

**LA INNOVACIÓN SUBSIGUIENTE  
COMO LÍMITE ECONÓMICO PARA LA  
VALORACIÓN DEL COMPORTAMIENTO  
DE ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE  
RELACIONADO CON LAS NEGATIVAS  
A CONTRATAR O LICENCIAR\***

**FOLLOW-ON INNOVATION AS AN ECONOMIC  
REASON TO ALLOW INTERVENTIONS  
FROM COMPETITION LAW IN REFUSAL  
TO DEAL OR TO LICENSE CASES**

*Carlos Andrés Uribe Piedrahita\*\**

*Fecha de recepción: 11 de febrero de 2013  
Fecha de aceptación: 22 de febrero de 2013*

**Para citar este artículo / To cite this article**

Uribe Piedrahita, Carlos Andrés, La innovación subsiguiente como límite económico para la valoración del comportamiento de abuso de posición dominante relacionado con las negativas a contratar o licenciar, 126 Vniversitas, 269-298 (2013)

SICI: 0041-9060(201301)62:126<269:ISLVCA>2.0.TX;2-C

---

\* Este artículo se encuentra en el marco de las investigaciones adelantadas en el grupo de investigación de derecho económico de la puj. Además, hace parte de la difusión de la tesis doctoral sustentada en la Universidad de Salamanca, España, en diciembre del 2012.

\*\* Doctor en Derecho, Profesor Investigador de la Facultad de Ciencias Jurídicas Pontificia Universidad Javeriana.  
Correo electrónico: uribecarlos@javeriana.edu.co

## RESUMEN

Uno de los problemas más relevantes que enfrenta el derecho de la competencia al tratar la relación compleja entre competencia e innovación se presenta en la valoración de las *eficiencias dinámicas*, tanto por los perjuicios que una intervención de la autoridad de competencia pueda causar sobre las condiciones de acceso con relación a los procesos de inversión e innovación, como por los beneficios que se pueden obtener por la intervención que facilita el acceso o las condiciones de acceso. En este artículo se estudia, desde la perspectiva del bienestar del consumidor y con especial referencia a la casuística europea, la capacidad del derecho de la competencia para intervenir en materia de propiedad intelectual cuando los comportamientos de las empresas dominantes pretenden excluir una competencia por sustitución, fundamentalmente frenando la innovación subsiguiente; y de forma excepcional, se considera la competencia por imitación cuando esta es el único camino para participar en un mercado tecnológico que requiere dicha imitación como base para el desarrollo de nuevos y mejores productos que el consumidor valora y para los que existe una demanda potencial en la misma vía que la innovación subsiguiente. En este último caso, se considera de forma importante el fenómeno de los estándares como instrumentos o derechos que permiten excluir o contribuir al proceso de innovación en la forma de recursos indispensables para la competencia en una industria tecnológica donde la innovación y la diferenciación son el camino óptimo para obtener cuota de mercado, permanencia y rendimientos económicos.

**Palabras clave autor:** Derecho de la competencia, competencia por imitación y competencia por sustitución, recursos esenciales, innovación cumulativa o innovación subsiguiente, negativas a contratar.

**Palabras clave descriptores:** Derecho de la competencia, derecho comercial, regulación del comercio, competencia (derecho).

## **ABSTRACT**

*One of the most relevant issues that competition Law has to confront in the complex field of the relation between competition and innovation is the assessment of dynamic efficiencies, either on the ex ante assessment of the possible harms that a competition authority could do to the market access conditions for investments and innovation process, as well as the benefits that could be expected by the authority intervention to allow better conditions of access to innovators. In this paper we studied, from a consumer well-being perspective and with a special reference to European case Law, the ability of antitrust law to intervene on intellectual property cases when dominant firm behaviors is willing to exclude competition by substitution, especially when she is impairing cumulative innovation. And we exceptionally deal with competition by imitation, particularly when it is the unique solution to participate in a technological market which requires an imitation on the bottom to allow competitors to be able to develop new and better products that consumers are theoretically willing to demand. In this respect, competition by imitation plays a roll closer to competition by substitution. In the last case, we recognize the importance of the standards in the market than can be used as a tool to achieve exclusionary objectives or that can contribute to the innovation process as a form of essential resources (a manner of essential facility build on intellectual property resource) that allows competition on technologic industries, where innovation and differentiation are the optimal path to achieve market share, stability and economic growth.*

**Keywords author:** *Competence Law, competence by imitation and competence by substitution, essential resources, cumulative innovation or subsequent innovation, rejections in hiring.*

**Keywords plus:** *Antitrust Law, Commercial Law, trade regulation, competence (Law).*

## **SUMARIO**

I. CONSIDERACIÓN GENERAL.- II. LA INNOVACIÓN SUBSIGUIENTE Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA.- III. RELACIÓN DE LA INNOVACIÓN SUBSIGUIENTE CON LAS NEGATIVAS A CONTRATAR.- IV. VALORACIÓN DEL BIENESTAR DEL CONSUMIDOR EN MERCADOS DONDE INTERVIENEN DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y LA INNOVACIÓN SUBSIGUIENTE COMO LÍMITE A LAS NEGATIVAS A CONCEDER LICENCIAS.- V. CRÍTICAS AL TEST DEL BIENESTAR DEL CONSUMIDOR.- VI. TEST DEL BIENESTAR DEL CONSUMIDOR EN NEGATIVAS A CONCEDER LICENCIAS.

## I. CONSIDERACIÓN GENERAL

(1) Uno de los problemas más relevantes que enfrenta el derecho de la competencia al tratar la relación compleja entre competencia e innovación se presenta en la valoración de las *eficiencias dinámicas*, tanto por los perjuicios que una intervención de la autoridad de competencia pueda causar sobre las condiciones de acceso con relación a los procesos de inversión e innovación, como por los beneficios que se pueden obtener por la intervención que facilita el acceso o las condiciones de acceso.

Una empresa dominante que realiza conductas que afectan las dinámicas de la competencia, bien al impedir la investigación y el desarrollo de nuevos productos (innovación subsiguiente<sup>1</sup>), o bien al impedir que los competidores puedan mejorar los productos existentes en el mercado, atenta contra las dinámicas propias de los mercados de innovación (e imitación en cierto grado, cuando es el único camino para participar en dichos mercados). La consecuencia o efecto de estos comportamientos se indica, de un lado, en la pérdida de bienestar de los consumidores en el largo plazo por la disminución de las tasas de innovación/desarrollo y, de otro lado —cuando los efectos se relacionan con la obstrucción adelantada por una empresa dominante a los procesos de imitación—, en la pérdida de bienestar producto de la limitación al uso de las tecnologías o innovaciones como forma de explotación de la información perteneciente al dominio público. En este último evento la pérdida de bienestar se presenta en la forma de la creación de obstáculos a la competencia por precios y/o al poder de elección de los consumidores<sup>2</sup>. Parte de este análisis se relaciona con la extensión y el alcance de los derechos de propiedad intelectual, ya que la protección de

- 1 Para una revisión de los incentivos sobre la innovación subsiguiente (innovación acumulativa) que deben ser tenidos en cuenta por el derecho de patentes y los acuerdos entre las empresas, Vid. Suzanne Scotchmer, *Standing on the Shoulders of Giants: Cumulative Research and the Patent Law*, 5 *Journal of Economic Perspectives*, No. 1, 29-41 (1991); Dennis W. Carlton & Heyer Ken, *Extraction vs. Extension: the Basis for Formulating Antitrust Policy Towards Single-Firm Conduct*, 4 *Competition Policy International*, No. 2, 285-305 (2008); Richard Gilbert, *Competition and Innovation*, 1 *Journal of Industrial Organization Education*, No. 1, Article 8, 1-24 (2006); Ilya Segal & Michael D. Whinston, *Antitrust in Innovative Industries*, 97 *American Economic Review*, No. 5, 1703-1730.
- 2 Vid. Mark A. Lemley, *The Economics of Improvement in Intellectual Property Law*, 75 *Texas Law Review*, 989 y ss. (1997); Mark A. Lemley, *The Economics of Improvement in Intellectual Property Law*, *Stanford Law and Economics Olin Working Paper*, No. 365, 1-105 (2008). Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1274199>

tales derechos puede generar diferentes problemas en la relación entre los beneficios sociales de la innovación y los beneficios económicos obtenidos o esperados por el titular de los derechos. Por ejemplo, Scotchmer apunta que si se permite al titular aprovechar solamente para sí los beneficios económicos de su innovación, se pueden generar dos problemas en relación con la innovación futura:

(a) *Regímenes de derechos de propiedad intelectual con protecciones muy estrictas o amplias, pueden dar lugar a precios monopólicos socialmente ineficientes (desincentivando la innovación subsiguiente e incremento de las externalidades de los monopolios) y;*

(b) *las empresas, al entrar en competencia por la protección de los derechos de propiedad intelectual pueden sobre-invertir en investigación y desarrollo, si la protección que otorgan los derechos de propiedad intelectual es más alta que los costes mínimos de obtener los resultados de dicha investigación y desarrollo (reducción de la inversión subsiguiente)*<sup>3</sup>.

(2) La idea que se desprende de esta consideración se explica bajo el entendido de que la protección de la propiedad intelectual debe dar lugar a la incursión de terceros en los procesos de innovación subsiguiente (buscando bienes inmateriales alternativos o complementarios), permitiendo que el titular de la innovación primaria obtenga los beneficios sociales de su innovación (incluidos los beneficios de la innovación subsiguiente), pero en un nivel tal que garantice que los innovadores subsiguientes puedan participar de los beneficios sociales que genera la innovación primaria<sup>4</sup>.

(3) En este sentido, una innovación primaria genera, como parte de los beneficios sociales, los incentivos para que ocurran las innovaciones subsiguientes, en especial, en tres direcciones: (a)

3 Vid. Suzanne Scotchmer, *Standing on the Shoulders of Giants: Cumulative Research and the Patent Law*, cit. supra, 31.

4 La innovación primera recibe el nombre de *herramienta de investigación (researchtool)* en la literatura económica sobre innovación; para una revisión en materia de biotecnología, vid. Federal Trade Commission, *To promote Innovation: The Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy*, Cap. 3, 18 (2003): “A research tool is a technology that is used by pharmaceutical and biotechnology companies to find, refine, or otherwise design and identify a potential product or properties of a potential drug product”. Disponible en: [www.ftc.gov/os/2003/10/innovationrpt.pdf](http://www.ftc.gov/os/2003/10/innovationrpt.pdf); Irina Haracoglou, *Competition Law and Patents. A Follow-on Innovation Perspective in the Biopharmaceutical Industry*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 7 y ss. (2008); Thorsten Käseberg, *Intellectual Property, Antitrust and Cumulative Innovation in the EU and the US*, Hart Publishing, Oxford, 110, nota 77 (2012).

dependencia absoluta para una innovación posterior; **(b)** disminución de costes en las innovaciones futuras y; **(c)** aceleración de un proceso de innovación sin reducir sus costes. El reconocimiento de tales beneficios sociales producto de la innovación permite, de un lado, que al reconocer ese beneficio social en forma de réditos económicos, las empresas inviertan en invenciones que pueden ser más costosas que el resultado primario de dicha innovación, pudiendo participar posteriormente en los beneficios de las innovaciones subsiguientes como compensación a su inversión primaria y exige, de otro lado, que los regímenes de propiedad intelectual deban dar margen para que los innovadores subsiguientes puedan desarrollar y obtener beneficios sobre las innovaciones primarias<sup>5</sup>.

**(4)** Es importante reconocer que en el mercado existen incentivos suficientes para otorgar licencias sobre la primera innovación o herramienta de investigación. Generalmente el titular del derecho de propiedad intelectual persigue conceder licencias con el objeto de obtener beneficios sobre las mejoras que realizan los siguientes innovadores (innovación subsiguiente)<sup>6</sup>. En todo caso, el titular de un derecho de propiedad intelectual puede negarse a conceder licencias sobre sus derechos de forma legítima; tal comportamiento se encuentra protegido por las mismas normas de propiedad intelectual y solo en circunstancias específicas bajo dichas legislaciones se consagran medidas de licencias obligatorias, normas de agotamiento de los derechos y límites temporales y materiales que restringen el alcance y extensión de los derechos de propiedad, facilitando así la circulación, difusión y uso de los bienes que incorporan tales derechos<sup>7</sup>. Sin embargo, se puede considerar que si el titular de un

---

5 Vid. Suzanne Scotchmer, *Standing on the Shoulders of Giants: Cumulative Research and the Patent Law*, cit. supra, 31.

6 Un ejemplo aun más crítico se presenta en los mercados en red, especialmente en mercados de software, donde el titular del derecho de propiedad intelectual puede usar una estrategia de licencia gratuita con el objetivo de establecer un estándar en el mercado y, una vez conseguido dicho objetivo, modificar su comportamiento restringiendo la entrada de competidores y obteniendo beneficios por medio de los efectos de red directos e indirectos (por los usuarios de la red y por los desarrolladores de programas con base en la red, respectivamente); Vid. Thomas A. Jr. Piraino, *Identifying Monopolists' Illegal Conduct under the Sherman Act*, 75 *New York University Law Review*, No. 4, 888-889 (2000).

7 Entre los límites a los derechos de propiedad intelectual se encuentran: *límites endógenos* como los requisitos de la protección, alcance y tiempo, el principio del agotamiento, las excepciones al derecho exclusivo, los regímenes para establecer licencias obligatorias (en patentes y la gestión colectiva de derechos de autor), los derechos de ingeniería inversa y des-compilación de software; y *los límites exógenos* como las doctrinas del abuso de los derechos de propiedad

derecho de propiedad intelectual se niega a conceder una licencia y las mejoras o invenciones alrededor del derecho no son posibles, puede ocurrir, de un lado, que las innovaciones subsiguientes por parte de terceros no puedan darse, generándose así un potencial *cierre de mercado en los mercados de innovación*<sup>8</sup> o, de otro lado, si se realizan mejoras y el titular del derecho de propiedad intelectual puede oponerse a cualquier comercialización de estas, el efecto se presenta como un potencial *cierre de mercado en el mercado de productos*<sup>9</sup>.

## II. LA INNOVACIÓN SUBSIGUIENTE Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

(5) Los derechos de propiedad intelectual pueden ser vistos desde el derecho de la competencia como una barrera a la entrada, sin que dicha calificación tenga una connotación peyorativa<sup>10</sup>. La creación de derechos de propiedad intelectual tiene una finalidad propia: la protección de la información técnica, artística y comercial como bien inmaterial<sup>11</sup>, bien como criterio de promoción tecnológica, de la innovación (patentes y secretos) y de las expresiones artísticas

---

intelectual (*misuse doctrine*) y la posibilidad por parte de las cortes de sustituir remedios de exclusión por remedios de responsabilidad, además de la doctrina de los recursos esenciales en materia de negativas a conceder una licencia en el derecho de la competencia. Entre estas limitaciones y excepciones a los derechos de propiedad intelectual la única que ha recibido una atención parecida al derecho de la competencia como límite externo es la doctrina del abuso de los derechos de propiedad intelectual en la versión de los Estados Unidos (*misuse doctrine*).

- 8 Se hace referencia a los mercados de innovación como los mercados donde ocurren los procesos de investigación y desarrollo que están destinados a la creación de nuevos productos o el desarrollo de nuevos procesos, pero también al mejoramiento de los existentes. También hacen parte de estos mercados la creación de sustitutos cercanos a los bienes y servicios existentes.
- 9 El mercado de producto al que se hace referencia en este apartado consiste tanto en los productos intermedios o finales que son creados bajo el uso de derechos de propiedad intelectual, como también los productos que son usados como inputs en conjunto con derechos de propiedad intelectual en la creación de otros productos.
- 10 El derecho de la competencia es otra de las herramientas de la política industrial que promueve el bienestar de los consumidores, asumiendo que la innovación y la protección de la misma es esencial para el desarrollo y el bienestar en el largo plazo. *Vid.* Suzanne Scotchmer, *Innovation and Incentives*, MIT Press, Cambridge, 34-58 (2004); Herbert Hovenkamp & Christina Bohannon, *Creation without Restraint. Promoting Liberty and Rivalry in Innovation*, Oxford University Press, Oxford, 8-15, 60-97 (2012).
- 11 Se debe reconocer que la información es costosa de excluir y no presenta problemas de rivalidad (bien no rival que no se agota por el uso de un agente sobre otro). Estos dos elementos son característicos de los bienes públicos y por ello se requiere de la intervención del derecho para limitar la apropiación de la información, otorgando principalmente derechos de propiedad sobre la misma a un titular.

(derechos de autor), o bien como un mecanismo para asegurar la distinción y competencia en los mercados o su integridad (especialmente con relación al derecho de marcas)<sup>12</sup>. En este sentido, el reconocimiento de derechos de propiedad intelectual es el resultado de la búsqueda de solución a un problema económico: la incapacidad del sistema de economía de mercado (mercados competitivos) para generar y mantener incentivos eficientes en la generación de innovación en determinados mercados<sup>13</sup>. La idea que se expresa en tal problema económico se comprende por la imposibilidad que enfrenta un innovador para recuperar los costes hundidos de las inversiones (y el riesgo del éxito) en la producción de información (o conocimiento) si la misma no es protegida de la explotación oportunista por parte de terceros que no asumen dichos costos<sup>14</sup>.

(6) Si bien es correcta la idea de la *promoción de incentivos ex ante* para la producción de información (innovación y desarrollo de productos y servicios) como forma de apropiación privada de los resultados, también es necesario señalar que dichos incentivos son solo una parte importante de una política de innovación, especialmente porque dicha política debe preocuparse a su vez por el derecho a competir por *nuevas innovaciones* y por la *protección del dominio público*, esto es, las posibilidades de innovar alrededor de los derechos protegidos y el tiempo para una apropiación pública de las creaciones intelectuales, bien para la creación de nuevos productos y servicios, o bien para su libre uso<sup>15</sup>.

12 Dicha descripción concuerda con dos posibles objetivos económicos del derecho de la propiedad intelectual. Para un estudio más amplio, *Vid.* Peter S. Menell & Suzanne Scotchmer, "Intellectual Property", en: Mitchell Polinsky & Steven Shavell, Eds., *Handbook of Law and Economics*, Vol. 2, North Holland, Cap. 19, 2 (2007).

13 En una economía de mercado los rendimientos económicos o utilidades tienden a ser cero (costes marginales iguales a precios marginales). Desde un punto de vista *ex post*, dicho resultado es conveniente para el bienestar del consumidor, esto es, se restringe la pérdida irrecuperable del monopolista y se limitan las transferencias de bienestar de los consumidores a las empresas, resultando como consecuencia el mantenimiento de precios bajos. Sin embargo, desde un punto de vista *ex ante*, dicha interacción entre precios y costes, produce niveles sub-óptimos de inversión en investigación y desarrollo, esto es, las empresas no invertirán en el desarrollo de nuevas tecnologías y productos, ni los creadores invertirán tiempo en la creación de nuevas obras si los competidores pueden entrar al mercado y apoderarse de los beneficios sin incurrir en dichos costes.

14 Para un estudio amplio de los derechos de propiedad intelectual desde su relación económico-jurídica, *Vid.* William M. Landes & Richard A. Posner, *La Estructura Económica del Derecho de Propiedad Intelectual e Industrial*, Fundación Cultura del Notario, Madrid (2006); Robert P. Merges, *Justifying Intellectual Property*, Harvard University Press, Cambridge (2011); Peter Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, Dartmouth Publishing (1996).

15 *Vid.* Herbert Hovenkamp & Christina Bohannon, *Creation Without Restraint*, cit. supra, X-XI.

(7) En la línea de la política de innovación, el derecho de propiedad intelectual consagra los mecanismos para que el titular pueda excluir a los terceros que infringen su derecho con fundamento en los equilibrios ya establecidos en dicha normatividad (*derechos-límites*) como expresión de los incentivos *ex ante*; es decir, un titular de derechos de propiedad puede excluir a los terceros como consecuencia de la extensión y el alcance que la normatividad le permite (*exclusión dentro de las fronteras del derecho de propiedad intelectual o exclusión legal*) para la obtención de los beneficios privados<sup>16</sup>. Desde la relación entre el derecho de la competencia y el derecho de la propiedad intelectual, dicha exclusión debe ser diferenciada de la exclusión del mercado, pues esta pertenece al campo de análisis del derecho de la competencia y sus límites se encuentran dentro de esta legislación y en la aplicación que de la misma hacen las autoridades de competencia (*exclusión del mercado*)<sup>17</sup>.

(8) El campo de intervención del derecho de la competencia en materia de innovación puede ser considerado sobre los incentivos *ex post* del derecho de la propiedad intelectual, es decir, sobre los incentivos que dicha legislación puede crear para promover otras inversiones en la mejora de la propiedad intelectual por el propio titular o para controlar la sobreexplotación de dichos derechos por terceros (conocido como la tragedia de los comunes<sup>18</sup>)<sup>19</sup>. Este campo de intervención del derecho de la propiedad intelectual puede ser problemático frente al derecho de la competencia, en especial porque, a diferencia de los incentivos *ex ante* o incentivos para invertir en la innovación primaria o de nuevas obras, los incentivos *ex post* se basan en garantizar una mayor disposición al titular de dichos derechos sobre la propiedad intelectual que ya ha sido creada, y que pueden limitar la intervención de terceros en el mercado sobre la innovación subsiguiente (límites a las eficiencias dinámicas)<sup>20</sup>.

16 Vid. Mark A. Lemley, *Ex Ante Versus Ex Post Justifications for Intellectual Property*, 71 *University Chicago Law Review*, 129 y ss. (2004).

17 Vid. Herbert Hovenkamp & Christina Bohannon, *Creation Without Restraint*, cit. supra, 5: “[...] the courts were ambiguous and inconsistent about where one should draw the line between the ‘right to exclude’ inherent in a patent and the ‘anticompetitive exclusion’ that concerned antitrust. That is, they often confused ‘boundary exclusion’ with ‘market exclusion’”.

18 Vid. Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 162 *Science*, No. 3859, 1243-1248 (1968).

19 Vid. Mark A. Lemley, *Ex Ante Versus Ex Post Justifications for Intellectual Property*, cit. supra, 4.

20 Ejemplo de la extensión de los derechos de propiedad intelectual se encuentra en los argumentos de Kitch, especialmente para argumentar que los titulares de derechos de propiedad intelectual no realizarán un uso eficiente de sus invenciones, si ellos no pueden apropiarse de

Como aspecto igualmente problemático se encuentra el conjunto de comportamientos por medio de los cuales una empresa dominante trata de extender la protección del derecho de exclusión por fuera del tiempo legalmente permitido (extensión abusiva de un derecho de propiedad intelectual)<sup>21</sup>.

(9) En mercados donde la *innovación es cumulativa*, los derechos de propiedad intelectual confieren al titular derechos de exclusión sobre las mejoras y la innovación subsiguiente que requiere dicha innovación como una *herramienta de investigación*. En este sentido se debe reconocer que el titular de los derechos de propiedad intelectual es libre de utilizar su derecho de exclusión bajo negativas a contratar; sin embargo, en numerosos casos el objetivo del titular de los derechos es participar económicamente de las mejoras e innovación subsiguiente por medio de licencias, obteniendo beneficios económicos por la participación de terceros en el mercado de la innovación al utilizar la suya como base para los siguientes desarrollos. En ausencia de una licencia, un agente económico que desee realizar mejoras o innovaciones subsiguientes se ve excluido del mercado, en especial cuando dicho agente no puede realizar dichas actividades alrededor de los derechos de propiedad intelectual existentes, generando como consecuencia que tales derechos causen a su vez desincentivos a la innovación por parte de terceros, restringiendo de esta forma las eficiencias dinámicas en los mercados de innovación subsiguiente y mercados de mejoras<sup>22</sup>.

(10) La valoración de los incentivos en la creación de herramientas de investigación (primera innovación) y los desincentivos o restricciones que la protección de estas genera para la *innovación subsiguiente*, no es un ejercicio fácil de balancear, tanto en la medida

---

todos los beneficios de sus invenciones, *Vid.* Edmund W. Kitch, *The Nature and Function of the Patent System*, 20 *Journal of Law and Economics*, 265, 271-275 (1977).

21 Recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunció en apelación sobre el asunto *AstraZeneca* por abuso del sistema de propiedad intelectual como un comportamiento de abuso de posición dominante. En este, el tribunal señaló, entre otras consideraciones, que el suministro de información falsa para la solicitud de un certificado complementario de explotación para un fármaco protegido por derechos de propiedad intelectual constituía un abuso de posición dominante al impedir la entrada de competidores de medicamentos genéricos cuando el tiempo de la protección ya se había terminado o estaba próximo a terminarse. *Vid.* Stjue, *AstraZeneca v. Comisión*, As. C-457/10P, de 6 de diciembre de 2012; Comisión Europea, Decisión, COMP/A.37.503/F3 – *AstraZeneca*; STG, *AstraZeneca v. Comisión*, As. T-321/05 de 1º de junio de 2010.

22 *Vid.* Ilya Segal & Michael D. Whinston, *Antitrust in Innovative Industries*, *The American Economic Review*, 1703-1730 (2007).

de la creación de los incentivos *ex ante*, como sobre las posibilidades de acceso por razón de los cierres de mercado que pueden generar dichos incentivos, con independencia de que se pretenda su solución desde el propio derecho de propiedad intelectual o desde el derecho de la competencia. Por ejemplo, la intervención sobre las condiciones de protección de la propiedad intelectual, con el objeto de establecer licencias obligatorias (y la regulación de los precios de estas<sup>23</sup>) que faciliten la innovación subsiguiente o mejoras, puede afectar, de un lado, a las negociaciones de las licencias (limitación *ex post*) que pretendan realizar los titulares de las innovaciones primarias<sup>24</sup> y, de otro lado, a los propios incentivos *ex ante* para la producción de la primera innovación y de las innovaciones subsiguientes<sup>25</sup>. Otros de los problemas a los que es necesario dar un balance se presenta en los costes de transacción (demoras en los negocios y costos en la negociación de las licencias), las restricciones a la innovación por razón de las licencias cruzadas y las restricciones a la comercialización (*patent thickets*<sup>26</sup>) que deben enfrentar los innovadores subsiguientes<sup>27</sup>.

- 
- 23 Por ejemplo, si se regulan precios bajos a las licencias se disminuyen los incentivos *ex ante* para la inversión en innovación primaria y si se regulan precios altos para las licencias de dichas innovaciones, se restringen a su vez los incentivos para la innovación subsiguiente de terceros.
- 24 *Vid.* Suzanne Scotchmer, *Innovation and Incentives*, MIT Press, Cambridge, 134 (2004): “*The cumulateness of research introduces two new worries in designing intellectual property rights. The main worry in a market with two stages of innovation is how to compensate the first innovator for the foundation laid for later innovators. In general, as we will see, the initial innovator cannot collect all the profit from the second-generation products, and a fortiori cannot collect all the social value. If the anticipated profit seems inadequate to cover cost, the first innovator will not invest and the whole research line will be stymied. The second worry is that profit between successive innovators will be eroded by competition between them. The price in each generation of the product may be so low, due to competition with the previous innovator, that the innovator cannot cover cost*”.
- 25 Un ejemplo de los problemas de la protección por medio de la propiedad intelectual y las restricciones a la innovación subsiguiente en materia de biomedicina, *Vid.* OECD, *Genetic Inventions, IPR and Licensing Practices: Evidence and Policies*, Paris, 12-15 (2002). Disponible en: <http://www.oecd.org/science/scienceandtechnologypolicy/2491084.pdf>
- 26 Para una revisión de los problemas de multitud de derechos de propiedad intelectual (maraña de patentes) para el desarrollo de nuevos productos o innovación subsiguiente, *Vid.* James Bessen, *Patent Thickets: Strategic Patenting of Complex Technologies* (2003). Disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=327760](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=327760); Carl Shapiro, “Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools, and Standar Setting”, en: Adam B. Jaffe, Josh Lerner & Scott Stern, Eds., *Innovation Policy and the Economy*, 1 *The MIT Press*, Cambridge, 119-150 (2001); Franz Schwiebacher, *Complementary assets, patent thickets and hold-up threats: Do transaction costs undermine investments in innovation?*, *ZEW Discussion Papers*, No. 12-015 (2012).
- 27 *Vid.* Irina Haracoglou, *Competition law and patents. A follow-on innovation perspective in the biopharmaceutical industry*, cit. supra, 12-15.

### III. RELACIÓN DE LA INNOVACIÓN SUBSIGUIENTE CON LAS NEGATIVAS A CONTRATAR

(11) Las negativas a contratar en materia de propiedad intelectual pueden tener diferentes motivaciones; en especial, se puede considerar que las negativas de licencia se encuentran relacionadas con: (a) negativas que previenen una competencia por imitación; (b) negativas de licencia que previenen la investigación en materia de innovación subsiguiente; (c) negativas que previenen la comercialización de nuevos productos; (d) negativas que limitan la interoperabilidad o interconexión de mercados en red; (e) negativas de licencia que protegen la existencia de un estándar de hecho; y (f) negativas a licenciar relacionadas con la venta de otros productos (vinculación de productos).

(12) Con relación a las negativas de licencia que previenen una competencia por imitación, el derecho de la competencia poco puede intervenir para favorecer los beneficios de las eficiencias estáticas en el campo de la propiedad intelectual<sup>28</sup>. Esto es, uno de los pilares fundamentales de la protección del derecho de la propiedad intelectual es prevenir la competencia por imitación<sup>29</sup>, así, el derecho de la competencia, en el sentido de la complementariedad que debe existir entre estos ordenamientos, no pretende incrementar la competencia a costa de la reducción de la innovación futura; más bien lo contrario, el derecho de la competencia, al intervenir en materia de innovación, pretende estimular que en el mercado

---

28 La intervención del derecho de la competencia en material de negativas a contratar se fundamenta en el supuesto de una excepción al principio de libertad de contratación. Sin embargo, siendo una materia bastante compleja, tratada de forma diferente por el derecho de la competencia europeo y por el derecho de los Estados Unidos, no existe una limitación al derecho *antitrust* que le prohíba intervenir en asuntos de negativas a contratar o licenciar cuando se pueden determinar la existencia de unas circunstancias excepcionales, tales como: la indispensabilidad del recurso, la posición dominante de la empresa titular del recurso, la exclusión de un competidor en un mercado relacionado al del recurso (que la negativa obstaculice la aparición de un producto nuevo para el que existe una demanda potencial de los consumidores o que la negativa impida la continuidad de la competencia en un mercado relacionado), la existencia de dos mercados y la no existencia de una justificación objetiva.

29 *Vid.* Josef Drexler, "Abuse of Dominance in Licensing and Refusal to License: A 'More Economic Approach' to Competition by Imitation and to Competition by Substitution", en: Claus-Dieter Ehlermann & Isabela Atanasiu, Eds., *European Competition Law Annual: 2005. The Interaction between Competition Law and Intellectual Property Law*, Hard Publishing, Oxford, 648-664 (2007).

no existan cierres que frenen la dinámica de la misma innovación que las normas de propiedad intelectual persiguen<sup>30</sup>.

(13) Tanto el derecho de la propiedad intelectual como el derecho de la competencia pueden intervenir sobre la base del cierre de mercado que una negativa de licencia puede causar sobre la innovación subsiguiente o las mejoras de productos existentes. En relación con el derecho de la propiedad intelectual<sup>31</sup>, tanto la normativa de patentes como de derechos de autor consagran excepciones o defensas para la investigación y para la mejora de productos; por ejemplo, en materia de patentes se encuentran las excepciones para el uso experimental y las patentes de dependencia; mientras que en derechos de autor se encuentran las posibilidades de ingeniería inversa en relación con el software. Otras formas de intervención del derecho de propiedad intelectual que limitan los derechos de exclusión en pro del mercado se relacionan con la comercialización o función *ex post* de la explotación de los derechos<sup>32</sup>; en especial, en materia de derechos de autor y derechos conexos<sup>33</sup> se consagra en casos concretos la gestión colectiva obligatoria y se favorece la gestión colectiva voluntaria con el objetivo de facilitar el acceso, la difusión y la retribución en beneficio de los autores y de la sociedad<sup>34</sup>.

30 Se puede entender dicha consideración bajo la idea de la intervención del derecho de la competencia para mantener los incentivos *ex ante* de la innovación en el mercado. *Vid.* Thorsten Käsebreg, *Intellectual Property, Antitrust and Cumulative Innovation in the EU and the US*, cit. supra, 66-67.

31 Es necesario reconocer que el objeto del trabajo que se adelanta no se concentra en el análisis de los incentivos *ex ante* del derecho de la propiedad intelectual para promover la innovación, tanto a nivel de los primeros aportes como de la innovación subsiguiente, sin embargo, algunas consideraciones específicas se realizan el Capítulo V, apartados 63-69.

32 Una consideración relativa a este punto puede ser también ilustrada en la modificación de reglas de exclusión por reglas de responsabilidad frente a la violación de derechos de propiedad intelectual. *Vid.* Guido Calabresi y A. Douglas Melamed, “*Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One view of the Cathedral*”, 86 *Harvard Law Review*, No. 6, 1089-1128 (1972); Mark A. Lemley & Philip J. Weiser, *Should Property or Liability Rules Govern Information*, 85 *Texas Law Review*, No. 4, 783-841 (2007).

33 La protección jurídica que se otorga al creador de una obra original es el derecho de autor propiamente dicho, mientras que los “derechos conexos” se aplican a otras categorías de titulares de derechos, por ejemplo, los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión.

34 Para una revisión del proceso de la Directiva en la Unión Europea para la gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos, con una especial atención a las licencias multi-territoriales, *Vid.* Comisión Europea, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online uses in the internal market*, Bruselas, 11 de julio del 2012, COM (2012), 372 final, 2012/0180 (COD). Disponible en: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/](http://ec.europa.eu/internal_market/)

(14) Desde el derecho de la competencia, la intervención sobre la base de un cierre de mercado anticompetitivo es considerada con independencia de la forma, es decir, el objetivo central del derecho de la competencia en su intervención se precisa en determinar los efectos (actuales o potenciales) que un comportamiento específico puede generar en el mercado en perjuicio para los consumidores<sup>35</sup>. Con ello, el hecho de que el comportamiento desarrollado por una empresa dominante tenga como fundamento del cierre anticompetitivo un derecho de propiedad intelectual, no debe modificar las posibilidades de intervención que tiene esta normatividad para controlar el mercado y la competencia<sup>36</sup>. Así, uno de los elementos que puede entrar en el campo de valoración por una autoridad de competencia es la negativa a conceder licencias que genera cierres de mercado anticompetitivos, siendo uno de los posibles casos las negativas que cierran la innovación en los mercados, en especial, la innovación subsiguiente<sup>37</sup>.

copyright/management/index\_en.htm#maincontentSec1

Fernando Carbajo Cascón, *El caso "Weblisten" y sus implicaciones para el futuro de la gestión de los derechos de propiedad intelectual sobre contenidos musicales en Internet*, 26 *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, 615-674 (2005-2006); Fernando Carbajo Cascón, *El concepto de autor en el pseudolimita de recortes de prensa (PressClipping). Anotación a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 2 de diciembre de 2011*, 32 *Actas de Derecho Industrial*, 698-701 (2011-2012); Fernando Carbajo Cascón, "Tutela de bases de datos y acceso a la información", en: Fernando Carbajo Cascón, Coord., *Propiedad Intelectual y Sociedad de la Información, Número Monográfico de la Revista Noticias de la Unión Europea*, edición digital (oct., 2012).

- 35 La importancia de los efectos de los comportamientos, más que en la forma de las conductas puede ser apreciada en las diferentes consideraciones de la escuela de Chicago sobre el comportamiento de los monopolios y las matizaciones realizadas por la escuela post-Chicago, donde se considera un campo más amplio de intervención para las autoridades de la competencia con fundamento en el incremento de los costos para los competidores. Para una lectura sobre la doctrina del incremento de los costes de los competidores (*raisingrivals' cost*), *Vid.* Thomas G. Krattenmaker & Steven C. Salop, *Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Cost to Achieve Power over Price*, 96 *The Yale Law Journal*, No. 2, 209 y ss. (1986); Herber Hovenkamp, *Antitrust Policy after Chicago*, 84 *Michigan Law Review*, 213 y ss. (1985); John E. Lopatka & William H. Page, "'Obvious' Consumer Harm in Antitrust Policy: The Chicago School, the Post-Chicago School and the Courts", en: Antonio Cucinotta, Roberto Pardolesi & Roger Van Den Bergh, *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 129-160 (2002).
- 36 Parte del ejercicio de valoración de la relación propiedad intelectual y derecho de la competencia en Europa puede ser revisada en la dicotomía *existencia – ejercicio* para la intervención del derecho de la competencia cuando los derechos de propiedad intelectual son usados en detrimento de la competencia. *Vid.* STJUE, *Consten and Grundig v. Commission*, Ass. Acu. 56 y 58/64 de 13 de julio de 1966, Cons. 49-50; STJUE, *Deutsche Grammophon Gesellschaft GmbH v. Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, As. 78/70, 1971, Cons. 7-13.
- 37 Para algunos autores, el derecho de la propiedad intelectual debería agotar la intervención del derecho de la competencia, es decir, el derecho de la propiedad intelectual debería restringir la intervención del derecho de la competencia casi por completo, dejando dicha relación

(15) En referencia al mercado de la innovación (para diferenciarlo del mercado de la comercialización de la innovación), el presupuesto de la intervención del derecho de la competencia parte de reconocer, en primer orden, la existencia o no de excepciones al propio derecho de propiedad intelectual para prevenir cierres de mercado de innovación subsiguiente y, en segundo orden, valorar el alcance de la excepción como una segunda opción para incentivar dicha innovación<sup>38</sup>. Esto es, el derecho de la competencia debe examinar el alcance de los incentivos que las normas de propiedad intelectual contienen para fomentar la creación de innovación (mercado de la innovación) y, posteriormente, restringir su campo de acción a aquellas situaciones en que la existencia de un cierre del mercado de la innovación genera más daños al bienestar de los consumidores en el largo plazo que la propia intervención *antitrust* sobre los incentivos *ex ante* consagrados por la normativa de propiedad intelectual; es decir, la autoridad competente debe realizar un balance entre: de un lado, los efectos de la modificación o alteración de dichos incentivos *ex ante* en el largo plazo por razón de la intervención del derecho de la competencia para limitar *ex post* el derecho exclusivo y, de otro lado, los beneficios de la obligación de conceder licencias (incluidos los costos relacionados con la forma de establecer las licencias bajo cláusulas de acceso razonable y no discriminatorio). En este sentido, el derecho de la competencia debe preocuparse por los comportamientos que puedan dar lugar a una disminución de las posibilidades de innovación o de los retrasos en los procesos de innovación<sup>39</sup>. Dicho criterio es importante, especialmente

---

de intervención para casos muy particulares y excepcionales. Para una revisión de estos argumentos, *Vid.* James Turney, *Defining the Limits of the EU Essential Facilities Doctrine on Intellectual Property Rights: The Primacy of Securing Optimal Innovation*, 3 *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, No. 2, 179-202 (2005); Richard Gilbert & Carl Shapiro, *An economic analysis of unilateral refusals to license intellectual property*, 93 *Proceedings of the National Academy Sciences USA*, 12749-12755 (nov., 1996).

38 *Vid.* Thorsten Käsebreg, *Intellectual Property, Antitrust and Cumulative Innovation in the EU and the US*, cit. *supra*, 118-119.

39 Esta valoración se encuentra presente en las *Directrices de la Comisión Europea relativas a la aplicación del artículo [101] del Tratado CE a los acuerdos de transferencia de tecnología*, DO No. C 101 de 27 de abril de 2004, 0002-0042, Considerando 25, "(...) Para analizar estos efectos, en principio la Comisión se limitará, no obstante, a examinar el impacto del acuerdo sobre la competencia en los mercados de productos y los mercados tecnológicos existentes. La competencia en tales mercados puede verse afectada por acuerdos que retrasen la introducción de productos mejorados o nuevos llamados a reemplazar a los existentes. En estos casos la innovación es una fuente de competencia potencial que hay que tener en cuenta al evaluar el impacto del acuerdo sobre los mercados de productos y los mercados tecnológicos. En un número limitado

porque limita la valoración por el derecho de la competencia de la calidad de la innovación, fundamentalmente por la dificultad que tal apreciación podría tener en cualquier proceso de competencia sin que el derecho *antitrust* actúe como órgano de dirección de la innovación, tarea para la cual no se encuentra capacitado y que objetivamente no le corresponde<sup>40</sup>.

#### **IV. VALORACIÓN DEL BIENESTAR DEL CONSUMIDOR EN MERCADOS DONDE INTERVIENEN DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y LA INNOVACIÓN SUBSIGUIENTE COMO LÍMITE A LAS NEGATIVAS A CONCEDER LICENCIAS**

(16) El test del bienestar del consumidor (*consumer welfare test*), conocido también como el test del daño al consumidor (*consumer harm test*)<sup>41</sup> o test del balance de los efectos (*effect balancing test*)<sup>42</sup>, pretende establecer criterios de valoración sobre el equilibrio que una práctica debe generar en los consumidores como consecuencia de cualquier tipo de restricción. El test reconoce la existencia y en algunos casos la necesidad de conductas que restringen la compe-

---

*de casos puede, no obstante, resultar útil y necesario definir también los mercados de innovación. Así ocurre especialmente cuando el acuerdo afecta a la innovación orientada a la creación de nuevos productos y cuando es posible determinar en una fase inicial los polos de investigación y desarrollo. En estos casos puede analizarse si tras el acuerdo habrá un número suficiente de polos de investigación y desarrollo competidores para que se mantenga la competencia efectiva en materia de innovación*"; en el mismo sentido, Vid. US Department of Justice y Federal Trade Commission, *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, de 6 de abril de 2005, Apartado 3.2.3, 10-11: "If a licensing arrangement may adversely affect competition to develop new or improved goods or processes, the Agencies will analyze such an impact either as a separate competitive effect in relevant goods or technology markets, or as a competitive effect in a separate innovation market. A licensing arrangement may have competitive effects on innovation that cannot be adequately addressed through the analysis of goods or technology markets. For example, the arrangement may affect the development of goods that do not yet exist. Alternatively, the arrangement may affect the development of new or improved goods or processes in geographic markets where there is no actual or likely potential competition in the relevant goods".

40 Para un estudio de la diferencia entre la complementariedad y la sustituibilidad como un criterio de valoración, Vid. Herbert Hovenkamp & Christina Bohannon, *Creation Without Restraint*, cit. supra, 52.

41 Vid. Steven C. Salop, *Exclusionary Conduct, Effect on Consumers, and the Flawed Profit-Sacrifice Standard*, 73 *Antitrust Law Journal*, No. 2, 311 y ss. (2006).

42 Vid. U.S. Dep't of Justice, *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct...*, 36-38: "Given the objective of identifying conduct that causes harm to the competitive process, it is natural that some commentators and courts favor applying an effects-balancing test that focuses on a challenged practice's "overall impact on consumers" or net effects on consumer welfare".

tencia y que excluyen a los competidores; sin embargo, advierte la necesidad de establecer los beneficios que el comportamiento excluyente debe generar sobre los consumidores. En un sentido general, el test requiere que se transfieran a los consumidores los beneficios que la dominante obtiene de las restricciones que el comportamiento genera con el objeto de prevenir cualquier daño que se les pueda causar<sup>43</sup>.

(17) El test del bienestar del consumidor<sup>44</sup>, a diferencia de los test relacionados con el sacrificio<sup>45</sup>, el no sentido económico de una conducta<sup>46</sup> o el competidor igualmente eficiente<sup>47</sup>, no se concentra en los motivos o razones del comportamiento de la empresa dominante, ni en las eficiencias de los competidores, sino que pretende determinar si la práctica desarrollada tiene, o es probable que tenga, consecuencias adversas sobre el bienestar de los consumidores<sup>48</sup>. El espectro del nivel de información requerida para la aplicación de este test es bastante amplio, se puede realizar una valoración fundamentándose exclusivamente en la oferta y los precios, como también en el examen de la calidad y la innovación en beneficio del bienestar de los consumidores. El valor que la autoridad de competencia le conceda a la relación innovación–competencia es determinante en

43 Steven C. Salop, *Exclusionary Conduct, Effect on Consumers, and...*, cit. supra.

44 Economic Advisory Group on Competition Policy (EAGCP), *An economic Approach to Article 82*, 9 y ss. (jul., 2005). Disponible en: [http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp\\_july\\_21\\_05.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf)

45 Los primeros planteamientos de este test se encuentran en Phillip Areeda & Donald F. Turner, *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act.*, 88 *Harvard Law Review*, No. 4, 697-733 (feb., 1975): "(...) predation in any meaningful sense cannot exist unless there is a temporary sacrifice of net revenues in the expectation of greater future gains. Indeed, the classically-feared case of predation has been the deliberate sacrifice of present revenues for the purpose of driving rivals out of the market and then recouping the losses through higher profits earned in the absence of competition". Para una discusión general sobre el test del sacrificio, Vid. Organization for Economic Co-operation and Development (OCED), 27 *Competition on the Merits*, DAF/COMP, 25 y ss. (2005).

46 Vid. Gregory J. Werden, *Identifying Exclusionary Conduct Under Section 2: The "No Economic Sense Test*, 73 *Antitrust Law Journal*, 413-481 (2006); Organization for Economic Cooperation and Development (OCED), 27 *Competition on the Merits*, DAF/COMP, 28 (2005): "Therefore, another way to formulate the NES test is to say that it prohibits conduct that has an actual tendency to eliminate competition when that conduct provides an economic benefit to the defendant only because of that tendency, regardless of whether the conduct is costless".

47 Vid. Richard Posner, *Antitrust Law*, 2ª ed, Chicago University Press, Chicago, 194-196 (2001); Herbert Hovenkamp, *Exclusion and the Sherman Act*, *University Chicago Law Review*, No. 72, 147 y ss. (2005); Robert O'Donoghue & Jorge Padilla, *The law and economics of Article 82*, Hart Publishing, Oxford, 189 (2006); Organization for Economic Cooperation and Development (OCED), *Competition on the Merits*, cit. supra., 29 y ss.

48 Robert O'Donoghue & Jorge Padilla, *The law and economics of Article 82...*, cit. supra, 191-192.

muchos asuntos para definir el alcance de la exclusión y el bienestar de los consumidores. Esto es, con fundamento en la relación entre competencia e innovación y la elección normativa sobre el valor que dicha relación tiene para el crecimiento, se pretende definir los resultados esperados de la exclusión de la competencia sobre los efectos en el bienestar de los consumidores; bien sea por una creencia en el poder de mercado como medio idóneo para crear innovación, o bien como reconocimiento de la competencia como el mejor mecanismo para producir innovación y desarrollo como resultado. Es decir, si se prefiere un mercado monopólico como motor de la innovación, el campo de restricciones o exclusión de la competencia se encuentra favorecido por los efectos que la innovación de la empresa dominante traerá a los consumidores. En cambio, si el valor normativo se encuentra en la competencia (posiblemente mercados concentrados pero competitivos), las restricciones y exclusión de los competidores puede ser valorada como efectos nocivos para el bienestar del consumidor<sup>49</sup>.

**(18)** El test del bienestar del consumidor requiere la realización de un balance sobre criterios de proporcionalidad. Areeda y Hovenkamp definen la exclusión en materia de abuso de la posición dominante en términos de un daño actual o futuro a los consumidores. En este sentido, consideran que la valoración se debe realizar en dos fases, preguntándose: **(1)** si la conducta realizada por la empresa dominante se encuentra dirigida a crear, incrementar o extender el poder de monopolio por medio de la eliminación o disminución de las oportunidades de sus competidores; y **(2)** si esto es así, se requiere determinar alguna de estas tres circunstancias: **(a)** que el comportamiento no beneficia a los consumidores; **(b)** si produce algún beneficio, el comportamiento de la empresa dominante es innecesario para el beneficio que produce; o **(c)** si produce un beneficio, el comportamiento de la dominante es desproporcionado para el beneficio que produce a los consumidores.

**(19)** El test del bienestar del consumidor admite una variación bajo la consideración del test de la desproporcionalidad (*disproportionality test*). En este sentido, la valoración del comportamiento de una empresa dominante debe hacer referencia a que la conducta

---

49 Andrew I. Gavil, *Exclusionary Distribution Strategies by Dominant Firms: Striking a Better Balance*, 72 *Antitrust Law Journal*, No. 3, 3-81 (2004).

reduce la competencia sin producir una mejora suficiente de su rendimiento (eficiencias productivas, estáticas o dinámicas) que supere completamente los efectos adversos en los precios, la oferta o la innovación que previene el daño sobre el bienestar del consumidor. En otro sentido, el test pretende que el comportamiento de la dominante no sea desproporcionado entre los beneficios y el daño en el bienestar neto de los consumidores<sup>50</sup>. Desde este test se pretende *evitar errores de tipo I* (falsos positivos) y *se prefiere la posibilidad de errores de tipo II* (falsos negativos). Esto es, las conductas que, presentando eficiencias y restricciones a la competencia con relación al bienestar de los consumidores, solo serán consideradas anticompetitivas desde la perspectiva de un abuso de la posición dominante si los efectos nocivos de la misma son muy altos en relación con las eficiencias que el comportamiento genera. En sentido contrario, si el comportamiento presenta dudas entre el balance de las restricciones y las eficiencias, se debe preferir el comportamiento como pro-competitivo para evitar errores de tipo I: sanción de conductas pro-competitivas como anticompetitivas<sup>51</sup>.

50 Brief for the United States & the Federal Trade Commission as Amici Curiae Supporting Petitioner at 14, *Verizon Commc'ns Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398 (No. 02-682) (2004). Disponible en: <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f201000/201048.htm>

51 El Departamento de Justicia y la Federal Trade Commission de los Estados Unidos en el informe sobre la sección de la Sherman Act (que posteriormente fuera derogado por la Administración Obama), consideraba que el test de la desproporcionalidad era el más adecuado para la valoración de los efectos de los comportamientos relacionados con conductas monopólicas. Sin embargo, una de las razones que llevó a la derogación del reporte como guía para la valoración de estos comportamientos, se fundamentaba en la falta de equilibrio entre falsos positivos y falsos negativos que presentaba el reporte. Esto es, para la nueva administración, los falsos negativos son tan perjudiciales para la libre competencia como los falsos positivos. En primer lugar, *vid. U.S. Dep't of Justice, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct...*, 45-46: "*The Department will continue to work to develop conduct-specific tests and safe harbors. However, in general, the Department believes that, when a conduct-specific test is not applicable, the disproportionality test is likely the most appropriate test identified to date for evaluating conduct under section 2*". En segundo lugar, *vid. Christine A. Varney, "Vigorous antitrust enforcement in this challenging era, Remarks as Prepared for the United States Chamber of Commerce"* de mayo 12 de 2009, 8-9: "*In withdrawing the Section 2 Report, I made specific reference to the Report's conclusions. In particular, Chapter 3 of the Section 2 Report concluded that where conduct-specific tests are not applicable, 'the disproportionality test is likely to be the most appropriate test'. With this baseline, conduct is only considered anticompetitive where it results in harm to competition that is disproportionate to consumer benefits and to the economic benefits to the defendant. In other words, the anticompetitive harm must substantially outweigh procompetitive benefits to be actionable. The Report's adoption of the disproportionality test reflected an excessive concern with the risks of over-deterrence and a resulting preference for an overly lenient approach to enforcement. The failing of this approach is that it effectively straightjacketed antitrust enforcers and courts from redressing monopolistic abuses, thereby allowing all but the most bold and predatory conduct to go unpunished and undeterred*".

## V. CRÍTICAS AL TEST DEL BIENESTAR DEL CONSUMIDOR

(20) La crítica al test del bienestar del consumidor se ha formulado principalmente bajo dos supuestos: el primero se relaciona con el balance que debe hacer la autoridad de la competencia entre los efectos pro-competitivos y los efectos anticompetitivos del comportamiento de la dominante; el segundo se concentra en las consideraciones *ex ante* que pueden realizarse sobre el comportamiento de la dominante y la predictibilidad de los efectos *ex post* de su conducta<sup>52</sup>.

(21) Desde el primer supuesto, la crítica se concentra en dos consideraciones: (a) La dificultad del balance que implica para una autoridad de competencia la identificación de los daños a la competencia y a los consumidores en su relación con las eficiencias. Así, las autoridades de competencia pueden caer fácilmente en errores de tipo I y en errores de tipo II. Realizar un balance sobre eficiencias y efectos nocivos al consumidor exige identificar de forma muy exacta los daños a los consumidores en presencia de eficiencias. La crítica considera así que en ese balance se debe tener preferencia por las eficiencias antes que por el daño al consumidor, cuando ambos efectos se presenten y su valoración sea algo equilibrada o sea difícil de determinar cuál de los dos elementos supera al otro. (b) La dificultad de aplicar este test se presenta en la valoración de daños futuros sobre eficiencias actuales o viceversa. Desde esta consideración, las autoridades de competencia se encuentran con muchas dificultades en la predicción de los daños futuros, en especial cuando las restricciones se relacionan con mercados tecnológicos o mercados que requieren altas inversiones de capital<sup>53</sup>. Esta crítica se fundamenta en que el test, para ser administrable, debería concentrarse en las eficiencias estáticas, pues la ponderación de las eficiencias dinámicas y los daños al bienestar del consumidor es muy compleja de medir y depende de una idea normativa de la relación de las estructuras de mercado con la innovación<sup>54</sup>.

52 *Vid.* Robert O'Donoghue & Jorge Padilla, *The law and economics of Article 82...*, cit. supra, 193 y ss.

53 *Vid.* U.S. Dep't of Justice, *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct*, cit. supra, 37-38.

54 Mark S. Popofsky, *Defining Exclusionary Conduct: Section 2, the Rule of Reason, and the Unifying Principle Underlying Antitrust Rules*, 73 *Antitrust Law Journal*, 435 y ss.; *Vid.* U.S. Dep't

(22) El segundo supuesto de críticas, que trata las consideraciones *ex ante* del comportamiento de la empresa dominante y la predictibilidad de los efectos *ex post* de su conducta, se centra en el problema de pronosticar los efectos de un determinado comportamiento cuando *ex ante* la conducta presenta eficiencias que pueden interesar a la empresa y que benefician a los consumidores. Consideraciones de esta naturaleza pueden ser más factibles de ser valoradas en relación con procesos de concentraciones empresariales que con prácticas unilaterales o acuerdos. La consideración de los efectos *ex post*, como se veía en la crítica anterior, no es fácil de predecir y puede provocar que las empresas limiten la inversión en innovación por los efectos de una competencia agresiva *ex ante*<sup>55</sup>. El riesgo de utilizar este test se presenta en que el mismo, bajo la incertidumbre de los efectos del comportamiento *ex post*, pueda ser usado como mecanismo de intervención con pretensiones regulatorias. Esta consideración se presenta con frecuencia en las críticas a la intervención de la autoridad de competencia en asuntos relacionados con negativas a contratar y conceder licencias<sup>56</sup>.

### Gráfico 1. Test del balance del bienestar del consumidor<sup>57</sup>



Fuente: elaboración propia

of Justice, *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct...*, 38: “The effects-balancing test also may lead courts to focus too much on static, short-run consumer effects. Because dynamic effects are often more difficult to assess than static effects, the effects-balancing test may well be misapplied to condemn conduct with dynamic effects that benefit consumers significantly”.

55 Vid. Robert O’Donoghue & Jorge Padilla, *The law and economics of Article 82...*, cit. supra, 193 y ss.

56 EAGCP, *An economic Approach to article 82*, 9-12.

57 Fuente: OCED, *Competition on the Merits*, cit. supra, 33 (2005).

## VI. TEST DEL BIENESTAR DEL CONSUMIDOR EN NEGATIVAS A CONCEDER LICENCIAS

(23) La intervención del derecho de la competencia sobre el proceso de innovación presenta uno de sus puntos más álgidos cuando se trata de valorar el aporte que este puede realizar al desarrollo tecnológico y al bienestar de los consumidores en el largo plazo, al limitar el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual a través de una obligación de licencia por razón de una negativa a contratar. En el examen de este comportamiento se han propuesto, especialmente, el test del nuevo producto<sup>58</sup> y el test del balance de los incentivos. El primero fue desarrollado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los asuntos Magill<sup>59</sup> e IMS Health<sup>60</sup>; el segundo, como una nueva interpretación de las negativas a conceder licencias, fue aplicado en el asunto Microsoft por la Comisión<sup>61</sup>, sin que fuera posteriormente rechazado o aceptado por el Tribunal General en el mismo asunto<sup>62</sup>. El objeto del test del balance de los incentivos es mostrar los efectos de un comportamiento sobre los incentivos a innovar en el conjunto del mercado donde se presenta la negativa de licencia (los incentivos existentes a innovar en el mercado bajo la negativa de licencia) y los efectos sobre los incentivos de la innovación subsiguiente a la obligación de licencia (los incentivos *ex ante* a la innovación con posterioridad a la obligación de licencia). Después de la depuración de los incentivos en ambos escenarios se hace un balance que permita expresar el grado de bienestar del consumidor en el largo plazo por la innovación esperada en el mercado analizado<sup>63</sup>. Si los incentivos en la innovación esperada

58 Para una revisión del criterio del nuevo producto en el asunto *IMS Health*, Vid. supra. Capítulo IV, apartado 80; y en el asunto *Microsoft*, Capítulo IV, apartado 90 – 91.

59 *STJUE, RTE, ITP v. Comisión*, [Magill], Asuntos acumulados C-241/91 P y C-242/91 P.

60 *STJUE, IMS Health v. NDC Health*, Asunto C-418/01 de 29 de abril de 2004.

61 Decisión de la Comisión, Microsoft, Asunto COMP/C-3/37.792 de 24 de marzo de 2004, DO L 32/23 de 6 de febrero de 2007; Stgue, *Microsoft v. Comisión*, Asunto T-201/04 del 17 de septiembre de 2007.

62 Vid. François Leâveâque, *Innovation, Leveraging and Essential Facilities: Interoperability Licensing in the EU Microsoft Case*, 28 *World Competition*, No.1, 71-91 (2005).

63 Decisión de la Comisión, Microsoft, Asunto COMP/C-3/37.792 de 24 de marzo del 2004, cit. supra, Considerando 783: "(...) on balance, the possible negative impact of an order to supply on Microsoft's incentives to innovate is outweighed by its positive impact on the level of innovation of the whole industry (including Microsoft). As such, the need the need to protect Microsoft's incentives to innovate cannot constitute an objective justification that would offset the exceptional circumstances identified".

son menores debido a la negativa de licencia, se encontrará que la negativa de una licencia sobre un recurso indispensable configura un abuso de posición dominante, dando lugar a la imposición de una obligación de licencia como remedio.

(24) Los dos test sobre innovación son tratados por la Comisión en la Comunicación sobre abusos excluyentes<sup>64</sup>, tanto en la valoración del daño al consumidor como en la justificación objetiva de eficiencias que la empresa dominante puede argumentar frente a la imposición de una obligación de licencia<sup>65</sup>. La Comisión presenta un test de equilibrio de los efectos sobre el bienestar del consumidor para la imposición de una obligación de contratación, realizando un balance entre los efectos perjudiciales de la negativa a contratar en el largo plazo y los efectos negativos de la imposición de una obligación a contratar<sup>66</sup>. Para la Comisión, el perjuicio sobre los consumidores puede presentarse de dos formas: por un lado, cuando la negativa impide la comercialización de bienes o servicios innovadores y, por otro lado, cuando la negativa impide la innovación subsiguiente. La Comisión valora este perjuicio a los consumidores con el argumento de que una empresa que requiere el acceso no se ha de restringir a imitar a la empresa dominante en el mercado descendente<sup>67</sup>. La empresa dominante podrá justificar la negativa de licencia si demuestra que la imposición de una licencia obligatoria afecta a su innovación, a las condiciones estructurales existentes en el mercado, en especial, la afectación de la innovación subsiguiente en todo el mercado, incluyendo en esta valoración a la empresa dominante y a los competidores<sup>68</sup>.

(25) En el asunto Microsoft, el Tribunal General concluyó que dicha empresa no podía justificar la negativa de licencia argumen-

64 Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, Diario Oficial No. C 045 de 24 de febrero de 2009, 7-20.

65 Vid. Comisión Europea, *Comunicación sobre abusos excluyentes*, cit. supra, Considerandos 86, 87, 89 y 90.

66 Vid. Simonetta Vezzoso, *The incentives balance test in the EU Microsoft case: a pro-innovation "economics-based" approach?*, 27 *European Competition Law Review*, No. 7, 382-390.

67 Sentencia del Tribunal de Justicia, *RTE, ITP v. Comisión*, [Magill], Asuntos acumulados C-241/91 P y C-242/91 P, Considerando 54 Sentencia del Tribunal de Justicia, *IMS Health v. NDC Health*, Asunto C-418/01, Considerando 49; Decisión de la Comisión, *Microsoft*, Asunto COMP/C-3/37.792 de 24 de marzo de 2004, cit. supra, 693-701, 782; y Sentencia del Tribunal General, *Microsoft v. Comisión*, Asunto T-201/04, Considerandos 631, 640 y 658.

68 Vid. Comisión Europea, *Comunicación sobre abusos excluyentes*, cit. supra, Considerando 90.

tando la existencia de un derecho de propiedad intelectual<sup>69</sup>. Esta conclusión se sustenta en la promoción de las eficiencias dinámicas en el mercado, señalando que el derecho de la competencia tiene la facultad de intervención para proteger la capacidad de los competidores de la empresa dominante para innovar y competir en un mercado descendente. Además, en la valoración de los incentivos a innovar se reconoce que la obligación de licencia no tiene necesariamente por qué disminuir los incentivos de la empresa dominante a innovar, fundamentalmente al vincular la obligación de licencia a la necesidad de competencia por sustitución (en oposición a una competencia por imitación o comportamientos de polizón). El titular del derecho de propiedad intelectual puede imponer el precio correspondiente al objeto de protección del derecho, sin que tengan que verse alterados sus incentivos a seguir innovando y, a su vez, el derecho de propiedad intelectual garantiza que en el mercado las empresas competidoras puedan seguir innovando bajo la necesidad de una diferenciación en los productos finales ofrecidos a los consumidores<sup>70</sup>.

(26) La aplicación de un balance sobre las eficiencias dinámicas en el sentido del Tribunal General y el test del balance de los incentivos en el sentido de la Comisión en el asunto Microsoft, si bien puede presentar dificultades significativas en otros casos, se beneficia en este asunto de la estructura del mercado (barreras a la entrada por la existencia de un estándar de hecho y efectos de red), los comportamientos de la empresa dominante con anterioridad a la entrada en el mercado donde ocurre la restricción de la competencia (disminución de los niveles de suministro de información), la valoración positiva de los consumidores de los productos de los competidores y los antecedentes de competencia existentes (valoración *ex post* de los efectos del comportamiento de Microsoft), elementos todos que demuestran una tendencia innovadora en el mercado y garantizan el poder de elección del consumidor sobre las diferentes alternativas.

---

69 Sentencia del Tribunal General, *Microsoft v. Comisión*, Asunto T-201/04, Considerando 690.

70 Para una valoración de los problemas de incertidumbre en los análisis de eficiencias dinámicas y la posibilidad de recaer en análisis *ex post* en el asunto Microsoft que facilitan la intervención en asuntos de innovación, *Vid. Josef Drexler, Real Knowledge is to Know the Extent of One's Own Ignorance: On the Consumer Harm Approach in Innovation- Related Competition Cases*, 76 *Antitrust Law Journal*, 677-708, 700-701 (2010).

(27) El test del balance de los incentivos aplicado en el asunto Microsoft también ha recibido ciertas críticas por parte de algunos autores. Por ejemplo, Ahlborn y Evans consideran que la interpretación del Tribunal en dicho asunto, *al variar el criterio del nuevo producto* disminuyó el umbral definido en Magill sobre el balance de la competencia dinámica en relación con los incentivos a innovar (incentivos *ex ante*) y las eficiencias estáticas de la competencia en precios, favoreciendo la segunda sobre la primera<sup>71</sup>. Lévêque critica que la Comisión crea la presunción de que dada una mayor competencia, existirá una mayor innovación en el mercado<sup>72</sup>.

(28) Por mi parte, considero que ambas críticas pierden de vista las circunstancias propias del caso. En primer lugar, tanto la Comisión como el Tribunal General tuvieron la oportunidad de realizar un análisis *ex post* de los efectos de la disminución de los niveles de suministro y de la preferencia de algunos consumidores por los productos de los competidores. En segundo lugar, las circunstancias propias del mercado en materia de estándares y efectos de red, permitía a Microsoft cerrar el mercado de los sistemas operativos para servidores por la necesidad de interoperabilidad (para ser funcionales en el mercado) con el sistema operativo Windows para ordenadores personales, donde Microsoft tiene un estándar de hecho; esta característica provoca que cualquier innovación en ese mercado sea dependiente del nivel y grado de acceso que Microsoft decida implementar. En tercer lugar, el mercado donde ocurre la negativa se caracteriza por la innovación, rápido crecimiento y renovación constante, así que todos los competidores deben preocuparse por presentar nuevos productos y prestaciones que los consumidores valoren más como producto independiente, de modo que la necesidad de interoperabilidad es un factor clave para que los consumidores puedan tener nuevos productos como consecuencia de la innovación constante de las empresas competidoras.

---

71 Vid Christian Ahlborn & David S. Evans, *The Microsoft Judgment and its Implications for Competition Policy towards Dominant Firms in Europe*, 75 *Antitrust Law Journal*, No. 3, 887-932 (2009); en el mismo sentido, pero de forma aun más explícita en el documento de discusión que dio origen a dicho artículo, Vid. Christian Ahlborn & David S. Evans, *The Microsoft Judgment and its Implications for Competition Policy towards Dominant Firms in Europe*, *Working Paper*, abril de 2008, 20. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1115867>

72 Vid. François Leâveâque, *Innovation, Leveraging and Essential Facilities: Interoperability Licensing in the EU Microsoft Case*, cit. supra, 79.

## CONCLUSIONES

La intervención del derecho de la competencia sobre la autonomía contractual, específicamente en asuntos relacionados con negativas a contratar y negativas de licencia, encuentra su punto más álgido en las obligaciones de licencia, fundamentalmente porque dichas obligaciones como manifestación de la intervención de una autoridad de competencia pueden generar conflictos con los incentivos *ex ante* que promueven las normas de propiedad intelectual. En este sentido, el derecho de la competencia debe ser consciente del alcance de su intervención, diferenciando si la intervención se realiza con fundamento en un fallo de la legislación de propiedad intelectual que otorga derechos de exclusión más allá de lo deseable desde una política de innovación en beneficio de los consumidores, o si la intervención se realiza con base en un fallo de mercado que genera como consecuencia que los derechos de propiedad se vean reforzados más allá de lo deseable y considerado por las normas de propiedad intelectual. Al identificarse estas posibilidades de intervención, el derecho de la competencia no debe perder de vista que su accionar como correctivo de las normas de propiedad intelectual, o intervención en razón de los fallos de la regulación de propiedad intelectual, no se encuentra bien situado para dar soluciones que garanticen la seguridad jurídica que facilite la innovación, posibilitando conflictos entre los incentivos *ex ante* y comportamientos de *free rider* en el mercado.

Teniendo en cuenta esta problemática, el derecho de la competencia dentro del campo limitado que le corresponde como corrector de los fallos de mercado que afectan negativamente los balances que realiza la regulación de propiedad intelectual entre incentivos *ex ante*, innovación y acceso, debe intervenir cuando la regulación de propiedad intelectual afecte la innovación subsiguiente, en el sentido de la exclusión de los competidores existentes o de la exclusión de nuevos competidores que no pueden participar en el mercado con la potencialidad de nuevos productos innovadores, fundamentalmente en mercados de innovación constante como los de tecnología. Este balance puede hacerse desde un examen de bienestar del consumidor que tenga en cuenta, más que un criterio estricto de un nuevo producto, las dinámicas del mercado donde se ha de producir la

intervención, garantizando la promoción de los incentivos *ex ante* en innovación, como el acceso que favorezca la competencia en el sentido de una mayor elección de los consumidores, sin promover comportamientos de *free rider*. Este resultado también podría ser logrado desde las normas de propiedad intelectual si las mismas consagraran de forma activa normas que faciliten la competencia como excepciones o límites al ejercicio de los derechos de propiedad intelectual.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Adam B. Jaffe, Josh Lerner & Scott Stern, Eds., *Innovation Policy and the Economy*, 1 The MIT Press, Cambridge, 119-150 (2001)
- Andrew I. Gavil, *Exclusionary Distribution Strategies by Dominant Firms: Striking a Better Balance*, 72 *Antitrust Law Journal*, No. 3, 3-81 (2004).
- Antonio Cucinotta, Roberto Pardolesi & Roger Van Den Bergh, *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 129-160 (2002)
- Claus-Dieter Ehlermann & Isabela Atanasiu, Eds., *European Competition Law Annual: 2005. The Interaction between Competition Law and Intellectual Property Law*, Hard Publishing, Oxford, 648-664 (2007).
- Christian Ahlborn & David S. Evans, *The Microsoft Judgment and its Implications for Competition Policy towards Dominant Firms in Europe*, 75 *Antitrust Law Journal*, No. 3, 887-932 (2009)
- Christian Ahlborn & David S. Evans, *The Microsoft Judgment and its Implications for Competition Policy towards Dominant Firms in Europe*, Working Paper, abril de 2008, 20. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1115867>
- Dennis W. Carlton & Heyer Ken, *Extraction vs. Extension: the Basis for Formulating Antitrust Policy Towards Single-Firm Conduct*, 4 *Competition Policy International*, No. 2, 285-305 (2008)
- Economic Advisory Group on Competition Policy (EAGCP), *An economic Approach to Article 82, 9 y ss. (jul., 2005)*. Disponible en: [http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp\\_july\\_21\\_05.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf)
- Edmund W. Kitch, *The Nature and Function of the Patent System*, 20 *Journal of Law and Economics*, 265, 271-275 (1977).
- Federal Trade Commission, *To promote Innovation: The Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy*, Cap. 3, 18 (2003)
- Fernando Carbajo Cascón, *El caso “Weblisten” y sus implicaciones para el futuro de la gestión de los derechos de propiedad intelectual sobre contenidos musicales en Internet*, 26 *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, 615-674 (2005-2006)
- Fernando Carbajo Cascón, *El concepto de autor en el pseudolímite de recortes de prensa (PressClipping). Anotación a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 2 de diciembre de 2011*, 32 *Actas de Derecho Industrial*, 698-701 (2011-2012)
- Fernando Carbajo Cascón, Coord., *Propiedad Intelectual y Sociedad de la Información*, Número Monográfico de la Revista Noticias de la Unión Europea, edición digital (oct., 2012).
- François Leâveâque, *Innovation, Leveraging and Essential Facilities: Interoperability Licensing in the EU Microsoft Case*, 28 *World Competition*, No.1, 71-91 (2005).
- Franz Schwiebacher, *Complementary assets, patent thickets and hold-up threats: Do transaction costs undermine investments in innovation?*, ZEW Discussion Papers, No. 12-015 (2012).

- Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 162 *Science*, No. 3859, 1243-1248 (1968).
- Guido Calabresi y A. Douglas Melamed, "Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One view of the Cathedral", 86 *Harvard Law Review*, No. 6, 1089-1128 (1972)
- Gregory J. Werden, *Identifying Exclusionary Conduct Under Section 2: The "No Economic Sense Test"*, 73 *Antitrust Law Journal*, 413-481 (2006); Organization for Economic Cooperation and Development (OCED), *27 Competition on the Merits, DAF/COMP*, 28 (2005):
- Herbert Hovenkamp, *Exclusion and the Sherman Act*, *University Chicago Law Review*, No. 72, 147 y ss. (2005);
- Herber Hovenkamp, *Antitrust Policy after Chicago*, 84 *Michigan Law Review*, 213 y ss. (1985);
- Herbert Hovenkamp & Christina Bohannon, *Creation without Restraint. Promoting Liberty and Rivalry in Innovation*, Oxford University Press, Oxford, 8-15, 60-97 (2012).
- Ilya Segal & Michael D. Whinston, *Antitrust in Innovative Industries*, 97 *American Economic Review*, No. 5, 1703-1730.
- Irina Haracoglou, *Competition Law and Patents. A Follow-on Innovation Perspective in the Biopharmaceutical Industry*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 7 y ss. (2008);
- James Bessen, *Patent Thickets: Strategic Patenting of Complex Technologies* (2003). Disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=327760](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=327760);
- James Turney, *Defining the Limits of the EU Essential Facilities Doctrine on Intellectual Property Rights: The Primacy of Securing Optimal Innovation*, 3 *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, No. 2, 179-202 (2005)
- Josef Drexler, *Real Knowledge is to Know the Extent of One's Own Ignorance: On the Consumer Harm Approach in Innovation-Related Competition Cases*, 76 *Antitrust Law Journal*, 677-708, 700-701 (2010).
- Mark A. Lemley, *Ex Ante Versus Ex Post Justifications for Intellectual Property*, 71 *University Chicago Law Review*, 129 y ss. (2004).
- Mark A. Lemley, *The Economics of Improvement in Intellectual Property Law*, 75 *Texas Law Review*, 989 y ss. (1997);
- Mark A. Lemley, *The Economics of Improvement in Intellectual Property Law*, *Stanford Law and Economics Olin Working Paper*, No. 365, 1-105 (2008). Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1274199>
- Mark A. Lemley & Philip J. Weiser, *Should Property or Liability Rules Govern Information*, 85 *Texas Law Review*, No. 4, 783-841 (2007).
- Mark S. Popofsky, *Defining Exclusionary Conduct: Section 2, the Rule of Reason, and the Uni-fying Principle Underlying Antitrust Rules*, 73 *Antitrust Law Journal*, 435 y ss
- OECD, *Genetic Inventions, IPR and Licensing Practices: Evidence and Policies*, Paris, 12-15 (2002). Disponible en: <http://www.oecd.org/science/>

- scienceandtechnologypolicy/2491084.pdf
- Organization for Economic Co-operation and Development (OCED), 27 Competition on the Merits, DAF/COMP, 25 y ss. (2005).
- Peter S. Menell & Suzanne Scotchmer, "Intellectual Property", en: Mitchell Polinsky & Steven Shavell, Eds., Handbook of Law and Economics, Vol. 2, North Holland, Cap. 19, 2 (2007).
- Richard Gilbert, Competition and Innovation, 1 Journal of Industrial Organization Education, No. 1, Article 8, 1-24 (2006);
- Richard Gilbert & Carl Shapiro, An economic analysis of unilateral refusals to license intellectual property, 93 Proceedings of the National Academy Sciences USA, 12749-12755 (nov., 1996).
- Richard Posner, Antitrust Law, 2<sup>a</sup> ed, Chicago University Press, Chicago, 194-196 (2001);
- Robert P. Merges, Justifying Intellectual Property, Harvard University Press, Cambridge (2011); Peter Drahos, A Philosophy of Intellectual Property, Dartmouth Publishing (1996).
- Robert O'Donoghue & Jorge Padilla, The law and economics of Article 82, Hart Publishing, Oxford, 189 (2006);
- Steven C. Salop, Exclusionary Conduct, Effect on Consumers, and the Flawed Profit-Sacrifice Standard, 73 Antitrust Law Journal, No. 2, 311 y ss. (2006).
- Simonetta Vezzoso, The incentives balance test in the EU Microsoft case: a pro-innovation "economics-based" approach?, 27 European Competition Law Review, No. 7, 382-390.
- Stjue, AstraZeneca v. Comisión, As. C-457/10P, de 6 de diciembre de 2012; Comisión Europea, Decisión, COMP/A.37.503/F3 – AstraZeneca; STG, AstraZeneca v. Comisión, As. T-321/05 de 1º de junio de 2010.
- STJUE, Consten and Grundig v. Commission, Ass. Acu. 56 y 58/64 de 13 de julio de 1966, Cons. 49-50; STJUE, Deutsche Grammophon GesellschaftmbH v. Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG, As. 78/70, 1971, Cons. 7-13.
- Suzanne Scotchmer, Standing on the Shoulders of Giants: Cumulative Research and the Patent Law, 5 Journal of Economic Perspectives, No. 1, 29-41 (1991);
- Suzanne Scotchmer, Innovation and Incentives, MIT Press, Cambridge, 34-58 (2004)
- Thomas A. Jr. Piraino, Identifying Monopolists' Illegal Conduct under the Sherman Act, 75 New York University Law Review, No. 4, 888-889 (2000).
- Thomas G. Krattenmaker & Steven C. Salop, Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Cost to Achieve Power over Price, 96 The Yale Law Journal, No. 2, 209 y ss. (1986)
- Thorsten Käseberg, Intellectual Property, Antitrust and Cumulative Innovation in the EU and the US, Hart Publishing, Oxford, 110, nota 77 (2012).
- William M. Landes & Richard A. Posner, La Estructura Económica del Derecho de Propiedad Intelectual e Industrial, Fundación Cultura del Notario, Madrid (2006)