

# **Derechos de Propiedad Intelectual<sup>1</sup> y normativa de competencia. Análisis de la frontera existente entre el ejercicio de los primeros y el alcance de la segunda**

**Autores:** Juan Jiménez-Laiglesia y Jorge Masía  
Abogados, DLA Piper Madrid.

## **Resumen**

El 17 de septiembre de 2007 el Tribunal de Primera Instancia, tal y como lo hiciera la Comisión tres años antes, reconoció la existencia de prácticas abusivas diferentes cometidas por Microsoft; (i) negativa de suministro, y (ii) vinculación de productos. De acuerdo con la primera de las conductas señaladas tanto la Comisión como el Tribunal concluyeron que Microsoft había abusado de su posición de dominio al negarse a licenciar a sus competidores parte de sus derechos basados en propiedad intelectual. En este escenario, este artículo aborda la intersección entre la normativa referente a Propiedad Intelectual y Competencia en el marco de las obligaciones a

---

<sup>1</sup> El término Propiedad Intelectual a los efectos del presente artículo se entenderá en su más amplio sentido. El proceso que permite crear DPI será conocido en este escrito como innovación, sin pretender sin embargo capturar en ello toda la riqueza de este término.

contratar (otorgar licencias sobre derechos exclusivos). Con este propósito, el escrito subraya los problemas que pueden emerger en el análisis de competencia sobre mercados basados en la innovación, así como el papel que desempeña en dichos sectores la doctrina de *essential facilities*. Finalmente, el documento de forma sintética resalta una serie de conclusiones finales.

*Palabras clave:* derechos de propiedad intelectual, política de competencia, eficiencia, *essential facility*, Microsoft, posición dominante e innovación.

### **Abstract**

On 17 September 2007, the Court of First Instance acknowledged, as the European Commission had three years ago, the existence of two separate abuses by Microsoft; (i) refusal to supply, and (ii) tying. With respect to the first, both the European Commission and the Court concluded that Microsoft had abusively refused to supply its competitors with its intellectual property rights. This article focuses on the light intersection between Intellectual Property Law and Competition in the framework of compulsory licensing. It indicates potgraf problems arising prous competition in markets founded by innovation, as well as the role played in these sectors by the essential facilities doctrine. Finally, the article offers a series of conclusions.

*Key words:* intellectual property rights, competition policy, efficiency, essential facility, Microsoft, dominant position and innovation.

Recibido: 30.01.08

Aceptado: 12.02.08

---

*“The central function of intellectual property rights is to protect the moral rights in a right-holders work and ensure a reward for the creative effort. But it is also an essential objective of intellectual property law that creativity should be stimulated for the general public good. A refusal by an undertaking to grant a licence may, under exceptional circumstances, be contrary to the general public good by constituting an abuse of a dominant position with harmful effects on innovation and on consumers.”<sup>2</sup>*

---

<sup>2</sup> Case COMP/C-3/37.792 **Microsoft**, 24.03.2004 (711). Decisión de la Comisión Europea.

## I. Introducción. Competencia y dinamismo

La intersección entre ambas disciplinas jurídicas, la que atiende el ejercicio de derechos de Propiedad Intelectual (DPI) y los límites que señala a aquél la normativa de Competencia, siempre ha destacado, a priori, por su antagonismo pragmático o instrumental. Cuando la primera pretende una protección de la exclusividad de los derechos de los creadores sobre sus creaciones, la segunda aboga por una búsqueda de la eficiencia competitiva alejada, con carácter general, de estructuras monopolísticas, donde las posiciones exclusivas deben responder a una racionalidad económica coherente con los principios que inspiran una maximización de los beneficios de los consumidores y resultan excepcionales en principio.

La propia naturaleza de los derechos inherentes a la Propiedad Intelectual exige una protección específica que busque un equilibrio entre “incentivo” a la actividad creativa y “acceso” al resultado de dicha actividad. Esta situación de equilibrio necesario entre ambos extremos ha sido y sigue siendo la arista principal de debate entre ambas realidades.

El reconocimiento y la protección de los DPI, en ocasiones crean o modifican la estructura de los mercados que se ven afectados por la innovación derivada de aquellos. Ciertamente, la innovación constituye una significativa barrera de entrada en muchos sectores, donde las rentas excedentarias sobre equilibrios competitivos se ven salvaguardadas por las normas y demás mecanismos propios del paradigma del Estado de Derecho que protegen la Propiedad Intelectual.

La categorización de conductas anticompetitivas en entornos dinámicos es, en sí, infinitamente más compleja y proporciona resultados que podrían alejarse del mandato conferido implícitamente a las autoridades de supervisión (la no obstaculización de lo eficiente) en el sentido de que deben salvaguardar las condiciones propicias para la protección de los términos de eficiencia asignativa, productiva y dinámica adecuados debido al beneficio social directo e indirecto que se deriva de ello.

El referido mandato, en sectores dinámicos, no cambia, pero las consecuencias de los potenciales errores de análisis por las autoridades se adivinan más profundas debido al propio carácter de dichos sectores. Es decir, las decisiones de las autoridades operan sobre el nivel de incentivos totales del sector y pasan a formar parte del conjunto de elementos que sustentan decisiones estratégicas. Se dan, con notable frecuencia sobre todo en sectores marcados por el dinamismo, nuevas clases de productos y procesos que suponen nuevos retos para las autoridades de defensa de la competencia y les imponen la necesidad de constante actualización. No es sólo que los mercados estén cambiando, sino que el propio cambio es el nuevo paradigma de comportamiento estratégico; el mercado nunca es definible porque está en continuo movimiento, es un “*moving target*”<sup>3</sup>.

No se necesita solamente la reevaluación (previa comprensión) de las normas que afectan al desarrollo y difusión de innovaciones desde la óptica de la competen-

<sup>3</sup> Ellig 2001.

cia sino que es preciso valorar dimensiones de competencia mucho más amplias que la simple competencia en precio, fundamentalmente lo que la doctrina económica ha llamado “*performance dimension of competition*”, compuesta por variables menos medibles, más cualitativas y para las que la disposición de información será escasa.

Las características de la competencia en estos mercados de innovación impulsados por el ejercicio de los DPI responden al concepto de competencia formulado por la Escuela de Viena o Schumpeteriana: las empresas compiten no en los márgenes del precio sino en la satisfacción de los consumidores, ofreciendo nuevos productos, nuevas tecnologías, nuevas formas de suministro y a través de diferentes formas de organización y diferentes rutinas para hacer las cosas, todo ello al objeto de vincular a los consumidores a un determinado producto o servicio, creándoles costes de cambio y tratando de entender lo que van a demandar en el futuro. Este proceso general, conocido tradicionalmente como de “destrucción creadora” hace que la posesión de poder de mercado sea consistente y coherente con la existencia de un grado suficiente de competencia, algo naturalmente paradójico para una autoridad de competencia dentro del esquema tradicional de análisis.

En verdad, independientemente de las dificultades de saber si una empresa en un sector de esta naturaleza afronta un grado suficiente de competencia, éste no puede depender del número de competidores máxime, como veremos, debido a que las características de dichos mercados se basan en carreras de innovación constante que permiten resultados monopolísticos<sup>4</sup> (lo que viene a decir que con sólo dos competidores ya existiría, objetivamente, un grado de competencia adecuado).

De igual modo, es necesario aceptar que la idea conceptual detrás de los mercados de innovación consiste en entender que el problema de competencia está centrado en un mercado intermedio (la I+D, como medida o nivel del grado de innovación, es un *input*, no un *output*), que podemos caracterizar como mercado de investigación y desarrollo<sup>5</sup>, más que un mercado de bienes o servicios. El análisis, por tanto, se debe dirigir a examinar cómo se puede reducir la intensidad innovativa o los incentivos para llevar a cabo nuevas investigaciones o desarrollos. La restricción competitiva que debe servir de indicativo básico será un elemento tan medible como la limitación de la tasa de velocidad de la innovación total de un sector determinado.

Desde otro punto de vista, se puede argüir que la relación empírica entre el nivel de gasto en I+D y los resultados de la propia innovación es débil en muchos casos. En efecto, reducir la cantidad de investigación y desarrollo no es equivalente (al menos en cuanto a daño medible) a reducir el output en una industria determinada<sup>6</sup>. El efecto sobre el bienestar social de la reducción de los niveles de innovación es

---

<sup>4</sup> Resultados conocidos como “*winner takes it all*”.

<sup>5</sup> Muchos autores señalan la necesidad de definirlos como mercados de estándares, más que mercados ambiguos de innovación (Audretsch). Otros los definen como mercados de tecnología en el que el mercado relevante específico estaría compuesto por DPI asegurados para cada parte (Ordovery y Baumol).

<sup>6</sup> Bishop y Kay.

más dudoso que otros tipos de restricción competitiva de carácter más directo o evidente. Incluso, más allá, puede argumentarse que la proliferación de incentivos a innovar puede procurar la existencia de un gasto excesivo en actividades de I+D, algo que tampoco sería socialmente beneficioso.

Dos apuntes introductorios finales. En primer lugar, no debemos olvidar que la propia articulación de políticas de evaluación (clásicas o tradicionales) de defensa de la competencia puede atentar contra los criterios de eficiencia que se deducen de estos mercados. Si el propio dinamismo cambia la naturaleza de la competencia, cambia también la naturaleza de la competencia potencial, que tenderá a ser analizada de forma distinta por las autoridades y la empresa que detente una posición de mercado cuya justificación resida en un concepto de eficiencia difícil de aceptar para aquéllas.

En segundo lugar, no sólo la determinación de lo que es eficiente es conflictiva, sino que determinadas prácticas de empresas dominantes serán tachadas de exclusionarias en un momento dado, mientras que el dinamismo podría demostrar (al margen de la voluntad del dominante) que se trataba de prácticas, a la larga, eficientes.

El conflicto, como veremos, se suscita en un doble plano: la propia idea de eficiencia y el momento en que ésta se plasma. Al fondo del panorama, la necesaria idea de que la eficiencia económica debe incrementarse con vistas a mejorar el bienestar del consumidor. Lo que ya sabemos es que harán falta cambios en el enfoque (más flexible) y en la propia comprensión del proceso competitivo. Lo que necesitamos entender es en qué medida el instrumental a nuestro alcance puede adaptarse a dichas transformaciones. Examinamos, por tanto, el efecto que la existencia de estos sectores basados en la creación de activos de DPI ha producido en el instrumental de análisis de competencia de nuestras autoridades y trataremos de ilustrarlo con el ejemplo que más debate doctrinal ha suscitado; la aplicación del artículo 82 del Tratado CE a las negativas de licencia de DPI por parte de titulares de éstos.

¿Son las normas de competencia, tal y como las conocemos, adecuadas para resolver las cuestiones relativas al modo de competencia en mercados de innovación en los que la dimensión de competencia relevante sea la creación de activos basados en DPI? La defensa de Microsoft, fundamentalmente en los litigios habidos en la materia en Estados Unidos, define dichas normas como una “antigua caja de herramientas” a la hora de aplicarse a estos mercados<sup>7</sup> si bien en ningún momento se ha defendido, ni mucho menos intentado delimitar, inmunidad para determinadas conductas. Por supuesto, el hecho que un mercado sea más dinámico o no debido a la existencia de rápidas innovaciones tecnológicas no justifica en ningún caso una eventual inmunidad de las normas de competencia. En principio se trata de un rasgo

---

<sup>7</sup> “Be nice to your rivals: How the Government is selling an Antitrust Case without Consumer Harm in *United States v. Microsoft*” de Richard L. Schmalensee y David S. Evans expertos nombrado por Microsoft contenido en “*Did Microsoft Harm Consumers: Two Opposing Views*” del AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies (en adelante “Brookings”).

más de mercado que, como en otros, se deberá tener en cuenta bien a la hora de definir un mercado (existencia o no de barreras de entrada derivadas de la innovación) o al atender la justificación objetiva (eficiencia) de la conducta.

## II. Derechos de Propiedad Intelectual: Estructura económica de su reconocimiento

La Propiedad Intelectual confiere, como conjunto de facultades (teoría monista), o como sistema binario de prerrogativas (teoría dualista) o incluso como un “señorío sobre la obra” o derecho subjetivo absoluto, una protección bajo el sentido propio del derecho de propiedad que, en esencia, y de forma muy simplista puede identificarse como la facultad de disponer del objeto, en este caso la creación, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes, principalmente como posibilidad de excluir las intrusiones ajenas en el uso y disfrute del referido objeto. Por lo tanto, los DPI se identifican con el derecho de propiedad sobre bienes intangibles con peculiaridades propias derivadas precisamente de este último rasgo, la inmaterialidad de su concepción.

Por tanto, puede decirse que cualquier creador por el mero hecho de serlo ostenta un “monopolio” sobre su creación, monopolio que *prima facie* no difiere sobre el otorgado al propietario de un libro, una casa, un coche o cualquier otro bien material<sup>8</sup>, lo que no genera, en principio, ningún conflicto con la materia propia de competencia. Por ello no puede generalizarse una idea equivocada sobre la confrontación de las disciplinas aludidas en estas líneas. El hecho de equiparar el concepto sustantivo de propiedad con independencia del carácter corporal o incorporeal del objeto definido, no debe, y en esencia no supone un tratamiento distinto por las normas rectoras de la búsqueda de la eficiencia competitiva en los mercados. La Propiedad Intelectual no cualifica el examen sustantivo de competencia.

Solamente en el entendimiento sobre la congruencia de los principios rectores de ambas disciplinas, “estímulo de la innovación y maximización del bienestar de los consumidores”, puede abandonarse con éxito la trasnochada concepción de confrontación categórica entre Propiedad Intelectual y Competencia<sup>9</sup>. La innovación es una variable fundamental en términos competitivos, en muchos casos es el único

---

<sup>8</sup> Estrictamente la Propiedad Intelectual confiere a su titular una posición de dominio más amplia que la que se puede ostentar sobre bienes tangibles. La protección de los bienes intangibles alcanza la limitación de que terceros puedan crear un bien que ya es objeto de protección independientemente de lo ya protegido, no existe posibilidad jurídica de obtener una protección por parte de un tercero sobre un bien que ya está protegido, característica propia de procesos *winner takes all*, donde la prioridad de creación es determinante para el cierre del acceso a la creación, lo que puede generar un cierre de acceso a un mercado determinado.

<sup>9</sup> En este sentido, el documento de la Comisión Europea “*Guidelines on the application of Article 81 of the EC Treaty to technology transfer agreements*” (2004/C 101/02) coincide en la ausencia de conflicto entre los principios rectores de las normas sobre Propiedad Intelectual y Competencia; “[...] *both bodies of law share the same basic objective of promoting consumer welfare and efficient allocation of resources. Innovation constitutes an essential and dynamic component of an open and competitive market economy. Intellectual property rights promote dynamic competition by encouraging undertakings to invest in developing new or improved products and processes. So does com-*

instrumento eficiente para fragmentar un *status quo* infranqueable en ciertos sectores de carácter significativamente cerrado.

Entonces, ¿cuándo puede decirse que entran en colisión ambas materias? Conceptualmente, en puridad nunca, ni siquiera en el corto plazo. Al igual que bajo cualquier contexto, el monopolista, titular de los derechos de Propiedad Intelectual, es el que determina con su conducta la adecuación de sus actos con el marco de juego establecido, delimitado, en parte, por la disciplina de Competencia.

Efectivamente, la titularidad de DPI exclusivamente determina una posición que, eventualmente, puede catalogarse, si así es, como dominante en un mercado definido bajo parámetros estructurales de competencia, lo que puede considerarse la antesala ante eventuales conductas que puedan ser abusivas a la luz de la posición alcanzada gracias a dichos derechos de propiedad.

En este sentido, es pacífica la idea de considerar que los DPI no confieren, en principio, poder de mercado, sino que el reflejo de una posición dominante dependerá, en buena medida, de los elementos estructurales de los mercados en los que la Propiedad Intelectual objeto de análisis se manifieste. Esta idea es sostenida por la jurisprudencia Comunitaria (por ejemplo en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1994 C-241/91 Magill<sup>10</sup>):

*“46 En cuanto a la posición dominante, es necesario recordar en primer lugar que el mero hecho de ser titular de un derecho de propiedad intelectual no puede atribuir semejante posición”.*

Por tanto, la titularidad de DPI confiere poder de mercado en la medida en que los elementos estructurales del mercado donde se manifiesten dichos derechos posibiliten un contexto de dominancia al titular de los mismos. Sólo a partir de esta aproximación procede el ulterior análisis de conducta, bajo parámetros de Competencia, sobre el ejercicio de las facultades protegidas por la Propiedad Intelectual, emergiendo en esta intersección la cuestión trascendental que aquí abordaremos: cuándo podría considerarse el ejercicio de DPI como abusivo.

Para ello resulta imperativo entender de antemano cómo operan los sectores en los que los DPI constituyen el input esencial y cómo es (normativamente) y debería ser (idealmente) el tratamiento otorgado por las autoridades de competencia a este problema. A ello se dirigen las secciones III y IV.

---

*petition by putting pressure on undertakings to innovate. Therefore, both intellectual property rights and competition are necessary to promote innovation and ensure a competitive exploitation thereof.”*

<sup>10</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1995. - **Radio Telefis Eireann (RTE) y Independent Television Publications Ltd (ITP) contra Comisión de las Comunidades Europeas**, asuntos acumulados C-241/91 p y C-242/91 p. Del mismo modo las “Antitrust Guidelines For the Licensing of Intellectual Property 1995 DOJ/FCT” norteamericanas reconocen esta posición en su apartado 2.2 Intellectual Property and Market Power: “The Agencies will not presume that a patent, copyright, or trade secret necessarily confers market power upon its owner.”

### III. Características económicas de los sectores basados en la innovación y la creación de DPI. Claves para entender el proceso de competencia

Los sectores basados en la innovación (entre los que, por ejemplo, pueden convencionalmente encontrarse, aunque no exhaustivamente, los de telecomunicaciones, software, biotecnología o relacionados con la producción y distribución de contenidos en Internet) tienen un funcionamiento determinado por las características identificativas de los bienes y servicios que en ellos se procuran<sup>11</sup>.

Aunque algunos de los elementos que a continuación se señalan se dan en similares circunstancias en otros sectores, incluso en los mucho menos dinámicos, es el conjunto homogéneo e integrado de características generales lo que les hace distintos a otros:

(i) Se trata de bienes duraderos y con la posibilidad de añadir productos complementarios a través de mecanismos como la integración. Muchos de estos mecanismos “amplificadores” de los atributos de producto pueden generar dudas en cuanto a su orientación a la exclusión de otros competidores.

(ii) Las empresas compiten fundamentalmente contra la base instalada de clientes y las exigencias de constante evolución y mejoras de niveles de calidad (medida en muy diversas dimensiones) que ésta impone. La dimensión relevante de competencia, más allá del precio, es la del propio desarrollo del producto servicio.

(iii) Se dan altos beneficios potenciales y retornos incrementales (combinan costes marginales reducidos con elevados costes fijos debido a la existencia de economías de escala en producción; los precios estarán por encima de los costes variables medios, un nivel convencionalmente considerado como supracompetitivo) aunque podrían considerarse beneficios normales si ajustamos los retornos con el nivel de riesgo inicial.

(iv) El factor estratégico esencial es la creación de activos de propiedad intelectual basados en la innovación. Ello exige no sólo constante innovación, sino también que se produzca antes de que otros innoven sobre un aspecto en particular (*first mover advantages*). La competencia en estos sectores es un conjunto constante e inabarcable de competiciones o carreras (*paces*) mediante la incorporación de innovaciones drásticas, respondiendo al modelo antes señalado de “*winner takes all*”.

(v) Debido a lo anterior, el ritmo de cambio tecnológico dentro de cada sector es alto. Además, existe fuerte incertidumbre sobre lo que primará en cada caso, una suerte de competencia entre estándares, aunque no necesariamente el más eficiente entre ellos es el que vaya a primar. Pueden existir estándares que gocen de un exceso de adopción inicial que les haga prevalecer y otros, quizá superiores, que sufran de exceso de inercia, lo que les lastrará en su desarrollo.

---

<sup>11</sup> Ahlborn, Evans y Padilla (2001) o Evans y Schmalensee (2001) ofrecen magníficas descripciones de las características propias de estos sectores.



(vi) El resultado en términos de estructura es la existencia de mercados concentrados, con escasos competidores en posesión de cuotas de mercado elevadas. Es razonable pensar que dicha situación puede ser explicada atendiendo a criterios de eficiencia clásicos.

(vii) La combinación del ritmo de cambio y la falta de definición precisa de las posibles fuentes de competencia pueden hacer pensar que el poder de mercado, de poseerse, debería ser temporal, caracterizado por un alto grado de vulnerabilidad.

(viii) Se dan, asimismo, no sólo economías de escala en la producción sino también en el plano del consumo (existe lo que se conoce como efectos red o *network effects*, por medio de los cuales el valor de un producto o servicio depende del nivel de adopción entre usuarios, de su capacidad para atraer nuevos adoptantes o de su capacidad de interconexión a otros productos o servicios).

(ix) Sin embargo, existen factores como los altos costes de cambio para los usuarios, derivados de la imposibilidad material de aprender más de un estándar para un bien o servicio (costes de aprendizaje que permiten ligar estrechamente o “*lock-in*” a los usuarios dentro de un tipo de producto o servicio).

(x) El elemento que más fácil e intuitivamente describe el proceso competitivo reside en el hecho de que la competencia es dinámica y vigorosa (en cierto sentido, agresiva; se compite por el mercado no en el mercado).

(xi) El análisis prospectivo debería centrarse en las barreras a la entrada a largo plazo y en la conducta exclusionaria.

Esencialmente el efecto red recogido en el epígrafe viii anterior es la existencia de economías de escala de demanda o “externalidades de red”. El valor para un comprador de una unidad extra de un producto es mayor cuantas más unidades de dicho producto se venden o, de otro modo dicho, la demanda de cada usuario está relacionada directamente con el uso de dicho producto por otros individuos. Cuando no existe una única red (existan o no rasgos de monopolio natural) o los usuarios no están interconectados a través de redes alternativas, nos encontramos ante redes virtuales (como las plataformas de aplicaciones de software) en las cuales las cuestiones relativas a la compatibilidad e interoperabilidad de los diferentes elementos o componentes son cruciales. La competencia, pues, se da, entre sistemas o plataformas que combinan diversos productos que se complementan entre sí. La complementariedad entre productos exige, naturalmente, que exista un estándar que les permita ser compatibles<sup>12</sup> pero, precisamente, la capacidad de controlar la compatibilidad de

<sup>12</sup> Lo que plantea problemas de coordinación entre competidores y relaciones entre empresas operando en diferentes niveles simultáneamente (véase “*Standard Setting in a Network Economy*” de D. Balto de la Federal Trade Commission ([www.ftc.gov/speeches](http://www.ftc.gov/speeches)). Un ejemplo de fijación de estándares tecnológicos asociado a externalidades de red se encuentra en el Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia C59 *Movilpago*. El Tribunal señala que “*Las barreras de entrada más evidentes se encuentran relacionadas con el desarrollo tecnológico del sistema MOVILPAGO. Al no existir estándar alguno en el ámbito internacional sobre la tecnología a utilizar en los sistemas de pago con teléfonos móviles, TELEFÓNICA ha desarrollado una serie de protocolos técnicos, que sólo*

los diversos productos puede dar lugar a poder de mercado ya que la externalidad de una red presupone un estándar uniforme, pero no necesariamente que dicho estándar provenga de una sola empresa.

Al existir externalidades de red los consumidores optan por un estándar sobre la base de las expectativas del tamaño futuro de dicha red (el número de usuarios que tendrá la red). Dicha opción se refuerza a sí misma ya que cuantos más usuarios opten por un determinado estándar más valor tendrá para los usuarios potenciales. Así, por ejemplo, el número de usuarios de Windows induce a los programadores a desarrollar aplicaciones para dicho sistema operativo lo que induce a más usuarios a adquirir dicho sistema operativo<sup>13</sup>. Por lo tanto, se trata de mercados en los cuales normalmente existe un “solo o principal ganador” y en los cuales la estructura de mercado usual refleja un profundo desequilibrio en cuota de mercado y beneficios entre los diversos oferentes<sup>14</sup>. Además, en mercados como en el de software donde el coste marginal de producción y distribución se aproxima a cero una vez soportado el alto coste fijo hundido necesario para generar la primera copia del producto, el cual además normalmente estará protegido por derechos de propiedad intelectual e industrial que permiten la imposición de restricciones tanto al canal de distribución

---

*está compañía conoce, los cuales han sido patentados en más de 60 países y que sólo serán puestos a disposición de otros operadores de móviles y entidades financieras previo pago del canon correspondiente. El propio hecho de que TELEFÓNICA MÓVILES vaya a conocer con antelación al resto de operadores de telefonía móvil las especificaciones del protocolo de comunicaciones, y que por tanto dispondrá asimismo del desarrollo de las aplicaciones y equipos informáticos necesarios para su implementación, le otorga una ventaja competitiva inicial de la misma envergadura que la relativa a la base de clientes.” Además, “Los consumidores son conscientes de salir beneficiados si utilizan tecnologías en un formato o sistema popular. El valor que un producto como el ofrecido por MOVILPAGO tiene para un usuario, depende de cuántos usuarios más usen ese producto. Y a medida que la base de usuarios aumenta, mayor es el número de usuarios a quienes les merece la pena adoptar la tecnología .Es lo que los economistas denominan “efectos de red” o “externalidades de red”. El remedio a esta percepción no es meramente establecer que dicho sistema sea abierto, sino garantizar la compatibilidad e interoperabilidad (unido a la prohibición de exclusivas con los canales de venta) mediante la obligación de compartir la información técnica con los competidores. La imposición de un plazo de espera a Móvilpago para poder comercializar el servicio hasta que los demás operadores estén en condiciones de interconectar mediante el diseño compatible de los sistemas supone un remedio ciertamente extraordinario que parece basarse en la percepción que este sistema de pago electrónico se convertirá en el único estándar tecnológico para los futuros competidores. Como tal, dicho remedio puede comprometer los incentivos de terceros para desarrollar sistemas de pagos alternativos si bien el Gobierno fijó un plazo tan breve de “espera” que uno puede preguntarse si no hubiera sido mejor no adoptar la sugerencia del TDC. Para una discusión de asuntos bajo el derecho comunitario puede consultarse el artículo de Temple Lang “European Community Antitrust Law: Innovation Markets and High Technology Industries” 1996 Fordham Corporate Law Institute pág. 519.*

<sup>13</sup> Desde el punto de vista del programador de aplicaciones para un sistema operativo el efecto es similar (a igualdad de condiciones desarrollara su aplicación para el sistema con la mayor base instalada de usuarios) si bien con la especial consideración que al necesitar tener acceso a los interfaces del sistema operativo (API) sobre el que desarrolla su programa es también menos costoso programar para el sistema operativo más extendido que proceder a adaptar (“porting”) dichas aplicaciones para otros sistemas operativos.

<sup>14</sup> Por lo tanto, la existencia de beneficios elevados no permite presumir que la posición de dominio en el mercado se ha alcanzado por medios anticompetitivos. Economides y Flyer “Compatibility and Market Structure for Network Goods” (página web citada en la nota 13 supra). Lógicamente, los mismos autores deducen de esta proposición que cualquier remedio estructural que pretenda re-equilibrar la posición de los competidores en el mercado conduce a soluciones ineficientes ya que no son compatibles con estructura “normal” de los negocios de red.

como directamente a los usuarios, sugieren precisamente ese mismo resultado en el cual la empresa que obtiene una base de usuarios adquiere poder de mercado. Finalmente, adicionalmente a las cuestiones de compatibilidad desde el punto de vista de la oferta, existe la posibilidad de que se den costes de intercambio para los usuarios (costes asociados a cambiar de producto o sistema) que refuerzan el aprovechamiento de la externalidad de red por el ganador<sup>15</sup>.

Aunque las razones que justifican la adopción por los consumidores de un determinado tipo de estándar pueden no estar asociadas originalmente a la eficiencia, sino exclusivamente a la expectativa del número de usuarios que se inclinan por uno determinado<sup>16</sup>, lo cierto es que la competencia para aprovechar la externalidad de red y obtener una posición predominante en el mercado es perfectamente legítima. La posibilidad de obtener dicha posición en el mercado, puede explicar la rápida innovación y dinamismo de algunos de estos mercados. Simultáneamente en modo alguno puede afirmarse en términos generales que el beneficio de ser el primero en el mercado para aprovecharse de la externalidad de red implica necesariamente la imposibilidad de competir<sup>17</sup>.

En estas condiciones el mantener la posibilidad de que nuevos entrantes desafíen a la empresa con poder de mercado es esencial, sobre todo si se concluye que la única forma efectiva de competencia es mediante innovación y no mediante políticas de precio como puede ocurrir en mercados de software. Y aunque puede ocurrir que la externalidad de red sea tan elevada que implique una ventaja de coste superior a la ventaja tecnológica derivada de la nueva tecnología<sup>18</sup>, y ello, en teoría, con independencia de la conducta de la empresa con poder de mercado, una adecuada política de competencia debe poder examinar si la conducta unilateral de esta última empresa está dirigida precisamente a evitar que haya nuevos entrantes en el mercado sin que existan razones objetivas de eficiencia que justifiquen dicha conducta.

El proceso competitivo en este tipo de sectores, tomando conjuntamente las características señaladas, ha sido muy expresivamente descrito por autores como Litan y Niskanen<sup>19</sup>:

---

<sup>15</sup> Shapiro y Varian "Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy" (1999). Los costes de intercambio pueden deberse a modalidades de contratación (preavisos, indemnización o compensación), aprendizaje, conversión de formatos (para software), costes de búsqueda y de lealtad a la marca.

<sup>16</sup> Por ejemplo, el predominio de Microsoft puede deberse en su origen a que el sistema operativo MS-DOS fue seleccionado por IBM para su instalación en los primeros PCs.

<sup>17</sup> La competencia entre sistemas de vídeo (VHS y Beta) es un ejemplo en el cual el sistema con una mayor base instalada de usuarios (Beta) pierde ante el nuevo entrante (VHS) por diversas razones algunas relacionadas con la innovación del sistema (mayor duración de grabación de cinta VHS).

<sup>18</sup> Este es el problema de "path dependence". Véase Liebowitz y Margolis *Winners, Losers & Microsoft* The Independent Institute 1999.

<sup>19</sup> Litan y Niskanen (1998).

*“las autoridades antimonopolistas tendrán que admitir que en algunos mercados (...) haya, durante una temporada, un monopolio o una situación cercana al monopolio (...). El propósito de las autoridades antimonopolísticas no debe ser castigar a los vencedores en los mercados; en su lugar deben garantizar que los nuevos competidores tengan la oportunidad de entrar en dichos mercados y de ofrecer mejores tecnologías [que a su vez] puedan convertirse en monopolios nuevos, aunque temporales.”*

Tomemos como primera indicación de posible conducta de las autoridades de defensa de la competencia la necesidad de salvaguardar el hecho de la temporalidad de la situación de monopolio, no que dicha situación no se produzca bajo ninguna circunstancia. Como antes decíamos, el mercado es un mercado en movimiento, dirigido a controlar el próximo estándar que permita alcanzar la posición incontestable en un momento dado. La distinción entre qué actividades entre éstas son potencialmente anticompetitivas no es fácil para las autoridades de competencia. En principio, pueden identificarse algunas cuestiones básicas que pudieran servir como guía de futuros problemas para las autoridades en esta materia:

- (i) Dificultades de identificación de las compañías que participan en el mercado relevante.
- (ii) Dificultades para entender en toda su dimensión el alcance de los acuerdos entre empresas así como para entender la extensión o dimensión geográfica de los acuerdos y mercados en que operan, derivadas del propio hecho globalizador.
- (iii) Imprecisión en la evaluación de efectos de la innovación y tendencias y su influencia sobre las cuotas de mercado.
- (iv) Dificultades de medición de efectos en dimensiones distintas al precio, como la calidad, servicio o innovación.
- (v) Enfoque en los efectos unilaterales por la propia dificultad (al menos aparente) de que se produzcan efectos coordinados<sup>20</sup>.

El núcleo del análisis del proceso competitivo en mercados de innovación reside en tratar de entender cómo la estructura del mercado y el tamaño de las compañías afectan el esfuerzo o al curso innovador, entendida la innovación como un proceso de producción en el que el input es el gasto en I+D, la innovación es el output y las firmas son idénticas excepto por el tamaño de sus cuotas<sup>21</sup>. De este modo podemos comprender factores como la determinación del impacto, por ejemplo, de una fusión

---

<sup>20</sup> En principio, parece rechazable que se den problemas de coordinación, sea cartelística o tácita a través de oligopolios dominantes, si bien no es de todo punto descartable. Por ejemplo, pueden darse a través de operativa de reparto de mercados en coordinación de actividades de innovación.

<sup>21</sup> Teece y Coleman (1998).

en los incentivos para invertir en I+D por parte de las empresas de un sector<sup>22</sup>. Los siguientes criterios del proceso competitivo pueden ser relevantes a nuestro juicio:

(i) La diversidad parece ser un elemento de particular relevancia en materia de avances tecnológicos. Diversidad que puede ser entendida en un doble sentido; de actores, y aquí deben entrar en consideración competidores o empresas que operan en nichos estrechos o de reducida dimensión que alcanzan innovaciones de relevancia para una industria y, en segundo lugar, diversidad entendida como el trabajo innovador de empresas de mayor dimensión pero fuera de su ámbito clásico de especialización.

(ii) Las compañías pequeñas pueden ser tan intensivas en I+D como las grandes y, posiblemente, más eficientes en el sentido productivo. En cualquier caso, su contribución es variable según el sector de que se trate.

(iii) Las compañías que pueden considerarse incumbentes dentro de un determinado sector industrial o de servicios (*leading incumbents*) suelen operar en vías de innovación distintas a las de aquellas que no gozan de tal condición.

(iv) Existen, en líneas generales, competencias y estrategias distintas en un mismo sector, lo que promueve relaciones, por llamarlas de algún modo, de fertilización cruzada entre las compañías que en él operan. Es decir, se dan altos grados de complementariedad de innovaciones dentro de un mismo sector; de este modo, podría decirse que no existe una distribución adecuada de tamaños de empresa sino, posiblemente, un patrón de funcionamiento común que consista en la distribución de un número determinado de compañías con determinados caracteres distintivos.

(v) La innovación es también un proceso relacional, una actividad marcada también por efectos red que permiten el flujo de ideas entre las empresas de un sector. Es decir, lo relevante no es sólo la suma total de gasto en actividades de I+D, sino el entramado de relaciones por las que fluye información entre empresas.

(vi) Innovación es, también, una forma de competir por adquirir habilidades, por aprender y, a la vez, revelar menos de lo debido a los potenciales competidores (en este sentido, el proceso competitivo innovador tiene también rasgos de competencia entre empresas y no sólo entre productos<sup>23</sup>). La innovación consistiría, por tanto, en el aprovechamiento de las oportunidades para aprender.

(vii) En esencia, se da una amplia variedad de estrategias adoptadas por las empresas debido a que las compañías conocen e ignoran cosas diferentes. Esto, por

---

<sup>22</sup> Debe señalarse, asimismo, que la doctrina económica (Kolasky, 2002) discute que la intensidad de la actividad de Investigación y Desarrollo (I+D), como medida objetiva de cantidad de input innovador, y la propia actividad de adquisición puedan estar correlacionadas positivamente o, por el contrario, se relacionen en sentido inverso. Es decir, la innovación en los sectores así estructurados (la obtención de tecnologías u otros activos de propiedad intelectual) tendría origen variado, pudiendo proceder tanto por la actividad interna como por vía de adquisiciones o acuerdos, por ejemplo, de licencia.

<sup>23</sup> Se ha llegado a describir como un “*skill building marathon*” (Hartmann et al, 1993).

ejemplo, hace aparecer riesgos o posibles problemas derivados de fusiones verticales y fuertes grados de complejidad de los efectos verticales que puedan crearse derivados de los propios efectos red (bienes complementarios que permitan extender la dominancia a otros mercados conexos o *tying* o vinculación de actividades o productos, de tal forma que no sería tecnológicamente viable adquirir sólo uno de los productos ofrecidos).

(viii) Un último resultado posible de la interacción estructura-proceso competitivo es, como antes señalábamos, que las fuerzas que conducen a una empresa a ser dominante no tienen por qué estar relacionadas necesariamente con la eficiencia, tal y como ocurre en sectores tradicionales (efectos *lock-in* que hacen difícil el cambio o migración de los consumidores a otros estándares competitivos, las ventajas derivadas de una base instalada de adoptadores tempranos de una tecnología y la capacidad que ello otorga para excluir a entrantes que desearan interconectarse con los sistemas o productos y servicios del instalado).

De este conjunto de elementos, las autoridades de defensa de la competencia deben extraer dos conclusiones preliminares que deberían orientar la reevaluación de su instrumental de examen: la primera implicación básica de la política de competencia es la necesidad de preservar un importante número de empresas en sectores en los que la mejor estrategia innovadora es difícil de predecir. Otra implicación razonable es la sensación de que las firmas incumbentes tienen incentivos a actuar para paralizar actividades de innovación que amenacen a su posición (es decir, las autoridades deberían concentrarse en las actividades dirigidas hacia la exclusión de competidores como marco básico de investigación).

#### **IV. El efecto de dichos elementos sobre las condiciones de análisis clásico de las políticas de defensa de la competencia**

Si relacionamos las características de conducta, estructura y estrategias reseñadas en los mercados conducidos por la innovación con las herramientas “clásicas” de derecho de defensa de la competencia, fundamentalmente en materia de definición de mercados relevantes y perfiles de las conductas de empresas dominantes, podemos distinguir, de forma esquemática, los siguientes problemas:

- (i) La sustituibilidad desde la demanda difícil de considerar por no existir productos o servicios sustitutivos a corto plazo.
- (ii) La sustituibilidad desde la oferta no es inmediata ni puede ser universal.
- (iii) Las definiciones de mercado resultantes son muy estrechas, lo que conduce necesariamente a cuotas de mercado altas.
- (iv) Las dificultades de definición conducen a una estrategia para las autoridades en la que lo relevante sería limitarse al análisis de consecuencias de estructura y conducta.

(v) Los plazos de reacción o respuesta para valorar la sustituibilidad (en general, desde la oferta, inferiores a un año) no tienen sentido en mercados de innovación.

(vi) Sería preciso centrarse en otros indicativos de comportamiento, por ejemplo valorar la relación existente entre I+D y ventas. Los altos márgenes no sirven como indicativo de rentas monopólicas. Será de más utilidad analizar el portfolio o la cartera de actividades de I+D e incluso estudios cualitativos.

(vii) Para valorar daños sobre el nivel de competencia, la evolución de cuotas de mercado tomada en consideración debería extenderse a plazos mucho más largos.

(viii) No existen criterios generalizables para definir mercados geográficos.

En esencia, el análisis de la sustituibilidad de productos se convierte en algo mucho más complejo en estos mercados, fundamentalmente porque apenas existirán datos para poder estimar elasticidades cruzadas entre ellos. En materia de efectos sobre el test de sustituibilidad<sup>24</sup>, se da una general dificultad de identificar el nivel de precios competitivo para poder utilizar como referencia para evaluar el impacto de la subida de precios por parte de un operador dominante. Muchos productos tecnológicos están altamente diferenciados, haciendo la comparación de precios tremendamente compleja.

El mercado, asimismo, puede aparecer muy fragmentado, debido a que se producen o sirven muchos productos elaborados específicamente para categorías determinadas de clientes. Aún más allá, la magnitud de lo que puede suponer un “incremento no transitorio y significativo” de precios, que debe utilizarse en el contexto del test SSNIP es, sencillamente, indeterminable. El foco competitivo reside en otras dimensiones, por lo que las consideraciones sobre precio son secundarias en este sentido. El propio concepto en sí de test SSNIP es estático al aplicarlo a estos sectores. Cuando la tecnología avanza rápidamente (con ciclos de vida de productos que duran apenas meses) las relaciones entre precio y rendimiento de un producto o servicio cambian rápidamente, haciendo obsoleto cualquier análisis precedente. Más allá, incluso el concepto subyacente al test SSNIP tiene escasa relevancia en este contexto. Sería más apropiado concentrarse en aquellas dimensiones de competencia que evaluaran el rendimiento o los atributos de productos o servicios más que los aspectos vinculados a sus precios.

Existen problemas añadidos en la interpretación de medidas específicas de concentración en los mercados. El tradicional índice Herfindahl-Hirschmann carece de significado práctico en mercados de innovación; en efecto, debido a las características de heterogeneidad de los productos, el nivel de concentración es extremadamente elevado en la mayor parte de los casos.

El análisis específico sobre posibilidades de entrada al sector debe ser reconsiderado y reevaluado para su aplicación en este tipo de mercados. Lo más adecuado

---

<sup>24</sup> SSNIP, *small but significant and non transitory increase in price*, y otros que puedan considerarse.

sería evaluar posibilidades de entrada de acuerdo con el ciclo de vida de los productos. Lo que preocuparía a un incumbente en un mercado de innovación es la amenaza de futuras generaciones de producto, sobre cuya aparición cualquier proposición es indecidible. Extender los plazos sobre los que calcular posibles entradas es necesario ya que, pese a la natural impredecibilidad de las posibilidades de entrada, también podría llegar a decirse que su existencia será inevitable.

En esencia, deben desarrollarse nuevos indicios para el análisis de competencia en mercados tecnológicos o de innovación. Definir mercados desde una perspectiva estática cuando la innovación es rápida conduce inevitablemente a definiciones estrechas en las que se sobrevalora el poder de mercado. Debe, asimismo, ampliarse la profundidad y extensión del propio análisis. En estos sectores existen muchos nichos de mercado que deben ser considerados y tenidos en cuenta, nichos que, bajo el análisis tradicional consistirían en mercados enormemente estrechos ocupados por mini-monopolios. Estos nichos no pueden ser considerados mercados relevantes bajo ningún concepto. La amplitud de miras a la hora de definir mercados debe tomar en consideración factores como el hecho de que puede, por ejemplo, haber compradores en el mercado con más conocimiento de los grados de innovación y sus tendencias que los propios vendedores, lo que reduciría las oportunidades para que haya discriminación en precios y afectación competitiva en general. La propia dinámica de los procesos de compra podría eliminar las posibilidades de barreras a largo plazo detentadas por una sola empresa.

En este sentido, debemos tener presente que muchas dimensiones de la actividad innovadora se producen paralelamente. Eso indica no sólo un alto grado de competencia, sino que es posible que la innovación se dé rápidamente desde diferentes fuentes incluso con tecnologías distintas (competencia inter-tecnología e intra-tecnología). Debe tenerse en cuenta que en este tipo de mercados las condiciones de competencia son, posiblemente, más vigorosas que en mercados con condiciones de madurez más acentuadas y las circunstancias en que la competencia puede manifestarse son mucho más variadas.

En conclusión, las herramientas tradicionales de análisis de competencia encontrarán monopolios allí donde no existen y determinarán la existencia de conductas anticompetitivas allí donde no se dan sino conductas pro-competitivas. Por tanto, bajo nuestro punto de vista, lo que se necesita es un conjunto adecuado de herramientas teórico-conceptuales, que puede coexistir con el acervo tradicional e incluso aplicarse conjuntamente, y un sistema de obtención de evidencias suficientes que aseguren la eliminación o la reducción de los errores analizados y, como objetivo esencial, procurar que dicho conjunto de instrumentos asegure que los incentivos para la innovación no resultan dañados.

En este marco, el presente trabajo pretende ofrecer en las secciones subsiguientes una descripción de una de las conductas más comunes auspiciadas en los DPI cuando estos confieran poder de mercado a sus titulares que puedan suponer un encaje



forzoso con los principios rectores de la normativa sobre defensa de la competencia, prestando especial atención a la utilización de la doctrina de “*essential facilities*” como instrumento neutralizador de las conductas abusivas tendentes al reforzamiento de situaciones de dominancia en los mercados afectados.

### V. DPI y artículo 82 del Tratado CE. Un problema de conducta: *refusal to supply*. Noción de la doctrina de *essential facilities* y su aplicación sobre la titularidad de DPI

Los DPI otorgan a su titular la posibilidad de excluir a otros, por lo que se definen en este ámbito de modo preliminarmente negativo. Al igual que en cualquier otro contexto, la posición dominante derivada de la titularidad de DPI exige a quien la ostenta una especial diligencia en el desarrollo de su conducta que incide o pueda incidir en la competencia efectiva de los mercados donde tenga reflejo dicha conducta, pudiendo coincidir o no con los mercados en los que el dominante promueve sus actividades empresariales.

Entre las conductas que pueden considerarse contrarias a la competencia, es objeto de esta sección centrar su análisis en una de las vertientes de la negativa unilateral a licenciar o al contratar<sup>25</sup> (en nuestro caso; negativa de los creadores a dar acceso a sus creaciones legalmente protegidas) en el marco de posiciones monopolísticas jurídicamente protegidas por el Derecho de Propiedad Intelectual<sup>26</sup>.

De los precedentes europeos más remotos en los que se reprocha la negativa a contratar por parte de empresas con poder de mercado, destacan los casos *Commercial Solvents*<sup>27</sup> y *United Brands*<sup>28</sup>. Tanto en estos casos como en otros, se contraponen el derecho de cada operador a decidir libremente con quién contrata como manifestación básica de la libertad de empresa frente a la necesidad de salvaguardar una competencia efectiva, impidiendo bien la exclusión de competidores bien los intentos por monopolizar mercados derivados. Es por ello, que debe ser exigible un análisis restrictivo de Competencia, tanto estructural (determinar indubitablemente la posición de dominio) como sustantivo (descarte inequívoco de la racionalidad no anticompetitiva de la conducta), para justificar la imposición de obligaciones de contratar.

<sup>25</sup> Conducta expresamente prevista como abusiva coincidentemente en el apartado b) del artículo 82 del TCE y del artículo 2 de la reciente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

<sup>26</sup> Para un estudio detallado sobre la conducta de negativa de suministro, ver el artículo: “*Negativas de suministro. Las negativas de suministro en el Derecho de la competencia comunitario y español*”. Helmut Brokelmann. Gaceta Jurídica de la C.E y de la Competencia. Boletín 125, julio-agosto 1997, pp 5-27.

<sup>27</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 1974. Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. y Commercial Solvents Corporation contra Comisión de las Comunidades Europeas. Asuntos acumulados 6 y 7-73.

<sup>28</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978. United Brands Company y United Brands Continentaal BV contra Comisión de las Comunidades Europeas. Plátanos Chiquita, asunto 27/76. En material de negativas de licencia son esenciales, el asunto **CICRA v. Renault**, asunto 53/87 ante el Tribunal de Justicia o el 238/87 **Volvo c. Veng**.

Una de las vertientes de la conducta referida es la negativa de acceso a activos estratégicos imprescindibles para competir en un mercado determinado. Cuando la utilización de dichos activos es indispensable para el desarrollo de una actividad económica (activo exclusivo) y su duplicación sea económicamente irracional, la negativa a compartir su uso puede considerarse contraria a la normativa de competencia en el marco de posiciones de dominio o monopolísticas.

Es esta vertiente de la conducta consistente en la negativa a contratar la causa del nacimiento de la doctrina de las *essential facilities*, como excepción al principio general sobre la libertad de contratación (nadie tiene la obligación de negociar o contratar con otros), sirviendo a las autoridades competentes en USA como fundamento para concluir la existencia de vulneraciones del artículo 2 de la *Sherman Act*<sup>29</sup>, y recibiendo dicha doctrina en Europa a través del artículo 82 (antiguo 86) del TCE.

Necesidad e imposibilidad son los términos nucleares de la calificación de determinados recursos como *essential facilities*. Necesidad de utilizar el recurso dado para poder llevar a cabo una concreta actividad económica e imposibilidad económicamente racional de replicar dicho recurso para poder competir en el mercado pretendido<sup>30</sup>.

Junto a los términos citados (necesidad e imposibilidad) la jurisprudencia exige para el establecimiento de un *duty to deal* (como posible consecuencia de la calificación de un activo como esencial) la concurrencia de; (i) poder de mercado por parte de quien ejerce control sobre los “recursos esenciales”, (ii) una causa objetivamente injustificada para denegar el acceso, y (iii) la posibilidad material de ofrecer acceso a dichos recursos<sup>31</sup>.

La Comisión Europea se refiere expresamente por primera vez a *essential facilities*<sup>32</sup> en el asunto *B&I v. Sealink*<sup>33</sup> recogiendo su concepto e identificando la conducta, negativa de acceso al mismo, como abusiva;

---

<sup>29</sup> Section 2.: *Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.*

<sup>30</sup> La imposibilidad económicamente racional de suplir el recurso puede deberse a la constatación de un monopolio natural o legal sobre el recurso o bien a la financiación del recurso con fondos públicos.

<sup>31</sup> Es común referenciar el primer antecedente de la mencionada doctrina a la Sentencia del Tribunal Supremo “*United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis (1912)*” donde dicho Tribunal concluyó ordenar a la citada Asociación; (i) el libre acceso a la misma de cualquier compañía ferroviaria que lo requiriese y (ii) posibilidad de uso en condiciones razonables de las instalaciones (*essential facilities*) que gestionaba.

<sup>32</sup> Es posible considerar la existencia de precedentes comunitarios anteriores sobre la doctrina de *essential facilities*, entre ellos ver; 88/589/CEE: Decisión de la Comisión de 4 de noviembre de 1988 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado CEE (IV/32.318, *London European - Sabena*).

<sup>33</sup> Decisión de la Comisión de 21 de diciembre de 1993 relativa a un procedimiento en virtud del artículo 86 del Tratado CE (IV/34689 - *Sea Containers c/Stena Sealink* - medidas provisionales).

*“An undertaking which occupies a dominant position in the provision of an essential facility and itself uses that facility (i. e. a facility or infrastructure, without access to which competitors cannot provide services to their customers), and which refuses other companies access to that facility without objective justification or grants access to competitors only on terms less favourable than those which it gives its own services, infringes Article 86 if the other conditions of that Article are met”*

En sentido económico, una *essential facility* representa un cuello de botella en una fase determinada de la cadena de valor estratégica para el desarrollo de una actividad económica. La imposición de la obligatoriedad de contratar con competidores supone una forma de regulación indirecta de precios, ya que el acceso debe ser remunerado de forma transparente y no discriminatoria<sup>34</sup>.

En el ámbito de este trabajo, y como ya se ha expuesto, la constatación de la protección de los DPI en combinación con un contexto dado de mercado, puede implicar que se dé una posición de primacía. Contrariamente a la opinión de ciertos autores,<sup>35</sup> debe entenderse que las normas sobre Propiedad Intelectual no confieren una posición inmune a los titulares de esta clase de derechos frente a las exigencias de la normativa sobre Competencia<sup>36</sup>. El creador cuenta con el incentivo legítimo a reser-

<sup>34</sup> Una de las cuestiones aún pendientes es la posible equiparación del enfoque de la doctrina de *essential facilities* sobre DPI, a bienes tangibles. Con el caso Oscar Bronner se produce un estrechamiento en el enfoque de la doctrina de *essential facilities* que había partido con un carácter amplio en el caso B&I v. Sealink, donde no se incluía una referencia a circunstancias excepcionales. En su sentencia sobre el caso Oscar Bronner, el Tribunal de Justicia no deja claro la posible aplicación del criterio de análisis de conducta establecido en Magill y que posteriormente será utilizado en IMS para establecer un *duty to deal* a propietarios de bienes físicos. En cualquier caso, no es posible inferir sobre sus conclusiones que la aplicación de la doctrina de *essential facilities* sobre bienes tangibles pueda ser más flexible que sobre Propiedad Intelectual: “Apartado 41 *Por ello, aun suponiendo que esta jurisprudencia relativa al ejercicio de un derecho de propiedad intelectual sea aplicable al ejercicio de un derecho de propiedad de otro tipo, para que la sentencia Magill pueda ser invocada con objeto de afirmar la existencia de un abuso en el sentido del artículo 86 del Tratado en una situación como la que es objeto de la primera cuestión prejudicial, sería preciso además no sólo que la denegación del servicio que constituye el reparto a domicilio pudiera eliminar toda competencia en el mercado de los diarios por parte de quien solicita el servicio y no pudiera justificarse objetivamente, sino, además, que el servicio, en sí mismo, fuera indispensable para el ejercicio de la actividad de éste, en el sentido de que no hubiera ninguna alternativa real o potencial al citado sistema de reparto a domicilio.*” El incentivo a la innovación es el argumento más utilizado por los autores que entienden que debe existir un estándar distinto para establecer una obligación de acceso a los activos estratégicos (*essential facilities*) de ciertos monopolistas según dicho activo tenga la consideración de Propiedad Intelectual o no (estándar más restrictivo para los activos intangibles). En igual modo, podría argumentarse que los incentivos a la inversión (en activos tangibles) deben ser igualmente protegidos, por lo que no debería de producirse un trato diferenciador basado en el carácter físico o intangible del recurso imprescindible a la hora de proceder a un análisis de competencia sobre la conducta del monopolista.

<sup>35</sup> Esta fue la postura defendida por parte de la doctrina tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de octubre 1988 AB Volvo contra Erik Veng (UK) Ltd, asunto 238/87, al disponer en su apartado 8º; “[...] *Por tanto, una obligación impuesta al titular del modelo protegido de conceder a terceros una licencia para suministrar productos que incorporen el modelo protegido, incluso a cambio de una compensación económica razonable, supondría privar a dicho titular del contenido de su derecho exclusivo, y la negativa a conceder tal licencia no constituye en sí misma un abuso de posición dominante.*”

<sup>36</sup> *The fact that intellectual property laws grant exclusive rights of exploitation does not imply that intellectual property rights are immune from competition law intervention*, apartado 7 “Guidelines on the application of Article 81 of the EC Treaty to technology transfer agreements” (2004/C 101/02).

var su creación frente a cualquier tercero<sup>37</sup>; la expectativa a consolidar una ventaja competitiva en el medio/largo plazo a través de la exclusividad coercitiva otorgada por la titularidad de DPI no puede verse truncada con posterioridad a la fase de decisión de los operadores. Ahora bien, esta exigencia no puede servir como fundamento para excluir cualquier clase de juicio bajo parámetros de competencia de la conducta del monopolista intelectual. Esta idea representa el punto de partida de la decisión<sup>38</sup> adoptada en el asunto *Magill*<sup>39</sup>, donde la Comisión delimitó el alcance de la titularidad de ciertos derechos de autor de algunas cadenas de televisión, concluyendo:

*“Los argumentos esgrimidos por las partes en relación con los derechos de autor no afectan a esta conclusión. Por el contrario, la Comisión considera que las prácticas y políticas de ITP, BBC y RTE en el presente asunto utilizan, de hecho, los derechos de autor como un instrumento de ese abuso, de una forma que excede los límites del objeto específico de este derecho de propiedad intelectual.”*

Por tanto, la extralimitación en el ejercicio de las facultades dimanantes de los DPI puede llegar a catalogarse como abusiva de la posición de dominio que ostente el titular de dichos derechos. El extremo más tenue de este tipo de conductas lo constituye la negativa a conceder licencias sobre los DPI que ostenta el creador. Desde este enfoque, procede la valoración sobre cuándo y cómo debe abrirse el conocimiento y uso de la creación compulsivamente a terceros (competidores o no).

Es evidente que la adquisición legítima de la propiedad monopolística no es discutida desde la perspectiva de competencia<sup>40</sup>. Asimismo, hay duda de que no puede darse un deber de ayudar a competidores sin que éste se dé salvo en circunstancias extraordinariamente restrictivas. En este sentido, se pronuncia el Tribunal de Justicia en su sentencia<sup>41</sup> sobre el caso *Magill*:

---

<sup>37</sup> Decisión de la Comisión de 21 de diciembre de 1988 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado CEE (IV/31.851 - *Magill TV Guide*/ITP, BBC y RTE).

<sup>38</sup> Sobre los hechos del caso: *Magill TV Guide Ltd*, se creó con objeto de publicar en Irlanda e Irlanda del Norte una revista semanal con información sobre los programas de televisión que los telespectadores podrían captar en ese área. La publicación se inició en mayo de 1985. Como consecuencia de un requerimiento judicial en favor de ITP, BBC, y RTE para impedir a *Magill* la publicación de sus listas quedó suspendida. *Magill* se dirigió a la Comisión por considerar que las cadenas de televisión abusaban de su posición de dominio al negarse a licenciar sus derechos para la publicación semanal de las listas de programación.

<sup>39</sup> Sentencia de TS norteamericano en el asunto **Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP (Trinko)**.

<sup>40</sup> *Traditional antitrust principles do not justify adding the present case to the few existing exceptions from the proposition that there is no duty to aid competitors. Antitrust analysis must always be at-tuned to the particular structure and circumstances of the industry at issue.*

<sup>41</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1995. - *Radio Telefis Eireann (RTE) y Independent Television Publications Ltd (ITP) contra Comisión de las Comunidades Europeas*, asuntos acumulados C-241/91 p y C-242/91 p. Aquí se refleja su apartado 49.

“Es en verdad exacto que, a falta de una unificación comunitaria o de una aproximación de las legislaciones, incumbe a las leyes nacionales fijar los requisitos y las modalidades de protección de un derecho de propiedad intelectual y que el derecho excluyente de reproducción forma parte de las prerrogativas del autor, de modo que una negativa a conceder la licencia, aunque la haga una empresa en posición dominante, no puede constituir en sí misma un abuso de ésta (sentencia Volvo, antes citada, apartados 7 y 8).”

Por tanto, la negativa a contratar (a conceder licencias sobre derechos de Propiedad Intelectual) no es una conducta *per se* ilícita<sup>42</sup>, aún ostentando una posición de dominio extrema (monopolio/titularidad sobre un activo considerado como una *essential facility*). Seguidamente, dicho Tribunal admite la posibilidad de entender aplicable el artículo 82 del TCE a ciertas manifestaciones de los derechos de Propiedad Intelectual<sup>43</sup>.

Por lo tanto, ¿cuándo puede entenderse la negativa a contratar como abusiva?, exclusivamente cuando dicha negativa puede causar un daño (pérdida de bienestar de los consumidores) en el mercado relevante *downstream* donde el input es necesario e imposible de replicar bajo parámetros de racionalidad económica; es decir, cuando concurren circunstancias excepcionales. Tan sólo entonces cabe imponer como remedio un *duty to deal*, que puede tener su traducción en obligación de conceder licencias sobre derechos de Propiedad Intelectual.

Tanto en el caso Magill como posteriormente en el caso IMS<sup>44</sup>, se considera como abusiva, por parte de las autoridades de competencia, la negativa por parte de los titulares de DPI a conceder licencias sobre sus derechos. Se alcanza tal conclusión (conducta contraria al artículo 82 del TCE) tras constatar la concurrencia cumulativa<sup>45</sup> de lo que se conoce como circunstancias excepcionales, comprendiendo:

---

<sup>42</sup> La misma idea queda recogida en el apartado 34 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004. – **IMS Health GMBH & Co. OHG (IMS)** contra **NDC Health GMBH & Co. KG (NDC)**, asunto C-241/91 p y C-418/01.

<sup>43</sup> Magill, citada, apartado 50.

<sup>44</sup> **Decisión de la Comisión 2002/165/CE, relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 82 del Tratado CE, asunto COMP D3/38.044 – NDC Health/IMS Health**: medidas cautelares, DO 2002, L 59, 18, donde los antecedentes son: IMS Health es propietario de una base de datos sobre las ventas regionales de productos farmacéuticos en Alemania “estructura de segmentos 1.860”. Las empresas del sector farmacéutico compran los datos para basar en ellos sus estrategias de producción. En principio, cualquier empresa puede crear su propia estructura de segmentos determinando los límites de otra manera. Sin embargo, cuando NDC Health, un competidor de IMS, trató de entrar en el mercado en una fecha posterior, encontró que sus datos no se podían comercializar si no se formateaban de acuerdo con la estructura de 1.860 segmentos. La mayoría de las empresas farmacéuticas estaban acostumbradas a la estructura de 1.860 segmentos y habían adaptado sus sistemas de distribución fundándose en ella.

<sup>45</sup> La decisión del caso *Magill* no aclaraba si las tres condiciones que en ella se fijaban tenían que aplicarse de forma cumulativa, quedando a cuestión aclarada en sentido afirmativo en la Sentencia del Tribunal de Justicia sobre *IMS Health contra NDC Health*, op. cit. (apartado 38).

- (i) La negativa es injustificada desde el punto de vista objetivo<sup>46</sup>,
- (ii) la negativa cierra completamente el mercado derivado,
- (iii) el activo de que se trate (aquí DPI) es indispensable para llevar a cabo la operación en el mercado (no existe siquiera potencialmente un sustituto), y
- (iv) la negativa impide que se presten servicios y/o productos en mercados para los que hay demanda potencial sustantiva (test de nuevo producto).

Se ha puesto de manifiesto que la consecución de una posición monopolística, bien sea como consecuencia de la titularidad de DPI o de activos tangibles (normalmente monopolios naturales), es perfectamente factible desde la perspectiva de los principios de competencia. Incluso, dichas posiciones en ciertos casos son óptimas en términos de eficiencia (economías de red). Este último debe ser el parámetro sobre el que debe juzgarse el alcance de la normativa de competencia sobre el ejercicio de los DPI.

El monopolista intelectual debe estar protegido en la medida en que dicha protección sirva para el fin nuclear de la normativa sobre Propiedad Intelectual; que incentive la innovación de los creadores hasta una cantidad determinada, esto es, suponga un óptimo en términos de eficiencia. La conducta que no se adecue a este parámetro, es la conducta que puede ser considerada abusiva. Por ello, no resulta ilícita *per se* la negativa a conceder licencias sobre DPI, ya que, el inversor/creador introduce en su tasa interna de retorno la variable “exclusividad” de explotación de su creación, lo que redundaría manifiestamente en la decisión de inversión que no puede ser defraudada *ex post* sino es bajo circunstancias excepcionales.

En este sentido, el test de nuevo producto en los casos Magill y sobre todo IMS es absolutamente determinante para constatar el carácter abusivo de la negativa a licenciar, ya que no existe ningún otro matiz de reproche en la conducta de ambos monopolistas. Si las cadenas de TV (ITP, BBC, y RTE) hubieran estado explotando conjunta o individualmente en Irlanda e Irlanda del Norte una revista semanal con información conjunta sobre sus programas de televisión en mayo de 1985, la negativa a conceder la licencia a Magill hubiera carecido de cualquier tipo de reproche. En estos casos, debe considerarse que la protección del monopolio, y por ende la merma de bienestar social drenada en favor de las rentas monopolísticas ha sido descontada anteriormente como incentivo a la innovación. Quizás sin dicha merma, no hubiera habido ni siquiera mercado de acceso.

Por tanto, la obligación de licenciar DPI exige un análisis restrictivo, que pondere la conservación de incentivos a la innovación *ex ante* y el manteniendo de una competencia efectiva *ex post*, que a su vez tiene un reflejo directo como incentivo a la innovación secuencial.

---

<sup>46</sup> Queda descartada la justificación que se base exclusivamente en menoscabo de los derechos de Propiedad Intelectual. Ya se ha puesto de manifiesto que la Propiedad Intelectual no es inmune al análisis de Competencia.

El significado de Magill y su efecto en el uso del artículo 82 en conductas que impliquen DPI ha sido objeto de considerable debate, al dejar abiertos numerosos puntos de discusión doctrinal, fundamentalmente relacionados con el requisito previo de la existencia de circunstancias excepcionales o la demostración de que el dominante ha podido impedir la aparición de un nuevo producto.

Generalmente, la doctrina ha venido a reconocer que Magill se trataba de un caso que presentaba hechos, en cierto modo, inusuales; ello tiene reflejo de diferentes formas: el 24 de marzo de 2004 la Comisión<sup>47</sup> impone la que hasta entonces había sido la mayor multa de su historia<sup>48</sup> a Microsoft Corporation por abuso de posición de dominio concretado en dos tipos de conducta<sup>49</sup> (i) negativa a licenciar, y (ii) vinculación (tying). La Decisión, asimismo, ordena a Microsoft que revele la información que se ha negado a facilitar y permita su utilización para el desarrollo de productos compatibles<sup>50</sup>.

La decisión de la Comisión se refiere a las utilizadas circunstancias excepcionales del caso Magill, de la siguiente forma<sup>51</sup>:

*“On a general note, there is no persuasiveness to an approach that would advocate existence of an exhaustive checklist of exceptional circumstances and would Commission disregard a limine other circumstances of exceptional character may deserve to be taken into account when assessing a refusal to supply.”*

En este caso, la Comisión abandona el enfoque de Magill reiterado en IMS (fundamentado en la imposibilidad de atender una demanda potencial sin establecer la obligación de otorgar licencias sobre Propiedad Intelectual “test de nuevo producto”) para justificar el quebranto de la manifestación (no de su existencia) de los DPI sobre el software de Microsoft. De esta forma, la Comisión fundamenta la obligación sobre un *open ended approach*, del siguiente modo;

---

<sup>47</sup> Decisión de la Comisión de 24 de mayo de 2006, relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 82 del Tratado CE y al artículo 54 del Acuerdo EEE contra Microsoft Corporation, asunto COMP/C-3/37.792 — Microsoft.

<sup>48</sup> 497.196.304 EUR. Actualmente el record está en 992 mill. de euros, decisión de la Comisión de 21 de febrero de 2007 Case COMP/E-1/38.823 - Elevators & Escalators.

<sup>49</sup> Concretamente, por infracción del artículo 82 del Tratado CE y del artículo 54 del Acuerdo EEE: por haberse negado a facilitar información sobre interoperabilidad y a permitir su uso para el desarrollo y distribución de productos relacionados con sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo, desde octubre de 1998 hasta la fecha de la decisión de la Comisión, y (ii) por haber condicionado la posibilidad de disponer del sistema operativo Windows para ordenadores personales clientes a la adquisición simultánea del Reproductor de Windows Media (RWM), desde mayo de 1999 hasta la fecha de dicha decisión.

<sup>50</sup> La orden de revelar información se limita a las especificaciones de protocolos y a garantizar la interoperabilidad con las funciones esenciales que suelen caracterizar a las redes de grupos de trabajo. La orden no solo se aplica al caso de Sun, sino al de toda empresa que tenga interés por desarrollar productos que constituyan una restricción competitiva para Microsoft en el mercado de los sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo.

<sup>51</sup> Apartado 555 Comisión contra Microsoft Corporation op. cit.

*“On balance, the possible negative impact of an order to supply on Microsoft’s incentives to innovate is outweighed by its positive impact on the level of innovation of the whole industry (including Microsoft). As such, the need to protect Microsoft’s incentives to innovate cannot constitute an objective justification that would offset the exceptional circumstances identified. Microsoft’s other objective justification, which is that it has no incentive to engage in anti-competitive conduct with respect to interoperability, is not supported – and in fact is largely contradicted – by the evidence in this case.”*

El punto de vista de la Comisión sobre cuándo se dan las circunstancias excepcionales que procurarían contraria a la norma la negativa de dar acceso a DPI se hace extraordinariamente laxo en esta Decisión y nos deja ante una posible exigencia incompatible con la realidad de las decisiones de inversión en activos de sectores de innovación. No consideramos apropiado que el sentido económico casuístico pueda anteponerse a la seguridad jurídica de los operadores de este modo. La Comisión debe buscar el matiz de extralimitación de la conducta del monopolista (sea cual fuere su forma) para obligarle a romper su decisión legítima de no “hacer negocios”. De otra forma estaremos desincentivando el camino hacia la adquisición de posiciones de dominancia y por ende categóricamente hacia la adquisición de ventajas competitivas sostenibles en el largo plazo<sup>52</sup> que puedan atraer a otros como necesario estímulo.

## VI. Conclusiones

De forma esquemática a continuación se recogen las principales reflexiones apuntadas a los largo del texto, que presentan sólo uno de los múltiples enfoques de la materia abordada.

(i) Propiedad Intelectual y Competencia son dos materias que deben complementarse para atender a un fin común, la maximización del bienestar. Sólo el correcto tratamiento dinámico de ambas disciplinas elude la equivocada concepción histórica de su confrontación.

(ii) La titularidad de activos basados en DPI no justifica la inmunidad del análisis de Competencia sobre los mismos, justifica un análisis distinto, acomodado a la dinámica implícita de este tipo de mercados.

(iii) La exclusividad otorgada por la Propiedad Intelectual no determina automáticamente la existencia de una posición de dominio. Debe incluirse la perspectiva

---

<sup>52</sup> Resulta interesante en este ámbito la decisión del Conseil de la Concurrence francés en el asunto 04-D-54 de 9 de noviembre de 2004 sobre la negativa de Apple de suministrar los digital right management (DRM) de su tecnología utilizada en iTunes y en el iPod.



estructural del mercado donde se manifieste dicha prerrogativa para alcanzar tal consideración.

(iv) Es preciso considerar las características propias de los sectores basados en innovación (*first mover advantages*, altos costes fijos, *network effects*, incentivos a la innovación secuencial, etc.) para procurar un enfoque adecuado de análisis de eficiencia.

(v) El monopolista intelectual debe acomodar su conducta a los estándares exigidos por la normativa de competencia para los operadores en posiciones de dominio. La titularidad de DPI no cualifica dicha exigencia.

(vi) Exclusivamente puede justificarse el establecimiento de *duty to deal*, en sentido de conceder licencias sobre DPI, cuando el activo del monopolista intelectual puede conceptuarse como *essential facility* y la negativa a licenciar no atienda a los parámetros de la normativa sobre Propiedad Intelectual, es decir no supongan un óptimo eficiente.

(vii) En este sentido, es especialmente trascendente entender que en los mercados basados en la innovación la protección de los incentivos *ex ante*, en el marco de la toma de decisiones sobre la utilización del *input* I+D, es más importante que procurar una expansión de output a corto plazo mediante una obligación de licenciar DPI.

### **Bibliografía y Referencias**

- ADDANKI, S. 2001. Market definition using econometrics. NERA, Antitrust Insights.
- AHLBORN, C., EVANS, D. y PADILLA, A.J.. 2001. Competition Policy in the New Economy; is European Competition Policy up to the Challenge?. European Competition Law Review, volume 22, issue 5, 156-167.
- AUDRETSCH, D.B. 1995. Innovation and Industry Evolution, Cambridge, MIT Press.
- BISHOP, MATHEW y KAY. 1993. European Mergers and Merger Policy, Londres, Sweet & Maxwell.
- BORENSTEIN, S. 1985. Price Discrimination in Free Entry Markets. Rand Journal of Economics 16: 380-97.
- BRIONES, J.. 1999. El control de concentraciones en la Unión Europea: la práctica de la Comisión Europea y las novedades introducidas en el Reglamento (CEE) 4064/89 por el Reglamento (CE) 1310/97. Madrid, Marcial Pons.
- Charles Rivers Associates, Office of Fair Trading. 2002. Innovation and Competition Policy. Economic Discussion, paper 3.
- COOK Y KERSE (1999), EC Merger Control, Londres, Thomson.
- ELLIG, J. (ed). 2001. Dynamic Competition and Public Policy; Technology, Innovation and Antitrust Issues. Cambridge University Press.

- EVANS, D. y PADILLA, A.J. 2002. Competition Policy in Europe; A transatlantic perspective. *Competition Policy Insights*, NERA.
- EVANS, D. y SCHMALENSEE, R.. 2001. Some economic aspects of antitrust analysis in dynamically competitive industries. Working Paper 8268, NBER.
- GIPPINI, 2000. "Essential facilities y la aplicación del artículo 82 CE a la negativa unilateral a contratar. Algunas consideraciones tras la sentencia Bronner» *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 205.
- HARTMAN, R., TEECE, D., MITCHELL, W. y JORDE, T. 1993. Assessing Market Power in Regimes of Rapid Technological Change. *Industrial and Corporate Change* 2: 317-50.
- HAWK, B. E. y HUSER, H.L. 1996. European Community Merger Control.
- HENDERSON, R.M., y CLARK, K.B.. 1990. Architectural Innovation: The Reconfiguration of Existing Product Technologies and the Failure of Established Firms. *Administrative Science Quarterly* 35: 9-30.
- JIMÉNEZ-LAIGLESIA, J.M. 2001. El asunto Microsoft: competencia y tecnología. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 215, 26-43.
- KOLASKY, W. 2002. Comparative merger control analysis. Discurso ante la American Bar Association.
- LITAN y NISKANEN. 1998. El horizonte digital; Manual de directrices para la era digital. Brookings Institution Press y Cato Institute, Washington D.C.
- MANSFIELD, E. 1997. The Production and Application of New Industrial Technology. New York, Norton.
- MITCHELL, W. 1998 Dynamic Commercialization: Innovation in the Medical Diagnostic Imaging Industry. Haas School of Business, University of California, Berkeley.
- Office of Fair Trading. 2001. The role of market definition in monopoly and dominance inquiries. *Economic Discussion Paper*, Londres.
- ORDOVER, J. y BAUMOL, W. 1998. Antitrust Policy and High-Technology Industries. *Oxford Review of Economic Policy* 4: 13-34.
- PADILLA, A.J. 2003. La liberalización eléctrica: el peligro de las valoraciones prematuras. *Diario Expansión*, 7 de enero de 2003.
- PETITBÓ, A. 2001. Los órganos de defensa de la competencia ante la nueva economía y la descentralización de sus funciones, *Anuario de la competencia*, Fundación ICO: 45-77.
- SCHERER, F.M. 1985. *Industrial Market Structure and Economic Performance*. Chicago: Rand McNally
- SCHUMPETER, J.A. 1942. *Capitalismo, socialismo y democracia*. Madrid, Aguilar.
- SHETH, J. y SISODIA, R. 2002. *The Rule of Three*. Free Press.
- SIMONS, J. y WILLIAMS, M. 1993. The Renaissance of Market Definition. *Antitrust Bulletin* 38: 799-857

- TEECE, D. y COLEMAN, M. 1998. The Meaning of Monopoly: Antitrust Analysis in High Technology Industries. *Antitrust Bulletin* 43: 801-57.
- United States, Department of Justice and Federal Trade Commission. 1992, 1997. Horizontal Merger Guidelines. Washington, D.C.
- UTTERBACK, J. 1994. *Mastering the Dynamics of Innovation*. Boston. Harvard Business School Press.
- WHISH, R. 2002. *Competition Law*. Butterworths.
- YAO, D. y de SANTI, S. 1993. Innovation Issues under the 1992 Merger Guidelines. *Antitrust Law Journal* 38: 113-41.

