

LA PIRATERÍA EN EL DERECHO
DE LA COMPETENCIA.
MERCADO NEGRO Y MERCADO RELEVANTE
JEL: D43, K21, K23

CARLOS ANDRÉS URIBE PIEDRAHITA*

RESUMEN

El autor en este trabajo estudia las diferentes posibilidades que tiene una autoridad protectora de la libre competencia para reconocer al interior de una investigación sobre la materia, la aceptación o no de un mercado negro y de los productos piratas que se transan en conjunto con los bienes originales. El escrito está desarrollado desde un planteamiento inicial de la existencia de los mercados negros, que luego permiten conocer los criterios para definir un mercado relevante y en especial, un mercado del *software*. Después de realizar estos estudios

Fecha de recepción: 31 de marzo de 2006
Fecha de aceptación: 4 de abril de 2006

* Profesor investigador de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, D.C., abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana, especialista en finanzas, máster de la Universidad de Salamanca y doctorando de la Universidad de Salamanca.

preliminares, se aborda de forma concreta la problemática planteada de si se puede reconocer una sustituibilidad entre los bienes originales y los bienes piratas. Ese problema comienza a ser resuelto con el estudio de la piratería del *software*, la relación entre el derecho de la competencia y la propiedad intelectual, para luego esbozar los argumentos a favor y en contra de la inclusión de los bienes piratas dentro de un proceso antitrust y presentar la conclusión del autor sobre esa relación bienes originales–bienes piratas al interior del derecho de la competencia.

Palabras clave: mercado relevante, derecho de la libre competencia, política de competencia, mercado negro, mercado gris, *software*, piratería.

*PIRACY IN ANTITRUST LAW.
BLACK MARKET AND RELEVANT MARKET'
JEL: D43; K21; K23*

ABSTRACT

In this article, the author studies different possibilities an antitrust protection authority has, to recognize within an investigation on that matter the acceptance or not of a black market and pirate products traded together with original goods. The study takes as an initial position the existence of black markets that allow us to identify the criteria to define a relevant market, specially, software market. After carrying out these preliminary studies the article discusses the outlined problem; that is, whether original and pirate goods are replaceable. This issue starts to be solved with the software piracy study and the relationship between antitrust law and intellectual property. Afterwards, arguments in favor and against pirate goods being included in an antitrust process are

sketched. Finally, the author's conclusion is presented over the relationship of original goods–pirate goods, inside an antitrust process.

Keywords: relevant market, antitrust law, competition policy, piracy, black market, grey market, software.

SUMARIO

1. Introducción a los mercados negros o piratas
2. El derecho de la libre competencia y los mercados piratas
3. El mercado relevante y el mercado del *software*
 - 3.1. Definición general del mercado relevante
 - 3.1.1. Mercado de producto
 - 3.1.1.1. Definición
 - 3.1.1.2. La sustituibilidad del producto en razón de la demanda
 - 3.1.1.2.1. Características del producto
 - 3.1.1.2.2. Usos del producto
 - 3.1.1.2.3. El precio del producto
 - 3.1.1.2.4. Los criterios cuantitativos
 - 3.1.1.3. Sustituibilidad en razón de la oferta
 - 3.1.2. Mercado geográfico
 - 3.1.2.1. Definición
 - 3.1.2.2. Delimitación del área geográfica por la conducta y la homogeneidad
 - 3.1.2.3. Delimitación por la sustituibilidad geográfica de la demanda y de la oferta
 - 3.1.2.3.1. Sustituibilidad geográfica desde la demanda
 - 3.1.2.3.2. Sustituibilidad geográfica desde la oferta
 - 3.2. Mercado del *software*

- 3.2.1. Características
 - 3.2.2. Usos
 - 3.2.3. Precio
 - 3.2.4. Sustituibilidad del producto desde la oferta. El suministro
4. La piratería de *software*
- 4.1. Una definición del mercado pirata
 - 4.2. Piratería para bienes protegidos con derechos de propiedad intelectual. Especial referencia a la piratería de *software*
 - 4.3. Razones de los mercados negros de piratería
 - 4.3.1. Los agentes en el mercado negro
 - 4.3.2. Estabilidad de los mercados negros
 - 4.3.3. El conductor económico de los mercados piratas
5. Criterios para incluir o excluir la piratería bajo la determinación del mercado relevante
- 5.1. Criterios para incluir la piratería en el mercado de producto
 - 5.1.1. Funcionalidad
 - 5.1.2. Durabilidad y reproducibilidad
 - 5.2. Criterios para no incluir la piratería en el mercado relevante
 - 5.2.1. Diferencial de precios
 - 5.2.2. Productos diferenciados
 - 5.2.3. Tipología de consumidores
6. Problematizaciones
7. Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

La piratería en numerosos casos es evaluada desde ideales éticos, tanto para justificar su existencia como para reprochar su ejercicio. Este trabajo quiere apartarse de las discusiones éticas, de las reflexiones pasionales, para concentrarse en ella como un fenómeno más de los mercados, un hecho que existe y que por tanto debe ser evaluado en su interacción con los agentes económicos.

Al mismo tiempo que los desarrollos tecnológicos aumentan, se crea la necesidad por parte de los agentes consumidores, de satisfacer las expectativas que esos adelantos mitifican como portadores de la promesa de un nuevo mundo. No se pretende negar la importancia de los adelantos en la ciencia y las artes, como tampoco se pretende hacer una apología a un mundo sin barreras tecnológicas; no nos concentraremos en la crítica a los mercados de los bienes producidos bajo protecciones de derechos de propiedad intelectual, que terminan constituyendo un comercio desbalanceado entre quienes producen tecnología y quienes son receptores de las mismas.

Este artículo se ubica en el terreno de las políticas de la libre competencia, y con más precisión, en el estudio del mercado relevante y su interacción con la ilegalidad de los mercados. En un mundo global, la existencia de mercados negros no es una anomalía, se presentan para satisfacer demandas y producir rendimientos, lo que hace que por coherencia sea un objeto de interés para las autoridades protectoras de la competencia y de reflexión obligada. Con esto, nuestro artículo trae como problema centrar la pregunta de si: ¿la piratería como extensión de un mercado negro debe ser tenida en cuenta dentro un análisis de libre competencia, cuando un investigado por conductas anticompetitivas asume como argumento de su defensa la razón de una pérdida del poder de mercado por la inclusión de ésta al análisis del mercado relevante?

En este orden de ideas, diré que el lector se encontrará en este escrito con una problemática de *segundo piso*, sin querer significar con esto que el análisis ha sido tratado con menos dedicación o que los resultados de esta investigación puedan tener un menor valor en su aplicación. Sólo se pretende aceptar que en el mercado existe la

piratería como realidad y que ese escenario seguro obedece a muchas causas y produce importantes consecuencias que no serán juzgadas por nosotros. Nos concentraremos en una primera parte, en el reconocimiento de los mercados negros, su relación con la competencia y el estudio tradicional de la definición del mercado relevante. En una segunda parte, trabajaremos de manera más fluida nuestra problemática y nos concentraremos en la piratería del *software* como un ejemplo para reconocer la inclusión o no de este bien dentro de un análisis de mercado relevante, y luego presentar nuestras conclusiones sobre posibilidades de acción que deben asumir los órganos protectores de la libre competencia al analizar un mercado de bienes funcionalmente sustituibles.

Por último, este estudio se realiza en el marco de las investigaciones y permanentes discusiones que se adelantan en el Departamento de Derecho Económico de la Pontificia Universidad Javeriana, el cual es dirigido por el profesor ALFONSO MIRANDA LONDOÑO. Los comentarios y posiciones establecidas en este artículo sólo comprometen a su autor.

1. INTRODUCCIÓN A LOS MERCADOS NEGROS O PIRATAS

Los mercados, cada día más interconectados y con mayores flujos de información, hacen que los agentes que logran obtener alguna ventaja competitiva, luchan por traducirla en una diferencia sobre la competencia, logrando potenciar sus beneficios y/o arrebatando cuotas de mercado a los demás partícipes. Un ejemplo de ventaja que un agente puede establecer en el mercado es la posesión de derechos de propiedad intelectual (PI) que lo hacen merecedor de una distinción frente a los demás agentes por razones de exclusividad legal¹. Este hecho, hace que los productos que tienen esa protección sean bienes “exclusivos”, mientras los demás competidores con productos “no

1 SHAPIRO, CARL, “*Antitrust Limits to Patent Settlements*”, en: *RAND Journal of Economics*, vol. 34, n° 2, Summer 2003. págs. 391-411.

exclusivos” tienen que competir con otros agentes que pueden tener protecciones similares pero diferenciables (casos de marcas, sujetos a limitaciones²) o que poseen productos sin limitaciones, es decir de libre producción³. Desde esta perspectiva, el grado de competencia para productos *no exclusivos* está dado por las condiciones de similitud de los productos, preferencia de los consumidores, la publicidad, entre otras posibilidades del mercado.

Por otro lado, los niveles de competencia para un producto completamente original y diferenciado de otros anteriores, presenta como resultado un nuevo mercado que a su vez puede ser susceptible de generar protecciones que tengan como consecuencia que nadie más, de forma legítima, pueda entrar en ese segmento del mercado, causando como efecto que la demanda de tal producto aumente; bien, por razones de límites a la sustituibilidad; o también, porque el mercado abandona versiones alternativas para anclarse en esos bienes exclusivos⁴. Cualquiera sea el caso, lo importante es que dadas esas condiciones no existe una competencia real y el productor tiene un monopolio con protección legal⁵.

Los efectos económicos de los derechos de propiedad intelectual cumplen la función, de no sólo distinguir a un productor en el mercado, sino, y tal vez la más característica, permitirle un mayor control sobre los puntos de equilibrio entre oferta y demanda. Por el

2 Comunicación (97/C 372/03) de la Comisión Europea relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia.

3 FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, MIGUEL A., *La competencia*, Alianza, Madrid, 2000.

4 Desde ahora es importante aclarar que existe una común concepción que manifiesta que las protecciones legales de la propiedad intelectual, automáticamente confieren una protección legal de monopolio. Si bien es cierto que confiere una protección automática de ciertos derechos de exclusión, estos derechos pueden no ser equivalentes a un monopolio, en razón del poder sobre el precio. El ejemplo típico del monopolio hace referencia a un único oferente y varios demandantes, o a un productor o prestador de servicios de un único bien o servicio que no tienen sustitutos en el mercado. Así, cuando no hay sustitutos en un mercado, las normas de propiedad intelectual conferirán un poder de mercado y ventajas competitivas a los propietarios de estos derechos.

5 GENEVAZ, SIMON, “Against immunity for unilateral refusals to deal intellectual property: why antitrust law should not distinguish between IP and other property rights”, en: *Berkeley Technologies Law Journal*, 19-741, Spring 2004.

contrario, en mercados competitivos, los agentes pondrán un precio que los oferentes estarán dispuestos a satisfacer mientras sea rentable producir a esos valores. Con estas razones, una compañía que tiene tal protección aprovechará su posición para establecer un precio por encima del mercado, en compañía de la no fácil sustituibilidad de los productos o de la imposibilidad para que ese producto se pueda establecer en una zona geográfica determinada⁶.

Este planteamiento puede constituir la primera línea divisoria entre las expectativas de conducta de competidores que se encuentran en mercados sin competencia y mercados con competencia. Bajo el primer caso, un agente económico que posee derechos de propiedad intelectual, tendrá una autorización legal para restringir la competencia y por tanto, si no es desmedida y se enmarca dentro de los preceptos legales pero produciendo el mismo efecto restrictivo, no será sancionado⁷. En el segundo caso, el de los mercados competitivos, un agente económico se verá más tentado a proteger su posición en el mercado mediante restricciones a la libre competencia, hecho que lleva consigo la posibilidad de ser sancionado por autoridades de la libre competencia al carecer de cualquier tipo de protección especial que legitime sus actos.

Según lo anterior, es claro que el poseedor de derechos de propiedad intelectual puede ejercer actos de exclusión de cara a la competencia y así, determinar las condiciones del mercado en el que se encuentra, de forma más amplia que bajo los controles tradicionales de los mercados sin asignación de protección de derechos de exclusión legítima⁸. Sin embargo, es importante

6 Ibidem.

7 WAELBROECK, MICHEL; FRIGNANI, ALDO, *Derecho europeo de la competencia*, t. II, Barcelona, Bosch, 1998, pág. 1068 y sigs.

8 Ibidem. “El primer ejemplo de abuso citado por el artículo 86 [hoy 82 del tratado de la Unión Europea] consiste en la imposición de precios y condiciones de transacción no equitativas. Ahora bien, por el mero hecho de que la ley garantice un derecho exclusivo, el titular se haya en condiciones de imponer precios más elevados que los que existirían en un régimen de competencia. [...] el objeto mismo de la patente persigue permitir al titular imponer un precio superior al del mercado para recompensar sus esfuerzos de investigación”.

reafirmar que este hecho no lo hace inmune a la violación de normas de derecho de la competencia⁹.

Por otro lado, el poseedor de derechos de propiedad intelectual es de igual manera un agente económico en el mercado que constantemente envía señales a éste cuando sube los precios o restringe la oferta de los bienes. Tales señales son aprovechadas por otros agentes económicos que tienen la capacidad de convertirse en competidores, bien sea de forma legal o ilegal¹⁰. En el primer caso, se encuentran aquellos que pueden convertirse en competidores legales, básicamente por estar autorizados por las normas de propiedad intelectual como excepción o medida de interés público. Esto es por ejemplo, el caso de la exclusión a la obtención de una licencia para la fabricación de medicamentos protegidos por derechos de propiedad industrial, por la razón de que éstos serán exportados a un país autorizado para importarlos, por motivos de problemas de salud pública, a bajo costo y por la imposibilidad que tiene este país para fabricar él mismo los medicamentos¹¹. También, podemos

-
- 9 Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. CICRA y Maxicar c. Renault, octubre 5 de 1988, rec., p. 6039, 276, 544, 747, 845, 856. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Volvo c. Veng., octubre 5 de 1988/238/87, rec., p. 6211, 276, 747, 845, 856. En estos casos las decisiones de los fabricantes de automóviles, titulares de un diseño o modelo industrial sobre piezas de recambio o repuestos, referidas a la no continuidad de fabricación de tales repuestos, para determinados modelos que siguen circulando en número significativo, constituyen comportamientos abusivos prohibidos por las normas de libre competencia, en especial el abuso de la posición dominante en el mercado relevante correspondiente.
- 10 Desde esta perspectiva estamos en el supuesto tradicional de un poder de mercado por la existencia de derechos de propiedad intelectual, sin decir que esto sea una constante en los mercados. *Supra.* 4 y 5.
- 11 Decisión del Consejo General de la OMC del 30 de agosto de 2003. WT/GC/M/82. “[...]Se eximirá a un miembro exportador del cumplimiento de las obligaciones que le corresponden en virtud del apartado f) del artículo 31 del acuerdo sobre los ADPIC con respecto a la concesión por ese miembro de una licencia obligatoria en la medida necesaria para la producción de un producto o productos farmacéuticos y su exportación a un miembro o miembros importadores habilitados [...]”. Es importante mencionar que este procedimiento está sometido al cumplimiento de unos requisitos que pueden ser observados en la misma decisión.

establecer el caso más común de licencias obligatorias, que bajo diferentes circunstancias se otorgan para la explotación del producto protegido por derechos de propiedad intelectual¹². En el segundo caso, aquellos que se pueden convertir en competidores no legales, están básicamente determinados por la existencia o la realización de un mercado negro que sustente el espacio para el desarrollo de esa actividad¹³.

Realizadas estas precisiones, la oferta de productos en un mercado negro entra a satisfacer una demanda no alcanzada por los productores de esos bienes y se convierten en una alternativa seria que podríamos denominar de *bienes piratas*, conformando todo un mercado de oferentes (falsificadores, contrabandistas y copiadores) y demandantes que transan esos bienes sin los permisos o autorizaciones de los poseedores de derechos de propiedad intelectual¹⁴. Conformado este mercado, la oferta de los bienes producidos por los propietarios de los derechos de propiedad intelectual debe caer o mantenerse igual, mientras la demanda absoluta del bien aumenta¹⁵.

12 En el caso de la Comunidad Andina de Naciones la decisión 486 establece un apartado especial para el tema de las licencias obligatorias. Artículos 61 a 68.

13 Generalmente se han usado dos términos para diferenciar actividades que envuelven cierta ilegalidad, estas son, *mercado negro* y *mercado gris*. El primero hace referencia a la ilegalidad del mismo bien que se está comerciando; el segundo, el mercado gris, hace referencia los medios para comercializar un bien que es producido bajo la observancia de las normas de propiedad intelectual. El primero puede hacer referencia a la falsificación de bien, mientras que el mercado gris hace alusión a la importación de un producto que ha sido fabricado para ser vendido en un país diferente, pero que se introduce de nuevo por medios ilegales al mercado nacional para ser comercializado.

14 HORNİK, DAVID M., “Combating software Piracy: the Soft lifting Problem”, en: *Harvard Journal Law & Technologies*, vol. 7, n°2 377, 395-96 (Spring – 1994).

15 Podría suponerse el solo hecho de personas que por incapacidad de pago o bajos ingresos ahora sí podrán adquirir esos bienes que en condiciones normales tienen precios altos.

2. EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA Y LOS MERCADOS PIRATAS

Después de realizar una introducción a los mercados piratas, ingresemos una variable que determina la participación de las autoridades protectoras de la libre competencia. Supongamos un mercado constituido por una empresa con derechos de propiedad intelectual que hace que ostente cierto poder de mercado, pero que a su vez se encuentra una participación de piratas que hacen que exista un mercado negro muy desarrollado. Con todo esto, la autoridad protectora de la libre competencia se ve en la necesidad de investigar la existencia de unas supuestas prácticas anticompetitivas por parte de la empresa con derechos de propiedad intelectual, y al iniciar la investigación la demandada (empresa con derechos de propiedad intelectual) le advierte a la autoridad que debe tener en cuenta el mercado negro que limita su poder de mercado. Estos hechos llevan consigo numerosos problemas, pero dado el objeto de nuestro trabajo nos concentraremos en dos planteamientos: uno, ¿podrá la autoridad incorporar al análisis de mercado los productos de un mercado negro?, y dos, ¿cuáles serían los argumentos del investigado para demostrar que la falta de poder de mercado se debe a la existencia de un mercado negro?

La primera pregunta podrá ser resuelta según el punto de partida de la autoridad que investiga, y para ello contaría con dos posibles visiones a las que obedecer. El primer criterio del cual se supone que puede partir la autoridad sería, la legalidad de los mercados, y en razón de éste sólo se ocuparía de los productos o servicios que se tranzan en un mercado encuadrado bajo el control legal. El segundo criterio que podría motivar la autoridad sería, conocer la realidad del mercado y hacer su análisis desde esa perspectiva, teniendo en cuenta los bienes protegidos con derechos de propiedad intelectual y la constante amenaza de los mercados negros o de la piratería. Pero para el desarrollo de nuestro trabajo, dejaremos de lado la conveniencia o inconveniencia de incorporar al análisis antitrust los mercados negros, pues este hecho podría llevar consigo el

reconocimiento por parte del Estado de un conjunto de negligencias y daños causados a los poseedores de los derechos de propiedad intelectual¹⁶.

La segunda pregunta, referida a la demostración de una falta de poder de mercado por la intervención de un mercado negro, tendría que ser analizada bajo la perspectiva de un estudio del mercado relevante, donde especialmente se tenga en cuenta la libre fluctuación u oscilación de los consumidores como demandantes de los bienes protegidos con derechos de propiedad intelectual y de los bienes piratas.

Para resolver este planteamiento, tendremos que realizar algunas consideraciones sobre el mercado relevante, con alguna especialidad sobre los productos de *software*, el contenido de los mercados negros y por último una conclusión que apruebe o deniegue la inclusión de la piratería dentro del análisis del mercado relevante para casos donde ésta se relaciona con la propiedad intelectual.

3. EL MERCADO RELEVANTE Y EL MERCADO DEL *SOFTWARE*

Un análisis antitrust o de libre competencia tiene por lo general la concreción de si el investigado tiene, o es posible que obtenga, un poder de mercado en algún punto específico de un mercado determinado¹⁷. Por ello, es común que al momento de abordar un

16 El alto conocimiento de los lugares donde se tranzan estos tipos de bienes piratas, las personas que lo hacen, la vigilancia que hacen las autoridades de estos lugares, que por lo general cobijan comercio legal y pirata, podría hacer recaer una responsabilidad del Estado cuando se cuantifique y acepte que son competidores legítimos y participan en el mercado. Dada una decisión de esta naturaleza, las empresas con derechos de propiedad intelectual podrían reclamarle al Estado la parte de mercado que pierden por culpa de los mercados piratas.

17 Los principales desarrollos sobre el mercado relevante, en los inicios del derecho de competencia, pueden encontrarse en los casos norteamericanos: *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co*, 351 U.S. 377, 391 (1956) “*Monopoly power is the power to control prices or exclude competition*”; *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Servs, Inc.*, 504 U.S. 451, 464 (1992) “[*Market power is*] the ability... to raise price and restrict output.”

estudio de libre competencia tanto las partes involucradas como las autoridades encargadas de darle trámite a estos procesos, se concentren en explicar la posición de los investigados en el mercado. Básicamente el análisis se hace con fundamento en las prohibiciones que manejan los estatutos protectores de la libre competencia pues, por regla general, éstos condenan los abusos que se hagan de la posición dominante¹⁸ o en los procesos de integración empresarial¹⁹, cuando con éstos se restrinja la competencia²⁰.

Este análisis fue utilizado por primera vez bajo el estudio estructuralista del juez LEARNED HAND en el caso Estados Unidos vs. Aluminum Co; más conocido como Alcoa²¹, y tenido en cuenta en el caso Estados Unidos vs. Du Pont & Co²², como criterio de referencia para determinar un mercado relevante²³. Este análisis en Estados Unidos se sigue utilizando, claro que con mayor sofisticación²⁴, tanto para los casos de la *section 1* de la *Sherman*

-
- 18 En Colombia por ejemplo, la Constitución Política, artículo 333, decreto 2153 de 1992, artículo 50 [abuso de posición dominante].
- 19 Artículo 51, circular externa 10 de 2001 de la SIC, circular externa 005 de 2003, de la SIC. [integraciones empresariales].
- 20 WAELBROECK, MICHEL; FRIGNANI, ALDO, Derecho europeo de la competencia, t. I, Bosch, Barcelona, 1998. pág. 330 y sigs. Estos autores, hacen énfasis en considerar al mercado de referencia como un concepto no preestablecido, sino que se encuentra en función de la conducta alegada. Por ello, dicen, que sólo se debe tener en cuenta el mercado en el que se ha cometido el abuso.
- 21 United States v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416, 429 (2d Cir. 1945).
- 22 E.I. du Pont de Nemours & Co. (Cellophane) v. United States, 351. U.S. 377 (1956).
- 23 United States v. Du Pont & Co., 351 U.S. 377 (1956) “[...] *did involve the question of monopolization. Judge Hand found that the relevant market for measuring Alcoa’s power was the market for “virgin” aluminum; he refused to consider the close competition offered by “secondary” (used) aluminum. The reason for the narrow definition was that Alcoa’s control over virgin aluminum permitted it to regulate the supply of used aluminum even though the latter should be actually sold by a competitor*”.
- 24 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, “Anotaciones sobre el derecho antimonopólico en los Estados Unidos de Norteamérica”, en: *CEDEC III*, Seminarios 8, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, 1999.

Act, como de la *section 2* principalmente, en especial con las adiciones realizadas en *Brown Shoe Co. v. United States*, donde se comienzan a utilizar los criterios de elasticidad cruzada de la demanda y elasticidad de la oferta²⁵. Al igual que en Estados Unidos, la Unión Europea trazó la importancia de la delimitación del mercado relevante en el caso *Europemballage Corporation y Continental Can Company, Inc. vs. Comisión*, donde el Tribunal de Justicia determinó que para establecer una posición de dominio era crucial la determinación del mercado relevante²⁶.

Cuando se define un mercado relevante se tiene una aproximación muy exacta de la participación individual de una *empresa*²⁷ en el mercado con su posibilidad de interferir en el desarrollo del mismo. Claro que, el ejercicio de la regla de la razón (*rule of reason*) hace que sea realmente necesaria la definición del mercado relevante donde la conducta que desarrolla una determinada empresa puede tener los efectos anticompetitivos que se pretenden prohibir²⁸. Esto es, la determinación del mercado relevante estará en función de la conducta (relacionada con productos y servicios) y la empresa dentro de la cual se ejerce la misma, pues una empresa puede tener varias líneas de acción, en productos o servicios y no ser fuerte en todos; así, el análisis recae sobre una parcela de la actividad empresarial. El razonamiento de un mercado relevante es en su esencia bastante complejo, pero puede ser más gravoso este análisis si los bienes o servicios sobre los que recae el mismo son difíciles de comprender. Uno de estos problemas se dio en el caso Estados Unidos contra Microsoft²⁹ en 1997, donde la Corte de distrito emitió conclusiones

25 *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 344 (1962).

26 *Europemballage y Continental Can/Comisión*, 6/72, Rec. pág. 215 y sigs, apartado 32. Sentencia del Tribunal de Justicia del 21 de febrero de 1973,

27 GALÁN CORONA, EDUARDO, *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Motecorvo, Madrid, 1977, págs. 133-201.

28 BOTERO RESTREPO, CECILIA, *El derecho antitrust o de la libre competencia en los Estados Unidos*, Señal Editora, Medellín, 2002, pág. 119 y sigs.

29 *United States v. Microsoft Corp.*, 980 F. Supp. 537, 545 (D.D.C. 1997).

separadas para los hechos y los argumentos de derecho, lo que permitió a la Corte de Apelaciones³⁰ estimar los hechos y criticar la mala definición de lo que era un navegador (*browser*) y sus características de sustituibilidad frente a otros productos³¹. En definitiva, el papel del derecho de la competencia tiene que concebir una metodología rigurosa para definir los mercados relevantes que bajo un conjunto de preguntas permita conocer la razonable intercambiabilidad de productos o servicios, con la finalidad de proteger y promover el buen funcionamiento de los mercados, básicamente en oferta, precios y calidad³².

3.1. DEFINICIÓN GENERAL DEL MERCADO RELEVANTE

Este concepto de mercado funciona para conocer si determinados productos o servicios estrechamente asociados entre sí, serán considerados como un solo producto o servicio desde la perspectiva del derecho de la competencia³³. Básicamente, dos o más productos pertenecen al mismo mercado relevante cuando existe una posibilidad real entre productores (o prestadores de servicios) y consumidores de sustituir los bienes o servicios o remplazar la posición del agente productor en el mercado, en tal grado que limite de forma eficaz el poder del monopolio³⁴. En esencia, la definición de un mercado

30 United States v. Microsoft Corp., 253 F. 3d 34, 81-82 (D.C. Cir. 2001).

31 GORDON, RICHARD L., *Antitrust abuse in the new economy. The Microsoft case*, ed. Edgard Elgar, Northampton, 2002, págs. 128-134, 136-142, 145-165.

32 DÍEZ ESTELLA, FERNANDO, "Algunas consideraciones en torno a la comunicación sobre definición de mercado relevante de la Comisión Europea y las *Merger Guidelines* del Departamento de Justicia de EE.UU.", en: *Anuario de la competencia 2001*, Fundación ICO - Marcial Pons, págs. 321 a 349.

33 WAELBROECK, MICHEL; FRIGNANI, ALDO, *Derecho europeo de la competencia*, t. I, ob. cit. pág. 333.

34 DÍEZ ESTELLA, FERNANDO, "Algunas consideraciones en torno a la comunicación sobre definición de mercado relevante de la Comisión Europea y las *Merger Guidelines* del Departamento de Justicia de EE.UU.", en: *Anuario de la competencia*, Fundación ICO - Marcial Pons, págs. 321-348.

relevante cumple con la finalidad de establecer límites entre los productos o servicios que son competidores entre sí y aquellos que no lo son³⁵.

En concreto, el estudio del mercado relevante se define a través de diferentes líneas de análisis muy precisas, entre las cuales tenemos: el análisis del mercado de producto y el análisis geográfico. El primero, en términos muy generales hace referencia a la similitud de los productos ofrecidos por los productores y que puedan ser aceptados por los consumidores de forma satisfactoria (mercado de producto desde la demanda y desde la oferta). El segundo, el mercado geográfico, hace referencia de forma muy general, a la definición del área de competencia efectiva donde operan los oferentes y donde los consumidores pueden adquirir esos bienes o servicios.

3.1.1. MERCADO DE PRODUCTO

3.1.1.1. DEFINICIÓN

Este mercado hace referencia al conjunto de productos que en su conjunto no son fáciles de intercambiar con otros y que están en constante competencia directa entre sí³⁶. En términos más económicos, estos productos son los que hacen posible que exista una elasticidad en la demanda en relación a un mercado determinado³⁷.

35 Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, General Motors, noviembre de 1975, asunto 26/75. rec., págs. 1367, 389, considerandos 4 a 10. En este caso General Motors tenía una licencia para expedir certificados de conformidad para los vehículos que circularan en el Estado. Esta licencia fue entregada con la libertad de fijar las tarifas. Se investigó si General tenía una posición de dominio y para ello se descartó el mercado de los autos, pues eran dos mercados diferentes.

36 FERNÁNDEZ-NOVOA, CARLOS, "Significado y delimitación del mercado relevante", en: *Actas de derecho industrial*, núm. 6, págs. 265 a 267.

37 SCHERER, F.M.; ROSS, DAVID; *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Houghton Mifflin, Boston, 1990.

En la Unión Europea se ha definido el mercado de producto de la siguiente forma, el Tribunal de Justicia en la sentencia L'Oreal³⁸ dice que,

“... las posibilidades de competencia deben apreciarse efectivamente en el marco del mercado de todos los productos que en función de sus características son particularmente adecuados para satisfacer necesidades constantes, y que a su vez, son poco intercambiables con otros productos”³⁹.

Mientras que la Comisión, de forma más descriptiva, señala que,

“... El mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos”⁴⁰.

La definición que la Comisión y el Tribunal de Justicia realizan sobre el mercado de producto, indica varios elementos necesarios sobre los que se debe realizar un estudio del mercado de producto a un caso concreto⁴¹. Primero, es necesario determinar unos productos que tengan unas características similares y que tales características estén en función de sus usos, servicios y precios. Segundo, los usos y servicios que prestan esos artículos deben ofrecer permanencia en relación con la oferta. Tercero, después de esa selección no deben existir otros productos que puedan competir con

38 Sentencia NV L'Oreal y SA L'Oreal c. PVBA (De Nieuwe AMCK) del 11/12/1980, asunto 31/80 considerando 25.

39 *Ibidem*.

40 Comunicación sobre la definición del mercado de referencia numeral 7. También se puede observar cómo la Comisión sigue de cerca lo prescrito por el U.S. Department of Justice en las *Merger Guidelines* de 1994, hoy las *Horizontal Guidelines* del 4 de agosto de 1997. http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/horiz_book/toc.html (visitada por última vez, el 1º de febrero de 2006).

41 En una forma muy similar, en el derecho antitrust norteamericano, se ha definido el poder de mercado, desde sus inicios, como el poder de una empresa para controlar los precios o para evitar la competencia [American Tobacco Co. v. United States, 328 U.S. 781 (1946)].

los seleccionados, salvo que los considerados demuestren la inexistencia de posiciones de dominio. Por último, es el consumidor el encargado de darle valor a esa selección, pues es él quien puede determinar la sustituibilidad o intercambiabilidad de los productos como demandante. Estos elementos, ya habían sido discutidos en EE.UU., cuando se analizó el caso del Celofán⁴². El Tribunal Supremo, después de discutir cuál era el mercado al que se estaban viendo enfrentados, si el del celofán o el de las envolturas, concluyó que el mercado se compone de los productos que tienen un grado razonable de intercambiabilidad según los fines para los que fueron hechos, y bajo la consideración de las características de precio, uso y calidad⁴³. Ahora, describamos de una forma más concreta la sustituibilidad, tanto desde el lado de la demanda como desde la oferta; y para ello nos concentraremos más en casos tratados en la Unión Europea, para luego contextualizarlo bajo una descripción norteamericana.

3.1.1.2. La sustituibilidad del producto en razón de la demanda

Como se indicó anteriormente es necesario determinar las características, uso y precio que hacen que determinados productos puedan ser considerados como pertenecientes a un mismo mercado. Para ello miraremos por separado estas tres condiciones, pero indicando de antemano que todas son importantes y su análisis no precisa de un orden específico.

3.1.1.2.1. Características del producto

Los productos en general poseen unas condiciones objetivas como el peso, el volumen, el color, la presentación, el valor agregado, la

42 United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co., 351 U. S. 377 (1956).

43 *Ibidem*.

caducidad, entre otras, que hacen que puedan identificarse entre los demás productos y que ayudan a conformar un mercado. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en diferentes casos, ha tomado en cuenta esas condiciones para conformar el mercado de un producto. Así, en la sentencia *United Brands*, considera limitada la sustituibilidad del plátano en el siguiente razonamiento:

“... para que se pueda afirmar que el plátano constituye el objeto de un mercado suficientemente distinto debe poder individualizarse por unas características particulares que lo diferencien de las demás frutas frescas hasta el punto de ser poco intercambiable con ellas y verse afectado sólo en escasa medida por la competencia de las mismas”⁴⁴.

De esta forma el Tribunal de Justicia se adelanta a determinar las condiciones de sustituibilidad en razón de las características del plátano para ser considerado un mercado de producto específico. A continuación, el análisis al que se tenía que enfrentar el tribunal, era señalar cuáles eran esas características, y de existir éstas, porqué se podría diferenciar de otras para constituir un mercado de producto⁴⁵.

En este sentido las características pueden ser dadas también por la percepción que los consumidores tienen sobre un producto. Así, en el caso *Michelin* nos da una idea muy clara de la influencia de los consumidores frente a las características que tiene un producto.

44 *United Brands*, asunto 27/76, considerando 22.

45 De esta forma el Tribunal de Justicia considera la maduración como una característica que lo diferencia de las demás frutas frescas, pues sólo la manzana y la naranja, tiene también producción y comercialización durante todo el año, así considera al plátano como una fruta privilegiada. Pero sólo hay una sustituibilidad relativa frente a la primera y ninguna frente a la segunda. La sustituibilidad relativa se debe a las características propias del plátano y a los factores que influyen en el consumidor. “... la apariencia del plátano, su gusto, su consistencia blanda, el hecho de carecer de pepitas, su fácil manejo y su nivel de producción permanente son características que le permiten satisfacer las necesidades constantes de una categoría importante de la población compuesta de niños, personas de edad y enfermos”.

“... no cabe discutir la existencia de ciertas posibilidades de sustitución entre los neumáticos nuevos y los neumáticos recauchutados, si bien dichas posibilidades son limitadas y no se dan para todos los usuarios”⁴⁶.

En este caso las razones de los consumidores se dan frente a la fiabilidad que suponen unos neumáticos nuevos frente a unos recauchutados, pues consideran que los nuevos terminan siendo la materia prima de los otros. En este asunto hay otros factores que no pertenecen a las características del producto, sino al precio y al uso que se analizarán más adelante.

Los consumidores también han influido en las decisiones de otros casos, así en la decisión Nestlé/perrier donde se pretendía establecer un mercado de producto para las bebidas refrescantes no alcohólicas, donde los estudios demostraron que los consumidores elegían de forma diferente el agua embotellada de las demás bebidas refrescantes, pues asocian el agua embotellada a salud, mientras las otras bebidas al sabor y a la vida social⁴⁷.

La Comisión Europea en la *comunicación relativa a la definición del mercado de referencia*⁴⁸ en el numeral 41, otorga importancia

46 Michelin. asunto 322/81 considerando 49.

47 Decisión de 22 de julio de 1992. Nestlé/perrier. DOL 356 de 5 de diciembre de 1992 numerales 8 a 13. También en Procter & Gamble/VP Schickedanz II, DOL 354/2 de 31 de diciembre de 1994. Numerales 38 a 42. Donde se expone que las compresas y los tampones no son sustituibles desde el punto de vista del consumidor que le otorga unas características determinadas a un producto. “...Pese a que, en general, tampones y compresas desempeñan la misma función, los sistemas son tan distintos que la consumidora no los considera sustitutivos una vez que se ha decidido por un método. La opción por un método, o una combinación de métodos cuando se emplean ambos productos, responde tanto a las razones de orden físico o psicológico antes mencionadas, como a las ventajas técnicas del producto. El hecho de que una mujer cambie de método o combinación de métodos, debido a sus circunstancias personales, no implica que, para dichas mujeres, tampones y compresas sean productos sustitutivos...”.

48 Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia. C. 372 de marzo de 1997.

probatoria a los estudios de mercadeo que las empresas han realizado, a las actitudes y hábitos de los consumidores, los datos relativos a las compras, las opiniones de los minoristas. Todos estos elementos tienen suma importancia a la hora de determinar si los consumidores consideran o no sustitutos unos productos frente a otros.

Queda muy claro hasta ahora que las diferencias físicas, desde la forma de producción, su constitución y la opinión de los consumidores, pueden hacer que un producto se diferencie de otro pero también, en razón de las mismas, se pueda establecer un mercado de producto determinado en función de la sustituibilidad. Otro punto de consideración se da cuando las características de los productos son diferentes, pero forman un mismo mercado de producto en razón de los usos o del precio, pues hay que recordar que las características de un producto sólo es uno de los elementos sobre los que se estructura el mercado de producto.

3.1.1.2.2. Usos del producto

El mercado de producto también puede estar determinado por el uso que se le dé a uno o unos productos determinados. Para comprobar esto diremos que un mismo producto puede hacer parte de diferentes mercados atendiendo al uso del mismo⁴⁹. Esta afirmación encuentra su respaldo en diferentes pronunciamientos tanto por la Comisión como por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

En el asunto Hoffmann - La Roche se puede estudiar cómo un mismo producto puede pertenecer a diferentes mercados debido a su uso, así, determinó el Tribunal de Justicia que,

49 Waelbroeck, Michel; Frignani, Aldo, *Derecho europeo de la competencia*. pág. 337; Bellamy, Christopher; Child, Graham, *Derecho de la competencia en el mercado común*, trad. Eric Picañol, Civitas, Madrid, 1992, pág. 510; Pellisé Capell, Jaime, *Mercado relevante, posición de dominio y otras cuestiones que plantean los artículos 82 TCE y 6 LEDC*. pág. 57.

“[...] Considerando que ha quedado acreditado que las vitaminas C y E, aparte de sus usos en la industria farmacéutica y en la alimentación humana o animal (denominados usos bionutritivos), se comercializan también, entre otras cosas, como antioxidantes, agentes de fermentación y aditivos (usos denominados [tecnológicos]), y que, en la medida que en que existe una demanda de estas vitaminas para dichos usos tecnológicos, están expuestas a la competencia de otros productos aptos para los mismos usos”⁵⁰.

Queriendo significar con esto que, un producto puede pertenecer a diferentes mercados relevantes en razón de su uso, pero que no todos los productos (sumados los que acompañan al producto objeto de estudio) pertenecen todos a un mismo mercado relevante, sino que su configuración determina mercados independientes. En este caso, no se podrían considerar como un solo mercado relevante, todos los productos bionutritivos y tecnológicos, sino que cada uno tiene un mercado independiente al cual pertenece un mismo producto, las vitaminas C y E.

En el asunto Napier Brown Sugar podemos obtener un ejemplo muy claro de la delimitación de un mercado de producto por el uso al que se destina.

“El sector de productos afectado es el azúcar granulado. Este sector puede dividirse en dos subsectores, el del azúcar para la venta al por menor y el del azúcar para clientes industriales...”⁵¹.

Podemos observar que si bien es el mismo azúcar (azúcar granulado) sólo se diferencia en el tipo de empaque y su uso final, pero para la Comisión el razonamiento sobre las características de un empaque para la venta al consumo doméstico o industrial y su uso final son elementos suficientes para determinar un mercado de producto para cada uno.

50 Asunto Hoffmann - La Roche, considerando 25. Hay que decir que en este caso la separación no afectaba el mercado de producto, por ello el Tribunal de Justicia sostuvo el planteamiento de la Comisión donde considerarlo unidos o por separado, según su uso, no afectaría la estructura ni las condiciones de competencia.

51 Decisión Napier Brown-British Sugar del 18 de julio de 1988. DOL 284/41 de 19 de octubre, numeral 42.

La Comisión en el análisis que hace del mercado de producto de otros tipos de azúcares por el uso⁵² que el consumidor da a ellos, observa lo siguiente.

“Los azúcares especiales, los azúcares líquidos y los jarabes, que se utilizan con fines distintos que los azúcares granulados, no responden a las mismas necesidades y no son, por tanto, parte del sector afectado, ya que no son mutuamente remplazables desde el punto de vista del consumidor”⁵³.

Como se pudo ver, la Comisión no incorpora dentro del mismo mercado otros tipos de azúcar, dejando de esta forma el mercado del azúcar granulado para uso doméstico y el azúcar granulado para uso industrial como un mercado de producto independiente. De esta forma vemos cómo el consumidor influye determinantemente en los usos que se le otorga a un producto para el establecimiento de su mercado específico.

Como se consideró anteriormente en las características del producto para la determinación de un mercado, el consumidor es punto central a la hora de evaluar el mercado de producto, pues con fundamento en las características o en los usos, es en razón de ese grupo específico de demandantes que se decide si un producto puede ser sustituible por otro y por ello pertenece a un mismo mercado de producto.

La conclusión que se puede obtener de esta exposición está dada por el razonamiento frente a la estructura y condiciones de competencia a la que se expone un mismo producto que puede pertenecer a diferentes mercados, de esta forma si la competencia y la estructura del mercado varía en razón de la separación de mercados, hay lugar a aceptar tal segmentación, de lo contrario no

52 Este mismo análisis se puede observar en decisión Saint Gabain-Wacker chemie-Now, DOL 247 de 10 de diciembre, decisión del 4 de diciembre de 1996. Decisión Kesko-Tuko, DOL 247 de 2 de julio, decisión de 19 de febrero de 1997, sentencia Hoffmann - La Roche/Co. AG v. Comisión, considerando 27.

53 Decisión Napier Brown-British Sugar del 18 de julio de 1988. DOL 284/41 de 19 de octubre, numeral 42.

tiene sentido y se debe considerar el mercado de producto en su conjunto.

3.1.1.2.3. El precio del producto

Otro factor determinante a la hora de estudiar un mercado de producto en relación con la sustituibilidad es el precio, pues un elemento necesario para que exista sustituibilidad es la proporcionalidad. Se debe entender este término como la posibilidad real que tiene el consumidor de adquirir un bien determinado o su sustituto, que preste las mismas funciones, conservando las mismas características en términos generales, pero además de estas exigencias debe existir un arbitraje entre estos productos, es decir, un valor equivalente. Así, en el caso Nestlé/Perrier⁵⁴

“... la Comisión ha llegado a la conclusión de que, en general, los precios de fábrica y de venta al público de las bebidas refrescantes son en Francia muy superiores (entre el 200% y el 300%) a los del agua embotellada. Una relación de precios entre 2 y 3 es suficientemente elevada para que no pueda esperarse de forma razonable que un aumento del precio del agua mineral, importante y no transitorio, originara un importante desplazamiento de la demanda de agua mineral a la demanda de bebidas refrescantes, únicamente por razones de precio”.

De esta forma podremos decir que la diferencia de precios que existe entre el agua mineral y las bebidas refrescantes no permite una sustituibilidad entre ellas. También el caso Du Pont:

“... los fabricantes de alfombras pueden cambiar en un tiempo relativamente corto y de hecho lo hacen de la fibra cortada de nylon al BCF, y de las fibras de nylon 6 a las de nylon 6.6. Por el contrario, las fibras de nylon y polipropileno no pueden intercambiarse [...] hay una gran diferencia de precio entre las fibras de nylon y las de polipropileno. Normalmente, una

54 Decisión Nestlé/Perrier, DOL 356 de 5 de diciembre, Decisión del 22 de julio de 1992.

fibra de nylon de calidad media cuesta casi el doble que una de polipropileno...”⁵⁵.

La Comisión en la *comunicación relativa a la definición de mercado de referencia*⁵⁶, describe la importancia de los precios en la sustituibilidad como factor a tener en cuenta al momento de establecer el mercado de producto, esto es, cuando un producto aumenta su precio entre un 5% y 10% hay que determinar si los consumidores estarían dispuestos a pasarse a los productos sustitutos (elasticidad cruzada de la demanda y que a su vez es un criterio cuantitativo). El problema se establece en determinar el producto sustituto, es decir, si una empresa con un producto A aumenta sus precios dentro de esa proporción, los consumidores deben tener una empresa con un producto B, como mínimo, que sustituya en características y usos el producto de la empresa A. Este test del 5% (o del 10%) ha sido utilizado por el U.S. Department of Justice y la Federal Trade Commission en las *Horizontal Merger Guidelines* y consiste en suponer que en el mercado existe una sola empresa y posteriormente realizar la siguiente pregunta, ¿de elevarse el precio en esa proporción logrará la empresa hipotética incrementar sus beneficios? Si la respuesta es afirmativa, la empresa podría aumentar los precios y todos los productos considerados formarían el mismo mercado. Si la respuesta es negativa, se deberán tener en cuenta otros productos sustitutos posibles para integrar el mercado de producto.

55 Decisión Du Pont/ICI de 30 de septiembre de 1992, DOL 7/13 de 13 de enero de 1993, puntos 23 y 24.

56 Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C372/03). El análisis de los precios tiene mucha importancia en los procesos de concentración para la conformación del mercado de referencia y en los procesos de abusos de posiciones de dominio hay que tener en cuenta que el precio prevalente puede haber sido aumentado sustancialmente. Puntos 16 a 19.

Los elementos vistos hasta ahora, características, usos y precio, se ven desarrollados por un conjunto de análisis de tipo cuantitativo que demuestran desde otras perspectivas las posibilidades de sustitución a las que se somete un producto en un mercado específico. En esta línea entraremos a estudiar cuáles son esos tipos de criterios cuantitativos.

3.1.1.2.4. Los criterios cuantitativos

Los criterios cuantitativos tienen como finalidad presentar estudios de carácter objetivo, entre éstos se encuentran desarrollos econométricos o estadísticos que ilustran la retrospcción de las condiciones de sustitución que se daban en un mercado de producto. Las valoraciones que se hacen mediante estos criterios se orientan básicamente sobre la elasticidad de la demanda, la elasticidad cruzada en función de los precios de la demanda de un producto, la evolución de los precios a lo largo del tiempo, la causalidad entre series de precios y la similitud que existe entre los mismos⁵⁷.

La elasticidad cruzada de la demanda es el elemento cuantitativo más importante en la determinación de un mercado de producto. Se dice que hay elasticidad cruzada de la demanda entre un producto y sus homogéneos, cuando una variación pequeña pero permanente del precio de uno de ellos, provoca el desplazamiento de la demanda de este producto al otro u otros, o viceversa, según el precio de ese producto aumente o disminuya⁵⁸. De esta forma se puede decir que existiendo un aumento del precio de un producto y un desplazamiento del consumo a los otros productos, es razonable

57 Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, punto 39.

58 SAMUELSON, PAUL A.; NORDAHAUS, WILLIAM D., *Economía*, McGraw-Hill, trad. de LUIS TOHARIA CORTÉS, 12ª ed., Madrid, 1989. TAYLOR, JOHN B. *Economics*, third edition, Northon, 2002, New York. STIGLITZ, JOSEPH E.; WALSH, CARL E., Norton, 2002.

que esos productos cruzados conformen un mercado de producto. Este hecho es prueba suficiente para determinar que entre ese conjunto de productos hay sustituibilidad⁵⁹.

El criterio utilizado por el Tribunal de Justicia y la Comisión se entiende aplicado diciendo que, existe un mercado del producto de referencia cuando la elasticidad cruzada de la demanda entre productos que pueden considerarse intercambiables es reducida, de ello se deriva que un mercado de producto es, con mayor motivo, distinto de otro cuando la elasticidad cruzada es igual a cero⁶⁰.

Este elemento de medición de la sustituibilidad de los productos no está exento de observaciones, pues si bien se puede aceptar que los resultados que arroja el estudio son cifras objetivas, el problema se encuentra en los elementos que lo conforman, pues dependiendo de la seriedad, de la época del estudio y de la razonabilidad de los puntos tenidos en cuenta para el desarrollo del cálculo puede o no tener validez. La Comisión ha tenido esto en cuenta en la *comunicación del mercado de referencia* pues advierte que se debe considerar la época en que se realizó el cálculo en relación con los resultados que se obtengan, así su procedimiento esté ciertamente desarrollado, el mercado se podía encontrar artificialmente alterado, y debido a esto los resultados pueden no reflejar la realidad del mismo⁶¹.

59 Este criterio tuvo sus orígenes en Estados Unidos en el famoso caso Brown Shoes (Brown Shoe Co. v. United States, 370 US 294 (1962)).

60 Tanto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del tribunal de primera instancia como de las decisiones de la Comisión han usado el criterio cuantitativo de elasticidad cruzada de la demanda en los siguientes pronunciamientos. [Decisión 88/138/CEE de la Comisión, de 22 de diciembre de 1987, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del tratado CEE (IV/30.787 y 31.488 - Eurofix-Bauco contra Hilti) (DO 1988, L 65, pág. 19); decisión 92/163/CEE de la Comisión, de 24 de julio de 1991, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del tratado CEE (IV/31.043 - Tetra Pak II) (DO 1992, L 72, pág. 1); sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de marzo de 1994, Hilti/Comisión, C-53/92 P, rec. pág. I-667; sentencias del tribunal de primera instancia de 12 de diciembre de 1991, Hilti/Comisión, T-30/89, rec. p. II-1439, y de 6 de octubre de 1994, Tetra Pak/Comisión, T-83/91, rec. p. II-755].

61 Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia, cit. *supra*, punto 19.

En conclusión, los estudios realizados con técnicas objetivas, como lo son los econométricos o estadísticos, serán de gran utilidad para determinar un mercado de producto, pero no se puede olvidar que, como hemos advertido, éstos también pueden carecer de fiabilidad, por ello lo más acertado es involucrar a este estudio todos los aspectos vistos anteriormente, características, usos y precio de los productos para determinar el mercado de referencia y así poder establecer sobre qué objeto se piensa determinar la posición de dominio.

En este sentido, podemos decir que los estudios se deben llevar a cabo desde la perspectiva del consumidor, utilizando la información disponible se debe seguir un esquema que involucre tanto, los antecedentes en sustituciones del producto en el pasado reciente, como también, los cambios bruscos en el mercado, variaciones de los precios relativos en el pasado, y la reacción que produce en las cantidades demandadas.

De igual manera es importante valorar los estudios cuantitativos específicos que examinan la amplitud del mercado, tales como, los estudios econométricos y estadísticos, los cuales permitan realizar muestreos de las opiniones de los clientes-consumidores y competidores de los productos afectados para llegar a una conclusión de las dimensiones del mercado.

En igual sentido, para evaluar las preferencias de los consumidores, las cuales se dificultan en los bienes de consumo masivo, es importante acudir a datos y estudios históricos que delimiten el mercado de referencia, las consideraciones de los minoristas, como también, estudios que indiquen el número de consumidores que niegan o aceptan una sustituibilidad de productos de cara a una evaluación del mercado. También hay que aceptar que, muchos de estos estudios son presentados por las partes y por la competencia, así que hay que evaluar si los mismos tienen como finalidad el procedimiento de competencia o su realización fue concebida para fines de desarrollo de mercado al interior de las compañías o de una asociación que las agrupa.

Todas las consideraciones dichas hasta ahora, son un referente muy claro para el estudio de la sustituibilidad de la demanda en la

determinación de un mercado de producto, pues no existe ningún test que nos permita llegar a esta conclusión desde el lado de la demanda. También hay que aceptar que tanto el Tribunal de Justicia como la Comisión en el análisis de algunos casos utilizan todos estos elementos analizados y en otros prescinden de algunos de los puntos específicos; sin querer decir con esto, que no se pueda determinar el mercado con la ausencia del análisis de uno o unos de estos factores, dado que, puede no ser necesario para determinarlo en razón de que los demás elementos permiten llegar a una conclusión sobre la sustituibilidad, o porqué, según el caso, es necesario relegar alguno o algunos de los análisis para determinar de forma correcta el mercado de producto, pues su importancia es el factor determinante para reconocer una sustituibilidad desde la demanda.

Por otro lado, es importante reconocer que hasta el momento no nos hemos hecho cargo de los obstáculos y los costos en el desplazamiento de la demanda hacia productos sustitutos, tales como, reglamentaciones estatales, necesidades de inversiones de capital o la reducción de la producción en otros campos para satisfacer esa demanda, la incertidumbre sobre la calidad de los productos, la reputación de los proveedores desconocidos, el reequipamiento, la localización de los consumidores, las diferentes categorías de clientes y la discriminación de precios, etc. Todos estos análisis complementan el estudio del mercado de producto, pero en una relación más cercana con la oferta y por ello pasaremos a su estudio de una forma precisa.

3.1.1.3. Sustituibilidad en razón de la oferta

La sustituibilidad de la oferta⁶² es la otra cara de la moneda en la determinación del mercado de referencia; lo visto en la sustituibilidad de la demanda nos ilustró las posibilidades reales que tiene el

62 Desde la perspectiva económica. SAMUELSON, PAUL A.; NORDAHAUS, WILLIAM D., *Economía*, McGraw-Hill, trad. de LUIS TOHARIA CORTÉS, 12ª ed., Madrid, 1989.

demandante de un producto para encontrar sustitutos razonables de ese producto. En el mercado, por otro lado están los oferentes, así que el análisis sobre el mercado de producto también debe incluir un estudio sobre aquellos fabricantes de productos no sustitutos desde la demanda, pero que se encuentran en condiciones de producirlos con características, usos y precios similares para que sean sustituibles desde la perspectiva de la demanda.

La sustituibilidad de la oferta tiene también ciertos condicionamientos para poder ser aplicada. En el asunto *Kish Glass* (2000)⁶³ se puede observar la exigencia de un fácil traslado, por parte de los productores de determinados bienes a un bien específico, que los consumidores no consideran intercambiables entre ellos, pero que las condiciones de producción hacen que para los productores sea fácil el hecho de comenzar a producir ese determinado bien. *Kish Glass* es una empresa irlandesa proveedora de vidrio, que presentó una denuncia ante la Comisión contra Pilkington y contra su filial alemana Flabeg GmbH por la supuesta comisión, en el mercado irlandés del vidrio flotado de 4 mm, de aplicar condiciones diferentes de las ofrecidas a otros compradores por prestaciones equivalentes, bajo el supuesto de un abuso de la posición de dominio, al negarse a suministrarle este tipo de vidrio más allá de un determinado límite, poniéndola, de este modo, en una situación de desventaja en el ámbito de la competencia europea. *Kish Glass*, frente a la Comisión, pretendió demostrar que el mercado relevante es el del vidrio flotado de 4 mm, pero ésta concluyó que el mercado no puede ser sólo el de ese tipo específico de vidrio, pues si bien no es intercambiable desde el punto de vista

TAYLOR, JOHN B. *Economics*, third edition, Northon, 2002, New York. STIGLITZ, JOSEPH E.; WALSH, CARL E., Norton, 2002. Y desde la perspectiva jurídica. V. WAELBROECK, MICHEL; FRIGNANI, ALDO, *Derecho europeo de la competencia*; BELLAMY, CHRISTOPHER; CHILD, GRAHAM, *Derecho de la competencia en el mercado común*; PELLISÉ CAPELL, JAIME, *Mercado relevante, posición de dominio y otras cuestiones que plantean los artículos 82 TCE y 6 LEDC*.

63 Sentencia del Tribunal de primera instancia. asunto *Kisk Glass*/Comisión del 30 de marzo de 2000. T-65/1996.

de los usuarios (sustituibilidad de producto desde la demanda), nada impide que los fabricantes de vidrio pueden transformar rápidamente su producción sin costos excesivos, implicando esto, que la consideración del mercado de producto debe ser el conjunto de productores de vidrio flotado⁶⁴ y no sólo el de 4 mm. Este argumento fue sostenido por el Tribunal de Primera Instancia⁶⁵.

La Comisión estudia la sustituibilidad de la oferta en el sentido de efecto equivalente al de la sustitución de la demanda, cuando esto sucede nos dice que se tendrá en cuenta también para definir el mercado de producto. Los criterios para determinar estas circunstancias radican fundamentalmente en que los proveedores puedan pasar a fabricar los productos bajo estudio y comercializarlos en un corto plazo, sin incurrir en costos o riesgos adicionales significativos, en respuesta a pequeñas variaciones permanentes de los precios relativos. De esta forma, esa producción adicional comercializada tendrá una consecuencia en términos de eficacia y de respuesta inmediata al de la sustitución de la demanda. Esto ocurre con frecuencia en mercados donde se comercializa una amplia gama de calidades o tipos de un mismo producto, así para un determinado grupo de consumidores finales las diferentes calidades no sean sustituibles, estas distintas calidades se agruparan

64 Decisión de la Comisión del 21 de febrero de 1996 en el asunto IV/34.193 - Kish Glass.

65 Sentencia del tribunal de primera instancia. asunto Kish Glass/Comisión del 30 de marzo de 2000, T-65/1996, considerando 68. Podemos ver cómo se llega a la conclusión de sustituibilidad de la oferta. "... la Comisión expone que la producción de vidrio de 4 mm es, desde un punto de vista técnico, prácticamente idéntica a la producción de vidrio de otros grosores y que los fabricantes de vidrio pueden transformar rápidamente su producción sin costos excesivos. A este respecto, debe observarse que la circunstancia de que uno de los cuatro centros de producción de Pilkington esté especializado en la fabricación de un determinado tipo de vidrio no significa que los procesos técnicos de fabricación del vidrio sean diferentes y no demuestra que un operador económico que sólo disponga de un centro de producción no esté en condiciones de reconvertir rápidamente su producción, de forma que tampoco puede admitirse el argumento que la demandante deduce de la falta de elasticidad de la oferta de vidrio de 4 mm y de vidrio de otros grosores".

en un mismo mercado de producto siempre y cuando los proveedores puedan vender y comercializar esas calidades inmediatamente y sin incrementos significativos de los costes⁶⁶.

En el asunto Michelin⁶⁷ se presenta un análisis de sustituibilidad desde la oferta para rechazar la intercambiabilidad entre los vehículos pesados y los neumáticos para turismo, por la existencia de diferencias importantes en las técnicas de producción, en las instalaciones y la maquinaria necesaria para dicho efecto. De esta forma los requerimientos de maquinaria y la instalación para la producción exigirán de tiempo y cantidades considerables de inversión, hechos que hacen que no exista una relación significativa entre ambos grupos de productos para ser sustitutos y por ello satisfacer la situación de demanda en el mercado. Desde esta perspectiva se determinó que el mercado de producto no podía ser los neumáticos nuevos de recambio para todo tipo de vehículos, sino que existe un mercado de producto independiente para los autos de turismo y otro para los vehículos pesados.

De esta forma podemos concluir que habrá dificultades para la sustituibilidad desde la oferta, cuando exista la necesidad de ajustar

66 Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, numerales 20 a 23. En el considerando 22 esta comunicación ilustra este fenómeno en la sustituibilidad de la siguiente forma "... el papel suele suministrarse en una serie de calidades diferentes, desde el papel de escribir corriente al papel de alta calidad para su utilización, por ejemplo, en la edición de los libros de arte. Desde el punto de vista de la demanda, las diferentes calidades de papel no pueden utilizarse para un uso específico, esto es, un libro de arte o una publicación de alta calidad no pueden editarse con papel de baja calidad. Sin embargo, las fábricas de papel pueden producir diferentes calidades, y la producción puede ajustarse a un coste insignificante a corto plazo. Por ello, si no existen dificultades particulares en la distribución, los fabricantes de papel pueden competir respecto de los pedidos de diversas calidades, particularmente si éstos se efectúan con antelación suficiente para permitir modificar los planes de producción. En tales circunstancias, la Comisión no define un mercado distinto para cada calidad de papel y uso respectivo. Las diversas calidades de papel se incluyen en el mercado de referencia y sus ventas se suman para estimar el valor y el volumen total del mercado".

67 Asunto Michelin, 322/81, ob. cit. considerando 41.

significativamente los activos materiales y activos inmateriales, también cuando se tenga que hacer otras inversiones necesarias, cuando se tenga que realizar variaciones en las decisiones estratégicas que concluyan en el aumento del riesgo o los plazos para entrar al mercado son largos e inciertos⁶⁸. En definitiva, la no facilidad por parte de los productores para trasladarse a la fabricación de otro bien y los altos costos y riesgos, hacen que no se pueda configurar una sustituibilidad desde la oferta.

Por otro lado, hay que decir que cuando se habla de sustituibilidad de la oferta no se hace referencia a la competencia potencial, pues ésta, según lo planteado por la Comisión no se puede incluir en la definición del mercado de referencia. Esto se debe a que la competencia potencial hace parte de las condiciones de acceso al mercado y no tanto de la sustituibilidad de la oferta. En este sentido, hay que diferenciar entre los posibles oferentes en un mercado de producto según el mayor o menor grado de dificultad para entrar a competir, de aquellos que pueden entrar de forma rápida y eficaz, los cuales serán considerados como entrantes sustitutos, y el análisis que se hace de ellos se incluirá dentro del mercado relevante. Por otro lado también hay competidores potenciales, que si bien no se encuentran en el mercado y su entrada es más lenta, poseen los recursos y condiciones necesarias para participar en él, éstos se denominan entrantes potenciales y su estudio se lleva a cabo en la

68 También en la decisión Mannesmann/Hoesch del 27 de mayo de 1992, DOC. 142 de 4 de junio de 1992, en su punto 68 se plantean suficientes consideraciones para rechazar una sustituibilidad desde la oferta. "... la Comisión considera estos factores para determinar la no sustituibilidad los fabricantes de otro tipo de tubo de acero no pueden pasar rápida y fácilmente a producir conductos de gas, máxime en el caso de los tubos de elevada presión. La diferencia fundamental estriba en que, según la Comisión: los cambios que requiere el proceso de producción son mayores, el tiempo necesario es considerablemente más largo, ya que es necesario prever fases lo suficientemente prolongadas para la planificación, la adquisición del equipamiento, la construcción y control de las instalaciones, los procedimientos para la obtención de la autorización de la Technischer Ueberwachungsverein (TUEV) (autoridad de supervisión técnica para el productor), su fabricación, la formación y control de la capacitación de los trabajadores".

valoración de la cuota de mercado en una fase diferente de la sustituibilidad de la oferta⁶⁹.

En la práctica del tribunal de primera instancia de las Comunidades Europeas, ha presentado que la sustituibilidad de la oferta se ha visto limitada a la comprobación de una sustituibilidad de la demanda, así, en el asunto *Airoturs plc./Comisión*⁷⁰ se desestimó el recurso de *Airoturs* que alegaba que la Comisión no había delimitado correctamente el mercado de referencia de los viajes vacacionales de larga distancia y corta distancia, pues éstos para la compañía serían el mercado de producto por la sustituibilidad que se puede prestar desde la oferta, pero para la Comisión es irrelevante que el servicio pueda ser prestado por un mismo tipo de avión, pues no es suficiente para remplazar los condicionamientos a los que la demanda se circunscribe en razón de la diferencia de los precios en los viajes de corta o larga distancia.

Después de haber analizado el mercado de producto, es necesario adentrarnos en el estudio del mercado geográfico, desde la perspectiva general de la determinación del mercado relevante.

3.1.2. MERCADO GEOGRÁFICO

3.1.2.1. *Definición*

Anteriormente vimos que el mercado de producto interpreta las posibilidades que tiene un consumidor para acceder a otros productos que sustituyan un producto bajo evaluación en el ejercicio de la competencia. Del mismo modo el mercado geográfico se encarga de evaluar el área dentro de la cual el consumidor se dirige a los otros proveedores en condiciones equivalentes de competencia.

69 Comunicación relativa a la definición de un mercado de referencia. Punto 23.

70 Sentencia del tribunal de primera instancia. *Airtours plc/Comisión*. Sentencia del 6 de junio de 2002, asunto T-342/99 considerando 45.

En la sentencia *United Brands* se planteó la problemática sobre la definición del mercado de referencia en sus dos campos, el mercado de producto y el mercado geográfico de la siguiente manera⁷¹:

“... las posibilidades de competencia en relación con el artículo 86 [hoy 82] del tratado deben examinarse en función de las características del producto de que se trata y con referencia a la zona geográfica definida en la que se comercializa dicho producto y en la que las condiciones de competencia son bastante homogéneas como para permitir apreciar los efectos de la potencia económica de la empresa interesada”.

El primer paso, según esta definición, consiste en determinar las condiciones de competencia homogéneas. Así, el término no puede implicar la inexistencia de diferencias en las condiciones de competencia del mercado geográfico como se estableció en la misma sentencia de *United Brands* donde las diferencias arancelarias y los costes de transporte, lógicamente diferentes, no eran razón suficiente para establecer unas condiciones de competencia no homogénea⁷². Lo importante es que existiendo tales diferencias, sean la razón para obstaculizar la entrada a determinados lugares del mercado, convirtiéndose así en barreras a los intercambios para empresas que operan en otras partes de éste⁷³.

71 Sentencia *United Brands/Comisión*, asunto 27/76, considerando 11.

72 Sentencia *United Brands/Comisión*, asunto 27/76, considerando 52. “Los otros seis estados constituyen mercados enteramente libres, aunque sujetos a disposiciones arancelarias distintas y con costes de transporte necesariamente diferentes, pero no discriminatorios, y las condiciones de competencia son en ellos similares para todos”; considerando 53, “...desde el punto de vista de la posibilidad de practicar la libre competencia [los 6 estados constituyen] un área suficientemente homogénea para poder ser considerada globalmente”.

73 Sentencia *United Brands/Comisión*, asunto 27/76, considerandos 38, 47, 48, 49, 50 y 51. Donde se especifican todas las consideraciones que dan lugar a establecer las diferencias de mercado geográfico en razón de la falta de homogeneidad de las condiciones de competencia para los estados de Francia, Reino Unido e Italia.

De esta forma podemos concluir que la homogeneidad en el mercado geográfico lo que implica es que, en una zona determinada se den las mismas condiciones de competencia para todos los productores o proveedores que intervienen en un determinado mercado.

La Comisión por medio de la *comunicación relativa a la definición de mercado de referencia*⁷⁴ define el mercado geográfico de la siguiente manera:

“El mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestaciones de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que pueden distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas”.

La Comisión se adhiere a la misma definición del Tribunal de Justicia en el caso *United Brands*, donde se trata la necesidad de la homogeneidad para la constitución de un mercado geográfico de referencia y la diferenciación sensible en las condiciones de competencia para la exclusión del mercado.

De lo anterior se desprenden dos elementos a tener en cuenta para el establecimiento de un mercado geográfico relevante: uno, el mercado geográfico es el territorio donde se desarrollan las actividades de competencia; y dos, la falta de homogeneidad en una zona determinada de las condiciones de competencia relativas a un producto determinado entre los agentes competidores da lugar a desviaciones de la misma.

74 Comunicación relativa a la definición del mercado de referencia. Numeral 8.

3.1.2.2. *Delimitación del área geográfica por la conducta y la homogeneidad*

La conducta que realiza la empresa es el primer grado para identificar el mercado geográfico. La primera discusión que se nos presenta es si tenemos que identificar el mercado con el lugar donde están localizados los bienes y el domicilio de las empresas, o por el contrario, si lo importante es el campo de actuación, es decir, al lugar donde se realiza la conducta presuntamente anticompetitiva.

La discusión presentada anteriormente ha sido evaluada directamente por parte de los órganos de la competencia, tanto por la Comisión Europea, el Tribunal de Justicia, como por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos⁷⁵. Para desarrollar esta problemática tenemos que considerar cuál es el factor funcional del mercado relevante como aspecto genérico, del cual el mercado de producto y geográfico no pueden ser ajenos.

El mercado relevante no puede ser un concepto preestablecido, sino que se debe entender en función del mercado donde actúa la empresa o empresas sobre las que recae una investigación de libre competencia. Según este criterio funcional, sólo se debe tener en cuenta el mercado de su actuación, el mercado donde se producen las consecuencias o efectos del acto presuntamente anticompetitivo y no el del domicilio social de la empresa o el de su filial⁷⁶.

75 Un tratamiento del mercado geográfico en este sentido puede verse en la *comunicación relativa a la definición del mercado de referencia de la Unión Europea*, como en las *Horizontal Merger Guidelines U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission*.

76 CHILD y BELLAMY, ob cit., pág. 334 y WAELBROECK y FRIGNANI, ob cit., pág. 528. El mercado de producto y el mercado geográfico están en función de abuso alegado. Esta apreciación la considero imprecisa en la medida que el estudio del mercado debe ser un elemento *ex ante* a la determinación de cualquier abuso o presunto abuso, pues primero hay que corroborar las condiciones del mercado, la posición de la empresa y por último la concurrencia de un abuso con esa posición.

El criterio de la conducta se tiene que ver complementado con el grado de homogeneidad en la competencia, visto anteriormente, y que al aplicarse al mercado geográfico relevante no deja de desconocer ciertas diferencias que existiendo no alteren las condición de igualdad para los competidores en ese mercado. En este sentido, los costos de transporte y ciertas barreras de entrada pueden no ser condiciones suficientes para hacer fragmentaciones de los mercados⁷⁷.

La Comisión en la *comunicación relativa a la definición del mercado de referencia* en el análisis del mercado geográfico atiende a criterios subjetivos para reconocer la fragmentación del mercado común, en submercados nacionales o regionales que se pueden mirar desde la óptica de la homogeneidad en la medida que éstos sean lo suficientemente fuertes para crear diferencias importantes en las condiciones de competencia. Entre los que enuncia esta comunicación se encuentran las preferencias nacionales, las preferencias por la marca, el idioma, la cultura y el estilo de vida⁷⁸.

En la decisión *Varta/Bosh*⁷⁹, sobre un asunto de concentración entre dos empresas fabricantes de baterías de arranque, se destacó, para establecer las condiciones de homogeneidad, las diferencias de precios y las cuotas de mercado que existían entre los mercados alemán y español frente a los demás estados del mercado común, para determinar que los mercados alemán y español eran mercados nacionales independientes⁸⁰. En la misma decisión, se consideraron otras dificultades, distintas al precio y la cuota de mercado, para entrar a cada mercado (español y alemán) considerados individualmente, tales como: las diferencias en la distribución⁸¹, las preferencias por las marcas⁸², los diferentes tipos de baterías⁸³, la

77 Sentencia *United Brand*. Ob. cit. considerando 52.

78 *Comunicación relativa a la definición del mercado de referencia*. Numeral 46.

79 Decisión *Varta/Bosh* del 31 de julio de 1991. DOL 320/26 de 22 de noviembre.

80 Decisión ob. cit. considerando 17 y 18.

81 Decisión ob. cit. considerando 28, 29 y 30.

82 Decisión ob. cit. considerando 25, 26 y 27.

83 Decisión ob. cit. considerando 21, 22 y 23.

capacidad financiera⁸⁴, la capacidad de producción⁸⁵, que pese a la inexistencia de barreras legales a la entrada de baterías de arranque no permiten condiciones de competencia homogéneas⁸⁶.

Para continuar con el estudio del mercado geográfico tenemos que decir que las condiciones de competencia efectiva de un productor o prestador de servicios está condicionada por la comprobación de la existencia de elementos estructurales que producen un cierre del mercado en un primer momento como las barreras de entrada legales de carácter arancelario o paraarancelario y los costes de transporte; mientras que en un segundo momento, habría que evaluar condiciones más abstractas, como las barreras de carácter lingüístico, cultural y preferencias de los consumidores

3.1.2.3. Delimitación por la sustituibilidad geográfica de la demanda y de la oferta

Los elementos estudiados hasta ahora en el mercado geográfico se ven complementados por la evaluación de la sustituibilidad en razón de la posibilidad de ampliar la demanda y la oferta, de forma similar a la descrita en el mercado de producto relevante. Del mismo modo estudiaremos la sustituibilidad geográfica en la demanda y en la oferta.

3.1.2.3.1. Sustituibilidad geográfica desde la demanda

Desde la perspectiva de la Comisión, la hipótesis inicial de trabajo referente a la sustituibilidad, deberá constar en un análisis de las características de la demanda, donde se tendrá que apreciar la

84 Decisión ob. cit. considerando 32.

85 Decisión ob. cit. considerando 32.

86 Decisión ob. cit. considerando 20.

importancia de las preferencias nacionales o locales, los hábitos de compra de los consumidores, las marcas, etc., con la finalidad de determinar si las empresas que se encuentran en diferentes zonas constituyen realmente una fuente de suministro alternativo para los consumidores. Esta evaluación se lleva a cabo en el mismo sentido que el examen de la sustituibilidad del producto relevante, atendiendo a la variación de los precios relativos, donde se resuelve si en razón de un incremento en los precios relativos y una correlativa disminución en las ventas hace que no sea rentable tal aumento de precios, por ello se deberán incluir otras zonas hasta que el conjunto de área geográfica sea tal que resulte rentable un pequeño incremento permanente de los precios relativos. Dicha evaluación deberá dar respuesta a la pregunta de si los demandantes transferirán su demanda a proveedores localizados en otro lugar a corto plazo y a un costo insignificante⁸⁷.

La Comisión teniendo en cuenta estos argumentos en la decisión ABC/Générale des Eaux/Canal Plus, sobre un proceso de fusión, sostuvo que si bien en el mercado de televisión por satélite y por cable paneuropeo puede verse obstaculizado por barreras lingüísticas, éstas se pueden superar debido a los desarrollos de la subtítulosación o el doblaje, pudiendo de esta forma ampliarse el mercado desde la perspectiva de la demanda⁸⁸. En la decisión Renault/Volvo se pudo apreciar que los consumidores en lo referente al mercado de autobuses tenían una preferencia muy importante por las marcas nacionales. Desde esta perspectiva, la evaluación que hace la Comisión en el mercado geográfico no deja de atender las características de la demanda diferentes a los costes objetivos para la constitución de un mercado relevante.

87 Comunicación sobre la definición de mercado de referencia. Ob. cit. numeral 29, en el mismo numeral hace un llamado a la no determinación de un mercado geográfico por la cuota de mercado que ostenta una empresa, pues las razones de la misma pueden atender sólo a razones históricas y considera que el primer interrogante a resolver en las condiciones geográficas de la demanda.

88 Decisión ABC/Générale des Eaux/Canal Plus de 10 de septiembre de 1991, DOC 244/5 de 19 de septiembre de 1991. Numerales 11, 12 y 13.

3.1.2.3.2. Sustituibilidad geográfica desde la oferta

En este punto, el estudio que se realiza sobre la sustitución se centra en la capacidad que tienen las empresas situadas en zonas diferentes, para comercializar sus productos sustitutos en otras zonas en corto plazo y con costes no muy elevados. De esta forma, la Comisión considera que hay sustituibilidad geográfica desde el lado de la oferta cuando la entrada a otras zonas no implique ajustar de forma significativa los activos materiales e inmateriales, las inversiones necesarias, las decisiones estratégicas o los plazos⁸⁹.

Los elementos que se deben considerar para el estudio de la sustituibilidad geográfica desde el lado de la oferta⁹⁰, es decir, los factores que hacen que un proveedor pueda entrar en otra zona o se vea limitado hacerlo se encuentran reflejados en las barreras legales⁹¹, los aranceles o derechos de aduana, las barreras técnicas y sanitarias, el acceso a canales de distribución, los costes relativos al establecimiento de una red de distribución, las políticas de contratación pública, los monopolios, la libertad de establecimiento⁹². Todos estos elementos otorgan en la práctica a las autoridades de la competencia bases muy sólidas para determinar el grado de penetrabilidad que tiene un mercado desde el punto de vista geográfico a escala local, nacional, europeo o mundial.

En relación a las opciones de sustituibilidad de la oferta, en la sentencia del tribunal de primera instancia AAMS/Comisión⁹³ se

89 Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia. Ob. cit. numeral 30.

90 MARTÍNEZ DEL PERAL, ISABEL, “La definición de mercado y la valoración de la posición dominante en el sistema comunitario de control de concentraciones de empresas”, en: *Gaceta Jurídica de la C.E.* serie D-20, director SANTIAGO MARTÍNEZ LAGE, septiembre de 1993, págs. 47 a 90. (págs 63 a 70).

91 Entre los ejemplos más comunes de barreras legales o administrativas están los monopolios legales, las concesiones administrativas, las exigencias de calidad, sanidad y seguridad.

92 Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia. Ob. cit. numeral 30.

93 Sentencia del tribunal de primera instancia AAMS/Comisión de 22 de noviembre de 2001, asunto T-139/98, considerandos 50 a 54.

expone el caso del acceso a canales de distribución. La AAMS, es un monopolio de hecho en el mercado de distribución del tabaco al por mayor de marcas de cigarrillos foráneas y locales en Italia. En el mercado italiano no existen más distribuidoras y las condiciones para establecer otra cadena son económicamente inviables, por ello AAMS consciente de esta situación establece cláusulas abusivas en sus contratos de distribución, que sustraen la competencia en el mercado italiano de la distribución del tabaco, logrando desde el punto de análisis del mercado geográfico, una imposibilidad de concurrencia para terceros que quieran distribuir tabaco en Italia en razón de las altas barreras a la entrada que genera mediante sus contratos.

CONCLUSIÓN DEL MERCADO GEOGRÁFICO

Hasta ahora hemos tratado el estudio del mercado relevante desde unas pautas generales y casuísticas, que nos han demostrado el conjunto de variables que pueden tratarse en un análisis antitrust, pero que sólo son un marco de referencia para nuestro estudio. El punto central de nuestra discusión se concentra en cómo valorar los mercados piratas en un proceso de libre competencia, donde se enfrenta a una compañía por conductas anticompetitivas, bajo el reconocimiento de un poder de mercado importante que ella niega al considerar un mercado más amplio que incluye la piratería, logrando con esto disminuir su cuota de mercado, haciéndola no importante para este tipo de procesos.

3.2. MERCADO DEL *SOFTWARE*

Ahora, haremos algunos comentarios sobre el mercado de los productos de *software*, con el fin de conocer cuáles son sus características de cara a la determinación de un mercado relevante, pues con miras al estudio que estamos realizando, el *software* es un producto *tipo* que nos permite evaluar las condiciones de un mercado en el que pueden competir bienes piratas.

Como tuvimos la oportunidad de ver anteriormente, un estudio de mercado relevante comienza con la consideración hipotética del mercado sólo con el producto objeto de análisis, y bajo las consideraciones vistas, se comienzan a integrar y excluir otros productos que pueden ser sustitutos de los bienes objeto del análisis para concluir en un mercado relevante para un estudio antitrust⁹⁴. Este hecho hace que sea imprescindible conocer de forma muy clara y detallada el producto sobre el que recae la investigación. Así, en términos comunes, el *software* es el código⁹⁵ que se usa instalándolo y ejecutándolo en un sistema (computador o medio electrónico similar), con la finalidad que cumpla las tareas establecidas por su creador. Un producto específico de *software* está definido por la documentación que lo acompaña y por los bienes jurídicos y capacidades tecnológicas para ser instalado en un computador y poder ejecutarse correctamente⁹⁶. También es importante reconocer que para que esto ocurra se necesita que exista una compatibilidad entre el sistema operativo que la máquina maneja y el *software* que se pretende instalar y hacer correr⁹⁷.

94 DÍEZ ESTELLA, FERNANDO, *Algunas consideraciones en torno a la comunicación sobre definición de mercado relevante...* Ob. cit.

95 Existen básicamente dos tipos de código, el código fuente y el código objeto. EL primero hace referencia a un conjunto de líneas de código, que se estructuran a partir de un bloque de texto simple, el cual se realiza en un determinado lenguaje de programación aprensible por cualquier programador. El código objeto, es el resultante de la compilación del código fuente, que por lo general está codificado en un código de máquina, es decir, este código sólo es entendible por el computador o máquina que lo trabaja, no por los seres humanos.

96 Microsoft Corp. v. Software Wholesale Club, Inc, 129 F. Supp.2d 995 (SDTex. 2000). En este caso se analizó que la adquisición de una licencia de *software*, no daba derecho para obtener el código fuente.

97 La decisión 351 del Acuerdo de Cartagena, dispone en su artículo tercero que un programa de ordenador será la “expresión de un conjunto de instrucciones mediante palabras, códigos, planes, o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que un ordenador —un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones— ejecute determinada tarea y obtenga determinado resultado. El programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso”.

Con todo esto, para analizar un mercado relevante de producto, en materia de *software*, es necesario conocer cuáles son las características de este producto y cuáles son las necesidades de los usuarios o consumidores de este tipo de bienes. Existe una metodología, realizada por ingenieros y programadores de *software* básicamente, que explica en términos concretos, claros e inequívocos la forma en la que opera un sistema, las interacciones del usuario y el resultado al que se llega después de realizar un procedimiento determinado. Esta metodología se ha denominado *essential use case* y como en este ejemplo, básicamente realiza lo siguiente⁹⁸:

CAJERO AUTOMÁTICO

Acción del usuario	Respuesta del sistema
Ingresar una tarjeta débito	Lectura de la banda magnética
	Solicitud de la clave
Ingresar la clave	Verificación de la clave
Presionar aceptar	Proyección del menú de opciones
Presionar aceptar	Despliegue del menú de cuenta de ahorros
Monto de la transacción	Confirmación del monto
Presionar aceptar	Despliega el monto
Tomar la tarjeta	Devuelve la tarjeta
Tomar el dinero	Entrega del dinero

La muestra de esta interacción permite conocer en grados muy generales la utilidad de un programa de *software*, las necesidades

98 CONSTANTINE LARRY L.; LOCKWOOD LUCY, D.C. *Software for Use: a Practical Guide to the Models and Methods of Usage Centered Design*, Addison-Wesley Professional, 1999. Estos estudios por lo general también incorporan otras variables como pueden ser, el mayor rendimiento por descripción de código. Esto básicamente contribuye a la medición de la eficiencia y mejor productividad de los programas.

de un usuario y las posibles condiciones de sustituibilidad de un programa con otro. Esta muestra puede ser bastante útil al momento de analizar estos fenómenos de cara a un estudio de mercado relevante, pero en todo caso es sólo una parte, pues es necesario conocer, aparte de la intercambiabilidad funcional, las posibles sustituciones del producto por otros productores, actuales o potenciales y la existencia de alguna limitación especial.

3.2.1. CARACTERÍSTICAS

Éstas están definidas por la documentación, los derechos legales y las capacidades tecnológicas necesarias para la instalación y funcionamiento del *software*, y a su vez pueden ser comprobadas en el *essential use case*. Bajo este criterio, los problemas se pueden encontrar en la diferenciación de productos que se benefician de economías de red y aquellos que se hacen a la medida para sectores específicos de la economía. Sin embargo, podríamos establecer que en un sector especial de la economía podría valorar de una manera muy similar a ambos tipos de bienes, y por ello, bajo esa descripción de las características tendría que ir de la mano un estudio del mercado geográfico para llegar al fondo de la determinación del mercado relevante.

3.2.2. Usos

Con la evaluación de los usos de un programa de *software* se tendrá que tener en cuenta los fines del consumidor, que atiende básicamente al grado de satisfacción del programa de *software* en relación con los propósitos que él le asigne. Bajo este apartado el análisis se concentrará en la determinando con claridad las tareas que soporta ese producto de *software* y el grado de satisfacción en su instalación y operatividad. Este hecho hace que la intercambiabilidad no se limite a una completa identidad, pues habría que diferenciar el conjunto de tareas sobre las que se está haciendo todo el análisis y determinar si recae

sobre una tarea específica del programa o sobre todo el conjunto de un programa de *software*.

3.2.3. PRECIO

Otro de los aspectos que es importante evaluar radica en el precio, pues de cara a la sustituibilidad tenemos que tener en cuenta que a un aumento del precio no significativo pero permanente, la demanda de ese bien puede trasladarse a otro. En el caso del *software*, habría que diferenciar programas que se benefician de economías de red y programas que no lo hacen, pues en los primeros, los precios son más o menos constantes para evitar la existencia de mercados grises, mientras que en los programas de *software* que no se encuentran dentro de esas estructuras de mercados, sus condiciones son un poco diferentes y por ello las variaciones de los precios pueden obedecer a circunstancias más específicas de los consumidores del lugar donde se comercian este tipo de bienes. En este apartado, se podría hacer referencia a criterios cuantitativos de elasticidades cruzadas. En todo caso, es importante recordar que los programas de *software*, al encontrarse en economías interconectadas, se pueden convertir en estructuras esenciales para el funcionamiento de los negocios y el criterio precio no sea elemental por sí solo, sino que sus consideraciones se hacen en torno a las mismas economías de red.

3.2.4. SUSTITUIBILIDAD DEL PRODUCTO DESDE LA OFERTA. EL SUMINISTRO

Como tuvimos la oportunidad de ver anteriormente, la determinación del mercado de producto también tiene que tener en cuenta a las empresas que puedan producir los mismos bienes, con especial atención a los costos de introducción y salida al mercado, la capacidad tecnológica, el tiempo de las autorizaciones para poder comercializar los productos, las condiciones de distribución o la producción misma.

La industria del *software*, se caracteriza por costos fijos altos (costos undidos), básicamente en investigación y desarrollo de creación de productos, como también de costos marginales cercanos a cero en producción y distribución⁹⁹. Junto con estas observaciones, se encuentran permanentemente obstáculos legales y tecnológicos que se convierten en unas poderosas barreras para que un competidor legal decida entrar a concurrir y rivalizar con los bienes existentes en un mercado específico. Junto a estas barreras es común encontrar interferencias que pueda producir un *software* ya preinstalado. Supongamos un conflicto que crea un *software* para que otro producto que realiza las mismas funciones no opere de forma satisfactoria.

En definitiva, si se quiere definir un mercado relevante de producto para el *software*, se tienen que tener claro algunos elementos:

- La definición del producto de *software*: la documentación, los derechos legales y las capacidades tecnológicas necesarias para su instalación y su funcionamiento.
- Los fines del consumidor: el grado de satisfacción del programa de *software* en relación con los propósitos del consumidor. Determinando con claridad las tareas que soporta ese producto y el grado de satisfacción en su instalación. Esto hace que la intercambiabilidad no se limite a una completa identidad.
- Su representación como *essential use case*.
- El conocimiento de otros productos que ya se conozcan como sustitutos.

99 CASS, RONALD A.; HYLTON KEITH N., “Antitrust Intent”, 74 S. *Southern California Law Review*, vol. 74. 657, 725 (2001) “Virtually all the costs of production are in the design of the software and therefore independent of the amount sold, so that marginal costs are virtually zero.”

- El reconocimiento de las principales variables competitivas del producto: el conocimiento de sus fortalezas.
- El reconocimiento de las principales barreras estructurales a la entrada: derechos de propiedad intelectual, economías red.

Después de haber realizado un extenso estudio sobre la determinación del mercado relevante, tenemos que decir que nuestro caso de referencia se concentra en unos supuestos muy concretos, los cuales son: reconocer si un bien pirata es un bien *idéntico* al original, asimismo determinar si al reconocer esa identidad, los bienes son completamente intercambiables, y de igual manera, si esa intercambiabilidad hace que la autoridad deba reconocer un solo mercado relevante, o por el contrario, del hecho funcional, no se puede desprender un juicio de intercambiabilidad en un solo mercado relevante. Para hacernos una idea más clara sobre todo este conjunto de situaciones, abordaremos nuestro estudio, analizando primero la piratería de *software*, luego se expondrán los criterios para rechazar o aceptar la piratería dentro de un mercado relevante de producto, y por último, se presentará la problemática encontrada y se establecerá la conclusión de nuestro trabajo.

4. LA PIRATERÍA DE *SOFTWARE*

Bajo este apartado trataremos el contenido del mercado pirata de *software*, claro que desde una perspectiva que permita hacer interconexiones con otros tipos de mercados que funcionan de manera similar (supóngase el caso de productos marca y genéricos), por ello en algunas oportunidades el comentario será muy generalizado para bienes producidos con derechos de propiedad intelectual, pero su lectura puede ser realizada pensando en el *software* como derecho de propiedad intelectual, pues su conceptualización está cargada por ese contenido.

Desde esta perspectiva, se planteará un concepto de piratería que nos englobe nuestra discusión, luego pasaremos a analizar el mercado pirata del *software* y por último las razones que sostienen los mercados negros, para así en el siguiente punto tratar los argumentos que aprueban o niegan la inclusión de la piratería dentro de un análisis de mercado relevante.

4.1. UNA DEFINICIÓN DEL MERCADO PIRATA

Bajo este apartado trataremos de ilustrar un poco el contenido de la piratería, plantaremos una definición general que nos permita entender y encuadrar el acto pirata, para luego ilustrar algunos tipos de piratería, y por último, el ejercicio económico en los mercados negros.

En este orden de ideas, para los efectos de nuestro trabajo, entenderemos por piratería el ejercicio violatorio de derechos de propiedad intelectual que atiende a una reproducción, instalación o uso de esos bienes objeto de la protección y que no han sido autorizados para tales fines por el titular de los mismos¹⁰⁰. Si bien esta definición es bastante amplia, su fin es permitir que diversos tipos de piratería encuadren en esta materia, pues es necesario reconocer que la piratería se presenta o puede recaer sobre protecciones de derechos de autor, patentes, marcas, etc.¹⁰¹.

100 Vid. http://www.federacioneditores.org/0_Resources/Documentos/IFRROPiracyPositionPaper_Esp.pdf La declaración de la Federación Internacional de Entidades de Derechos de Reproducción (IFRRO) sobre piratería, la define como “[...] la reproducción masiva y con fines de lucro de las obras de otros sin autorización ni compensación económica”. (visitada por última vez: marzo 1° de 2006).

101 HORNIK, DAVID M., *Combating software Piracy...* Ob. cit.

4.2. PIRATERÍA PARA BIENES PROTEGIDOS CON DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL. ESPECIAL REFERENCIA A LA PIRATERÍA DE *SOFTWARE*

En este apartado plantaremos las diferentes formas en las que se presenta la piratería. Básicamente se pueden observar tres tipos de desarrollo de la piratería: *la piratería comercial, la piratería corporativa y la piratería del consumidor final*¹⁰². Por *piratería comercial* entenderíamos aquella que se realiza a través de la reproducción masiva en plantas industriales de productos protegidos con derechos de propiedad intelectual¹⁰³. Ésta ha sido conocida como la falsificación de productos, y su objetivo es dar un contenido de imitación en apariencia y funcionalidad al producto protegido, pero hay que aclarar que en este tipo de piratería se pueden encontrar diferentes calidades, y que muchas veces tras la apariencia se oculta una ineficiencia del producto. Casos de esta naturaleza se encuentran en la falsificación de zapatos deportivos, electrodomésticos, utensilios de cocina, herramientas, etc. Por otro lado, *la piratería corporativa*, se da en esencia para aprovechar de forma excesiva las autorizaciones o permisos que ha otorgado el titular del bien para la explotación del derecho por un tercero, por ejemplo, la instalación de un programa de *software* en diferentes puntos de los autorizados o en número superior para el cual se ha concedido la licencia¹⁰⁴. Por último,

102 Vid. Business Software Alliance, Anti-Piracy Information, Types of Piracy (2004), en <http://www.bsa.org/usa/antipiracy/Types-of-Piracy.cfm> (visitado por última vez: enero 20 de 2006).

103 HORNIK, DAVID M., “Combating Software Piracy: the Soft lifting Problem”, en: *Harvard Journal Law & Technologies*, vol. 7, n° 2 377, 395-96 (Spring – 1994). “[...] this general use of the term “piracy, however, encompasses what can be seen as three distinct categories of piracy: 1) commercial piracy; 2) corporate piracy; and 3) softlifting. Commercial piracy refers to the illicit duplication of software for the purpose of distribution and sale.”

104 *Ibidem*. “[...]The category of corporate piracy encompasses the activities of not only corporations and businesses, but also educational institutions, government entities, etc.”

tenemos la *piratería del consumidor final*, que tal vez es la que más polémica a causado en los últimos años, pues concretamente consiste en el duplicado, copia o adquisición sin costo de productos que bien pudieron haber sido adquiridos por medios legales pero que terminan siendo compartidos sin discriminación alguna, o bien fueron tomados del original de forma exacta y reproducidos en violación de las normas de propiedad intelectual. Uno de los ejemplos de este sistema se conoce por su denominación americana *softlifting piracy* o piratería suave¹⁰⁵. Bajo esta tipología se encuentra el desarrollo de piratería por medio de redes *peer to peer*¹⁰⁶, o la instalación de copias de un original en un sitio no autorizado¹⁰⁷.

Otras clasificaciones sobre tipos de piratería, que tienen bastante difusión y conocimiento en diferentes países del mundo son las realizadas por la Business software Alliance¹⁰⁸ (BSA) y la Software & Information Industry Association (SIIA)¹⁰⁹, en las cuales se puede encontrar una división más amplia, pero completamente direccionada a los productos de *software*¹¹⁰.

La BSA consagra cinco tipos de piratería de *software*:

105 Ibidem. “[...] *Softlifting is the software equivalent of shoplifting, it When one copies a friends software package, or brings a backup copy home from work for personal use, or borrows a program from the library and makes a copy of it, each of these acts amounts to softlifting. In the words of JOHN ROBARDS, a staff member of the Boston Computer Society, softlifting is “one of life’s quiet little cheats”. Softlifting is that piracy which goes on in our homes, behind closed doors, where no one can see it happening; it is not intended for direct financial gain, and is believed by many to be perfectly legal”.*

106 YU, PETER K., “P2P and the future of private copying”, en: *University of Colorado Law Review*, 76. 653. Summer, 2005.

107 Ibidem, pág. 379.

108 Vid. <http://www.bsa.org/usa/antipiracy/Types-of-Piracy.cfm> (visitada por última vez: marzo 1° de 2006).

109 Vid. <http://www.siiia.net/piracy/whatis.asp#types> (visitada por última vez: marzo 1° de 2006).

110 HORNIK, DAVID M., ob. cit.

1. *La piratería de usuario final.* Ésta se da cuando un empleado reproduce copias del *software* que le ha sido asignado, sin autorización del propietario de la licencia o de los derechos de propiedad intelectual. Esta forma de piratería puede adoptar diferentes configuraciones, por ejemplo: aprovecharse de la licencia legal para instalar el mismo producto en otros computadores sin estar autorizado para ello, hacer copias con fines de instalación y distribución, aprovechar las ofertas de actualización o el mejoramiento sin ser propietario de una licencia del producto, adquirir *software* académico o con fines no comerciales para desarrollar actividades comerciales (este hecho pareciera estar más dentro en un mercado gris que dentro de un mercado negro¹¹¹), intercambiar *software* en oficina o por fuera de ella.
2. *Uso excesivo por un cliente de licencia de software por medio de un servidor.* En este tipo de piratería caen quienes sobrepasan los límites de las licencias para usos en red, o peor aún, cuando se adquiere un programa de *software* y éste se usa en red sin estar autorizado para ello.
3. *Piratería por medio de Internet.* Este tipo de piratería se desarrolla por diferentes vías desde las descargas gratuitas de páginas que ponen al alcance del público bienes que en principio están protegidos por normas de propiedad intelectual y que no están autorizadas para ello. También, esta modalidad se da bajo los casos de páginas *peer to peer*, donde se comparten archivos y se bajan programas que no permiten esta actividad y la consideran violatoria de normas de propiedad intelectual. De igual manera, existen páginas que realizan negocios, ventas, subastas, intercambios, etc., de programas de *software* sin tener licencia para desarrollar estas actividades con estos programas o porque realizan copias de los mismos y las tranzan por medio de la red.

111 *Vid. supra* 13.

4. *Cargas de disco duro o configuración de un computador.* Ésta se da comúnmente cuando se compran computadores en empresas que ensamblan ordenadores (por lo general no muy reconocidas) y entregan estas máquinas con *software* no licenciado.
5. Por último, esta organización considera la *falsificación de software* como la última tipología de piratería, que consiste en la reproducción y venta no legal del material protegido por derechos de PI. Muchas veces bajo este sistema se incorporan todos los elementos que trae el original como ayudas, manuales, garantías, números de soporte, etc. La SIIA, hace una clasificación muy semejante y por ello no es necesario hacer referencia a la misma¹¹².

Teniendo claro que la piratería puede ser entendida y desarrollada de múltiples formas, tendremos ahora que entrar a estudiar la dinámica de los mercados negros.

4.3. RAZONES DE LOS MERCADOS NEGROS DE PIRATERÍA

Todo mercado está conformado por la existencia de una demanda de consumo y por los oferentes satisfaciendo esa necesidad. Lo mismo sucede en la formación de los mercados negros, por ello realizaremos varias apreciaciones sobre los propósitos del mercado negro y su consideración como una alternativa seria de cara a los productos legítimamente producidos.

4.3.1. LOS AGENTES EN EL MERCADO NEGRO

Este análisis es conveniente dividirlo en dos fases: una desde la perspectiva de la oferta y otra desde la perspectiva de la demanda.

112 Vid. <http://www.siiia.net/piracy/whatis.asp#types> (visitada por última vez: marzo 1° de 2006).

Desde la perspectiva de la oferta, el agente pirata desarrolla toda su actividad motivado por las altas rentabilidades que el mercado y el producto pueden ofrecerle¹¹³. Si entendemos que un agente pirata no debe invertir demasiado dinero y tiempo para obtener los mismos resultados que el titular de los derechos de propiedad intelectual en razón de la facilidad con que se puede reproducir un bien de esta naturaleza, comprenderemos que el diferencial básicamente consiste en el costo de la primera unidad. Esto quiere decir que, mientras el titular de los derechos de propiedad intelectual tuvo que invertir, dinero, tiempo y riesgos que a su vez tiene que dividir entre un número importante de copias para obtener un punto de equilibrio en los costos y los ingresos, el productor pirata no tendrá que incurrir en costos similares, pudiéndose decir que los costos marginales del productor legítimo son los mismos que el total de los costos del productor pirata¹¹⁴.

En otras palabras, cuando un productor pirata produce, está produciendo alrededor del valor de los costos marginales del productor legítimo, hecho que configura una posibilidad de vender a precios mucho menores que los del productor de bienes legítimos, además que por encontrarse en la ilegalidad no responde por impuestos ni por garantías, salvo en algunos casos de devoluciones de dinero o remplazo del bien. Otro elemento que condiciona la actividad de los oferentes en el mercado negro será la participación del Estado para proteger los derechos de propiedad intelectual, es decir, si el Estado no es muy activo o la vigilancia se concentra en un tipo de consumidor especial (grandes empresas), incentivará la acción pirata en los otros campos y desestimulará la oferta para esos sectores especialmente vigilados¹¹⁵.

113 COSOVANU, CATALIN, “Piracy, Price Discrimination, and Development: The software Sector in Eastern Europe and Other Emerging Markets”, en: *Columbia Science and Technology Law Review*, 2003.

114 *Ibidem*.

115 International Intellectual Property Alliance (IIPA). Copyright Industries Release Report on Piracy in 68 Countries/Territories and Press Their Global Trade Priorities for 2006. Febrero 16 de 2006 “[...] As a result of the deficiencies in the copyright regimes of these surveyed countries/territories, the copyright industries conservatively

Ahora, desde la perspectiva de la demanda, las motivaciones se concentran en los beneficios económicos y de acceso a los bienes y servicios. Por un lado, podríamos ver que las personas consideran que los derechos de propiedad intelectual deben ser más económicos y que al existir un bien con las mismas características y funcionalidades y a menores precios, su posición debe ser sacarle ventaja a esos bienes y no realizar la otra compra. Sin perjuicio de lo anterior, este hecho por lo general va unido a otras circunstancias como la creencia en la no sanción de la conducta, la poca lesividad del daño, un repudio a la sobrevaloración de los derechos de propiedad intelectual en los países en vías de desarrollo, entre otras.

Por otro lado, no se podría dejar de reconocer que estas consideraciones pueden estar muy relacionadas con la incapacidad económica de un agente económico para adquirir tales bienes, pues el hecho de la imposibilidad condiciona al agente a brindarse ese bien dentro de un mercado que le da esas oportunidades y que no tiene una desaprobación total.

Otro argumento, tal vez más político, hace referencia a un reproche por identificar derechos de propiedad intelectual con manifestaciones imperiales, pues se argumenta que las nuevas barreras al comercio se establecen a través de derechos de propiedad intelectual y que éstas benefician más a los países con industrializaciones altas e inversión real en investigación y desarrollo, en oposición a las posibilidades de los países en vías de desarrollo¹¹⁶.

estimate that losses due to piracy in 2005 in the 68 countries/territories surveyed were over \$15.8 billion. On a global basis (that is, in all countries including the U.S.), IIPA conservatively estimates that total losses due to piracy were \$30-35 billion in 2005, not counting significant losses due to Internet piracy, for which meaningful estimates are not yet available". Esta alianza establece como prioridad el control sobre Rusia. Pero por otro lado establece un conjunto de listas con prioridades de evaluación. "[...] Priority Watch List: IIPA recommends that 16 countries be placed on the Priority Watch List in 2006: Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, the Dominican Republic, Egypt, India, Indonesia, Israel, Lebanon, the People's Republic of China, the Philippines, Thailand, Turkey, Ukraine and Venezuela. New to this list compared to IIPA's 2005 recommendations are Israel, Turkey, Venezuela, Costa Rica and Ukraine (the latter was on USTR's PFC list last year)".

116 NAIR, SAMI, *El imperio frente a la diversidad del mundo*, En Debols!llo, Barcelona, 2004.

Para concluir, un ejemplo de esta relación puede verse a través del caso Napster¹¹⁷, donde el comportamiento de los dos, oferentes y consumidores en un mercado con un diferencial de precios severo (gratis contra el costo de un CD) y la baja probabilidad de ser detectado hace de esta relación algo muy racional, adoptándose los rasgos generales conocidos del comportamiento del mercado negro¹¹⁸.

4.3.2. ESTABILIDAD DE LOS MERCADOS NEGROS

La condición de la estabilidad o no de los mercados negros, como cualquier mercado depende del libre juego de la oferta y la demanda, con la condición de que los fallos de mercado no alteren sustancialmente las circunstancias del mismo. Con esto, lo que se quiere afirma es que, los mercados negros o de bienes piratas pueden ser tan estables como cualquier otro, así que si el Estado no interviene para controlarlo y limitarlo, este mercado permitirá que la oferta y la demanda se encuentren, produciendo los efectos tradicionales sobre la producción y sobre los precios¹¹⁹. Así, si los precios son altos, se motivará la entrada de nuevos productores de bienes piratas; o por otro lado, si los precios están muy bajos, se desalentará la entrada de nuevos competidores y producirá la salida de los más ineficientes o de aquellos que esperan más retornos a sus inversiones. Siendo un caso tan particular, si los estados no tienen políticas públicas encaminadas a proteger a los poseedores de los derechos de propiedad intelectual, lo que realmente está haciendo es permitir la existencia

117 A & M Records, Inc. v. Napster, Inc., 54 U.S.P.Q.2d 1746, 1747 (N.D. Cal. 2000).

118 *International Federation of the Phonographic Industry (IFPI). The recording industry 2005 Commercial piracy report*, IFPI, London, 2005.

119 COSOVANU, CATALIN, “Piracy, Price Discrimination, and Development: The software Sector in Eastern Europe and Other Emerging Markets”, en: *Columbia Science and Technology Law Review*, 2003.

de un mercado pirata, pues la existencia de demandas insatisfechas producirá la entrada de oferentes que puedan satisfacerla¹²⁰.

4.3.3. EL CONDUCTOR ECONÓMICO DE LOS MERCADOS PIRATAS

El principal conductor económico de un mercado de bienes piratas, sin lugar a dudas es la existencia de una demanda insatisfecha. Sin embargo, existen otros elementos de vital importancia para que estos mercados se mantengan. Como anteriormente lo enunciamos, la diferencia en los precios entre los valores de producción marginal (el costo del bien, sin la necesidad de trasladarle los costos de investigación y desarrollo, publicidad, introducción al mercado, etc.) y los valores de producción de un bien protegido por derechos de propiedad intelectual, es el estímulo para el arbitraje que produce el mercado negro¹²¹. Entendida esta descripción, es apenas lógico que el productor de bienes con derechos de propiedad intelectual, no pueda salir al mercado a ofertar sus productos a precios similares a los de su costo marginal, pues su producción trae consigo unas cargas altas de investigación y desarrollo, como de considerables costos fijos¹²². De igual manera, el productor legítimo invierte en promoción, publicidad, impuestos, materias primas de alta calidad, etc., que el productor pirata no realiza y que por ello no reflejará en sus productos. Bajo esta idea, los consumidores de bienes piratas estarán motivados por la producción cercana a los costos marginales, ese es su lugar y el conductor económico de este tipo de mercados¹²³.

120 BARFIELD, CLAUDE E.; GROOMBRIDGE, MARK A., “*Parallel Trade in the Pharmaceutical Industry: Implications for Innovation, Consumer Welfare, and Health Policy*,” 10 *Fordham I.P., Media & Ent. L.J.* 185 (1999).

121 COSOVANU, CATALIN, “*Piracy, Price Discrimination, and Development: The software Sector in Eastern Europe and Other Emerging Markets*”, en: *Columbia Science and Technology Law Review*, 2003.

122 *Ibíd.*

123 *Business Software Alliance, Estudio de piratería. Segundo estudio anual mundial de piratería de software* de BSA e IDC., ed. BSA. 2005.

Después de haber explicado la configuración de los mercados piratas, el mercado relevante, el mercado del *software*, el derecho de la competencia y los mercados piratas, conviene concentrarnos en nuestra última parte, los criterios para incluir o excluir la piratería bajo un estudio de mercado relevante y así poder elevar nuestras conclusiones sobre el papel que debe tomar una autoridad de la competencia cuando analice problemas de mercados negros en competencia con mercados legítimos.

5. CRITERIOS PARA INCLUIR O EXCLUIR LA PIRATERÍA BAJO LA DETERMINACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

Ahora, analicemos con mayor detenimiento la relación y argumentación que presentaría un investigado para que en las consideraciones del mercado relevante se tomase en cuenta la piratería. Después de construir esa relación, se presentarán argumentos que critiquen la inclusión de la piratería dentro de un análisis de mercado relevante, para generar balances en la polémica que permitan reconstruir el problema y realizar algunas conclusiones.

5.1. CRITERIOS PARA INCLUIR LA PIRATERÍA EN EL MERCADO DE PRODUCTO

El investigado por una conducta anticompetitiva se verá motivado para que por medio de la determinación del mercado relevante se realicen dos operaciones: una, ampliar al mayor número de productos el mercado relevante con el fin de disminuir su cuota de mercado; y dos, demostrar que su cuota, según esa determinación del mercado no es importante para causar daños anticompetitivos¹²⁴. En esencia,

124 UTTON, MICHAEL, *Market dominance and antitrust policy*, 2a ed., Edward Elgar, Northampton, 2003, pág. 71 y sigs.

nos concentraremos en el tratamiento del primer aspecto, pues nuestro trabajo está limitado a la determinación del mercado relevante y no a las demostraciones de la afectación que sufra un mercado determinado por el porcentaje de cuota de mercado¹²⁵. Aunado a estas condiciones, el investigado discutirá la funcionalidad, la competencia económica verdadera, y la fácil reproducibilidad de la propiedad intelectual como elementos necesarios para la inclusión en el análisis de mercado relevante la piratería o el mercado negro de los productos sustitutos. Según estas consideraciones preliminares, dediquémonos a analizar la funcionalidad, la competencia directa, la durabilidad y la reproducibilidad como elementos para incluir los productos piratas dentro de un análisis antitrust.

5.1.1. FUNCIONALIDAD

Según las consideraciones que hemos realizado a través de este texto, el investigado se concentrará en demostrar que los consumidores o un conjunto importante de éstos reconocen una utilidad funcional y una suplencia legítima entre los productos piratas y el propio, como hecho que genera una competencia entre éstos. El primer problema que se podría presentar frente a la consideración de productos funcional y estructuralmente semejantes sería el coeficiente de ajuste de precios o la elasticidad cruzada de la demanda. Este hecho fue evaluado en Estados Unidos en el caso *Geneva Pharmaceuticals Technology Corp. contra Barr Laboratorios*¹²⁶, donde la Corte de

125 El porcentaje de la cuota de mercado no sólo es importante para determinar posiciones de dominio, pues hace parte de este evento, y tal vez con consideraciones más sensibles para procesos de integración empresarial, o por ejemplo, para los acuerdos de transferencia de tecnología. La Unión Europea establece en el reglamento para determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología "RECATT", unos umbrales para permitir esos acuerdos sin la necesidad de considerar el reglamento cuando entre cometidores la cuota de mercado no supera el 20%, o entre no competidores no supera el 30%. Reglamento (CE) n° 772/2004 de la Comisión.

126 *Geneva Pharmaceuticals Tech. Corp. v. Barr Labs. Inc.* 10 May 2002 Federal District Court [New York] United States.

distrito, del distrito sur de Nueva York, estableció que el mercado relevante para un producto farmacéutico (Coumadin®) de marca y uno genérico era el mismo, esto porque las consideraciones de fabricación, uso, etiquetado, rendimiento y la aprobación por agencias del gobierno como la FDA (*food and drug administration*), permitían generar equivalencias entre éstos¹²⁷. También es importante decir que no es la primera vez que una Corte se pronuncia al respecto entre genéricos y productos de marca, pues esto ya había ocurrido en los casos *Cardizem CD Antitrust Litig*¹²⁸ y *Barr Labs. Inc. v. Abbott Labs*¹²⁹, entre otros. Por otro lado, es importante reconocer que la Corte de Apelación para el Segundo Circuito, en el caso *Genova Pharmaceutical v Barr Laboratories Inc.* no estuvo de acuerdo con las consideraciones de la Corte Federal en la determinación del mercado relevante, pues considera que los dos mercados son diferentes en razón de los precios, las elasticidades e inelasticidades de la demanda y de las cadenas de distribución principalmente¹³⁰. En definitiva, no es claro el razonamiento de la funcionalidad sin tener en cuenta, principalmente, la diferencia de precios, pues al parecer el precio es otro de los elementos de la funcionalidad del producto¹³¹.

127 *Ibidem*. “[...] *there are no significant physical differences between the generic and [page 271] branded pharmaceuticals. They are marketed to the same customers, and the market participants themselves define the competition to be between the generics and Coumadin®. Therefore, plaintiffs’ reliance on Lucas is misplaced. The relevant product market is the combined group of generic and the branded warfarin sodium*”.

128 *Cardizem CD Antitrust Litig.*, 200 F.R.D. 297, 310-11 (E.D. Mich. 2001) “*The pharmaceutical market is fundamentally different from the market for other products. In the pharmaceutical industry, there is a government assured complete interchangeability of drug products.*”

129 *Barr Labs. Inc. v. Abbott Labs.*, 978 F.2d 98, 102 (3d Cir. 1992).

130 *Geneva Pharmaceuticals Technology Corp. v. Barr Laboratories Inc.*, S.D.N.Y., n° 98-Civ-861 (DLC), 9/6/05.

131 *Geneva Pharmaceuticals Tech. Corp. v. Barr Labs. Inc.* 10 May 2002 Federal District Court “[...] *plaintiffs’ analysis of the separate market based on price ignores a number of factors. First, it does not explain why, often, branded drugs will raise their prices at the entrance of a generic drug into the market. Clearly there is some interrelationship. In addition, the analysis did not determine the effect on Barr’s*

Sin perjuicio de lo anterior, esta apreciación también puede resultar un tanto relativa, dado que la configuración del mercado relevante podría concentrarse en el análisis de la sustituibilidad del producto y dejar de lado el elemento precio, en la medida que exista una fluctuación constante de los mismos consumidores para los diferentes tipos de bienes.

Otro elemento que puede representar prueba de la equivalente funcionalidad de los productos licenciados y los piratas será el conjunto de inversiones que realiza el titular de los derechos de PI para proteger sus productos de la acción de los piratas. Estas inversiones se verán representadas principalmente por la colaboración para la realización de denuncias formales o informales, configuraciones innovadoras en los productos que alteren los procedimientos de piratería y la colaboración o asociación a grupos protectores de productos originales¹³², entre otras¹³³.

En definitiva, las empresas luchan contra la piratería por múltiples razones, pero argumentan entre sus principales motivaciones la existencia de una competencia en: la protección del mercado a un mediano y largo plazo, la disminución de sus utilidades, la necesaria

average price as a result of Apothecan's entry, did not calculate the impact of Apothecan's entry separately on the price of Coumadin®, did not try to separate the effect of Apothecan's entry from other factors that may have contributed to Barr's changing prices, and failed to conduct a formal test regarding the degree of purported differential impact that Apothecan's entry had on the price of Barr's warfarin sodium and Coumadin®”

132 La Business *software* Alliance (BSA) en su página en internet presenta un conjunto de estrategias, estudios, empresas asociadas, apoyos a programas antipiratería en los países, que demuestran la actividad de muchas compañías para combatir la actividad pirata. <http://www.bsa.org/colombia/about/BSA-Members.cfm> (visitada por última vez: marzo 1° de 2006).

133 Un ejemplo de estas inversiones puede verse reflejada en la compañía Adobe. Esta empresa mediante su portal en internet presenta toda una reflexión alrededor de los mercados negros de *software*. Comienza por definir qué es la piratería, sus principales formas, los daños que causa, las sanciones a las que se someten los infractores de los derechos de autor, mecanismos para protegerse de la piratería como persona individual y como empresa, medios para denunciar la piratería, y por último, las asociaciones a las que pertenece para la lucha de la piratería. <http://www.adobe.com/aboutadobe/antipiracy/piracy.html> (visitada por última vez: marzo 1° de 2006).

acción de cara a los consumidores de que la piratería no es aceptada por los productores de bienes originales y que este hecho no es compatible con su actividad industrial, para así evitar que sea una costumbre la espera de la salida del producto pirata al mercado para ser adquirido.

5.1.2. DURABILIDAD Y REPRODUCIBILIDAD

La durabilidad depende de la naturaleza y calidad de los productos. En materia de propiedad intelectual y en especial refiriéndonos al caso del *software*, su durabilidad material y funcional excede en muchos casos el avance de la tecnología, en otras palabras, el avance de la tecnología vuelve obsoleto, en principio, el *software* sobre el que se quiera hacer el análisis de mercado¹³⁴. El problema de la durabilidad fue extensamente analizado en el caso Alcoa¹³⁵, donde se determinó que si una empresa con poder de mercado en un bien de alta durabilidad, pureza y confianza, no podía ser sustituible por los bienes producidos en un mercado secundario (el del reciclaje), pues éstos a su vez son en esencia dependientes de la producción del primero y para los usuarios no tienen esa intercambiabilidad¹³⁶.

Sobre la durabilidad de los productos y las conductas de sus fabricantes se ha discutido bastante¹³⁷, desde posiciones que defienden los precios monopólicos para aquellos productores de

134 POSNER, RICHARD, *Antitrust in the new economy*, Chicago. JOHN M., *Olin Law & Economics Working Paper*, 2001, n° 106. “[...] one characteristic of intellectual property is its durability, and the more durable a product is, the fewer repeat sales the manufacturer will have. (It is different if the firm leases rather than sells its product.) New-economy firms that don't lease get around this problem with frequent upgrades, but the installed base acts as a drag on the price that can be charged for an upgrade, since the prospective customer for the upgrade has the option of sticking with the existing product”.

135 Aluminum Co. of America (Alcoa) v. United States, 148 F 2d. 416 (1946).

136 BOTERO RESTREPO, CECILIA, *El derecho antitrust o de libre competencia en los Estados Unidos*, Señal Editora, Medellín, 2002, pág. 93 y sigs.

137 SHARMA TRIDIB, “Fijación de precios en un monopolio de bienes durables”, en: *Gaceta Económica*, ITAM, año 7, n° 13. págs. 23-38.

bienes durables, en razón de que lo que se está haciendo en estos mercados es obtener unos recursos ahora como compensación a la disminución de las ventas futuras¹³⁸, hasta la exigencia de comportamientos a las compañías con poder de mercado de bienes durables, diferentes de los que se les pudiese exigir si no fueran poseedores de ese poder¹³⁹.

En atención exclusiva a los productos de *software*, la durabilidad puede estar limitada por dos aspectos principalmente. El primero, haría referencia a la velocidad tecnológica y los mayores alcances que se le pueden dar a un programa en relación con las capacidades y rendimientos de las máquinas que soportan estos desarrollos. El segundo, sería la necesidad de actualizaciones o soporte para el mejor funcionamiento de una herramienta de *software*. Estos hechos pueden llevar a determinar que cada producto de *software* es independiente en su durabilidad real, pues si bien pueden ser almacenados en la memoria de un computador, este hecho no garantiza su vigencia, pues pareciera que los programas de computador cada día tienen fechas de caducidad más cortas. En este sentido, las compañías estarían más interesadas en realizar relaciones de largo plazo, mediante mejoras constantes y un posterior cambio del programa de *software*, a colocar precios altos sin garantías de vínculos temporales. Sin embargo, hay que diferenciar que entre los primeros se encuentran quienes se benefician de las economías de red, mientras que los segundo, los que preferirán cobrar altos precios, se encontrarían los que hacen *software* a la medida.

Teniendo en cuenta estos argumentos, el *software* no tiene una vida muy larga, los productos piratas entran en un mercado y crean una clara potencialidad de demanda, es decir, estos productos del mercado negro comenzaran a cautivar consumidores que pueden pagar los productos licenciados, y/o entrarán a un mercado a satisfacer una demanda que no puede ser pagada y que se resiste a

138 COASE, RONALD, "Durability and monopoly", *Journal of Law and Economics*, vol. 15, 1972, págs. 143-149.

139 Aluminum Co. of America (Alcoa) v. United States, 148 F.2d. 416 (1946).

cualquier compromiso ético o jurídico del respeto de derechos de propiedad intelectual. En términos más objetivos, el producto pirata de *software* tiene una durabilidad relativamente igual y desarrolla las mismas capacidades; esto es, el producto pirata (dependiendo de su calidad) debe tener los mismos soportes del fabricante original, hecho que convierte al producto pirata en un sustituto perfecto desde la perspectiva de su durabilidad, pues en ningún momento ha perdido propiedades objetivas que se traduzcan en una merma de su funcionalidad.

Siguiendo este análisis, tenemos que estudiar la reproducibilidad como elemento de la sustituibilidad, principalmente desde la perspectiva de la oferta. Los productos de propiedad intelectual tienen como rasgo característico su perfecta reproducción, por ello existe un criterio más o menos generalizado que un duplicado del original es completamente fungible con el original¹⁴⁰.

El aspecto principal de la discusión es reconocer si se está en frente a un mercado secundario o primario. El punto es muy claro, los mercados secundarios como el de los reutilizables, ha presentado muchos problemas de cara a la definición de un mercado relevante. En Estados Unidos se analizó este problema de cara al caso Alcoa, donde se terminó definiendo que el mercado secundario de la chatarra no era un mercado sustituto del mercado del aluminio puro. En la Unión Europea enfrentaron este caso de los mercados secundarios en el caso Michelín¹⁴¹, pero la respuesta en este fue aún más ambigua, pues para el caso de automóviles se podría tener en cuenta el reencauche, dentro del mercado de llantas de repuesto para automóviles, pero para el caso de camiones o vehículos pesados, el reencauche no es un producto sustituto, básicamente por razones de confiabilidad. Teniendo en cuenta que así un producto pueda tener una reproducibilidad bastante similar, no es claro que ese

140 *The International Intellectual Property Alliance. Trade Losses Due to Piracy and Other Market Access Barriers Affecting the U.S. Copyright Industries: A Report to the United States Trade Representative on 12 "Problem Countries,"*. 1989.

141 Michelín Países Bajos del 7 de octubre de 1981, DOL, 353/33 de 9 de diciembre.

argumento sea suficiente para generar intercambiabilidad con el bien. Sin embargo en productos de *software*, un demandado por conductas antitrust, argumentaría en su defensa la perfecta reproducibilidad¹⁴². Otro argumento que apoyaría la inclusión de la piratería dentro del mercado relevante, sería la no dependencia del titular de los derechos de propiedad intelectual, en razón de la facilidad para obtener un ejemplar y con ese sólo, realizar un sinnúmero de copias.

Para concluir este apartado de directrices a favor de la inclusión de la piratería dentro de un estudio de mercado relevante de producto, diremos que la parte investigada en un pleito anticompetitivo argumentará tres tesis en apoyo a sus deseos. El primer argumento estaría determinado por la razón que los bienes piratas poseen funcionalmente identidades; en segundo lugar diría que, la facilidad de reproducción hace que el mercado se comporte independiente de la actividad del poseedor de los derechos de propiedad intelectual, desvirtuando el entendimiento de un mercado secundario, y por último, presentará que la durabilidad y calidad de los bienes piratas pueden ser iguales a los bienes licenciados sin incurrir en sobrecostos importantes. Todos estos argumentos se verían reforzados, desde la perspectiva de los defensores de la inclusión del producto de *software* en el mercado relevante, por el hecho de que una subida de precios no muy alta pero permanente, produciría un traslado de los consumidores o usuarios a los productos piratas. Básicamente buscarían demostrar la existencia de la elasticidad cruzada entre estos bienes.

5.2. CRITERIOS PARA NO INCLUIR LA PIRATERÍA EN EL MERCADO RELEVANTE

Para mantener el balance de nuestra discusión, ahora abordaremos los argumentos que permiten justificar la no inclusión de la piratería dentro del análisis del mercado relevante en relación con productos

142 HORNIK, DAVID M., *Combating...* Ob cit. “[...], *softlifting is simply the exact duplication of a piece of software so that it may put to the same use as the original*”

protegidos por derechos de propiedad intelectual. Básicamente, los argumentos harán referencia a la imposibilidad de incluir dentro de un mismo mercado relevante a productores de bienes protegidos con IP y bienes piratas con fundamento en que son entidades separadas; también se argumentará que los bienes piratas no ofrecen las mismas identidades, es decir, no satisfacen iguales necesidades; y por último, se dirá que hay diferentes tipos de consumidores.

5.2.1. DIFERENCIAL DE PRECIOS

Desde esta perspectiva, un demandante (o la agencia de competencia) tratará de demostrar que existe una importante diferencia entre los precios establecidos por el poseedor de los derechos de propiedad intelectual y el que se pueda encontrar en el mercado negro. También, el demandante presentará como argumentos, la existencia de diferentes canales de distribución y la ilegalidad de los mismos para ser reconocidos como competidores de un mismo mercado¹⁴³.

Bajo esta perspectiva, el demandante presentaría entre sus argumentos la discusión de casos que hace referencia al precio, en diferentes cortes de análisis antitrust. Por ejemplo, en Estados Unidos¹⁴⁴ y en la Unión Europea¹⁴⁵ se ha tenido muy presente el diferencial de precios para no incluir productos en un mercado

143 LEARY, THOMAS B., “*The Significance of Variety in Antitrust Analysis*”, en: *Antitrust Law Journal*, n° 68-3.

144 A.G. Spalding & Bros., Inc. v. FTC, 301 F.2d 585, 601, 603 (3d Cir. 1962) “[...]finding that high-priced athletic goods constitute a distinct market from low-priced athletic goods]” United States v. Federal Co., 403 F. Supp. 161, 167 (W.D. Tenn. 1975) “[...]private-label and premium branded flour are separate markets where premium brands sell for a higher price and a premium brand competitor made no effort to track private-label prices as it did with premium brand prices”.

145 Decisión Nestlé/Terrier, del 22 de julio 1992, DOL 356 de 5 de diciembre. En esta decisión se determinó que el diferencial de precios en Francia, entre el agua mineral y los refrescos no alcohólicos, entre un 200% y 300%, los hacía difícilmente sustituibles. También pueden verse las decisiones: Aérospatiale/Alenia/de Havilland, del 2 de octubre de 1991. DOL 334/42 del 5 de diciembre de 1991, punto. 8. La not. de 6 de junio de 1994. Modelo/Elosa, DOC 169/0 de 22 de julio de 1994 (CELEX), puntos 10 y sigs.

relevante¹⁴⁶. Este hecho ha determinado que si se supusiera una integración horizontal, los consumidores se verían limitados en sus posibilidades de demanda, pues la posible homogenización de los mercados podría llevar a la imposibilidad de consumo¹⁴⁷. En otro sentido, el demandante argumentará que la existencia de diferenciales de precio, indican la existencia de submercados y por ello no podrán ser incluidos en el mismo mercado¹⁴⁸.

En conclusión, el diferencial de precios sería razón suficiente para consagrar una partición de los mercados¹⁴⁹. En este sentido, el demandante estaría argumentando que los mercados negros a su vez presentan unas calidades diferentes si se relacionan con la seguridad y confianza que brinda el producto original¹⁵⁰.

146 A.G. Spalding & Bros., Inc. v. FTC, 301 F. 2d 585, 601, 603 (3d Cir. 1962) “[...] it is clear from the testimony that in each of the various product lines for which [...] price categories were established there is a separate line of low priced items which is not sold in competition with other items in the same product line. [...] The products in each of these categories are physically distinct from those in other; they are different in quality and price, as well as in the purpose for which they are made and used [...] [and] they constitute separate and distinct lines of commerce.” También se puede encontrar una relativización de calidades en relación al precio así: “[...] can be distinguished competitively from each other and that they constitute separate and distinct lines of commerce. [...] They are of different quality, are sold at different prices, and have different end-uses and different markets.”

147 LEARY, THOMAS B., *The Significance...* Ob cit.

148 PELLISÉ CAPELL, JAUME, *Mercado relevante, posición de dominio y otras cuestiones que plantean los artículos 82 TCE y 5 LEDC*, Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 57 y sigs.

149 HORNIK, DAVID M., *Combating...* Ob cit. “[...] Given that softlifters can make perfect copies nearly instantaneously for 1/100th of the cost of purchasing an original with little possibility of being caught, softlifting not only undoubtedly occurs, but is also undoubtedly commonplace. Thus, the software police have had to resort to extra-legal means to combat softlifting. At a simple level, the software publishers rely on “moral suasion”.

150 Geneva Pharmaceuticals Tech. Corp. v. Barr Labs. Inc. October 18, 2004. United States Court of Appeals for the Second Circuit.

5.2.2. PRODUCTOS DIFERENCIADOS

Otro elemento de crítica para no incluir los productos piratas dentro de un análisis antitrust radicaré, bajo la posición del demandante de un ilícito antitrust, en que el producto pirata y el legítimo son diferentes, pues porque aún existiendo semejanzas funcionales concretas, pueden concurrir diferencias técnicas significativas o requisitos externos al producto que no permiten la inclusión de ambos en un mismo mercado relevante. Un ejemplo de esto, sería la naturaleza ilegal del producto pirata, pues tal circunstancia eleva una barrera de entrada para cierto tipo de consumidores que asumirían más riesgos que las ventajas económicas del no pago de una licencia. Piénsese en una gran empresa, las sanciones por violación de derechos de autor, la mala publicidad que le proporcionará el hecho, son suficientes motivos para no participar en ese mercado.

La diferenciación, como lo enunciamos anteriormente, supera los aspectos funcionales objetivos, pues muchos de los productos dependen de un constante soporte técnico. En este sentido, serán puntos de referencia, la imposibilidad de obtener garantía por la ineficiencia del producto o de reclamación por responsabilidades por productos defectuosos¹⁵¹. Supongamos un programa pirata que se entrega con un virus o que fruto de una incompleta instalación o incompatibilidad genera la imposibilidad de uso del mismo o daños en el computador que hacen se pierda toda la información almacenada. El consumidor de este bien se quedará sin respaldo y sin posibilidades de buscar un resarcimiento de perjuicios¹⁵².

151 HORNİK, DAVID M., *Combating...* Ob cit. “[...] *The prototypic software police target is a medium sized business which uses computers for a variety of tasks around the office, thus requiring a number of different computer applications*”.

152 *Ibidem*. Una muestra de la acción de las políticas antipiratería se reflejan en las industrias. El fundamento de esto es que se construyen acuerdos de protección de los derechos de propiedad intelectual con las mismas organizaciones que encuadran grupos empresariales, generando barreras a la entrada. “[...] *Since the inception of the SPA’s anti-piracy campaign (a combination of litigation and education), some estimate that corporate piracy has been cut by almost 50%*.”

Todo el conjunto de diferencias en la calidad, contenido, soporte, garantías, obligaciones legales, imagen corporativa, etc., serían argumentos de un demandante para que no se tengan en cuenta dentro de un mismo mercado productos piratas y licenciados en razón de la sustituibilidad debido a las serias disconformidades en la homogeneidad.

5.2.3. TIPOLOGÍA DE CONSUMIDORES

Por último, un demandante argüirá que el mercado relevante está constituido por sujetos que no están dispuestos a intercambiar bienes legítimos por piratas y al contrario, habrá sujetos que no adquirirán bienes licenciados y preferirán el mercado negro. Este hecho puede ser entendido como según el desarrollo del caso de los bates de béisbol para juegos oficiales y los bates de béisbol para deporte aficionado, si bien éstos pueden prestar la misma utilidad objetiva, no se puede presumir que por ese hecho los profesionales los usarán en partidos de liga, pues para estas competencias usarán bates de marca y de calidades especiales certificadas¹⁵³.

En el caso de los productos de *software*, las restricciones a las empresas, el fácil control sobre sus máquinas, las posibilidades de secuestrar los bienes que incorporan *software* pirata, hacen que el riesgo sea demasiado alto para asumirlo, sobre todo en empresas de mediana y alta consideración. Por ello, éstas se verían incentivadas a cumplir con las normas protectoras de la propiedad intelectual y a ser vigilantes para que la competencia también las cumpla, pues de no ser así los competidores podrían obtener disminuciones en sus costos, lo que terminaría por afectar el mercado.

Este problema ha sido bien analizado en casos de competencia entre genéricos y productos de marca¹⁵⁴. Como es conocido, los

153 A.G. Spalding & Bros., Inc. v. FTC, 301 F.2d 585, 601, 603 (3d Cir. 1962).

154 Geneva Pharmaceuticals Tech. Corp. v. Barr Labs. Inc. 10 May 2002 Federal District Court [New York] United States; *Geneva Pharmaceuticals Tech. Corp. v. Barr Labs. Inc.* October 18, 2004. United States Court of Appeals for the Second Circuit.

productos genéricos en materia de medicamentos para poder participar del mercado necesitan licencias que verifican su funcionalidad y el cumplimiento de los estándares de salubridad para su fabricación. Es decir que en términos concretos la autoridad encargada de expedir estas licencias, básicamente lo que está certificando es la igual funcionalidad. Este hecho sin embargo no produce por sí mismo la inclusión de los productos en un mismo mercado relevante, pues las personas que llevan realizando por algún tiempo un tratamiento con esos medicamentos, en principio no estarán dispuestos a cambiarse, pues consideran que el suyo es de mayor calidad y que un cambio puede producir alteraciones en el tratamiento que no son convenientes. También, los médicos se inclinan más por los productos de marca y los recomiendan más que los genéricos, por ello los canales de distribución suelen diferenciarse, mientras los fabricantes de medicamentos de marca estimulan la decisión de los médicos, los fabricantes de medicamentos genéricos impulsan sus campañas en las farmacias.

Para concluir, un demandante argumentará que los consumidores son diferentes de cara a sus necesidades y a la confianza que le otorgan a los productos. Por estas razones, conducirán sus argumentos a demostrar que los productos originales o licenciados tienden a comportarse de manera inelástica, mientras los piratas se comportan entre ellos de forma elástica, condiciones que los llevan a concluir que los productos piratas no pertenecen al mismo mercado de los productos originales o licenciados.

6. PROBLEMATIZACIONES

A través de este artículo nos hemos podido encontrar con los problemas que se enuncian a continuación, desarrollados en diferentes grados y que se convierten en una invitación a la reflexión académica y a la elaboración de trabajos de investigación desde el derecho y la economía.

- El derecho de la libre competencia debe enfrentar la realidad de los mercados o la legalidad de los mismos.
- La piratería refleja un desbalance entre el valor de los bienes protegidos por la propiedad intelectual y la capacidad de pago de los adquirentes.
- La piratería acusa por un sistema que divida la protección de los derechos en grados de capacidad de quien los usa (estados, sector público, sector privado: gran, mediana y pequeña industria y particulares).

7. CONCLUSIONES

Después de haber trabajado nuestra problemática en las condiciones planteadas al inicio de nuestro trabajo, podemos señalar que para incluir productos piratas en un análisis antitrust, es imprescindible hacer dos tipos análisis: el primero, busca determinar si los productos piratas configuran un sustituto en términos funcionales desde un aspecto objetivo, es decir, un análisis del producto pirata en relación con el bien objeto de protecciones de derechos de propiedad intelectual, concentrándose en la capacidad para realizar las mismas operaciones, destrezas, rendimientos, calidades, etc., del producto original. El segundo análisis, nos enfrenta a estudios de temporalidad y libertad de circulación de los consumidores entre los bienes piratas y los bienes protegidos por derechos de propiedad intelectual, es decir a la facilidad de intercambio de los consumidores entre ambos bienes, los originales y los piratas.

En el caso del *software* como ejemplo transversal de toda nuestra discusión, la piratería lo que ha hecho es dividir el mercado a su entrada o crear uno nuevo, el de los bienes piratas. Así las cosas, describo el comportamiento de los agentes que compran bienes licenciados o piratas de la siguiente manera: quien adquiere los programas de *software* con licencia, lo hace por motivos de seguridad jurídica, como el caso de las empresas que corren altos

riegos de ser sancionados por la instalación de *software* pirata en sus ordenadores, por motivos éticos de respeto a los derechos de autor, por capacidad de pago, y por motivos de garantía y soporte, como principales razones. Quien compra productos piratas lo hace por inferior capacidad de pago (insuficiente disponibilidad de recursos), desconocimiento de la ilicitud, firme creencia de la impunidad de la misma, creencia en la baja lesividad de la conducta e imposibilidad de acceso a los productos licenciados.

Según lo anterior, realizamos de antemano la presunción de que el bien pirata y el bien licenciado son exactamente iguales en cuanto a sus usos esenciales (claro que el pirata carece, en principio, de soporte, asunción de responsabilidades por daños o imposibilidad de reclamación, que serán considerados como no esenciales y de baja importancia para nuestra concepción del estudio antitrust) cumpliendo con el primer punto de análisis, los bienes piratas y los licenciados, cumplen desde un estudio objetivo una simetría funcional, es decir que desde este aspecto son perfectamente intercambiables.

El segundo análisis, referido a la temporalidad y libertad de circulación de los consumidores, entre bienes licenciados y piratas, es un poco más complejo. Cuando entra un bien pirata al mercado pueden ocurrir principalmente dos tipos de conducta: la primera, consiste en atraer una demanda insatisfecha, esto es, personas que antes no adquirían estos bienes comienzan a adquirirlos, o personas que antes estaban en los bienes licenciados se pasan a los bienes piratas. La segunda, describe a los agentes que desean continuar con los bienes licenciados con fundamento en la fidelidad a la marca, el respeto por los derechos de autor, la capacidad económica, el miedo a las sanciones, etc.

Así entendidas las conductas de los agentes, el elemento temporalidad nos puede demostrar el hecho de una reestructuración del mercado. Esto es, si los agentes económicos no están oscilando entre un bien y el otro, sino que se quedan con los bienes piratas o con los bienes de marca, el mercado está presentando una clara división, donde se pueden encontrar dos tipos de agentes consumidores muy diferenciados. En primer lugar, encontraremos

al consumidor de los bienes piratas que no estará dispuesto a asumir los costos económicos del bien original y por tanto no considera la opción de cambiarse a éste. En segundo lugar, está el consumidor de los bienes originales, que reconoce que puede ser más costoso el riesgo de la adquisición de los bienes piratas (las sanciones producto de la ley, el escarnio público, el reproche ético, entre otras) y por ello no es una opción adquirir este tipo de bienes. Desde la perspectiva de la movilidad de los agentes económicos, así el producto sea completamente intercambiable desde un aspecto objetivo–funcional, la diferencia de precios y los riesgos, hacen que cada bien constituya mercados diferentes, pues no habrá movilidad entre estos productos. El fenómeno así entendido, consideraría un nuevo bien que desplaza en el momento de su llegada al mercado, a algunos consumidores que consumían el bien original para trasladarse al nuevo y fijarse a éste de forma continua, presentando como resultado final la estabilización de ambos mercados.

Con fundamento en lo anterior, al realizar un análisis de mercado relevante la autoridad de la competencia tendrá no sólo la obligación de identificar las calidades, prestaciones, especificidades, para tomar una decisión sobre el mercado relevante, sino que, sobrepasando los límites de la legalidad o ilegalidad de los bienes, tendrá que evaluar la capacidad de los agentes para oscilar entre los mercados de cada bien estudiado particularmente. En casos de bienes con marcas posicionadas o de alta fiabilidad, la demanda puede ser completamente inelástica, lo que a fin de cuentas produce, como consecuencia, que los nuevos bienes que entren pueden pelearse la parte de la demanda no satisfecha. Por tanto, en mercados con piratería, cuando entran más oferentes de bienes piratas, el efecto que realmente producen es reducir el mercado de los mismos bienes piratas sin trastornar más el mercado de los bienes originales, licenciados, con derechos de propiedad intelectual o de marca; pues éstos, en principio, sólo sufren trastornos en los inicios de la entrada del nuevo oferente de bienes piratas. Posteriormente sería más o menos natural que las ventas del productor de bienes originales se mantengan. Así, bajo todos estos supuestos, serán mercados diferentes el de los bienes piratas y el de los bienes originales.

En conclusión, los bienes piratas pueden ser tenidos en cuenta en un mercado relevante; pero si el diferencial de precios es considerable entre el bien pirata y el original, y además después de la entrada se estabilizan los mercados pudiéndose identificar sus consumidores por una nula o muy pobre intercambiabilidad de los consumidores entre estos bienes, habrá que afirmar que nos encontramos frente a dos mercados diferentes, así funcionalmente los bienes sean idénticos.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- BELLAMY, CHRISTOPHER; CHILD, GRAHAM, *Derecho de la competencia en el mercado común*, trad. ERIC PICAÑOL, Civitas, Madrid, 1992.
- BOTERO RESTREPO, CECILIA, *El derecho antitrust o de la libre competencia en los Estados Unidos*, Señal Editora, Medellín, 2002.
- BOTERO RESTREPO, CECILIA, *El derecho antitrust o de libre competencia en los Estados Unidos*, Señal Editora, Medellín, 2002.
- EL CONSTANTINE, LARRY L.; LOCKWOOD, LUCY D.C., *software for Use: a Practical Guide to the Models and Methods of Usage Centered Design*, Addison-Wesley Professional, 1999.
- GALÁN CORONA, EDUARDO, *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Motecorvo, Madrid, 1977.
- GORDON, RICHARD L., *Antitrust Abuse in the new economy. The Microsoft case*, Edgard Elgar, Northampton, 2002.
- International Federation Of The Phonographic Industry (IFPI), *The recording industry 2005 commercial piracy report*, IFPI, London, 2005.
- MÁRQUEZ ESCOBAR, CARLOS PABLO, *Violación a los derechos de propiedad intelectual. El caso de la piratería de software*, colección Investigaciones 2, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas – Javergraf, Bogotá, D.C., 2004.

- NAÏR, SAMI, *El imperio frente a la diversidad del mundo*, En Debolsillo, Barcelona, 2004.
- PELLISÉ CAPELL, JAIME, *Mercado relevante, posición de dominio y otras cuestiones que plantean los artículos 82 TCE y 5 LEDC*, Aranzadi, Navarra, 2002.
- SAMUELSON, PAUL A.; NORDAHAUS. WILLIAM D., *Economía*, 12ª, McGraw-Hill, trad. de LUIS TOHARIA CORTÉS, 12ª ed., Madrid, 1989.
- UTTON, MICHAEL, *Market dominance and antitrust policy*, 2ª ed., Edward Elgar, Northampton, 2003.
- WAELEBROECK, MICHEL; FRIGNANI, ALDO, *Derecho europeo de la competencia*, t. II, Bosch, Barcelona, 1998.

ARTÍCULOS

- BARFIELD, CLAUDE E.; GROOMBRIDGE, MARK A., “Parallel Trade in the Pharmaceutical Industry: Implications for Innovation, Consumer Welfare, and Health Policy”, en: 10 Fordham I.P., *Media & Ent. L.J.* 185, 1999.
- CASS, RONALD A.; HYLTON, KEITH N., “Antitrust intent”, 74 S. *Southern California Law Review*, vol. 74, 2001, 657, 725.
- COASE, RONALD, “Durability and monopoly”, *Journal of Law and Economics*, vol. 15, 1972.
- COSOVANU, CATALIN, “Piracy, price discrimination, and development: the software sector in eastern Europe and other emerging markets”, en: *Columbia Science and Technology Law Review*, 2003.
- DÍEZ ESTELLA, FERNANDO, “Algunas consideraciones en torno a la comunicación sobre definición de mercado relevante de la Comisión Europea y las *Merger Guidelines* del Departamento de Justicia de EE.UU.”, en: *Anuario de la competencia*, Fundación ICO-Marcial Pons, págs. 321-348.
- FERNÁNDEZ-NOVOA, CARLOS, “Significado y delimitación del mercado relevante”, en: *Actas de derecho industrial*, n° 6, págs. 265 a 267.

- GENEVAZ, SIMON, “Against immunity for unilateral refusals to deal intellectual property: why antitrust law should not distinguish between IP and other property rights”, en: *Berkeley Technologies Law Journal*, 19-741, Spring 2004.
- HORNIK, DAVID M., “Combating software piracy: the soft lifting problem”, *Harvard Journal Law & Technologies*, n°7, 1994, 377, 395-96.
- LEARY, THOMAS B., “The significance of variety in antitrust analysis”, en *Antitrust Law Journal*, n° 68-3, págs. 1007-1022.
- MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, “Anotaciones sobre el derecho antimonopólico en los Estados Unidos de Norteamérica”, en: *CEDEC III*, Seminarios 8, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, 1999.
- POSNER, RICHARD, “Antitrust in the new economy”, *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, n° 106, Chicago, 200.
- SCHERER, F.M.; ROSS, DAVID, *Industrial market structure and economic performance*, ed. Houghton Mifflin, Boston, 1990.
- SHAPIRO, CARL, “Antitrust limits to patent settlements”, en: *RAND Journal of Economics*, vol. 34, n° 2, Summer 2003, págs. 391-411.
- SHARMA TRIDIB, “Fijación de precios en un monopolio de bienes durables”, en: *Gaceta Económica*, ITAM, año 7, n° 13, págs. 23-38.
- YU, PETER K., “P2P and the future of private copying”, en: *University of Colorado Law Review*, 76, 653, Summer, 2005.

PÁGINAS DE INTERNET

- <http://www.bsa.org/usa/antipiracy/Types-of-Piracy.cfm> (visitada por última vez: marzo 1° de 2006).
- <http://www.siiia.net/piracy/whatis.asp#types> (visitada por última vez: marzo 1° de 2006).
- http://www.federacioneditores.org/0_Resources/Documentos/IFRROPiracyPositionPaper_Esp.pdf (visitada por última vez: marzo 1° de 2006).

- http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/horiz_book/toc.html (visitada por última vez: febrero 1° de 2006).

DECISIONES DE AUTORIDADES

DECISIONES NACIONALES

DECISIONES EXTRANJERAS

- A & M Records, Inc. v. Napster, Inc., 54 U.S.P.Q.2d 1746, 1747 (N.D. Cal. 2000).
- Aluminum Co. of America (Alcoa) v. United States, 148 F.2d. 416 (1946).
- Brown Shoe Co. v. United States, 370 US 294 (1962).
- Comunicación (97/C 372/03) de la Comisión Europea relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia.
- Decisión ABC/Générale des Eaux/Canal Plus de 10 de septiembre de 1991, DOC 244/5 de 19 de septiembre de 1991.
- Decisión Aéropatiale.Alenia/de Havilland, del 2 de octubre de 1991. DOL 334/42 del 5 de diciembre de 1991.
- Decisión de 22 de julio de 1992. Nestlé/perrier. DOL 356 de 5 de diciembre de 1992 numerales 8 a 13.
- Decisión del Consejo General de la OMC del 30 de agosto de 2003. WT/GC/M/82.
- Decisión Kesko-Tuko, DOL 247 de 2 de julio, decisión de 19 de febrero de 1997.
- Decisión Napier Brown-British Sugar del 18 de julio de 1988. DOL 284/41 de 19 de octubre, numeral 42.
- Decisión Nestlé/Terrier, del 22 de julio 1992, DOL 356 de 5 de diciembre.
- Decisión Saint Gabain-Wacker chemie-Now, DOL 247 de 10 de diciembre, decisión del 4 de diciembre de 1996.
- Eastman Kodak Co v. Image Technical Servs, Inc., 504 U.S. 451, 464 (1992).

- Geneva Pharmaceuticals Tech. Corp. v. Barr Labs. Inc. 10 May 2002 Federal District Court [New York] United States.
- Microsoft Corp. v. Software Wholesale Club, Inc, 129 F. Supp.2d 995 (SDTex. 2000).
- Procter & Gamble/VP Schickedanz II, DOL 354/2 de 31 de diciembre de 1994. Numerales 38 a 42.
- Reglamento (CE) n° 772/2004 de la Comisión, de 27 de abril de 2004. relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología. *Diario Oficial* n° L 123 de 27/04/2004 págs. 0011-0017.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas Europemballage y Continental Can/Comisión, 6/72, Rec. pág. 215 y sigs, apartado 32. Sentencia del Tribunal de Justicia del 21 de febrero de 1973.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. CICRA y Maxicar c. Renault, octubre 5 de 1988, rec., p. 6039, 276, 544, 747, 845, 856.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Volvo c. Veng, octubre 5 de 1988 238/87, rec., p. 6211, 276, 747, 845, 856.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. General Motors, noviembre de 1975, asunto 26/75. Rec., p. 1367, 389.
- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia. asunto Kisk Glass/ Comisión del 30 de marzo de 2000. T-65/1996.
- Sentencia NV L'Oreal y SA L'Oreal c. PVBA (De Nieuwe AMCK) del 11/12/1980, asunto 31/80 considerando 25.
- United States v. Aluminum Co.of America, 148 F.2d 416, 429 (2d Cir. 1945).
- United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377, 391 (1956).
- United States v. Microsoft Corp., 980 F. Supp. 537, 545 (D.D.C. 1997).
- United States v. Microsoft Corp., 253 F. 3d 34, 81-82 (D.C. Cir. 2001).

- *United States v. Federal Co*, 403 F. Supp. 161, 167 (W.D. Tenn. 1975).
- *United States v. Federal Trade Commission*, 403 F. Supp. 161, 167 (W.D. Tenn. 1975).

