

PROPIEDAD INTELECTUAL Y COMPETENCIA

NICOLÁS CUBILLOS SIGALL
Pontificia Universidad Católica de Chile

INTRODUCCIÓN

Agradezco la oportunidad que me da la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso para que dentro de este Congreso Chileno de Derecho Privado pueda hablarles sobre un tema poco tratado en nuestro país. Me refiero a la relación existente entre la propiedad intelectual y la competencia.

Para nadie es un misterio que el tiempo que se dedica a tratar el tema de la propiedad intelectual en nuestras facultades de derecho es muy breve, y en algunos casos incluso inexistente. Por su parte, al derecho de la competencia, si bien en general se le dedica más tiempo en los claustros universitarios, debemos reconocer que su análisis, también es relativamente superficial.

Teniendo presente lo anterior, fácil es concluir que pocos autores en Chile se han detenido a analizar cómo y por qué se relacionan la propiedad intelectual y la competencia.

En general los jueces y los miembros de las comisiones antimonopolios, así como nosotros los profesores nos limitamos a señalar que las normas sobre la propiedad intelectual otorgan un monopolio legal a determinadas personas por las razones que más adelante señalaremos, y que constituyen una excepción a las reglas de la libre competencia.

Mi intención en esta exposición es solamente entregar algunos antecedentes para que Uds. puedan reflexionar sobre esta relación entre propiedad intelectual y competencia, que los lleve a desarrollar mucho más este tema que a mi juicio es particularmente importante en un país como Chile en vías de desarrollo.

La lamentable pobreza doctrinaria y jurisprudencial existente en nuestro país sobre este tema necesariamente me ha llevado a buscar antecedentes en el derecho comparado. Y dentro de este derecho, he elegido a Estados Unidos, ya que es un país donde la competencia y la propiedad intelectual se han desarrollado de manera impresionante. Además, la discusión doctrinaria y jurisprudencial que ha motivado este desarrollo, creo, que es muy útil de tener presente para el caso chileno. Otro modelo que sería igualmente interesante de analizar, y que por razones de tiempo he tenido que dejar de lado es la Unión Europea. La Unión Europea al igual que Esta-

dos Unidos ha tenido que resolver una serie de problemas que se producen entre el derecho de la competencia y la propiedad intelectual.

Sin perjuicio de lo anterior, y con el objeto que no me consideren sólo como un profesor «sometido al imperio yankee» permítanme señalarles algunas normas del derecho positivo chileno que reconocen la vinculación que existe entre la competencia y la propiedad intelectual.

Convención de París: (Decreto N°425 Diario Oficial 30 de septiembre 1991).

Art. 1 N°2: La protección de la propiedad industrial tiene por objeto las patentes de invención, los modelos de utilidad, los dibujos o modelos industriales, las marcas de fábrica o de comercio, las marcas de servicio, el nombre comercial, las indicaciones de procedencia o denominaciones de origen, *así como la represión de la competencia desleal.*

Art. 10 bis (Competencia desleal)

- 1) Los países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal.
- 2) Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial.
- 3) En particular, deberán prohibirse:

1. Cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor.

2. Las aseveraciones falsas en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor.

3. Las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

D.L. 211 (Decreto Ley sobre Libre Competencia): Artículo 4 inciso 1: No podrá otorgarse a los particulares la concesión de ningún monopolio para el ejercicio de actividades económicas, tales como extractivas, industriales, comerciales o de servicios.

Art. 5: Sin perjuicio de lo establecido en la presente ley, continuarán vigentes las disposiciones legales y reglamentarias referidas a las propiedades intelectual e industrial.

La Comisión Resolutiva podrá solicitar la modificación o derogación de preceptos legales o reglamentarios, incluso los señalados en este artículo, en cuanto limitando o eliminando la libre competencia, los estime perjudiciales para el interés común.

Ley 19.039 (Ley sobre Privilegios Industriales):

Art. 20: No pueden registrarse como marcas:

j) Las contrarias al orden público, a la moral y a las buenas costumbres, comprendidas en éstas *los principios de competencia leal y ética mercantil.*

Art. 96 del Reglamento de la Ley 19.039: «Cualquier persona interesada en ob-

tener una licencia no voluntaria, recurrirá a la Comisión Resolutiva del Decreto Ley No. 211 de 1973, que será el organismo competente para otorgarla.

- El hecho que la ley otorgue derechos exclusivos de un tipo monopólico aparece como contradictorio con el principio fundamental de la competencia libre y abierta en los negocios y en las ideas. ¿Cómo solucionar esta aparente inconsistencia?

A mi juicio, una respuesta apropiada a esta interrogante, debe reconocer, a lo menos, la existencia de los siguientes principios, que paso a exponer:

1. PRINCIPIO DE LA LIBRE COMPETENCIA

- Hoy la economía norteamericana, al igual que la chilena, me atrevería a decir, es, en general, un compromiso entre dos extremos del espectro económico. En un extremo está el completo «laissez faire» (una política donde el Estado deja sus manos afuera en relación a los negocios). En el extremo opuesto está la socialización y un completo control por parte del Estado acerca de las decisiones comerciales.

- Las leyes antitrust en Estados Unidos (Sherman Act) son una forma de regular la competencia que ha contado por mucho tiempo con el apoyo de la Corte Suprema.

- La Corte Suprema de Estados Unidos ha señalado que ve a la Sherman Act como «diseñada para ser un compendio de la libertad económica orientada a preservar la libre competencia como la regla del comercio»¹

- La Corte Suprema, asimismo ha enfatizado que «la premisa básica de la economía norteamericana es que la irrestricta interacción de las fuerzas competitivas en el largo plazo logrará la mejor asignación de recursos, los precios más bajos, la mejor calidad, y la mayor cantidad de progreso material, proveyendo al mismo tiempo un ambiente conducente a la preservación de las instituciones democráticas políticas y sociales».²

«Las leyes antitrust, en general, y la Sherman Act, en particular, son la Carta Magna de la libre empresa. Ellas son tan importantes para la preservación de la libertad económica y nuestro sistema de la libre empresa como la «Bill of Rights» lo es para la protección de nuestras libertades fundamentales.»³

- Pero el concepto de libertad económica no significa que el (Estado) y la ley deben dejar de interesarse en asegurar que un competidor no interfiera con la libertad de otro. La ley actúa como un árbitro para asegurar la debida lealtad (fairness) en la lucha competitiva.

- Friedman: «La existencia de un mercado libre no elimina obviamente la necesidad de un Estado. Por el contrario, el Estado es esencial tanto como un foro para determinar «las reglas del juego» como un árbitro para interpretar y ejecutar las reglas que se decidan.»⁴

¹ Northern Pacific R.R. Co. v. United States, 356 U.S. 1, 2 L.Ed. 2d 545, 78 S.Ct. 514 (1958).

² Northern Pacific R.R. Co. v. United States, 356 U.S. 1, 2 L.Ed. 2d 545, 78 S.Ct. 514 (1958).

³ United States v. Topco Associates, Inc., 405 U.S. 596, 31 L.Ed.2d 515, 92 S.Ct. 1126, 173 USPQ 193 (1972).

⁴ Friedman, Capitalism and Freedom 15 (1962).

- Al final del siglo XVIII, Adam Smith popularizó el término «laissez faire» como una advertencia a los administradores estatales que no se mezclaran en asuntos industriales.

- Sus teorías han sido caracterizadas como una forma de «Darwinismo social» donde muestra a un mercado donde el mejor sobrevivirá.

- Fundamental en la teoría del «laissez faire» son estas dos premisas que fueron generalmente aceptadas por los tribunales (1) El bienestar económico de los consumidores es el objetivo general de la actividad económica. (2) La competencia ayudará más a lograr ese objetivo que la protección estatal.

- Adam Smith consideraba al poder monopólico como la antítesis de la competencia.

- Una de sus principales críticas al monopolio era que con este sistema, el precio que se obtenía era siempre el más alto que se lograba de los compradores. En cambio, con la libre competencia se termina en un precio que es el más bajo que los vendedores pueden normalmente soportar, y al mismo tiempo mantener su negocio.

- El poder monopólico es lo opuesto a la competencia porque la característica básica de la competencia efectiva es que ningún vendedor o grupo de vendedores actuando conjuntamente, tienen el poder de elegir su nivel de utilidades produciendo menos y cobrando más.

- La esencia de la competencia es liberar al comprador del poder monopólico, dándole acceso a fuentes alternativas de un producto.

- La otra visión es que el poder monopólico es neutro si se alcanza a través de una habilidad superior, eficiencia y visión. Esto es, una empresa con un poder monopólico obtenido de esta manera debe ser felicitada si es eficiente en vender productos que los consumidores desean a precios que ellos quieren pagar.⁵

- La antítesis entre competencia y monopolio es en cierta manera una simplificación. De hecho, la mayoría de las situaciones económicas son una combinación de competencia y monopolio, que coexisten en diferentes grados.

2. PRINCIPIO DE LA LIBERTAD PARA COPIAR E IMITAR

- Un corolario de la política de la libre competencia económica es el principio de la libertad de copia de las cosas que están en el dominio público.

- La libertad de copia y la imitación son la regla general, y los derechos exclusivos como las patentes, las marcas y los derechos de autor son la excepción.

- Como lo señaló el juez norteamericano Brandeis: «La regla general del derecho es que la más noble de las producciones humanas, el conocimiento, las verdades demostradas, las concepciones y derechos pasan a ser, después de comunicarse voluntariamente a otros, libres como el aire para el uso común.»⁶

- En 1989, la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso de los «Bonito Boats» restableció que el principio de la libre competencia es el precepto básico, mientras

⁵ Mc Carthy on Trademarks. p. 1-10.

⁶ International News Services v. Associated Press, 248 U.S. 215, 63 L. Ed. 211, 39 S Ct. 68, 2 A.L.R. 293 (1918) (dissent).

que los derechos exclusivos en propiedad intelectual son las excepciones: «La libre explotación de las ideas será la regla, respecto de la cual la protección de una patente federal es la excepción. Más aún, el objetivo final del sistema de patentes es traer nuevos diseños y tecnologías al dominio público a través de su divulgación. En cierta manera, las leyes federales sobre patentes deben determinar no sólo lo que está protegido, sino también lo que esta libre para que todos lo puedan usar».⁷

- En el caso «Bonito Boats», la Corte Suprema continuamente enfatiza la importancia de hacer un balance informado entre la libre competencia y la competencia leal, esto es, entre la política del dominio público y la política de la propiedad intelectual.

- Expresando este mismo principio, el Juez norteamericano Rich ha observado que «existe un derecho fundamental a competir por medio de la imitación de un producto de un competidor, y que este derecho sólo puede ser temporalmente prohibido por las leyes de patentes o de derecho de autor».⁸

- En caso de litigio, la parte que invoca un derecho exclusivo de propiedad intelectual tiene inicialmente el peso de la prueba de la validez de sus derechos y su infracción. El competidor que imita o copia no tiene que probar inicialmente que lo que está usando está en el dominio público.

- En ausencia de derechos exclusivos legalmente definidos, la imitación y la copia son permitidas, y de hecho incentivadas, como un elemento esencial de la libre competencia.

- El interés público en que exista competencia supera cualquier otro interés que exista en otorgar una recompensa por la creatividad en hacer un producto atractivo, a menos que un competidor que copia el producto transgreda la ley, como por ejemplo, confundiendo a los consumidores en cuanto a la fuente u origen de los productos.⁹

- Gran parte de la discusión en artículos, publicaciones y sentencias judiciales se da en términos si un imitador acusado ha transgredido o no un derecho exclusivo válido de propiedad intelectual.

- Copiar algunas veces es denigrado señalando que es algo inherentemente in-moral, desleal e ilegal. En general, tendemos a pensar que la persona que copia es un pirata y que toda copia o imitación comercial debe ser una forma ilegal de competencia.

- Pero esto no es así. De hecho, la copia legítima es en gran parte lo que hace funcionar a una economía de libre mercado. El competidor exitoso ofrece un producto idéntico o equivalente a un precio más bajo o con mayor calidad.¹⁰

- Es muy importante destacar que no existe nada ilegal o moralmente reprochable acerca de copias exactas de cosas que están en el dominio público.

- Es una falacia señalar que porque son necesarios algunos derechos exclusivos de propiedad intelectual como un incentivo para la innovación y la calidad, que se siga como consecuencia que más amplios derechos de exclusión serían mejores para la economía. Como la sal en la sopa, puede haber mucho de una cosa buena.

⁷ Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc., 489 U.S. 141, 103 L. Ed. 2d 118, 109 S Ct. 971, 9 USPQ2d 1847 (1989).

⁸ In re Norton-Norwich Products, Inc., 671 F.2d 1332 USPA 9,12 (CCPA 1982).

⁹ Mc Carthy on Trademarks. P. 1-53.

¹⁰ Mc Cathy on Trademarks p. 1-54

- Como consecuencia de lo anterior, es permitido en una economía competitiva que el «second comer» trate de capturar todo lo que pueda del mercado del innovador. La limitación es que esa competencia no puede ser obtenida infringiendo derechos exclusivos o confundiendo a los clientes que compran equivocadamente el producto, pensando que pertenecen al primer competidor.

- Ser el primero en una industria en adoptar o crear una determinada moda no origina, sin embargo, un derecho en el «common law» de un uso exclusivo de esa tendencia dentro de esa industria.¹¹

- Sin embargo, todo lo anterior no significa que sea fácil hacer la distinción crucial entre imitación «leal» (fair) e infracción desleal de derechos válidos.

- La Corte ha enfatizado que «Compartir el «good will» de un artículo no protegido por una patente o una marca es el ejercicio de un derecho poseído por todos, y que en su libre ejercicio el público consumidor está profundamente interesado.»¹²

- La Corte Suprema norteamericana ha dicho, además, que «La ley federal requiere que todas las ideas en la circulación general se dediquen al bien común, a menos que estén protegidas por un derecho exclusivo legal válido como los que otorga una patente, una marca y el derecho de autor.»¹³

- El dominio público es el estado de una invención, trabajo creativo, símbolo comercial, u otra creación que no es protegida por ninguna forma de propiedad intelectual.¹⁴

- Podemos decir una cosa está en el dominio público sólo en caso que no exista un derecho de propiedad intelectual que la proteja.

- El hecho que sólo una forma de derecho de propiedad intelectual no cubra una determinada creación no permite saltar a la conclusión que la creación está en el dominio público. El hecho que una compañía no sea dueña de una forma de propiedad intelectual no significa que carezca de dominio de otra forma de propiedad intelectual en el mismo artículo, creación o símbolo de comercio.

- Uno no puede llegar a la conclusión de que cualquier ítem está en el dominio público, sino sólo hasta que uno haya revisado cuidadosamente todas las áreas de derechos exclusivos.

- Hay muchas situaciones de hecho en el área de la competencia desleal que involucran el acto de copiar o imitar por parte del demandado. Por ejemplo, copiar un signo comercial (una marca); copiar una idea de negocios confidencial (robo de secretos comerciales).

3. PRINCIPIO DE LA COMPETENCIA LEAL:

El Restatement (Third) eX Competencia Desleal (Unfair Competition) de la legislación norteamericana declara como la piedra angular de la ley de competencia desleal el derecho a competir, derecho que también es la premisa fundamental del sistema de la libre empresa.

¹¹ Keystone Camera Products Corp. v. Arisco Photo Optical Corp., 667 F. Supp. 1221, 3 USPQ 2d 1797 (N.D. Ill. 1987).

¹² Kellogg Co. v National Biscuit Co. 305 U.S. 111, 83 L. Ed. 73, 59 S. Ct. (109) 1938.

¹³ Lear, Inc. v. Adkins, 395 U.S. 653, 23 L. Ed. 2d. 610, 89 S. Ct. 1902, 162 USPQ 1 (1969).

¹⁴ Mc Carthy's Desk Encyclopedia of Intellectual Property 271 (1991).

Qué es la competencia desleal:

- La competencia desleal para el derecho norteamericano es un «tort» comercial.
- Es muy difícil definirlo, por no decir imposible.
- El derecho norteamericano ha establecido un nivel mínimo de «fairness» (lealtad) en la competencia.
- La palabra desleal no es más precisa que muchos otros términos legales cuyo propósito es dar discreción a un juez, como por ejemplo, «razonable», «adecuado».
- Los tribunales norteamericanos han tenido poco éxito en definir «competencia desleal» en forma abstracta.
- Cuando un profesor le preguntó a un alumno que estudiaba derecho que por favor le definiera qué era «competencia desleal», él respondió: «Bueno, me parece a mí que los tribunales tratan de detener a las personas que juegan con trucos sucios («playing dirty tricks»). El comentario del profesor fue que uno puede pasar semanas leyendo libros y casos y encontrar muchas definiciones menos satisfactorias que ésta».
- La competencia desleal no es una «cosa» objetiva y no tiene una realidad objetiva. Es un mero concepto intelectual.
- El término competencia desleal usado para describir una clase genérica de actividades comerciales es demasiado abstracto y subjetivo cuando se le desvincula de ejemplos concretos. Es mejor definirlo caso a caso.
- La competencia desleal también tiene una dimensión internacional. En el artículo 10 bis de la Convención de París, las naciones que la han suscrito (entre ellas, Chile) se obligan a asegurar la efectiva protección en contra de la competencia desleal, y define competencia desleal como «todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial».
- El mismo artículo, como ya hemos visto, prohíbe tres tipos específicos de competencia desleal: Cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; aseveraciones falsas que desacrediten a un competidor; y las indicaciones que pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.
- No se puede establecer una regla inflexible para determinar qué conducta constituye competencia desleal.
- Una Corte de Apelaciones en Estados Unidos ha señalado que «sería imposible hacer un listado por adelantado de todos los actos y conductas que debieran prohibirse, ya que las prácticas de negocios fraudulentas o desleales sólo tienen como limitación la creatividad y el ingenio humano.»¹⁵
- Por su parte, el Congreso norteamericano señaló que «es imposible dar definiciones marcos que engloben a todas las prácticas desleales. No hay límite a la inventiva humana en este campo. Aun cuando todas las prácticas desleales fueran específicamente definidas y prohibidas en un determinado momento, sería necesario comenzar inmediatamente todo de nuevo. Si el Congreso adoptara este sistema de definiciones sería una tarea sin fin.»¹⁶

¹⁵ People ex rel. Mosk v National Research Co., 201 Cal App. 2d. 765, 20 Cal Rptr. 516, 133 USPQ 413 (3d dist. 1962).

¹⁶ H.R. N° 1142, 63 rd Cong 2d Sess. 18-19 (1914).

Intentos judiciales para definir lo que es competencia desleal:

- Muchos jueces buscando la piedra angular de lo que es la competencia desleal han recurrido a frases como que lo que se está tratando de proteger son «principios de honestidad tradicionales (old-fashioned). Sin embargo, es igual de difícil de determinar cuáles son los límites de «old-fashioned honesty como intentar saber qué significa «old-time religion» (religión a la antigua).¹⁷

- Cuando a los jueces se les solicita extender los límites de la competencia desleal, ellos recurren a sus propias concepciones de lo que es justo (fair) y honesto.

- Tratando de encontrar una guía en materia de competencia desleal, los jueces han recurrido a conceptos como «la regla del juego limpio (the rule of fair play), «actos que son contrarios a la buena conciencia», «medios que chocan las sensibilidades judiciales», «La cosa decente para hacer en el comercio», «principios de honestidad y fair dealing» y «promover el juego limpio (fair play).¹⁸

- Sin embargo, estas caracterizaciones subjetivas sirven poco de guía o de predicción en materia de derecho de competencia desleal.

- Quizás la naturaleza indefinida de los límites de la competencia desleal fue mejor expresada por un juez norteamericano que señaló que «Es fácil decir si la conducta del defendido fue limpia (fair) o sucia (foul). A esta ley se le ha dado el nombre apropiado de competencia desleal. Uno puede sentir la deslealtad mejor de lo que uno puede expresarla desde la testera». ¹⁹

- Lo anterior suena muy parecido a la definición de «hard core pornography» del juez Stewart: «La conozco cuando la veo» (I know it when I see it).²⁰

- La Juez O'Connor, miembro de la Corte Suprema norteamericana, limita la competencia desleal, a la protección de los consumidores de la confusión en cuanto al origen de los productos o servicios. Este concepto excluye importantes áreas de competencia desleal como la publicidad engañosa, la dilución, el robo de secretos comerciales.²¹

- Sólo los ejemplos concretos harán del término competencia desleal y del incluso más amplio prácticas desleales de comercio, elementos útiles para el derecho. Esto implica un análisis detallado de las áreas de las patentes, marcas comerciales, secretos comerciales, etc.»²²

Algunos ejemplos de competencia desleal:

- Infracción de marcas comerciales.
- Dilución del «good will» en las marcas comerciales.
- Uso de nombres de sociedades, negocios y de profesionales que sean confusamente similares.
- Uso de títulos de obras literarias que se presten a confusión en otras obras literarias o en artículos comerciales.

¹⁷ Radio Shack Corp. v. Radio Shack Inc., 180 F. 2d 200, 84 USPQ 410 (7th Cir. 1950).

¹⁸ Mc Carthy on Trademarks p. 1-19.

¹⁹ Champion Spark Plug Co. v. Champion, 23 F. Supp. 638 (D.C. Mich 1938).

²⁰ Jacobelli v. Ohio, 378 U.S. 184, 12 L. Ed. 2d 793, 84 S. Ct. 1676 (1964).

²¹ Mc Carthy on Trademarks p. 1-22.

²² Mc Carthy on Trademarks p. 1-22

- La simulación de un envase o la configuración de un producto o el envoltorio del mismo.
- Representaciones falsas y publicidad falsa.
- El robo de secretos comerciales.
- Mandar cartas de cesar o desistir del uso de una patente (infracción de patente) antes que haya sido otorgada la patente.
- Lo que sí es claro es que hay muchas habitaciones en la casa del derecho de la competencia desleal.

Seguridad jurídica versus Justicia en el Derecho de la Competencia Desleal:

- Como hemos visto, la seguridad jurídica en esta área no es tan grande como en otras que están reguladas por leyes y códigos específicos.

- Asimismo, «Competencia desleal» en el sentido subjetivo, no legal, de un hombre de negocios tiene poca relación con su uso legal.

- El sistema competitivo tiene absolutamente incorporada la posibilidad que fracase alguna persona o compañía determinada. Aquí en Chile, por ejemplo, hemos escuchado la frase «mercado cruel».

- Un empresario que esté fracasando en el mercado es muy probable que vea la conducta de sus competidores como «desleal» aun cuando el fracaso se deba sólo a ineficiencia o reacciones tardías frente a las necesidades y gustos siempre cambiantes de los consumidores.

- En este respecto, la demanda del consumidor es un indicador que no perdona.

- El abogado tiene un deber de informar a su cliente sobre lo que los tribunales consideran como conducta de negocios leal y desleal. Sin embargo, debe hacerle presente que el juez, en definitiva, decidirá lo que es competencia desleal.

- Debido a que es el juez el que tiene la última palabra para definir lo que es competencia desleal, quizás la definición más realista es aquella que señaló que «competencia desleal consiste en vender productos por medios que afecten las sensibilidades judiciales».²³

- Es más fácil definir las especies particulares de competencia desleal. El derecho de marcas, la publicidad falsa y la apropiación indebida son sólo especies del género en que se pueden dar situaciones de competencia desleal.

- Cuando se realiza el trabajo de asesor en estas materias, el abogado debe saber que el standard legal de «fairness» en la competencia no es nada más que un reflejo de conceptos de fairness desde un punto de vista sociológico, económico y ético. Precisiones judiciales de estos conceptos están sujetos a cambio con los tiempos.

- Históricamente, la competencia desleal comenzó como un apéndice de la ley de marcas.

- En el temprano «common law», competencia desleal equivalía a «passing off» o «palming off» (hacer pasar) el producto de uno por el producto de otro vendedor por medio de un etiquetado, empaque o publicidad similar. Este «passing off» todavía es una forma sustancial de competencia desleal.

- El derecho de la libre competencia se ha desarrollado como un instrumento flexible para controlar los excesos de un sistema de mercado en constante ajuste al tener que adaptarse a los cambios sociales, políticos y económicos.

²³ Margarete Steiff, Inc. v. Bing, 215 F. 204 (D.C.N.Y. 1914).

- Esta flexibilidad permite al abogado la oportunidad de basarse en diversas corrientes de pensamiento acerca de lo que es leal para persuadir a un juez de obtener una cierta definición de lo que es la lealtad y lo que es la moralidad económica.

- «La competencia desleal, quizás más que cualquier otro campo en el derecho, necesariamente envuelve un equilibrio de intereses. No importa cuan devotos seamos de la filosofía de la competencia como el mejor instrumento del control económico en una sociedad democrática; todos reconocemos que ella debe ser conducida dentro de límites para que no se destruya a sí misma. Por lo tanto, hay ciertas prácticas que por consenso común han sido puestas más allá de lo que es un comportamiento competitivo en los negocios.»²⁴

- De la misma manera una Corte del Estado de Nueva York ha señalado que «La base teórica del derecho de la competencia desleal es oscuro, pero el nacimiento y crecimiento de esta rama del derecho es clara. Es un ejemplo persuasivo de la capacidad de la ley para crecer como respuesta a las necesidades éticas y también económicas de la sociedad. Como resultado de este amplio «background», el concepto legal de competencia desleal ha evolucionado como una amplia y flexible doctrina con una capacidad para mayor crecimiento para adaptarse a las condiciones cambiantes. Reiteramos que no se puede entregar una lista completa de las actividades que constituyen competencia desleal».²⁵

- El nivel de lealtad en la rivalidad competitiva por el dinero de los consumidores ha llegado a través de un largo proceso de decisiones caso a caso que caracterizan el common law. Este proceso todavía se está llevando a cabo, y los límites de la lealtad de hoy no son necesariamente aquellos del mañana.

- Parece apropiado señalar que el derecho de la competencia desleal es un campo dinámico y en constante desarrollo del derecho.

- La falta de un precedente no debe ser un obstáculo para un reclamo de competencia desleal.

- Sin embargo, lo anterior no significa que el poder judicial tenga una discreción amplia para determinar y ejecutar sólo nociones subjetivas de «orden público» bajo el disfraz del «derecho de competencia desleal».

- Como lo señaló la Corte del Tercer Circuito en Estados Unidos: «Evitar el engaño o la confusión es en sí mismo algo en favor del interés público. El interés público no es algo que los tribunales y jueces puedan saber sintiendo las vibraciones del cosmos. Por el contrario, es algo que se refleja en la ley».²⁶

- Muchos tribunales y el Restatement han señalado que el derecho de la competencia desleal ha ido exigiendo y logrando «progresivamente estándares más altos de lealtad o moralidad comercial en los negocios».

La moralidad comercial como la piedra angular del Derecho de la Competencia Desleal:

- La posibilidad de actos que constituyan competencia desleal, como lo hemos

²⁴ Handler, «Sharing in Product Goodwill a Tort or a Constitutional Privilege?», 64 Colum. L. Rev. 1183, 1186 (1964).

²⁵ Dior v. Milton, 9 misc. 2d. 425, 155 N Y S. 2d 443, 110 USPQ 563 (1956).

²⁶ SK & F, Co. v.. Premo Pharmaceutical Laboratories, Inc., 625 F. 2d. 1055, 206 USPQ 964 (3d Cir. 1980).

señalado, sólo está limitada por la inventiva y creatividad de los hombres de negocios inmersos en las presiones de la rivalidad competitiva.

- «La incalculable variedad de prácticas ilegales denominadas como competencia desleal es proporcional a la ilimitada creatividad que empresarios muy agresivos y piratas comerciales llevan a la práctica».²⁷

- La definición de un nivel de competencia desleal ha sido determinada a través de una mezcla de éticas, teoría económica, la «ética protestante», y un vago sentimiento judeocristiano de lo que es leal.

- El derecho de la competencia desleal es probablemente único en el sentido que muchos jueces no son reacios a revelar que ellos aplican sus propias concepciones de «moralidad» al decidir un caso complicado.

- «Los tribunales no pueden corregir todas las prácticas desleales que se traigan a su atención, así como los legisladores no pueden a través de la legislación corregir todos los males sociales».²⁸

- Los resultados anteriores pueden ser racionalizados en el sentido que la inmoralidad comercial tendrá su justa recompensa si no en este mundo, quizás en el próximo.

- «Hasta que la gente llegue a ser más civilizada y ética en sus transacciones, nos tendremos que contentar con el pensamiento bien fundamentado que en el largo plazo esa «selfishness» (avaricia, egocentrismo) tiene dentro de ella misma las semillas de su propia destrucción, y que el éxito en el mundo de los negocios como en cualquier otra parte se construye en principios morales correctos.»²⁹

Explicaciones psicológicas para la competencia desleal:

- En cierta manera el proceso competitivo es sólo una sublimación de las fuerzas básicas agresivas del ser humano.

- «...egoísmo, codicia, y destrucción son parte de la estructura humana, y el sistema económico de la empresa competitiva, lejos de crearla, sólo la canaliza en direcciones que son, en el peor de los casos, mucho menos nocivas que las salidas que de otra manera encontrarían, y en el mejor de los casos muy útiles. Sin esta canalización económica el mundo en que estaríamos viviendo no sería el reino de la pacificación, sino de la selva.»³⁰

- Con esta visión del proceso competitivo, no sorprende encontrar excesos en el mismo. Estos excesos son catalogados como «competencia desleal» por la ley, lo que es un reconocimiento legal que restricciones externas son necesarias para controlar los excesos en la competencia que resultan de las agresiones básicas humanas y que la competencia «canaliza».

- El psicólogo Eric Fromm ha concluido que el auge de un mercado libre compe-

²⁷ Ronson Art Metal Works, Inc. v. Gilson Lighter Mfg Co., 3 App Div. 2d. 227, 159 N. Y. S. 2d. 606, 112 USPQ 489.

²⁸ Philadelphia Dairy Prodcuts, Inc. v. Quaker City Ice Cream Co., 306 Pa 164, 159 A. 3, 84 A.L.R. 466 (1932).

²⁹ Philadelphia Dairy Prodcuts, Inc. v. Quaker City Ice Cream Co., 306 Pa 164, 159 A. 3, 84 A.L.R. 466 (1932).

³⁰ Waeldar, Basic Theory of Psychoanaliis 136 (Schochen ed. 1964), 136 - 137 (International University Press ed. 1960).

titivo despierta sentimientos personales de inseguridad, aislamiento y ansiedad.³¹

- Esa inseguridad personal y ansiedad, no es raro que se convierta en formas de competencia sumamente agresivas.

Daños en la competencia:

- Los vendedores que son competidores entre sí pelean entre ellos por los pesos de los consumidores. Para obtener estos pesos, los vendedores de productos y servicios deben gastar sumas significativas en publicitar el signo comercial de su producto, que nosotros denominamos «marca comercial».

- Los vendedores deben rebajar costos, bajar precios, u ofrecer un mejor servicio, por ejemplo con una sonrisa.

- La creatividad en materia de «marketing» del vendedor sólo está limitada por la inventiva de la mente humana.

- Todas estas peleas competitivas son hechas fundamentalmente por la siguiente razón y motivación: ganar plata y poder vivir.

- Se pueden dar muchos otros motivos psicológicos, pero el motivo de obtener una utilidad siempre emerge como la fuerza predominante detrás del proceso competitivo.

- Con esta presión de obtener utilidades, tanto el pequeño empresario como el más sofisticado y gran ejecutivo muchas veces recurrirán a métodos que observadores objetivos calificarán de «desleales».

- El hecho que la competencia sea desleal o no, no tiene una correlación con si un determinado método competitivo ha causado daño o no. En cierto sentido cualquier incremento en el negocio de un vendedor causa «daño» a sus competidores. En un mercado con una demanda relativamente constante, el incremento en el negocio de un competidor tiene que provenir de algún lado.

- El vendedor que ha perdido negocios y sufrido «daño» en razón de la competencia leal de otros no tiene causa legal para reclamar.

- Una compañía puede haber perdido negocios debido a productos de mayor calidad, precios más bajos o por servicios más amigables prestados por el competidor.

- Estas empresas pueden haber sido «dañadas», pero de una manera que es de la esencia de la competencia y que contribuye a la salud general de la economía.

- Esa competencia es leal por que se basa «en los méritos». Simplemente están vendiendo productos y servicios que los consumidores desean a un precio que ellos están dispuestos a pagar. Este tipo de competencia leal beneficia al consumidor tanto en el corto como largo plazo.

- El modelo de un sistema competitivo no tiene como finalidad un mundo lleno de competidores prósperos y contentos.

- Como lo señaló el juez Kaufman: «El propósito de la Sherman Act, sin embargo, no es mantener relaciones amigables entre las firmas en la misma industria, ni fue diseñada para mantener estas firmas felices y alegres.»³²

- Cuando el completo «laissez faire» estaba en su punto culminante, Lord Fry

³¹ Fromm, *Escape from freedom* 78 (Avon ed. 1965).

³² *Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 603 F. 2d. 263, 53 A.L. R. Fed 768 (2d Cir. 1979).

(un inglés) escribió: «La competencia existe cuando dos o más personas buscan tener la misma cosa; se sigue que el éxito de uno debe ser el fracaso del otro, y ningún principio de derecho nos permite interferir o moderar ese éxito o fracaso en tanto ellos se deban a la mera competencia.»³³

- Obviamente el problema se presenta cuando uno trata de definir qué se entiende por «mera competencia» por una parte, y por «competencia desleal» por la otra.

- Existen métodos para atraer o aumentar negocios que producen daño a los competidores y donde la «deslealtad está más allá de cualquier duda. Entre ellos, imitar una marca de un competidor para confundir a los clientes. Variaciones de esos actos son ilimitadas y el mercado normalmente está produciendo nuevos dispositivos para confundir a los abogados y jueces.

Laissez Faire Versus el Derecho de la Competencia Desleal:

- El hecho que exista un derecho de la competencia desleal muestra que versiones extremas del laissez faire de Adam Smith y del Darwinismo social de «la sobrevivencia del más fuerte han sido extensamente modificadas por los tribunales norteamericanos.

- La regla de derecho hoy no es «la ley de la selva» en donde sólo el más poderoso e inescrupuloso competidor sobrevive.

- El eufemismo popular los negocios son negocios («business is business») realmente implica que todo está permitido. Esto no es la ley hoy.

Competencia desleal y las leyes antitrust:

Las políticas duales: Promover tanto la libre competencia como la competencia leal:

- La adhesión a la «libre empresa» tiene como objetivo un mercado autoregulado operando bajo el principio de la libertad de elegir y las rivalidades competitivas.

- Para asegurar que los acuerdos o contratos privados y acciones no interfieran con la libre competencia, el Congreso ha aprobado y los tribunales aplicado un conjunto de leyes conocidas como las leyes antitrust.

- Con la aprobación de la Sherman Act en 1890, el derecho norteamericano se embarcó en una nueva dirección para que funcionara eficazmente la competencia, prohibiendo la monopolización y las combinaciones que restringieran el comercio.

- De esta manera el derecho norteamericano se desvió del concepto tradicional del laissez faire entendida como una doctrina que prohibía cualquier intervención estatal en regular la competencia.

- Como dice un autor (Thorelli) el Sherman Antitrust Act «constituye una desviación mayor de los ideales del «laissez faire» y del Darwinismo económico. Su intención fue salvaguardar la libertad de la empresa en general; para alcanzar este propósito se consideró necesario limitar en cierto grado la libertad de acción del hombre de negocios individual o la empresa».³⁴

- El conflicto aparente entre laissez faire y las leyes antitrust fue destacado por el Juez Jerome Frank: «Laissez faire o «Libre empresa» es paradójica, ambigua. Tiene elementos contradictorios: (a) Llama a una política de Estado de mantener las ma-

³³ Magul S.S. Co. v. McGregor, Gow & Co., L.R. 23 QB Div. 598 (CA). (Eng.) 1889.

³⁴ Thorelli The Federal Antitrust Policy 1-2 (1995).

nos afuera de los negocios. (b) También hace un llamado a una irrestricta competencia en los negocios; pero si a la competencia se la deja sola, usualmente cede al monopolio (como ocurrió en Estados Unidos en la última parte del siglo XIX). (c) La mantención de la competencia llama a una activa aplicación de la competencia por parte del Estado a través de sus procedimientos anti-monopólicos, una política que para ser seriamente administrada requiere un staff muy amplio de ejecutivos del Estado (empleados públicos).³⁵

- La Corte Suprema ha caracterizado a las leyes antitrust como la «Carta Magna» de la libre empresa. Y las leyes antitrust (antimonopolios) han sido colocadas en un nivel de importancia igual al de la Constitución.³⁶

- Existe mucha confusión para saber si existe o no alguna relación entre las leyes antitrust y las leyes en contra de la competencia desleal.

- En esencia estos dos set de leyes nacen de diferentes juicios éticos y sociales sobre cuál es la situación que debiera existir en el mundo de los negocios.

- El hecho que ambos conjuntos de leyes históricamente hayan aparecido al final del siglo XIX tiende a oscurecer las reales diferencias entre ambas. Pero, no hay duda que son diferentes. Mientras las leyes antitrust prohíben «no suficiente competencia», el derecho de la competencia desleal prohíbe «demasiada competencia». Sin embargo, es necesario afinar esta simplificación.

- La Sección 1 del Sherman Act prohíbe las combinaciones que irrazonablemente restringen el comercio. Adicionalmente, la Sección 2 del Sherman Act declara ilegal el acto de «monopolización» en sí mismo.

- En las secciones anti-fusiones del Clayton Act, el Congreso buscó prohibir fusiones que irrazonablemente reducen el número de unidades competitivas en el mercado relevante.

- Una segunda y diferente política que ha pasado a ser una parte integral del derecho norteamericano es el concepto que «all out» o una competencia absolutamente sin control es en muchas situaciones tan mala como la eliminación privada de la competencia.

- Pero la opción no debe ser entre la cartelización por un lado y la ley de la selva por el otro.

- Mirado de esta forma, el derecho antimonopolios y la ley de competencia desleal reflejan el método del sistema judicial de preservar y a la vez controlar la competencia.

- Ambas son complementarias y en ningún caso contradictorias o inconsistentes. Algunos han tratado de expresar esta idea señalando que «libre competencia» debiera ser modificada para significar «competencia leal» reflejando la idea que competencia no es un concepto «libre para todo»: La competencia es un desideratum en el sistema económico, pero cesa de servir al bien económico cuando se convierte en desleal. La competencia desleal no es competencia en el sentido más estricto y verdadero de la palabra.

- La premisa de la libre competencia económica ha sido modificada por la ley de la competencia desleal para resultar en la regla que sólo la competencia leal es económica y socialmente deseable.

³⁵ Standard Brands, Inc. v. Smidler, 151 F. 2d 34, 66 USPQ 337 (2d Cir 1945).

³⁶ United States v. Topco Associates, Inc., 405 U.S. 596, 31 L. Ed. 2d. 515, 92 S. Ct. 1126, 173 USPQ 193 (1972).

- Un competidor debe ganar en el mercado «on the merits», no por el uso de tácticas que confunden o engañan a los compradores al comprar su producto.

- La política pública de prevenir un engaño en el consumidor está en cierta forma incluida en el derecho de la competencia desleal, y en caso alguno ofende las leyes antitrust, porque estas leyes nunca han exigido tolerar actos o prácticas actuales o futuras que sean engañosas.

Los actos de competencia desleal no son necesariamente violaciones de las leyes anti-monopolios:

- Existe una línea de sentencias norteamericanas que ha conducido a ciertas intromisiones dentro del dominio tradicional del derecho de la competencia desleal al encontrar una violación al Sherman Act cuando una empresa con un poder de mercado significativo usa trucos sucios (dirty tricks) o métodos desleales para mejorar su posición eliminando a un rival del mercado.

- Pero la doctrina mayoritaria de las sentencias más recientes ha señalado que una conducta de competencia desleal no es por este sólo hecho una violación de las leyes antitrust.

- Las leyes antitrust están diseñadas para proteger el proceso de la competencia, no la prosperidad permanente de un competidor en particular. Por lo tanto, el uso de métodos desleales para sustituir a un competidor por otro no es una violación de las leyes antitrust: el demandante «debe mostrar un daño a la competencia en general así como su propio daño como competidor». De tal manera, al menos que la conducta desleal cause daño al sistema competitivo como un todo, no hay una violación antitrust.

- Perder negocios por un competidor es una consecuencia inevitable del sistema económico que la Sherman Act fue diseñada para proteger. Algunas empresas sobrevivirán y otras no.

Casos en que se sobreponen la ley antitrust y la ley de competencia desleal:

- Por ejemplo, un cargo de monopolización o intento de monopolizar bajo la Sección 2 del Sherman Act puede basarse en una evidencia de «prácticas predatorias» desleales que tienen como objetivo eliminar a los competidores y luego cosechar las recompensas monopólicas. Una muestra de lo anterior es lo que ocurre con la acumulación de patentes: «Una empresa puede acumular patentes en un determinado sector con la finalidad de bloquear la actividad inventiva de otras empresas. Si además la empresa dominante no utiliza la mayor parte de esas patentes, se puede sospechar, no sin fundamento, la existencia de una cierta intención anticompetitiva bajo esta conducta. Sin embargo, la postura al respecto de los tribunales es tajante. Así en el caso «Hazeltine», el Tribunal Supremo de los Estados Unidos afirmó que «la mera acumulación de patentes, no importa cuántas, no es en sí misma ilegal». En un caso posterior, se mantuvo que la acumulación por parte de una empresa dominante de sus propias patentes está protegida por la ley, ya que es el resultado de los esfuerzos de la empresa en investigación y desarrollo de nuevos productos.

En un caso reciente se reconocía que la doctrina establecida en el caso «Hazeltine» es la que se aplica a los casos de patentes desarrolladas internamente por la empresa, sin embargo, cabría una excepción si la empresa hubiere adquirido poder de mercado y el objeto de las patentes fuese bloquear el desarrollo y comercialización de ciertos productos en vez de proteger las invenciones de la empresa.

Así pues, el case law deja abierta la puerta, de forma excepcional, a la posibilidad de que una acumulación de patentes pueda ser contraria a la Sherman Act, pero no se manifiesta acerca de los requisitos necesarios para que la política de patentes de una empresa pueda ser atacada bajo los auspicios de la sección segunda de la Sherman Act. Esta opción puede ser peligrosa si los tribunales no la interpretan correctamente, ya que puede provocar un retraso de las actividades relacionadas con la innovación y el desarrollo de nuevos productos, por el temor de que éstas puedan dar lugar a una acusación y posterior condena por intentar bloquear la actividad inventiva de otras empresas.

Por esta razón, en el caso «SCM», aunque el tribunal no establece los elementos que convertirían en abusiva la acumulación de patentes, si se refiere a una serie de factores que deben tenerse en cuenta por quien pretenda evaluar los posibles efectos anticompetitivos de esta práctica.

- La necesidad de mantener los incentivos a la innovación.

- La contribución de la empresa acusada y la de los nuevos competidores al proceso innovativo.

- La disponibilidad de soluciones más favorables para el libre desarrollo de la competencia económica.

- La posibilidad de predecir los resultados a los que dará lugar el modelo que se proponga. Es decir, que la empresa que acumule patentes de buena fe, con la única intención de proteger los resultados de su actividad inventiva, pueda tener la seguridad de que no va a ser condenada.

De todas formas, se puede afirmar, a modo de conclusión, que no parece probable que se produzcan excepciones a la regla de la libre acumulación de patentes, siempre que éstas sean el resultado de la actividad inventiva de la empresa.»³⁷

4. PRINCIPIO DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Derechos exclusivos son un aspecto básico de gran parte del derecho. Esos derechos se extienden desde el derecho personal para que a uno lo dejen solo «to be left alone» (privacy) al derecho de propiedad en invenciones, escritos, y en marcas comerciales y secretos.

Sin embargo, el político norteamericano Thomas Jefferson sentía que «ciertamente un inventor debería tener un derecho a obtener el beneficio de su invención por un cierto período... Nadie más que yo desea que la creatividad (ingenuity) reciba un incentivo liberal (liberal encouragement)».

- Hasta Adam Smith admitió que derechos exclusivos podían y debían otorgarse como un incentivo a inventores y autores.

- En el caso «Graham v. John Deere Co.», la Corte Suprema de Estados Unidos citó una declaración del mismo Thomas Jefferson donde señalaba que «el beneficio, incluso de monopolios limitados es demasiado dudoso como para ser opuesto a su supresión general»³⁸. Pero luego, Jefferson favoreció una disposición constitucional expresa permitiendo la existencia de monopolios por períodos determinados para autores e inventores.

³⁷ HERÁNDEZ, FRANCISCO «Precios Predatorios y Derecho Antitrust», p.52 a 54

³⁸ II Writings of Thomas Jefferson 446 (Wash. ed.)

- Jefferson, sin embargo, rechazó la teoría del derecho natural para la propiedad intelectual. El pensaba que los derechos exclusivos limitados no provenían de un derecho inherente dado por Dios, sino de una creación de la sociedad para inducir fines deseables, tales como traer nuevas invenciones y conocimiento.

- La Corte Suprema de Estados Unidos ha señalado que el otorgamiento legal de derechos exclusivos es una excepción a la regla básica de la libertad de copia. «El otorgamiento de un derecho exclusivo a una invención fue una creación de la sociedad en contraposición a la naturaleza inherentemente libre de las ideas dadas a conocer (reveladas) - y que no debiera ser otorgado arbitrariamente.³⁹

- La Corte Suprema, en consecuencia, ha acogido la tesis de Jefferson (que no hay un derecho natural). Cuando estos derechos de propiedad intelectual son otorgados por el Estado, esto se hace, para perseguir ciertos fines sociales y no per se para reconocer algún derecho natural que el inventor o el hombre de negocios ya posee.

- Estos conceptos fundamentales sobre la naturaleza de los derechos exclusivos en materia de propiedad intelectual tienen mucha implicancia en las leyes sobre marcas comerciales, secretos comerciales, como también en las áreas de patentes y derechos de autor.

Las leyes que otorgan derechos exclusivos deben siempre ser analizadas como sectores protegidos ubicados en un ambiente dominado por el principio básico de la libertad de copiar.

- En 1989 la Corte Suprema de Estados Unidos señaló que «La libre explotación de las ideas será la regla, y su excepción la protección federal de una patente. Aún más, el objetivo final del sistema de patentes es traer nuevos diseños y tecnologías al dominio público a través de su divulgación. En cierto sentido, las leyes federales sobre patentes deben determinar no sólo lo que es protegido, sino también aquello que está libre para ser usado por todos.»⁴⁰

Generalmente la parte que persigue establecer la existencia y validez de un derecho para excluir a otros de usar una creación o comercializar una herramienta tiene inicialmente el peso de la prueba, demostrando su titularidad sobre una de las formas de propiedad intelectual, tal como una marca.

- El usuario o el competidor que ha copiado no tiene el peso de la prueba para demostrar que lo que está usando o copiando está en el dominio público.

- Además el titular de la propiedad intelectual debe probar que ha habido una infracción a su derecho.

- Las áreas más importantes de los derechos exclusivos de propiedad intelectual son la trilogía de patentes, derechos de autor (copyrights) y marcas.

- Respecto de las marcas se ha dicho que el interés público de copiar cede al interés público de prevenir confusión, equivocación y engaño en el comercio independiente de los beneficios que puede recibir el dueño de la marca.

- Los derechos exclusivos otorgados por las leyes en las creaciones de negocios de alguna forma aparecieron como equivalentes a los males del poder monopólico.

³⁹ Graham v. John Deere Co., 383 U.S. 1, 15 L.Ed. 2d 545, 86 S.Ct. 684, 148 USPQ 459 (1966).

⁴⁰ Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc., 489 U.S. 141, 146, 151, 9 USPQ 2d. 1847, 1850, 1852, 1857 (1989).

- Pero el término monopolístico es usado en dos sentidos diversos: Para el economista, un monopolio es sólo un estado en que un vendedor tiene un cierto grado de control sobre el precio: it is a «price maker» rather than a «price taker» (es un creador o hacedor de precios más que un tomador de precios).

- Cualquier vendedor que tenga una curva de demanda negativa puede ser un monopolista desde el punto de vista de la economía clásica.

- Para el economista, el «poder monopolístico» es una designación neutral. Pero no así en el derecho.

- Cuando se usa por jueces y abogados imbuidos de los principios antitrust, la designación de «monopolio» no es neutral: ella implica que los derechos de propiedad intelectual, como las patentes, las marcas y los derechos de autor son de alguna manera anti-competitivos y anti-sociales.

- Pero «poder monopolístico» en el verdadero sentido antitrust es estrictamente definido y difícil de deducir aún después de un extensivo análisis fáctico. Pocos derechos de propiedad intelectual caen dentro de ese análisis.

- Consecuentemente, una aplicación amplia del término peyorativo «monopolio» para derechos de propiedad intelectual legalmente sancionados revela un prejuicio, no análisis.

- Un verdadero «antitrust monopolizer» toma algo del público que tenía antes. Pero un inventor, creador o usuario de un símbolo de negocios (marca) entrega a la sociedad algo que previamente no existía. «Un inventor no priva al público de nada de lo que gozaba antes del descubrimiento, pero otorga algo de valor a la comunidad agregando a la suma del conocimiento humano.»

- El término más descriptivo y neutral «derechos exclusivos» es más propiamente aplicado a la propiedad intelectual en patentes, marcas y derechos de autor.

- Lo que el juez norteamericano Frank dijo acerca de las patentes y competencia es igualmente aplicable a todas las áreas de los derechos exclusivos legales: «Denunciar a las patentes solamente porque crean monopolios es caer en pensamiento superficial. Nosotros todavía podemos querer que nuestra sociedad sea fundamentalmente competitiva. Pero rara ha sido la sociedad en que no haya habido algún tipo de monopolio, i.e. privilegios especiales. Las profesiones legales y médicas tienen su respectivo monopolio de gremios. El dueño de un bien raíz, estratégicamente ubicado, tiene un monopolio; así también el dueño de una mina valiosa; y así también las empresas de ferrocarriles y las empresas eléctricas. El problema no es si debieran existir monopolios, pero, más bien qué monopolios deben haber, y sí y cuándo ellos deben ser regulados».⁴¹

⁴¹ Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc., 489 U.S. 141, 103 L. Ed. 2d. 118, 109 S. Ct. 971, 9 USPQ 2d. 1847 (1989).