

HACIA UN MODELO DE ARMONIZACIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL LATINOAMERICANO*

TOWARDS A MODEL FOR THE HARMONISATION OF LATIN AMERICAN CONTRACT LAW

*John Alberto Tito Añamuro***

*Fecha de recepción: 6 de marzo de 2013
Fecha de aceptación: 22 de marzo de 2013*

Para citar este artículo / To cite this article

Tito Añamuro, John Alberto, Hacia un modelo de armonización del derecho contractual latinoamericano, 126 Universitas, 239-267 (2013)

SICI: 0041-9060(201301)62:126<239:HMADCL>2.0.TX;2-W

-
- * El presente trabajo es fruto del desarrollo del proyecto “Armonización del derecho comercial y de consumo desde los principios pro consumatore”, el cual se ejecutó con recursos de la Dirección de investigaciones y Proyectos (DIP), Convocatoria 2011, de la Universidad del Norte.
- ** Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España), investigador permanente del Max-Planck-Institut de Hamburgo (Alemania) y profesor de Derecho Privado Patrimonial de la Universidad del Norte (Colombia).

RESUMEN

El presente trabajo propone la formación de un modelo de armonización del derecho de contratos en Latinoamérica. Para ello dos condiciones son relevantes: la valoración fáctica del fenómeno de desarticulación del derecho contractual tradicional y la valoración de la creación de una cultura jurídica común latinoamericana. Con base en ello se construye un método de armonización singular a fin de mitigar los vértices de la dispersión jurídica que existe en el derecho contractual Latinoamericano.

Palabras clave autor: Contrato, armonización, integración, método, *ius commune*, Derecho latinoamericano.

Palabras clave descriptores: Derecho contractual, contratos, actos jurídicos, América Latina.

ABSTRACT

The present paper proposes the creation of a model for the harmonisation of contract law in Latin America. For this purpose two conditions are relevant: the factual assessment of the phenomenon of the disassembling of traditional contract law and the assessment of the creation of a common Latin American legal culture. Based on them, a singular method of harmonisation can be constructed, the scope of which is to reduce legal dispersion in Latin American contract law.

Keywords author: *Contract, harmonisation, integration, method, Ius commune, Latin American Law.*

Keywords plus: *Contract Law, contracts, juristic acts, Latin America.*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.- I. LAS COSAS CLARAS COMO PUNTO DE PARTIDA.- II. EL PROBLEMA DEL MÉTODO DE INTEGRACIÓN.- A. El “absurdo del retorno” al viejo modelo del *ius commune europeo*.- B. Nuestra teoría: el método de armonización flexible del derecho.- 1. El presupuesto de la doble premisa de partida.- 2. La lógica del triple piso jurídico.- 3. Inclusión de variables no solo de derecho al objeto de análisis.- 4. Valoración teórica.- 5. Las razones de Watson y las de estabilidad de las condiciones iniciales de Morin.- 6. Prueba de nuestra teoría: la transformación cualitativa de la permuta financiera.- 7. A favor de la idea de la armonización jurídica.- CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

El derecho contractual latinoamericano no ha sido a través de la historia más que una copia en rigor del europeo, un *copy-paste* jurídico, salvando algunas singularidades del caso¹. Ello no es, desde luego, del todo negativo. Ese ejercicio de la mano de la doctrina de los *legal transplants* de Watson alcanza cierta autenticidad dado que, como dice este autor, es legítima la copia (los préstamos) de soluciones jurídicas de otros países en orden a que ello no excluye el desarrollo ulterior de cada ordenamiento receptor de acuerdo con su tradición². Se suma a ello que ese modelo no solo ha servido para la construcción del derecho contractual latinoamericano sino también para la solución de los supuestos prácticos de la vida social. Pero la situación en la actualidad es otra.

Los modificadores del derecho, los hechos, vienen fragmentando las estructuras tradicionales del sistema contractual. Como apunta Menell “*la revolución digital y otras tecnologías de punta se han instalado en la actualidad en la vanguardia de los intereses económicos, sociales, políticos y jurídicos*”³ y, concretamente, como señalan los alemanes, en el ámbito contractual es *der Massenvertrag* (el contrato en masa) el supuesto fáctico que ha desarticulado la arquitectura del derecho privado patrimonial clásico⁴. Como ya se sabe, ello ha sido así en razón de que ante un contrato completamente pre-redactado por los empresarios, al adquirente de bienes no le queda otra opción que aceptar o rechazar en bloque el documento contractual, esto es, sin posibilidad de negociación; lo cual no solo ha puesto en jaque el principio de la libertad contractual sino además a la regla del *pacta sunt servanda*, la igualdad formal de las partes ante la ley y la relatividad contractual, entre los tópicos relevantes o bases jurídicas sobre las cuales se asienta el derecho de los contratos.

1 J. Tito, *Modernización e Integración del Derecho Contractual Latinoamericano*, 1ª ed., Ediciones Uninorte – Ibáñez– Grijley, Barranquilla – Bogotá – Lima, 3-4 (2012).

2 A. Watson, *Legal transplants: An approach to comparative law*, University of Georgia Press, Georgia, 17-19 (1993).

3 P.S. Menell, *Intellectual Property Law*, en *Handbook of Law and Economics*, A. Mitchell Polinsky & S. Shavell, Eds., Elsevier North Holland, Amsterdam, 1475-1476 (2007).

4 J. Tito, *Consideraciones para la regulación de los contratos vinculados en atención a la protección del consumidor de servicios financieros*, en Universidad Santo Tomás de Bucaramanga, *Memorias 2do Congreso Internacional de Derecho Empresarial y Contractual*, Ed. Publicaciones Universidad Santo Tomás, Bucaramanga, 42-43 (2010).

En suma, los *modificadores* fragmentan las estructuras de derecho decimonónicas a una velocidad que no guarda precedentes con la evolución del orden contractual típico. Consecuencia de lo cual todos los agentes económicos del mercado, los operadores del derecho y los destinatarios de la norma se encuentran en un contexto de desafío frente a la labor de reconstrucción del derecho contractual.

Justamente, en esa re-creación del derecho conviene, desde nuestra óptica, elaborar un tejido jurídico común que integre el desarrollo del derecho particular de los países latinoamericanos.

Soy consciente que sobre esta conclusión el lector puede legítimamente preguntarse ¿qué ventajas me aporta esto? Pensemos en un empresario colombiano o en un simple consumidor de bienes, incluso en un turista, y en las consecuencias positivas que tendrían si las reglas de la compraventa o las del *leasing* son, cuando menos en relación con sus garantías, las mismas en México, Colombia, Perú o Argentina. Asumo en esto el riesgo con reserva a revisión que puede parecer un grosero punto de convergencia a alcanzar, pero nadie negará que esas reglas descansan en trazos jurídicos comunes.

Es más, si esa convergencia de derecho contractual es, por razones políticas, económicas y culturales, un horizonte además de lejano, difícil de lograr, entiendo que este ejercicio puede aportar, sin lugar a dudas, a la modernización del derecho de los contratos en Latinoamérica, y en esa dirección al desarrollo de la ciencia jurídica.

Pero para ello se precisa no solo crear una conciencia jurídica común sino una herramienta con la cual enfrentar el propósito, y esta es, como en la reconstrucción del derecho europeo, el método de armonización.

Por todo esto, en este trabajo se defienden algunas razones para adoptar uno, el cual no deja de ser —y advierto ya— una proposición teórica que se nutre del pensamiento jurídico desde el *ius commune* indiano hasta las codificaciones, en especial del derecho comparado europeo⁵.

5 Claro está, este ejercicio de convergencia jurídica se hace con las limitaciones del caso, esto es, que supone la reserva de un análisis más profundo de la idea de integración del derecho de contratos en Latinoamérica, dado que es difícil fundir en un *paper* las pretensiones, los

I. LAS COSAS CLARAS COMO PUNTO DE PARTIDA

Si lo que se quiere son argumentos para la creación de una cultura jurídica común y hacer frente al impacto de los modificadores, es *conditio sine qua non* realizar un test de identificación y valoración de las vicisitudes, sean positivas o negativas, que el derecho europeo y latinoamericano deben enfrentar, siempre que ese punto de armonización sea un fin en ese horizonte.

Salvando las enormes distancias que dividen en materia de integración a Europa y a América Latina, con base en la crítica intentaremos poner en tela de juicio las principales objeciones a los criterios de unidad y pluralidad y, en especial, al del método de integración del derecho, que tanto ha dado de qué hablar en el ámbito europeo, y que incluso en la actualidad no es un tema agotado.

A estos efectos, la caja de herramientas a utilizar tiene que ver con las nociones de las teorías de complejidad⁶, *multi-level system*⁷, libre movimiento de las normas⁸ e interpretación amistosa de la integración del derecho⁹, que creemos aportan a un modelo en construcción del cual pende, en mayor o menor medida, el éxito de un proceso de armonización¹⁰.

Con todo ello, además de persuadir a los operadores del derecho y a los destinatarios de la norma a que se incardinan en la idea de creación de un espíritu jurídico común en terreno de los contratos, se intentará dejar trazado un cuadro de problemas, de interrogantes, de la falta de regulación de supuestos de hecho nuevos, de la ineficacia de la norma vigente en la práctica, de las situaciones lesivas que

fundamentos, los mecanismos y los problemas de integración. Para ello, si desea el lector, puede encontrar en el libro J. Tito, *Modernización e Integración del Derecho Contractual Latinoamericano*, op. cit., un análisis jurídico detenido de estas vicisitudes.

6 E. Morin, *On Complexity. Advance in systems theory, complexity, and human sciences*, Hampton Press, 37-51 (2008).

7 M. Hesselink, *A European legal science? On European private law and scientific method*, Centre for the Study of European Contract Law, Working Paper 2008/02, 33 y ss. (2008).

8 J. Smits, *A European Private Law as a Mixed Legal System*, 5 *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 336 (1998).

9 C. von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Beck, 406 (1996).

10 Naturalmente, todo ello con la vista puesta en la construcción de un método, un camino, un cuadro de interrogantes y soluciones, y una justificación válida para la idea de la aproximación jurídica del derecho latinoamericano; y si ello aún puede parecer —y con justa razón— un proyecto demasiado lejano, este intento difícilmente podrá abstraerse, como ya se dijo, al aporte de por qué se han de legitimar, o no, la “importación” de normas de derecho europeo a derecho latinoamericano y, de otro lado, al margen de la idea de integración, por qué es relevante la contribución a la actualización y modernización del derecho.

derivan, entre otras, de la disparidad normativa en la actualidad, ello como propuesta para recrear un segundo piso jurídico, después, claro está, como ya se dijo, de la gestación de una conciencia jurídica de integración del derecho contractual de la región.

II. EL PROBLEMA DEL MÉTODO DE INTEGRACIÓN

A. El “absurdo del retorno” al viejo modelo del *ius commune* europeo

Volver al viejo *ius commune*¹¹ con el objeto de reactualizarlo como modelo de unificación no es precisamente una de las soluciones pacíficas de la europeización jurídica. En efecto, Legrand impugna y expone la idea absurda de situar el derecho privado europeo en la llamada época dorada del *ius commune* basado, entre otras cosas, en que el derecho inglés nunca fue parte de ella y que “*los sistemas jurídicos jamás fueron convergentes, no son convergentes ni serán*

- 11 Sobre el valor histórico-jurídico del *ius commune*, la idea de su actualización y la evolución de la ciencia del derecho, v., H. Coing, *Derecho privado europeo* trad. A. Pérez Martín, Fund. Cult. del Notariado, Madrid (1996); *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Beck, München (1986); Savigny und die deutsche Privatrechtswissenschaft en: *Ius Commune. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte*, Frankfurt, 9 y ss. (1979); H. Hattenhauer, *Textbuch zur Privatrechtsgeschichte der Neuzeit mit Übersetzungen* Beck, München (1967); y *Europäische Rechtsgeschichte*, 4ª ed., Heidelberg, (2004); P. Koschaker, *Europa y el Derecho romano*, trad. J. Santa Cruz Tejeiro, Madrid (1955); F. Wieacker, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, trad. F. Fernández Jardón, Comares, Granada (2000); R. Zimmermann, *Der europäische Charakter des englischen Rechts. Historische Verbindungen zwischen civil law und common law*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 4-51 (1993); *Roman Law and European Legal Unity*, en *Towards a European civil code*, Ed. A. Hartkamp, Boston – London, 65-81 (1994); F. Calasso, *Introduzione al diritto comune* Giuffrè, Milan (1951); C. Cannata, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea. I. La giurisprudenza romana e il passaggio dall' antichità al Medioevo; y II. Dal medioevo all' epoca contemporanea*, Giapichelli, Torino (1976); P. Grossi, *El Orden jurídico medieval* trad. F. Tomás y Valiente, Marcial Pons, Madrid (1996); L. Labruna, *Matrici romanistiche del diritto attuale*, Jovene, Napol, (1999); L. Solidoro, *La tradizione romanistica nel diritto europeo. II. Dalla crisi dello “ius commune” alle codificazioni*, Giapichelli, Torino (2003); R. C. van Caenegem, *European Law in the Past and the Future*, Cambridge (2002); B. Clavero, *Temas de Historia del Derecho. Derecho Común*, Universidad de Sevilla (1977); e *Historia del Derecho. Derecho Común*, Universidad de Salamanca (1994); A. Fernández de Buján, *Ciencia jurídica europea y Derecho comunitario: Ius romanum. Ius commune. Common Law. Civil Law*, en *Derecho Privado Europeo: Estado actual y perspectivas de futuro*, M. Díaz Romero et ál. Coords., Aranzadi, Pamplona; *Derecho Romano y Sistema Jurídico Iberoamericano*, en J. Iglesias, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, v. 4, Civitas, Madrid (1996); R. Morán, *El Ius commune como antecedente jurídico de la UE*, en *Cuadernos de Historia del Derecho*, 12, 104 y ss. (2005); A. Torrent, *Fundamentos del Derecho Europeo. Ciencia del derecho: derecho romano-ius commune-derecho europeo*, Madrid (2007), entre otros.

convergentes”¹². De modo similar, Pio Caroni duda de la idea (neopandectista) de que el derecho romano tiene algo que contribuir a la construcción del derecho privado europeo “*por fundarse, especialmente, en un pasado de ficción que pretende influir en un futuro que es incierto*”¹³. En ambos casos, si se mira detenidamente, se opone la idea de pluralidad (diversidad de sistemas jurídicos nacionales) a la de unidad jurídica (un sistema jurídico europeo fundado sobre bases idénticas a las del antiguo *ius commune*) con el grave riesgo, como apunta Braudener, de recuperar solo algún bloque de dogmas y conceptos propios del derecho romano y con desprecio de todo lo que se le oponga¹⁴.

Así las cosas, en el objetivo de unificación del derecho privado europeo no parece que la idea de reivindicar el concepto de “unidad jurídica” del *ius commune*, esto es, la autoridad de un solo pensamiento jurídico por encima de la diversidad positiva de los derechos nacionales, sea la vía idónea. En efecto, en la lógica de Legrand la pluralidad es irreductible a la idea de unidad jurídica en razón de que en dicha relación proposicional, señala el autor, no debe abolirse la distancia entre el *yo* y el *otro* por cuanto de ello se obtiene siempre un grado de diferencia anterior y constante que nutre la idea de existencia de una individualidad, heterogeneidad o diferencia jurídica distinta de la identidad¹⁵. Lo cual implica —dicho

12 A este respecto, v., P. Legrand, *European legal systems are not converging*, 45, *International and Comparative Law Quarterly*, 61 y ss. (1996).

13 P. Caroni, *Der Schiffbruch der Geschichtlichkeit, Anmerkungen zum Neo-Pandektismus*, ZNR, *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 85 y ss. (1994) quien, entre otras cosas, señala en relación con los neopandectistas que ellos, respecto al futuro del derecho privado europeo, son exagerados y causan solo un arrebatado de buen sentido del humor, y que en resumen la mayoría de ellos tienen puesta la mirada en un pasado de ficción para influir en un futuro que es incierto (“*Stark übertreibend, und auch nur im Sinne einer ebenso gutmütigen wie zusammenfassende Provokation könnte man sagen: Die meisten von ihnen... befassen sich einer fiktiven Vergangenheit zur Beeinflussung einer ungewissen Zukunft*”). En este sentido, v., W. Braudener, *Europäisches Privatrecht-aber was ist es?*, ZNR, 225 y ss. (1993).

14 Ibid.

15 P. Legrand, *The impossibility of Legal Transplants*, 4, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 123 y ss. (1997), critica al comparatista, y dice de él que no debe abolir la distancia entre el *yo* y el *otro*, sino más bien debe permitírsele proyectarse y desde allí ver el *otro* en la forma en que debe ser visto, esto es, como *otro*; concluye diciendo que el comparatista debe permitir a los *otros* darse cuenta de su visión del mundo. En relación con el discurso del *otro* Gabilondo Pujol, *La vuelta del otro. Diferencia, identidad y alteridad*, Madrid, 10 y ss. (2001) agrega que “*prolifera los discursos sobre el otro, en ocasiones como un modo más de silenciarlo. Se requiere con urgencia su mirada y la filosofía no está exenta de esta necesidad, la de la palabra del otro en su propio discurrir o, tal vez, como lo otro de ella misma*”; e infiere que el problema de la “identidad y diferencia” viene a ser el de la “diferencia, identidad y

de otro modo— que la unidad jurídica no llegaría a ser posible en el mundo del derecho.

Esta afirmación vista desde el ángulo de la lógica y de la filosofía del derecho muestra, sin lugar a dudas, un valor de verdad de lo que *es* y *debe ser* la idea de unidad y la de pluralidad. En ello estamos de acuerdo. No obstante, entiendo que de cara a explicar la evolución de los sistemas de derecho ella representa solo una visión parcial de un paradigma mucho más complejo y amplio como es —en el caso que nos ocupa— el reciente sistema de unificación de derecho privado europeo; de modo que la lógica de Legrand, Pio Caroni y Braudener, en nuestra opinión, solo tendría causa en aplicación de una razón deductiva y estricta, más bien propio del pensamiento lineal, reduccionista y simple que integra la tradición científica¹⁶.

En la práctica, una indagación amplia en la diversidad jurídica que descubren o ponen al descubierto los distintos niveles de un sistema complejo, esto es por ejemplo, el de individualidad, transicionalidad o de convergencia, es más bien apropiada para que luego de un examen se deje atrás, como primer paso, ese estricto marco de lógica científica y adaptar —sin desplazarlo— el fenómeno de la unidad a la dinámica de un mecanismo que busque, antes que soluciones de aplicación universal, la estabilidad práctica del

alteridad”.

- 16 Acerca de las soluciones de razonamiento lineal derivadas de la aplicación del método científico, v., K. Popper, *The Logic Scientific Discovery*, Routledge, 48 y ss. (2002), quien propugna el análisis de pura lógica formal para obtener conocimiento científico, y deja la influencia de otras áreas que no sean científicas sobre la base de la falsación por la que toda teoría científica se ha de valorar. Contra la exclusión de ideas o aportes que no superen el test de falsación de Popper, esto es, que solo el conocimiento empírico produce conocimiento, Feyerabend, *Against Method*, Verso, 18-19 (1993), discípulo de Popper, sostiene que ante la riqueza de material científico que proporciona la historia, y si el examinador de este evento se desprende de su actitud de buscar siempre seguridad intelectual y precisión, se dará cuenta de que solo hay un principio que puede ser defendido bajo toda circunstancia y en todas las etapas del desarrollo humano: este es el “principio del todo vale” (*anything goes*). En sentido análogo, Latour, *Science in Action: How to follow Scientists and Engineers through Society*, Harvard University Press, 182 y ss. (1987), contra la desmitificación del método para obtener soluciones científicas, expone que en este proceso se pasa de las controversias a una complejidad de mayores controversias, de modo que el conocimiento parece ser gradual y no precisamente categorial. Contra el razonamiento lineal conviene tener presente la obra de I. Prigogine, *The end of Certainty: Time, Chaos, and the New Laws of Nature*, New York, 183 y ss. (1997) quien propugna una apertura o mejor dicho ruptura de los paradigmas clásicos para obtener conocimiento científico. Ello nos llevaría a considerar la formación de paradigmas flexibles, lejos de las certidumbres (linealidad) y por tanto nada axiomáticos.

sistema normativo dentro del inaprehensible entorno heterogéneo del tráfico jurídico¹⁷.

En palabras más simples, esa indagación supone que sería decisivo privilegiar un paradigma dinámico y flexible a uno de resultados lógicos y estrictos. Consecuencia de lo cual, quedaría atrás el tradicional razonamiento lineal de los fenómenos jurídicos y abriría las puertas a un razonamiento flexible, dinámico y no-lineal de los cambios en el derecho, en el cual ha de privilegiarse especialmente, como ya se dijo, la estabilidad a la universalidad de soluciones¹⁸.

Enseguida propondremos cómo podría ajustarse ese cambio de paradigma (Kuhn)¹⁹ a los objetivos de armonización jurídica que motivan este texto.

B. Nuestra teoría: el método de armonización flexible del derecho

No se me ocurre otra cosa que partir desde la incertidumbre. Y en esto me apoyo abiertamente en la tesis del fin de las certidumbres de Prigogine (*The end of Certainty: Time, Chaos, and the New Laws of Nature*)²⁰. Por esto considero que quizá la solución que mejor responde a la patología de la idea de integración (*rectius*: unidad jurídica) y a la de diversidad por extensión, descansa en la dinámica de un modelo de integración jurídico-flexible o lo que es igual, en un modelo de complejidad que adapta las mutaciones que sufre el derecho dentro de un sistema y entorno jurídico siempre heterogéneos.

La finalidad inmediata de este proceso es, como los teóricos en la doctrina de los pasos cortos, crear previo al orden positivo estructuras de derecho (ED) o estándares jurídicos a armonizar (EJA) que sean estables, esto es que resistan los cambios, a fin de sentar una

17 Con base en ello, en un sistema de armonización jurídica, cabe la posibilidad de rechazar cualquier intento de axiomatización del “comportamiento” interno o externo de los ordenamientos jurídicos nacionales, especialmente por razón del riesgo que supone fundar la explicación de la evolución de los fenómenos jurídicos sobre una plataforma de conceptos lineales y deterministas.

18 I. Prigogine, *The end of Certainty: Time, Chaos, and the New Laws of Nature*, New York, 183 y ss. (1997).

19 T. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, The University of Chicago Press, 160 y ss. (1996), quien propugna la evolución y el progreso científico sobre la base de los cambios, de las revoluciones en ámbito de la ciencia.

20 I. Prigogine, op. cit.

plataforma gnoseológica que facilite verter convergencias y divergencias, discusiones y debates, preguntas y problemas, soluciones y recomendaciones, entre otros supuestos cognitivos.

1. El presupuesto de la doble premisa de partida

Para una comprensión preliminar de ello, diremos que la arquitectura de tal método parte de dos ideas iniciales que llegan a ser decisivas a la hora de su aplicación práctica: la primera, que la mínima alteración jurídica en los elementos básicos de una *estructura de derecho* puede modificar su vigencia en el tráfico jurídico y la segunda, que no existe una causa determinante para afirmar la permanencia, o no, de una *estructura de derecho* en el continuo entorno de fluctuaciones de un sistema normativo. Con ambas ideas, de pronto, podemos decir que si la diversidad impera en cada alteración jurídica, las *estructuras de derecho*, que llegarían a ser unidades consolidadas que ya integran la diversidad, buscan de modo constante su propia estabilidad en medio de ese entorno heterogéneo o, lo que es igual, resisten a esa heterogeneidad sobre la base de la estabilidad de sus reglas jurídicas básicas, las cuales en teoría de la complejidad se conocen con el nombre de *condiciones iniciales*.

2. La lógica del triple piso jurídico

Si se observa con detenimiento una *estructura de derecho* (ED), piénsese en la noción de contrato, en la culpa como base del sistema de responsabilidad subjetiva, en el contrato de compraventa o en el *hosting* o, si se quiere, en la idea clásica de la regla jurídica o en la moderna de principios o valores constitucionales o en los criterios de solución de una colisión de principios, es posible deducir dos conductas jurídicas relevantes: la permanencia y el cambio.

Toda ED no ha sido ni es inmune a la alterabilidad a lo largo de su vida jurídica. En alguna medida, ellas han mutado, y esa mutación ha sido por niveles. Por esto es por lo que consideramos que la alterabilidad encuentra tres pisos jurídicos en los cuales es observable el comportamiento de un ED: el primer piso es la permanencia o estabilidad (PE); el segundo la desaparición o inexistencia

(PD), y el tercero, que es intermedio entre los anteriores, el riesgo de estabilidad o propiamente inestabilidad (PI). Si se mira bien, en estas magnitudes escalares pueden incardinarse sin mayor dificultad las ED, de las que ya se dio cuenta, a modo de ejemplo, líneas arriba.

En todos estos niveles, la fluctuación de los *componentes mínimos* de una ED es relevante. No obstante, a efectos de construir gradualmente un espíritu jurídico común latinoamericano con base en una corriente ideológica de integración, es el riesgo de estabilidad o piso de inestabilidad (PI) el que tiene una importancia categórica para explicar los comportamientos de las ED en el tráfico jurídico; las otras ED o ya no existen o se mantienen estables por resistencia o readaptación merced a la constancia o docilidad de sus *condiciones iniciales* en la diversidad del tráfico jurídico, pero *in proprium* no son inestables.

Por ello es por lo que ese nivel PI tiene un interés especial. En rigor, la razón descansa en que dada su heterogeneidad, esto es, su categórica cualidad de inestabilidad, puede hacer derivar a una ED hacia el nivel de permanencia (PE) o al de inexistencia (PD); pero para que ello ocurra es relevante el impacto de una doble modificación: la primera, cualitativamente positiva para la estabilidad de una ED o, la segunda, cualitativamente negativa para la inexistencia de una ED. En el primer caso, la alteración hace evolucionar a una ED (a una escala PE, por ejemplo), y en el segundo, la alteración amenaza su estabilidad. Como se dijo antes, estas fluctuaciones pueden ser mínimas (primera regla) e impredecibles (segunda regla).

En estos casos, se puede decir simplemente que esa ED, que puede ser un concepto jurídico o una norma de derecho, ha mutado. Ahora bien, el impacto de esa alteración no es siempre en la ED (considerada en su forma externa) sino en sus *componentes mínimos*; piénsese, a modo de ejemplo, en la oferta y aceptación que integran la noción de contrato o, para ser más exactos, en la cuestión de si la aceptación en bloque de un contrato pre-redactado implica consentimiento o sometimiento, lo cual nos llevaría a cuestionar la categoría formal de si hay o no contrato.

Con un ejemplo demostraremos más adelante la aplicación de tales pautas, que si se mira con atención no debe suponer ninguna novedad, ya que ese y otros ejemplos se han presentado desde el

derecho romano a la actualidad en la línea de la evolución jurídica de los temas de derecho.

Con lo cual, en el orden *fáctico*, la idea de que la pluralidad es irreductible a una unidad jurídica no parece ser del todo cierta. Veamos por qué se puede llegar a postular ello y cómo es posible que la diversidad llegue a integrar o formar parte de la construcción de una unidad de derecho.

3. Inclusión de variables no solo de derecho al objeto de análisis

Si se quiere explicar el comportamiento legal de un concepto, una norma, un principio, una estructura o, incluso, como señala Watson, un sistema de derecho²¹, debe incluirse a priori en el tratamiento de la información todas las variables y vicisitudes en que se asienta el fenómeno objeto de análisis en razón de que todas aportan a la estabilidad del sistema en uno u otro grado de intensidad. Lo que, en rigor, impide soslayar la diversidad. Merced a ello, no resulta coherente rechazar, por ejemplo, la historia del derecho, la sociología jurídica, el análisis económico del derecho, la política, el derecho comparado, la psicología ni otras áreas de análisis jurídico dado que, como recuerda Rorty, la diversidad de estos factores, causas o variables externas pueden contribuir a resolver una cuestión jurídica de manera satisfactoria²².

De modo que procede, en un primer momento, “atraer” al programa de construcción del derecho la información jurídica procesada por aquellas áreas del conocimiento puestas en duda por algún sector de la doctrina científica, como son la historia del derecho y el derecho romano en particular²³. Es más, el mismo patrón positivista que nutrió los códigos europeos en época de la codificación, tendría relevancia a la hora de verificar un resultado jurídico²⁴. Si seguimos, de ello no procedería la fragmentación,

21 A. Watson, *Legal transplants: An Approach to Comparative Law*, University of Georgia Press, Georgia 17-19 (1993).

22 R. Rorty, *Philosophy and Social Hope*, Penguin, 96 y ss. (1999).

23 Con la inclusión de otras áreas que no sean de derecho, agrega Rorty, *Philosophy and Social Hope*, Penguin, 96 (1999), se extiende el análisis jurídico hasta conseguir su dinámica, menos formal, y solucionar de este modo un caso concreto con este apoyo de ideas que el juez puede usar.

24 Ello en el sentido de que si se conviene en la idea de apertura de la información jurídica, no

anulación o exclusión de elemento o componente alguno de ese elenco de variables o condiciones iniciales, ni menos de la dinámica interna de sus vicisitudes jurídicas.

Así las cosas, con la inclusión de la diversidad en el área de vigencia de una unidad jurídica se enriquecería no solo el cuadro de examen sino los resultados a obtenerse de él y, además, se rompería o superaría el método de análisis axiomático del derecho.

En un segundo momento, y a fin de explicar la estabilidad de una estructura de derecho, consideramos que la decisión más importante descansa en las pautas de valoración de la información pre-seleccionada por el operador. Ella esclarecerá cuándo una estructura de derecho se halla en un nivel evolutivamente estable y, por tanto, vigente dentro del sistema de derecho: ya porque el impacto de las mutaciones o alteraciones jurídicas la han transformado en una nueva unidad de derecho o porque ella ha resistido al impacto de dichas alteraciones. Incluso, una tercera opción llegaría a ser posible: la pérdida de vigencia de una estructura jurídica dentro del sistema de derecho, que se daría, por ejemplo, cuando la inestabilidad, como fenómeno de mutaciones, hace perder vigencia a tal estructura de derecho como ocurre a menudo con el tiempo de eficacia de una norma o concepto jurídico, tal y como se comprueba con los ejemplos de la evolución jurídica a lo largo de la historia del derecho.

Por ello, tras la inclusión de la diversidad en el examen del comportamiento de una estructura de derecho, lo decisivo gravita en dos pautas claves en esta fase: identificar y valorar la “selección” y la “cualidad” de la información jurídica a transmitir, a fin de derivar luego consecuencias reales, lo cual involucra, desde luego, un examen particular de las aplicaciones prácticas de la idea de unidad jurídica.

podría sesgarse la información que contiene la época del positivismo dado que supuso en su momento un cambio relevante en la forma de construir y entender el derecho; por lo tanto, puede decirse que ella contiene una riqueza de material jurídico significativo que ha de considerarse; de hecho, en la actualidad, si bien es cierto que el paradigma positivista ha mutado, o se ha dejado atrás, aún perviven restos relevantes que inciden a la hora de interpretar y aplicar el derecho.

4. Valoración teórica

La doctrina de los *legal transplants* de Watson llega a ser útil, por un lado, para identificar el comportamiento evolutivo de los conceptos, categorías y estructuras jurídicas del sistema de derecho (o, lo que es igual, de la información seleccionada) y explicar, por otro lado, su estabilidad o adaptación al complejo entorno de los cambios jurídicos, con apoyo, por supuesto, de aquellas áreas de análisis jurídico precitadas²⁵ y de las doctrinas del *hybrid and dynamic multi-level system*²⁶, del método de interpretación amistosa de la integración jurídica europea o *Europe-friendly interpretation* defendido por von Bar y otros renombrados autores²⁷.

En este ejercicio de valoración de la información jurídica preseleccionada, consideramos que las ideas de evolución y estabilidad, junto con las dos reglas del paradigma de integración flexible que ya se apuntaron²⁸, encierran las llaves para abrir las puertas de una mejor comprensión de la dinámica de la doctrina de integración que se intenta explicar. Así, si se trasladan ambos tópicos a la arena de debates, por la unidad jurídica o por la diversidad, la respuesta no siempre se inclinaría de modo determinante hacia uno de los dos lados. Sorprenderá que ello sea así. Por lo que, previo a valorar, en concreto, la dinámica de una estructura de derecho, conviene dejar sentado a la luz del bloque de instrumentos precitados por qué es importante no sesgar la información que pueda aportar una variable determinada o, dicho de otro modo, por qué debe acogerse la diversidad.

Dicho ello, comencemos el análisis de valoración por el lado de la dinámica de la diversidad jurídica sin perder de vista nuestro modelo: el de la copia del viejo *ius commune* al (entre comillas) nuevo *ius commune* europeo.

A este efecto, si se considera en conjunto la dinámica de la integración flexible como la pauta básica de las teorías que apoyan la doctrina de la europeización jurídica, los resultados en la práctica se ajustarían a la idea de unidad jurídica antes que a la de diver-

25 Vid. lo que ya se dijo, *Supra* III, B.

26 M. Hesselink, *A European Legal Science? On European private law and scientific method*, *Centre for the Study of European Contract Law*, Working Paper 2008/02, (2008).

27 C. von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Beck, 406 y ss. (1996).

28 Vid. lo que ya se dijo, *Supra* III, B.

sidad en sentido estricto. No obstante, creemos que en un primer momento esta última llegaría a tener un valor notable de cara a entender la idea oscura de la formación de una unidad jurídica, como se verá enseguida.

Si se sigue la idea de integración desde la óptica de la diversidad y se consigue aplicar sus pautas básicas al nuevo paradigma de estudio, la teoría de retornar al viejo canon de unificación del *ius commune*, a fin de construir un sistema de unificación jurídica posmoderno, esto es, un nuevo *ius commune* europeo, llegaría a ser en principio irrealizable.

Ello generará enseguida un importante cuestionamiento: ¿qué razón justifica en realidad la impugnación a la unidad jurídica común? En nuestra opinión, la razón más importante descansaría, en este caso, en la distancia y en la diferencia entre ambos modelos de sistematización jurídica.

En efecto, al margen de la evidente diferencia del uso de fuentes, idioma, enseñanza, literatura, un grupo homogéneo de juristas y una sociedad de rasgos comunes, la idea de retrotraer al presente y situar en el cuadro de evolución jurídica actual el mismo arquetipo del *ius commune* vulnera no solo la idea de diversidad por esa evidente distancia histórica sino, además, la realidad de las cosas. En este sentido, Luig lleva razón, cuando señala cómo se puede exigir la restauración de la vieja educación jurídica y no la práctica de quemar herejes, dado que ello fue también parte del modelo unificado del *ius commune*²⁹. Para él la idea de unificación tiene sentido de control político antes que de desarrollo jurídico. La noción de identidad solo tiene cabida, por ello, en el mundo de los conceptos, en el academicismo jurídico, que por definición se halla fuera de la realidad de los hechos. A causa de lo cual, la crítica negativa al planteamiento de un nuevo *ius commune* como retorno nostálgico, de impronta academicista, que tiene como único destino —criticando de este modo a Zimmermann— un nuevo cuadro jurídico fundado en el mito de retorno al pasado, llegaría a tener en sí cierto sentido.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, el triunfo de la diversidad sobre la idea de retorno al *ius commune* no es del todo cierto. La verdad es que, como ya se dijo, resulta por un lado imposible o

29 Vid., en concreto, K. Luig, *The History of Roman Private Law and the Unification of European Law*, ZEuP, 407 y ss. (1997).

irrealizable ajustar cualquier fórmula de identidad entre un sistema de derecho y otro, especialmente si entre ellos existe una diferencia temporal de casi nueve siglos en la cual resulta más que evidente la evolución del derecho; por lo que la diversidad jurídica y esa enorme distancia histórica han de valorarse en este sentido positivamente. Por otro lado, no puede sesgarse del todo el pasado remoto, el pasado inmediato ni tampoco el presente evolutivo, dado que en la interacción jurídica de conceptos, principios, categorías, institutos y estructuras de derecho de dicha escala temporal se funda día a día un sistema de normas jurídicas, o dicho de otro modo, sobre la base de la evolución de las vicisitudes jurídicas, de la formación de unidades de transmisión jurídica y, como dice Watson, de los trasplantes legales, un sistema de derecho busca de modo constante niveles de estabilidad jurídica en medio del voraz desconcierto del tráfico jurídico en cada estado evolutivo, lo cual supone su propia reacción frente al impacto de esa pluralidad o divergencia desorganizada e inestable de las vicisitudes jurídicas³⁰.

Como no se puede anular la historia como hecho ni como variable a la hora de trazar una línea de proyección futura del derecho, hay que integrarla a efecto de extraer un elenco aproximado de divergencias y semejanzas y, con ello, constatar qué cambios jurídicos han derivado a unidades de semejanza o de transmisión jurídica y cuáles se han mantenido por su especial estado cualitativo estables a lo largo del iter de evolución. Si dirigimos nuestro análisis sobre esta trayectoria, nos daremos cuenta de que se puede recoger un puñado de material jurídico (principios, reglas, institutos, ideas y estructuras), copiado y seleccionado por la interacción de la alteridad, cuya característica más notable llegaría a ser, como ya se dijo, hacer frente o resistir a la divergencia desorganizada de las transformaciones jurídicas y adaptarse a una línea evolutivamente estable. Lo cual se halla completamente alejado, desde luego, de toda deducción axiomática relativa al concepto de identidad o unidad, incluso al de divergencia stricto sensu.

Una vez obtenida una valoración dinámica de la diversidad es oportuno, a favor del análisis, descender a un terreno mucho más práctico que dé cuenta de la importancia de la tesis de integración

30 A. Watson, *Legal Transplants and European Private Law*, en *Electronic Journal of Comparative Law*, December, v. 4, 4 y ss. (2000). Disponible en: <http://law.kub.nl/ejcl/44/44-2.html>

flexible del derecho, que defendemos. Como ya se dijo, en este punto las claves de valoración descansan en las ideas de evolución, estabilidad, alteración mínima de las condiciones iniciales e indeterminación de la vida jurídica de una estructura de derecho, que en las siguientes líneas se tratarán de llevar a la práctica. De modo que la clave para constatar qué cambios jurídicos son los que han de premiarse con el privilegio de la estabilidad de una unidad de transmisión jurídica o, dicho de modo didáctico, qué entidades jurídicas son las que sobreviven a la complejidad del entorno jurídico por aplicación del mecanismo de selección y valoración, encierra aun en este examen un enigma que requiere ser desbrozado.

5. Las razones de Watson y las de estabilidad de las condiciones iniciales de Morin

Watson tiene razón al afirmar que lo relevante para establecer la vigencia de una unidad jurídica será, en estos casos, constatar la formación de préstamos o trasplantes legales³¹. Ello *debe ser* así, según el autor, a efecto de tener conocimiento de lo que se ha hecho y de lo que en consecuencia se puede hacer³². Prueba de esta evolución jurídica viene a ser, por ejemplo, el tránsito de las *Institutas* de Gayo a las *Institutas* de Justiniano, que no solo anula (o pone entre paréntesis) las pautas jurídicas locales, sino que organiza un tejido común, diluyendo la diversidad más aprehensible en un derecho escrito. Para ello basta señalar que el sistema de derecho justiniano encarna un salto evolutivo en relación con el de Gayo en orden a que no solo pervive el canon de división de materias y algunos pasajes jurídicos, sino que se nutre de la nueva divergencia aprehensible de la época que se corresponde con el denominado Siglo de la Ciencia que va desde Adriano hasta Alejandro Severo, en la cual destaca la labor de los jurisconsultos que puede abreviarse en las obras de las *Institutas* de Gayo, Florentino, Calistrato, Paulo, Ulpiano, Marciano y en el *Corpus Iuris Civilis*, en los cuales —en especial en este último— la labor de identificación, valoración y selección del material jurídico fue decisiva. Es más, en el estadio

31 A. Watson, *Legal transplants: An Approach to Comparative Law*, University of Georgia Press, Georgia, 16-29 (1993).

32 A. Watson, *Legal Transplants and European Private Law*, en *Electronic Journal of Comparative Law*, December, v. 4, 3-5 (2000). Disponible en: <http://law.kub.nl/ejcl/44/44-2.html>

siguiente del proceso de copia y selección (o magnitud escalar en términos de la teoría de la complejidad)³³ la dependencia de las *Institutas* de Justiniano en el derecho local de Europa occidental del siglo XVII fue base jurídica para la codificación moderna de finales del siglo XIX.

Así pues, en la vida jurídica de un sistema de derecho la copia o imitación de ese material jurídico, que forma unidades mínimas de transmisión, es uno de los factores decisivos para la pervivencia en el tiempo tanto de ideas, categorías, institutos y del sistema mismo, siendo lo difícil en todos estos casos determinar qué causas son las que provocan el cambio cualitativo de un canon jurídico a otro o, dicho de otro modo, qué factor decide las normas jurídicas (conceptos o categorías) a copiarse.

La respuesta es sin duda difícil. Y aunque este no es lugar para abordar el tema con profundidad, podemos adelantar que la selección de la vigencia de una norma o idea jurídica no responde a un solo factor sino a la interacción de factores múltiples internos y externos de un determinado sistema normativo. Así, mal podría decirse que la acción del legislador es causa exclusiva y determinante para la vigencia de una categoría jurídica en orden a que ella se nutre además de factores o premisas previas, tales como la regularidad de ciertas pautas de derecho local, la casuística o la opinión de la doctrina científica. Incluso si la nueva norma se instalara sin dichas premisas, siempre se hallaría condicionada antes y después a la interacción de la diversidad sociocultural y económica del complejo entorno jurídico. Es más, la vida jurídica de un concepto o categoría de derecho fruto de la jurisprudencia o de la doctrina

33 En sistemas complejos, aquellos que se hallan en un estado intermedio entre un estado ordenado y otro desordenado, que su comportamiento se define por la variabilidad de los elementos que identifican su estructura interna, incluso la más mínima, la magnitud escalar alude a la trayectoria o capas (pueden ser hechos sociales) donde ocurren los cambios cualitativos, que son los que provocan en definitiva el cambio general. La introducción de la idea de la desviación de los sistemas ordenados, que pueden tener fuente en los conceptos de azar “*chance or accident*” (I. Prigogine, *The end of Certainty: Time, Chaos, and the New Laws of Nature*, New York, 14 y ss. (1997) comporta una objeción abierta al determinismo matematizable de la física clásica. Con el postulado de “el fin de las certezas de la física clásica”, el fin de las certidumbres, Prigogine propone una apertura sobre la base del sujeto: con la ruptura se crean nuevas magnitudes escalares de libertad en cuyo contexto el comportamiento es impredecible. Ello es llevado al área de los comportamientos sociales; Morin, *On Complexity. Advance in systems theory, complexity, and human sciences*, Hampton Press, 37-51 (2008) propugna y construye un paradigma de complejidad sobre la base de las condiciones que identifican los sistemas complejos.

se hallaría menos condicionada a la acción de ese único factor determinante que es, como se dijo, el legislador. En suma, se podría decir que la selección y copia de un concepto de derecho obedece a la interacción de ciertas “unidades de transmisión jurídica” o, lo que es igual, a la diversidad que identifica el mundo del derecho.

No obstante, si quisiéramos concretizar aun más este examen, diríamos a priori, siguiendo a Mattei, que únicamente las reglas eficientes llegarían a ser transmitidas o trasplantadas³⁴. Con ello, en la eficiencia de la norma frente a la heterogeneidad jurídica descansaría la clave de permanencia de esa norma en un determinado sistema jurídico. Sin embargo, para superar la polémica que provoca a menudo la explicación del análisis económico del derecho y, en especial, aquel que destaca Smits, relativo a que “*una correcta elección puede hacerse sólo si se cuenta con toda la información necesaria*”³⁵, nosotros añadiríamos este efecto a la doctrina de los *legal transplants*, y con riesgo a revisión, que el hecho decisivo para que una regla sea seleccionada o trasplantada es que ante el impacto de la diversidad jurídica se mantenga estable con base en sus “condiciones iniciales”, esto es, en esas que la identifican como regla, categoría, concepto, institución, estructura o sistema jurídico. Dicho de otra forma, la estabilidad de las condiciones iniciales es de modo constante el factor relevante frente a la diversidad del tráfico jurídico.

Se puede decir algo más: si la diversidad altera cualitativamente alguna de esas condiciones iniciales, el concepto o categoría jurídica habrá evolucionado. Es decir, que al alterarse esas condiciones básicas, las citadas pautas de derecho (*e.g.* un instituto o un concepto jurídico) se auto-organizarán en una nueva escala de estabilidad jurídica distinta de la anterior y con la adquisición de un régimen jurídico modificado. Consecuencia de ello, la nueva pauta de derecho llegaría a instalarse de este modo como el nuevo elemento estable o el nuevo huésped cualificado del sistema jurídico.

Con un ejemplo práctico se verá mejor cuál es el comportamiento y alcance de estas valoraciones.

34 U. Mattei, *Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative Law and Economics*, 14 *International Review of Law and Economics*, 3 (1994).

35 J. Smits, *A European Private Law as a Mixed Legal System*, 5 *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 336 (1998).

6. Prueba de nuestra teoría: la transformación cualitativa de la permuta financiera

La dinámica de estabilidad de las estructuras de derecho por modificación cualitativa de sus condiciones iniciales se entiende mejor, sin lugar a dudas, por su aplicación práctica. A este efecto, piénsese en la categoría jurídica de la permuta financiera o *swap* de impronta anglosajona. Respecto a ella, en la actualidad difícilmente alguien se atrevería a afirmar que el *swap* guarda relación de identidad con el contrato de permuta tradicional, que tiene por condición básica el intercambio de una cosa por otra (*ex art. 1538 CC español*), principalmente porque variables de análisis como espacio y tiempo nos sitúan en la diversidad y distancia que existe entre una economía de mercado agrario y otra de activos financieros. Tal y como apunta Vega Vega: “*La incidencia del contrato de permuta en el swap es mínimo en orden a que el dinero no desempeña su función de instrumento de cambio*”³⁶, y más bien, como dice Díaz Ruíz, supone una mera función de medio o instrumento de pago o cumplimiento de las obligaciones recíprocas³⁷. Incluso admitiendo la permuta de dinero, el intercambio que suscita el *swap* no guarda relación con la tradicional estructura del “*cambio de dos bienes materiales de valor equivalente*”³⁸ dado que, como explica Lasarte, aunque pueda intervenir dinero en la permuta, este solo sirve para igualar el valor de las cosas; las partes se transfieren recíprocamente por aplicación del artículo 1446 del CC español, que admite la permuta solo cuando el valor de la cosa excede al de aquel³⁹. Así pues, el tópico que distingue a estas dos figuras yace en la función del dinero: si él tiene función de cambio, estaremos frente al contrato de permuta del artículo 1446 CC, y si tiene función de medio de pago, estaremos frente al contrato de permuta financiera o *swap*, dado que en este último caso, según se dijo, los flujos de dinero, que son objeto de

36 Así, J. Vega Vega, *El contrato de Permuta Financiera (SWAP)*, Aranzadi, Navarra, 58 (2002).

37 Pero de ninguna manera ello supone que las partes se comprometen a un intercambio de flujos de dinero, sino de deudas y en un lapso de tiempo; v., en este sentido, E. Díaz Ruíz, *El contrato de swap*, X, *RDBB*, No. 36, 757-758 (1989).

38 En este sentido, v., E. Valpuesta Gastaminza, *Las operaciones de swaps*, en: P. Blanco Morales, Coord., *Contratos Internacionales*, Madrid, 1058-1059 (1997).

39 En este sentido, Lasarte, *Curso de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 293-294 (1996) sobre la interpretación que extrae del artículo 1446 del CC.

intercambio, tienen causa en la asunción de obligaciones recíprocas de pago y no en virtud de un auténtico intercambio de bienes⁴⁰.

Volviendo a la idea de copia y selección o trasplante de las estructuras de derecho, podríamos afirmar a priori que el impacto de la diversidad financiera en la estructura de la permuta ha sido el valor trascendente de su evolución jurídica. A tal punto que de la idea de existencia de una función económica de intercambio de cosa por cosa se ha llegado a otra de intercambio de pagos de dinero (divisas o tipos de interés) o, lo que vendría a ser igual, al canje de deudas entre dos partes que estipulan de antemano una estimación fija de acuerdo con ciertos parámetros de cálculo que es propio en el ámbito de los inversores. Naturalmente, el régimen jurídico de estos paradigmas es distinto. No podría aplicarse así al *swap* el mecanismo de defensa que regula el artículo 346 del CC español en orden a que, como pone de relieve Valpuesta Gastaminza, esas reglas están pensadas para la entrega de cosas materiales, es decir, relativas a vicios aparentes u ocultos, evicción, lugar de entrega, entre otros⁴¹. En una palabra, la “alteración del objeto contractual” de la permuta tradicional supone el nacimiento a la vida jurídica de la permuta financiera. En este sentido resulta lógico que dado el cambio de objeto, el régimen jurídico de la permuta tradicional se resista a amparar el intercambio de pagos del *swap*. Como ello no vulnera la frontera de licitud, el objeto de esa transacción halla en el entorno del derecho un nuevo régimen jurídico y, en consecuencia, un nuevo nivel de estabilidad jurídica distinto de su paradigma originario.

Así expuestas las cosas, es consistente defender la dinámica de selección y transmisión de unidades jurídicas, la de evolución en otras palabras, cuyo apoyo básico se funda, según se dijo, en dos claves de argumentación decisivas: primero, la identificación de las ideas de función de cambio, función de medio de pago, contenido del objeto del contrato y régimen jurídico, que se ajustan, como se dijo, a la doctrina de los *legal transplants e hybrid and dynamic*

40 Tal es así, que este “activo” de deudas puede ser utilizado por los inversores, a diferencia de las operaciones pasivas realizadas de ordinario por los prestatarios. Ampliamente, v., A. De La Torre, *Operaciones de permuta financiera (Swaps)*, Barcelona, 109 (1996).

41 Vid., en este sentido, E. Valpuesta Gastaminza, *Las operaciones de swaps*, en: *Contratos Internacionales*, P. Blanco Morales, Coord., Madrid, 1059 (1997).

multi-level system con las variantes que hemos apuntado⁴² y que encarnan lo que hemos llamado las “condiciones iniciales o básicas” de un determinado paradigma de derecho; segundo, la intensidad o cualidad de la alteración sobre alguna de esas condiciones iniciales en orden a que en nuestra hipótesis ella define el siguiente *status* de estabilidad jurídica. En suma, ello quiere decir que la estabilidad de las condiciones iniciales y el impacto cualitativo, y no cuantitativo, de la diversidad jurídica moderan o modelan la vida jurídica de una determinada estructura de derecho. Por contra, un cambio no-cualitativo mantendría la misma escala de estabilidad originaria. Por esta razón es que afirmamos que únicamente la alteración cualitativa del contenido del objeto contractual de nuestra hipótesis (esto es, referido al intercambio recíproco de deudas o al pasivo del patrimonio de las partes) es vital en la ruptura de la estructura típica de la permuta. Los sucesos ulteriores que de allí derivan son en efecto transicionales pero no sin importancia, dado que ponen el punto final al comportamiento evolutivo de una figura jurídica, tal y como sucede con la legitimación de un “régimen jurídico autónomo” según se ha visto en nuestro ejemplo de los contratos de permuta⁴³.

7. A favor de la idea de la armonización jurídica

Sobre la base de esta lógica, la defensa del nacimiento *ex novo* a la vida jurídica de una estructura de derecho llega a ser inconsistente. Tal y como se ha argumentado, es relevante a estos efectos ampliar la información de la acción heterogénea de todas las variables que inciden sobre una determinada unidad de derecho. Por lo que toda fragmentación supone una desviación de la trayectoria evolutiva de una estructura de derecho. Tal es así que, por ejemplo, en la hipótesis de la permuta la línea de modificación comienza en la idea de cambio de cosa por cosa del derecho romano, pasa por la dinámica del objeto contractual del derecho codificado y concluye con la idea

42 Vid. lo que ya se dijo, *Supra* I, A, 1, a).

43 Es verdad que el *swap* nada tiene que ver con la permuta tradicional. Ello porque, como bien apunta Valpuesta Gastaminza (*Las operaciones de swaps*, op. cit., 1058-1059), “esta última parte del intercambio de dos bienes materiales de valor equivalente, y aún cuando se admita la permuta de créditos, que no tiene una realidad material, pasar a pensar que el *swap* tenga algo de permuta resulta un tanto excesivo”. Sin embargo, resulta difícil negar que la nueva permuta aún mantenga la idea de intercambio, aunque esta vez de un objeto contractual distinto.

de intercambio, no ya de derechos o cosas, sino de obligaciones o pago de deudas que incluso, sin ser equivalente, tiene vigencia en el derecho moderno. Si se mira bien, este paradigma jurídico habría contrastado el vigor del derecho histórico, del derecho positivo de época de las codificaciones y del derecho moderno merced no solo a una variable concreta sino a la interacción de doctrinas, casuística, pautas de derecho local, normativa jurídica y a lo que Rorty denomina áreas de análisis jurídico, como la historia del derecho, la sociología jurídica, el análisis económico y la psicología jurídica, entre otros⁴⁴. Se quiere decir con ello que difícilmente es posible arrojar autoridad a un único agente heterogéneo como parecen propugnar Legrand⁴⁵, Pio Caroni⁴⁶, Braudener⁴⁷, Amarelli⁴⁸ y Sánchez Lorenzo⁴⁹. Por lo que en el marco de una interpretación amistosa de la europeización del derecho privado defendida por von Bar⁵⁰ y de la libertad de movimiento de las pautas de derecho defendida por Smits⁵¹, *free movement of legal rules*, es, según mi modo de ver, la interacción de todos los agentes heterogéneos la que incide en la construcción del derecho, básicamente porque ellos aportan con sus

44 R. Rorty, *Philosophy and Social Hope*, Penguin, 96 y ss. (1999).

45 P. Legrand, *European legal systems are not converging*, 45 *International and Comparative Law Quarterly*, 61 y ss. (1996).

46 P. Caroni, *Der Schiffbruch der Geschichtlichkeit, Anmerkungen zum Neo-Pandektismus*, ZNR, *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 85 y ss. (1994).

47 W. Braudener, *Europäisches Privatrecht- aber was ist es?*, ZNR, 225 y ss. (1993).

48 F. Amarelli, *Reflexiones Contra Corriente*, en M. Díaz Romero, Coord., *Derecho Privado Europeo: Estado Actual y Perspectivas de Futuro*, Civitas, Pamplona, 42-47 (2008), quien contra el proceso de unificación del derecho privado europeo expone que es preciso convencerse del hecho de que el derecho romano, en Europa, está completamente desaparecido de la escena legislativa y judicial, reservándosele únicamente un espacio académico. Esta parece ser una idea, si no absurda en sí misma, al menos fuertemente discutible, pues el derecho europeo tiene raíces que pueden ser exploradas por los romanistas e historiadores antiguos: ante todo porque se prescinde totalmente de la verificación de qué deba entenderse hoy por derecho europeo; en segundo lugar, porque se olvida completamente el dato representado por la Europa nacida después del segundo conflicto mundial para impedir nuevas guerras entre los estados europeos; y en tercer lugar, porque no se comprende cómo deba ser únicamente el derecho privado el que sustancie al derecho común europeo. Según Amarelli, el pronóstico de la unificación es “el de ver debilitarse de forma progresiva la pretensión de aquéllos que creen en la coyuntura de una reutilización de los modelos que la historia del derecho nos ofrece: transformándose en una coraza que el presente se coloca encima haciéndose de este modo impermeable a la actualidad y a las crecientes dinámicas sociales”.

49 Ello en el sentido que Sánchez Lorenzo, *Derecho privado europeo*, Comares, 143 (2002), anula la tradición y la historia en la formación de un pensamiento jurídico común, y en lugar de ello avala la idea de un derecho positivo *soft* bajo la justificación que ella no es destructiva sino deconstructiva.

50 C. von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Beck, 406 y ss. (1996).

51 J. Smits, *A European Private Law as a Mixed Legal System*, 5 *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 339-340 (1998).

reglas, sus académicos, sus métodos y sus fuentes de derecho, lo cual nutre y no vulnera el sistema. En consonancia con ello, Hesselink acierta al inferir que en la evolución de las estructuras de derecho: “*there are players on all levels and each with a different idea of what the legal system is that they study from inside*”⁵².

Por tales razones, no considero que la indagación de la ciencia del derecho en la historia, como ha examinado Zimmermann, sea un exceso⁵³. Es más, fruto de ello y del trabajo de una pluralidad de agentes es que los Principios del Derecho Contractual Europeo (PECL) constituyen en la actualidad la base jurídica más significativa de la construcción del nuevo sistema de derecho. No obstante, los PECL no son, de ninguna manera, el factor determinante de la unidad jurídica europea, según se ha explicado en líneas anteriores, sino un solitario pero valioso instrumento hacia a la integración jurídica.

Con lo cual, en el marco de un pensamiento relacional entre los diversos factores que aportan a la unificación, la vuelta al *ius commune*, según las ideas que hemos vertido, no roza con el absurdo sino más bien con el aporte. De hecho, la ciencia jurídica “en toda su magnitud” se halla comprometida con una posición activa ante esa unificación ya que, como concluye acertadamente Kötz: “*La unificación del derecho europeo es un asunto demasiado serio para ser dejado exclusivamente en manos del legislador*”⁵⁴. Por fortuna, esta aguda e interesante discusión no es extrapolable a la idea de unificación del derecho privado latinoamericano. Allí la realidad es ciertamente distinta aunque no por ello menos compleja.

52 M. Hesselink, *A European Legal Science? On European private law and scientific method*, Centre for the Study of European Contract Law, Working Paper 2008/02 (2008).

53 *Vid.*, al respecto, R. Zimmermann, *Codification: history and present significance of an idea*, *ERLP, European Review of Private Law*, 100-101 (1995).

54 H. Kötz, *Europäisches Vertragsrecht, Band I: Abschluss, Gültigkeit und Inhalt des Vertrages*, en U. Mattei, *Review of Books on Private Law and EU Law*, 5 *European Law Journal*, No. 2, 13 (1999).

CONCLUSIONES

La integración económica de Latinoamérica es en la práctica una irrealdad, por lo menos a corto plazo. Si esta es condición para la integración jurídica (armonización), como pone de manifiesto el derecho europeo, la armonización jurídica latinoamericana llegaría a ser también una irrealdad. Resulta inevitable la convergencia en lo económico y político de los países latinoamericanos. La distorsión no solo es lesiva en la actualidad, sino también a largo plazo. Un argumento que rompe esta inmovilización del derecho es, desde nuestra óptica, la creación de una cultura jurídica común latinoamericana, que no es en rigor normativa, sino valorativa desde el ámbito de la labor de los juristas.

Si un día contáramos con un código civil latinoamericano, las condiciones previas a ello no descansarían precisamente en manos del legislador, en la producción normativa, sino en una fase que consideramos insoslayable: la gestación de una cultura, de un espíritu jurídico común, de unir en un solo crisol los vértices de la dispersión jurídica de los países latinoamericanos.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- A. De La Torre, *Operaciones de permuta financiera (Swaps)*, Ariel, Barcelona (1996).
- A. Watson, *Legal transplants: An approach to comparative law*, University of Georgia Press, Georgia (1993).
- B. Latour, *Science in Action: How to follow Scientists and Engineers through Society*, Harvard University Press (1987).
- C. Cannata, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea. I. La giurisprudenza romana e il passaggio dall' antichità al Medioevo. II. Dal medioevo all' epoca contemporaneacontemporánea*, Giapichelli, Torino (1976).
- C. Lasarte, *Curso de Derecho Civil Patrimonial*, Tecnos, Madrid (1996).
- C. Von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Beck, München (1996).
- E. Morin, *On Complexity. Advance in systems theory, complexity, and human sciences*, Hampton Press, New York, 37-51 (2008).
- F. Calasso, *Introduzione al diritto comune*, Giuffrè, Milan (1951).
- F. Wieacker, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, trad. F. Fernández Jardón, Comares, Granada (2000).
- Feyerabend, *Against Method*, Verso, New York (1993).
- G. Pujol, *La vuelta del otro. Diferencia, identidad y alteridad*, Trotta, Madrid (2001).
- H. Coing, *Derecho privado europeo*, trad. A. Pérez Martín, Fund. Cult. del Notariado, Madrid (1996).
- H. Coing, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Beck, München (1986).
- H. Hattenhauer, *Europäische Rechtsgeschichte*, 4ª ed., Müller C. F., Heidelberg (2004).
- H. Hattenhauer, *Textbuch zur Privatrechtsgeschichte der Neuzeit mit Übersetzungen*, Beck, München (1967).
- I. Prigogine, *The end of Certainty: Time, Chaos, and the New Laws of Nature*, New York, 183 y ss. (1997).
- J. Tito, *Modernización e Integración del Derecho Contractual Latinoamericano*, 1a. ed., Ediciones Uninorte – Ibañez – Grijley, Barranquilla – Bogotá – Lima, 3-4 (2012).
- J. Vega Vega, *El contrato de Permuta Financiera (SWAP)*, Aranzadi, Navarra (2002).
- K. Popper, *The Logic Scientific Discovery*, Routledge, New York (2002).
- P. Koschaker, *Europa y el Derecho romano*, trad. J. Santa Cruz Tejeiro, Tecnos, Madrid (1955).
- R. Rorty, *Philosophy and Social Hope*, Penguin, London, 96 y ss. (1999).

- R. Zimmermann, *Der europäische Charakter des englischen Rechts. Historische Verbindungen zwischen civil law und common law*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 4-51 (1993).
- S. Sánchez Lorenzo, *Derecho privado europeo*, Comares, Granada (2002).
- T. Khun, *The Structure of Scientific Revolutions*, The University of Chicago Press, Chicago, 160 y ss. (1996).

Contribuciones en obras colectivas

- E. Valpuesta Gastaminza, “Las operaciones de swaps”, en: P. Blanco Morales, Coord., *Contratos Internacionales*, Tecnos, Madrid, 1058-1059 (1997).
- F. Amarelli, “Reflexiones contra corriente”, en: M. Díaz Romero, Coord., *Derecho Privado Europeo: Estado Actual y Perspectivas de Futuro*, Civitas, Pamplona, 42-47 (2008).
- H. Coing, “Savigny und die deutsche Privatrechtswissenschaft”, en: *Ius Commune. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte*, Frankfurt am Main, V. Klostermann, 9 y ss. (1979).
- J. Tito, “Consideraciones para la regulación de los contratos vinculados en atención a la protección del consumidor de servicios financieros”, en: *Memorias 2do Congreso Internacional de Derecho Empresarial y Contractual*, Ed. Publicaciones Universidad Santo Tomás, Bucaramanga, 42-43 (2010).
- P. S. Menell, “Intellectual Property Law”, en: A. Mitchell Polinsky & S. Shavell, Eds., *Handbook of Law and Economics*, Elsevier North Holland, Amsterdam, 1475-1476 (2007).
- R. Zimmermann, *Roman Law and European Legal Unity*, en: *Towards a European civil code*, A. Hartkamp, Ed., Boston, London, 65-81 (1994).

Revistas

- A. Watson, “Legal Transplants and European Private Law”, 4 *Electronic Journal of Comparative Law*, 4 y ss. (dic., 2000). Disponible en: <http://law.kub.nl/ejcl/44/44-2.html>
- E. Díaz Ruíz, *El contrato de swap*, X, *RDBB*, No. 36, 757-758 (1989).
- H. Kötz, “Europäisches Vertragsrecht, Band I: Abschluss, Gültigkeit und Inhalt des Vertrages”, en U. Mattei, *Review of Books on Private Law and EU Law*, 5 *European Law Journal*, N° 2, 137 (1999).
- J. Smits, *A European Private Law as a Mixed Legal System*, 5 *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 336 (1998).
- K. Luig, *The History of Roman Private Law and the Unification of European Law*, *ZEuP*, 407 y ss. (1997).
- P. Caroni, *Der Schiffbruch der Geschichtlichkeit, Anmerkungen zum Neo-Pandektismus*, *ZNR, Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 85 y ss. (1994).

- P. Legrand, *European legal systems are not converging*, 45 *International and Comparative Law Quarterly*, 61 y ss. (1996).
- P. Legrand, *The impossibility of Legal Transplants*, 4 *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 123 y ss. (1997).
- R. Zimmermann, *Codification: history and present significance of an idea*, *ERLP, European Review of Private Law*, 100-101 (1995).
- U. Mattei, *Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative Law and Economics*, 14 *International Review of Law and Economics*, 3 (1994).
- W. Braudener, *Europäisches Privatrecht- aber was ist es?*, *ZNR*, 225 y ss. (1993).

Working papers

- M. Hesselink, *A European legal science? On European private law and scientific method*, Centre for the Study of European Contract Law, Working Paper 2008/02, 33 y ss. (2008).

**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 subsiguiente¹), 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 consumidores². 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)*³.

(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 primaria⁴.

(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; 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 primarias⁵.

(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)⁶. 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 derechos⁷. 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*⁸ 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*⁹.

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 peyorativa¹⁰. La creación de derechos de propiedad intelectual tiene una finalidad propia: la protección de la información técnica, artística y comercial como bien inmaterial¹¹, 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)¹². 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 mercados¹³. 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 costos¹⁴.

(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 uso¹⁵.

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 privados¹⁶. 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*)¹⁷.

(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 comunes¹⁸)¹⁹. 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)²⁰.

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)²¹.

(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 mejoras²².

(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 Astra Zeneca 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 estas²³) 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 primarias²⁴ y, de otro lado, a los propios incentivos *ex ante* para la producción de la primera innovación y de las innovaciones subsiguientes²⁵. 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*²⁶) que deben enfrentar los innovadores subsiguientes²⁷.

- 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 cumulativeness 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; 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 intelectual²⁸. Esto es, uno de los pilares fundamentales de la protección del derecho de la propiedad intelectual es prevenir la competencia por imitación²⁹, 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 *Id.* 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 persiguen³⁰.

(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 intelectual³¹, 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 derechos³²; en especial, en materia de derechos de autor y derechos conexos³³ 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 sociedad³⁴.

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 Kåseberg, *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/

(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 consumidores³⁵. 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 competencia³⁶. 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 subsiguiente³⁷.

copyright/management/index_en.htm#maincontentSecI

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 mbH 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 innovación³⁸. 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 innovación³⁹. 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 Kåseberg, *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 corresponde⁴⁰.

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*)⁴¹ o test del balance de los efectos (*effect balancing test*)⁴², 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 causar⁴³.

(17) El test del bienestar del consumidor⁴⁴, a diferencia de los test relacionados con el sacrificio⁴⁵, el no sentido económico de una conducta⁴⁶ o el competidor igualmente eficiente⁴⁷, 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 consumidores⁴⁸. 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

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 consumidor⁴⁹.

(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 consumidores⁵⁰. 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 anticompetitivas⁵¹.

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 conducta⁵².

(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 capital⁵³. 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 innovación⁵⁴.

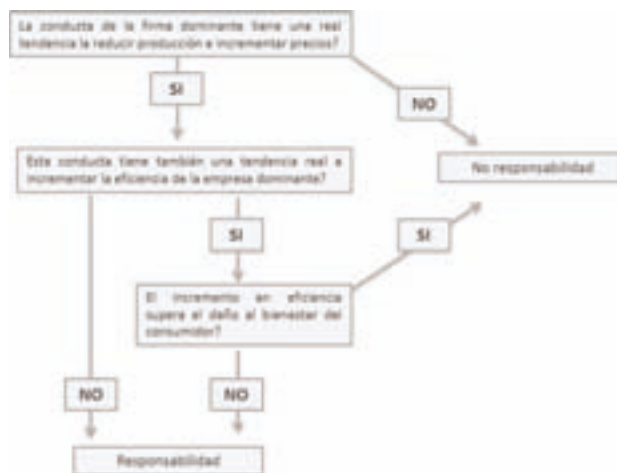
52 Vid. Robert O'Donoghue & Jorge Padilla, *The law and economics of Article 82...*, cit. supra, 193 y ss.

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*⁵⁵. 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 licencias⁵⁶.

Gráfico 1. Test del balance del bienestar del consumidor⁵⁷



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 producto⁵⁸ y el test del balance de los incentivos. El primero fue desarrollado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los asuntos Magill⁵⁹ e IMS Health⁶⁰; el segundo, como una nueva interpretación de las negativas a conceder licencias, fue aplicado en el asunto Microsoft por la Comisión⁶¹, sin que fuera posteriormente rechazado o aceptado por el Tribunal General en el mismo asunto⁶². 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 analizado⁶³. 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 Leàveàque, *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 excluyentes⁶⁴, 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 licencia⁶⁵. 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 contratar⁶⁶. 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 descendente⁶⁷. 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 competidores⁶⁸.

(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 intelectual⁶⁹. 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 consumidores⁷⁰.

(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 primera⁷¹. Lévêque critica que la Comisión crea la presunción de que dada una mayor competencia, existirá una mayor innovación en el mercado⁷².

(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 Sin-gle-Firm Conduct*, 4 *Competition Policy International*, No. 2, 285-305 (2008)
- Economic Advisory Group on Competition Policy (EAGCP), *An economic Approach to Ar-ticle 82, 9 y ss. (jul., 2005)*. Disponible en: 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;
- 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*, 2ª 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)