normativa. Lo que afirmamos es que

⁴⁰ Como se llama a estas dos potestades en VALDÉS PRIETO, Domingo. Libre Competencia y... (n. 38), pp. 660 – 701. Estas son las potestades reconocidas en los artículos 18 N°3 y N°4 del DL 211.

nos parece innecesario utilizar dicho concepto por las razones previamente expresadas, y que las nociones de finalidad u objetivo del derecho de la libre competencia y de propiedad intelectual dan mejor cuenta del carácter de estos sistemas jurídicos como ramas del Derecho Económico, en los términos aquí defendidos.

2.2. El problema del objeto de protección.

Como mencionamos al inicio de nuestra exposición, la defensa de la libre competencia tiene una historia relativamente reciente en nuestro país. Si bien, desde la década de 1950 existe en Chile una legislación destinada a la defensa de la libre competencia, no es sino hasta la década de 1970, con la promulgación del Decreto Ley 211 de 1973 que este sistema cobra una eficacia real⁴¹, y en que se comienza a formar una jurisprudencia y doctrina sistemática en el ámbito del derecho de la libre competencia chileno. De hecho, solo el año 2003 el sistema de defensa de la libre competencia que

⁴¹ Por ejemplo, como señala el profesor Ruiz-Tagle, desde la entrada en vigencia de la ley 13.305 el año 1959, “hasta 1972, esta Comisión (la Comisión Antimonopolio) decidió solo 21 casos, el 90% de los cuales se cerró antes de 1963”. RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo. 2001. Propiedad intelectual y contratos. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 187. El paréntesis es nuestro. Esto demuestra la gran inactividad de los órganos de defensa de la competencia, lo que naturalmente conllevaría la falta de creación de una jurisprudencia sistemática, a diferencia de la creada bajo la vigencia del Decreto Ley 211 a partir de 1973.

nos rige en la actualidad entra en vigencia, por medio de la promulgación de la Ley 19.911, que creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y modificó aspectos sustanciales, como por ejemplo las conductas que el Tribunal debe considerar contrarias a la libre competencia.

No obstante que desde el año 1973 contamos con un sistema normativo altamente funcional en materia de libre competencia, uno de sus aspectos centrales, a saber, el objeto de protección del sistema de defensa de la libre competencia no ha dejado de ser objeto de debate y confusión. Cabe apuntar que este cuestionamiento del objeto de protección del derecho de libre competencia no es exclusivamente un debate surgido por nuestro particular diseño normativo, sino que ha sido objeto de gran cuestionamiento en el derecho comparado⁴².

⁴² Se puede mencionar al respecto el caso del derecho *antitrust* norteamericano, en que los enfoques diversos entregados por las escuelas de Chicago, Harvard y las teorías económicas aplicadas al estudio del derecho “post-chicago” han marcado la discusión al respecto. Un ejemplo de la influencia de la óptica económica en el análisis del derecho *antitrust* se puede encontrar en POSNER, Richard. 2001. *Antitrust Law*. 2nd ed. Chicago, University of Chicago Press. Asimismo, y en particular respecto a los planteamientos de las escuelas mencionadas, véase HOVENKAMP, Herbert, ob. cit. (n. 27), pp. 31-42. Por su parte, una exposición de distintas concepciones sobre el objeto de protección del derecho de la libre competencia en la doctrina europea se puede encontrar en MOTTA, MASSIMO. 2004. *Competition Policy. Theory and Practice*. Cambridge, Cambridge University Press, pp. 17 – 31.

Una opción frente a este problema es considerar que este es ilusorio, ya que no debiera existir mayor cuestionamiento respecto al objeto de protección de la libre competencia. A estos efectos, se podría incurrir en una de las siguientes actitudes que pretenden simplificar el problema. En primer lugar, se podría optar por seguir una definición del derecho de la libre competencia en la línea de la que se presenta en los siguientes términos: “el derecho de la competencia se refiere al gran rango de reglas públicas y sanciones diseñadas para asegurar que los mercados sean tan competitivos como puedan, de forma realista (...)”⁴³. Con esto, al parecer el problema se simplificaría por cuanto el objeto de protección de la libre competencia sería buscar la mayor competitividad en los mercados, con lo cual se equipara el término “competencia” a “libre competencia”. Otra opción sería sostener que el DL 211, tras las modificaciones introducidas por la Ley 19.911, expresamente señala en su artículo primero que “La presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en

⁴³ HOVENKAMP, Herbert. 2008. Innovation and the Domain of Competition Policy. [en línea] Alabama Law Review. Vol. 60. pp. 103 – 131. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1091488> [consulta: 21 noviembre 2013], p. 104. Se ha decidido traducir el término inglés *policy*, por “derecho”, por el contexto en el que este término es usado.

los mercados”⁴⁴. Así, no debiera quedar duda en cuanto a que efectivamente es la libre competencia el objetivo o la finalidad perseguida por esta legislación; sin embargo, existen reparos respecto a ambas posibilidades, que dicen relación con que la opción por cualquiera de ellas nos llevaría a incurrir en un análisis simplista de la cuestión sobre el objeto de protección de esta normativa.

2.2.1. El Derecho de la Competencia.

La primera proposición puede resultar problemática ya que el identificar las nociones de libre competencia y competencia nos llevará a confusión con respecto a qué es lo que debe ser tutelado por esta particular rama del ordenamiento jurídico. En realidad esta proposición no presenta mayores problemas ni reviste un mayor interés, por cuanto se puede refutar fácilmente apelando a la noción más amplia del Derecho de la Competencia.

⁴⁴ Sin embargo, este argumento no es extensible a la discusión previa a esta modificación, por cuanto en su versión original el Decreto Ley 211 no establecía de forma explícita que su objeto de protección era la libre competencia en los mercados. Esta introducción se debe en gran medida a una tendencia de la legislación moderna a explicitar su objeto de protección, como es el caso de la Ley 20.169 de Competencia Desleal del año 2007. Esto se da en particular en el Derecho Económico, como sostiene CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. 1983. Derecho Antimonopólico y de la defensa de la competencia. Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L, p. 25

En este sentido, se puede afirmar que existe un marco normativo cuya finalidad sería el regular distintos aspectos relativos a la forma en que los agentes del mercado compiten⁴⁵. Esto por cierto no puede ser equiparado sin más al derecho de la libre competencia, el cual, si bien regula ciertos aspectos de dicha competencia, no lo hace sino desde un enfoque determinado o con una finalidad distintiva, lo que se explicitará más adelante. El Derecho de la Competencia sería un sistema normativo más amplio y que excede el alcance de las normas de defensa de la libre competencia del DL 211⁴⁶. Por cierto que el derecho de la competencia incluye en sí la normativa referente a la defensa de la libre competencia, la cual de hecho se podría considerar su núcleo. Sin embargo, el Derecho de la Competencia no se agota ahí, e incluye otros estatutos que vienen a complementar el régimen de defensa de la competencia, como es por ejemplo la Ley 20.169 de Competencia Desleal.

⁴⁵ OTERO, José Manuel, ob. cit. (n. 32), p. 18. Para este autor se trataría de satisfacer las exigencias de libertad y lealtad en el desarrollo de actividades económicas en competencia.

⁴⁶ Es este el sentido con que Hovenkamp completa la referencia a lo que denominamos derecho de la competencia, al afirmar que “en los Estados Unidos, el término derecho de la competencia ciertamente incluye las leyes *antitrust* como un componente central, pero el derecho de la competencia es, de hecho, mucho más amplio”. HOVENKAMP, Herbert. *Innovation and the Domain...* (n. 43), p. 104. Hovenkamp se refiere por ejemplo a estatutos de regulación que vendrían a completar este sistema.

Como ha reconocido la doctrina, “esa posibilidad de competir en igualdad de condiciones y sin restricciones que provengan de abusos de posición dominante o de prácticas de competencia desleal es lo que pretende proteger el derecho de la competencia en sus dos vertientes, el derecho de la libre competencia y de la competencia desleal”⁴⁷. Según la doctrina mayoritaria, no habría duda que estas dos ramas del Derecho de la Competencia tienen finalidades diversas, lo cual también es compartido por la doctrina comparada⁴⁸, por lo que no cabe sino concluir que no se puede asimilar la protección a la libre competencia con la competencia sin más, puesto que existe un interés en proteger o promover aspectos de la competencia que van más allá de los que se encuentran protegidos por la normativa de libre competencia.

2.2.2. La respuesta del artículo primero.

⁴⁷ MENCHACA, Tomás. 2007. Libre Competencia y Competencia Desleal en la Ley 20.169: ¿Existe contradicción entre ambas disciplinas? Competencia desleal. Análisis crítico y elementos para la aplicación de la Ley N° 20.169, de 2007. Cuadernos de extensión jurídica Universidad de los Andes (No. 14): 31 – 39, p. 31.

⁴⁸ VELANDIA, Mauricio. 2011. Derecho de la competencia y del consumo. 2ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 45.

La segunda argumentación, basada en la formulación expresa en la ley del objeto o bien jurídico protegido, es la que presenta un mayor interés. Pese a que la conclusión de esta argumentación es la correcta, como veremos más adelante, esta misma no se hace cargo del problema real, que es precisamente la definición del objetivo perseguido por la legislación de defensa de la libre competencia. En efecto, el citado precepto no se encarga de definir la libre competencia, por lo que cabe preguntarse a qué se refiere esta formulación. Ciertamente que en este contexto se necesita resolver si la libre competencia es protegida como un fin en sí mismo o más bien es entendida como un medio para asegurar la verdadera finalidad u objeto de protección, o bien que la libre competencia deba ser entendida más bien en la forma de uno de estos bienes protegidos. Es decir, se exige una profundización un poco mayor para entender el verdadero alcance del o los objetivos perseguidos por la normativa de defensa de la libre competencia. Por supuesto, esto no tiene interés meramente académico o teórico, puesto que la definición de la finalidad de este sistema determinará la forma en que la autoridad encargada de su tutela, en este caso la Fiscalía Nacional Económica, actuará de manera consistente con estos objetivos, y otorga un elemento clave de interpretación para el Tribunal de Defensa de la Libre

Competencia en la determinación de los casos de los cuales deba conocer; en otras palabras, el determinar este objeto o finalidad es necesario por cuanto constituye una herramienta indispensable en la resolución de los casos por conductas anticompetitivas⁴⁹.

2.3. Las alternativas para resolver el problema.

Han sido muchas las formas en que se ha entendido el concepto de libre competencia y el objeto de protección del derecho de la libre competencia, tanto en el derecho comparado como en la doctrina chilena. Nos parece necesario partir expresando que en doctrina existen al menos dos grandes tendencias en la forma de concebir las finalidades del derecho de la libre competencia, las que no solo se diferencian por su contenido, sino que más bien se caracterizan por el número de finalidades u objetos de protección que están dispuestas a admitir o reconocer en sus formulaciones. En primer lugar, están aquellas que reconocen en el derecho de la libre competencia una finalidad única, es decir, no admiten que se reconozca al

⁴⁹ Por ejemplo, en VELANDIA, Mauricio, ob. cit. (n. 48), p. 62 se expresa que la determinación de la antijuridicidad de una conducta anticompetitiva depende de la lesión al interés tutelado, por lo que identificar este interés se vuelve esencial para la posibilidad misma de sanción.

derecho de la libre competencia la aptitud para perseguir finalidades diversas a las que constituyen su objetivo central, aunque estén dispuestos a admitir, o reconozcan, que la libre competencia permite cumplir otras funciones deseables, ya sea de tipo económico, político o social. Para esto, dichas funciones reconocidas no serían sino externalidades del sistema de libre competencia, y en ninguna manera determinan su núcleo. Si bien se admite una única finalidad para el derecho de la libre competencia, veremos que esta no ha sido concebida de la misma forma por distintos autores, postulando algunos que esta debe ser la eficiencia en los mercados⁵⁰, otros el bienestar de los consumidores⁵¹, mientras un último grupo postula que la finalidad debe ser la libre competencia misma o el proceso de competencia⁵², por no mencionar otros objetivos que se han defendido y

⁵⁰ Así en BORK, Robert. 1993. *The antitrust paradox. A Policy at War with Itself*. New York, The Free Press; HOVENKAMP, Herbert. *The antitrust enterprise...* (n. 27); MOTTA, Massimo, ob. cit. (n. 42); POSNER, Richard, ob. cit. (n. 42). En la doctrina nacional encontramos a GRUNBERG, Jorge y MONTT, Santiago. 2010. Informe en Derecho. Prueba de la colusión. Santiago, Centro de Regulación y Competencia, Universidad de Chile y GUMUCIO, Juan Cristóbal. 2011. Interrelación propiedad intelectual, competencia desleal, protección al consumidor y libre competencia. En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (ed.). *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario*. Santiago, Thomson Reuters.

⁵¹ Entre otros ABAD, Mario Ybar. 2010. De qué hablamos cuando hablamos de competencia? Un análisis aplicado al caso Supermercados II. En: MONTT, Rettig y NEHME, Nicole (comp.) *Libre Competencia y Retail*. Santiago, Editorial Legal Publishing y JIMÉNEZ, Felipe, ob. cit. (n. 37).

⁵² ANDRIYCHUCK, Oles. 2010. Can We Protect Competition without Protecting Consumers? [en línea] *Competition Law Review*, Vol. 6, No. 1, pp. 77-87 <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1594697> [consulta: 14 noviembre 2013] y VALDÉS PRIETO, Domingo. *Libre Competencia y...* (n. 38)

que no tienen mayor eco en la doctrina actual. Como veremos, existen razones de peso para optar por esta tendencia, sobre lo cual nos explayaremos a la brevedad.

Por otro lado, una segunda tendencia es la de entender que el derecho de la libre competencia persigue múltiples finalidades, todas las cuales deberían ser buscadas y protegidas al encontrarnos en casos debatidos en sede de libre competencia. En la doctrina chilena no existe una mayor aceptación de esta alternativa, caracterizándose la literatura al respecto, en general, por la opción de uno de los diversos objetivos postulados⁵³. Pero existen casos en que se expresa una finalidad múltiple para el derecho de la libre competencia, ya sea por medio de la expresión directa de dos o más objetivos a perseguir o bien por la consideración de un objeto mediato de protección a través de la finalidad inmediata de protección de la libre competencia. Un ejemplo de lo primero lo constituye la postura del profesor Agüero, para quien la finalidad de la legislación de libre competencia se

⁵³ Así en ABAD, Mario Ybar, ob. cit. (n. 51); GRUNBERG, Jorge y MONTT, Santiago, ob. cit. (n. 50), GUMUCIO, Juan Cristóbal, ob. cit. (n. 50); JIMÉNEZ, Felipe, ob. cit. (n. 37) y VALDÉS PRIETO, Domingo. Una visión interdisciplinaria... (n. 37).

configura por el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica⁵⁴. Un ejemplo de lo segundo lo constituye la afirmación de que “con las normas sobre libre competencia no se busca, aun cuando pueda ser el fin último que se persigue defender, la protección del consumidor, de un comerciante o industrial determinado o, incluso, de la colectividad, sino que la libertad de ejercicio de las actividades económicas”⁵⁵. Hemos elegido esta cita en particular porque ilustra uno de los problemas en la elección de objetivos múltiples para el derecho de la libre competencia, como veremos luego. Si bien se señala un único objetivo final, que sería la “libertad de ejercicio de las actividades económicas”, no es menos cierto que se reconoce una finalidad última que es el bienestar de los consumidores. En este sentido, pese a señalar el reconocimiento de la “libertad” como finalidad principal, da preponderancia igual, o incluso mayor, a la protección del consumidor. Pareciera ser que aquí no habría un problema de multiplicidad de objetos, pues se podría pretender que en realidad la protección de los consumidores es considerada como el único objeto de

⁵⁴ AGÜERO, Francisco, ob. cit. (n. 37), p. 11. Hay que reconocer que el autor se refiere aquí a ellos como “un bien jurídico”, lo cual podría llevar a considerar que entiende ambos conceptos, eficiencia y bienestar de los consumidores, como dos caras de una misma moneda. Si bien posible de argumentar esto, también es cierto que en la doctrina muchas veces se han considerado ambos objetivos de forma diferenciada, pudiendo ser incluso contradictorios, por lo que una especificación mayor sería aquí requerida.

⁵⁵ BARROS, Fernando. 1995. La defensa de la libre competencia. Cuadernos Jurídicos Universidad Adolfo Ibáñez Facultad de Derecho. N°3, p. 16.

protección, puesto que la libre competencia se constituye solo como un medio para lograrlo. Sin embargo, la opción por objetivos múltiples se muestra clara en este caso cuando se asume que los conceptos de libre competencia y bienestar del consumidor pueden no siempre ser homologables, o bien, cuando existe una contradicción entre la finalidad principal y la finalidad mediata (y en este caso última) en la resolución de casos, cuestión que efectivamente se podrá dar en sede de libre competencia.

Asimismo, en el derecho comparado podemos encontrar muestras de esta tendencia. En la doctrina colombiana, por ejemplo, se ha manifestado que el derecho de libre competencia persigue tres finalidades señaladas en la ley, que serían la libertad de entrada de empresas al mercado, la libertad de escogencia para los consumidores y la eficiencia⁵⁶. Por su parte, en la doctrina argentina se ha indicado que existiría una multiplicidad de objetivos perseguidos por la legislación de defensa de la competencia, que

⁵⁶ VELANDIA, Mauricio, ob. cit. (n. 48), pp. 63 – 64. No obstante, el mismo autor sostiene luego que “la principal finalidad de las normas de competencia es propender a la redistribución equitativa del dinero, así como el cuidado del excedente del consumidor (...) se cuida la capacidad adquisitiva de bienes del consumidor y se construye un mercado eficiente”. p. 76, lo que genera confusión respecto al real objeto de protección del sistema de defensa de la competencia. En un sentido similar en la doctrina colombiana: MIRANDA, Alfonso. 1999. El régimen general de la libre competencia. Características principales. CEDEC III, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. Colección Seminarios (No. 10): 17 – 47, pp. 46 - 47.

consisten en lograr una mejor utilización de los recursos productivos, evitar distorsiones en la distribución del ingreso nacional y el asegurar el libre funcionamiento de los mercados sin intervención del Estado⁵⁷. Por último, el profesor Jorge Witker se refiere a los objetivos, como instrumento de política pública, del derecho de la competencia en el derecho comparado, y sostiene que tiene por tales objetivos la asignación eficiente de los recursos, la protección del bienestar de los consumidores, la prevención o sanción ante los niveles de concentración en el mercado y la regulación de las prácticas anticompetitivas de las empresas⁵⁸.

Ahora bien, creemos que existen razones poderosas para no optar por un enfoque de la finalidad del derecho de la libre competencia que vea una multiplicidad de objetivos a perseguir por la misma. En este sentido, creemos hay que tener en cuenta la misma indeterminación del concepto “libre competencia” en el DL 211. La opción por un concepto indeterminado reviste una importancia trascendental y fue una decisión legislativa plenamente razonada y conducente a lograr un efectivo

⁵⁷ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Derecho Antimonopólico... (n. 44), pp. 37 – 38.

⁵⁸ WITKER, Jorge, ob. cit. (n. 27), p. 21.

funcionamiento del sistema de defensa de la libre competencia. De esto da cuenta la historia fidedigna de la ley 19.911. En efecto, en el primer informe de la Comisión de Economía encontramos las palabras del entonces ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción, quien al referirse a las razones para no definir el concepto de libre competencia sostuvo, entre otras razones, que “si se intentara dar una definición precisa de ‘libre competencia’ se correría el riesgo de hacer excesivamente rígida la aplicación de la ley por parte del Tribunal, lo cual iría en contra de todas las recomendaciones del derecho comparado”⁵⁹. De este modo, se optó por un concepto indeterminado con el fin de que fuera el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el encargado de ir delimitando dicho concepto, de acuerdo a la evolución que tuvieran los conceptos jurídicos y económicos aplicables a los asuntos materia de su conocimiento. Esto no solo ha sido el caso del derecho chileno, ya que se puede predicar una consideración similar en la elaboración del derecho *antitrust* norteamericano, en el cual su norma fundamental, la *Sherman Act* de 1890, contemplaba, en términos generales, la prohibición de ciertos actos que tendieran a restringir el

⁵⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2003. Historia de la Ley N° 19.911 Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. [en línea] <http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=19911> [consulta: 26 noviembre 2013], p. 53.

comercio (*restraint of trade*) en su sección 1 y la prohibición de la monopolización, conspiraciones e intentos de monopolización en su sección 2⁶⁰. Tanto los conceptos de restricción al comercio como los intentos de monopolización fueron conceptos amplios y no definidos por la misma *Sherman Act*, por lo que el diseño norteamericano del sistema de defensa de la competencia puso en los tribunales federales la tarea de determinar cuándo una conducta efectivamente caía en uno de estos supuestos, entregando así a los tribunales el desarrollo de los principios a seguir en el derecho *antitrust*⁶¹. Ahora, que un concepto sea vago o parcialmente indeterminado no significa que este carezca de un sentido o una intención original e intrínseca. En otras palabras, el que el legislador haya optado por el uso de un concepto vago no implica que no haya tenido una intención en el establecimiento de dicha normativa, o que no pueda encontrarse un sentido a la misma, sino que solo explicita la estrategia o la forma en que el legislador pretendía hacer funcionar el sistema que estableció con la normativa en cuestión. Y es aquí donde cobra relevancia esta consideración, por cuanto la opción de múltiples finalidades como objetivo del derecho de

⁶⁰ POSNER, Richard, ob. cit. (n. 42), p. 33.

⁶¹ GELLHORN, Ernest, KOVACIC, William y CALKINS, Stephen. 2008. Derecho y economía de la competencia. México, Comisión Federal de Competencia México, pp. 40 – 42.

la libre competencia vuelve esta estrategia de implementación del sistema, o bien su operatividad, sumamente problemática.

Si consideramos que la opción por no definir el concepto de libre competencia fue funcional a la delimitación por parte del Tribunal de la forma en que dicho término debía entenderse y ser interpretado en la resolución de casos, entonces la pretensión de que exista más de un objeto de protección se presenta problemática de cara a la labor del Tribunal en dos sentidos: En primer lugar, al no señalarse un solo objeto de protección, el Tribunal se ve en el problema de tener que ponderar los supuestos objetos de protección siempre que aquellos objetos entren en colisión en la resolución de un caso, sin que el Tribunal disponga de una guía determinada para esta solución. Por ejemplo, supongamos que se estima como objetos de protección del derecho de libre competencia el bienestar de los consumidores (entendido por ahora como mayor oferta de bienes a un menor precio) y a su vez la protección de las pequeñas empresas⁶². Estos dos objetos de protección pueden entrar en colisión, pues la protección de

⁶² De hecho, esta fue probablemente la finalidad original buscada por la *Sherman Act*. Como nos dice Hovenkamp: “Una teoría con mayor poder de explicación es que la *Sherman Act* fue aprobada en beneficio de los pequeños empresarios que habían sufrido por la formación de mayores y más eficientes firmas”, en: HOVENKAMP, Herbert. 2005. *Federal Antitrust Policy. The law of Competition and its Practice*. 3th ed. United States, Thomson/West, p.51.

empresas pequeñas puede pasar por la sanción a empresas más eficientes, capaces de traspasar los efectos positivos de la reducción de sus costos al consumidor por la vía de reducir el precio, mientras que se permite el mantenimiento de empresas pequeñas, que no pueden llegar a aquellos niveles de eficiencia y a los posibles efectos positivos para el consumidor. Si nos encontramos en un caso en sede de libre competencia en que se plantee esta disyuntiva, al considerar que ambos son objetos de protección, la noción de libre competencia deja de constituir una herramienta útil para la resolución de casos y se vuelve más bien un obstáculo para el Tribunal en la determinación de cuándo existe o no vulneración a la libre competencia, pues no existe ninguna directriz que el mismo pueda seguir para la resolución del problema, por lo que tendrá que entrar a ponderar los supuestos objetivos, lo que, en palabras del profesor Valdés, “entrega una formidable discrecionalidad a los organismos antimonopólicos en cuanto a la prevalencia de un ‘bien protegido’ por sobre otro”⁶³. Esto nos lleva al segundo problema de cara a la actividad del Tribunal, que consiste precisamente en los límites que se debe reconocer a la actividad jurisdiccional.

⁶³ VALDÉS PRIETO, Domingo. Libre Competencia y... (n. 38), p. 204.

No podemos olvidar lo señalado al inicio del presente trabajo en cuanto al carácter del derecho de la libre competencia y la propiedad intelectual como partes integrantes del derecho económico, y por lo tanto como herramientas fundamentales en la regulación de fallas del mercado con un mínimo de intervención. La opción por estas herramientas de regulación no puede sino estar basada en la consecución de una finalidad o un objetivo que se persigue y que es considerado valioso para la sociedad, lo cual debe ser una opción política, y por tanto entregada al legislador. Al presentarse la multiplicidad de objetos de protección y su posibilidad de colisión, no se puede pedir al Tribunal que determine cuál de aquellos objetos o finalidades debe ser preferido, pues esta opción corresponde al legislador⁶⁴. Es el legislador quien debe determinar la finalidad perseguida por la normativa de libre competencia, y en caso de buscar más de una finalidad, en él ciertamente recae el deber de determinar cuál de estas finalidades debe ser preferida. Como nos dice Robert Bork, “los tribunales (*courts*) son la institución equivocada para estas comparaciones

⁶⁴ Sin desconocer que en la práctica los tribunales están llamados a resolver los posibles conflictos que pueda haber entre una o más garantías o la aplicación de uno u otro principio jurídico en la resolución de un caso, para lo cual efectivamente deberá realizarse una ponderación por parte del tribunal de estas garantías o principios y decidir cuál debe predominar en el caso en particular.

interpersonales no estructuradas porque las decisiones políticas de esta naturaleza deben, en una sociedad con nuestros presupuestos acerca de la democracia, ser hechos por las instituciones elegidas y representativas y porque los tribunales no disponen de las herramientas para sopesar los hechos en una escala amplia como la legislatura”⁶⁵. Se podría argumentar que el legislador sí buscó esta multiplicidad de objetivos en la normativa de la libre competencia, y que efectivamente entregó al Tribunal la tarea de decidir por uno o por otro de estos objetivos. Se podría sostener esta afirmación aludiendo al concepto indeterminado de libre competencia, sugiriendo que en este concepto cabría el reconocimiento implícito de dichas finalidades. No obstante nos parece que este enfoque sería equivocado pues, por una parte, el reconocimiento de múltiples objetivos, aunque sea implícitamente, nos redirige al problema de la ponderación discrecional del Tribunal, ya que no podemos apreciar disposición alguna en la normativa de libre competencia que permita determinar la forma en que deba realizarse dicha ponderación. Por otro lado, en la misma historia de la ley no existen razones para creer que haya habido un interés en la protección de múltiples objetivos, ni por lo tanto una ponderación de los

⁶⁵ BORK, Robert, ob. cit. (n. 50), p. 83.

mismos, puesto que, incluso en una etapa temprana en que se establecía que la ley tenía por objeto “defender la libre competencia en los mercados, como medio para desarrollar y preservar el derecho a participar en las actividades económicas, promover la eficiencia y, por esta vía el bienestar de los consumidores”⁶⁶, se indicó que el reconocimiento de estas finalidades no tenía sino una función aclaratoria de la orientación que debía darse a la nociones de mercado y al concepto de libre competencia⁶⁷. Por tanto, ni siquiera puede decirse que en su génesis existiera una multiplicidad de objetos a proteger en la normativa de libre competencia. Entregar a los tribunales la tarea de optar por un objetivo frente a otro, ahí donde el legislador no ha expresado preferencia alguna, diluye la necesaria delimitación entre la actividad jurisdiccional y la actividad propia del legislador.

⁶⁶ Del artículo primero original, contenido en el mensaje presidencial del proyecto de la ley 19.911. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, ob. cit. (n. 59), p. 13.

⁶⁷ Así queda claro de la lectura del siguiente párrafo, en respuesta a la crítica por los múltiples objetivos de la ley: “La verdad es que sólo existe un objeto de protección, señaló el señor Ministro, que es la defensa de la libre competencia, pero como se trata de un concepto estructurado sobre dos valores, libertad y competencia, los cuales no tienen definiciones unánimemente aceptadas, se ha establecido una guía para otorgar claridad, tanto para quienes deben cumplir la ley, como para el Tribunal que debe resolver los conflictos”. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, ob. cit. (n. 59), p. 52.

Una segunda razón para no optar por la multiplicidad de objetivos, que ciertamente se relaciona con la anterior, tiene que ver con la necesidad de certeza jurídica que debe darse a los agentes del mercado. Los participantes del mercado deben tener seguridad de cuándo su conducta puede resultar sancionable bajo el derecho de la libre competencia. Esto solamente se puede saber si se conoce el criterio que determina la ilicitud de una conducta, o sea, el objeto de protección de las normas de sanción contempladas en la ley de libre competencia, o, en otros términos, el bien jurídico protegido. Sin embargo, si se tiene una multiplicidad de objetivos de protección o finalidades reconocidas, esta seguridad se pierde por dos razones: la primera es la apuntada anteriormente en cuanto a la discrecionalidad que se estaría reconociendo al Tribunal en la ponderación de los objetos de protección, que al final redundaría en que los agentes del mercado no pueden saber de antemano de ninguna forma cuál será el criterio a seguir para la revisión de su conducta, la cual en ciertos casos podría considerarse pro competitiva o anticompetitiva dependiendo del objeto de protección al cual el Tribunal otorgue predominancia⁶⁸; por otro

⁶⁸ Esta razón para la opción de un objetivo exclusivo, y en particular del bienestar del consumidor, lo encontramos en los planteamientos de Robert Bork con la noción de *fair warning* para los agentes del mercado: “Ningún empresario puede saber qué es la ley si la ley depende de las simpatías y prejuicios de

lado, la adopción de múltiples objetivos para el sistema de libre competencia conlleva el riesgo de imponer una carga inaceptable a los agentes del mercado, al requerir que su conducta satisfaga diversas finalidades que pueden ser incluso contradictorias. De este modo, la libre competencia podría constituirse en un obstáculo a las actividades económicas de distintos agentes, puesto que vuelve demasiado difícil la determinación de su conducta por el riesgo a contravenir esta normativa.

Por las razones expresadas, creemos que el enfoque adecuado de los objetos de protección del derecho de la libre competencia corresponde a entender que este persigue un único objetivo, pese a que puedan reconocerse otras funciones o efectos positivos logrados por dicho sistema. A continuación pasamos a considerar las posibilidades bajo este enfoque y definir cuál creemos es el objetivo o finalidad del derecho de la libre competencia.

2.4. El objeto de protección o finalidad única de la libre competencia.

cualquiera de los cientos de jueces federales frente a los cuales él se pueda encontrar compareciendo en alguna fecha incierta en el futuro”. BORK, Robert, ob. cit. (n. 50), p. 81.

A pesar que han sido muchas las finalidades que se han reconocido al derecho de la libre competencia, no realizaremos una explicación y crítica de la mayoría de ellos, pues creemos que existe un consenso mayoritario en la doctrina, en nuestra opinión acertado, a descartarlos como objetos de protección de este sistema, y centrar el debate en los objetivos que expondremos en esta sección⁶⁹.

2.4.1. La teoría económica y el derecho de la libre competencia.

Desde los inicios del derecho de la libre competencia (en el derecho estadounidense) y hasta la actualidad ha existido la conciencia de su conexión con la teoría económica. Si bien en los orígenes del derecho *antitrust* estadounidense fue posible advertir otras preocupaciones de orden político o social, que venían de hecho a encontrarse con los planteamientos

⁶⁹ No nos explayaremos entonces respecto a algunas finalidades como son objetivos de justicia en la distribución de la riqueza, la protección de las pequeñas empresas, la restricción a la concentración económica, como forma de prevenir el control político por un grupo específico, y la protección de la autonomía privada. Como afirmamos, dichos objetivos han sido suficientemente cuestionados en la doctrina, por lo que no revisten mayor interés para este trabajo. Así por ejemplo en y MOTTA, Massimo, ob. cit. (n. 42), pp. 22 – 26 y POSNER, Richard, ob. cit. (n. 42), pp. 24 – 26. Para un desarrollo más extenso y pormenorizado, y una crítica a las distintas formas de entender el bien jurídico de la libre competencia en la doctrina chilena, véase VALDÉS PRIETO, Domingo. Libre Competencia y... (n. 38), pp. 98 – 206.

económicos de la época⁷⁰, desde siempre se ha considerado que la teoría económica informa de manera sustancial el modo en que se debe comprender la normativa de libre competencia y la forma como esta debe ser aplicada⁷¹. Pero no es sino hasta el surgimiento de la escuela económica de Chicago en que esta interrelación cobra una mayor relevancia y se vuelve esencial en la forma de entender las finalidades u objetivos del derecho de la libre competencia⁷². Al traer al centro de la discusión las consideraciones propias de la teoría económica, tanto la escuela de Chicago como la escuela de Harvard y las ideas “post-Chicago”, consideraron que la finalidad del derecho *antitrust* debía encontrarse necesariamente informada por la teoría económica. Los objetivos que pasaremos a analizar se deben entender como explicaciones que se desarrollaron en la teoría del derecho *antitrust* como consecuencia de la forma en que el análisis de la escuela de

⁷⁰ HOVENKAMP, Herbert. Federal Antitrust... (n. 62), p. 51. No obstante, el mismo autor sostiene luego que en realidad el derecho *antitrust* siempre ha mantenido lazos con la doctrina económica.

⁷¹ Para una explicación de la incidencia de la teoría económica en el derecho de la libre competencia, véase CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Derecho Antimonopólico... (n. 44), pp. 27 - 34.

⁷² Una síntesis del pensamiento de la escuela de Chicago en HOVENKAMP, Herbert. Federal Antitrust... (n. 62), pp. 61 -64.

Chicago puso en el centro del derecho de la libre competencia las consideraciones propias de la teoría económica⁷³.

A continuación, analizaremos los objetivos que han tenido mayor acogida en la doctrina nacional y comparada. Nos referimos brevemente al entendimiento de la protección de la libre competencia como: a) Protección del bienestar de los consumidores, b) Protección de la eficiencia económica y c) La libre competencia en sí misma o la defensa del proceso competitivo. No obstante, para entender dichos objetos de protección es necesario realizar una breve referencia a algunos conceptos de la teoría económica que están detrás de la opción por una de estas posibilidades. Adelantamos que nuestra aproximación a la teoría económica será muy breve, tosca y basada fundamentalmente en la doctrina propia del derecho de la libre competencia, por lo que en caso alguno pretendemos elaborar una explicación y una exposición teórica compleja, lo cual excedería por mucho

⁷³ Por cierto, esto no es válido exclusivamente para el derecho norteamericano, por cuanto: “la transformación del Derecho y Política de la Competencia conforme a un nuevo enfoque centrado en la eficiencia y protección al consumidor constituye un proceso que ha sido denominado ‘modernización de la competencia europea’”. GRUNBERG, Jorge y MONTT, Santiago, ob. cit. (n. 50), p. 7. Un ejemplo de esta tendencia en la doctrina europea lo encontramos en MOTTA, Massimo, ob. cit. (n. 42).

las ambiciones de este trabajo y los conocimientos sobre la materia del autor⁷⁴.

Los modelos económicos de competencia perfecta y de monopolio constituyen dos polos opuestos para entender la forma en que interactúan diversos factores económicos como la utilización de recursos, los costos asociados a la producción de bienes, la oferta y demanda de los mismos y el precio al cual son ofrecidos al público consumidor. Para resumir, la teoría económica sostiene que en competencia perfecta el equilibrio se encuentra en el lugar en que el precio de los productos se iguala al costo marginal, en el cual existe a su vez la mejor utilización de los factores de producción y la mayor cantidad producida posible. En el caso del monopolio, en contraste, se tiene que el monopolista, al no ser enfrentado por otros competidores, dispone del total de la producción, lo que en último término le permite trasladar el punto de equilibrio que existiría en un mercado competitivo al punto de equilibrio en que se maximizan sus ganancias, es decir, el punto en

⁷⁴ Una explicación más elaborada se puede encontrar en BORK, Robert, ob. cit. (n. 61), pp. 90 - 101; HOVENKAMP, Herbert. The antitrust enterprise... (n. 27), pp. 13 - 30; HOVENKAMP, Herbert. Federal Antitrust... (n. 62), pp. 1 - 23 y POSNER, Richard, ob. cit. (n. 42), pp. 9 - 23. Una explicación simple pero ilustrativa en AGOSTINI, Claudio. 2007. Institucionalidad e incentivos para la libre competencia. [en línea] Expansiva. <http://www.expansiva.cl/media/en_foco/documentos/07052007114142.pdf> [consulta: 27 noviembre 2013], pp. 1 - 5.

que sus costos marginales se igualen a su ingreso marginal, que en este caso conlleva una restricción de la producción y un aumento del precio ofrecido al público. Esto tiene un efecto sustancial que permite entender por qué se tiende o se persigue el ideal de la competencia perfecta y se trata de prevenir el surgimiento de monopolios. Más allá de que el monopolio genere un incremento de precios hacia el consumidor, el verdadero problema está en la restricción de la producción. Se ha demostrado que al restringir la producción, existe una pérdida de eficiencia derivada del monopolio (*deadweight loss*), puesto que en verdad el monopolista no se hace con todo el excedente del consumidor, sino solo con una parte, perdiéndose el resto. En términos simples, la producción óptima no se logra ya que existe un grupo de consumidores que no pagarán el precio del monopolista, pero que sí habrían demandado el producto a un precio competitivo, es decir, la pérdida de eficiencia se da porque los recursos no se utilizaron en una actividad económica en la cual se deseaba socialmente esta utilización⁷⁵.

⁷⁵ AGOSTINI, Claudio, ob. cit. (n. 74), p. 3.

El entendimiento de los modelos de competencia y monopolio nos permiten perfilar los conceptos de eficiencia productiva (*productive efficiency*) y eficiencia en la asignación de recursos (*allocative efficiency*), que nos servirán para entender los objetivos que plantearemos. Por eficiencia productiva, se debe entender la utilización óptima de los recursos en la producción, o en otras palabras, “como la razón entre la producción de una empresa con sus insumos”⁷⁶. Es decir, existirá mayor eficiencia productiva en la medida en que se logre producir la mayor cantidad al menor costo posible. El modelo económico de competencia permite concluir que la eficiencia productiva se logrará por cuanto al acercarse los precios a los costos marginales –y en competencia perfecta igualarse- los productores tendrán incentivos en la reducción de sus costos, que les permitan lograr la mayor cantidad de beneficios al poder ofrecer sus productos a un menor precio, desplazando a la competencia, o bien venderlos al mismo precio que la competencia, pero con la ventaja del margen entre sus costos y el precio competitivo⁷⁷.

⁷⁶ HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust...* (n. 62), p. 75.

⁷⁷ Vale la pena mencionar que la eficiencia productiva no es entendida en este sentido de forma unánime por la doctrina. Por ejemplo, Bork sostiene que la eficiencia productiva “consiste en ofrecer cualquier cosa, sean productos o servicios, que los consumidores estén dispuestos a pagar”. BORK, Robert, *ob. cit.* (n. 50), p. 105. La definición de Bork de eficiencia productiva más bien apunta a entenderla como una

Por otro lado tenemos el concepto de eficiencia en la asignación de recursos, que creemos se relaciona más estrechamente con el análisis realizado previamente sobre los modelos de competencia y monopolio. Este puede ser articulado preliminarmente como la óptima asignación de los recursos económicos de la sociedad en la producción de bienes o servicios. Consideramos que existirá eficiencia en la asignación de recursos siempre que los mismos se estén usando de la mejor forma posible de acuerdo a los deseos de la sociedad, o sea, que “los recursos económicos están asignados entre diferentes bienes y servicios de modo tal que no es posible hacer que alguien esté mejor, sin que alguien esté peor”⁷⁸. Como adelantamos, en el caso del monopolio el problema de la eficiencia en la asignación de recursos es que precisamente dichos recursos podrían ser usados para satisfacer una demanda que por la restricción de la producción y el aumento del precio no se satisface, localizando los recursos de peor forma en atención a una supuesta preferencia social. En cambio, la teoría económica plantea que en un mercado competitivo esta preferencia social sí será

medida de éxito en la competencia por el consumidor, o como él afirma, parafraseando a Stigler, entenderla como *competitive effectiveness*, más que en la forma del uso óptimo de recursos expuesto aquí.

⁷⁸ WHISH, Richard. 2001. *Competition Law*. 4th ed. London, Butterworths, p. 3.

satisfecha, ya que se llegará a un equilibrio en que se producirá hasta el punto en que los costos de dicha producción (costo marginal por la última unidad producida) equiparan al valor que los consumidores le otorgan a la misma⁷⁹. Por tanto, en un mercado perfectamente competitivo los recursos económicos se usarán de la mejor forma posible, sin poder asignarles otro uso socialmente deseable. Por supuesto que el ideal de competencia perfecta es nada más que un modelo teórico o un ideal al que se tiende o aspira, pero se estima que un mercado competitivo efectivamente se dirigirá a esta asignación eficiente de recursos en la producción.

Existe un tercer concepto de eficiencia, la eficiencia dinámica, sobre el cual nos referiremos más adelante. Con estos conceptos en vista podemos pasar a tratar los tres objetivos propuestos.

2.4.2. El bienestar de los consumidores.

En la doctrina nacional y comparada ha sido común expresar que el objeto del derecho de la libre competencia corresponde al bienestar de los

⁷⁹ BORK, Robert, ob. cit. (n. 50), pp. 97 – 98.

consumidores. De hecho, como vimos anteriormente, este fue uno de los posibles objetivos que se plantearon en el proyecto original de la ley 19.911. Hovenkamp confirma este reconocimiento extendido en la doctrina comparada y afirma que “el bienestar del consumidor como principio del derecho *antitrust* está tan bien establecido que mucha gente simplemente asume que fue el diseño principal del Congreso desde el comienzo”, y que “Un estatuto que declare la protección de los consumidores como el objetivo del derecho *antitrust* probablemente pasaría por el Congreso con voto unánime”⁸⁰. Esta postura ciertamente ha tenido un gran respaldo y no es difícil entender por qué. Todo el presupuesto del libre mercado se basa en el juego de la oferta y la demanda, es decir, en la medida en que haya mayor oferta tenderán a bajar los precios y el consumidor se beneficiará tanto de la existencia de una mayor oferta de productos como del precio más bajo que esto generará. En la medida en que se garantiza la competencia en los mercados, o el libre desenvolvimiento de los competidores, se beneficiará al consumidor. Esto se refuerza al considerar que las sanciones en libre competencia sobre algunas conductas están dirigidas a quien busca alcanzar o mantener una posición monopolística, o

⁸⁰ HOVENKAMP, Herbert. The antitrust enterprise... (n. 27), pp. 31 y 39.

en realidad, y en los términos de la ley, una posición dominante, lo cual se condice con el temor de que el monopolio perjudica al consumidor al restringir el número de productos a disposición y aumentar el precio de los mismos. Sin embargo, existen razones para sostener que en realidad no corresponde atribuirle a la defensa de la libre competencia como finalidad u objetivo perseguido el resguardo del bienestar de los consumidores.

De partida existe dificultad en la determinación de qué es lo que se pretende al proteger el bienestar del consumidor, o en otras palabras, qué significa proteger el bienestar de los consumidores. Aquí hay un problema conceptual. Si atendemos a la forma en que la doctrina ha considerado el bienestar de los consumidores, podemos percibir una confusión o identificación de los conceptos de bienestar del consumidor con el de eficiencia económica. Bork equipara explícitamente ambos términos, afirmando que “la competencia debe entenderse como la maximización del bienestar del consumidor, o si se prefiere, la eficiencia económica”⁸¹. En la doctrina nacional también se ha tendido a esta identificación, y así se ha sostenido que la finalidad de la libre competencia corresponde a “el

⁸¹ BORK, Robert, ob. cit. (n. 50), pp. 90 y 427.

Bienestar del Consumidor, entendido como una eficiente asignación de los recursos productivos en las áreas de la economía donde son más valorados por el consumidor (eficiencia ‘asignativa’) y una eficiente utilización de dichos recursos dentro de dichas áreas a fin de maximizar su producción (eficiencia productiva)”⁸². Básicamente, concepciones como estas no hacen sino equiparar el bienestar del consumidor con el bienestar general logrado por medio de la eficiencia económica, pues hay que recordar que los términos de eficiencia propuestos no son sino nociones que se refieren a la asignación y utilización óptima de los recursos de la sociedad. Al no realizar una separación entre el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica así entendida, esta concepción diluye la noción misma de consumidor, pues identifica a toda la sociedad como consumidores⁸³. En consecuencia, esta concepción no puede ser distinguida de aquellas que analizaremos más adelante y que predicen como objetivo de la libre competencia el bienestar económico por medio de la eficiencia y, por lo mismo, no pueden ser de utilidad como concepción autónoma de la finalidad de este sistema normativo.

⁸² GUMUCIO, Juan Cristóbal, ob. cit. (n. 50), p. 77.

⁸³ HOVENKAMP, Herbert. Federal Antitrust... (n. 62), p. 77. Del mismo modo GUMUCIO, Juan Cristóbal, ob. cit. (n. 50), pp. 110 - 112.

Una forma de solucionar el obstáculo anterior y poder distinguir la noción del bienestar del consumidor de la de eficiencia o bienestar general es entender que se salvaguarda el bienestar del consumidor siempre que se garantiza que el productor no se apropie por medio de prácticas anticompetitivas o por medio de un monopolio del excedente del consumidor (*consumer surplus*). Este puede ser entendido como la diferencia entre lo que el consumidor está dispuesto a pagar y el precio del producto o servicio en el mercado⁸⁴. Una noción semejante ciertamente permite delimitar de forma más precisa el bienestar del consumidor como objeto de protección, pues entrega un criterio para la comprensión de la forma en que se estaría perjudicando al consumidor y, por tanto, cómo podemos asegurar su bienestar. Como dice Hovenkamp una forma de entender los objetivos de la libre competencia, en estos términos, es que este sistema normativo “escoge la opción que lleve a la mayor producción y mejores precios en el mercado en cuestión”⁸⁵. No obstante, tampoco es

⁸⁴ GUMUCIO, Juan Cristóbal, ob. cit. (n. 50), p. 110.

⁸⁵ HOVENKAMP, Herbert. Federal Antitrust... (n. 62), p. 77.

aceptable que esta sea la finalidad perseguida por el derecho de la libre competencia, por los argumentos que veremos a continuación.

En primer lugar, se debe tomar en cuenta que en caso alguno la libre competencia sanciona el monopolio que ha sido obtenido de forma lícita. La preocupación por la obtención de una posición monopolística puede ser legítima, en razón que en estos casos el consumidor sufrirá probablemente un perjuicio debido a que el monopolista tenderá a restringir la producción y aumentar los precios, lo que por cierto implica una transferencia del excedente del consumidor al productor. Pero en ningún caso la normativa de libre competencia prescribe la sanción del monopolio, salvo cuando este ha sido obtenido o mantenido por medio de actuaciones abusivas, o en otras palabras por medios distintos a la competencia basada en méritos en la producción o prestación de servicios. Es cierto que en la mayoría de las grandes fusiones que otorgan a los fusionados una posición dominante existe una consulta previa y voluntaria al Tribunal, pero esta tiene por objeto una función preventiva, en la que se anticipan posibles abusos de esa posición hacia otros competidores u obstáculos al proceso competitivo por

los efectos de esta concentración⁸⁶, si bien tomando en consideración el interés de los consumidores. De este modo, si la finalidad de la libre competencia debe ser entendida en la forma de protección del consumidor por medio de evitar la transferencia de su excedente, esta normativa debiese prohibir o regular todo monopolio para evitar esta situación, lo cual iría en contra de la misma noción de libre mercado y de competencia.

Una segunda razón por la cual negamos la posibilidad de considerar el bienestar del consumidor como el objeto de protección de esta rama del derecho, en los términos previamente explicados, consiste en la imposibilidad de sancionar a un agente del mercado por la fijación unilateral de precios. La teoría económica afirma que en condiciones de competencia la determinación del precio se debería regular solo por el juego de la oferta y la demanda, llegando al punto en que el precio sea igual al costo marginal, en el cual el excedente del consumidor será el más alto, ya

⁸⁶ De esto da cuenta la jurisprudencia del TDLC, que en su resolución a la consulta sobre la fusión de SMU y Supermercados del Sur sostuvo que “fluye indubitadamente que el objeto de una consulta en esta sede debe ser un asunto relacionado con hechos, actos o contratos que en sí mismos tengan la virtud de ocasionar obstáculos o perturbaciones al correcto funcionamiento del proceso competitivo en uno o más mercados, y no centrarse, exclusivamente, en los aspectos accesorios a tal asunto (...)” y posteriormente que “solicitar voluntaria y preventivamente el ejercicio de la potestad que el artículo 18° N° 2 del D.L. N° 211 entrega a este Tribunal, es preferible a exponerse a una intervención *ex post* de la autoridad de defensa de la libre competencia respecto de una operación que podría cambiar sustancialmente la estructura de uno o más mercados y probablemente tendrá efectos en el funcionamiento de la competencia en los mismos, en el caso de que tales efectos sean considerados perniciosos en esta sede”. Resolución TDLC N° 43/2012. Rol NC 397-11, párrafos 7. 3 y 7.8.

que existiría la mayor diferencia entre lo que estaría dispuesto a pagar y el precio de mercado, que será a su vez el más bajo posible. Resulta así que para el sistema de libre mercado es esencial que el competidor fije sus precios, por lo que iría en contra de este presupuesto sancionar a un competidor por una fijación unilateral de precios excesivos. Como bien ha dicho el profesor Menchaca “estimamos que no puede sancionarse el mero hecho de que una empresa, incluso monopólica, fije precios altos, aun cuando ello constituya un importante indicador de su poder de mercado y de su posibilidad de abusar del mismo y aun cuando el hecho que lo haga implique – a lo menos temporalmente – una pérdida de eficiencia, que es el costo social del monopolio, e implique también que el monopolista se apropiará de una parte del excedente del consumidor”⁸⁷. Si la finalidad de la libre competencia fuese la protección del consumidor, tendríamos que considerar anticompetitiva por sí misma la fijación de precio excesivo, incluso en aquellos casos en que el competidor ha podido realizar esto por haber obtenido una posición en base a sus méritos competitivos. Esto es absurdo, e iría en contra de las mismas bases del sistema de libre mercado

⁸⁷ MENCHACA, Tomás. 2011. ¿Se debe sancionar la fijación unilateral de precios excesivos? En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (ed.). La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. Santiago, Thomson Reuters, p. 254.

que nos rige. Por lo demás, la legislación establece la fijación unilateral como una conducta anticompetitiva solo cuando esta es producto de un abuso de posición dominante, como se establece en el artículo 3 letra b del DL 211. El caso inverso también ilustra esta objeción. Si consideráramos la mantención del excedente del consumidor como objeto de protección, deberíamos relativizar la ilicitud de la práctica de precios predatorios. Un productor que establece un precio por debajo de sus costos ciertamente no perjudicará al consumidor, pues en realidad este tendrá un mayor excedente, ya que existirá una mayor diferencia entre su disposición a pagar y el precio del producto en cuestión. No obstante, cumplidos ciertos supuestos, estas conductas sí son sancionables en sede de libre competencia.

Por último, existe una tercera consideración que refuerza nuestra posición. Este enfoque opone el bienestar del consumidor a la maximización de las ganancias que los productores o prestadores de servicios, por medio de la apropiación de este excedente del consumidor. Sin embargo, en algunos casos la diferenciación entre quienes se hacen con estas ganancias y los consumidores no es tan obvia, pues en la actualidad muchas de las empresas tienen una propiedad más bien difusa, por cuanto

están abiertas a la apropiación de acciones por el público general, o bien la misma existencia de fondos de inversión en los cuales los consumidores tienen interés relativiza quién se hará con las ganancias. De esta forma, una persona que como consumidor se vea perjudicada por una apropiación de su excedente, por ejemplo por la fijación de mayores precios, a la vez podría beneficiarse como parte del conjunto amplio de personas propietarias o beneficiarias de las mayores ganancias obtenidas por una empresa⁸⁸.

Por estas razones, no podemos considerar que el bienestar del consumidor sea la finalidad perseguida por el derecho de la libre competencia, aunque se acepta que en general sea un efecto logrado por medio de esta normativa.

2.4.3. La eficiencia económica.

Un gran número de autores sostiene que el objetivo del derecho de la libre competencia consiste en la persecución de la maximización de la riqueza total o el bienestar económico general por medio de la protección de

⁸⁸ Este argumento lo encontramos en MOTTA, Massimo, ob. cit. (n. 42), p. 21 y POSNER, Richard, ob. cit. (n. 42), p. 21.

la eficiencia económica⁸⁹. Esta postura plantea que la finalidad de la libre competencia corresponde a la protección de la utilización eficiente de los recursos disponibles, o sea “la maximización de la riqueza global, de manera tal que sean liberados –y destinados a otros fines- la mayor cantidad posible de recursos”⁹⁰. La libre competencia aseguraría de esta forma que los competidores no realicen un uso ineficiente de los recursos mediante conductas que la ley calificaría como anticompetitivas, y de esta forma se conseguiría el bienestar económico general. No obstante que esta posición pueda ser inicialmente atractiva pues, según planteamos al inicio de este trabajo, como parte del derecho económico la libre competencia pretende solucionar un problema del mercado con vistas a la consecución de un interés superior que es el bienestar de la sociedad, se presentan importantes dificultades a la hora de aceptar esta posición como fundamento del derecho de la libre competencia.

⁸⁹ En el derecho comparado BORK, Robert, ob. cit. (n. 50), pp. 90 – 91; HOVENKAMP, Herbert. The antitrust enterprise... (n. 27), p. 48; MOTTA, Massimo, ob. cit. (n. 42), p. 30; POSNER, Richard, ob. cit. (n. 42), p. 29. En la doctrina nacional AGOSTINI, Claudio, ob. cit. (n. 74), p. 5; AGÜERO, Francisco, ob. cit. (n. 37); GRUNBERG, Jorge y MONTT, Santiago, ob. cit. (n. 50), pp. 4 – 8; GUMUCIO, Juan Cristóbal, ob. cit. (n. 50), p. 77; y PAREDES, Ricardo. 1995. Jurisprudencia de las Comisiones Antimonopolio. Estudios Públicos. (No. 58): 228 – 320, p. 232.

⁹⁰ ABAD, Mario Ybar, ob. cit. (n. 51), p. 33.

Cabe realizar una precisión en cuanto a qué se entiende cuando hablamos de eficiencia económica, o qué entiende esta posición cuando ocupa dicho concepto. Nos parece que, en general, en la doctrina se ha entendido la eficiencia económica, que conlleva al bienestar general, en la forma de una relación de los dos conceptos de eficiencia que esbozamos anteriormente, o sea la eficiencia productiva y eficiencia en la asignación de recursos⁹¹. Es decir, la eficiencia económica total, el bienestar general económico, se logrará cuando exista la mejor relación posible entre estas dos formas de eficiencia. Tomando esto en cuenta, veamos la forma en que este concepto de eficiencia económica puede o no ser considerado como objeto del derecho de la libre competencia, para lo cual será útil considerar por separado las dos nociones de eficiencia que lo componen.

Como ya expresamos, la eficiencia productiva tiene relación con la utilización de los recursos económicos en la producción o prestación de servicios de forma óptima, no de cara a la mejor utilización social posible de esos recursos, que corresponde a la eficiencia en la asignación, sino que

⁹¹ Así lo entiende Whish, para quien “el efecto combinado de la eficiencia en la asignación de recursos y de producción es que la riqueza total de la sociedad es maximizada”. WHISH, Richard, ob. cit. (n. 78), p. 2. Asimismo en BORK, Robert, ob. cit. (n. 50), pp. 90 – 91.

una utilización de los mismos que reduzca los costos de dicha producción o prestación de servicios. Incluso si consideramos la valoración social de la producción para determinar la eficiencia productiva de un agente económico, como lo hace Bork⁹², esta eficiencia será determinada por la forma en que este agente cumpla dicho deseo social de la manera más conveniente de cara a sus competidores, lo cual ciertamente se dará gracias a la reducción de sus costos o la utilización óptima de sus recursos. Creemos que el concepto de eficiencia productiva no es útil en el entendimiento de la finalidad del derecho de la libre competencia. Es cierto que la utilización óptima de los recursos en la producción es algo deseable y contribuirá al mayor bienestar posible, pero, en realidad, al derecho de la competencia no le interesa mucho la forma en que los agentes económicos son (o no) eficientes en la utilización de estos recursos. O en realidad, y para ser más precisos, solo se interesa por la eficiencia productiva como una forma de explicar la racionalidad de una conducta sometida al escrutinio de las autoridades⁹³. Si una empresa es ineficiente en la utilización de los recursos productivos, si no tiene éxito en la reducción de sus costos para

⁹² Véase la nota 77.

⁹³ HOVENKAMP, Herbert. Federal Antitrust... (n. 62), p. 75.

satisfacer la demanda por un bien determinado, el derecho de la libre competencia no tiene injerencia en este asunto. Es mucho más preciso concebir la eficiencia productiva como un criterio o un factor relevante en la determinación de quién tiene éxito en el proceso competitivo⁹⁴, sobre lo cual el derecho de la libre competencia no tiene nada que decir, pues será la misma competencia la que determinará la salida del mercado del productor ineficiente, quien no podrá hacer frente a otros que logren los mismos resultados, o mejores, economizando sus costos. Por ejemplo, un competidor que logre la fabricación del mismo producto con costos inferiores podrá fijar a su vez un precio inferior que terminará desplazando al competidor ineficiente. La libre competencia no exige a los agentes económicos que sean eficientes en la producción, sino que más bien presupone la racionalidad de los mismos en la búsqueda de esta eficiencia para lograr el mejor desempeño competitivo. Por esta razón es que solo se interesa en la eficiencia productiva como criterio de interpretación de la racionalidad competitiva de una conducta que ha sido cuestionada en sede de libre competencia. Si la finalidad de la libre competencia es entendida como la eficiencia productiva, la racionalidad de los agentes económicos

⁹⁴ Como se sostiene en VELANDIA, Mauricio, ob. cit. (n. 48), p. 54.

deja de ser un presupuesto del proceso competitivo, y más bien se vuelve una exigencia o una carga que se impone a los mismos, lo que ciertamente implicaría la intromisión en la forma en que los mismos deciden cómo competir y actuar en los mercados, lo cual es inadmisibile en un sistema como el nuestro.

Nos queda considerar entonces la eficiencia en la asignación de recursos como forma de entender la noción de eficiencia económica como finalidad de la libre competencia. Al igual que respecto de la eficiencia productiva, creemos que la eficiencia en la asignación de recursos no es apta como fundamento del derecho de la libre competencia. Nuestro rechazo a esta posibilidad se debe, en primer lugar, a la dificultad en la determinación misma de lo que debe ser entendido como una eficiente asignación de recursos. Escapa a las dimensiones de este trabajo caracterizar cada una de las posibles formas en que ha sido entendido este concepto y los argumentos para su adopción o rechazo⁹⁵, pero lo que nos interesa es precisamente la inseguridad en la adopción de una u otra concepción. Considérese por ejemplo la versión más aceptada del concepto

⁹⁵ Una explicación de las distintas formas de determinar un resultado económicamente eficiente y su crítica en VALDÉS PRIETO, Domingo. Libre Competencia y... (n. 38), pp. 159 – 170.

de eficiencia en la asignación de recursos, que corresponde a la noción de Pareto potencial superior (eficiencia Kaldor-Hicks)⁹⁶, que en términos simples puede entenderse como aquel resultado en que los beneficios totales sean capaces de compensar o superar las pérdidas totales. Sin embargo, esta concepción adolece de al menos dos desventajas para su utilización práctica en la determinación de la anticompetitividad de una conducta. En primer lugar, en la consideración de un resultado eficiente en términos del Pareto potencial superior no interesa quién se hace con las ganancias y quién asume las pérdidas, lo único que importa es que las ganancias sean mayores o iguales a las pérdidas sociales y que estas últimas puedan ser compensadas. Esto conlleva a que incluso una situación que usualmente será considerada como un ilícito anticompetitivo, por ejemplo un cartel que acuerde el precio del producto, pueda ser considerado eficiente, pues cabe la posibilidad de que las ganancias de los miembros del cartel superen las pérdidas sociales causadas por esta conducta. Si consideramos la asignación de recursos eficiente en estos términos podemos caer en la solución paradójica de un caso como el anterior. Un segundo problema se encuentra en la dificultad de realizar una cuantificación de los beneficios y pérdidas

⁹⁶ Adoptada, por ejemplo, en POSNER, Richard, ob. cit. (n. 42), p. 23.

sociales, puesto que no solo se deben considerar los beneficios y pérdidas sociales en los mercados investigados, sino que las repercusiones que una decisión en un sentido u otro pueda causar en otros mercados⁹⁷. Vemos que consideraciones propias de la teoría económica nos pueden llevar a dudar sobre cuándo existe realmente una asignación eficiente en la utilización de recursos, lo cual vuelve aún más problemático determinar cuándo existirá un ilícito anticompetitivo en caso de adoptar la eficiencia como finalidad el derecho de la libre competencia. Pero existe una razón más para rechazar la eficiencia como objeto de protección del derecho de la libre competencia. Incluso si aceptamos algún concepto de eficiencia en la asignación de recursos que nos permita determinar con bastante precisión cuándo existirá una asignación ineficiente y por tanto un ilícito anticompetitivo, una concepción tal debería hacerse cargo también de la tercera noción de eficiencia que ya adelantamos, la eficiencia dinámica.

La “eficiencia dinámica” se puede entender en términos simples como la constante innovación presente en un mercado en el desarrollo de tecnologías, productos, procedimientos de producción, servicios, formas de

⁹⁷ Estos dos problemas en relación a la eficiencia son reconocidos en: HOVENKAMP, Herbert. Federal Antitrust... (n. 62), p. 76.

distribución o la mejora de los ya existentes⁹⁸. Esta noción es importante, puesto que en la realidad económica no interesa solamente la producción alta a un precio conveniente al consumidor, sino que interesa la producción de mejores bienes y una mayor diversidad de los mismos. Esto implica introducir una variante al modelo de competencia que habíamos esbozado y que permitía la consideración de la eficiencia en exclusiva relación a un período determinado. Existen casos en que “el enfoque es menor en la competencia por productos vendidos simultáneamente y en el equilibrio resultante y más en el proceso en que los nuevos productos desplazan a los viejos y que serán desplazados asimismo más tarde por la nueva generación de productos”⁹⁹. La noción de eficiencia en la asignación de recursos, en la forma en que ha sido tratada generalmente por la doctrina, y que ilustramos previamente, si bien puede ser útil en un modelo estático de competencia, no puede dar buena cuenta y predecir los resultados en eficiencia en aquellos mercados que se adecúan a un modelo de competencia como el descrito previamente -conocido como modelo de competencia de

⁹⁸ ABAD, Mario Ybar, ob. cit. (n. 51), p. 36; HOVENKAMP, Herbert. The antitrust enterprise... (n. 27), p. 13 y WHISH, Richard, ob. cit. (n. 78), p. 4.

⁹⁹ KATZ, Ariel. 2007. Making Sense of Nonsense: Intellectual Property, Antitrust, and Market Power. [en línea] Arizona Law Review, Vol. 49, No. 4. pp. 837-909. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=702462> [consulta: 06 noviembre 2013], p. 874.

Schumpeter (*Schumpeterian Competition*)- y en que se debe atender a los efectos que las conductas de los competidores tendrán en más de un periodo de tiempo. Una conducta que en el presente pueda causar ineficiencias, por ejemplo por los acuerdos a que puedan llegar los participantes de un fondo de patentes (*patent pooling*), podría implicar la mayor eficiencia dinámica de cara al futuro por la introducción de alguna innovación en este segundo período, para seguir con el ejemplo, por la posibilidad de que surja un nuevo producto que a falta del acuerdo del fondo de patentes no hubiera podido existir. La eficiencia en la asignación de recursos, cuyas formulaciones se acomodan más con el estudio de un mercado en un período determinado, difícilmente nos podrá dar una respuesta de cuándo debemos entender que existe un resultado más eficiente por una conducta en estudio cuando dicha conducta importa algún tipo de innovación, pues la misma puede tener efectos positivos o negativos en términos de eficiencia pero que se verán reflejados solamente en el futuro.

La eficiencia económica no puede ser entendida como la finalidad de la libre competencia, pues no nos entrega claridad en la investigación y solución de casos y se muestra como una herramienta insuficiente en la

determinación de conflictos que involucran la competencia a través de alguna forma de innovación, como es el caso de los conflictos en que intervienen derechos de propiedad intelectual, los cuales constituyen el objeto del presente trabajo.

2.4.4. La libre competencia como finalidad en sí misma.

Las dos posiciones tratadas anteriormente, de la eficiencia y del bienestar del consumidor, tienden a ver a la libre competencia como un medio para alcanzar el supuesto objetivo final de la legislación. Esta ha sido la actitud que ha tomado parte de la doctrina en Chile. En este sentido, el profesor Agüero, por ejemplo, sostiene que “el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica aparecen como objetivo final de la legislación antimonopolios y únicos valores legítimos”¹⁰⁰. También ha habido formulaciones un poco más cercanas a la que expondremos y

¹⁰⁰ AGÜERO, Francisco, ob. cit. (n. 37), p. 10. No obstante nuestras anteriores réplicas ante una posición como esta, nos parece además que la argumentación del profesor Agüero en este texto no es del todo acertada, ya que basa su análisis en el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, que prescribía la necesaria adopción de leyes de competencia con el fin de promover la eficiencia y el bienestar de los consumidores. Nos parece que se asigna un equivocado efecto a lo dispuesto en el TLC, por cuanto se afirma que determinaría de forma más específica el bien jurídico que en el texto del DL 211. No creemos que este TLC tenga este alcance, sino que más bien especifica la necesidad de esta normativa para lograr los fines mencionados, pero en caso alguno esto permite concluir que se modifique el sentido del DL 211, o que este texto informe su significado.

compartimos, en cuanto se refieren a la protección del proceso competitivo, pero nuevamente como un medio para lograr el bienestar de los consumidores. Asumiendo que la defensa del consumidor es el fin buscado por la legislación de la competencia, se ha afirmado que se “considera la defensa del proceso competitivo, esto es, la promoción de un ‘ambiente propicio para la existencia de una rivalidad vigorosa entre los distintos agentes económicos’, como el mejor garante del bienestar de los consumidores”¹⁰¹. Hay que recordar además que el artículo primero del proyecto original de la Ley 19.911 fue redactado de una forma que indicaba una relación de medios a fin entre la libre competencia y otros objetivos a perseguir, aunque, como vimos, esta no fue la intención original del legislador, además de no prosperar esta idea al culminar la tramitación de dicho proyecto.

Existe una tercera forma de entender la finalidad de la libre competencia, a la cual adscribimos. Esta es la de entender la defensa de la libre competencia como un fin en sí mismo, o sea, que el objetivo de esta

¹⁰¹ ABAD, Mario Ybar, ob. cit. (n. 51), p. 34.

normativa es la defensa de la libre competencia en el mercado y no otros fines, o bien la defensa del proceso competitivo en sí mismo¹⁰².

Recordemos que consideramos a la libre competencia como parte del Derecho Económico destinado a regular una falla del sistema de libre mercado, el cual se concibe como la mejor forma de lograr el bienestar general en términos económicos. Esta falla del sistema de libre mercado tiene que ver con sus presupuestos fundamentales. La base de este sistema es la creencia en que la libre determinación por los agentes económicos del modo en que desarrollan sus actividades, con la finalidad del éxito a través de la captación de los consumidores, logrará el mejor resultado económico por razones como la mejor utilización de los recursos, mayor producción, menores precios para los consumidores, la introducción de nuevos bienes, etc. Es aquí donde vemos el problema que se pretende remediar, que consiste en que la finalidad que se busca en la adopción del sistema de libre mercado pueda frustrarse por la posibilidad de que la misma libertad que se reconoce a los agentes del mercado pueda ejercitarse de forma tal que se suprima a los otros participantes, o en otras palabras, que la misma libertad

¹⁰² En la definición de nuestra postura han sido de mucha utilidad los sugerentes argumentos planteados por Oles Andriychuk en ANDRIYCHUCK, Oles, ob. cit. (n. 52).

que se reconoce pueda usarse para restringir la libertad de otros competidores. Este es un problema pues este sistema presupone la interacción de agentes económicos en competencia para la consecución de los distintos beneficios asociados al libre mercado.

Como ilustramos anteriormente, la teoría económica plantea modelos para describir dos formas opuestas de funcionamiento de los mercados, por una parte la competencia perfecta y por otra el monopolio. No obstante que la competencia perfecta sea un modelo que difícilmente se dará en la realidad¹⁰³, sí permite concluir que en un sistema de libre mercado una aproximación en la realidad a un modelo de competencia tiende a producir mejores resultados que un mercado que tienda hacia el monopolio. Esto es clave para entender por qué consideramos la protección de la competencia como proceso la finalidad de este sistema normativo.

Cuando se opta por dictar una ley de protección de la libre competencia se está realizando una decisión política. Por cierto que una

¹⁰³ Así lo reconocen varios autores. Entre ellos, y llegando incluso a criticar la idea misma de competencia perfecta como maximizadora del bienestar social, CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Derecho Antimonopólico... (n. 44), pp. 41 - 46.

decisión política puede estar basada en consideraciones de distinta naturaleza, como pueden ser factores técnicos, ideológicos, morales, o de cualquier otra índole, y la decisión que se tome al final corresponderá a la que se estima que refleja de mejor forma los elementos que se han considerado valiosos o dignos de atención en el proceso legislativo. Es esto lo que pasa al crear una norma en defensa de la libre competencia; se opta por defenderla por cuanto se considera que esta defensa es el mejor reflejo de la valoración de un conjunto de elementos que se han tomado en cuenta.

Los elementos técnicos que importan a esta decisión los tratamos en las propuestas anteriores, y se traducen en las consideraciones teóricas de que la competencia permite cumplir objetivos como la eficiencia productiva y en la asignación de recursos, la mayor producción de bienes, la tendencia de precios al costo marginal, etc.¹⁰⁴ Esto nos podría llevar a concluir que la finalidad de la libre competencia es el cumplimiento de algunos de estos efectos reconocidos en la teoría, en la forma de una de las propuestas anteriores. Sin embargo, existe una diferencia entre la consecución de determinados efectos deseados y la adopción de un modelo o una idea que

¹⁰⁴ WITKER, Jorge, ob. cit. (n. 27), p. 26.

se estima conduce a dichos efectos. Nos explicamos. No adoptamos el modelo de competencia en los mercados porque produzca los efectos deseados, sino porque creemos que los produce en base a los conocimientos técnicos que respaldan dicha creencia. Los efectos perseguidos pueden ilustrar las razones para la adopción de una u otra decisión legislativa, pero no pueden ser considerados o equiparados a dicha decisión; como sugiere Andriychuk, “es imposible calificar la esencia de un objeto solo explorando sus efectos externos”¹⁰⁵. Al entender esto, podemos realizar la separación entre los efectos que se persiguen y la forma que consideramos logra de mejor forma los mismos, lo cual ciertamente conlleva una toma de decisión política y que se traduce en la concepción de la defensa del proceso competitivo en los mercados.

Pero se puede ir más lejos en esta argumentación. La opción política por defender el proceso competitivo puede no solo estar fundamentada en razones técnicas como las previamente mencionadas, sino que puede haber razones ideológicas o incluso morales tras su adopción, que pueden ser tanto o más importantes que las razones técnicas. Más allá de esbozar las

¹⁰⁵ ANDRIYCHUCK, Oles, ob. cit. (n. 52), p.79

distintas razones de orden ideológico o moral que se ha planteado cabría reconocer en la adopción de este sistema¹⁰⁶, lo importante es entender que la protección del proceso competitivo se puede concebir como una decisión política que va más allá de las consideraciones técnicas y se muestra como la institución de un régimen en defensa de una opción que consideramos más adecuada a los principios de nuestra sociedad y los valores del libre mercado que informan nuestro sistema económico, lo que se podría traducir en la especial valoración que tenemos de un proceso competitivo libre o que no esté viciado por abusos de parte de los agentes económicos que participan en él. Este es el mismo razonamiento que vale para la determinación de la protección frente a la competencia desleal. No se sanciona la competencia desleal exclusivamente por razones técnicas, sino que estimamos que existe un valor en que la competencia sea sana y leal, es

¹⁰⁶ Para una exposición de razones de esta naturaleza en la adopción del sistema de libre competencia, véase VALDÉS PRIETO, Domingo. Una visión interdisciplinaria... (n. 37), pp. 145 – 146, en que se reconocen un conjunto de funciones ordenadores de la libre competencia, como la promoción de las capacidades morales, intelectuales y físicas de la persona, el aseguramiento de un ámbito de libertad, etc. Por su parte, en JIMÉNEZ, Felipe, ob. cit. (n. 37), p. 195, se indica que la libre competencia tendría la importante finalidad política de “legitimar discursivamente el poder económico, en la medida en que este tiende al beneficio de toda la comunidad política, haciéndolo compatible con el sistema democrático”.

decir que no se deba contravenir la buena fe o las costumbres mercantiles¹⁰⁷.

Creemos que los argumentos anteriores nos permiten afirmar que tanto desde el punto de vista técnico como ideológico la libre competencia o la protección y promoción del proceso competitivo debe ser considerado como finalidad en sí misma de esta normativa. Por un lado, existen consideraciones ideológicas que llevan a valorar el proceso competitivo por reflejar de mejor forma diversos valores o aspiraciones sociales. Por otra parte, la teoría económica ilustra que el desarrollo competitivo de los mercados tiende a producir mejores resultados, razón por la que aspiramos a que los mercados se aproximen al modelo de competencia. Sin embargo, esta afirmación no resuelve todavía qué debe entenderse por libre competencia, o bien qué defendemos al proteger el proceso competitivo.

Existe una dificultad en definir qué es la libre competencia, pues como bien se ha afirmado, “la competencia es un proceso, y como tal puede

¹⁰⁷ De esto da cuenta la doctrina chilena reciente, al afirmarse que “es evidente que la piedra angular sobre la que reposa todo acto de competencia desleal consiste en la comisión de una conducta deshonesto, contraria a la buena fe y, en razón de ello, comercialmente abusiva”. CONTRERAS, Oscar. 2012. La competencia desleal y el deber de corrección en la ley chilena. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile. p. 34.

ser descrito, más bien que definido”¹⁰⁸. No aspiramos por tanto a realizar una definición de qué debe ser entendido como libre competencia, pero sí creemos que podemos llegar a una comprensión sobre el significado de su protección. Para esto resulta esencial la teoría económica, ya que perfila la forma en que funciona la competencia. En base a ello, creemos que el proceso competitivo puede ser descrito como el desarrollo de la actividad de los agentes económicos en un mercado determinado, en que estos persiguen beneficios por medio de la utilización racional de sus recursos, y en que su éxito estará determinado por su mejor desempeño, o en otras palabras por sus méritos en relación a los otros participantes en el mismo mercado. Es esta última noción de éxito por los méritos lo que permite caracterizar al proceso competitivo como objeto de protección. Lo que se persigue es la defensa del proceso competitivo en cuanto la exclusión o impedimento de entrada de un competidor en un mercado no se deba sino a su pobre desempeño, o al mejor desempeño de sus competidores. Este mejor desempeño puede venir dado por distintas razones, como puede ser un mayor atractivo de sus productos, una imagen corporativa más atractiva o bien la utilización más eficiente de sus recursos, como lo explicamos

¹⁰⁸ Citado en ANDRIYCHUCK, Oles, ob. cit. (n. 52), p.79

anteriormente. Por esto, consideramos que el objeto de protección de la libre competencia debe ser entendido como el aseguramiento de un ingreso o salida libre de los agentes económicos en el mercado, en razón del mérito de dichos agentes en comparación con sus competidores¹⁰⁹.

Al adoptar una posición como la anterior podría incurrirse en el error de pensar que, al no existir competencia, se estaría contradiciendo la finalidad de esta normativa. En caso de que existiera un monopolio, por ejemplo, la defensa del proceso competitivo podría llevarnos a sancionar dicho monopolio. Esto podría servir como forma de crítica ante esta posición, pues, como vimos anteriormente, la normativa de libre competencia no prevé en ningún caso la sanción del monopolio como ilícito en sí mismo. Sin embargo, nuestra forma de entender el concepto de proceso competitivo o libre competencia nos permite concluir que solo sería sancionable un monopolio cuando este no encuentre sus orígenes en los méritos del monopolista, y más bien se deba a prácticas cuya única finalidad sea el entorpecimiento de la competencia. Sería completamente

¹⁰⁹ Una formulación cercana es la del profesor Valdés, quien lo expresa en los siguientes términos: “libertad en el ingreso, explotación y salida de los mercados relevantes, cualquiera sea la modalidad de autonomía o heteronomía empleada para competir en el cabal cumplimiento del marco de principios y garantías constitucionales”. VALDÉS PRIETO, Domingo. Libre Competencia y... (n. 38), p. 180.

contradictorio a la misma noción de competencia sancionar a alguien cuando ha resultado exitoso en la misma, pues la competencia implica la posibilidad de ser exitoso¹¹⁰.

Una concepción como la que adoptamos nos permite entregar un criterio de interpretación a las autoridades en la evaluación de las conductas sometidas a su decisión o investigación, con el fin de determinar si las mismas son o no anticompetitivas. Una conducta debería ser considerada anticompetitiva, e ilícita, cuando el Tribunal no tenga una explicación para la misma que se corresponda con la noción de competencia basada en los méritos, o en otras palabras, el Tribunal debería considerar una conducta anticompetitiva cuando no exista una explicación para la misma más allá de la intención de excluir o impedir la entrada de competidores en el mercado. No podemos obviar ciertamente que en muchos casos en sede de libre competencia se consideran los resultados de la misma como la eficiencia o los efectos que conllevan para el consumidor, al punto en que la eficiencia

¹¹⁰ Pese a que nuestra postura de la defensa de la libre competencia en sí misma nos puede acercar a los postulados de la escuela ordoliberal alemana, que consideraba la libre competencia como un bien en sí mismo, no es equiparable a la misma, por cuanto su preocupación estaba en la libre competencia como fundamento de la libertad económica, frente a lo cual cualquier monopolio o concentración económica puede ser considerado contrario a la libre competencia, independiente de su origen. JIMÉNEZ, Felipe, ob. cit. (n. 37), pp. 179 – 182.

ilustra la *rule of reason* anglosajona. Pero creemos que estas consideraciones no son sino funcionales a la determinación de cuándo una conducta puede ser explicada como una forma de competencia por méritos o bien si tiene por única finalidad la exclusión o impedimento de entrada. Cuando una conducta pueda ser explicada en razón de un aumento de la eficiencia de quien la adoptó, si no existen otras razones, puede considerarse que la misma no es anticompetitiva, pero no debido a este aumento, o sus posibles efectos en el bienestar del consumidor, sino porque la eficiencia es uno de los factores que determinan el desempeño de un competidor en un mercado determinado. Enfrentados a la decisión final en la evaluación de una conducta, se deben dejar de lado consideraciones que no permitan distinguir si ella se debe a la búsqueda de un mejor desempeño o a la simple exclusión o impedimento de la competencia. Y esto lo reconocen incluso quienes postulan la defensa de la competencia para lograr otros fines. Como Hovenkamp indica, “el derecho *antitrust* procede preguntándose primero si la restricción amenaza la competencia. Si la respuesta es no, la investigación es abortada. Si la respuesta es sí, se pregunta si acaso es probable obtener ganancias significativas en eficiencia

y si la restricción es razonablemente necesaria para alcanzarlas”¹¹¹. Se reconoce entonces que la pregunta principal no debe ser otra que el carácter anticompetitivo de las conductas, que no puede sino ser entendido en la forma que explicamos en este trabajo. Mezclar otros fines, como puede ser la eficiencia o el bienestar de los consumidores, implica perder de vista el especial objeto o finalidad de este sistema de protección, el cual terminaría prestándose para defender otros fines. Como bien dice Andriychuk, refiriéndose al sistema europeo, “La eficiencia económica y el bienestar del consumidor son objetivos valiosos y legítimos de la política económica europea, pero ellos no son objetivos del derecho *antitrust* mismo, ellos son objetivos de las políticas de eficiencia económica y de bienestar del consumidor respectivamente”¹¹².

Si bien una postura como la defendida puede traer eventuales consecuencias perjudiciales al consumidor o a la eficiencia en el uso de recursos, ya que no se podrían sancionar conductas que los afectasen directamente, salvo que estas sean consideradas anticompetitivas en los

¹¹¹ HOVENKAMP, Herbert. The antitrust enterprise... (n. 27), p. 30.

¹¹² ANDRIYCHUCK, Oles, ob. cit. (n. 52), p. 87.

términos expuestos, esta no es sino la consecuencia de adoptar un sistema de defensa de la libre competencia coherente con su objeto de protección¹¹³. De ahí corresponde al legislador y a los órganos de defensa de la competencia determinar qué tanta extensión quieren dar a la aplicación de este sistema, así como la posibilidad de que otras consideraciones pueden ser tomadas en cuenta en la investigación y resolución de casos en esta sede¹¹⁴.

Por los argumentos anteriores, creemos que es posible concluir que la finalidad de esta normativa tiene que ser la protección o promoción del proceso competitivo en sí mismo y no como medio para lograr otros fines. No es posible concebir la protección de la libre competencia como un medio para alcanzar alguna otra finalidad, puesto que esto conlleva

¹¹³ Por lo demás, las formas de intervención del Estado ciertamente no se limitan al derecho de la libre competencia, ya que otras finalidades pueden ser logradas a través de normativas especiales. Este es el caso de la Ley 19.496 de Protección de los Derechos de los Consumidores, que persigue precisamente corregir las asimetrías de información y poder negociador entre los consumidores y proveedores y sus posibles consecuencias perjudiciales.

¹¹⁴ Por ejemplo, la legislación argentina de defensa de la competencia, la ley 25.156, proscribire en su artículo primero las restricciones a la libre competencia “de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general”. Lo anterior implica el reconocimiento por el legislador argentino de elementos independientes al carácter anticompetitivo de una conducta que deben tomarse en cuenta en la sanción de la misma, llegando a afirmarse en la doctrina argentina que esto “puede llevar a justificar conductas que, pese a sus efectos sobre la competencia (...), resultan necesarias para fomentar el desarrollo o incorporación de tecnología”. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Derecho Antimonopólico... (n. 44), p. 694.

desconocer la razón y la naturaleza política de la decisión de adoptar un sistema protector de la libre competencia.

3. Finalidad del sistema de Propiedad Intelectual.

A diferencia de la legislación del derecho de la competencia, la legislación sobre propiedad intelectual solamente presenta en una de sus ramas una expresión concreta del objeto a proteger. Así es como en su artículo primero la Ley 17.336 de Propiedad Intelectual sostiene que “La presente ley protege los derechos que, por el solo hecho de la creación de la obra, adquieren los autores de obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera que sea su forma de expresión, y los derechos conexos que ella determina”. De esta forma, en la rama del derecho de autor la ley correspondiente ha manifestado expresamente que su objetivo es la protección de estos derechos y los derechos conexos a los mismos. Por otro lado, en la otra rama del derecho de propiedad intelectual la legislación pertinente no se ha manifestado en la misma forma, es decir, no ha hecho una referencia expresa al objeto de protección. No obstante, se puede subentender que este también corresponde a la protección de

derechos que prescribe esta ley, por cuanto en el artículo segundo de la Ley 19.039 de Propiedad Industrial se expresa que “Cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, podrá gozar de los derechos de la propiedad industrial que garantiza la Constitución Política, debiendo obtener previamente el título de protección correspondiente de acuerdo con las disposiciones de esta ley”. Por tanto, preliminarmente podríamos sostener que el objeto de protección de ambas legislaciones de propiedad intelectual son los derechos o privilegios que se obtienen en la forma establecida por estas mismas leyes.

Pese a que lo anterior pueda ser cierto, creemos que la cuestión no se agota aquí. La verdad es que el derecho de propiedad intelectual comprende un sistema que, si bien está diseñado para la protección de estos derechos, tiene como objetivo o finalidad algo que va mucho más allá, y tiene un significado mucho más profundo. En este caso creemos que el objeto de protección expresado en la ley es un objeto de protección intermediario, pues en la lógica del sistema de propiedad intelectual subyace un objetivo o un interés mucho más importante para el sistema económico que la mera protección de intereses privados consistentes en derechos o privilegios. Para

dar cuenta del objeto de protección de la legislación no basta preguntarse qué es lo que se protege, sino que para entender el verdadero sentido del sistema de propiedad intelectual uno debe preguntarse por qué se conceden estos derechos o privilegios que son objeto de protección. Es decir, el entendimiento del objetivo o finalidad del sistema de propiedad intelectual se encuentra sumamente ligado con su fundamentación.

3.1. Las creaciones intelectuales, fallas de mercado derivadas de los bienes públicos.

Para entender esta fundamentación, y por tanto el objeto o finalidad del sistema de la propiedad intelectual, debemos atender primero a la distinción entre un bien público y un bien privado. Lo que constituye un bien privado no requiere mayor explicación, es aquel que por el derecho de propiedad se encuentra asignado o a disposición de un individuo, quien tiene el derecho exclusivo y excluyente sobre el mismo bien. En cambio, los bienes públicos presentan algunas características que los diferencian de los bienes privados. Para empezar se da en ellos “1) suministro unitario, lo que significa que, una vez que el bien ha sido suministrado, puede ser

consumido en la misma cantidad por otros con costo marginal cero, y 2) no exclusividad de consumo, lo que implica que ningún individuo puede impedir a otro disfrutar del bien suministrado”¹¹⁵. Pero quizá la característica más importante es que los bienes públicos no presentan rivalidad en su uso o consumo, pues por un lado la utilización por parte de una persona no afecta el uso simultáneo del mismo por parte de otra, pero también no hay rivalidad por cuanto su utilización no reduce el valor en el uso del bien para los demás¹¹⁶. Esta distinción resulta esencial para entender por qué existe la propiedad intelectual, y esto es en razón del tipo de bienes que se protege o sobre los que versan los privilegios y derechos exclusivos en el sistema de la propiedad intelectual.

Sin entrar por ahora en especificaciones respecto a cada tipo de derechos exclusivos reconocidos por el sistema de la propiedad intelectual, sostendremos que lo que caracteriza a los bienes protegidos por estos privilegios es el que todos ellos corresponden en alguna medida a creaciones del intelecto humano, o en otra formulación, todos ellos

¹¹⁵ RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo. Propiedad intelectual... (n. 41), p. 30.

¹¹⁶ VAN EECHOUD, Mireille. 2003. Choice of law in copyright and related rights. Alternatives to the lex protectionis. La Haya, Kluwer Law International, p. 151.

consisten en última instancia en información¹¹⁷. Por supuesto, el conocimiento o las ideas pueden encontrarse expresados o recogidos en algún elemento material, e incluso puede ser necesaria su concreción material para su protección¹¹⁸, pero en realidad el bien está constituido por la información o creación intelectual, que por su naturaleza no existe en el plano físico. Esto quiere decir que no son cosas físicas las que se protegen, sino que son bienes inmateriales. Lo anterior plantea un gran problema, ya que a diferencia de las bienes materiales o las cosas físicas, que por sus características permiten de forma simple el ejercicio de los derechos de exclusividad y exclusión propios del derecho de propiedad, un bien inmaterial no existe en el plano físico, no puede ser percibido sensorialmente salvo su materialización en alguna forma, y dicha materialización se puede realizar de forma simultánea e ilimitada¹¹⁹. Por

¹¹⁷ Así lo reconoce la OMPI, que indica: “La propiedad intelectual tiene que ver con la información o los conocimientos que pueden incorporarse en objetos tangibles”. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, ob. cit. (n. 11), p. 4.

¹¹⁸ Por ejemplo, para que se tenga derecho de autor sobre la creación artística o literaria es necesario precisamente la expresión de esta idea por algún medio que sea percibido por los sentidos, lo cual puede ser considerado un requisito de su protección. Así se señala, por ejemplo, en RANGEL, David. 1992. Derecho de la Propiedad Industrial e Intelectual. 2ª ed. México, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 92. Si bien no existe una formulación explícita de este requisito en la normativa chilena, se puede entender el reconocimiento implícito del mismo por cuanto el artículo primero de la ley 17.336 indica que se obtienen los derechos de esta ley por la sola creación, “cualquiera sea su forma de expresión”.

¹¹⁹ FERNÁNDEZ-NÓVOA, Carlos. 2004. Tratado sobre Derecho de Marcas. 2ª ed. Madrid, Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales, p. 27.

ejemplo, una bicicleta solo puede ser usada por una persona a la vez, mientras que su dominio o propiedad puede corresponder a una persona o a un grupo determinado de personas. En cambio quien inventó la bicicleta, una vez que comunica la forma de construir esta bicicleta, por ejemplo por un manual de instrucciones, no puede evitar que esta información circule libremente y que un conjunto indeterminado de personas haga uso de la misma, ya sea leyendo dicho manual o reproduciendo la información contenida en el mismo. Por esta razón, la información o las creaciones intelectuales una vez comunicadas cuentan con las características que vimos anteriormente de los bienes públicos. Por un lado, al ser intangible o inmaterial, no puede ser sujeto de exclusividad¹²⁰, pudiendo ser utilizada dicha información de manera simultánea por todos quienes tengan acceso a la misma. En segundo lugar, una vez comunicada la misma esta es fácilmente reproducible o su utilización tiene un costo marginal bajo, por cuanto solo se cuentan los costos de reproducción o aplicación industrial, sin que el nuevo usuario tenga que costear los gastos de investigación y desarrollo necesarios para haber elaborado dicha información, como puede

¹²⁰ Esto en realidad es relativo. La información podría mantenerse en secreto, pero es prácticamente imposible una vez comunicada o dada a conocer restringir su utilización o su continua difusión, sobre todo en la actualidad con el poder de plataformas de comunicación como internet.

ser la fórmula de un compuesto farmacéutico. Asimismo, no existe rivalidad en su uso, pues por una parte el uso de información por una persona no impide el uso de la misma por otra, pero además dicho uso no le resta valor a dicha información para otro. Para seguir con el ejemplo de la bicicleta, no existe problema en que, en la medida en que se comuniquen las instrucciones contenidas en el manual de bicicleta, una persona reproduzca dichas instrucciones a un costo muy bajo, que corresponderá por ejemplo al costo del papel necesario para esta reproducción, y que utilice dichas instrucciones para la construcción de la bicicleta al mismo tiempo que miles de personas, además que dicho uso simultáneo no implica una depreciación de la información contenida en ella. Para ponerlo en términos simples, las instrucciones de fabricación de una bicicleta no dejan de serlo o empeoran por el uso simultáneo de las mismas.

Aquí se nos presenta el problema fundamental. Como hemos apuntado anteriormente, nuestro sistema económico corresponde al de libre mercado, en que “existe propiedad de los bienes, y la libertad de trabajar y ejercer el comercio y la industria, la generalidad de los bienes y servicios pueden ser apropiados por quien los produce, pudiendo transferirlos a los

consumidores por un precio”¹²¹. Veremos que frente a estos bienes objeto de propiedad intelectual, se produce una falla del mercado, o más bien, la lógica del libre mercado choca con la naturaleza de los mismos, causando un efecto indeseado.

La misma noción de libre mercado supone que los participantes disponen de libertad en la dirección de sus actividades económicas por la obtención de beneficios. Para que la motivación por la búsqueda de estos beneficios sea efectiva es necesario que exista una garantía de que el esfuerzo y los recursos que se invierten en el desarrollo de la actividad económica puedan ser asignados a quien haya desplegado dicho esfuerzo o gastado ciertos recursos, pues de lo contrario se presume que no se realizará la misma¹²². La forma en que se garantiza esto es por medio de la institución de la propiedad privada de los medios de producción y de sus

¹²¹ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Derecho de las patentes... (n. 17), pp. 46-47.

¹²² Vale aquí mencionar que esto no es sino una presunción de la forma en que se actuará en la generalidad, pues no existen razones para creer que una persona no vaya a realizar cierta actividad económica o el desarrollo de un nuevo producto por razones distintas al beneficio económico que se deriva de lo mismo. Existen múltiples ejemplos en la realidad de actividades que se realizan por las más variadas razones y en las que no se espera este tipo de beneficio. Las distintas acciones sociales en la construcción de viviendas, por ejemplo, demuestran un interés no económico en la satisfacción de una necesidad social. Se debe tener claro que esta es una presunción que está en la base de nuestro sistema económico y que resulta sumamente importante para entender el sistema de propiedad intelectual, pero que en ninguna forma explica todas las motivaciones que pueden existir en el desarrollo de actividades productivas o creativas.

resultados. El derecho de propiedad viene aquí a solucionar lo que se ha denominado el problema o tragedia de los comunes, que básicamente consiste en que ante la existencia de un bien al cual cada persona que desee usar tenga acceso, o en otras palabras que no pueda excluirse a nadie de su utilización, el beneficio que cada individuo puede lograr por su uso se reduce, al punto que la sobreutilización del mismo puede incluso llevar a la depreciación de dicho bien o a su destrucción, lo cual lleva a la falta de interés en su mantención o producción y por tanto a una ineficiente utilización del recurso a disposición. La propiedad privada viene a solucionar esto al introducir la posibilidad de excluir a los demás de la utilización de los recursos y de los beneficios o resultados de la producción o mantención de un bien, permitiendo la internalización en el propietario de los costos y beneficios que se derivan de la actividad económica¹²³, por lo que se entiende que no se abandonará o rechazará dicha actividad en la medida que quien la ejecute podrá hacerse con la totalidad de los beneficios derivados de la producción de un bien o la realización de determinada actividad económica deseable para la sociedad. Esta teoría económica sobre la necesidad de la propiedad constituye así una explicación de la forma en

¹²³ IOANIS, Lianos, ob. cit. (n. 27), p. 220.

que podemos asegurar en el libre mercado una asignación y utilización eficiente de recursos, porque permite comprender que el individuo actúa en el mercado asumiendo costos y beneficios que se radican exclusivamente en él mismo.

Si atendemos a la explicación anterior, podremos ver que esta es útil en la medida en que los recursos o bienes de que estemos hablando sean escasos, o en que su consumo o utilización libre pueda derivar en una asignación o utilización ineficiente de los recursos. Ciertamente, esto será fácil de predicar de la mayoría de los bienes materiales existentes, como puede ser por ejemplo una manzana que no pueda ser completamente consumida por dos personas a la vez o un estacionamiento que no puede ser ocupado por más de un automóvil. Bajo esta explicación, la propiedad, como forma de hacer funcionar al sistema de libre mercado, puede ser utilizada siempre que los bienes o recursos de que se trate presenten la característica de rivalidad, pues su utilización solo puede ser exclusiva o sino llegar a la depreciación de su valor¹²⁴. En cambio, los bienes

¹²⁴ Esto lo reconocen William Landes y Richard Posner, para quienes “el valor social de los derechos de propiedad será exiguo o incluso negativo si el coste de transferir un bien con independencia de su valor (...) es reducido y el bien no es escaso”. LANDES, William y POSNER, Richard. 2006. La estructura económica del derecho de propiedad intelectual e industrial. Madrid, Fundación Cultural del Notariado, p.

inmateriales objeto de propiedad intelectual presentan las características que enunciamos anteriormente y que se pueden sintetizar en la noción de bien público. Es decir, una vez creados, no existe esta escasez o limitación en su uso, por cuanto la utilización múltiple y simultánea es posible sin afectar el valor de estos bienes y sin que esto redunde en una asignación ineficiente de este bien o recurso. De hecho, que la información pueda ser usada de forma simultánea y sin afectar su valor implica que la utilización más eficiente de la misma consiste en su empleo por todas aquellas personas que lo deseen¹²⁵. Por otra parte, e incluso más importante, los bienes materiales admiten la posibilidad de exclusión no únicamente en función de un derecho establecido, sino que por su propia naturaleza es fácil realizar una delimitación excluyente de los bienes de una u otra persona, independiente que dicha exclusión, a falta de un derecho de propiedad, sea posible en la práctica. Respecto a los bienes objeto de derechos de propiedad intelectual, de no mediar obstáculo jurídico alguno, no es posible realizar esta exclusión del uso, pues quien comunica la información no la pierde por este hecho, pero además una vez comunicada escapa a las posibilidades de control de

25. Un buen ejemplo de esto puede ser el caso del aire que respiramos, que pese a ser un bien material, al no ser escaso (por ahora) no tiene sentido someterlo a un régimen de propiedad privada.

¹²⁵ VAN EECHOUD, Mireille, ob. cit. (n. 116), p. 152.

quien la produce, pudiendo ser fácilmente reproducida y comunicada tantas veces como sea posible.

Aquí es donde se genera el problema o falla del mercado que se intenta solucionar por medio de la creación del sistema de propiedad intelectual. El desarrollo de los bienes intangibles, sea esta la invención de un producto, la redacción de una novela, la composición de una sinfonía o la creación de un procedimiento novedoso, implica costos para quien lo desarrolle. Si consideramos que no existe obstáculo al modo en que estos bienes intangibles pueden ser difundidos o compartidos, y consecuentemente usados en la persecución de beneficios, se produce una situación en que existe multiplicidad de individuos que pueden obtener los beneficios derivados de este bien intangible, mientras que todos los costos recaen en quien desarrolla o crea este bien. El problema es que nuestro sistema se basa en que los agentes logran la maximización de sus beneficios por medio de la racionalización de sus costos. Si existe un solo agente que debe soportar los costos en que se incurre en el desarrollo de un bien intangible con el potencial de generar beneficios, esto lo pone en una desventaja frente a todos los otros agentes del mercado que se podrán hacer

con los mismos beneficios, pero sin tener que incurrir en estos costos. La falla de mercado se genera porque la naturaleza de bien público de los bienes intangibles, a falta de un obstáculo jurídico externo, impide que quien invirtió tiempo y recursos en el desarrollo de esta creación intelectual se pueda ver beneficiado por una actividad en la que ha incurrido en costos que otros participantes no deben asumir a la hora de fijar precios en la explotación comercial de la misma, lo cual se cree desincentivaría la participación en estas actividades creativas.

Pese a que se pueda intuir de lo explicitado anteriormente, aún no hemos explicado la fundamentación del derecho de propiedad intelectual. No obstante, y como veremos a continuación, entender la falla de mercado que se produce por la naturaleza de los bienes intangibles resulta esencial en la concepción de esta fundamentación.

3.2. Las alternativas de fundamentación del derecho de propiedad intelectual.

Si bien en la actualidad existe un consenso mayoritario, tanto en la doctrina como en la historia de la legislación comparada se han postulado diversas propuestas para explicar el fundamento del derecho de propiedad intelectual. Se ha sostenido por ejemplo que, al menos en los inicios históricos de la propiedad intelectual, el derecho continental tendía a fundamentar esta legislación por remisión o en función de consideraciones propias del derecho natural, mientras que en los países de la tradición jurídica del *common law*, la adopción del sistema de propiedad intelectual se debió más bien a razones utilitaristas¹²⁶. En este sentido, advertimos que existe una gran variedad de maneras de entender la fundamentación del sistema de propiedad intelectual, cada una de las cuales puede presentar, a su vez, diversas variantes de la misma teoría. Por otra parte, no todas las justificaciones que se han planteado respecto al sistema de propiedad intelectual pueden tener aplicación en cada una de sus ramas (es decir, justificaciones que son válidas para el sistema del derecho de autor pueden

¹²⁶ DE LA MAZA, Iñigo. 2006. Propiedad Intelectual, Teorías y Alternativas. En: MORALES, Marcos. Temas actuales de Propiedad Intelectual. Santiago, LexisNexis. pp. 53 – 74, p. 59. Esto es controvertido por Cabanellas, quien sostiene que solo en Francia, por la Ley del año 1791, existió una fundamentación iusnaturalista de los derechos del titular de la patente. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Derecho de las patentes... (n. 17), p. 38.

no tener relevancia a la hora de justificar el sistema de patentes¹²⁷). Hecha esta prevención, trataremos de examinar solo aquellas posibilidades que fundamentan el derecho de propiedad intelectual en su sentido amplio, para lo cual además sintetizaremos algunas de las teorías en su versión más aceptada, sin explicar cada variante de la misma. Posterior a esto, explicaremos la justificación que consideramos acertada.

3.2.1. Vinculación de la creación a su autor y el derecho de propiedad.

Existen explicaciones que se centran de una u otra manera en consideraciones de justicia, en cuanto se plantea que debe asegurarse la exclusividad del autor sobre las obras de su creación por referencia al especial vínculo que existe entre el autor y estas. Este vínculo ha sido caracterizado de distintas formas. Una primera forma de entenderlo es la desarrollada por Locke, quien entiende que el individuo se apropia de las cosas en la medida en que ha trabajado en su elaboración, puesto que

¹²⁷ Un ejemplo de esto es que por un autor se haya sostenido como justificación del derecho de autor, entre otras, el prestigio nacional en razón que “el conjunto de las obras de un país refleja el alma de la nación y permite conocer mejor sus costumbres, sus usos, sus aspiraciones”. RANGEL, David, ob. cit. (n. 118), p. 91. Ciertamente, esta justificación no se puede predicar respecto al régimen de protección de patentes.

introduciría en ellas parte de su persona¹²⁸. En este sentido, el vínculo entre obra y autor se entiende como la propiedad que se origina para este por el reconocimiento de los elementos que el mismo incorporó en su elaboración. Otra posición, que tiene su origen en la filosofía de Hegel, entiende que la libertad del sujeto solo puede ser garantizada a través del reconocimiento de la personalidad del mismo, personalidad que solo puede desarrollarse por la garantía del control sobre los recursos y los frutos de este control¹²⁹. Para esta postura, el vínculo entre el autor y su obra se entiende en la forma de la exclusividad necesaria en el reconocimiento de la personalidad y, por tanto, la libertad del individuo. Por último, las posiciones iusnaturalistas¹³⁰, justifican la propiedad intelectual equiparándola a la propiedad común; consideran que un individuo tiene la propiedad sobre su creación en la forma de un derecho natural, no otorgado por el Estado, simplemente reconocido por este, y que nace automáticamente por el mero hecho de la creación. En esta posición, el vínculo entre el individuo y su creación sería en la forma del derecho natural de propiedad, y el sistema de propiedad

¹²⁸ DE LA MAZA, Iñigo, ob. cit. (n. 126), p. 64.

¹²⁹ DE LA MAZA, Iñigo, ob. cit. (n. 126), pp. 64 -65 y VAN EECHOUD, Mireille, ob. cit. (n. 116), p. 143.

¹³⁰ Si bien existen distintas corrientes filosóficas respecto a la forma en que la propiedad se justifica por el derecho natural, lo que aquí nos interesa es simplemente el reconocimiento de estas teorías acerca del origen de este derecho.

intelectual se justificaría como forma de desarrollar y garantizar este derecho sobre las ideas y creaciones humanas.

Existen buenas razones para desechar estas posturas que centran la justificación de este sistema en razones de justicia derivadas del vínculo de los individuos con sus obras o creaciones. En primer lugar, un sistema de propiedad intelectual consecuente con una fundamentación como las explicadas anteriormente debería proteger todas las creaciones, independiente de sus características, por el mero hecho de la vinculación de la misma con su creador por alguna de las razones señaladas antes. Sin embargo, ningún sistema de propiedad intelectual protege todas las creaciones del intelecto, ya que se plantean requisitos o se delimita el campo de las creaciones protegidas. En el ámbito del derecho de patentes no se reconoce protección a cualquier invención, sino que en la legislación nacional y comparada se presentan requisitos para considerar patentable un invento. Estos se encuentran recogidos en nuestro derecho en el artículo 32 de la ley de propiedad industrial, que establece que podrá obtenerse patentes sobre invenciones “siempre que sean nuevas, tengan nivel inventivo y sean susceptibles de aplicación industrial”, por lo que no cabe la protección de

aquellas invenciones que no reúnan alguno de estos requisitos. Por su parte, en el derecho de autor, si bien no existe una expresión de requisitos o condiciones de protección similar, se podría sostener con la doctrina que es necesario que dicha elaboración intelectual presente cierto grado de originalidad¹³¹, por lo que no toda creación intelectual podrá ser objeto de protección por el derecho de autor. Esta delimitación a las posibilidades de protección de las creaciones intelectuales resultan un indicio del reconocimiento de intereses que van más allá de la protección del individuo en cuanto a su vinculación con esta creación, y que, como veremos, se relaciona más bien con el interés social que hay detrás de este sistema.

Pero existe una razón más importante para el rechazo de estas posiciones, y en particular en su formulación iusnaturalista que identifica los derechos de propiedad intelectual con la propiedad común. Si bien hemos explicitado anteriormente la forma en que los derechos de propiedad resultan indispensables para el funcionamiento del mercado y como, por sus

¹³¹ LANDES, William y POSNER, Richard, ob. cit. (n. 124), p. 123. Sin embargo, se puede relativizar esta crítica, pues se podría sostener que este requisito de originalidad podría armonizarse con una postura que ve la justificación de este sistema en la vinculación del autor con su obra, pues al desarrollar una obra no original precisamente se estaría distorsionando la vinculación entre autor y obra al hacerse con la creación de otra persona. Por lo demás, cabría cuestionar la misma consideración como creación a una obra que no sea original.

especiales características, los bienes intangibles pueden ser contradictorios a la forma en que funciona el mercado a falta de un régimen como el de la propiedad, esto no quiere decir que abogemos por una identificación de los derechos de propiedad intelectual con el derecho de propiedad común. No nos extenderemos en la determinación de la naturaleza jurídica de los privilegios o derechos establecidos por el régimen de propiedad intelectual, pues esto puede ser objeto de un estudio extenso y separado. Sin embargo, junto a parte de la doctrina, consideramos que existen razones importantes que no permiten asimilar los derechos de propiedad intelectual al derecho de propiedad común¹³².

Más allá de lo apuntado anteriormente respecto a la dificultad inicial de ejercitar las facultades propias del derecho de propiedad respecto a los bienes intangibles, como son la exclusividad y rivalidad en su uso, la misma regulación de la propiedad intelectual se distancia del derecho de propiedad común. En primer lugar, todos los privilegios y derechos que establece el sistema de propiedad intelectual en sus distintas ramas son temporales, o

¹³² Así por ejemplo en DE LA MAZA, Iñigo, ob. cit. (n. 126), pp. 56 – 57; IOANIS, Lianos, ob. cit. (n. 27), pp. 221 - 230; RANGEL, David, ob. cit. (n. 118), pp. 89 – 90. Una postura en contra de este distanciamiento se encuentra en LANDES, William y POSNER, Richard, ob. cit. (n. 124), pp. 21 – 23.

sea que están sometidos a un plazo para su extinción. El plazo del derecho patrimonial de autor corresponde a toda la vida del autor más setenta años después de su muerte, mientras que en el caso de la propiedad industrial las patentes están sujetas a un plazo de veinte años y las marcas a diez años, si bien renovables. En cambio, la propiedad común, o el dominio, no es temporal o no está sujeta a plazo alguno, ni siquiera tras la muerte del propietario. Por otro lado, la propiedad entendida en la forma de un derecho natural surge de forma autónoma y sin necesidad de declaración o concesión por autoridad alguna (entendido que se cumpla algún modo de adquisición del dominio y las formalidades necesarias) a diferencia de los privilegios de propiedad industrial que se establecen normalmente luego de un procedimiento y un registro sin el cual no puede constituirse dicho derecho. Únicamente los derechos de autor y derechos conexos responden a la misma lógica de la propiedad común, en cuanto surgen autónomamente y sin reconocimiento previo, lo cual en nuestro derecho se establece en el artículo primero de la Ley 17.336 transcrito anteriormente. No obstante, dicho nacimiento autónomo obedece a una lógica distintiva frente a los modos de adquirir la propiedad común, por cuanto es la creación intelectual expresada lo que fundamenta dicha protección. Por otro lado, el derecho de

autor presenta otra característica que lo distingue y que es el derecho moral sobre la creación, el cual no puede ser enajenado por acto entre vivos, lo que no sucede con la propiedad común, en donde la enajenación es absoluta y no contempla la figura del derecho moral del propietario sobre lo enajenado¹³³.

Si queremos asumir una justificación del derecho de propiedad intelectual por la identificación de los derechos y privilegios sobre bienes intangibles con la propiedad común, o que se les reconozca importancia en la forma de derechos de la personalidad, entonces no podemos entender el sistema de la propiedad intelectual, debido a que su diseño normativo no permite dar cuenta de esta concepción y se mostraría contradictorio con la misma. Por esta razón, y sin ánimos de entrar en la discusión sobre la naturaleza de los derechos de propiedad intelectual, adherimos a la posición que sostiene que se debe reconocer en los derechos y privilegios de este sistema una institución jurídica *sui generis*. Lo anterior no implica desconocer que esta institución original tenga características que correspondan a la propiedad, pues estos derechos y privilegios

¹³³ ANTEQUERA, Ricardo. 2007. Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines. Madrid, Editorial Reus, p. 11.

efectivamente conceden a su titular la exclusividad y la posibilidad de exclusión en su uso o explotación, que es el rasgo esencial de la propiedad. Pero creemos que en realidad el sistema de propiedad intelectual no hace sino utilizar dichas características de la propiedad para poder solucionar el problema de mercado que perfilamos anteriormente y lograr así su auténtica finalidad.

3.2.2. La teoría de la recompensa.

Se ha planteado también que el sistema de propiedad intelectual encuentra su fundamentación en la concepción de que “quien crea o inventa nueva tecnología debiera ser recompensado por su esfuerzo. Esta fundamentación se basa en el reconocimiento público del esfuerzo del individuo o grupo que logra la creación o invención de nueva tecnología”¹³⁴, considerando así que la creación o la producción de información es un beneficio social, constituyendo el otorgamiento de derechos y privilegios una recompensa y reconocimiento al creador. Esta teoría no está exenta de críticas. Las bases mismas de esta fundamentación

¹³⁴ RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo. Propiedad intelectual... (n. 41), p. 61.

son problemáticas, pues se debe resolver en primer lugar la pregunta de por qué debe recompensarse a alguien por su creación. Si se afirma que esta recompensa se debe al beneficio social que conlleva la producción de información, no vemos mucha diferencia entre esta posición y la que explicaremos a continuación, que se centra en los incentivos a la producción de información, pues en la medida en que se establece una recompensa por un aporte social, la misma se debe al interés de la sociedad en este aporte. De esta forma, perdería autonomía esta posición como fundamentación del sistema de propiedad intelectual.

Por otro lado, si podemos encontrar una razón de esta recompensa distinta, o incluso obviamos la objeción anterior aceptando la recompensa por el aporte social, aun así existen problemas. Hay dificultades para establecer y cuantificar una recompensa proporcional al aporte a la sociedad que este creador ha otorgado, pues en la realidad es difícil determinar la medida en que se beneficia a la sociedad por medio de la creación. Pero más allá de esta dificultad, y como bien ha sostenido el profesor Cabanellas, esta fundamentación “no explica el motivo por el cual la remuneración del inventor ha de lograrse mediante el mecanismo indirecto de prohibir a otros

interesados la explotación de la invención”¹³⁵, que es la consecuencia del sistema de propiedad intelectual. En efecto, la necesidad de recompensar al individuo por su creación no presupone que se privilegie el sistema de propiedad intelectual a otras formas de recompensa, como puede ser un sistema que premie a quienes tengan éxito en el desarrollo de un producto o la creación de alguna obra artística por medio de recursos estatales, por ejemplo¹³⁶.

Una última crítica consiste en que, si bien la concesión de los derechos o privilegios puede ser considerada en sí misma una recompensa, pues permite al titular cumplir sus expectativas en la obtención de beneficios, dichos beneficios no están asegurados por el sistema de propiedad intelectual. Puede haber muchas razones por las cuales una invención u obra protegida no pueda ser usada por su autor para lograr algún provecho, por lo que la supuesta recompensa que constituirían dichos derechos podría no traducirse en beneficio alguno para el titular. Esto

¹³⁵ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Derecho de las patentes... (n. 17), p. 40. La misma crítica en RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo. Propiedad intelectual... (n. 41), pp. 61 – 62.

¹³⁶ El sistema de premios o recompensas por la creación se encuentra bien explicado y defendido como forma de completar el sistema de innovación en STIGLITZ, Joseph. 2012. Economic Foundations of Intellectual Property Rights. Anuario Andino de Derechos Intelectuales. (Nº8): 31 – 55, pp. 51 -52.

contradice naturalmente la noción misma de recompensa. Por lo demás, si se considera la noción de recompensa prescindiendo del beneficio que puede obtener el titular de estos derechos, llegaríamos al ridículo de considerar la mera concesión de estos privilegios como recompensa suficiente que equiparara al aporte social, lo que nos puede conducir a la conclusión paradójica de que incluso otorgada la recompensa que se considera suficiente al creador, aún se mantiene la exclusión de la sociedad del aprovechamiento de este aporte. Por esta y las anteriores razones, no cabe sino desechar esta posición.

3.2.3. La propiedad intelectual y los incentivos a la creación.

Las creaciones del intelecto son bienes muy preciados para la sociedad por varias razones. La difusión y el desarrollo del conocimiento tecnológico permiten la creación e implementación de mejores tecnologías, las cuales permiten un mejor estilo de vida, mejoras en el sistema de producción, la aparición de nuevos bienes, etc¹³⁷. A su vez, las creaciones

¹³⁷ Para un análisis histórico de la forma en que el desarrollo del conocimiento y la tecnología influye en las mejores condiciones de vida y el desarrollo y bienestar de la sociedad, así como en el predominio político, militar y económico de los Estados, véase FERGUSON, Niall. 2012. *Civilización. Occidente y*

artísticas del intelecto como las obras de teatro, películas, novelas, etc. representan quizá los bienes con fines de esparcimiento máspreciados de la sociedad moderna¹³⁸. En resumidas cuentas, este tipo de bienes son indispensables, por lo que a la sociedad le produce un alto interés la disposición de los mismos y por lo tanto su desarrollo y producción. Pero como explicamos anteriormente, existe respecto de ellos un problema, que consiste en que al poseer la características de bienes públicos, no mediando obstáculo jurídico, quien desarrolla los mismos se ve en desventaja frente a sus competidores en la búsqueda de beneficios, pues enfrenta costos en el desarrollo de la idea o invención que sus competidores no deben asumir en la reproducción o aplicación del contenido intelectual pertinente, y por lo tanto se cree que no realizará dicha actividad por no poder obtener provecho de ella. En razón de dicho problema, la fundamentación generalmente aceptada en la actualidad para explicar el porqué de la propiedad intelectual es aquella que la explica como un incentivo a la innovación y creación.

el resto. 2ª ed. Barcelona, Random House Mondadori, en particular los capítulos Ciencia, Medicina y Consumo.

¹³⁸ Dan cuenta de la creciente importancia y el predominio en la economía moderna de las llamadas industrias culturales o industrias del *copyright* ZAPATA, Fernando. 2004. Los fundamentos del derecho de autor, el autor como eje de la protección. En: CARRASCO, Eduardo (Ed.). Derecho de autor. Un desafío para la creación y el desarrollo. Santiago, LOM Ediciones, pp. 43 – 57. pp. 53 – 54 y VAN EECHOUD, Mireille, ob. cit. (n. 116), pp. 131 – 137.

De acuerdo con esta teoría, los derechos y privilegios conferidos por el sistema de propiedad intelectual constituyen incentivos para que los individuos desempeñen la actividad creativa que interesa a la sociedad, la cual probablemente sería abandonada de no existir estos privilegios que aseguren alguna forma de provecho para el titular en la explotación de los mismos. El incentivo se explica porque los derechos de propiedad intelectual otorgan a sus titulares una serie de facultades que, en resumidas cuentas, consisten en la posibilidad de exclusión o el impedimento en el uso o la copia de la creación intelectual, salvo autorización del titular de estos derechos. Se establece así un ámbito de protección del titular frente a la competencia, pues se anula la característica de bien público del bien intangible, eliminando la posibilidad del libre acceso por parte de todo aquel que quiera hacer uso de ella, mientras que el titular, supuesto que no vulnere derechos de terceros y que no existan sustitutos cercanos, al tener la posibilidad de excluir a terceros de su uso, puede explotarla de forma beneficiosa, pues en tal caso podrá cobrar un precio superior al que se fijaría en condiciones de competencia, recuperando así los costos en que incurrió en el desarrollo de esta creación intelectual.

Esto conlleva un cambio de enfoque radical con la perspectiva anterior, puesto que aquí no se trata de entender la propiedad intelectual en la forma de una recompensa por el aporte social que una creación conlleva, sino que en esta propuesta ella juega el papel de fomento o impulsor a esta actividad creadora en beneficio de la sociedad, “así, la justificación económica para la propiedad intelectual recae no en recompensar a los creadores por su trabajo, sino en asegurar que ellos tengan los incentivos apropiados para involucrarse en actividades creativas”¹³⁹.

Ciertamente esta propuesta conlleva el reconocimiento de un interés social superior al interés de los individuos relativo a las posibilidades de explotar su creación. Como sostuvimos, existirá mayor eficiencia en la utilización de los bienes intangibles en la medida en que su acceso sea lo más extenso posible, o que puedan acceder a ellos todos quienes quieran usar los mismos, lo cual se consigue con el libre acceso. Pero el acceso a la información no es importante solo por su utilización eficiente, sino que además es importante porque la posibilidad de acceder a los conocimientos

¹³⁹ LEMLEY, Mark. 2007. A New Balance between IP and Antitrust. [en línea] Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 340. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=980045> [consulta: 21 noviembre 2013], p. 5.

constituye las bases para que nuevos creadores puedan contribuir con el desarrollo de mayor información en la forma de nuevas invenciones, obras artísticas, etc. Existe por tanto un interés en la creación de bienes intangibles, pero con la finalidad de que la sociedad pueda acceder a los mismos. Esto se cumple en parte por medio de la comercialización a través del libre mercado de los bienes intangibles, sean invenciones aplicadas en la elaboración de productos u obras artísticas, a los cuales la sociedad puede acceder en la medida en que pueda costear el precio al que son ofertados. Sin embargo, esto no se agota aquí, y el interés de la sociedad en el acceso a los bienes intangibles está garantizado de mejor forma por otro medio. Esto nos lleva a la noción de dominio público, que es esencial para entender el sistema de la propiedad intelectual.

Se entiende por dominio público “el estado jurídico consistente en el libre acceso y utilización de creaciones intelectuales, sean estas expresiones o innovaciones industriales u obras sujetas al derecho de autor, sin que nadie pueda hacer valer derechos intelectuales sobre las mismas”¹⁴⁰. El dominio público consiste en el conjunto de creaciones intelectuales sobre

¹⁴⁰ SCHMITZ, Christian. 2009. Propiedad Intelectual, Dominio Público y equilibrio de intereses. Revista Chilena de Derecho. Vol. 36 (Nº2): pp. 343 – 367, p. 346.

las cuales puede hacer libre uso cualquier persona en la medida en que tenga acceso a ella, acceso que es libre y no puede ser restringido por persona alguna, y que tiene fuentes diversas como pueden ser creaciones que fueron protegidas pero cuyo plazo de protección expiró, o bien aquellas que no son susceptibles de protección o que no han sido protegidas¹⁴¹. Pero lo que aquí importa es que existe un interés social que va más allá de la protección de la propiedad intelectual para poder disponer de ella en el mercado, que consiste en el mayor desarrollo de creaciones intelectuales, pero unida a la aspiración por la mayor extensión posible del dominio público.

Existen variadas razones por las cuales se aspira a esta mayor extensión. Se ha planteado que el acceso a la cultura debe ser considerado un derecho fundamental debido a que la posibilidad que tiene el individuo de relacionarse con los bienes intangibles que conforman el acervo cultural de la sociedad, ya sea utilizando los mismos para su goce o para la

¹⁴¹ Una explicación pormenorizada de las fuentes y contenido del dominio público en el derecho chileno en: SCHMITZ, Christian. Propiedad intelectual, Dominio Público... (n. 140), pp. 345 – 355.

consecuente creación propia, resulta esencial en su desarrollo personal¹⁴², resultando que la mayor extensión posible del dominio público contribuiría a la concreción de este derecho. Otros sostienen que una mayor extensión del dominio público contribuye al resguardo de la libertad de expresión y libertad de información, lo cual es necesario no solo para el desarrollo personal, sino porque constituyen las bases del sistema democrático, siendo valores fundamentales del mismo¹⁴³. Pero además, la mayor extensión del dominio público es necesaria por una razón que mencionamos antes y que es la posibilidad misma de desarrollar nuevas creaciones intelectuales.

No puede entenderse el proceso de creación intelectual como un fenómeno aislado y descontextualizado que surge completamente de forma original y espontánea o por el simple esfuerzo individual. Más bien, toda nueva creación intelectual, sea esta una obra artística o una invención, depende en su elaboración de un conjunto de conocimientos o ideas previas sobre las que se construye, porque como sostiene Stiglitz “el conocimiento

¹⁴² JARAMILLO, Paula. 2008. Acceso a la cultura y regulación de Derecho de Autor. Revista del Magister y Doctorado en Derecho (No 2): 59 – 89, p. 83.

¹⁴³ VAN EECHOUD, Mireille, ob. cit. (n. 116), p. 165.

es el insumo más importante del conocimiento”¹⁴⁴. De hecho, ni los descubrimientos o ideas que al parecer surgen de forma espontánea son producto exclusivo de la inspiración o el genio, pues como bien sostuvo el premio nobel de química Paul Flory “el conocimiento en profundidad y amplitud son prerequisites virtuales. A menos que la mente esté completamente cargada de antemano, el chispazo proverbial de genialidad, si se manifiesta, probablemente no encontrará nada en que encender”¹⁴⁵. Y esto no corresponde exclusivamente a las invenciones o a las creaciones intelectuales prácticas o aplicables, sino que en el mismo sentido las ideas artísticas se alimentan del acervo cultural anterior. Así, Borges no hubiera escrito *La casa de Asterión* sin el recurso a sus conocimientos de la mitología griega o J.R.R Tolkien probablemente no habría escrito *El Señor de los Anillos* de no existir previamente las leyendas anglosajonas, y en particular el poema épico *Beowulf*. La extensión del dominio público, que conlleva el libre acceso sobre un conjunto mayor de conocimientos, promueve el mayor desarrollo de creaciones intelectuales ya que permite el acceso a este insumo de forma libre y sin tener que incurrir en el mayor

¹⁴⁴ STIGLITZ, Joseph, ob. cit. (n. 136), p. 35.

¹⁴⁵ Citado en ROBERTS, Royston. 1989. *Serendipity: accidental discoveries in science*. New York, Wiley, p. 10.

costo que supondría la restricción a los mismos. Al suponer la expansión del conocimiento humano, en aras de su realización espiritual y material, un esfuerzo progresivo, histórico y colectivo, el resguardo y expansión del dominio público se muestra como una necesidad para garantizar esta evolución¹⁴⁶.

La explicación anterior permite ver que existe una tensión o contradicción inherente en el sistema de propiedad intelectual, que se produce por el reconocimiento de derechos o privilegios que en el fondo restringen el acceso a las creaciones intelectuales, precisamente para satisfacer el interés social en el desarrollo y acceso a las mismas. Recordemos lo que decíamos antes de la forma en que funcionaba esta restricción. Al otorgar derechos de exclusividad sobre las creaciones intelectuales, se permite a su titular crear la escasez de las mismas y así recuperar los costos de elaboración de estas creaciones intelectuales, lo que

¹⁴⁶ Esto ha sido reconocido por el profesor Jared Diamond, quien, al analizar el papel y la importancia que las innovaciones tuvieron en la evolución diferenciada de los distintos grupos sociales a través de la historia, sostiene: “Dado que la tecnología engendra más tecnología, la importancia de la difusión de un invento excede en potencia la importancia del invento original. La historia de la tecnología ejemplifica lo que se denomina ‘proceso autocatalítico’, es decir, un proceso que se acelera a una velocidad que aumenta con el tiempo, porque dicho proceso se cataliza a sí mismo. El auge de la tecnología a partir de la Revolución industrial nos impresiona hoy, pero el auge medieval fue asimismo impresionante en comparación con el de la Edad del Bronce, que a su vez eclipsó al del Paleolítico Superior”. DIAMOND, Jared. 2013. Armas, gérmenes y acero. 8ªed. Barcelona, Debolsillo, p. 297.

es imposible en condiciones de competencia y a falta de estos privilegios por su carácter de bienes públicos. Esto significa que los derechos de propiedad intelectual vienen a radicar en la sociedad los costos de la producción de creaciones intelectuales por el interés o beneficio que la misma recibe de ellas, pues se cree que la medida en que el monto cobrado por el uso del bien intangible sujeto a protección por derechos de propiedad intelectual es superior al costo marginal corresponderá a aquel necesario para recuperar los costos del desarrollo de dicha creación intelectual. Sin embargo, existe un problema. El beneficio social que se espera de la innovación, y que justifica la externalización de los costos de la misma en la sociedad, no necesariamente se corresponde con los beneficios que obtendrá el titular de estos derechos, pues como afirma Stiglitz, “el sistema de patentes no recompensa a las personas en base al beneficio social marginal de su contribución. Entrega al primer individuo o empresa el valor entero de la innovación, que obviamente puede exceder la contribución social marginal”¹⁴⁷. En otras palabras, el sistema de propiedad intelectual no asegura la equiparación entre lo que el titular puede recibir y su contribución social. Aquí es donde cobra interés la regulación específica de

¹⁴⁷ STIGLITZ, Joseph, ob. cit. (n. 136), p. 42.

la propiedad intelectual y en particular el alcance de estos derechos y las limitaciones que establece la ley. Más allá de que sea imposible en la actualidad realizar una comparación entre los beneficios y costos que el sistema de propiedad intelectual genera en la realidad¹⁴⁸, la regulación de este sistema da cuenta de la forma en que se pretende lograr un balance entre los mismos. Por ejemplo, la limitación temporal de los derechos de propiedad intelectual se establece por la consideración de que el titular podrá recuperar los costos en la innovación tras un tiempo determinado; a su vez, los límites a la patentabilidad y al registro marcario en el derecho de propiedad industrial o el que solo la expresión y no la idea contenida en ella pueda ser objeto de protección en el derecho de autor muestran casos en que se considera muy alto el costo de protección frente a los beneficios sociales derivados de dicha creación.

Por cierto que se puede criticar el sistema de propiedad intelectual por implicar el costo social de no disponer en el dominio público de información que, de no existir estos privilegios, podría beneficiar a toda la sociedad. Un buen sistema de propiedad intelectual promueve la creación e

¹⁴⁸ Como se afirma respecto al sistema de patentes en LANDES, William y POSNER, Richard, ob. cit. (n. 124), pp. 401 – 402.

innovación otorgando un conjunto de beneficios para sus titulares, pero a la vez es capaz de compensar los costos sociales que estos beneficios pueden acarrear¹⁴⁹, estableciendo limitaciones a estos derechos. Pero estimar si en realidad esta ponderación de costos y beneficios no es la adecuada es una cuestión de *lege ferenda* sobre qué niveles de ponderación estimamos aceptables, y que en nada niegan la verdadera naturaleza de la justificación de este sistema normativo antes dada, y que corresponde a entenderla como un incentivo para la satisfacción del interés social en la innovación tecnológica y cultural. Junto a algunos autores, estimamos que el sistema de propiedad intelectual debiera ser diseñado de forma más inteligente y adecuarse mejor a su intención original que es el desarrollo del conocimiento. Asimismo, creemos que no se debe obviar consideraciones como las planteadas por Joseph Stiglitz quien concibe al sistema de propiedad intelectual como parte de un sistema más amplio de innovación, y que por tanto no debe ser pensada como la única forma de satisfacer este interés social. Como él afirma, un buen sistema de innovación es capaz de utilizar no solo la propiedad intelectual, sino que utilizarla de forma

¹⁴⁹ Para una explicación detallada de los costos y beneficios que acarrea el sistema de propiedad intelectual, en particular el sistema de patentes, véase CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Derecho de las patentes... (n. 17), pp. 42 - 78.

inteligente junto al sistema de recompensas y la investigación financiada por el gobierno, por medio de las universidades, por ejemplo¹⁵⁰.

Podemos concluir que el objetivo que persigue, o bien el objeto de protección, de la legislación de propiedad intelectual no es otro que el mayor desarrollo de creaciones intelectuales en beneficio de la sociedad por la promoción de actividades creativas e inventivas, a través de la protección de los derechos y privilegios que esta misma legislación establece. Por lo demás, sin duda es esta la concepción que tuvo el legislador en mente en la regulación del sistema de propiedad intelectual, de lo cual da cuenta el mensaje presidencial del proyecto que culminó en la Ley 19.039 de propiedad industrial, en que se indica:

“el presente proyecto constituye un sustancial avance en la consolidación del proceso económico, pues permite crear un sistema de propiedad industrial que garantice no sólo una adecuada protección a sus titulares, sino que también, incentive la inversión en actividades de investigación y desarrollo, fomente la innovación tecnológica, induzca al inventor o creador -a cambio de una protección temporal- a hacer pública su idea permitiendo la difusión

¹⁵⁰ STIGLITZ, Joseph, ob. cit. (n. 136), pp. 45 – 55.

del conocimiento y establezca un adecuado equilibrio entre los derechos de quienes realizan una actividad inventiva y creativa y la sociedad que les reconoce por ello un privilegio temporal”¹⁵¹.

3.3. Las principales ramas del derecho de propiedad intelectual.

Revisaremos de forma muy breve las tres principales ramas del sistema de propiedad intelectual para mencionar algunos aspectos que consideramos relevantes en relación a lo explicado anteriormente.

3.3.1. El derecho de patentes.

La creación intelectual o información que es protegida por medio de las patentes corresponde a las invenciones, sean estas de productos o procedimientos, que en el artículo 31 de la ley de propiedad industrial son definidas como “una solución a un problema de la técnica que origine un quehacer industrial”. La patente viene a otorgar exclusividad a su titular en la explotación de esta invención, lo que conlleva la restricción en su uso por

¹⁵¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 1991. Historia de la Ley N° 19.039. Establece normas aplicables a privilegios Industriales y protección de los derechos de propiedad industrial. [en línea] <http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=19039&anio=2013> [consulta: 26 noviembre 2013], pp. 6 – 7.

otras personas. Como veremos a continuación, el derecho de patentes presenta en su regulación elementos que la vuelven consistente con la justificación del derecho de propiedad intelectual desarrollada anteriormente¹⁵².

La razón por la que existe protección sobre las invenciones en la forma del derecho exclusivo de patente obedece precisamente al interés social en la expansión del conocimiento tecnológico con su consecuente efecto en mejores condiciones de vida por la aparición de nuevos y mejores productos o el perfeccionamiento en la producción por procedimientos más eficientes, para lo cual se entrega el incentivo de la patente al potencial inventor. Aquí vemos la tensión inherente a la propiedad intelectual, ya que se busca la expansión del conocimiento a disposición de la sociedad precisamente restringiendo dicho conocimiento e impidiendo que pase al dominio público. Pero el sistema de patentes reconoce en su regulación distintos elementos alineados con la satisfacción de este interés. Por ejemplo, la limitación temporal de este derecho a veinte años desde la fecha

¹⁵² Con independencia de las críticas que la normativa actual del sistema de patentes pueda recibir, tanto en Chile como en el derecho comparado, por un diseño que en algunos aspectos no obedece adecuadamente a la finalidad o fundamentación de la propiedad intelectual, como es por ejemplo la existencia de patentes de bloqueo u obstrucción.

de solicitud permite que la invención pase eventualmente al dominio público, a la vez que se garantiza un período de tiempo en que el titular podrá aprovechar comercialmente dicha invención. Pero quizá el elemento que mejor da cuenta de la preocupación por este interés es el requisito de divulgación en la obtención de una patente.

Para la obtención de este derecho por medio de su registro, se establece como requisito el acompañar una descripción del invento que permita reproducirlo por cualquier persona versada en la materia. Es decir, para poder registrar una invención se debe divulgar la información, a la cual podrá acceder cualquiera que revise la patente registrada. Esto es importante cuando se toma en cuenta que la explotación comercial de una invención por medio de una patente no es la única forma en que se puede obtener beneficios por la innovación. Más bien, como sostiene Cabanellas, “el recurso por los inventores al sistema de patentes sólo tendrá lugar cuando éste sea más eficaz –respecto de una invención determinada- que el régimen de secreto y confidencialidad, en cuanto a la protección de los intereses del inventor”¹⁵³. En otras palabras, un inventor siempre puede

¹⁵³ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Derecho de las patentes... (n. 17), pp. 50 - 51.

decidir entre mantener su invención en secreto o divulgarla por medio del registro de patentes. Ahora, la información de una invención puede ser obtenida por otras personas por distintos medios, como el espionaje empresarial o bien los métodos de ingeniería inversa, por lo que existe gran dificultad en la mantención del secreto. Recordemos que una vez comunicada la información esta escapa al control de quien la originó. En todos aquellos casos en que la explotación comercial probablemente conllevará la revelación del secreto, es muy probable que el inventor no la aplique comercialmente, o bien realice grandes esfuerzos para mantener la confidencialidad, por lo que la información de dicha invención no llegará a la sociedad. La protección de las invenciones por medio de las patentes se presenta como una forma de asegurar la exclusividad al titular en la explotación de esta información en todos aquellos casos en que no pueda explotarla por medio del secreto por las dificultades mencionadas, y que constituyen la mayoría de los casos. El requisito de divulgación para el registro y obtención de la patente garantiza entonces que el conocimiento llegue a la sociedad, frente a la perspectiva que, ante la falta de esta protección, dicha información nunca sea divulgada ya sea por falta de interés en su comercialización o por los esfuerzos en la mantención de la

confidencialidad por parte de su inventor. Así, coincidimos con los profesores Landes y Posner para quienes en cierta medida el sistema de patentes se debe entender como una forma de solucionar los problemas que presenta el secreto empresarial¹⁵⁴.

3.3.2. **El derecho de autor.**

Al igual que el derecho de patentes, el sistema de privilegios de la Ley 17.336 de propiedad intelectual, que establece el derecho de autor y derechos conexos, obedece a la justificación del incentivo que defendemos en este trabajo.

Existe una dificultad inicial a la hora de determinar qué tipo de creación intelectual es aquella que se protege por el derecho de autor. Desde sus orígenes históricos se ha tendido a identificar al derecho de autor con la protección de creaciones propiamente culturales o artísticas, y que por tanto no tendrían relación con la industria o el comercio. Pero en la actualidad se ha ido difuminando dicha distinción entre obras con utilidad industrial y

¹⁵⁴ LANDES, William y POSNER, Richard. Ob. cit. (n. 124). pp. 422 – 429.

obras artísticas o del intelecto propiamente tales, pues no solo existe un creciente interés económico en la comercialización de obras artísticas, lo que lleva a explotarlas de acuerdo a un modelo industrial, sino que además han surgido nuevas formas de creación que se han ido incorporando al derecho de autor pese a no tener una finalidad meramente expresiva o cultural, como son los programas informáticos¹⁵⁵. Más allá de entrar en la discusión sobre la delimitación posible de los ámbitos de protección del derecho de autor y el derecho de propiedad industrial¹⁵⁶, nos limitaremos a señalar que el derecho de autor protege la creación intelectual que consiste en una obra cultural, entendido este término en un sentido amplio.

Ahora, lo que realmente interesa es que la protección de la obra no conlleva la protección de la idea contenida en ella, sino que lo protegido es la forma de expresión concreta; por ejemplo, la particular configuración de palabras que conforman una poesía o una novela. Esto resulta sumamente

¹⁵⁵ Esto es reconocido por la OMPI, que señala que “El derecho de autor se aplica a las creaciones artísticas como los libros, las obras musicales, las pinturas, las esculturas, las películas y las obras realizadas por medios tecnológicos como los programas informáticos y las bases de datos electrónicas”. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. [s.a.]. Principios básicos del Derecho de Autor y los Derechos Conexos. [en línea] <http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/es/intproperty/909/wipo_pub_909.pdf> [consulta: 28 noviembre 2013], p. 5.

¹⁵⁶ Para un desarrollo pormenorizado de dicha problemática, véase SCHMITZ, Christian. Propiedad industrial y Derecho de Autor... (n. 11).

relevante, pues creemos que en esta distinción entre ideas y expresión, y la decisión por la protección de esta última, hay un reconocimiento al interés social del desarrollo intelectual y el acceso al conocimiento.

Si fuese posible proteger la idea, el autor de las mismas tendría un poder demasiado grande para restringir nuevas creaciones, por cuanto las ideas no solamente pueden ser lugares comunes a la actividad creativa¹⁵⁷, sino que además la delimitación o distinción de una idea concreta puede resultar problemática a la hora de determinar si esta es original o no. Por cierto que existirán graves problemas a la difusión y desarrollo del conocimiento si, por ejemplo, en una obra científica se permitiera la protección de las conclusiones ahí expresadas, pues no cabría la utilización de las mismas en la generación de mayor conocimiento, no obstante lo cual si se protegería la expresión de dichas conclusiones. Creemos por esto que la decisión por proteger únicamente la particular configuración de la forma de expresión se alinea con el interés social perseguido por el derecho de propiedad intelectual.

¹⁵⁷ William Landes y Richard Posner realizan una distinción entre tipos de ideas de las obras de ficción y de divulgación, sosteniendo que en las obras de ficción tendemos a ver ideas comunes como son los géneros narrativos o motivos clásicos como por ejemplo la venganza. LANDES, William y POSNER, Richard, ob. cit. (n. 124), pp. 125 – 126.

Además del mismo objeto de protección del derecho de autor, existen en su regulación otros elementos consistentes con la justificación del incentivo que hemos defendido aquí. Al igual que en el derecho de patentes, el derecho de autor, al menos respecto a sus derechos patrimoniales, es temporal, extendiéndose por toda la vida del autor y 70 años después de su muerte, tras lo cual la obra pasa al dominio público, o al patrimonio cultural en los términos del artículo 11 de la ley de propiedad intelectual¹⁵⁸. Por otro lado, el título tercero de la ley establece un catálogo extenso de limitaciones y excepciones al derecho de autor, ordenadas al aprovechamiento social de las obras del intelecto, como es por ejemplo la posibilidad de reproducción de parte de una obra en función de una cita o la crítica de la misma.

¹⁵⁸ A pesar de que el establecimiento de un tiempo determinado para esta protección se pueda estimar como una forma de satisfacer el interés social, creemos que (al menos) en el caso del derecho de autor este plazo es excesivo. Si se considera que esto obedece a la aspiración de contar con obras en el dominio público con el fin de que toda la sociedad las pueda aprovechar, resulta ridículo contar con un plazo de protección que en la práctica implica aplazar dicho aprovechamiento al menos una generación. Si se considera que la esperanza de vida actual en Chile es de 79 años, no cabe sino concluir que existirá muy poco o nulo aprovechamiento por la sociedad que vio nacer una obra, pues a esto se debe sumar los 70 años de protección que establece la ley. Esto es más grave si se considera que muchas obras tienen un valor contingente. Por otra parte, como indica Hovenkamp, en Estados Unidos se ha llegado incluso a extender retroactivamente este plazo mayor de protección a obras que se crearon con anterioridad a la reforma legal que estableció el plazo de 70 años de protección en ese país, lo cual no tiene ningún sentido de cara a la finalidad de incentivar la creación e innovación. HOVENKAMP, Herbert. *The antitrust enterprise...* (n. 27), p. 250.

Por último, cabe mencionar que pese a que consideramos que el derecho de autor responde a la lógica de la justificación de incentivo aquí defendida, estamos de acuerdo en que para entenderlo a cabalidad no basta la justificación mencionada, pues a diferencia del derecho de patentes, el derecho de autor no se agota en su contenido patrimonial, sino que además nace el derecho moral del autor sobre su obra. En este sentido, por el carácter dual de los derechos de autor, estamos de acuerdo en que, si bien la justificación del incentivo permite entender el porqué de su protección, para entender a cabalidad su regulación se puede tomar otras consideraciones o justificaciones como la vinculación del autor con la obra que permitiría explicar la existencia del derecho moral¹⁵⁹.

3.3.3. El derecho de marcas.

Respecto al derecho de marcas pareciera más difícil aceptar la justificación de su protección en razón del incentivo a la creación. La marca también confiere protección sobre un objeto inmaterial, en este caso un

¹⁵⁹ Esta idea la podemos encontrar en DE LA MAZA, Iñigo, ob. cit. (n. 126), p. 65 y VAN EECHOU, Mireille, ob. cit. (n. 116), p. 144. El primer autor sostiene que de hecho es probable que la consideración de la vinculación de la obra con la personalidad de su autor haya fundamentado la inalienabilidad de los derechos morales.

signo, el que se puede entender de forma simple como “cualquier representación que evoque una cosa”¹⁶⁰, que en cuanto objeto intangible puede ser materializado de distintas formas, como puede ser en la etiqueta de un producto. Pese al reconocimiento de que en este ámbito también protegemos una creación intelectual -el signo- existe una diferencia radical en la justificación de su protección frente a las creaciones intelectuales que se protegen por medio del derecho de autor y del derecho de patentes. Mientras existe un gran interés social en la creación de obras culturales y en la innovación tecnológica, es difícil afirmar que esta sea la misma razón por la que se protegen signos que se asocian a productos o servicios. Por un lado, es verdad que las marcas pueden enriquecer en cierta forma el acervo colectivo, por ejemplo por medio de la creación de palabras que designen a un nuevo producto o servicio¹⁶¹. Sin embargo, dicho aporte puede ser relativizado, ya que se puede utilizar como signo una palabra ya existente o la creación de una nueva palabra no puede tener gran valor creativo. Pero además, y más importante, el reconocimiento de protección de un signo

¹⁶⁰ CHIJANE, Diego. 2007. Derecho de Marcas. Madrid, Editorial Reus, p. 28.

¹⁶¹ A esto se refieren William Landes y Richard Posner, que sostienen que las marcas enriquecen el lenguaje al menos en tres sentidos: incrementan las denominaciones de las cosas, crean nuevos términos genéricos y pueden constituir términos utilizados para designar el bien genérico. LANDES, William y POSNER, Richard, ob. cit. (n. 124), p. 223. No obstante, los mismos autores relativizan posteriormente esta aportación.

puede llevar a que una palabra que ya existe sea extraída del dominio público y por tanto de su libre utilización, aunque en relación a un ámbito determinado y limitado que corresponde a la utilización para identificar cierto tipo de productos o servicios. Sobre todo por esta razón no creemos que pueda verse en el derecho de marcas la justificación del incentivo basada en el interés social por la creación e innovación.

La justificación de la protección de la marca tiene relación con la comprensión de la función de la misma. En doctrina se ha planteado que existen muchas funciones que cumpliría una marca, como por ejemplo la de garantizar la calidad de los productos, indicar la procedencia de los mismos, condensar el prestigio o *goodwill* empresarial, entre otros. Sin embargo, estamos de acuerdo con parte de la doctrina en que la función principal de las marcas corresponde a la función distintiva¹⁶². De acuerdo con esta concepción, la marca permite la diferenciación entre productos o servicios de un mismo tipo de cara al consumidor, lo cual se relaciona directamente con la exigencia en el derecho marcario nacional y comparado de que una

¹⁶² Por ejemplo en CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. 2003. Derecho de marcas. Tomo I. 2ºed. Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L, pp. 30 - 39; CHIJANE, Diego, ob. cit. (n.160), pp. 29 – 30; OTERO, José Manuel, ob. cit. (n. 32), p. 35; SANDOVAL, Ricardo. 2006. Marcas comerciales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 14 y SCHMITZ, Christian. 2012. Distintividad y uso de las marcas comerciales. Revista Chilena de Derecho. Vol. 39 (Nº1): 9 – 31, p. 11.

marca pueda ser registrada exclusivamente para determinada clase de productos o servicios, según la clasificación vigente localmente (normalmente alguna versión del Clasificador internacional de Niza). Es cierto que esto posibilita en cierta medida el cumplimiento de otras funciones como puede ser el reconocimiento del origen empresarial del producto o hasta cierto punto el aseguramiento de la calidad de los bienes identificados con una marca en particular, pero no se garantiza estos objetivos, siendo ellos más bien objetivos o efectos secundarios y dependientes de la función esencial de la marca que es la distinción¹⁶³. Por lo demás, no cabe sino concluir que esta es la función primordial de las marcas en el derecho chileno si se atiende a la definición que de ellas da el artículo 19 de la ley de propiedad industrial, el cual señala que “bajo la denominación de marca comercial, se comprende todo signo que sea susceptible de representación gráfica capaz de distinguir en el mercado productos, servicios o establecimientos industriales o comerciales”

Tomando en cuenta la función distintiva de las marcas como su esencia, podemos dar con la justificación de su protección. Sin la existencia

¹⁶³ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Derecho de marcas... (n. 162), pp. 30 - 31.

de marcas el consumidor no puede diferenciar entre productos del mismo tipo de forma previa a su adquisición, pudiendo comprobar características relevantes para su decisión exclusivamente una vez que ha adquirido el producto o cuando ya ha pagado y recibido el servicio ofrecido. La forma de identificar un producto o servicio es mediante un signo que permita distinguirlo de otros que carezcan del mismo o utilicen uno distinto. En la medida en que un producto presente ciertas características que sean deseables para el público consumidor, este asociará dicho signo con la satisfacción de estas expectativas, por lo que demandará bienes identificados con el mismo, con independencia de que en la práctica dichas expectativas puedan ser frustradas, por una baja en la calidad de los productos, por ejemplo. Si no se otorga protección al uso exclusivo de este signo, cualquier agente en el mercado podría utilizar el mismo para relacionar sus productos con aquellas características que el consumidor ha asociado con el signo particular y que, en consecuencia, demanda. Como nos dicen los profesores Landes y Posner, el problema es que “si la ley no lo impide, el *free riding* puede destruir la inversión en información incorporada en una marca, y posiblemente, ante el riesgo de que ello ocurra,

eliminar los incentivos para crear una marca valiosa”¹⁶⁴. Esto quiere decir que al otorgar protección a la identificación de los productos o servicios de un competidor se vuelve posible la misma idea de competencia en los mercados. Si un competidor puede identificar sus productos y servicios de modo tal que se atribuyan a este y no a la competencia, todos los esfuerzos que haga para captar a los consumidores, ya sea por la calidad de su producto o servicio o por métodos más eficientes en la producción que le otorguen una ventaja frente a sus competidores, pueden ser efectivamente recompensados, pues el consumidor dispone de una forma de determinar qué producto responde de mejor forma a sus necesidades, pudiendo identificar gracias a la marca el producto que desea ya sea por experiencias pasadas o por cualquier otra razón. Vemos que la justificación del derecho de marcas no obedece al incentivo en la creación intelectual o la innovación del mismo modo que en las dos ramas analizadas previamente, sino que más bien su fundamentación se encuentra en el hecho de que a falta de esta protección sobre las marcas la misma idea de competencia se vuelve ilusoria en aquellos mercados en que los productos y servicios ofrecidos no

¹⁶⁴ LANDES, William y POSNER, Richard, ob. cit. (n. 124), p. 222.

son homogéneos y en que la competencia no depende exclusivamente del precio, que es la mayoría de los casos en la realidad¹⁶⁵.

Pese a que lo anterior puede conducirnos a cuestionar la inclusión del derecho de marcas en el sistema de la propiedad intelectual del modo que aquí lo hemos desarrollado¹⁶⁶, esto no niega que el derecho de marcas efectivamente consista en la protección de un bien inmaterial por medio del otorgamiento de un privilegio o derecho de exclusividad y exclusión, que lo acerca mucho a las distintas variantes del derecho de propiedad intelectual. Además, recordemos que la protección de la propiedad intelectual va dirigida a salvaguardar al creador o innovador de la posibilidad del *free riding* por parte de la competencia que lo situaría en una posición desventajosa, mientras que el derecho de marca protege a su titular del aprovechamiento por otros de los esfuerzos competitivos desplegados para atraer la demanda del consumidor. Por otro lado, su regulación obedece en

¹⁶⁵ En este sentido CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Derecho de marcas... (n. 162), p. 69; GUMUCIO, Juan Cristóbal, ob. cit. (n. 50), p. 86 y LANDES, William y POSNER, Richard, ob. cit. (n. 124), p. 86.

¹⁶⁶ Una posición cercana se adopta en SCHMITZ, Christian. Propiedad industrial y Derecho de Autor... (n. 11), pp. 50 -51. Para este autor debería realizarse una clasificación nueva que distinga entre aquellos derechos que son resultado de la investigación o creación y que tienen por objeto el progreso, y por otro lado aquellos derechos o privilegios que tienen por función la diferenciación e identificación con fines de evitar confusión en el público.

muchos aspectos o se asimila a la lógica de los derechos de propiedad intelectual, por cuanto existe la temporalidad en su concesión o la exigencia de un registro, por mencionar algunos aspectos.

Para los efectos de este trabajo no importa resolver de forma definitiva la posibilidad de incluir las marcas en el sistema de propiedad intelectual, sino solo la forma en que el reconocimiento de derechos que obedecen a la lógica y diseño del sistema de propiedad intelectual puedan o no usarse de forma anticompetitiva.

CAPÍTULO II

LA RELACIÓN ENTRE LA LIBRE COMPETENCIA Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Habiendo explicitado en el capítulo anterior los objetivos u objetos de protección de los sistemas del derecho de la libre competencia y el derecho de propiedad intelectual, podemos ahora atender a la forma en que estos dos sistemas se relacionan. El entendimiento del objetivo de ambos sistemas nos permitirá evaluar esta relación, para determinar en qué sentido esta interacción se puede presentar como una relación contradictoria o antagónica o más bien, como sostendremos en este trabajo, como una relación de complementariedad. Con estos fines, primero nos referiremos a consideraciones de orden teórico sobre esta relación, luego ejemplificaremos la forma en que esta relación se ha dado en algunos casos prácticos que se han resuelto en el derecho comparado, para por último mencionar algunos casos que creemos podrán generarse y que tienen interés en nuestro derecho y que vale la pena comentar.

1. **La propiedad intelectual como monopolio.**

Aparentemente, existe una tendencia inicial a considerar que los sistemas de propiedad intelectual y de defensa de la libre competencia presentan objetivos divergentes e incluso antagónicos. Como explicamos, el objetivo de la libre competencia es resguardar el proceso competitivo, asegurando que el mismo se desarrolle con libertad, basado en los méritos de los competidores y sin trabas ilegítimas que puedan imponer los agentes del mercado. Por otro lado, la propiedad intelectual protege una serie de derechos y privilegios de exclusividad, con el fin de generar incentivos para promover la creación e innovación. Sin embargo, como se ha sostenido por algunos autores, la concesión de estos derechos y privilegios “implica un apartamiento respecto de las reglas usuales en materia de funcionamiento de los mercados. (...) Una patente es un monopolio de derecho.”¹⁶⁷ Se llega a esta conclusión toda vez que el objetivo de estos derechos y privilegios es precisamente radicar de forma definida las posibilidades de uso de determinada creación o invención en manos de un individuo, con lo cual la

¹⁶⁷ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Derecho de las patentes... (n. 17), p.45.

misma pasa al dominio privado, impidiendo así la libre utilización de la misma. El titular de estos derechos tiene un derecho exclusivo de explotación y comercialización sobre su creación o innovación, lo cual preliminarmente se podría considerar como la posición de un monopolista sobre dicho invento o creación. Así, “la existencia de un derecho de propiedad intelectual puede permitir a aquellos que poseen este derecho exclusivo cobrar precios monopólicos o de otra forma limitar la competencia, como por ejemplo controlando el uso de la idea en los productos subsecuentes”¹⁶⁸. Por razones como esta se ha estimado que ambos sistemas no pueden sino ser considerados como sistemas opuestos, debido a que la propiedad intelectual viene a entorpecer el proceso competitivo en relación a dichas invenciones o creaciones, mientras que el derecho de la libre competencia precisamente promovería el desarrollo del proceso competitivo libre en los mercados, lo cual incluiría –o debiera incluir- el mercado del bien protegido por derechos y privilegios de propiedad intelectual.

¹⁶⁸ LEMLEY, Mark, ob. cit. (n. 139), p. 10.

Podemos encontrar manifestaciones de esta posición en el ámbito nacional. En un trabajo de la década de los noventa se sostiene categóricamente que “un poder monopólico y significativo es el inherente a la adquisición y uso subsecuente de cualquier patente, propiedad intelectual, marca registrada o secreto comercial”¹⁶⁹. Por otra parte, en su versión original el DL 211 prescribía en su artículo quinto que “Sin perjuicio de lo establecido en el presente decreto ley, continuarán vigentes las disposiciones legales y reglamentarias referidas a las propiedades intelectual e industrial (...)”. La formulación anterior podría ser interpretada como el reconocimiento de la posible contradicción inherente entre estos dos cuerpos normativos, que debía ser salvada por medio de una afirmación directa por parte del legislador. Si bien, como veremos, esta tendencia ha sido mayormente abandonada, aún en la actualidad existen manifestaciones de la misma. Así por ejemplo, recientemente se ha afirmado que “[los derechos de] Propiedad Intelectual (...), son monopolios legales otorgados por el Estado en reconocimiento de la creatividad de su autor. (...) Por otro

¹⁶⁹ BARROS, Fernando, ob. cit. (n. 55), p. 41

lado, el monopolio es por su esencia contraria a la Competencia Leal”¹⁷⁰.

Por lo tanto, cabe despejar dudas al respecto.

La verdad es que existen fundamentos de base para considerar que afirmaciones como las anteriores carecen de sustento, y esto basado precisamente en las finalidades de estos sistemas que enunciamos previamente. En primer lugar, no se puede decir que el derecho de la libre competencia proscriba de forma tajante todo monopolio, pues, como vimos anteriormente, proscribirá únicamente el alcance de dicha posición cuando la misma sea lograda por medios anticompetitivos, es decir, que entraben ilegítimamente el proceso competitivo para alcanzar la posición monopolística¹⁷¹. Cuando este monopolio sea obtenido precisamente por la competencia basada en méritos del nuevo monopolista, esto no puede entrar en contradicción con las normas de defensa de la libre competencia. Pero existe otro problema con considerar la obtención del supuesto monopolio

¹⁷⁰ ORTÚZAR, Santiago. 2007. Competencia desleal y propiedad intelectual. Competencia desleal. Análisis crítico y elementos para la aplicación de la Ley N° 20.169, de 2007. Cuadernos de extensión jurídica Universidad de los Andes (No. 14): 41 – 55, p. 41. El paréntesis es nuestro. Vale prevenir que si bien en este caso el autor se refiere a la competencia leal, no cabe sino entender que se está haciendo referencia a la libre competencia o a lo sumo a la competencia en general. No se percibe de lo contrario la forma en que el monopolio pueda ser considerado contrario a la competencia leal por sí mismo, dando más bien cuenta de los supuestos fines asociados a la libre competencia.

¹⁷¹ Ilustra muy bien este punto la distinción entre los injustos monopolísticos de fuente y de abuso realizada por el profesor Domingo Valdés en VALDÉS PRIETO, Domingo. Libre Competencia y... (n. 38), pp. 395 – 582.

por parte del titular de protección de propiedad intelectual como contraria a la libre competencia en sí. La obtención de protección sobre creaciones intelectuales se encuentra garantizada por el sistema de propiedad intelectual y por la Constitución, por lo que, cumplidas las condiciones para ello, no puede ser considerada sino como una protección legítima. En este caso, ¿se podría cuestionar en sede competitiva el acceso de un competidor a un presunto monopolio por medios legítimos? Hay que tomar en cuenta que la misma ley de defensa de la libre competencia reconoce en su artículo cuarto la concesión de monopolios de privilegio por medio de la ley, es decir, se reconoce explícitamente la posibilidad de adquisición y mantención de un monopolio constituido legalmente. Incluso en caso de considerarse que la protección de propiedad intelectual vuelve monopolista a su titular, se debe considerar, como sostiene el profesor Posner, que “no es una violación del derecho de libre competencia adquirir un monopolio por medios legales, y ellos incluyen las innovaciones protegidas de la competencia por leyes de propiedad intelectual”¹⁷².

¹⁷² POSNER, Richard. Antitrust in the New Economy, citado en DEPARTMENT OF JUSTICE y FEDERAL TRADE COMMISSION. 2007. Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition. [en línea] <<http://www.ftc.gov/reports/innovation/P040101PromotingInnovationandCompetitionrpt0704.pdf>> [consulta: 21 noviembre 2013], p. 2.

Pese a que la anterior argumentación permitiría despejar por sí misma la noción de que el derecho de propiedad intelectual, en cuanto monopolio, sería contrario a la libre competencia, existe otra razón para considerar que la posible constitución de un monopolio no procede para estimar ambos sistemas como contradictorios. Recordemos la forma en que funcionan los derechos de propiedad intelectual. De forma simplificada, ellos otorgan a su titular la exclusividad y posibilidad de exclusión en la explotación comercial de la misma. Esto quiere decir que los derechos de propiedad intelectual logran su objetivo, la promoción de la innovación y creación intelectual, otorgando a su titular las herramientas necesarias para determinar un nivel de precios o de producción aptos para obtener la recuperación de los costos de desarrollo de dicha creación o innovación, que será un nivel de precios más alto que aquel que se daría en un mercado competitivo. Aquí hay un punto muy interesante planteado por Ariel Katz. Sin entrar en la discusión sobre la posibilidad de una noción unívoca del concepto de poder de mercado que pueda ser utilizado en la resolución de casos del derecho de la competencia, en la doctrina se ha entendido por tal “la habilidad de beneficiarse reduciendo la producción y subiendo los

precios por encima del nivel competitivo”¹⁷³. Por nivel competitivo debe entenderse aquel precio que se equipare al costo marginal, como explicamos anteriormente en este trabajo¹⁷⁴. Katz sostiene que si se toma un concepto de poder de mercado como el anterior, lo que él denomina poder de mercado “en sentido *antitrust*”, no cabría sino reconocer que, al conferir a su titular precisamente esta habilidad para subir los precios por sobre el nivel competitivo, estos derechos en realidad confieren poder de mercado, y llegando más lejos afirma que “el poder de mercado es el resultado pretendido por la propiedad intelectual”¹⁷⁵. Las conclusiones de Katz son acertadas, pero el afirmar que un derecho de propiedad intelectual confiera poder de mercado es muy distinto a afirmar que ellos confieran un

¹⁷³ HOVENKAMP, Herbert. The antitrust enterprise... (n. 27), p. 95. Creemos que, si bien no se ha manifestado expresamente en este sentido, la Fiscalía Nacional Económica comparte esta definición de poder de mercado en su guía para el análisis de operaciones de concentración, al sostener que: “una operación de concentración otorga, refuerza o incrementa el poder de mercado cuando la entidad fusionada enfrenta menores constricciones competitivas que aquellas que enfrentarían por separado las entidades que se concentran si la operación no tuviera lugar. Cuando ello ocurre es posible que la entidad fusionada en forma unilateral o coordinada, alternativa o conjuntamente, incremente los precios, reduzca la cantidad producida, disminuya la innovación, la calidad o la variedad o altere alguna otra variable competitiva causando perjuicio a los consumidores, de un modo que ninguna de las partes de la operación habría podido realizar por separado”. FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2012. Guía para el análisis de operaciones de concentración. [en línea] Santiago. <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf>> [consulta: 21 noviembre 2013], p. 7.

¹⁷⁴ Esta es la forma que lo ha entendido en general la doctrina según KATZ, Ariel, ob. cit. (n. 99), pp. 853 – 854 y CHANG, Howard, EVANS, David y SCHMALENSSEE, Richard. 2011. Market Power. Assesment of Market Power in Competition Matters. Documento de referencia sobre determinación de poder sustancial de mercado. [en línea] México. <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/09/ultdoctopodersustmercado.pdf>> [consulta: 21 noviembre 2013], p. 5.

¹⁷⁵ KATZ, Ariel, ob. cit. (n. 99), p. 863.

monopolio sobre cierto mercado, lo que no es sostenido de forma alguna por este autor, además que sus conclusiones no puedan servir para esos fines.

Como bien se ha sostenido en referencia al sistema de patentes, “las patentes describen invenciones, no mercados”¹⁷⁶. Esto da cuenta de algo muy importante, y es que a lo sumo se puede considerar que estos privilegios crean monopolios de derecho sobre el específico invento o creación determinada¹⁷⁷, permitiendo a su titular el ejercicio potencial de poder de mercado en la medida que no existan sustitutos cercanos al producto o proceso patentado, pero en ningún caso garantizan un monopolio de hecho o económico en un mercado específico. La monopolización ciertamente se caracteriza por el ejercicio irrestricto de poder de mercado, al punto en que los precios se pueden llevar lo más lejos posible del costo marginal y la producción puede ser restringida en

¹⁷⁶ HOVENKAMP, Herbert. 2008b. The Intellectual Property-Antitrust Interface. [en línea] University of Iowa Legal Studies Research Paper No. 08-46; Issues in Competition Law, ABA. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1287628> [consulta: 06 noviembre 2013], p. 2005.

¹⁷⁷ AREZZO, Emanuela. 2007. Intellectual Property rights at the crossroad between monopolization and abuse of dominant position: American and European approaches compared. [en línea]. John Marshall Journal of Computer & Information Law, vol. 24, issue 3. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=935047> [consulta: 06 de noviembre 2013], p. 36. En la formulación de la autora, estos serían más bien micro-monopolios.

beneficio del monopolista¹⁷⁸. Pero la posibilidad de monopolizar un mercado es una situación de hecho que se determinará por la medida en que haya o no suficiente competencia en el mercado respectivo, lo que a su vez será determinado por la existencia (o ausencia) de sustitutos cercanos del producto o servicio en cuestión. Un agente de un mercado determinado no puede monopolizar el mismo si es que existen sustitutos suficientemente cercanos al ofrecido por él y que desplacen la demanda hacia los mismos ante aumentos de precio del otro. En el caso de productos que incorporan elementos patentados, o cuya producción depende de estos, no habiendo posibles sustitutos ante la creación o invención protegida, se podría decir que el titular de la misma podrá ejercer poder monopólico en el mercado respectivo, pero este es un asunto meramente de hecho y tiene que ver con las especiales circunstancias del mercado. Es cierto que la protección de una obra o creación impide a los competidores hacer uso de la misma o explotarla comercialmente, salvo autorización del titular, pero esto no significa necesariamente que un competidor sea excluido del mercado relevante, pues no existe ninguna razón para no contemplar la posibilidad de entrada al mercado con otros bienes (sustitutos del protegido), se

¹⁷⁸ Como sostiene Richard Posner, el poder sobre el precio es la esencia del concepto económico de monopolio. POSNER, Richard, ob. cit. (n. 42), p. 9.

encuentren estos últimos protegidos por derechos de propiedad intelectual o no. Recordemos que los derechos de propiedad intelectual tienen un alcance limitado en relación al objeto protegido. La patente protege una invención determinada y delimitada por las reivindicaciones y descripción del invento en su registro; la marca protege un signo distintivo en relación a determinada clase de productos o servicios; y el derecho de autor protege la específica expresión de una idea. Estas limitaciones implican que cualquiera pueda competir por la demanda del consumidor en la satisfacción de una necesidad específica en la medida que su producto o servicio no traspase los límites de la propiedad intelectual, pudiendo por ejemplo inventar “alrededor de una patente” o crear una obra artística original. La serie de libros de fantasía Canción de Hielo y Fuego puede estar protegida por derechos de autor, y ciertamente nadie podrá explotar dicha obra sin consentimiento de su autor, George R. R. Martin, o quien detente los derechos patrimoniales del mismo. Pero esto no significa que en el mercado de la literatura de ficción, o más específicamente de las novelas de fantasía, exista un monopolio, pues dicha novela compite con otras novelas del mismo género¹⁷⁹, como es el Señor de los Anillos de J.R.R Tolkien, y nada

¹⁷⁹ De la exposición anterior puede desprenderse una cuestión muy relevante para el derecho de la

impide la creación original de otras series de fantasía que entrarán a competir con estas obras. Asimismo, sería extraño afirmar que Sony tiene un monopolio en el mercado de los computadores de oficina o de computadoras portátiles solo por contar con una marca para dicha clase de productos, siendo que en los hechos compite con muchas otras marcas y desarrolladores como Dell, Acer, HP o Asus. Por otro lado, que Apple haya patentado su tableta portátil iPad ciertamente no tuvo como consecuencia un poder monopólico de esta empresa sobre este mercado, sino que en la actualidad muchas empresas que desarrollaron inventos alrededor de las patentes de Apple compiten en este mercado. Como bien señala la cita anterior se protegen invenciones y no mercados. Nada garantiza que una vez concedida la protección esto conlleve en los hechos un monopolio sobre un mercado en particular. A lo sumo cabría reconocer que existe un

competencia. La determinación del mercado relevante es necesaria, pues ella permite, entre otras cosas, saber cuándo estamos ante un competidor con posición dominante. Las características de la propiedad intelectual, y en particular del derecho de autor, pueden volver esta determinación problemática. Respecto a las patentes puede ser más fácil determinar este mercado relevante, pues al tratarse de una creación con aplicación práctica, ya sea en la elaboración de un producto o por constituir un proceso industrial, la satisfacción de cierta función permite evaluar la efectiva sustitución de un producto por otro con una mayor precisión. En cambio, en las obras protegidas por el derecho de autor, salvo quizá el caso del *software*, dicha determinación se complica. ¿En qué medida las obras de Asimov pueden ser un sustituto adecuado a las obras de Julio Cortázar, o las canciones de los Beatles sustituir a las de Rolling Stones? La demanda por muchos de estos bienes no obedece necesariamente a una función específica, sino que depende en gran medida de la subjetividad de quien los consume, lo cual dificulta la delimitación de un mercado relevante. Podría ser interesante discutir las posibilidades de delimitar un mercado relevante en relación a estos bienes, pero por las pretensiones de este trabajo aquí solo dejaremos planteado este problema.

monopolio sobre la específica creación protegida, pero esto no es asimilable al monopolio de un mercado determinado. Más bien, como sostiene Emanuela Arezzo, “la función de los derechos de propiedad intelectual es proteger a los inventores y autores del *free riding* contra la competencia por imitación pero no la competencia por sustitución”¹⁸⁰. La competencia siempre podrá regir entre productos sustitutos de diversos proveedores o productores.

No cabe sino descartar la visión que encuentra en la constitución de supuestos monopolios por los derechos de propiedad intelectual una contradicción por sí misma al derecho de la libre competencia.

2. La relación entre ambos sistemas.

2.1. Complementación recíproca.

Como adelantamos, la visión perfilada anteriormente ha sido mayormente abandonada, y en la actualidad rige una concepción

¹⁸⁰ AREZZO, Emanuela, ob. cit. (n. 177), p. 36.

diametralmente opuesta. En general, se sostiene que estos dos sistemas tienen objetivos que concurren, o bien que los dos apuntan hacia los mismos fines. Esta relación de coordinación o ayuda mutua deriva precisamente de los objetivos que persiguen ambos sistemas, los cuales ya desarrollamos. Además, es importante comprender que esta relación presenta una simetría, por lo cual se entiende que el derecho de la libre competencia persigue también los fines de la propiedad intelectual y viceversa. Si bien muchas de las argumentaciones al respecto se han basado en la supuesta finalidad de la libre competencia de resguardar el bienestar de los consumidores, también es procedente esta posición respecto a la finalidad propuesta en este trabajo.

Recordemos lo que afirmamos respecto a que la defensa del proceso competitivo se condice de mejor forma con la persecución de la eficiencia dinámica. La introducción de innovación en un mercado, entendida esta en un sentido amplio, depende mayormente del interés que haya en su utilización por parte de quienes la elaboran, interés que asumimos vendrá determinado por la posibilidad de obtener beneficios a través de su implementación. Como expusimos, estos incentivos están dados por el

sistema de propiedad intelectual, pero la operatividad de estos incentivos, es decir, que efectivamente se promueva la creación e invención en los mercados, dependerá en última instancia de las condiciones competitivas del mercado en que será introducida la innovación en particular. Por muchos incentivos que el sistema de propiedad intelectual cree para promover la innovación, estos incentivos no atraerán a los potenciales creadores si las condiciones de competencia no son óptimas. Recuérdese que la libre competencia protege el proceso competitivo, que se entiende como aquel en que la competencia se basa en los méritos de los agentes económicos, constituyendo su capacidad de innovación y creación uno de los mayores activos de los competidores. En la medida en que se garantiza un sistema de libre competencia basado en méritos, los potenciales creadores e innovadores tienen un incentivo para desarrollar aquellos aspectos que los hacen ganar la competencia por la demanda del consumidor, creando tecnologías que disminuyan sus costos de producción, que hagan más eficiente el desempeño de sus medios de producción o creando productos más atractivos para los consumidores. Esta situación ha sido reconocida por las instituciones del derecho *antitrust* norteamericano, que sostienen que “En el mercado dinámico de hoy en día, las nuevas

mejoras en tecnología constantemente reemplazan a aquellas que estuvieron antes, mientras los competidores se conducen a mejorar sus productos existentes o introducir nuevos productos en orden a mantener su porción del mercado”¹⁸¹. Con lo anterior no queremos decir que el objetivo de la libre competencia sea la búsqueda de la innovación o que esta relación se dará necesariamente¹⁸², sino más bien que en general esto será así porque la competencia basada en méritos requiere de los agentes el despliegue de mayores esfuerzos para captar al consumidor, entre los cuales se encuentra su capacidad de innovación.

A su vez, la innovación buscada por el sistema de protección de la propiedad intelectual promueve el desempeño de un proceso competitivo en libertad y basado en méritos. Para entender a cabalidad esta afirmación resulta útil recurrir a la idea de un régimen de competencia en dos niveles

¹⁸¹ DEPARTMENT OF JUSTICE y FEDERAL TRADE COMMISSION, ob. cit. (n. 172), p. 1.

¹⁸² De hecho, se ha sostenido que tal relación entre competencia e innovación puede ser cuestionada, pues se podría afirmar que solo el monopolista se encuentra en una posición suficientemente cómoda para disponer de los recursos necesarios para innovar. WHISH, Richard, ob. cit. (n. 78), p. 4. Por otro lado, el acuerdo entre competidores en la fijación de precios puede llevar a los partícipes de la colusión a innovar, por ejemplo buscando métodos más eficientes de producción, porque la competencia no estará restringida más que en un aspecto que es el precio. POSNER, Richard, ob. cit. (n. 42), p. 21. Sin embargo, ambos autores relativizan luego estas afirmaciones, pues, por ejemplo, no ha sido comprobado teóricamente que el monopolista tenga mayores incentivos para innovar que los agentes en competencia.

planteada por Rudolph Peritz¹⁸³. Este autor sostiene que existiría un nivel de competencia que corresponde a la competencia comercial o en los mercados, y en que la regulación estaría dada por el derecho *antitrust* o de la libre competencia, mientras que existiría otro nivel de competencia que corresponde a la competencia en el mercado de las ideas, la cual estaría regulada por el derecho de propiedad intelectual¹⁸⁴. Esta división resulta fundamental para entender la forma en que el derecho de propiedad intelectual promueve la competencia.

Por una parte, los incentivos generados por la posible adquisición de derechos de propiedad intelectual efectivamente promueven el desarrollo de innovación, lo cual crea nuevos espacios en que se desarrolla la competencia en el nivel comercial. La apertura de nuevas posibilidades lejos de restringir la competencia la promueve incluso en mercados que antes no existían. Un ejemplo concreto. La introducción del iPad de Apple, ya mencionada en este trabajo, prácticamente creó un nuevo mercado, el de las tabletas electrónicas táctiles, con lo cual, no obstante no haber

¹⁸³ PERITZ, Rudolph. 2005. Rethinking U.S. Antitrust and Intellectual Property Rights. [en línea] New York Law School Public Law and Legal Theory, Research Paper Series 04/05 #22. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=719745> [consulta: 06 noviembre 2013].

¹⁸⁴ PERITZ, Rudolph, ob. cit. (n. 183), p. 2.

desarrollado Apple esta tecnología inicialmente, se impulsó la competencia en este nuevo segmento con el desarrollo de tabletas de otras compañías como Samsung o LG. Asimismo, uno se puede imaginar un mercado ya existente, en que la introducción de un nuevo producto protegido, al que se desplace la demanda por sus mejores características, impulsará a los participantes de este mercado a buscar formas de mantener la demanda hacia sus productos, ya sea por medio de mejores precios, nuevos productos, un desempeño más eficiente, etc. Pero la propiedad intelectual no solo promueve los objetivos del derecho de la libre competencia por esta relación de competencia e innovación, sino que además, como vimos anteriormente, la particular rama del derecho marcario se constituía como un elemento fundamental en la misma posibilidad de competir en un mercado. Todo lo anterior permite concluir que el derecho de propiedad intelectual promueve el nivel comercial de la competencia, o en palabras del profesor Gumucio, “la PI (propiedad intelectual) fomenta la libre competencia, ya que promueve la innovación, la creación de nuevos mercados y productos, la competencia en calidad, diversidad de atributos y

otra serie de beneficios que son coincidentes con los objetivos de una legislación que defiende la libre competencia”¹⁸⁵.

Por otra parte, no se debe olvidar que los derechos de propiedad intelectual no son ilimitados en el tiempo ni en su extensión, y que una de las razones para promover la innovación es que esta, a su vez, sirve de base para el desarrollo tecnológico y creativo posterior. Mediante un adecuado diseño del sistema de propiedad intelectual, que sea capaz de balancear el interés social e individual a través de la limitación del alcance y plazo de protección, la aceptación del uso justo o los requisitos de protección, entre otros, se promueve también la competencia pues la impulsa en el desarrollo de nuevas ideas a partir de aquellas ya existentes y que se encuentran a disposición, ya sea por su oferta en el mercado o en el dominio público, y que constituyen lo que Peritz denomina el mercado de las ideas. Al incentivar la innovación, este sistema permite que el conocimiento sea utilizado en la generación de nuevas creaciones¹⁸⁶, ya sea por fines altruistas o bien para alcanzar precisamente estos privilegios con la

¹⁸⁵ GUMUCIO, Juan Cristóbal, ob. cit. (n. 50), p. 86. El paréntesis es nuestro.

¹⁸⁶ De aquí la importancia de un sistema de propiedad intelectual que cuente con instituciones como el uso justo que permiten la utilización de creaciones protegidas para el desarrollo de nuevas ideas.

consecuente posibilidad de explotarlos comercialmente. Esto quiere decir que la competencia no se dará solamente en el nivel comercial o en los mercados en que dichas creaciones intelectuales son ofrecidas o aplicadas en la elaboración de productos o la prestación de servicios, sino que la posibilidad de usar el conocimiento previo promueve la competencia entre los desarrolladores por ser el primero en lograr una nueva creación, pues aquel que logre desarrollarla primero podrá ser titular de un derecho o privilegio de propiedad intelectual, que, como vimos, promueve su existencia y eventual explotación comercial. Por tanto, este sistema promueve la competencia también en el segundo nivel, el creativo.

Al reconocer que los objetivos de ambos sistemas se complementan, promoviendo recíprocamente el cumplimiento de sus finalidades, se puede cuestionar si acaso dichos sistemas permiten estas consideraciones en la práctica, o si el diseño de los mismos es ajeno a esta relación complementaria; en otras palabras, cabe preguntarse si acaso el derecho de la competencia debería ocuparse exclusivamente del proceso competitivo tanto en el nivel comercial como en el mercado de ideas, así como si

solamente el derecho de propiedad intelectual debe preocuparse de la innovación en los mercados en razón de la normativa que rige a cada uno.

Creemos que el objetivo del derecho de la libre competencia aquí reconocido abre la posibilidad a que entendamos que la preocupación por la innovación no sea materia exclusiva del derecho de propiedad intelectual. Por las razones que vimos, la defensa del proceso competitivo ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, puede salvaguardar la innovación en cuanto ella constituye una herramienta por la cual los competidores disputan la demanda del consumidor. No obstante, tiene un mayor interés la pregunta sobre objetivos de competencia en el derecho de propiedad intelectual, para lo cual resultan sumamente útiles los planteamientos de Katz. Para este autor los sistemas de propiedad intelectual en su mismo diseño presentan una preocupación por el aseguramiento de la competencia¹⁸⁷, tanto en el nivel de las creaciones como en el nivel comercial o del mercado específico. Existirían un conjunto de instituciones que muestran este enfoque, como por ejemplo las limitaciones en alcance y duración de la protección permitirían un mayor

¹⁸⁷ KATZ, Ariel. 2013. Copyright and competition policy. [en línea] Toronto, Canadá. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2231811> [consulta: 06 noviembre 2013], p. 15.

desarrollo de la competencia en el mercado de ideas, mientras la doctrina de la primera venta fomentaría la competencia comercial, pues permite que una vez puesto en el mercado el objeto protegido con el consentimiento del titular, este pierda el control sobre el mismo, no pudiendo restringir su uso o comercialización posterior por el tercero (o cesionario de éste) que la adquirió legítimamente del titular de la propiedad intelectual o su licenciataria. Instituciones como estas se presentan en el diseño del sistema de propiedad intelectual chileno. Así, tenemos el propio agotamiento del derecho de distribución en el artículo 18 y las ya mencionadas limitaciones y excepciones al derecho de autor del título tercero de la Ley 17.336 de propiedad intelectual, que permiten, a grandes rasgos, la utilización de material protegido para el desarrollo de nuevas creaciones. Por otra parte, el inciso quinto del artículo 49 de la Ley 19.039 de propiedad industrial consagra el agotamiento del derecho de patente, que proscrib el impedimento a la comercialización posterior del producto amparado por una patente cuando la adquisición en el mercado haya sido legítima. Esta misma ley, en su artículo 19 bis E, establece el agotamiento internacional del derecho de marca, que permite la comercialización en Chile de productos con la misma marca adquiridos legítimamente en un país distinto,

sin que el titular legítimo de esta marca pueda oponerse a dicha comercialización.

Quizá el ejemplo más claro de que nuestro sistema de propiedad intelectual no es ajeno a la preocupación por la competencia lo demuestra el artículo 51 N° 1 de la ley de propiedad industrial, que contempla la posibilidad de conceder licencias no voluntarias sobre una patente “cuando el titular de la patente haya incurrido en conductas o prácticas declaradas contrarias a la libre competencia, en relación directa con la utilización o explotación de la patente de que se trate, según decisión firme o ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”. Vemos que ambos sistemas admiten en su diseño la consideración recíproca de las finalidades del otro.

No cabe sino concluir que es acertada, en consecuencia, la visión que sostiene que estos sistemas son más bien complementarios y que, por lo general, no se encuentran en contradicción. Esta ha sido la postura

mayoritaria de la doctrina en la actualidad¹⁸⁸ y de algunos órganos de defensa de la libre competencia en el derecho comparado, como demuestran las guías del *Department of Justice* norteamericano, previamente citadas, o la categórica expresión del *Competition Bureau* de Canadá, que señala “la promoción de un mercado competitivo por medio de la aplicación de leyes de competencia es consistente con los objetivos que subyacen a las leyes de propiedad intelectual”¹⁸⁹.

2.2. La tensión potencial entre la libre competencia y la propiedad intelectual.

Sin embargo, como también ha reconocido la doctrina, en la práctica el sistema de derechos de propiedad intelectual puede entrar en

¹⁸⁸ Véase por ejemplo AREZZO, Emanuela, ob. cit. (n. 177), p. 43; BERCOVITZ, Alberto. 1994. Tendencias actuales en la Propiedad Intelectual. En: SOBERANES, José Luis (Comp.). Tendencias actuales del Derecho. México, Fondo de Cultura Económica. pp. 55 – 67, p. 61; GUMUCIO, Juan Cristóbal, ob. cit. (n. 50), p. 86; HOVENKAMP, Herbert. The antitrust enterprise... (n. 27), p. 255; IOANIS, Lianos, ob. cit. (n. 27), p. 283; KATZ, Ariel. Copyright and competition policy... (n. 187), p. 2; LEMLEY, Mark, ob. cit. (n. 139), pp. 12 - 13; RAMELLO, Giovanni. 2002. Copyright and antitrust issues. [en línea] En: GORDON, Wendy and WATT, Richard (Eds.). The economics of copyright, developments in research and analysis. United States, Edward Elgar Publishing. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=352760> [consulta: 06 noviembre 2013], p. 1; WHISH, Richard, ob. cit. (n. 78), p. 676.

¹⁸⁹ COMPETITION BUREAU. 2000. Intellectual property enforcement guidelines. [en línea] Canadá. <[http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/ipege.pdf/\\$FILE/ipege.pdf](http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/ipege.pdf/$FILE/ipege.pdf)> [consulta: 21 noviembre 2013], p. 5.

contradicción directa con el sistema de defensa de la libre competencia¹⁹⁰. Es cierto que la propiedad intelectual puede contribuir al desarrollo del proceso competitivo en la forma que vimos, pero no olvidemos que su enfoque principal es la promoción de la innovación, para lo cual otorga al creador la exclusividad y exclusión en el uso de su obra o invento, lo cual impide el libre acceso a la misma. Si bien, como ya explicamos, no se concede necesariamente un monopolio sobre un mercado específico, existe en realidad una tensión potencial entre estos dos sistemas, pues al entregarse al titular de estos derechos facultades que en efecto posibilitan el restringir la competencia que pueda existir sobre el producto objeto de protección, por medio de distintos métodos, el titular del derecho concedido podría abusar de su poder de mercado e infringir las prescripciones del artículo 3° del DL 211. Así, por ejemplo, puede darse en el contexto de la negativa a licenciar su producto a competidores actuales o potenciales, por la imposición de ciertas condiciones en sus licencias que puedan conllevar en la práctica dicha restricción o bien, como veremos, por el ejercicio de

¹⁹⁰ Vale la pena mencionar que esta posible contradicción no es solamente inter sistémica, sino que puede darse también una contradicción en el interior de estos sistemas por su mismo diseño o implementación. A esto se refiere claramente Hovenkamp, al decir que en muchos momentos de la historia, las leyes *antitrust*, diseñadas para prevenir efectos anticompetitivos, han venido a agravar el problema en vez de solucionarlo, o bien que la misma propiedad intelectual en su diseño puede limitar la innovación al establecer una excesiva protección a los derechos concedidos, por ejemplo por una duración muy extensa de estos privilegios. HOVENKAMP, Herbert. *Innovation and the Domain...* (n. 43), pp. 107-108.

acciones judiciales conducidas presuntamente a la protección de estos derechos¹⁹¹. El hecho de que este sistema otorgue la potencialidad de restringir la competencia lleva a la pregunta de si acaso debe intervenir y, en caso afirmativo, cuándo deberá hacerlo el sistema de libre competencia. En otras palabras, la pregunta consistirá en cuándo debemos estimar que estas restricciones al proceso competitivo son ilegítimas o anticompetitivas.

Las facultades que posibilitan estas restricciones corresponden al ejercicio de un derecho legítimo, por lo que la pregunta acerca de si la restricción en uso de estas facultades es anticompetitiva, o si puede ser sancionable en sede de libre competencia, se vuelve problemática. La clave está en la idea de balance¹⁹². Si se toma conciencia del carácter de ambos sistemas como partes del derecho económico, en cuanto ambos son herramientas

¹⁹¹ Hay que aclarar que esta tensión inherente tiene que ver más con la concepción de que el proceso competitivo que se defiende por el derecho de libre competencia presupone la libertad en el desarrollo de un producto o en la prestación de determinado servicio, lo que podría ser restringido por la exclusividad del titular del derecho de propiedad intelectual cuya utilización es necesaria para dicha producción o prestación. La posición que entiende que hay una tensión inherente porque los derechos de propiedad intelectual se presentarían como una excepción al derecho de la competencia es errada, pues en verdad lo que otorgan los derechos de propiedad intelectual es a lo sumo una ventaja competitiva, en ningún caso una inmunidad frente a las normas de la libre competencia. Esta posición, a nuestro parecer equivocada, la podemos encontrar en OTERO, José Manuel, ob. cit. (n. 32), p. 33.

¹⁹² La posición que elaboramos a continuación se inspira mayormente en los planteamientos expuestos en HOVENKAMP, Herbert. *The antitrust enterprise...* (n. 27), pp. 254 – 256 y LEMLEY, Mark, ob. cit. (n. 139), pp. 19 – 20.

regulatorias de fallas del mercado¹⁹³, las finalidades que persiguen los dos y la forma en que ellos pueden promover sus objetivos recíprocamente, no puede admitirse que el reforzamiento de uno de estos sistemas vulnere los objetivos perseguidos por el otro. Se debe encontrar un punto de equilibrio en que el sistema de defensa de la libre competencia no traspase los límites del derecho de propiedad intelectual y a su vez que este último no permita el entorpecimiento del proceso competitivo basado en los méritos de los competidores. La razón por la que resultaba tan importante entender los objetivos y finalidades propios de estos dos sistemas es que ellos nos entregan un punto de referencia para encontrar este equilibrio. Creemos que la solución está en entender que el derecho de la libre competencia debe intervenir solo en aquellos casos que no están cubiertos por el sistema de propiedad intelectual en dos sentidos: primero, como ya vimos, el mismo sistema de propiedad intelectual presenta en su diseño instituciones dirigidas a salvaguardar la competencia en la creación, y también la competencia comercial. Por esta razón, y siguiendo a Katz, creemos que el derecho de la libre competencia no debe intervenir o ser utilizado para promover el proceso competitivo ahí donde el sistema de propiedad

¹⁹³ Sobre las consecuencias de esta concepción en la interrelación de estos dos sistemas, véase IOANIS, Lianos, ob. cit. (n. 27), pp. 276 – 282.

intelectual prevé soluciones internas a dicho problema¹⁹⁴; por otra parte, la libre competencia no debiera intervenir en aquellos casos en que la conducta potencialmente anticompetitiva sea consecuencia del ejercicio de una facultad cubierta por un derecho de propiedad intelectual, en la medida en que este sistema autorice o efectivamente conceda a su titular dicha facultad. Recordemos que se otorgan diversas facultades al autor o creador como incentivo para la innovación, por lo que de ser sancionable el ejercicio de las mismas en sede de libre competencia, se puede causar un desincentivo a la actividad de creación o innovación, por la incapacidad o inseguridad que se crearía para los potenciales titulares de estos privilegios de valerse de los medios que prescribe la normativa de propiedad intelectual, lo que se traduciría en el entorpecimiento de las finalidades de este sistema. Pero esto no quiere decir que el derecho de la libre competencia no tenga nada que decir en casos en que intervienen estos derechos, sino que su utilización debe ser limitada al punto de no obstaculizar la creación e innovación, finalidades últimas del sistema de propiedad intelectual. En todos aquellos casos en que se restrinja la competencia haciendo uso de derechos de propiedad intelectual, la pregunta

¹⁹⁴ KATZ, Ariel. Copyright and competition policy... (n. 187), p. 14.

esencial es si acaso dicha restricción es efectivamente permitida y si la misma es consistente con la finalidad de promover la creación e innovación. Por supuesto que esto refuerza la importancia de un diseño inteligente del sistema de propiedad intelectual, así como la necesidad que el mismo sea consistente con su objetivo esencial, pues mientras más extensos sean los derechos conferidos a los creadores e innovadores, en términos de duración y alcance, más difícil se vuelve para el derecho de la libre competencia intervenir en situaciones en que efectivamente se está restringiendo la competencia. Ciertamente que esto es un asunto de *lege ferenda* que en la actualidad se muestra como una necesidad y que debe ser objeto de discusión legislativa, pero esto no cambia la conclusión anterior. La libre competencia solo debe intervenir cuando la conducta no esté realmente cubierta por el derecho de propiedad intelectual, sea este diseño deficitario o no, y si la utilización de estos derechos no es consistente con los objetivos perseguidos con su otorgamiento.

En vista de las consideraciones anteriores, el problema puede ser más simple de lo que pareciera a primera vista, al menos en abstracto. Casos de conflicto real entre ambos sistemas en Chile han sido más bien marginales,

y en general tienen que ver con un abuso del derecho de propiedad intelectual más que con la utilización legítima del mismo. Como sostiene Alberto Heimler, “en todas las jurisdicciones, la defensa de la libre competencia en relación a derechos de propiedad intelectual se refiere a restricciones a la competencia que van más allá de lo que las patentes, el derecho de autor y las marcas generalmente permiten”¹⁹⁵. No creemos que se pueda hablar realmente de una contradicción en términos de lo que los sistemas protegen, o los objetivos perseguidos por ellos, sino que más bien se estaría ante un caso en que frente a la falta o abuso de uno de los dos sistemas, el otro debe intervenir para poder paliar esta deficiencia. En realidad estas aparentes contradicciones tienen una mayor relación con el sentido de complementariedad de ambos sistemas, pues dicha intervención es conveniente en la medida en que el objetivo mutuo permitido por ellos no se esté cumpliendo. En general, la jurisprudencia y la doctrina han indicado que mientras la propiedad intelectual sea utilizada para competir en el rango que legítimamente establecen estos derechos y privilegios, no debería haber conflicto entre ambos sistemas. Por cierto, puede ser que los derechos de propiedad intelectual conlleven una restricción al proceso

¹⁹⁵ HEIMLER, Alberto. 2008. Competition Law Enforcement and Intellectual Property Rights. [en línea] <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1105326> [consulta: 21 noviembre 2013], p. 17.

competitivo porque, por ejemplo, no se pretenda licenciar un producto para el cual no existan sustitutos, impidiéndose del todo la competencia en este mercado. Pero esto no significa necesariamente que dicha restricción sea anticompetitiva en los términos que interesa a las autoridades de defensa de la competencia; más bien, este sistema no tendrá nada que decir, ya que asiste al titular este legítimo derecho de propiedad intelectual.

Cosa muy distinta se podría predicar, por ejemplo, en el caso de las licencias sujetas a la compra de un insumo necesario para la explotación de una patente a su titular, el que puede ser un producto genérico. En un caso como este sí podría corresponder a las autoridades de libre competencia pronunciarse, pero no será el uso del legítimo derecho del titular lo que constituirá la posible infracción, sino que más bien el abuso de este derecho será lo que conllevará una conducta anticompetitiva, pues se podría llegar a la conclusión de que se está extra limitando ilegítimamente el alcance de la protección de la propiedad intelectual legítimamente obtenida al intentar incidir con ella en el mercado de un producto genérico. Como se ha sostenido, el “derecho de la libre competencia se preocupará no por el ejercicio legítimo del derecho de propiedad intelectual garantizado por el

gobierno, sino que por los esfuerzos de expandir el rango de estos derechos”¹⁹⁶. Por supuesto, esto es un asunto que deberá ser evaluado de forma detenida en la resolución de un conflicto en sede de libre competencia.

Concluimos así que la relación entre estos dos sistemas presenta una complementariedad recíproca en la persecución de sus objetivos, por lo que frente a la posible interacción en conflicto, se debe buscar una solución que tienda a la armonía y consistencia respecto a las finalidades de ambos sistemas.

3. La relación de estos sistemas en el derecho comparado.

En esta sección realizaremos una exposición de la forma en se ha tratado esta relación por la jurisprudencia y la doctrina comparada, estadounidense y europea, y de aquellos casos en que supuestamente se ha hallado un encuentro de estos sistemas. Nuestra exposición no será extensa y detallada, pues el estudio acabado del tratamiento que se da en esos

¹⁹⁶ LEMLEY, Mark, ob. cit. (n. 139), p. 14.

ordenamientos a la relación entre estos dos ámbitos del Derecho Económico podría justificar la realización de un trabajo de investigación dirigido exclusivamente a estos fines. No obstante, nos referiremos a algunos casos que nos parece permiten ilustrar y entender de mejor modo la posición adoptada en el presente trabajo.

3.1. Libre competencia y propiedad intelectual en el derecho de Estados Unidos.¹⁹⁷

El derecho *antitrust* tiene una larga tradición en el derecho estadounidense que se remonta a finales del siglo XIX, con la promulgación de la *Sherman Act* en 1890. En el desarrollo de sus instituciones y en la formación de reglas y principios aplicables a sus casos la jurisprudencia ha tenido una importancia mayúscula. Así por ejemplo, la configuración de la *rule of reason* (regla de la razón) o la confirmación de la regla de ilicitud *per se* para algunas circunstancias son resultado de la actividad jurisdiccional, que ha sentado precedentes vinculantes para la resolución de

¹⁹⁷ Una notable exposición de la evolución que ha tenido la jurisprudencia norteamericana respecto a la posibilidad de encuentro de estos dos sistemas, y en que se basa mayormente esta sección, se encuentra en HOVENKAMP, Herbert. *The Intellectual Property-Antitrust...* (n. 176).

casos posteriores¹⁹⁸. La determinación del modo en que interactúa el derecho *antitrust*, o de la libre competencia con el sistema de propiedad intelectual no es una excepción.

La evolución de la jurisprudencia estadounidense de casos *antitrust* en que entran en consideración derechos de propiedad intelectual resulta interesante porque muestra que la relación entre estos dos sistemas ha sido determinada en gran medida por la mayor predominancia que se ha dado a cada uno de ellos en períodos distintos, limitándose así la intervención en relación al mayor alcance o extensión que se reconoce a uno u otro. Esta relación histórica ha sido descrita por Mark Lemley a través de la metáfora de un péndulo que se balancea en el tiempo entre períodos de mayor reforzamiento de los derechos de propiedad intelectual y períodos en que se ha dado mayor importancia al reforzamiento de la competencia mediante el derecho *antitrust*¹⁹⁹. Por supuesto, son muchas las razones de política económica que llevan a un punto u otro al péndulo, y las mismas se ven

¹⁹⁸ La *rule of reason* se desarrolló por primera vez en la resolución del caso Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, de 1911. Por su parte, la regla de ilegalidad per se en caso de acuerdos horizontales de precios, que no fueran accesorios a la persecución de eficiencia, fue reconocida en la decisión de United States v. Addyston Pipe and Steel Company, de 1898. Véase, BORK, Robert, ob. cit. (n. 50), pp. 33 – 41 y 267 - 269.

¹⁹⁹ LEMLEY, Mark, ob. cit. (n. 139), pp. 14 – 17.

reflejadas tanto en la ley como también en las decisiones de los tribunales estadounidenses. Es entendible que en un período en que políticamente se da mayor preponderancia a los derechos de propiedad intelectual sea más difícil cuestionar el uso de los mismos como herramientas anticompetitivas. Pero lo importante es comprender, como la doctrina norteamericana ha reconocido, que el mayor reforzamiento de derechos de propiedad intelectual frente al alcance del derecho *antitrust*, y viceversa, no responde a la realidad de un conflicto inherente entre ambos sistemas que deba ser resuelto entregando a uno predominancia frente al otro, sino que más bien se está caracterizando dicha relación en el sentido que mencionábamos, es decir, que el diseño de ambos sistemas determina recíprocamente el alcance de la intervención del otro en la resolución de un caso que puede tener interés de acuerdo a las finalidades perseguidas por cada uno. En otras palabras, el carácter pendular de la jurisprudencia estadounidense en esta materia no dice nada respecto a la naturaleza de la relación entre estos dos sistemas, sino que simplemente es el reflejo de una decisión de política económica que viene a caracterizar los límites más amplios de uno u otro.

Existen muchos ejemplos en la jurisprudencia norteamericana en que se ha tratado esta relación. Sin perjuicio de que exista una gran variedad de conductas que involucran derechos de propiedad intelectual, la exposición de la jurisprudencia que realizamos a continuación se limitará a tres tipos de conductas: licencias atadas, la imposición de otras restricciones horizontales por medio de licencias y la negativa unilateral a licenciar.

3.1.1. **Licencias atadas.**

Otro aspecto que marca la evolución de la jurisprudencia norteamericana sobre la relación entre estos dos sistemas es su recurso a soluciones propias del derecho de propiedad intelectual y del derecho *antitrust* en la resolución de los casos en que las conductas involucran la utilización de algún derecho o privilegio sobre bienes objetos de protección por medio de propiedad intelectual. Resulta interesante, como plantea Hovenkamp, que los primeros casos en que se consideró la capacidad potencial de los derechos de propiedad intelectual de restringir la competencia fueron decididos de forma previa a la promulgación de la *Sherman Act*, como es el caso Adams v. Burke de 1873, en que se utilizó la

doctrina de la primera venta para evitar la posible afectación de la competencia por la imposición de restricciones territoriales por medio de una licencia²⁰⁰. No obstante, la utilización de soluciones del derecho de propiedad intelectual se siguió dando incluso después de la entrada en vigencia de la *Sherman Act*. Así, por ejemplo, el caso Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co. de 1911, conocido simplemente como Dr. Miles, en que se condenó la fijación de un precio de reventa sobre la medicina protegida por secreto empresarial²⁰¹, pues se estimó que la venta por parte de su productor original agotaba el derecho de primera venta, no pudiendo extender su control a la reventa. Estos correspondieron a casos de propiedad intelectual y en realidad su resolución no arroja problemas del derecho *antitrust* propiamente tales, sino más bien preocupaciones por la posibilidad de restringir la competencia que fueron resueltas con herramientas exclusivas del derecho de propiedad intelectual. Ellos son reflejo de un período de formación del derecho *antitrust*, en que muchas de sus reglas y principios no se habían formulado o desarrollado, y en que,

²⁰⁰ HOVENKAMP, Herbert. *Innovation and the Domain...* (n. 43), p. 110.

²⁰¹ Cabe destacar que, pese que este haya sido un caso de secreto empresarial, y no de una patente u otro derecho de propiedad intelectual, Hovenkamp indica que el resultado o la resolución del conflicto hubiese sido el mismo si se hubiera tratado de alguno de estos privilegios, por ejemplo una patente. HOVENKAMP, Herbert. *The Intellectual Property-Antitrust...* (n. 176), p. 1984. Por lo demás, recuérdese que vimos en el presente trabajo que el secreto comercial es una alternativa a disposición del inventor para proteger su innovación frente a la posibilidad de patentar.

pese a que se plantearon potenciales restricciones a la competencia, no es de extrañar que se utilizara el derecho de propiedad intelectual en su solución.

Sin embargo, en este mismo período aparecen los primeros casos de acuerdos de *tying* (vinculación de un producto a otro) que involucraban derechos de propiedad intelectual, ya sea por la venta directa de un producto protegido o por medio de licencias, y que aparentemente presentaban un conflicto frente al derecho *antitrust*. En los casos de *tying*, el titular de la propiedad intelectual fuerza a quien adquiere sus bienes objeto de dicha protección, o al licenciatarario de los mismos, a la adquisición de otros bienes que pueden o no gozar de esta protección, con el fin de asegurar la demanda también en el segundo mercado. Esto se dio desde los inicios de la jurisprudencia norteamericana respecto a la relación del derecho *antitrust* con la propiedad intelectual, con el caso Henry v. A.B. Dick, de 1912. Independiente que también haya sido usada la legislación de propiedad intelectual para su solución, el mismo ilustraba muy bien la cuestión propuesta, pues se trataba de imponer la compra del papel, tinta y otros implementos producidos por la compañía que vendía las máquinas patentadas que usaban estos insumos. Estos no estaban protegidos por dicha

patente y por medio de la licencia de la máquina se obligaba a adquirir también estos insumos no protegidos. El problema estaba en que en esos momentos ni la *Sherman Act*, ni la ley de propiedad intelectual pertinente, la *Patent Act*, se referían expresamente a estas conductas²⁰². Ante la demanda por infracción de la licencia sobre la patente de las máquinas copiadoras de A.B. Dick, la Corte Suprema decidió que esta restricción en la licencia era lícita, y por lo tanto condenó la infracción a la licencia, sin admitir la defensa del infractor en cuanto la misma constituía una restricción anticompetitiva en términos de la *Sherman Act*.

La solución planteada en el caso Henry sería revocada con posterioridad en Motion Picture Patents Co. (MPPC) v. Universal Film Mfg. Co., de 1917. MPPC, mediante diversas prácticas, pretendía monopolizar la industria cinematográfica, siendo una de ellas la licencia de sus proyectores patentados con la exigencia que solo se exhibieran con ellos películas suyas, es decir, querían atar a la venta de sus proyectores la venta de sus películas, lo que eventualmente llevó a la demanda por la infracción

²⁰² HOVENKAMP, Herbert. The antitrust enterprise... (n. 27), p. 261.

de esta licencia. En este caso sí se negó la infracción de patentes, y se sostuvo que la restricción impuesta en las licencias era ilegítima.

Este caso es interesante por dos razones: en primer lugar, el caso fue decidido de acuerdo a la doctrina del *misuse*, o abuso de patente, del derecho de propiedad intelectual, pese a que la *Clayton Act* había sido promulgada tres años antes, y en la que se establecía expresamente una disposición sobre la ilicitud de los acuerdos de vinculación de un producto a otro (*tying arrangements*) cuando el efecto fuese limitar la competencia, incluyendo los casos en que el producto vinculante estuviese patentado²⁰³. De todas formas, se citó dicha ley como argumento para respaldar la decisión de la Corte en relación al abuso del derecho de patente; la segunda razón del interés de esta sentencia es quizá más importante. A diferencia del caso Henry, en que se estableció que, a falta de prohibición expresa, no se podía entender que el titular de la patente estuviera abusando de la misma (*misuse*) por la vinculación de productos no patentados a los suyos, aquí se realizó un análisis del alcance del derecho que llevó a la Corte a la

²⁰³ Hovenkamp sostiene que la no utilización de esta ley resulta más curiosa aún, pues en la historia de su promulgación se muestra una preocupación explícita por los riesgos competitivos que generaban las prácticas de la MPPC en conjunto con la General Film Co. HOVENKAMP, Herbert. *The Intellectual Property-Antitrust...* (n. 176), p. 1987.

conclusión de que el uso de productos no incluidos en la patente no podía constituir una infracción y que la extensión de la patente a productos no cubiertos por ella, mediante una licencia y su correspondiente demanda por infracción, constituiría un abuso de este derecho²⁰⁴. Esta sentencia es importante porque muestra cómo el alcance de los derechos de propiedad intelectual constituyó un parámetro relevante a la hora de definir cuándo una práctica por parte de su titular puede considerarse como abusiva o anticompetitiva, criterio que se siguió utilizando en casos posteriores de vinculación de productos en que intervenían productos patentados.

Sin extendernos en el desarrollo de los casos de *tying* que siguieron a estas dos decisiones, basta con mencionar que hasta la década de 1940 la mayoría de casos que involucraban la vinculación de un producto no patentado a un producto patentado fueron resueltos usando la doctrina del abuso del derecho de patentes (*misuse*), más que reglas propias del derecho *antitrust*²⁰⁵. El cambio que se produjo en la década de 1940 se debe

²⁰⁴ LEMLEY, Mark, ob. cit. (n. 139), p. 16.

²⁰⁵ Hovenkamp indica que hasta la década de 1940 existen dos casos que se muestran como excepción a la casi exclusiva utilización de la doctrina del abuso frente a la doctrina *antitrust*: *United Shoe Mach. Corp. v. United States* (1922) e *IBM Corp. v. United States*, (1936). Nótese que, como el autor sostiene, el caso IBM en realidad fue resuelto utilizando los criterios de *misuse*, pero en forma activa, en vez de ser

fundamentalmente al desplazamiento del péndulo hacia una mayor hostilidad hacia el sistema de patente y a un mayor reforzamiento y confianza en las soluciones del derecho *antitrust*. Es con el caso International Salt Co. v. United States, en 1947, que se inicia realmente el desarrollo de la jurisprudencia propiamente *antitrust* respecto a la vinculación o *tying*. En esta decisión se establece la ilicitud de la vinculación en aquellos casos en que se tenga poder en el mercado del producto vinculante, pero más importante, se estableció la presunción de que existía dicho poder cuando el producto vinculante correspondiera a un producto patentado²⁰⁶. Desde esta solución, ha predominado el tratamiento y solución desde la doctrina *antitrust* sobre la vinculación de productos en que uno los productos es objeto de protección por un derecho de propiedad intelectual.

No obstante el precedente anterior, no debe sobreestimarse sus efectos en relación a la presunción de poder de mercado cuando existen derechos de propiedad intelectual involucrados, así como sus efectos en la

utilizado como una defensa frente a la infracción de una patente, que es la forma en que tradicionalmente se usaba dicha doctrina. HOVENKAMP, Herbert. *The Intellectual Property-Antitrust...* (n. 176), pp. 1989 – 1990.

²⁰⁶ HOVENKAMP, Herbert. *Innovation and the Domain...* (n. 43), p. 113.

evaluación de una conducta en sede de libre competencia. El período que siguió a la década de 1940 ciertamente estuvo marcado por una desconfianza hacia los derechos de propiedad intelectual, que llevaron incluso a la elaboración por parte de la *Antitrust Division* del Departamento de Justicia estadounidense de una lista de prácticas relativas a la licencia sobre derechos de propiedad intelectual que se consideraban anticompetitivas *per se*, conocidas como los *Nine No-No's*, y que tenían como presupuesto la noción de que los derechos de propiedad intelectual conferían poder de mercado a sus titulares²⁰⁷. Sin embargo, dicha presunción no se extendió a la resolución de todos los casos, encontrándose ejemplos en que la misma no se aplicó²⁰⁸, a lo cual se sumaba la crítica que recibió dicha interpretación por la doctrina, principalmente por parte de la escuela de Chicago. Pero además, en 1995 las autoridades *antitrust* estadounidenses elaboraron las *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, en que categóricamente se expresa como principio

²⁰⁷ KATZ, Ariel. Making sense... (n. 99), p. 845.

²⁰⁸ Por ejemplo, según se indica en KATZ, Ariel. Making sense... (n. 99), p. 848, en el caso Walker Process Equipment, Inc. v Food Machinery & Chemical Corp. se rechazó la posibilidad de inferir poder de mercado por la sola existencia de una patente.

general que “las Agencias no presumen que la propiedad intelectual cree poder de mercado en sentido *antitrust*”²⁰⁹.

Otros casos de vinculación por medio de licencias muestran un alejamiento de las reglas establecidas en *International Salt*. Así, en el caso BMI v. Moor-Law, Inc. de 1981, se consideró lícita la práctica de licencia abierta (*blanket licensing*), que corresponde un tipo de vinculación (*tying*) en que la licencia de un objeto protegido se ata a la adquisición o licencia de un conjunto de otros bienes protegidos. En este caso se trataba de la licencia del inventario musical de BMI, la cual se consideró lícita por estar justificada en razón de costos de transacción y por la conveniencia para el licenciatario, aspectos que volvían razonable la utilización de dicha práctica²¹⁰. De forma más reciente se ha considerado la anticompetitividad de casos de vinculación de acuerdo a sus potenciales efectos en la exclusión

²⁰⁹ DEPARTMENT OF JUSTICE y FEDERAL TRADE COMMISSION. 1995. Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property. [en línea] <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0558.pdf>> [consulta: 21 noviembre 2013], p. 2. Pero además, se llega más lejos al sostener como tercer principio que las licencias de propiedad intelectual son generalmente pro competitivas.

²¹⁰ LANDES, William y POSNER, Richard, ob. cit. (n. 124), pp. 501 – 502. Sin embargo, también es cierto que se extendió la regla establecida en *International Salt* a otro tipo de vinculación, conocido como *Block Booking*, y que vino a extender la presunción de poder de mercado también en los casos en que el derecho de propiedad intelectual consistía en derechos de autor. Esta fue la solución en el caso *United States v. Loew*, de 1962, en que se pretendía licenciar un conjunto de películas en bloque, es decir, el titular de las mismas las licenciaba solo en conjunto y no por separado. Véase, HOVENKAMP, Herbert. *The antitrust enterprise...* (n. 27), pp. 265 - 266.

de competencia, más que en relación a la convicción de que los acuerdos de vinculación en las licencias puedan ser anticompetitivos por sí mismos. Este fue el razonamiento que se dio en el caso United States v. Microsoft Corp. del año 2001, en que estaba en cuestionamiento la posibilidad de excluir al competidor Netscape del mercado de exploradores de internet (*browsers*) por la estrategia de vinculación del sistema operativo Windows con su explorador Internet Explorer, y que se resolvió por un acuerdo entre el Departamento de Justicia y Microsoft²¹¹. Por último, cabe mencionar que la regla establecida en *International Salt* ha sido revocada de forma reciente por la Corte Suprema en el caso International Tool Works Inc. v. Odep. Ink, Inc. de 2006.

3.1.2. Restricciones horizontales.

La imposición de restricciones horizontales a la competencia a través del uso de derechos de propiedad intelectual también ha sido tratada en la jurisprudencia norteamericana. Uno de los primeros casos en que se trató en

²¹¹ HEIMLER, Alberto, ob. cit. (n. 195), pp. 11 – 12. Vale mencionar que este no es un caso propiamente tal de *tying*, sino que más bien de *Bundling*, en que se ofrecen dos o más productos en un paquete. Sin embargo no existe una diferencia sustancial entre una y otra estrategia de vinculación que amerite considerarlas de forma separada, al menos en relación a lo que aquí nos interesa.

sede *antitrust* estas restricciones fue el caso United States v. General Electric Co., de 1926. Existía una licencia entre dos competidores en la fabricación de ampollitas, en que el titular de la patente, General Electric, fijaba el precio que Westinghouse, su licenciataria competidora, cobraría por las ampollitas fabricadas bajo la patente. Siendo competidores en la fabricación de ampollitas, este acuerdo podía ser interpretado como un acuerdo en la fijación de precios (*naked price-fixing agreement*), que en la jurisprudencia *antitrust* son tratados como una conducta ilícita *per se*²¹². Sin embargo, la Corte Suprema concluyó que este acuerdo entre competidores sobre el precio era lícito, pues el mismo era parte de una licencia sobre una patente. El razonamiento de la Corte fue que, en la medida en que el titular tiene la posibilidad de controlar el total de la producción monopolística sobre su innovación, podía lograr este mismo efecto por medio de la licencia sobre esta innovación imponiendo restricciones a la cantidad producida o al precio²¹³. Si bien este caso sentó un precedente válido hasta

²¹² Sobre la utilización de la regla *per se* en el derecho estadounidense y en otros sistemas, así como una justificación de su uso en el derecho chileno, véase GRUNBERG, Jorge y MONTT, Santiago, ob. cit. (n. 50), pp. 20 – 32.

²¹³ HOVENKAMP, Herbert. The antitrust enterprise... (n. 27), p. 257. Según Hovenkamp esta decisión fue la extensión del razonamiento de la Corte Suprema en un caso *antitrust* resuelto en 1902, Bement v. National Harrow Co., en que se declaró la licitud en la licencia de una patente sobre artefactos para la agricultura, y en que se obligaba a los productores licenciarios a vender los mismos al precio fijado por National Harrow, titular de la patente.

la fecha, su aplicación ha sido restringida y no ha sido extendida a la solución de casos que presentan diferentes circunstancias²¹⁴. Independiente de que la evaluación de la Corte pueda ser criticable en razón de que en la práctica se aprobó un acuerdo colusorio sin considerar aspectos como la relevancia de la licencia para el licenciatario²¹⁵, lo que podría ser útil como un indicio de la intención real de los competidores en orden a coludirse en el precio, lo más importante de esta resolución es que muestra la forma en que el derecho de propiedad intelectual viene a limitar el alcance del derecho *antitrust*, incluso en un caso en que se está restringiendo la competencia en la forma que la jurisprudencia y doctrina han estimado más perjudicial, el acuerdo o la colusión en el precio, y esto con independencia que el alcance de dicha limitación pueda ser criticable o se haya debido a una mala interpretación del contenido y propósito del derecho de propiedad intelectual.

Otras prácticas que conllevan restricciones horizontales a la competencia han sido evaluadas desde el punto de vista *antitrust* con

²¹⁴ Véanse los ejemplos citados y mencionados en HOVENKAMP, Herbert. *The Intellectual Property-Antitrust...* (n. 176), p. 1996.

²¹⁵ HOVENKAMP, Herbert. *The Intellectual Property-Antitrust...* (n. 176), pp. 1995 - 1996.

preocupación especial en que las mismas no conlleven la exclusión de competidores o que sean usadas como forma de camuflar un cartel o colusión. Algunas de estas prácticas han sido los fondos comunes de patentes (*patent pools*), los acuerdos de licencias cruzadas y los acuerdos en el establecimiento de estándares para algún mercado. La relación de estas prácticas con la defensa de la competencia es interesante, pues las mismas pueden representar en muchos casos estrategias pro competitivas. El establecer acuerdos de licencias cruzadas o la creación de un fondo de patentes se puede justificar en relación a los costos que conllevaría la producción de determinado producto en un escenario en el que existen múltiples patentes necesarias para dicha producción, y en que ellas pertenecen a distintos titulares. Asimismo, la fijación de estándares para un mercado puede facilitar la compatibilidad entre los productos de distintos competidores, con lo que se puede facilitar la participación de nuevos agentes. Pensemos en el caso de cargadores de teléfonos celulares que usan el puerto mini USB, que en la práctica permite la adquisición de cargadores genéricos estandarizados fabricados por alguien distinto a quien produjo el celular. El empleo de estas estrategias puede facilitar así el desarrollo de la competencia en un mercado determinado.

Pero por otro lado, se puede ejercer estas prácticas con la finalidad de acordar la fijación de precios, la restricción de producción, o bien, asegurar la exclusión de los competidores ajenos a estos acuerdos, por ejemplo por no licenciar las patentes que constituyen el fondo o que se contemplan en los acuerdos de licencias cruzadas. En este sentido, la solución ha sido la efectiva intervención del derecho *antitrust* frente a esas prácticas cuando las mismas conducen a un cartel o a la exclusión de competidores²¹⁶. Este fue el caso en Rambus Inc. v. Infineon Technologies, del año 2003, que consistió en la defraudación de un proceso de fijación de estándares en el desarrollo de chips de memoria DRAM por parte de Rambus, quien ocultó su titularidad sobre patentes necesarias para la adopción de dicho estándar. Con la fijación de este estándar Rambus podía excluir a la competencia en dicho mercado, monopolizando potencialmente el mismo, con lo que se concluyó que esta conducta había sido anticompetitiva²¹⁷.

²¹⁶ HEIMLER, Alberto, ob. cit. (n. 195), p. 7.

²¹⁷ HEIMLER, Alberto, ob. cit. (n. 195), p. 7. Por lo demás, resulta interesante lo que sugiere el autor citado en cuanto dicha conducta, que consistió en el engaño a los competidores en la fijación del estándar, presentaba también el carácter de una conducta de competencia desleal. De este modo, la anticompetitividad de la conducta de Rambus se podría evaluar en atención a dos prácticas, la defraudación como competencia desleal y la posible exclusión de la competencia por la fijación de estándares.

Cabe mencionar que respecto a las restricciones horizontales que constituyen los acuerdos territoriales que puede establecerse por medio de una licencia, el derecho *antitrust* no las considera en general anticompetitivas y las evalúa igualmente bajo la regla de la razón, pues la *Patent Act* expresamente autoriza al titular de la patente licenciar la misma con respecto a la producción en los Estados Unidos, o solo en determinado territorio²¹⁸.

3.1.3. Negativa a licenciar.

Quizá la práctica que menos preocupaciones despierta en el derecho *antitrust* respecto a la interacción entre estos dos sistemas es la negativa por parte del titular a licenciar (*refusal to deal*). Pese a que han existido casos en que dicha práctica ha sido cuestionada por su potencial anticompetitividad, en general se ha mantenido la convicción de que la negativa a licenciar derechos de propiedad intelectual es una justificación válida para la posible restricción de la competencia.

²¹⁸ HOVENKAMP, Herbert. The antitrust enterprise... (n. 27), p. 258.

La posición anterior de la reforma a la *Patent Act* de 1988, que estableció en la sección 271 (d) que el titular de la patente no podría ser considerado culpable de abuso o de una extensión ilegal de su derecho por, entre otras cosas, la negativa a licenciar. Esto fue lo que marcó la solución del caso Data General Corporation v. Gruman System Support Corporation, de 1994. Data General, un fabricante de computadores, se negaba a licenciar un programa sobre el que tenía derechos de autor, necesario para diagnosticar problemas en el funcionamiento de sus computadores, y cuya utilización era considerada esencial por reparadores independientes para poder solucionarlos. Este caso se resolvió estableciendo la presunción que dicha negativa a licenciar su propiedad intelectual a competidores era una justificación válida ante el posible daño al consumidor²¹⁹, o en otras palabras un efecto anticompetitivo²²⁰. Esta presunción ha sido seguida en la mayoría de casos posteriores que involucraron la negativa a licenciar por parte del titular del derecho de propiedad intelectual.

²¹⁹ AREZZO, Emanuela, ob. cit. (n. 177), pp. 22 – 23.

²²⁰ En el derecho *antitrust* de los Estados Unidos prima la concepción que identifica la finalidad del derecho de libre competencia con el bienestar del consumidor, de lo cual da cuenta la bibliografía citada en el presente trabajo y la jurisprudencia de ese país.

Una notable excepción a esta línea de decisiones la presenta el caso de Image Technical Serv. Inc. v. Eastman Kodak Co. de 1997, en que se declaró el carácter anticompetitivo de la negativa de Kodak a licenciar su patente sobre partes de sus fotocopiadoras necesarias para reparar las mismas. Esta resolución se basó en la teoría de que Kodak tendría un monopolio en el mercado de las partes patentadas, el que estaría tratando de extender por medio de la negativa a licenciar, creando así un segundo monopolio en el servicio de reparación²²¹, con lo que la presunción de justificación válida podría ser refutada. Sin embargo, dicha resolución fue criticada el año 2000 en la solución de *Service Organizations Antitrust Litigation*, en que se volvió a afirmar dicha presunción, y que se criticó la decisión del caso Kodak en razón de que ella estaría basada en un mal entendimiento sobre los derechos de propiedad intelectual y su capacidad de constituir monopolios²²².

De esta forma, la postura de la jurisprudencia estadounidense respecto a la negativa de licenciar es que ella constituye una facultad

²²¹ HOVENKAMP, Herbert. The antitrust enterprise... (n. 27), p. 269.

²²² HOVENKAMP, Herbert. The Intellectual Property-Antitrust... (n. 176), p. 2005.

legítima de los titulares de propiedad intelectual, que raramente podrá ser sancionada en razón a su anticompetitividad. Como veremos en la sección siguiente, este es un punto en que la jurisprudencia estadounidense se diferencia sustancialmente de la jurisprudencia europea.

3.1.4. **Síntesis.**

Si bien nuestra revisión de la jurisprudencia norteamericana sobre la relación entre estos dos sistemas ha sido sumamente breve, existiendo una gran variedad de prácticas no consideradas en esta exposición, creemos que los casos ilustrados anteriormente nos permiten extraer algunas conclusiones. En primer lugar, y como adelantamos al inicio de esta sección, la jurisprudencia *antitrust* sobre prácticas en que intervienen derechos de propiedad intelectual ha sido determinada en gran medida por la evolución del derecho de propiedad intelectual y la predominancia que este ha tenido en determinados períodos. Así por ejemplo, vimos que en casos más tempranos existió una mayor confianza en las soluciones del derecho de propiedad intelectual, y que en casos como *General Electric* existía una concepción favorable al ejercicio de estos derechos, todo lo cual

llevó a que en casos en que se restringía la competencia en virtud de derechos de propiedad intelectual, la resolución fuese favorable al ejercicio extensivo de estos derechos. En cambio, en períodos de hostilidad hacia el derecho de propiedad intelectual el derecho *antitrust* fue aplicado de forma más severa, como fue en la década de 1940 con la resolución del caso *International Salt* o con la elaboración de los *Nine No-No's* en la década de 1970. Por otro lado, vemos que en su mayoría estos casos se han caracterizado por la consideración del alcance o contenido de los derechos de propiedad intelectual, o en otras palabras qué facultades otorgan los mismos o qué conductas se encuentran dentro de su ámbito. Y esto lo podemos ver incluso en casos en que se ha estimado que la interpretación de la naturaleza de los derechos de propiedad intelectual por parte de los tribunales ha sido errónea, como es el caso Kodak. En esta consideración existe una preocupación por las finalidades de ambos sistemas, en el sentido que se pretende no lesionar los incentivos creados por los derechos de propiedad intelectual por la intervención del derecho *antitrust* en el ejercicio de los mismos. Por esto, la mayoría de estos casos han sido evaluados conforme a la regla de la razón, buscando la anticompetitividad de la conducta no en el mero ejercicio del derecho de propiedad intelectual,

sino que en su aptitud para excluir a los competidores o bien evaluando si el mismo esconde un acuerdo anticompetitivo o una colusión.

Estos casos nos llevan a la conclusión que en el derecho *antitrust* norteamericano no es el aprovechamiento del derecho de propiedad intelectual lo que constituye la infracción, por medio de una licencia por ejemplo, sino que la jurisprudencia más bien ha ido desarrollando caso a caso reglas y principios para solucionar esta interacción. Lo anterior se condice con nuestra interpretación de que en realidad ambos sistemas no presentan un conflicto inherente, sino que el mismo se dará solo en la medida en que uno vulnere la finalidad perseguida por el otro. En aquellos casos en que la jurisprudencia norteamericana ha sancionado al titular de propiedad intelectual por alguna conducta que involucra estos derechos, no es dicho ejercicio lo que fundamentó su anticompetitividad, sino que la utilización de la misma para restringir la competencia, más allá de lo pretendido por el sistema de propiedad intelectual. Como la jurisprudencia temprana ya había reconocido en el caso Dr. Miles no se puede justificar

una conducta cuyo solo efecto sea la restricción de la competencia y no sirva de ninguna forma a la protección de propiedad intelectual²²³.

3.2. Libre competencia y propiedad intelectual en el derecho europeo.

Mientras la relación entre el derecho de propiedad intelectual y el derecho de la libre competencia ha sido mayormente perfilada por la jurisprudencia de ambos sistemas en los Estados Unidos, en Europa la misma ha sido determinada por la forma en que las conductas que involucran la utilización de derechos de propiedad intelectual se han encuadrado como conductas anticompetitivas en uno u otro caso de los previstos en las normas del derecho de la competencia europeo, en particular los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (de aquí en adelante TFUE). En este sentido, existe una diferencia en el tratamiento que tienen las conductas que se pueden encuadrar en uno u otro supuesto, lo que se relaciona a su vez con el establecimiento de una regulación específica para la solución de algunos

²²³ HOVENKAMP, Herbert. The antitrust enterprise... (n. 27), p. 260.

casos. Vemos a continuación esta forma diferenciada de atender a este tipo de conductas en el derecho europeo.

3.2.1. Prácticas concertadas y propiedad intelectual en el derecho europeo.

El artículo 101 (1) del TFUE se encarga de regular los acuerdos, asociaciones y conductas realizadas por dos o más agentes, estableciendo que las mismas serán anticompetitivas, y por lo tanto nulas de pleno derecho, cuando “puedan afectar el comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior”. Este artículo trata entonces los casos de colusión y prácticas concertadas, así como todo tipo de acuerdo que, cumpliendo con el requisito señalado, pueda ser considerado anticompetitivo. Es aquí en donde se encuadran los casos de licencia, pues las mismas corresponden a acuerdos entre dos o más agentes, sean competidores o no, respecto a la utilización de un derecho de propiedad intelectual.

Esta fue la visión que tuvo en sus inicios la jurisprudencia del derecho de la competencia europea. En el caso Consten and Grundig v. Commission, de 1966, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sostuvo que los acuerdos verticales podían ser revisados de acuerdo al artículo 101 (1) (artículo 81 en la anterior numeración), que el uso de propiedad intelectual podía ser anticompetitivo si permitía la protección absoluta frente a la competencia en determinado territorio, y más importante, estableció la distinción entre la existencia del derecho de propiedad intelectual y el ejercicio impropio del mismo, lo que habría sucedido en dicho caso debido a que no se estaba estableciendo un derecho de exclusividad sobre el territorio, lo cual permitía el derecho de propiedad intelectual, sino que se otorgaba la protección absoluta contra importaciones paralelas²²⁴. Esto último es relevante pues demuestra la preocupación de la jurisprudencia europea en el sentido de establecer los límites del derecho de propiedad intelectual, o bien respecto a la determinación de su contenido específico.

²²⁴ WHISH, Richard, ob. cit. (n. 78), pp. 680 - 682.

La jurisprudencia fue más lejos en estas conclusiones en el caso Nungesser v. Commission, de 1982, conocido como el caso *Maize Seeds*, en que se realizó la distinción entre una licencia de exclusividad abierta (*open exclusive licence*) y las licencias de exclusividad con protección territorial absoluta. Las primeras establecen la exclusividad del licenciatario sobre un territorio, pero sin impedir las importaciones paralelas, lo que podría estar justificado en razón del incentivo que constituye para su explotación la posible disminución de la competencia intra-marca en determinado territorio. En cambio, las licencias de exclusividad también pueden conferir absoluta protección territorial, eliminando totalmente la posibilidad de competencia²²⁵. La justificación de la restricción territorial en estos términos demuestra un examen de la razonabilidad de la conducta para poder determinar si efectivamente la misma está dirigida a la restricción de la competencia, al punto que, con posterioridad al caso *Maize Seeds*, en Coditel v. Ciné Vog Films se llegó a admitir la posibilidad de protección territorial absoluta respecto a los derechos de autor sobre películas frente a la re-transmisión de películas desde territorios distintos²²⁶.

²²⁵ WHISH, Richard, ob. cit. (n. 78), p. 682.

²²⁶ WHISH, Richard, ob. cit. (n. 78), p. 683.

La jurisprudencia expuesta ciertamente ha sido importante en el entendimiento de cómo la práctica de licenciar propiedad intelectual puede o no ser considerada anticompetitiva en los términos del artículo 101 (1) del TFUE. Sin embargo, de forma posterior a estas decisiones, la Comisión Europea adoptó la regulación 240/96 que estableció la excepción por categorías (*block exemptions*) respecto a las normas de la competencia, en particular el artículo 101 (1), sobre determinados acuerdos de transferencia de tecnología, incluyendo licencias sobre patentes y *Know-How*. En la actualidad rige la Regulación 772/2004 de las Excepciones por Categoría en la Transferencia de Tecnología (de aquí en adelante TTBER por su sigla en inglés), que incluye estas excepciones respecto a la licencia de patentes, *know-how*, derechos de autor sobre programas informáticos y derechos sobre diseños, a la cual acompañan las guías desarrolladas por la Comisión sobre el tratamiento de las licencias de derechos de propiedad intelectual en relación al artículo 101 (1), que incluye la forma de aplicar la regulación 772/2004.

La TTBER viene a establecer un ámbito de seguridad frente a la aplicación del artículo 101 (1) del TFUE sobre algunas restricciones incorporadas en los acuerdos de licencia, para lo que se debe examinar tres aspectos en la determinación sobre si acaso se cumple el criterio de este ámbito de seguridad. No explicaremos en detalle cada uno de estos aspectos en la regulación del TTBER, no siendo necesario para los propósitos de este trabajo, por lo cual solo los enunciaremos²²⁷. En primer lugar, se debe atender si las partes del acuerdo son competidores o no, tomando en cuenta tanto el mercado relevante del producto como el mercado relevante de la tecnología. Este primer aspecto es fundamental en la consideración de los dos siguientes. Se debe considerar la cuota combinada de las partes del acuerdo en los mercados relevantes mencionados, para lo cual existe una distinción en el porcentaje de participación de mercado permitido entre competidores (20%) y no competidores (30%). Si se excede estas cuotas, el acuerdo no puede beneficiarse del ámbito de seguridad establecido en el TTBER. Por último, esta regulación establece un conjunto de restricciones

²²⁷ Para una explicación clara y sintética de esta regulación, en la que se basa nuestra exposición, véase SLAUGHTER AND MAY. 2010. The EU Competition Rules on Intellectual Property Licensing. A guide to the European Commission's Technology Transfer Block Exemption Regulation. [en línea] <http://www.slaughterandmay.com/media/64581/the_eu_competition_rules_on_intellectual_property_licensing_mar_2010.pdf> [consulta 21 noviembre 2013]. Para una explicación de la regulación anterior, véase WHISH, Richard, ob. cit. (n. 78), pp. 688 – 696.

prohibidas (*hardcore restrictions*), por ejemplo la fijación del precio o la limitación a explotar tecnología competidora, que de encontrarse en un acuerdo de licencia, lo excluyen de la protección frente a la posible sanción del mismo en virtud del artículo 101 (1). Respecto a este último aspecto, igualmente existe diferencia entre los acuerdos de competidores y no competidores, pues respecto a los primeros se establece un conjunto mayor de restricciones²²⁸. Si se cumple con estos criterios, los acuerdos de transferencia de tecnología son exceptuados de la prohibición del artículo 101 (1) sobre acuerdos entre competidores que impliquen una restricción de la competencia.

Pero lo anterior no quiere decir que un acuerdo que no pueda incluirse en el ámbito de seguridad establecido por la TTBER sea por lo mismo anticompetitivo sin más de acuerdo al artículo 101 (1), pues aún queda la posibilidad de que el mismo no sea ilícito por poder acogerse a la excepción contenida en el artículo 101 (3) del TFUE. Este precepto establece que las disposiciones del artículo 101 (1) pueden no ser aplicables a los acuerdos, asociaciones o prácticas concertadas, cuando las mismas

²²⁸ SLAUGHTER AND MAY, ob. cit. (n. 227), p. 8.

estén justificadas en razones de eficiencia, progreso técnico o económico y que los consumidores puedan participar de los beneficios resultantes. Señala además como condiciones para esta excepción que no se impongan restricciones que no sean indispensables para lograr los objetivos anteriores y que no ofrezca la posibilidad de eliminar la competencia sobre una parte sustancial de los productos que se trate. De esta forma, el artículo 101 (3) conlleva la necesidad de evaluar la posible racionalidad de una práctica que restringe la competencia, en vez de ser sancionada de forma automática por caer en los supuestos del artículo 101 (1). Aquellos acuerdos que no se beneficien del ámbito de seguridad de la TTBER podrán no ser considerados como anticompetitivos de todas formas, pese a restringir efectivamente la competencia, si se cumplen los criterios señalados en el artículo 101 (3), para lo cual se requiere una evaluación cuidadosa de la conducta por parte de las autoridades de defensa de la competencia europea, en que se toma en cuenta diversos factores como la naturaleza del acuerdo, el poder de mercado de las partes, condiciones estructurales del mercado o la duración del acuerdo²²⁹. Además, en la evaluación de estas conductas tienen importancia los criterios expresados en la guía desarrollada por la

²²⁹ SLAUGHTER AND MAY, ob. cit. (n. 227), p. 12.

Comisión Europea, en que se manifiestan algunos principios de interpretación de ella sobre ciertas prácticas restrictivas, como por ejemplo las consideraciones sobre la mayor probabilidad de que la creación de un fondo de patentes sea anticompetitiva cuando incluya tecnologías sustitutas y no esenciales²³⁰.

Las prácticas entre dos o más agentes del mercado que involucran derechos de propiedad intelectual reciben un tratamiento en el derecho europeo que viene definido por la posibilidad de que las mismas sean evaluadas bajo el artículo 101 (1) del TFUE. Como vimos, se ha establecido una regulación específica para la transferencia tecnológica que excluye la aplicación de este artículo cuando se cumplen ciertos criterios, siendo aplicable a la práctica de licenciar derechos de propiedad intelectual. El artículo 101 (1) y la posible excepción al mismo por el artículo 101 (3) se presenta como la herramienta residual para evaluar todas aquellas prácticas entre dos o más agentes que no han sido reguladas expresamente, evaluación que necesariamente conlleva el examen cuidadoso de la estructura del mercado y los objetivos de la práctica en estudio, o sus

²³⁰ SLAUGHTER AND MAY, ob. cit. (n. 227), p. 14.

justificaciones económicas, para determinar su carácter anticompetitivo. Concluimos que en el derecho europeo estas prácticas son evaluadas según su regulación particular, y si esta no es aplicable solo serán anticompetitivas si el análisis de las mismas, similar al de la regla de la razón norteamericana, arroja como resultado que no existe otra explicación que la restricción de la competencia.

3.2.2. La negativa a licenciar propiedad intelectual.

El artículo 102 del TFUE regula las prácticas unilaterales y establece la prohibición de aquellas que constituyan una explotación abusiva de posición dominante, señalando algunos tipos de conductas que pueden constituir dichas prácticas abusivas. Aquí es donde se incluye otro tipo de práctica que involucra derechos de propiedad intelectual, la negativa a licenciar estos derechos, conducta que ha sido tratada por la jurisprudencia europea en forma muy distinta a la que se ha dado en Estados Unidos.

Como Emanuela Arezzo señala, existe una diferencia en los enfoques del derecho europeo de la competencia y norteamericano en relación a la

práctica más general de la negativa unilateral a contratar (*refusal to deal*). Según esta autora, mientras en el derecho *antitrust* estadounidense existe una preocupación por el mercado en que las conductas investigadas van a tener efecto, lo que significa que la existencia de poder de mercado difícilmente influirá en los intentos de monopolizar un mercado secundario, en el derecho europeo la preocupación está puesta en la posición dominante del investigado y en el uso abusivo de su poder, sea en el mercado en que goza de dicha posición dominante o en un mercado secundario²³¹. Esto se debe en particular a que las conductas unilaterales interesan al derecho de la competencia europeo solo en la medida en que ellas constituyan un abuso de posición dominante por parte de quien las ejecuta, a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos y Chile en que se puede sancionar conductas unilaterales que tengan por objeto no solo la mantención o incremento de una posición dominante, sino que también el alcance de dicha posición, como lo establece en el artículo 3 letra c) del DL 211²³².

²³¹ AREZZO, Emanuela, ob. cit. (n. 177), pp. 15 – 16.

²³² Siguiendo a nuestra legislación es perfectamente posible, al menos en teoría, la sanción en sede de libre competencia por el ejercicio de prácticas predatorias, como son los precios predatorios, incluso a falta de posición dominante. Sin embargo, en la práctica es muy difícil que un competidor pueda ejercer prácticas predatorias como estas si no dispone de una posición de dominio, pues las mismas pueden conllevar un sacrificio a corto plazo que a falta de esta posición puede no ser posible o comercialmente viable.

Esta concepción ha influido en la aceptación en el derecho europeo de doctrinas como la teoría del apalancamiento (*leverage theory*), que consiste en la extensión del poder monopolístico a un mercado relacionado por medio de distintas prácticas, como por ejemplo la negativa a licenciar o la imposición de restricciones en las licencias, como las que se dieron en los casos que expusimos del derecho *antitrust* norteamericano. Por otro lado, también ha habido aceptación de la doctrina de las facilidades esenciales, que consiste básicamente en la obligación de un monopolista de facilitar un insumo a un competidor por ser esencial para el desarrollo de la competencia en un mercado relacionado y ser imposible de replicar. Más allá que las teorías del apalancamiento y de las facilidades esenciales no sean completamente aceptadas, y que en la doctrina y jurisprudencia se les haya realizado críticas²³³, no cabe duda que la jurisprudencia europea relativa a la negativa de licenciar ha sido determinada en gran medida por las preocupaciones por el ejercicio de posición dominante de un mercado a otro, y en la solución de estos casos, pese a constituir soluciones originales, se ha utilizado razonamientos propios de estas doctrinas, aunque no se las haya utilizado en todos ellos expresamente.

²³³ Véase IOANIS, Lianos, ob. cit. (n. 27), pp. 236 – 239.

La primera vez que en el derecho europeo se cuestionó la posibilidad de ordenar una licencia no voluntaria por un potencial abuso ante la negativa a licenciar por parte del titular de derechos de propiedad intelectual fue en el caso Volvo v. Erik Veng, de 1988. Se denunció la negativa a licenciar derechos sobre los diseños necesarios para producir repuestos para automóviles, alegando que dicho rechazo constituía un abuso de posición dominante en los términos del artículo 102 del TFUE. El Tribunal de Justicia se pronunció de forma similar a la jurisprudencia estadounidense que revisamos, señalando que “el derecho del propietario de un diseño protegido de prevenir a terceros de fabricar, vender o importar, sin su consentimiento, productos que incorporen el diseño constituye la misma esencia de sus derechos exclusivos”²³⁴. En este sentido, se resolvió que no había un abuso de posición dominante por parte de Volvo. Sin embargo, la Corte también indicó que podría encontrarse un abuso si se hubieran dado otras circunstancias, con lo que se dejó abierta la posibilidad de que la negativa a licenciar pudiera constituir un abuso de posición dominante.

²³⁴ Párrafo 8 de la resolución del caso Volvo v. Erik Veng, citado en WHISH, Richard, ob. cit. (n. 78), p. 699.

Esto demuestra un enfoque del problema distinto al que, como vimos, ha tenido la jurisprudencia norteamericana, para la cual la negativa a licenciar no solo es legítima, sino que además se presenta como una presunta justificación frente a la restricción de la competencia. En cambio, la sentencia del caso *Volvo* demuestra que para la jurisprudencia europea temprana en esta materia, si bien el ejercicio de derechos de propiedad intelectual no podía ser considerado en sí mismo ilegítimo, esto no excluía de antemano la posibilidad de que bajo determinadas circunstancias fuese considerado un abuso. No obstante que esta solución nos presente un indicio del modo en que se atiende en Europa a la relación entre el derecho de la competencia y la propiedad intelectual, en decisiones posteriores se han ido desarrollado soluciones que consideran de forma más detallada los objetivos propios del derecho de propiedad intelectual para evaluar si existe o no un abuso.

La decisión del caso RTE and ITP v. Commission de 1995, mayormente conocido como el caso *Magill*, introdujo una nueva solución a los casos de abuso por la negativa de licenciar. Se trataba de una empresa

que quería obtener licencias sobre los listados de programación de televisión de tres compañías emisoras para la elaboración de una guía de televisión única y semanal que incluyera la programación de las tres, listados que estaban protegidos por derechos de autor. El antecedente que marcó la decisión del caso fue que no existiese en el mercado un producto como la guía completa que quería ofrecer el potencial licenciatarario. El Tribunal de Justicia, consistente con la posibilidad que se había abierto en Volvo, resolvió que dicha negativa constituía un abuso de posición dominante en atención a las circunstancias especiales del caso: a) que las compañías de televisión eran la única fuente de un insumo esencial, no duplicable; b) que dicha negativa prevenía la introducción en el mercado de un producto nuevo para el cual había una demanda potencial; c) la misma no tenía justificación comercial alguna; y d) dicho comportamiento implicaba la reserva de un mercado contiguo, en este caso el de las guías de televisión, excluyendo a toda la competencia potencial²³⁵. Independiente que circunstancias como la imposible duplicación de un insumo esencial o la reserva de un mercado contiguo se presentan en la aplicación de la

²³⁵ Párrafos 53 a 56 de la resolución del caso *RTE and ITP v. Commission*, citado en HATTON, Catriona; CORTÉS Elena; y DAWSON, Adam. 2013. Squaring the Circle: The EU's Quest for Balance between Antitrust and Intellectual Property. [en línea] The European Antitrust Review 2014. <<http://globalcompetitionreview.com/reviews/53/the-european-antitrust-review-2014/>> [consulta 10 diciembre 2013], p. 7.

doctrina de las facilidades esenciales o del apalancamiento²³⁶, lo cual puede acercar la solución del caso Magill a una de estas dos doctrinas, la circunstancia que constituye la potencial introducción del producto nuevo es en realidad la más relevante, pues implica la creación de una solución original para casos de abuso por la negativa de licenciar y que toma en cuenta el factor de la innovación en los mercados²³⁷. Al sostener que el abuso está configurado, entre otras circunstancias, por el impedimento en la introducción de un producto nuevo para el que había una potencial demanda, se está tomando en cuenta el valor que tiene la innovación y cómo el ejercicio de una facultad del derecho de propiedad intelectual puede venir a entorpecer esta innovación. Con posterioridad, en el caso IMS Health GMBH v. NDC Health, se confirmó y desarrolló de mayor forma la solución adoptada en Magill, estableciendo, por ejemplo, que la introducción de un producto nuevo no se satisface con la mera duplicación de un producto existente en el mercado²³⁸.

²³⁶ AREZZO, Emanuela, ob. cit. (n. 177), p. 28.

²³⁷ En este sentido HEIMLER, Alberto, ob. cit. (n. 195), p. 9 y IOANIS, Lianos, ob. cit. (n. 27), p. 243.

²³⁸ HATTON, Catriona; CORTÉS Elena; y DAWSON, Adam, ob. cit. (n. 235), p. 7. Este era el caso en IMS, pues no se trataba de la introducción de un producto nuevo. Existía la negativa por parte de IMS a licenciar un modelo sobre el que tenía derechos de autor para recolectar datos del mercado farmacéutico a NDC Health, necesarios para hacer reportes de estos mercados, siendo que dichos reportes ya eran

En un conflicto más reciente se ha vuelto a aplicar el test de las circunstancias especiales establecido en Magill, pero se lo ha llevado más lejos, extendiendo el alcance de la regla del producto nuevo en la solución del caso Microsoft v. Commission del año 2004²³⁹. Microsoft apeló a la sanción impuesta por la Comisión Europea, la cual había considerado como un abuso por parte de Microsoft su negativa a otorgar a sus competidores la información necesaria para la interoperabilidad del *software* de grupos de redes de trabajo de la competencia con el sistema operativo Windows de Microsoft, que se había establecido como el estándar *de facto* para el desarrollo y funcionamiento de los programas mencionados. El Tribunal General de la Unión Europea (llamado anteriormente la Corte de Primera Instancia), confirmó la decisión de la Comisión Europea, para lo cual recurrió al criterio sentado en Magill, confirmado en IMS. Sin embargo, no se limitó a reproducir el mismo razonamiento que en estos casos, sino que

producidos por IMS. De esta forma, NDC Health quería la licencia sobre el modelo para poder competir en un mercado que ya estaba siendo explotado por IMS.

²³⁹ Aquí hay que mencionar que la decisión de la Comisión Europea de sancionar a Microsoft, cuya apelación fue resuelta en la forma que indicamos a continuación, fue anterior a la confirmación del criterio de Magill por el caso IMS, y estuvo fundamentada en razones distintas a las del producto nuevo, que según el profesor Ioanis constituyen más bien un test de equilibrio entre los incentivos a la innovación de Microsoft y sus competidores. Véase IOANIS, Lianos, ob. cit. (n. 27), pp. 246 - 250. Pese a lo interesante que pueda ser la enunciación de dicho criterio, para los efectos del presente trabajo basta con la revisión de la solución de la apelación de dicho caso.

realizó una interpretación extensa de las circunstancias excepcionales reconocidas en Magill, y en particular la circunstancia de la introducción del producto nuevo. En esta solución, la Corte no restringió dicha circunstancia a la obstaculización de la introducción de un producto nuevo o potencial, sino que además extendió el criterio para abarcar la restricción al desarrollo técnico en un sentido más amplio²⁴⁰, incluso sobre productos ya existentes. El Tribunal General estimó que la negativa a otorgar la información de interoperabilidad de Microsoft implicaba la obstrucción a la posibilidad de desarrollar mejoras en los programas indicados por parte de sus competidores, o en otras palabras, que al imposibilitar la competencia en este mercado se retrasaba el desarrollo técnico que era probable esperar en razón de la misma. Por tanto, esta solución no solo vino a confirmar el test de las circunstancias excepcionales desarrollado en Magill, sino que extendió la aplicación restrictiva del mismo abarcando los casos en que el desarrollo técnico haya sido perjudicado. Esta extensión refuerza nuestra afirmación anterior en el sentido que el derecho de la competencia europea sí considera en el análisis de estos casos la posibilidad de que el ejercicio

²⁴⁰ HATTON, Catriona; CORTÉS Elena; y DAWSON, Adam, ob. cit. (n. 235), p. 8.

del derecho de propiedad intelectual se constituya como un obstáculo a la innovación.

3.2.3. Síntesis.

De lo expresado en esta sección podemos elaborar una conclusión respecto al tratamiento que se le da en el derecho europeo a la relación entre la libre competencia y el derecho de propiedad intelectual. Aparentemente existiría un tratamiento diferenciado dependiendo de la naturaleza de la conducta, es decir, si la misma corresponde a una práctica entre dos o más agentes, que pueda caer en el artículo 101 (1) del TFUE o a una práctica unilateral, que pudiera ser sancionada de acuerdo al artículo 102. Mientras que para las primeras se ha dado una regulación detallada en la TTBER, que permite descartar de plano la posibilidad de conflicto entre estas dos ramas si se cumplen ciertas condiciones, no existe una regulación similar para el caso de conductas unilaterales que involucran derechos de propiedad intelectual, por lo que el análisis siempre será procedente. No obstante, esta diferencia inicial no establece una gran separación en la forma en que el derecho europeo atiende a la relación entre estos dos sistemas según uno u

otro tipo de conductas, pues hay que recordar que de no cumplirse las condiciones de la TTBER, las prácticas concertadas deben ser evaluadas con estándares similares a los de la regla de la razón, por lo que el análisis de una conducta bajo el artículo 101 (1) atenderá mayormente al objetivo de la conducta, en lo cual ciertamente pueden entrar en consideración factores relevantes como la intención de proteger una innovación por medio de cierta práctica restrictiva, o si acaso dicha práctica no tiene otra explicación que la eliminación de la competencia. De forma similar, para determinar que hubo una explotación abusiva de posición dominante según el artículo 102, la jurisprudencia ha establecido circunstancias excepcionales que caracterizan al ejercicio de derechos de propiedad intelectual como una forma de abuso, circunstancias que no se enfocan exclusivamente en consideraciones de competencia, sino que atienden también a la finalidad del sistema de propiedad intelectual, como vimos en los casos de negativa a licenciar.

La apertura a preocupaciones sobre el nivel de innovación que puede haber en un mercado determinado, por ejemplo por la introducción de un producto nuevo, conlleva el reconocimiento de una limitación necesaria al

ejercicio de derechos de propiedad intelectual, y una preocupación por la determinación del contenido y alcance de estos derechos para saber dónde está el límite. Lo anterior permite concluir que en el derecho europeo, la relación entre la libre competencia y la propiedad intelectual está determinada por el alcance de uno y otro sistema. En la medida en que no se pueda encontrar una justificación satisfactoria ante el ejercicio de derechos de propiedad intelectual que restrinjan la competencia, o bien que por las circunstancias especiales se esté incurriendo en un abuso, debe intervenir el derecho de la competencia, pero nunca limitando el verdadero alcance del derecho de propiedad intelectual. Esta es la conclusión a la que llega Emanuela Arezzo, quien refiriéndose a la decisión del Tribunal General en el caso Magill, sostiene que “cuando emerge de las circunstancias del caso que el derecho es ejercitado de tal forma que persigue manifiestamente objetivos contrarios al artículo 82 (artículo 102), la Corte de Primera Instancia ha explicado que el derecho de autor no está siendo ejercitado en una forma que corresponda a su función esencial”²⁴¹.

4. Posibilidades de encuentro en el derecho chileno.

²⁴¹ AREZZO, Emanuela, ob. cit. (n. 177), p. 29. El paréntesis es nuestro.

Pese a que en el siguiente capítulo revisaremos la forma en que la relación entre estos dos sistemas ha sido tratada en el derecho chileno por la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, aquí nos referiremos de forma breve a dos casos que creemos que se presentan en el derecho chileno en que esta interacción puede resultar conflictiva desde la óptica de la libre competencia, y cuya resolución creemos debería estar alineada con los planteamientos de este trabajo, es decir, que se deberían resolver atendiendo a la relación de complementariedad entre estos dos sistemas y a los fines perseguidos por cada uno como forma de fijar los límites de intervención de uno u otro. Vale mencionar que estos no son los únicos ejemplos en el derecho chileno en que es posible encontrar dicha interacción, de lo cual da cuenta la doctrina chilena²⁴², pero hemos decidido limitarnos a estos dos por su interés y porque nos permiten ilustrar la propuesta del presente trabajo.

²⁴² Así por ejemplo en GUMUCIO, Juan Cristóbal, ob. cit. (n. 50). Este autor realiza una clasificación que distingue entre casos resueltos por la ley, casos de libre competencia propiamente tales y casos en que hay un cruce efectivo del ejercicio de derechos de propiedad intelectual y la libre competencia, mencionando varios tipos de conductas que pueden caer en una u otra categoría. Por otra parte, María Juppet se ha referido a la doctrina del uso justo (*fair use*) como forma de garantizar la competencia al nivel de las ideas, así como a los acuerdos judiciales y extrajudiciales que se puedan dar en conflictos relativos a propiedad intelectual y la forma en que estos acuerdos pueden vulnerar la competencia, por lo que en su opinión debieran ser objeto de revisión por parte del TDLC. Estos planteamientos en JUPPET, María Fernanda. 2010. Colisión de bienes jurídicos protegidos entre el derecho de propiedad intelectual e industrial y la libre competencia en los mercados. Actualidad Jurídica. Vol. 11 (No. 21): 225 – 244.

4.1. El ejercicio abusivo de acciones de propiedad intelectual.

La propiedad intelectual confiere diversos derechos y privilegios a los creadores de las obras o inventos protegidos por ellos, pero también contempla un sistema de ejercicio de estos derechos por la vía del establecimiento de acciones judiciales en contra del presunto infractor ante una posible vulneración de derechos de propiedad intelectual. Preliminarmente, se puede decir que el legítimo ejercicio de las acciones que prescribe la ley en caso alguno podría fundar un actuar ilegítimo, siendo este, por lo demás, un derecho reconocido en la Constitución en su artículo 19 N°3, que señala como garantía la igualdad en la protección de los derechos. Pero en la realidad podemos ver casos en que el uso de estas acciones puede resultar excesivo, y en el caso de la propiedad intelectual su efecto puede ser el de entorpecer en gran forma la competencia al levantar barreras a la entrada, además de retrasar potencialmente la introducción de innovaciones en un mercado.

Supongamos por ejemplo que un productor de teléfonos celulares A ante la próxima entrada de un competidor B lo demanda por infracción de patentes al considerar que los teléfonos del competidor entrante usan tecnología patentada por el primero, y en este caso además consigue una medida cautelar por la cual se restringe o retrasa la entrada de los productos de B al mercado chileno. El problema aquí es que efectivamente existe el legítimo uso del derecho de un titular a cuestionar en sede judicial si es que hubo una infracción a su derecho, pero no se puede negar a su vez el riesgo de entorpecer la libre competencia, por cuanto los productos de B no llegarán al mercado sino hasta que se resuelva la controversia. En este caso se refleja de mayor forma cómo el encuentro entre estos dos sistemas se debe resolver atendiendo a la finalidad anticompetitiva del uso de la propiedad intelectual.

Como se ha sostenido en la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, “las acciones y peticiones –en principio legítimas– pueden ser constitutivas de infracciones que a este Tribunal le corresponda inhibir y sancionar, cuando tengan por inequívoca finalidad impedir,

restringir o entorpecer la libre competencia”²⁴³. El problema obvio es que estas sedes son diferenciadas, es decir las infracciones a uno u otro sistema se ven por tribunales distintos. Esto acarrea la dificultad que al TDLC le será muy difícil atender a los méritos de una demanda con el fin de determinar si es que acaso la misma se encontraba o no justificada. Pero esta determinación no le corresponde a este órgano, sino al órgano encargado de decidir los conflictos de propiedad intelectual propiamente tales, que en nuestro sistema es el juez civil o penal para el caso de infracciones a la propiedad intelectual o el Director Nacional del Instituto Nacional de Propiedad Industrial para los conflictos sobre el registro o la consecuente validez de un privilegio de propiedad industrial. En este sentido, lo único que corresponde determinar al TDLC es “si es que de manera inequívoca las acciones intentadas tienen por fin último –más allá de su apariencia- menoscabar ilegítimamente a un competidor más que obtener un beneficio”²⁴⁴. Por tanto, el Tribunal deberá sopesar con los distintos medios de prueba que tenga a su disposición la finalidad de las

²⁴³ Sentencia TDLC N° 47/2006. Rol C 13-04, considerando octogésimo sexto.

²⁴⁴ BUSTAMANTE, José Manuel y URRUTIA, Enrique. 2007. Competencia desleal: inducción al incumplimiento de contratos y ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales. Competencia desleal. Análisis crítico y elementos para la aplicación de la Ley N° 20.169, de 2007. Cuadernos de extensión jurídica Universidad de los Andes (No. 14): 73 – 83, p. 81.

medidas, no los méritos de la misma, con el objetivo de determinar si la interposición de un conjunto de acciones judiciales, presuntamente legítimas, es capaz o no de constituir una conducta que tenga como efecto o propósito infringir la libre competencia.

No negamos que esta posición está sujeta a la réplica de que se podría incurrir en el absurdo que, al sostenerse juicios paralelos, en sede de libre competencia se afirme que hubo un ejercicio abusivo por parte de quien demanda una infracción cuando esta infracción es finalmente declarada en sede civil. No obstante, no creemos que exista tal problema, pues lo que entra en cuestionamiento es el carácter anticompetitivo que la interposición de acciones pueda acarrear, lo cual implica un análisis de la finalidad con que se interpusieron dichas acciones, no si la solicitud de esta acción procede o no. Creemos que esta es la única forma de resolver el problema del ejercicio abusivo de acciones judiciales, especialmente en un sistema en que se permite la interposición conjunta de las acciones de libre competencia y propiedad industrial en sedes distintas, por no contar además

la posibilidad de un conflicto por competencia desleal en sede civil²⁴⁵. Se debe separar aguas y saber qué es lo que se decide en cada sede, como sostuvo el TDLC “lo anterior (el mérito de la demanda infraccional) no inhibe a este Tribunal para pronunciarse respecto del conjunto de acciones interpuestas, analizadas en forma global, como una estrategia procesal, en cuanto a sus posibles efectos respecto a la libre competencia”²⁴⁶. Es notable que en el caso citado el análisis de un conjunto de elementos fue lo que llevó al TDLC a evaluar la finalidad de la interposición de demandas, lo cual determinaba si la intención de esta conducta fue anticompetitiva o no.

Esta solución no ha sido creación original del TDLC, pues ya en la jurisprudencia de la Comisión Resolutiva, antecesora del Tribunal, se sancionó el ejercicio abusivo de acciones judiciales relativas a derechos de propiedad intelectual. Por resolución N° 169 del 28 de marzo de 1984 se resolvió acoger el requerimiento en contra de Compañía Chilena de Fósforos, la cual había interpuesto un conjunto de acciones en relación a su propiedad intelectual, sosteniendo que “si bien la denunciada estaba

²⁴⁵ Para una crítica sobre la gran cantidad de acciones que se pueden interponer en la actualidad en virtud de la Ley 20.169 de Competencia Desleal, véase MENCHACA, Tomás. Libre Competencia y Competencia Desleal... (n. 47).

²⁴⁶ Sentencia TDLC N° 46/2006. Rol C 78-05, considerando décimo. El paréntesis es nuestro.

autorizada para entablar las acciones que dedujo, éstas, en su conjunto, y atendida su finalidad, adquieren la connotación de ilicitud, porque, a juicio de esta Comisión, tuvieron como único objetivo, impedir o al menos restringir la competencia que significaba la comercialización de los fósforos chinos”²⁴⁷.

Esta ciertamente ha sido la solución que se ha acogido en la jurisprudencia del TDLC²⁴⁸, sobre lo cual existen múltiples ejemplos, como las sentencias ya citadas y posteriores decisiones²⁴⁹. Sin ir más lejos, de forma reciente, por sentencia del 12 de octubre de 2012, el TDLC ha vuelto a aceptar la posibilidad de ejercer abusivamente las acciones permitidas por la ley, llegando a extraer de su propia jurisprudencia un conjunto de elementos útiles para determinar si acaso esta conducta puede o no ser

²⁴⁷ Comisión Resolutiva. Resolución N° 169/1984, considerando cuarto.

²⁴⁸ No obstante que esto sea verdad, vale la pena mencionar que existe al menos una decisión de la Comisión Preventiva Central (CPC), órgano no propiamente jurisdiccional, que no adopta esta solución, sino que más bien se niega el carácter anticompetitivo del ejercicio de acciones previstas en la ley. Así, por Dictamen N° 814 del 4 de agosto de 1992, la CPC sostuvo, en relación a la interposición de acciones, que “no puede ser considerada como una conducta que atente contra la libre competencia, toda vez que aquellas se fundamentaron en acciones que la ley de propiedad industrial confiere al titular de una marca comercial para ejercerlas cuando considera violado su derecho de propiedad”. Comisión Preventiva Central. Dictamen N° 814/1992, párrafo 18.2.

²⁴⁹ Por ejemplo la Sentencia TDLC N° 90/2009. Rol C 165-08. En su considerando septuagésimo sexto se sostuvo que “para determinar si la interposición de diversas acciones configuran un atentado a la libre competencia, es preciso dilucidar, entre otras cosas, si las mismas tuvieron por finalidad inequívoca impedir, restringir o entorpecer la entrada de competidores al mercado, y si dichas acciones no tenían una utilidad distinta a la de impedir la entrada de competidores al mercado”.

anticompetitiva. En esta sentencia se mencionan los siguientes elementos: “a) que se aclare toda duda sobre quién inicia las acciones (...); b) que se acredite que las mismas han tenido la inequívoca finalidad de restringir o entorpecer la entrada de competidores al mercado; c) que en el caso de que se ejerciten dos o más acciones, sean contradictorias; y d) que tengan un efecto anticompetitivo, es decir que se acredite que las mismas en los hechos han impedido o retardado la entrada de competidores o han tendido a producir dichos efectos”²⁵⁰. Si bien estos elementos enunciados por el TDLC resultan útiles en la determinación de cuándo esta conducta puede constituir un abuso, ellos no agotan las posibilidades de considerar otros elementos para atender a la posible ilicitud, de lo cual da cuenta el mismo Tribunal al manifestar que los elementos anteriores “entre otros” permiten esta determinación.

Creemos que en esta misma sentencia se encuentra el criterio que debe guiar a la evaluación de este tipo de conductas, que debe aunar cualquier elemento que entre en esta consideración. El TDLC sostiene que “la circunstancia de que la citada demanda (demanda de competencia

²⁵⁰ Sentencia TDLC N° 125/2012. Rol C 229-11, considerando vigésimo segundo.

desleal) haya sido rechazada en todas sus partes (...) no constituye un hecho que por sí solo permita dar por establecido el ejercicio abusivo de dicha acción civil, pues, como se ha sostenido, lo relevante para hacer dicha calificación radica en la razonabilidad o plausibilidad de la demanda”²⁵¹. Así, el Tribunal tiene que evaluar la razonabilidad de la interposición de acciones, razonabilidad que vendrá determinada por los fines que dichas acciones supuestamente persigan. Esto tiene mucha relevancia a la hora de determinar si existe un abuso del ejercicio de acciones de propiedad intelectual, pues en la medida en que dicho ejercicio no se condiga exclusivamente con la protección de estos derechos, cabe la posibilidad de que tenga una finalidad meramente anticompetitiva.

La jurisprudencia que el TDLC ha sentado en relación al posible uso anticompetitivo de las acciones que establece la ley abre la puerta a soluciones similares a las que se han dado en el derecho comparado. Se abre la posibilidad a que el TDLC examine los límites o la extensión del derecho de propiedad intelectual para saber si el derecho de libre competencia debe intervenir.

²⁵¹ Sentencia TDLC N° 125/2012. Rol C 229-11, considerando quincuagésimo segundo. El paréntesis es nuestro.

4.2. El registro de marcas como conducta anticompetitiva.

El segundo caso que nos interesa, y que se relaciona mucho con el anterior, corresponde al uso anticompetitivo por parte del titular de un registro marcario, en particular la posibilidad de que los derechos de propiedad intelectual que constituyen las marcas se puedan utilizar como una forma de levantar barreras de entrada y así imposibilitar la competencia en determinado mercado. Esto tiene relación directa con la conducta explicada anteriormente, del ejercicio abusivo de acciones, pues en muchos casos la posibilidad de utilización anticompetitiva de las marcas deriva precisamente de la interposición de acciones por parte de su titular para evitar que un supuesto infractor continúe haciendo uso de la marca específica. No obstante, el cuestionamiento puede ir más allá a la pregunta acerca de si el mismo registro de marcas por parte de un competidor podría configurar una conducta anticompetitiva. A primera vista dicho cuestionamiento pareciera extraño o meramente aparente, pues obtener derechos de propiedad intelectual, cumplidos determinados requisitos, no solo es legítimo de acuerdo a la ley, sino que además está garantizado por el

artículo 19 n° 25 de la Constitución. Sin embargo, como veremos a continuación, el particular diseño de nuestro sistema de propiedad industrial, en particular del derecho de marcas, permite plantearnos este problema.

A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, la ley de propiedad industrial chilena no establece como requisito para el registro de marcas, ni para su renovación, el uso efectivo de la misma en el comercio²⁵². Asimismo, tampoco disponemos en nuestro derecho marcario de una sanción de caducidad por falta de uso, sanción que sí se ha contemplado en el derecho comparado²⁵³. De este modo, cualquier persona puede registrar cualquier marca, en la medida en que sea registrable, y gozar de protección sobre la misma por diez años, tras lo cual puede optar por su renovación, sin nunca tener la necesidad de usar comercialmente esa marca. Esto se muestra problemático en un nivel muy primordial.

²⁵² Por ejemplo, en Estados Unidos la ley de marcas prescribe que al solicitar el registro de marcas, el solicitante debe declarar que la marca está siendo usada en el comercio, además de tener que presentar ante la Oficina de Patentes y Marcas una declaración de uso de la misma, y de la primera utilización en el comercio.

²⁵³ Este es el caso de la marca comunitaria del derecho europeo. En el Reglamento sobre la marca comunitaria, adoptado por el Consejo de la Unión Europea, se establece en el artículo 15 que de no ser usada la marca comunitaria registrada en un plazo de 5 años a partir de dicho registro, o por la suspensión de su uso por dicho plazo, se somete dicha marca a las sanciones que establece el mismo reglamento, en este caso la caducidad del artículo 51.

Recordemos que el objetivo o función esencial de las marcas es el de distinguir los productos de uno u otro agente en competencia, al punto en que, como dijimos en su momento, resultan fundamentales para la operatividad misma de la competencia en los mercados, lo que ha sido reconocido en la definición de marca que se encuentra en el artículo 19 de la Ley 19.039, citado con anterioridad. Tomando en cuenta la capacidad de distinguir un producto o servicio como finalidad esencial de una marca, la falta del requisito de uso en nuestra legislación se muestra contradictoria con el objetivo que se persigue con la protección de las marcas, según hemos desarrollado en este trabajo, pues no cabe reconocer distintividad por una marca a un producto o servicio inexistente, o en otras palabras, una marca no puede servir para identificar los productos de un competidor cuando dichos productos no existen. Como se ha sostenido en la doctrina chilena, la noción de distintividad depende de la posibilidad de diferenciar una cosa de otra, conceptualizando la misma como “la capacidad de un signo para individualizar y diferenciar determinados productos o servicios de una empresa de los de otros competidores”²⁵⁴. Al no exigirse el uso en su

²⁵⁴ SCHMITZ, Christian. Distintividad y uso de las marcas... (n.162), pp. 15 – 16.

registro o renovación, tanto la función esencial de las marcas como el objetivo perseguido por su protección se ven contradichos, puesto que al no asociarse a ningún producto o servicio, la capacidad de distinción de una marca solo podría predicarse sobre el signo mismo, es decir la capacidad que tiene el signo de ser diferenciado de otros, pero sin su conexión con producto o servicio alguno, llegándose al absurdo de que la distintividad estaría asegurada por el mismo registro, y no sería necesario conservar la misma una vez que el registro se encuentre firme²⁵⁵. Esto no puede ser aceptado si tomamos en cuenta la noción de distinción elaborada anteriormente y lo que ha expresado tanto la doctrina como la legislación en referencia a que el signo pueda distinguir precisamente productos o servicios en el mercado. Ahora, ¿qué relevancia tiene esto para el derecho de la libre competencia?

La posibilidad de gozar de la protección del derecho de marcas sin la necesidad de su uso comercial puede tener efectos perjudiciales para el

²⁵⁵ Este argumento lo podemos encontrar en SCHMITZ, Christian. Distintividad y uso de las marcas... (n.162), p. 20. El autor sostiene que “La conservación del carácter distintivo más allá del plazo indicado (los primeros cinco años en que el registro no está firme) no sería necesario, y solo sería lógico y coherente en un sistema jurídico que exigiera el uso del signo como requisito de su conservación y/o renovación, pues solo de esa forma se vigilaría efectivamente el cumplimiento de este requisito”. El paréntesis es nuestro.

proceso competitivo que se busca resguardar por el derecho de la libre competencia. Recordemos que las marcas vienen a extraer del dominio público un determinado signo, sea este original o no, en relación a determinada clase de productos o servicios, por lo que una vez registrada una marca se impide a los competidores hacer uso de la misma para distinguir los productos o servicios que oferta. La inexistencia del requisito de uso comercial viene a facilitar las posibilidades de establecer una barrera a la entrada de competencia sobre los productos o servicios registrados con aquellas marcas, pues cualquier actor que disponga de los medios necesarios puede registrar todos los signos que estime convenientes, impidiendo a nuevos actores utilizarlos y sin tener intención alguna de competir con productos o servicios individualizados con los mismos²⁵⁶. Si bien existen en nuestro ordenamiento herramientas para evitar el registro de mala fe o el registro de marcas notorias en el extranjero, esto no obsta a la

²⁵⁶ Las consideraciones que exponemos aquí respecto a la posible utilización anticompetitiva de un registro sin uso podrían ser extendidas a la conducta denominada en el derecho comparado como “*trademark squatting*”. Esta práctica consiste en registrar una marca reconocida en un país en la cual no ha sido previamente registrada, antes que su titular en el extranjero pueda hacerlo. Esto puede tener distintas finalidades, como impedir la entrada del competidor mediante demandas por infracciones a la marca o bien vender los derechos sobre la marca en el país al titular de la misma en el extranjero. Si bien esta es una práctica autónoma y reconocida en la doctrina, creemos que los criterios que más adelante exponemos respecto a la forma de intervención del derecho de la libre competencia frente a casos de registros sin uso son aplicables a los casos de *trademark squatting*. Una exposición extensa sobre estas prácticas se puede encontrar en SANGSUVAN, Kitsuron. 2013. Trademark Squatting. [en línea] <http://hosted.law.wisc.edu/wordpress/wilj/files/2014/01/Sangsuvan_final_v2.pdf> [consulta 28 octubre 2014].

posibilidad de que se restrinja de hecho el ingreso a un mercado precisamente por la imposibilidad de utilizar un signo que ya se encuentra registrado y no está siendo usado, lo cual se da por la posibilidad de mantener un catálogo de marcas registradas y no usadas por parte de un competidor en dicho mercado, situación que, como veremos, dista de ser teórica.

Creemos que lo anterior permite enfocar el problema del posible carácter anticompetitivo del registro de marcas desde dos puntos de vista. En primer lugar, en forma relacionada a las consideraciones sobre el ejercicio abusivo de acciones judiciales, la existencia de registros no utilizados por parte de quien ejerce acciones para proteger estos registros podría ser considerado como uno de los elementos en el análisis de la razonabilidad que deba realizar el TDLC, en el sentido que la interposición de un conjunto de medidas para proteger registros que no son usados comercialmente podrían ser indicio de la intención anticompetitiva, en vez del simple resguardo de sus intereses comerciales en la protección de dichos registros. Por supuesto, este análisis no puede llevarse al extremo de considerar que la mera existencia de registros no utilizados puede constituir

una presunción de una intención anticompetitiva, para lo cual será necesaria la evaluación de otros elementos, como puede ser la época en que dichos registros fueron solicitados por la posible coincidencia que pueda haber con la entrada de un competidor al mercado en particular. Pero desde otro punto de vista, las explicaciones anteriores nos llevan a la pregunta inicial, ¿puede ser considerado el registro mismo una conducta anticompetitiva? Creemos que en principio la respuesta debe ser negativa. Como expresamos, el registro de propiedad industrial es un derecho reconocido a nivel constitucional, por lo que, cumplidos los requisitos necesarios, su obtención no puede ser considerada ilegítima. Por mucho que la falta del requisito de uso comercial nos pueda parecer inconveniente y pueda llevar a la sobreutilización del registro de marcas que dificultará la entrada a nuevos competidores, es una situación que el diseño normativo actual permite. Por lo demás, existen medios para oponerse al registro de una marca o solicitar su nulidad bajo ciertos supuestos de la ley de propiedad industrial, por lo que estimamos que la posibilidad de solicitar una sanción por infringir la libre competencia en razón de que un agente registre una o más marcas es una solución incorrecta.

No obstante lo anterior, decimos que esta es nuestra respuesta inicial pues, a pesar que creemos que no pueda ser atacada la actividad misma de registrar marcas, esto no obsta a que dicho registro pueda ser evaluado en sede de libre competencia cuando exista al menos un motivo para investigar o iniciar un caso en contra de un competidor, por ejemplo por la interposición abusiva de acciones judiciales. Nos explicamos. A diferencia del enfoque que expresamos antes, aquí no solo sería analizado el registro múltiple de marcas no utilizadas para evaluar la posibilidad de una conducta anticompetitiva, sino que podría ser evaluada la estrategia de registrar este conjunto de marcas como una conducta anticompetitiva en sí misma. Esto se explica si recordamos la forma en que se han solucionado los casos de encuentro entre los sistemas de propiedad intelectual y libre competencia en el derecho comparado, en que se ha llegado a la conclusión que, en la medida en que se sobrepasan las finalidades del sistema de propiedad intelectual por medio de conductas que involucran estos derechos, es lícito que el derecho de libre competencia intervenga sancionando estas conductas. Si aplicamos dicha solución a este caso en particular, tendremos que el registro de marcas sobre las cuales no existe la intención de utilización comercial viola las finalidades pretendidas por el sistema de

protección marcaria, es decir, la protección de una marca por su capacidad distintiva, en los términos aquí desarrollados. De esta forma, podría llegar a sancionarse este registro de marcas por su potencial anticompetitivo, pero solo en la medida en que esté unida a otra conducta anticompetitiva, pues de lo contrario se podría llegar a la situación en que las autoridades de defensa de la competencia investigaran todo registro que no está siendo usado, lo cual como ya vimos es perfectamente legítimo en nuestro sistema de propiedad industrial.

Una solución como esta se puede encontrar elaborada de forma parcial ya en la jurisprudencia de la Comisión Resolutiva, que en la resolución del caso de la Compañía de Fósforos, antes citada, manifestó, de forma coherente con nuestra posición, que “en efecto, no interesa para esta Comisión la validez o nulidad de las marcas inscritas por la denunciada, sino la finalidad de tales registros, realizados precisamente para entorpecer, como ocurrió, la comercialización de fósforos importados de esas mismas marcas”²⁵⁷. Esto muestra cómo en nuestra jurisprudencia existen ejemplos

²⁵⁷ Comisión Resolutiva. Resolución N° 169/1984, considerando octavo.

de la evaluación de los límites del sistema de propiedad intelectual frente a la libre competencia.

Puede ser que de aquí a un tiempo más no exista el problema que hemos explicado por la falta del requisito de uso para el registro marcario, pues en estos momentos se encuentra en tramitación un proyecto de ley dirigido a reemplazar la actual ley de propiedad industrial, que en su artículo 62 contempla la caducidad de la marca por su falta de uso²⁵⁸, de forma semejante a la establecida en el derecho de la comunidad europea respecto a la marca comunitaria. No obstante, dicha modificación legislativa obedece a un problema que ha sido reconocido por la doctrina chilena y que, como dijimos anteriormente, dista de ser en la actualidad meramente teórico.

Durante la realización del presente trabajo, se presentó un requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica (FNE), de fecha 2 de octubre de 2013, una demanda por parte de Cervecería Chile S.A., de fecha

²⁵⁸ Mensaje presidencial N° 060-361, de 24 de abril de 2013, con el que se inicia un proyecto de ley que sustituye la ley N° 19.039, de Propiedad Industrial. [en línea] <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9311&prmBL=8907-03> [consulta: 21 noviembre 2013].

2 de diciembre de 2013 y posteriormente una demanda de Bavaria S.A. interpuesta en enero de 2014, ante el TDLC en contra de Compañía Cervecerías Unidas (CCU), que tenían relación con el tipo de conductas a que nos referimos anteriormente, es decir, el registro de un conjunto de marcas no utilizadas comercialmente. Lo interesante es que tanto en el requerimiento como en la demanda, se imputó a CCU el infringir la libre competencia no solo por el ejercicio de sus acciones de propiedad intelectual, sino que se estima como una conducta anticompetitiva el registro mismo de un conjunto de marcas no utilizadas. La FNE sostuvo en su requerimiento que:

“la creación de barreras artificiales a la entrada efectuadas por parte del grupo CCU mediante la mantención de registros marcarios que corresponden a marcas comercializadas por competidores actuales o potenciales, de variedades de cerveza y de indicaciones geográficas, constituye un comportamiento estratégico –y a bajo costo- que tiene la aptitud de dificultar la posibilidad de los competidores de utilizar libremente sus marcas y publicitar eficazmente sus productos a los

consumidores, dificultando, disuadiendo y/o encareciendo el ingreso de terceros o nuevas marcas al mercado”²⁵⁹.

De modo similar, Cervecería Chile señaló de forma expresa que, además de ejercer acciones administrativas y judiciales para disuadir la importación de una cerveza que no comercializaba en Chile, pero cuya marca se encontraba registrada por CCU, esta habría infringido la libre competencia por cuanto:

“CCU ha aprovechado la permisiva regulación que existe en Chile en materia de propiedad industrial para registrar y mantener registradas marcas comercializadas por sus competidores en el extranjero y que jamás ha comercializado en nuestro país, cual es el caso de cerveza Andes. Lo anterior, con el exclusivo fin de impedir el ingreso de sus competidores al mercado chileno”²⁶⁰.

²⁵⁹ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. Requerimiento de fecha 2 de octubre de 2013 en contra de Cervecerías Unidas S.A. y otra, Rol c 263-13. [en línea] <<http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Requerimiento%20de%20la%20FNE%20contra%20Compa%C3%B1%C3%ADa%20Cervecer%C3%ADas%20Unidas%20S.A.%20y%20otra.pdf>> [consulta: 23 diciembre 2013], p. 12.

²⁶⁰ CERVECERÍA CHILE. Demanda en contra de Cervecerías Unidas S.A. y otra, de fecha 2 de diciembre de 2013, Rol C 268-13. [en línea] <<http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Demanda%20de%20Cervecer%C3%ADa%20Chile%20S.A.%20contra%20Compa%C3%B1%C3%ADa%20Cervecer%C3%ADas%20Unidas%20S.A.%20y%20otra.pdf>> [consulta: 23 diciembre 2013], p. 17.

CCU contestó el requerimiento de la FNE²⁶¹, solicitando al TDLC su rechazo por variadas razones como sería la incompetencia del tribunal o por equivocarse la FNE de sujeto pasivo de su acción. Sin embargo, estimamos que resulta más interesante la defensa que realizó sobre su estrategia, en orden a que la misma tendría una justificación comercial:

“tomando en cuenta la necesidad de contar con múltiples alternativas marcarias para afrontar las innumerables necesidades de los clientes – y el hecho de que las mismas son tantas como la imaginación de CCU lo permita-, la compañía procura, en el marco del ordenamiento vigente (...), conservar e ir alimentando constantemente un portafolio de marcas con potencialidad de atender oportunamente las variadas características que puede llegar a tener un nuevo producto”²⁶².

Lo interesante de estos casos, es que en ellos estuvo en cuestionamiento el carácter anticompetitivo del registro de marcas realizado por parte de CCU en sí mismo, y no solo en relación a otra conducta anticompetitiva como el ejercicio abusivo de acciones judiciales, lo cual fue

²⁶¹ Hay que mencionar que al procedimiento iniciado por el requerimiento de la FNE, Rol 263-13, se acumularon los procedimientos iniciados por la demanda de Cervecería Chile S.A., en la causa Rol 268-13, y por Bavaria S.A., en causa Rol 272-14.

²⁶² COMPAÑÍA CERVECERÍAS UNIDAS. Contestación a requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, de fecha 11 de noviembre de 2013, Rol C 263-13. [en línea] <<http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Contestaci%C3%B3n%20CCU%20-Rol%20C%20263-2013.pdf>> [consulta: 23 diciembre 2013], p. 27.

imputado de forma conjunta en la demanda y el requerimiento. Como se puede apreciar de los párrafos citados anteriormente se cuestionó la posibilidad de que el registro marcario sea utilizado de forma anticompetitiva levantando barreras de entrada al mercado.

Este caso culminó en un acuerdo conciliatorio suscrito por la FNE, CCU, Cervecería Chile y Bavaria, aprobado por el TDLC por resolución del 28 de mayo de 2014. En este acuerdo, CCU se obligó, entre otras cosas, a cancelar una serie de registros marcarios por comprender denominaciones genéricas, transferir gratuitamente a Bavaria algunos de sus registros, pero además se obligó a la cancelación del registro de ciertas marcas, en caso de no comercializarlas dentro del plazo de cinco años desde que el acuerdo entrase en vigencia²⁶³. Esta última condición es relevante pues demuestra en cierta forma los riesgos para la competencia que pueden significar registros de marcas de los cuales no se está usando y cómo establecer una limitación temporal a la falta de uso o comercialización puede servir como forma de reparar una eventual infracción anticompetitiva.

²⁶³ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA Y OTROS. Propuesta de acuerdo conciliatorio, de fecha 22 de mayo de 2014, Rol C 263-13. [en línea] <<http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/C%20263-13%2022-05-2014%20ACUERDO%20CONCILIATORIO%20FNE%20Y%20OTROS.%20.pdf>> [consulta: 23 octubre 2014]

No obstante lo anterior, es lamentable (en términos teóricos) que este caso haya finalizado por un acuerdo conciliatorio y no por un pronunciamiento formal por parte del TDLC a través de una sentencia. La decisión que podría haber tomado el TDLC habría contribuido para el establecimiento de un criterio que guíe sus decisiones en el futuro en casos en que esté en cuestionamiento el alcance de los derechos de propiedad intelectual frente a la libre competencia, pues creemos que podría haber realizado una evaluación de la finalidad que se persigue con la protección marcaria, y si la misma se habría traicionando o no con la estrategia de CCU, para lo cual ciertamente resultaría relevante la justificación comercial expresada. Creemos que al no haber hecho esta evaluación, no se resuelve el problema de fondo en estos casos, perdiéndose una buena oportunidad para sentar un criterio en la decisión de casos de interacción del derecho de propiedad intelectual y la libre competencia, criterio que, según veremos en el siguiente capítulo, ya ha sido elaborado en la jurisprudencia del TDLC, aunque de forma tímida y más bien excepcional.

Como hemos visto en los ejemplos anteriores, y como puede predicarse de la generalidad de los casos de encuentro de propiedad intelectual y libre competencia, lo que fundamenta que determinada conducta pueda ser anticompetitiva no es el uso en sí de la propiedad intelectual, sino que es más bien el uso que se le da a la propiedad intelectual con una intencionalidad en abierta contradicción a la libre competencia lo que fundamenta su sanción en esta sede. Es decir, en aquellos casos de encuentro creemos que la propiedad intelectual debe ser considerada como un medio para la infracción a la libre competencia y no como el objeto de abuso en sí. Por esto, como indica Alberto Heimler, creemos que “no hay razones para abandonar la perspectiva general de que hay prueba de violación (en sede de libre competencia) cuando no hay otra explicación para determinado comportamiento que su objetivo abusivo”²⁶⁴. En estos casos se necesita realizar un análisis de la intencionalidad o del objetivo buscado por el titular de la protección de propiedad intelectual, para lo cual es necesario no perder de vista el alcance de estos derechos, lo cual tiene directa relación con las finalidades de este sistema de protección. En todos aquellos casos en que el ejercicio de derechos de propiedad

²⁶⁴ HEIMLER, Alberto, ob. cit. (n. 195), p. 17. El paréntesis es nuestro.

intelectual no exceda estos mismos derechos o no tenga una finalidad ciertamente anticompetitiva, el derecho de la libre competencia debe abstenerse de actuar²⁶⁵

²⁶⁵ Vale destacar que al menos existe un ordenamiento en el que se prevé que el mero ejercicio del derecho de propiedad pueda causar preocupaciones en sede de libre competencia. Esto se da en el caso del derecho de libre competencia canadiense, en que se prescribe el uso de remedios específicos ante el mero ejercicio de derechos de propiedad intelectual. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que se prescriben consideraciones previas como requisitos para implementar estos remedios que tienen que ver con los posibles efectos en la competencia que la utilización de dichos derechos pueden provocar. Véase, COMPETITION BUREAU, ob. cit. (n. 189).

CAPÍTULO III

LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En este capítulo nos referiremos de forma breve a la jurisprudencia que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha ido sentando en casos en que se ha visto involucrado el sistema de la propiedad intelectual. Es pertinente realizar algunas prevenciones. En primer lugar, como expresamos al inicio del presente trabajo, hemos decidido tratar únicamente la jurisprudencia del TDLC, sin dedicarnos en esta sección a un estudio pormenorizado de la extensa jurisprudencia de las comisiones antimonopolio, antecesoras del actual Tribunal. Sin embargo, vale la pena mencionar aquí que en el desempeño de sus funciones estas comisiones elaboraron muchos de los principios que el TDLC utiliza actualmente en la resolución de casos de diversa índole y de forma más específica en casos en que interactúan los dos sistemas tratados en este trabajo. Así por ejemplo, las comisiones antimonopolio acogieron la teoría del agotamiento

internacional de derechos de propiedad industrial, que venía a limitar la forma en que se podía restringir la competencia por parte del titular de una marca en Chile frente a las importaciones legítimas de otros competidores, solución seguida por el TDLC posteriormente, y que se adelantó a la recepción normativa de dicha teoría que en la actualidad se encuentra consagrada en el artículo 19 bis E de la ley 19.039 de Propiedad Industrial por una modificación del año 2005 a dicha ley²⁶⁶. Este es solo un ejemplo de una jurisprudencia extensa y coherente de estas comisiones sobre la relación entre estos dos sistemas, a lo cual podemos sumar las resoluciones citadas con anterioridad en el presente trabajo y un conjunto amplio de decisiones que van desde el inicio de sus funciones en la década de 1970 hasta su disolución y reemplazo por la institución del TDLC el año 2003.

Una segunda prevención es que tras un estudio de gran parte de la jurisprudencia pertinente del TDLC, hemos podido determinar que en general este Tribunal no ha estimado que existe una contravención a la libre competencia, debido a que los exámenes realizados por el mismo consisten básicamente en evaluar si una conducta tiene la aptitud para afectar la

²⁶⁶ RIVAS, María. 2012. Los ilícitos de competencia desleal en la jurisprudencia chilena. Santiago, Abelado Perrot LegalPublishing Chile: Thomson Reuters, pp. 80 – 82.

competencia, por lo que solo así podría concluirse si ha existido una conducta sancionable o no. En muchos casos, al no encontrar en la conducta esta aptitud de afectación a la competencia, el Tribunal ha resuelto no sancionar la misma, porque no habría un daño a la libre competencia según su interpretación. Fuera de la interesante discusión que puede generarse respecto a si evaluar la posición de dominio o poder de mercado es suficiente o siquiera necesario para determinar que una conducta es anticompetitiva, daremos por asumido que al realizar esto el Tribunal evalúa la intencionalidad de la conducta, la cual no puede sino estar determinada en orden a su finalidad, en tanto orientada a alcanzar la posición de dominio o bien la exclusión de un competidor. Por otro lado, esta actitud del Tribunal se condice con lo que postulamos en el presente trabajo, esto es que en el análisis del carácter anticompetitivo de una conducta en que intervienen derechos de propiedad intelectual siempre debe considerarse si acaso la misma constituye o no un abuso en relación al uso y alcance de estos privilegios.

Por último, cabe señalar que nos limitaremos a tratar aquellas resoluciones que nos permiten entender de mejor forma el trato que el

TDLC ha dado a la interacción de estos dos sistemas, por lo que no expondremos aquellas sentencias que nada aportan a la discusión, o que simplemente se limitan a repetir alguno de los criterios ya desarrollados de forma previa por el Tribunal. Aquellas sentencias que se limitan a confirmar estos criterios son simplemente mencionadas en el presente trabajo.

La jurisprudencia ha demostrado una clara tendencia a considerar aquellos casos en que intervienen elementos de propiedad intelectual con una cierta indiferencia hacia esos elementos, centrando el debate en torno a la aptitud para vulnerar la competencia en el examen del poder de mercado de las partes. Así por ejemplo, en la Sentencia N° 40 del año 2006, el TDLC se pronunció respecto a un caso en que se demandaba a un importador que había registrado las marcas “Mekse” y “Beck” en Chile, pues este mismo advirtió al demandante, quien igualmente importaba la marca comercial Mekse, que existían estos registros de propiedad industrial, solicitando que desistiera de su comercialización. Se demandó por infracción a la libre competencia, sosteniendo además la ilegalidad de estos registros. El TDLC, delimitando su jurisdicción, declinó referirse a la ilegalidad de estas inscripciones aduciendo que deberían ser falladas en la

sede correspondiente, sosteniendo que “con estricta sujeción al principio de especificidad de su jurisdicción, estos sentenciadores juzgarán las conductas denunciadas de acuerdo a las normas que protegen la libre competencia en los mercados”²⁶⁷. En vista de esto, interpretó la conducta denunciada como un acto de competencia desleal, limitando su análisis a la existencia de una posición de dominio, pues este constituye uno de los requisitos copulativos que la jurisprudencia ha reconocido para considerar un acto de competencia desleal como contrario a la libre competencia. Concluye que “no ha podido establecerse que las conductas imputadas a la demandada hayan sido idóneas para alcanzar, mantener o incrementar una posición de dominio en el mercado, por lo que este Tribunal estima que, en el caso *sub-lite*, no ha sido acreditada la existencia de actos que hayan tenido como objeto o efecto alterar la libre competencia”²⁶⁸. El TDLC ni siquiera evaluó aquí la posibilidad de competencia desleal, sino que se limitó a la aptitud de afectación a la libre competencia. Ahora bien, se debe recordar que en la actualidad el hecho de que una conducta no sea sancionable como una infracción a la libre competencia no significa que este no pueda ser objeto

²⁶⁷ Sentencia TDLC N°40/2006. Rol C 62-05, considerando cuarto.

²⁶⁸ Sentencia TDLC N°40/2006. Rol C 62-05, considerando noveno.

de sanción en sede civil por la legislación de competencia desleal. En cambio, en el caso en cuestión no podría haberse recurrido a dicha sede, pues en ese momento no existía la protección de la competencia desleal como algo autónomo y separado de la libre competencia, a diferencia de la situación actual desde la entrada en vigencia de la ley 20.169 de competencia desleal.

Otro caso ilustra la actitud del TDLC en orden a que la consideración del carácter anticompetitivo del uso de propiedad intelectual es dependiente de la finalidad en el ejercicio de estos derechos o privilegios. El conflicto consistió en la utilización de un conjunto de acciones judiciales y administrativas por parte de Laboratorio Novartis en contra de Recalcine, pues el primero estimaba que el compuesto activo de un medicamento de Recalcine habría infringido una de sus patentes. Aquí se consideró la intencionalidad detrás del ejercicio de medidas judiciales por parte de Novartis, concluyendo que existía una duda razonable de esta respecto a la posible infracción de Recalcine, estimando el Tribunal que hasta cierto punto en que se podía sostener esta duda razonable no correspondía entender que las acciones interpuestas “hayan tenido por objeto exclusivo

impedir o retardar el ingreso de un competidor, a pesar de haber tenido ese efecto, y en consecuencia no pueden ser calificadas como contrarias a la libre competencia”²⁶⁹. En cuanto a las acciones que no podían ampararse bajo esta duda razonable, el Tribunal sostuvo que “no se ha acreditado que tuvieran como efecto impedir o retrasar la comercialización del medicamento Zeite de Recalcine, por lo que tampoco serán calificadas como contrarias a la libre competencia”²⁷⁰. Así, mantiene el criterio de que debe demostrarse la intención de restringir la libre competencia para poder sancionar como infracción al DL 211.

Por otra parte, uno de los casos en que se expresa de forma más clara la diferencia entre los regímenes de propiedad intelectual y la libre competencia lo refleja el conflicto entre Knop y Maver, ambas empresas de laboratorios farmacéuticos. Por la Sentencia N° 59 del año 2007 el TDLC decidió rechazar la acción que interpuso Knop en contra de Maver, en la que se alegaba la infracción de esta última por competencia desleal basada en la imitación de diversos elementos distintivos y protegidos del producto

²⁶⁹ Sentencia TDLC N° 46/2006. Rol C 78-05, considerando vigésimo sexto.

²⁷⁰ Sentencia TDLC N° 46/2006. Rol C 78-05, considerando vigésimo séptimo.

de Knop en la venta de su propio producto, en particular, la similitud del nombre del producto de Maver al de Knop denominado Paltomiel. Si bien este no es un caso en que se alegara infracción de propiedad intelectual, la base de la denuncia por competencia desleal se fundamenta precisamente en la copia de elementos distintivos de Knop, lo cual podría bien ser un caso debatible en sede de propiedad intelectual. El TDLC admitió de forma expresa que hubo competencia desleal, manifestando que “la demandada efectivamente ha ejecutado y sigue ejecutando conductas tendientes a crear confusión en los consumidores (...) todo lo cual constituiría un acto de competencia desleal”²⁷¹. Sin embargo, rechazó la demanda pues por el examen de participación del mercado concluyó que “las conductas de competencia desleal ejecutadas por Maver en contra de Knop no fueron realizadas por alguien que gozaba de una posición dominante, ni pueden ser estimadas como aptas para permitir a Maver alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante en ninguno de los escenarios de mercado relevantes posibles, de modo que no puede considerarse que hayan sido ejecutadas con tal objeto o finalidad”²⁷². Lo anterior permite entender

²⁷¹ Sentencia TDLC N° 59/2007. Rol C 109-06, considerandos undécimo y duodécimo.

²⁷² Sentencia TDLC N° 59/2007. Rol C 109-06, considerando vigésimo octavo.

que la actitud del TDLC es precisamente la de limitarse a sancionar cuando existe una conducta desplegada como un atentado a la libre competencia. En este caso existía una conducta de competencia desleal comprobada que, sin embargo, al decir del Tribunal, no tenía aptitud para causar afectación a la libre competencia, por lo que el TDLC estimó que no podría ser la intención de Maver la exclusión del mercado de su competidor Knop. Esta nos parece una solución correcta a este caso. Se muestra claramente que el objetivo del TDLC no es otro que defender la libre competencia, no pudiendo ni siquiera sancionarse una conducta que presenta caracteres de deslealtad, pues esta puede buscar el desvío de clientes por medios ilegítimos, pero esto no es lo mismo que perseguir la exclusión de competidores o la restricción a la libre competencia.

Las decisiones anteriores ilustran la forma en que el TDLC ha decidido en su gran mayoría los casos en que derechos de propiedad intelectual pueden implicar de una forma u otra la ejecución de conductas de competencia desleal²⁷³.

²⁷³ Otras sentencias y resoluciones en que se extiende el mismo criterio son: Resolución TDLC N° 5/2005. Rol NC 18-04; Sentencia TDLC N° 58/2007. Rol C 90-06; Sentencia TDLC N° 60/2007. Rol C 110-06 y Sentencia TDLC N° 80/2009. Rol C 97-06.

Existe un grupo reducido de casos que han abordado el problema de la relación de la propiedad intelectual con la libre competencia desde otras perspectivas.

En un caso similar al de Knop, se condenó a Farmacias Ahumada (Fasa) por haber incurrido en un acto de competencia desleal al imitar los signos distintivos del producto de Knop y negarse a la compra del producto Paltomiel, reemplazándolo con el producto de marca propia con Palto con Miel. Lo que diferencia a este caso es que se consideró anticompetitiva la conducta de Fasa precisamente en atención al poder de mercado que detentaba esta, por lo que su conducta tenía la aptitud de excluir del mercado a Knop, pudiendo probarse una intencionalidad anticompetitiva. Lo interesante es la declaración que realiza el Tribunal en el considerando décimo cuarto de la sentencia de este caso, en que se afirma que “si Fasa hubiese reemplazado el producto Paltomiel, en pleno ejercicio de su libertad (sic) de contratar, por uno de marca propia pero con características singulares, distintivas y/o innovadoras, o en caso que hubiese introducido otro similar al producto original, pero sin afectar la libertad del consumidor

de elegir entre ambos, estos actos no habrían constituido, a juicio de este Tribunal, restricciones a la libre competencia”²⁷⁴. La postura del TDLC en este caso demuestra cómo es sumamente importante distinguir las conductas abusivas a la hora de apreciar la interacción de estos dos sistemas. Las infracciones a la libre competencia siempre deben ser producto de una conducta diversa a la competencia basada en los méritos, la cual puede presentar las más diversas características, como por ejemplo el abuso de un derecho o la infracción a estos. Como sostiene el Tribunal, si en este caso no se hubiese afectado el legítimo derecho del titular de signos distintivos a que no se imiten estos signos, lo cual podría ser objeto de algún juicio infraccional en la sede correspondiente, el Tribunal no podría haber sancionado a Fasa. Por mucho que efectivamente se hubiese desplazado a Knop, restringiendo la competencia, esta restricción no se habría producido de forma ilegítima, pues no habría conducta abusiva o que tuviese como finalidad esta afectación negativa a la libre competencia. Esta sentencia muestra además cómo el sistema de libre competencia puede contribuir al fortalecimiento de la protección de la propiedad intelectual. De los dichos del Tribunal se puede entender que la innovación es una

²⁷⁴ Sentencia TDLC N° 24/2005. Rol C 41-04, considerando décimo cuarto.

herramienta competitiva importante, que permite justificar el posible desplazamiento de los competidores, por ejemplo, por la introducción de un nuevo producto.

Por último, y para no extendernos más de lo necesario, mencionaremos la única sentencia en la jurisprudencia del TDLC de la que tenemos conocimiento en que se ha fallado sosteniendo la tesis de un abuso del derecho de propiedad intelectual²⁷⁵. Este caso consistía en un conflicto entre el colegio American British School y una apoderada que se dedicaba a fabricar uniformes escolares con los distintivos de este colegio. El problema es que estos distintivos estaban registrados por el colegio, por lo que tenían protección marcaria. Ante esto, el titular de los registros ejerció una serie de medidas para evitar la continuación de esta producción por parte de la apoderada. Nos interesa aquí el aspecto central de la discusión. El tema principal era el alcance del derecho de propiedad industrial de que disponía el colegio, o más bien si este había actuado dentro de los legítimos límites

²⁷⁵ No obstante, existen a lo menos otras dos resoluciones que se refieren al posible uso de los derechos de propiedad intelectual para infringir la libre competencia. Por un lado, la Sentencia TDLC N° 68/2008. Rol C 142-07, en su considerando quinto manifiesta “este Tribunal sí es competente para conocer y juzgar casos en los que pueda haberse utilizado una marca registrada como barrera a la entrada de legítimos competidores”. Por su parte, la Resolución TDLC N° 26/2008. Rol NC 224-07, refiriéndose de forma directa a la sentencia N° 62, comentada a continuación, expresa que “se configuraría una conducta anticompetitiva cuando se utiliza una marca registrada como barrera a la entrada de legítimos competidores”.

que este derecho contemplaba. El Tribunal sostuvo que “la finalidad o función esencial del derecho de marca de un colegio consiste en evitar la confusión en los consumidores sobre el origen empresarial de los servicios educativos de su titular”²⁷⁶. Por diversas consideraciones el Tribunal estimó que las licitaciones que el colegio había realizado para licenciar sus derechos de marca a productores de uniformes en realidad “constituyeron un obstáculo que tuvo por objeto excluir la participación de oferentes del uniforme escolar distintos de la sociedad Shopping Casablanca, relacionada al Colegio”²⁷⁷. La razón por la que el Tribunal terminó condenando al colegio se encuentra en la enunciación explícita de los efectos contrarios a la libre competencia que pueden surgir de un abuso del derecho exclusivo conferido por la propiedad intelectual. El tribunal sostiene expresamente que, “el ejercicio del derecho de exclusividad que confiere una marca comercial sólo puede constituir infracción a la libre competencia en la medida que se aparte o desvíe de la función esencial del mismo, esto es, de la finalidad o propósito por el cual la propiedad industrial proporciona a su titular esa exclusividad que le es inherente, y tenga, en cambio, por objeto

²⁷⁶ Sentencia TDLC N° 62/2008. Rol C 122-06, considerando trigésimo quinto.

²⁷⁷ Sentencia TDLC N° 62/2008. Rol C 122-06, considerando quincuagésimo cuarto.

impedir, restringir o entorpecer la libre competencia”²⁷⁸. Por tanto, se consideraron los fines con que el colegio ejercía sus derechos de propiedad intelectual, concluyendo el Tribunal que estos excedían al objeto de protección, no pudiendo sino constituir un abuso.

Este fallo es muy relevante, pues en él se reconoce de forma explícita la posibilidad de sancionar en sede de libre competencia a quien ejercita sus derechos de propiedad intelectual en atención al contenido y alcance de los mismos. Expresa de forma muy clara los requisitos para que esto proceda, adscribiendo así a la postura que el derecho de propiedad intelectual puede atentar contra la libre competencia en aquellos casos en que este ejercicio exceda el ámbito de protección contemplado, como demuestra la referencia explícita a la función de la protección de la marca del colegio. Si bien es cierto que en nuestra jurisprudencia no han existido muchos casos que presenten estas características y que se hayan resuelto bajo esta teoría, es de esperar que de presentarse casos similares en el futuro, el Tribunal decida en los términos definidos por esta sentencia. Como mencionamos previamente, el caso CCU se podría haber presentado como una

²⁷⁸ Sentencia TDLC N° 62/2008. Rol C 122-06, considerando trigésimo cuarto.

oportunidad para sentar de forma firme el criterio ya enunciado en el caso de American British School.

Creemos que los casos comentados anteriormente muestran la tendencia de la jurisprudencia del TDLC en todos aquellos asuntos que involucran derechos de propiedad intelectual. Si bien en algunos casos no existe un pronunciamiento sobre el tratamiento que se debe dar a la interacción entre estos dos sistemas, esto no niega que el Tribunal sí haya establecido un criterio de interpretación para los mismos. De hecho, esta falta de pronunciamiento en algunos casos se debió precisamente a la consecuencia del Tribunal con su función, esto es la sanción por la afectación a la libre competencia. En realidad, la jurisprudencia del TDLC está marcada por la convicción de que se debe delimitar de forma clara los casos que interesan o no al derecho de la libre competencia, estimando que solo tienen interés para la misma aquellos en que efectivamente la propiedad intelectual sea el vehículo por medio del cual se pretende infringir la libre competencia, sin que pueda el Tribunal estimar el ejercicio de estos derechos como una infracción en sí misma, sino más bien solo en la medida en que, de forma inconsistente con las finalidades del sistema de

propiedad intelectual, dicho ejercicio esté destinado o dirigido a lesionar la libre competencia en los mercados, escapando al alcance, contenido y propósito de estos derechos.

CONCLUSIONES

En el presente trabajo nos hemos propuesto delinear la relación existente entre los sistemas del derecho de la libre competencia y el derecho de propiedad intelectual, entendida esta en un sentido amplio. Para poder dilucidar la verdadera naturaleza de esta relación atendimos a las finalidades u objetos de protección de ambos sistemas, expresamos nuestra posición al respecto y revisamos la forma en que esta relación ha sido tratada en el derecho comparado y chileno. Podemos elaborar las siguientes conclusiones, a modo de recapitulación de lo explicado a lo largo de esta obra:

- El propósito o razón de ser de los sistemas de libre competencia y propiedad intelectual demuestra que ellos están dirigidos a la solución de problemas o fallas del mercado, lo que es necesario para lograr la finalidad ulterior del mayor bienestar económico posible. Esto nos lleva a la consideración de ambos sistemas como partes del Derecho

Económico, en cuanto el propósito o el criterio unificador de esta rama del derecho es la intervención o regulación mínima del mercado en razón de sus fallas. Al ser ambos sistemas partes del Derecho Económico, la aplicación de ellos o su reforzamiento no puede ser contradictorio, pues en última instancia ambos están dirigidos a asegurar el funcionamiento óptimo del sistema de mercado. Esto demuestra la importancia de atender al modo en que se relacionan ambos sistemas, para lo cual es necesario entender cuál es el objetivo específico de cada uno.

- La finalidad del derecho de la libre competencia ha sido objeto de gran discusión en la doctrina, tanto chilena como comparada. Si bien se han planteado muchas alternativas, hemos explicado las razones para descartar la consideración de una finalidad múltiple, así como las teorías de un objeto único más aceptadas en la actualidad, esto es las que sostienen que el propósito de la libre competencia es la maximización de la eficiencia económica o bien la protección del bienestar de los consumidores. En cambio, el objetivo de la libre competencia debe ser entendido como la protección de un proceso competitivo no restringido,

en que los competidores persiguen beneficios por medio de la utilización racional de sus recursos, y en que su éxito o fracaso estará determinado por su mejor desempeño, o en otras palabras por sus méritos en relación a los otros participantes en el mismo mercado. En razón de esto, la posibilidad de que una conducta sea considerada como una actuación anticompetitiva dependerá de si existe una fundamentación económica racional para la misma, para lo cual son de utilidad criterios como la eficiencia o el bienestar de los consumidores.

- Por su parte, el objeto de protección del derecho de propiedad intelectual está constituido por los derechos y privilegios que el mismo sistema prescribe. El diseño normativo no permite entender la finalidad de la propiedad intelectual como una protección necesaria en virtud del vínculo del autor con su obra o como una recompensa al creador o innovador por su aporte social, sino que más bien nos lleva a considerar que el objetivo de este sistema es el de establecer incentivos adecuados a la creación e innovación en beneficio de la sociedad en su conjunto. Para el cumplimiento de esta finalidad, resultan esenciales las limitaciones a los derechos y privilegios, en duración y en contenido, así como el

aseguramiento y extensión del dominio público. Si bien las ramas del derecho de autor y el derecho de patentes son consistentes con la finalidad del incentivo a la creación e innovación, vimos que el derecho de marcas tiene un fundamento distinto, que consiste en permitir la competencia al asegurar la utilización de signos para distinguir la imagen adquirida por la oferta entre competidores. No obstante, el sistema de protección marcario tiene una regulación semejante y obedece, en términos generales, a la misma lógica que el sistema de propiedad intelectual.

- La delineación de las finalidades de estas dos ramas del Derecho Económico nos permite examinar la relación que cabe reconocer entre ellas. Como vimos, hay que descartar desde un inicio la visión de un conflicto inherente. Por un lado, se podría entender que existe tal conflicto por una percepción incorrecta de los derechos de propiedad intelectual como monopolios económicos. Se debe desechar esta posición, pues por una parte el derecho de libre competencia no sanciona los monopolios por sí mismos, y por otra la posibilidad de monopolizar un mercado no es una consecuencia necesaria de los derechos de

propiedad intelectual, sino que más bien dependerá de un conjunto de factores como la existencia (o no) de sustitutos cercanos al producto protegido. Una vez que se descarta esta concepción, la propiedad intelectual y la libre competencia presentan más bien una gran complementariedad, promoviendo en cierta forma los mismos fines, como ha sido reconocido en la doctrina contemporánea. Mientras el desarrollo libre del proceso competitivo puede promover la creación y la innovación en los mercados existentes, así como la creación de nuevos mercados, la propiedad intelectual presenta en su diseño normativo instituciones que permiten salvaguardar la competencia en el nivel de las ideas y en el nivel comercial.

- A pesar que no exista un conflicto inherente entre ambos sistemas, la forma en que persiguen sus finalidades puede llevar a casos de encuentro en que el reforzamiento de uno puede afectar negativamente los objetivos perseguidos por el otro. Esto es así por cuanto el sistema de propiedad intelectual logra su finalidad otorgando facultades que efectivamente permiten restringir la competencia, aunque no necesariamente de forma anticompetitiva en el sentido que se da en libre

competencia. La solución a este problema potencial se encuentra en el entendimiento de que ambos sistemas son complementarios y forman parte del Derecho Económico, por lo cual su aplicación conjunta se debe armonizar. Como vimos, la solución está en la idea de balance. El derecho de la libre competencia solo deberá intervenir respecto a conductas que involucren derechos de propiedad intelectual cuando este sistema no prescriba soluciones propias, y solo en aquellos casos en que la conducta conlleve una extensión del derecho más allá de lo que corresponde de acuerdo a su contenido y a la finalidad de promover la creación e innovación. En la medida que no exista un abuso del sistema de propiedad intelectual, utilizando estos derechos con fines anticompetitivos, la libre competencia no tendría razones para sancionar el ejercicio legítimo de los derechos amparados por la propiedad intelectual.

- Tanto en los Estados Unidos como en la Unión Europea ha existido una jurisprudencia extensa sobre esta relación. En el derecho *antitrust* norteamericano esta relación ha sido definida en gran parte por el mayor predominio de uno de los dos sistemas en un período determinado. Por

su parte, en el derecho europeo se ha tratado esta relación en atención al tipo de conducta que se despliega, llegando a establecerse reglas específicas para el tratamiento de las conductas concertadas. La exposición de los casos que se han dado en estos ordenamientos permite afirmar que en ellos existe una preocupación por los alcances del derecho de propiedad intelectual cuando hay que determinar si existió una conducta anticompetitiva, pues muestran decisiones que reconocen una extensión ilegítima de los derechos de propiedad intelectual que no está justificada de acuerdo a su finalidad y que conllevan por tanto una restricción ilícita a la competencia.

- Estas consideraciones son relevantes a la hora de examinar el modo en que se deben resolver casos de encuentro en el derecho chileno. El análisis del ejercicio abusivo de acciones de propiedad intelectual legítimas y la posibilidad del registro de marcas con fines anticompetitivos nos sirve para demostrar cómo se debería resolver los casos de encuentro de acuerdo a lo expuesto en este trabajo, es decir atendiendo al alcance y finalidad de los derechos de propiedad intelectual.

- Por último, el análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia muestra que las formulaciones que este órgano ha realizado en sus sentencias y resoluciones han sido consecuentes con las tesis antes mencionadas. Sus decisiones se han caracterizado por realizar una evaluación paralela al sistema de propiedad intelectual en aquellos casos que involucran aspectos propios del mismo, limitándose a resolver si ha existido o no una afectación a la libre competencia, sin entrar a juzgar materias propias de otras sedes. En la medida en que no se haya encontrado afectación a la libre competencia, el Tribunal se ha abstenido de emitir un pronunciamiento al respecto. Sin embargo, en un caso en que consideró que efectivamente hubo afectación a la libre competencia, el Tribunal sí se encargó de caracterizar la relación entre estos dos sistemas, sosteniendo un criterio similar al aquí desarrollado.

Esperamos que el presente trabajo haya servido para esclarecer estos puntos. Como afirmamos al inicio de nuestra exposición, en Chile se han percibido de gran forma los efectos de la globalización, uno de los cuales lo representa la concepción de la innovación y la creatividad como los

mayores activos de las empresas en la actualidad. A su vez, en los últimos años hemos podido ver cómo ha crecido el interés público y privado por los casos y la regulación de defensa de la libre competencia. Desde el año 2003 hemos podido apreciar el desarrollo de un sistema en que las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia han ido uniformando y delimitando criterios relevantes a la hora de decidir casos e implementar estrategias comerciales por parte de los competidores. Ante este escenario, se espera que el sistema de la libre competencia sirva como un medio para promover la innovación y la creación, sin perder de vista el objetivo central de este sistema, ni tampoco la finalidad de la propiedad intelectual.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y ARTÍCULOS

- ABAD, Mario Ybar. 2010. De qué hablamos cuando hablamos de competencia? Un análisis aplicado al caso Supermercados II. En: MONTT, Rettig y NEHME, Nicole (comp.) Libre Competencia y Retail. Santiago, Editorial Legal Publishing.
- AGOSTINI, Claudio. 2007. Institucionalidad e incentivos para la libre competencia. [en línea]. Expansiva. <http://www.expansiva.cl/media/en_foco/documentos/07052007114142.pdf> [consulta: 27 noviembre 2013].
- AGÜERO, Francisco. 2004. Nuevos elementos para el debate sobre el bien jurídico libre competencia. [en línea] Boletín Latinoamericano de Competencia (N°19): 124-133. <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_19_2.pdf> [consulta: 14 noviembre 2013].
- ANDRIYCHUCK, Oles. 2010. Can We Protect Competition without Protecting Consumers? [en línea] Competition Law Review, Vol. 6, No. 1, pp. 77-87 <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1594697> [consulta: 14 noviembre 2013].
- ANTEQUERA, Ricardo. 2007. Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines. Madrid, Editorial Reus.
- AREZZO, Emanuela. 2007. Intellectual Property rights at the crossroad between monopolization and abuse of dominant position: American and European approaches compared. [en línea] John Marshall Journal of Computer & Information Law, vol. 24, issue 3. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=935047> [consulta: 06 de noviembre 2013].
- ASTUDILLO, Manuel. 2000. Curso de Derecho Económico. Tomo I. 2^a ed. Santiago, Universidad Central de Chile. Género de documentos Xerox Universidad Central de Chile.
- AVILÉS, Víctor. 1998. Orden Público Económico y Derecho Penal. Santiago, Editorial Jurídica Conosur Ltda.

- BARROS, Fernando. 1995. La defensa de la libre competencia. Cuadernos Jurídicos Universidad Adolfo Ibáñez Facultad de Derecho. N°3.
- BERCOVITZ, Alberto. 1994. Tendencias actuales en la Propiedad Intelectual. En: SOBERANES, José Luis (Comp.). Tendencias actuales del Derecho. México, Fondo de Cultura Económica. pp. 55 – 67.
- BERCOVITZ, Alberto. 2008. Apuntes de Derecho Mercantil. Derecho Mercantil, Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial. 9ª ed. Navarra, Aranzadi.
- BERNEDO, Patricio. 2013. Historia de la libre competencia en Chile. 1959-2010. Santiago, Fiscalía Nacional Económica.
- BORK, Robert. 1993. The antitrust paradox. A Policy at War with Itself. New York, The Free Press.
- BUSTAMANTE, José Manuel y URRUTIA, Enrique. 2007. Competencia desleal: inducción al incumplimiento de contratos y ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales. Competencia desleal. Análisis crítico y elementos para la aplicación de la Ley N° 20.169, de 2007. Cuadernos de extensión jurídica Universidad de los Andes (No. 14): 73 – 83.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. 1983. Derecho Antimonopólico y de la defensa de la competencia. Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. 2003. Derecho de marcas. Tomo I. 2ºed. Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. 2004. Derecho de las patentes de invención. Tomo I. Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L.
- CHANG, Howard, EVANS, David y SCHMALENSEE, Richard. 2011. Market Power. Assesment of Market Power in Competition Matters. Documento de referencia sobre determinación de poder sustancial de mercado. [en línea] México. <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/09/ultdoctopodersustmercado.pdf>> [consulta: 21 noviembre 2013].
- CHIJANE, Diego. 2007. Derecho de Marcas. Madrid, Editorial Reus.
- CONTRERAS, Oscar. 2012. La competencia desleal y el deber de corrección en la ley chilena. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile.

- DE LA MAZA, Iñigo. 2006. Propiedad Intelectual, Teorías y Alternativas. En: MORALES, Marcos. Temas actuales de Propiedad Intelectual. Santiago, LexisNexis.
- DIAMOND, Jared. 2013. Armas, gérmenes y acero. 8ºed. Barcelona, Debolsillo.
- DWORKIN, Ronald. 2008. La democracia posible. Principios para un nuevo debate político. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, S.A.
- FERGUSON, Niall. 2012. Civilización. Occidente y el resto. 2ª ed. Barcelona, Random House Mondadori.
- FERMANDOIS V, Arturo. 2001. Derecho Constitucional Económico: garantías económicas, doctrina y jurisprudencia. Tomo 1. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile.
- FERNÁNDEZ-NÓVOA, Carlos. 2004. Tratado sobre Derecho de Marcas. 2ª ed. Madrid, Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales.
- GELLHORN, Ernest, KOVACIC, William y CALKINS, Stephen. 2008. Derecho y economía de la competencia. México, Comisión Federal de Competencia México.
- GRUNBERG, Jorge y MONTT, Santiago. 2010. Informe en Derecho. Prueba de la colusión. Santiago, Centro de Regulación y Competencia, Universidad de Chile.
- GUMUCIO, Juan Cristóbal. 2011. Interrelación propiedad intelectual, competencia desleal, protección al consumidor y libre competencia. En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (ed.). La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. Santiago, Thomson Reuters.
- HATTON, Catriona; CORTÉS Elena; y DAWSON, Adam. 2013. Squaring the Circle: The EU's Quest for Balance between Antitrust and Intellectual Property. [en línea] The European Antitrust Review 2014. <<http://globalcompetitionreview.com/reviews/53/the-european-antitrust-review-2014/>> [consulta 10 diciembre 2013].
- HEIMLER, Alberto. 2008. Competition Law Enforcement and Intellectual Property Rights. [en línea] <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1105326> [consulta: 21 noviembre 2013].
- HOVENKAMP, Herbert. 2005. Federal Antitrust Policy. The law of Competition and its Practice. 3th ed. United States, Thomson/West.

- HOVENKAMP, Herbert. 2005b. *The Antitrust Enterprise. Principle and Execution*. Cambridge, Harvard University Press.
- HOVENKAMP, Herbert. 2008. *Innovation and the Domain of Competition Policy*. [en línea] *Alabama Law Review*. Vol. 60. pp. 103 – 131. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1091488> [consulta: 21 noviembre 2013].
- HOVENKAMP, Herbert. 2008b. *The Intellectual Property-Antitrust Interface*. [en línea] *University of Iowa Legal Studies Research Paper No. 08-46; Issues in Competition Law*, ABA. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1287628> [consulta: 06 noviembre 2013].
- IOANNIS, Lianos. 2010. *Las implicancias de una teoría regulatoria de la Propiedad Intelectual (PI) para el Derecho de la Libre Competencia: visión desde Europa*. *Revista de Derecho Económico*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. N° 75: 205 – 283.
- JARAMILLO, Paula. 2008. *Acceso a la cultura y regulación de Derecho de Autor*. *Revista del Magister y Doctorado en Derecho (No 2)*: 59 – 89.
- JIMÉNEZ, Felipe. 2011. *¿Qué se protege al prohibir los monopolios? Rol del derecho de la libre competencia en un estado democrático de derecho*. *Anales de derecho UC: Temas de Libre Competencia*. (No. 4): 171 – 200.
- JUPPET, María Fernanda. 2010. *Colisión de bienes jurídicos protegidos entre el derecho de propiedad intelectual e industrial y la libre competencia en los mercados*. *Actualidad Jurídica*. Vol. 11 (No. 21): 225 – 244.
- KATZ, Ariel. 2007. *Making Sense of Nonsense: Intellectual Property, Antitrust, and Market Power*. [en línea] *Arizona Law Review*, Vol. 49, No. 4. pp. 837-909. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=702462> [consulta: 06 noviembre 2013].
- KATZ, Ariel. 2013. *Copyright and competition policy*. [en línea] Toronto, Canadá. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2231811> [consulta: 06 noviembre 2013].
- LANDES, William y POSNER, Richard. 2006. *La estructura económica del derecho de propiedad intelectual e industrial*. Madrid, Fundación Cultural del Notariado.

- LEMLEY, Mark. 2007. A New Balance between IP and Antitrust. [en línea] Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 340. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=980045> [consulta: 21 noviembre 2013].
- LÜDERES, Rolf. 2011. Sistemas económicos, tecnología y acción oficial en defensa de la libre competencia: Chile 1810 – 2010. En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (ed.). La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. Santiago, Thomson Reuters.
- MENCHACA, Tomás. 2007. Libre Competencia y Competencia Desleal en la Ley 20.169: ¿Existe contradicción entre ambas disciplinas? Competencia desleal. Análisis crítico y elementos para la aplicación de la Ley N° 20.169, de 2007. Cuadernos de extensión jurídica Universidad de los Andes (No. 14): 31 – 39.
- MENCHACA, Tomás. 2011. ¿Se debe sancionar la fijación unilateral de precios excesivos? En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (ed.). La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. Santiago, Thomson Reuters.
- MIRANDA, Alfonso. 1999. El régimen general de la libre competencia. Características principales. CEDEC III, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. Colección Seminarios (No. 10): 17 – 47.
- MOTTA, MASSIMO. 2004. Competition Policy. Theory and Practice. Cambridge, Cambridge University Press.
- ORTÚZAR, Santiago. 2007. Competencia desleal y propiedad intelectual. Competencia desleal. Análisis crítico y elementos para la aplicación de la Ley N° 20.169, de 2007. Cuadernos de extensión jurídica Universidad de los Andes (No. 14): 41 – 55.
- OTERO, José Manuel. [s.a.] La Libre Competencia y la Propiedad Industrial. [en línea] Revista Jurídica de Propiedad Intelectual. [s.a.] Tomo 2. <http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=588&Itemid=118> [consulta: 06 noviembre 2013].
- PAREDES, Ricardo. 1995. Jurisprudencia de las Comisiones Antimonopolio. Estudios Públicos. (No. 58): 228 – 320.
- PERITZ, Rudolph. 2005. Rethinking U.S. Antitrust and Intellectual Property Rights. [en línea] New York Law School Public Law and Legal Theory, Research Paper Series 04/05 #22.

- http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=719745> [consulta: 06 noviembre 2013].
- POSNER, Richard. 2001. Antitrust Law. 2nd ed. Chicago, University of Chicago Press.
 - RAMELLO, Giovanni. 2002. Copyright and antitrust issues. [en línea] En: GORDON, Wendy and WATT, Richard (Eds.). The economics of copyright, developments in research and analysis. United States, Edward Elgar Publishing. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=352760> [consulta: 06 noviembre 2013].
 - RANGEL, David. 1992. Derecho de la Propiedad Industrial e Intelectual. 2^a ed. México, Universidad Nacional Autónoma de México.
 - RIVAS, María. 2012. Los ilícitos de competencia desleal en la jurisprudencia chilena. Santiago, Abelado Perrot LegalPublishing Chile: Thomson Reuters.
 - ROBERTS, Royston. 1989. Serendipity: accidental discoveries in science. New York, Wiley.
 - ROMERO, Juan José. 2011. Enforcement, sanciones y multas en el sistema de libre competencia chileno. En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (ed.). La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. Santiago, Thomson Reuters.
 - RUIZ-TAGLE VIAL, Carlos. 2010. Curso de Derecho Económico. Santiago, Librotecnia.
 - RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo. 2000. Principios Constitucionales del Estado Empresario. Revista de Derecho Público. Vol. 62: 48-65.
 - RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo. 2001. Propiedad intelectual y contratos. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
 - SANDOVAL, Ricardo. 2006. Marcas comerciales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
 - SANGSUVAN, Kitsuron. 2013. Trademark Squatting. [en línea] <http://hosted.law.wisc.edu/wordpress/wilj/files/2014/01/Sangsuwan_final_v2.pdf> [consulta 28 octubre 2014].

- SCHMITZ, Christian. 2006. Propiedad Industrial y Derecho de Autor ¿Una División Vigente? En: MORALES, Marcos. Temas actuales de Propiedad Intelectual. Santiago, LexisNexis. pp. 21 – 51.
- SCHMITZ, Christian. 2009. Propiedad Intelectual, Dominio Público y equilibrio de intereses. Revista Chilena de Derecho. Vol. 36 (Nº2): pp. 343 – 367
- SCHMITZ, Christian. 2012. Distintividad y uso de las marcas comerciales. Revista Chilena de Derecho. Vol. 39 (Nº1): 9 – 31.
- SLAUGHTER AND MAY. 2010. The EU Competition Rules on Intellectual Property Licensing. A guide to the European Commission's Technology Transfer Block Exemption Regulation. [en línea] <http://www.slaughterandmay.com/media/64581/the_eu_competition_rules_on_intellectual_property_licensing_mar_2010.pdf> [consulta 21 noviembre 2013].
- STIGLITZ, Joseph. 2012. Economic Foundations of Intellectual Property Rights. Anuario Andino de Derechos Intelectuales. (Nº8): 31 – 55.
- TAPIA, Mauricio. 2007. Responsabilidad civil por actos de competencia desleal en el derecho chileno. Competencia desleal. Análisis crítico y elementos para la aplicación de la Ley N° 20.169, de 2007. Cuadernos de extensión jurídica Universidad de los Andes (No. 14): 85 – 93.
- VALDÉS PRIETO, Domingo. 2006. Libre Competencia y monopolio. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- VALDÉS PRIETO, Domingo. 2013. Una visión interdisciplinaria del bien jurídico libre competencia. Revista Ius Publicum. (Nº30): 125 – 153.
- VAN EECHOUD, Mireille. 2003. Choice of law in copyright and related rights. Alternatives to the lex protectionis. La Haya, Kluwer Law International.
- VELANDIA, Mauricio. 2011. Derecho de la competencia y del consumo. 2ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- WHISH, Richard. 2001. Competition Law. 4th ed. London, Butterworths.
- WITKER, Jorge. 2000. Derecho de la competencia en América. Canadá, Chile, Estados Unidos y México. Santiago, Fondo de Cultura Económica.

- ZAPATA, Fernando. 2004. Los fundamentos del derecho de autor, el autor como eje de la protección. En: CARRASCO, Eduardo (Ed.). Derecho de autor. Un desafío para la creación y el desarrollo. Santiago, LOM Ediciones.
- ZAVALA, José Luis y MORALES, Joaquín. 2009. Derecho Económico. 3ª ed. Santiago, Thomson Reuters.

NORMAS Y OTROS

- ARGENTINA. 1999. Ley 25.156. Defensa de la Competencia, 16 de septiembre 1999. [en línea] <http://www.mecon.gov.ar/cndc/archivos/defensa_de_la-competencia.pdf> [consulta: 21 diciembre 2013].
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 1991. Historia de la Ley N° 19.039. Establece normas aplicables a privilegios Industriales y protección de los derechos de propiedad industrial. [en línea] <http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=19039&anio=2013> [consulta: 26 noviembre 2013].
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2003. Historia de la Ley N° 19.911 Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. [en línea] <http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=19911> [consulta: 26 noviembre 2013].
- CERVECERÍA CHILE. Demanda en contra de Cervecerías Unidas S.A. y otra, de fecha 2 de diciembre de 2013, Rol C 268-13. [en línea] <<http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Demanda%20de%20Cervecer%C3%ADa%20Chile%20S.A.%20contra%20Compa%C3%B1%C3%ADa%20Cervecer%C3%ADas%20Unidas%20S.A.%20y%20otra.pdf>> [consulta: 23 diciembre 2013].
- CHILE. Ministerio de Economía. 2005. Decreto con Fuerza de Ley 1: Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973, 7 de marzo 2005.
- CHILE. Ministerio de Economía. 2006. Decreto con Fuerza de Ley 3: Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley de propiedad industrial, 20 de junio 2006.

- CHILE. Ministerio de Educación Pública. 2010. Ley 17.336: Propiedad Intelectual, última versión: 4 de mayo 2010.
- COMPAÑÍA CERVECERÍAS UNIDAS. Contestación a requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, de fecha 11 de noviembre de 2013, Rol C 263-13. [en línea]
<<http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Contestaci%C3%B3n%20CCU%20-Rol%20C%20263-2013.pdf>> [consulta: 23 diciembre 2013].
- COMPETITION BUREAU. 2000. Intellectual property enforcement guidelines. [en línea] Canadá. <[http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/ipege.pdf/\\$FILE/ipege.pdf](http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/ipege.pdf/$FILE/ipege.pdf)> [consulta: 21 noviembre 2013].
- COMUNIDAD EUROPEA. 1957. Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, última versión 9 de mayo 2008. [en línea] <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:ES:PDF>> [consulta: 21 diciembre 2013].
- COMUNIDAD EUROPEA. Reglamento (CE) REGLAMENTO (CE) No 207/2009 del Consejo de 26 de febrero de 2009 sobre la marca comunitaria. [en línea] <<http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=5207>> [consulta: 21 noviembre 2013].
- DEPARTMENT OF JUSTICE y FEDERAL TRADE COMMISSION. 1995. Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property. [en línea] <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0558.pdf>> [consulta: 21 noviembre 2013].
- DEPARTMENT OF JUSTICE y FEDERAL TRADE COMMISSION. 2007. Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition. [en línea] <<http://www.ftc.gov/reports/innovation/P040101PromotingInnovationandCompetitio nrpt0704.pdf>> [consulta: 21 noviembre 2013].
- ESTADOS UNIDOS. 1946. US Trademark Law, 15 U.S.C. §§ 101 et seq. and 35 U.S.C., última versión 16 de enero 2009. [en línea] <<http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=5402>> [consulta: 21 noviembre 2013].
- ESTADOS UNIDOS. 1952. U.S. Patent Law, 35 U.S.C. §§ 1 et seq., última versión 1 de septiembre 2007. [en línea] <

<http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=5399>> [consulta: 21 noviembre 2013].

- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2012. Guía para el análisis de operaciones de concentración. [en línea] Santiago. <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf>> [consulta: 21 noviembre 2013].
- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2012. Programa de Cumplimiento de la normativa de Libre Competencia. [en línea] <<http://www.fne.gob.cl/promocion-de-la-libre-competencia/herramientas-de-promocion/>> [consulta: 22 noviembre 2013].
- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. Requerimiento de fecha 2 de octubre de 2013 en contra de Cervecerías Unidas S.A. y otra, Rol c 263-13. [en línea] <<http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Requerimiento%20de%20la%20FNE%20contra%20Compa%C3%B1a%20Cervecer%20Unidas%20S.A.%20y%20otra.pdf>> [consulta: 23 diciembre 2013].
- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA Y OTROS. Propuesta de acuerdo conciliatorio, de fecha 22 de mayo de 2014, Rol C 263-13. [en línea] <<http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/C%20263-13%2022-05-2014%20ACUERDO%20CONCILIATORIO%20FNE%20Y%20OTROS.%20.pdf>> [consulta: 23 octubre 2014].
- Mensaje presidencial N° 060-361, de 24 de abril de 2013, con el que se inicia un proyecto de ley que sustituye la ley N° 19.039, de Propiedad Industrial. [en línea] <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9311&prmBL=8907-03> [consulta: 21 noviembre 2013].
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. [s.a.]. Principios básicos de la Propiedad Industrial. [en línea] <http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/es/intproperty/895/wipo_public_895.pdf> [consulta: 21 noviembre 2013].
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. [s.a.]. Principios básicos del Derecho de Autor y los Derechos Conexos. [en línea] <http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/es/intproperty/909/wipo_public_909.pdf> [consulta: 28 noviembre 2013].

JURISPRUDENCIA

SENTENCIAS

- Comisión Resolutiva. Resolución N° 169/1984.
- Comisión Preventiva Central. Dictamen N° 814/1992.
- Sentencia TDLC N° 24/2005. Rol C 41-04
- Sentencia TDLC N°40/2006. Rol C 62-05.
- Sentencia TDLC N° 46/2006. Rol C 78-05.
- Sentencia TDLC N° 47/2006. Rol C 13-04.
- Sentencia TDLC N° 58/2007. Rol C 90-06.
- Sentencia TDLC N° 59/2007. Rol C 109-06.
- Sentencia TDLC N° 60/2007. Rol C 110-06.
- Sentencia TDLC N° 62/2008. Rol C 122-06.
- Sentencia TDLC N° 68/2008. Rol C 142-07
- Sentencia TDLC N° 80/2009. Rol C 97-06.
- Sentencia TDLC N° 90/2009. Rol C 165-08.
- Sentencia TDLC N° 125/2012. Rol C 229-11

RESOLUCIONES

- Resolución TDLC N° 5/2005. Rol NC 18-04.
- Resolución TDLC N° 26/2008. Rol NC 224-07.

- Resolución TDLC N° 39/2012. Rol NC 399-11.
- Resolución TDLC N° 43/2012. Rol NC 397-11