

Desagregación de los Bienes de Alcance Permitidos:

¿Cuándo se debe invertir para reducir las barreras de acceso? *

Randal Picker**

“En el presente artículo el autor toca el tema de la agrupación y separación de los Bienes de Alcance Permitidos en referencia a diversos casos que se han presentado en los últimos 20 años y a los diferentes enfoques tomados para resolverlos por parte de las cortes de Estados Unidos y la Unión Europea, por ejemplo contra la empresa Microsoft analizando las ventajas y desventajas que estos presentan, e indicando las consecuencias de la asociación de cada política económica”.

La práctica de agrupar y ofrecer varios productos o servicios dentro de un paquete (“*bundling*”) es hoy en día uno de los grandes temas de la política de competencia. En los últimos ocho años éste ha sido el tema determinante en el ámbito de las Telecomunicaciones de los Estados Unidos puesto que la Comisión Federal de Comunicaciones (FCC) ha intentado implementar infructuosamente, hasta ahora, el régimen de Elementos de Red Desagregados (UNE por sus siglas en inglés) contemplado en la Ley de Telecomunicaciones de 1996¹. El objetivo del régimen UNE consiste en

impulsar el acceso de dichos Elementos hacia una competencia con proveedores de comunicación con infraestructura propia². Las interrogantes en torno al alcance permitido del *bundling* y a la integración de las telecomunicaciones han sido muy importantes para las acciones que ha entablado el Gobierno contra la empresa Microsoft en los Estados Unidos y en Europa³. Y en un mercado tan común como el de la cinta Scotch -mejor dicho, el de las cintas adhesivas transparentes ya que 3M dejaría rápidamente bien en claro que la cinta Scotch es más bien una marca comercial de un tipo de

* Derechos de Autor © 2004, Randal C. Picker. Todos los derechos reservados. Paul y Theo Leffmann, Profesor de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago, y Profesor Principal del Instituto de Computación de la Universidad de Chicago y del Laboratorio Nacional Argonne. Agradezco a Ryan Foreman por su destacada asistencia en la investigación y al Fondo Paul Leffman, al Fondo de Investigación Russell J. Parsons de la Facultad y al Programa John M. Olin de Derecho y Economía de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago por su generoso apoyo en la investigación, y a través del Programa Olin, a la Corporación Microsoft y Verizon. Realicé un trabajo de consultoría para Sun Microsystems con relación a su acción legal privada antimonopólica recientemente resuelta contra Microsoft.

** Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago.

1 Ley de Telecomunicaciones de 1996, Derecho Público No 104-104, 110 Stat 56 (1996), Sección 251-52 según el Título 47 del Código de los Estados Unidos (USC) Sección 251 - 52 (2002); AT&T Corp vs. Iowa Utilities Board, 525 US 366 (1999) (revocando el primer conjunto de normas de la FCC); Verizon Communications vs. Federal Communications Commission, 535 US 467 (2002); United States Telecom Ass'n vs. FCC, 290 F3d 415 (DC Cir 2002) (revocando el segundo conjunto de normas de la FCC); United States Telecom Ass'n v FCC, 359 F3d 554 (DC Cir 2004) (revocando el tercer conjunto de normas de la FCC). Para mayor información, véase Douglas Lichtman y Randal C. Picker, Entry Policy in Local Telecommunications: Iowa Utilities and Verizon, 2002 Sup Ct Rev 41 (2003).

2 Independientemente de que sea una buena idea, éste es un punto que tomo en consideración en otro documento. Véase Randal C. Picker, *Entry, Access and Facilities-Based Competition* (Documento de Investigación 2004).

3 *United States vs. Microsoft Corp*, 253 F3d 34 (DC Cir 2001) (tribunal en pleno) (unánimemente se ratifica el fallo del juzgado de primera instancia sobre el delito de mantenimiento ilegal de prácticas monopólicas según al Artículo 2 de la Ley Sherman pero prescribiendo se remita a una evaluación de razonabilidad en cuanto a si Microsoft había ilícitamente atado Internet Explorer con Windows); Comisión de la Comunidad Europea, Fallo de la Comisión del 24 de marzo de 2004 (COMP/C-3/37.792 Microsoft) (declarando abuso de una posición dominante al negarse a proporcionar cierta información de inter-operabilidad para los servidores y al condicionar la adquisición de Windows a la adquisición de Windows Media Player) (“Fallo de la Comisión de la UE”). Para ver mis comentarios sobre los más recientes casos antimonopolio en los EE.UU contra Microsoft, véase Randal C. Picker, *Pursuing a Remedy in Microsoft: The Declining Need for Centralized Coordination in a Networked World*, 158 Journal of Institutional and Theoretical Economics 113 (2002).

cintas adhesivas transparentes⁴- hemos encontrado temas de *bundling* lo suficientemente complejos que ameritan que la Oficina de Asuntos Antimonopólicos del Departamento de Justicia haya solicitado a la Corte Suprema de los Estados Unidos negarse a atender la apelación a la sentencia pronunciada por la Tercera Corte Federal de Apelaciones con relación a la demanda interpuesta por Le Page Inc. contra 3M (Minnesota Mining and Manufacturing Co.) (la Corte Suprema finalmente desestimó la apelación)⁵.

Quiero tratar de enfocar un aspecto del *bundling*, concretamente en relación a lo que llamaré bienes de alcance permitido. Empecemos con una idea relacionada: los bienes públicos de propiedad privada. Estos son bienes para los que la exclusión es posible pero el consumo del bien no afecta el consumo de un bien idéntico por parte de otra persona. Los bienes de alcance permitido están basados en esta idea y se le añade otra, a saber, se entrega exactamente el mismo bien a cada persona pero se definen múltiples productos a través del alcance del acceso -a través del alcance permitido- que el productor proporciona a cada consumidor. De igual manera, podemos definir de forma arbitraria múltiples productos añadiendo y restando características y proporcionar a las personas diferentes niveles de acceso al proporcionarles los diferentes productos definidos arbitrariamente.

Tal como detallo líneas abajo, los bienes de alcance permitido incluyen naturalmente los servicios de televisión previa suscripción, el software informático, las obras con derechos de autor y licencias de entidades de derechos de autor tales como la Sociedad Americana de Compositores, Autores y Editores (ASCAP por sus siglas en inglés) y Broadcast Music, Incorporated (BMI). Al tomar como ejemplo ASCAP y Microsoft, nos encontramos con algunos de los casos pendientes más antiguos y más recientes relacionados a asuntos de antimonopolio, aunque, sorprendentemente en cierto modo, ambos casos giran en torno de la misma pregunta: ¿cuándo se debería invertir para reducir las barreras de acceso? En ambos casos, la estructura elegida del bien de alcance permitido, las licencias globales de ASCAP y el diseño de Windows, crea barreras de acceso; barreras a organizaciones de derechos de interpretación que compiten entre sí en el caso de ASCAP y barreras a navegadores rivales, y en la actualidad a reproductores multimedia en el caso de Microsoft.

El aspecto más importante es saber en qué medida estamos dispuestos a replantear estos bienes de alcance permitido, darles un nuevo alcance, para posibilitarles el acceso. Con la introducción de un nuevo dictamen relacionado al caso ASCAP, ya que el dictamen original fue expedido en 1941 tras seis años de investigaciones, la resolución final del caso de los EEUU contra Microsoft

y el fallo de la Comisión Europea en los seguidos contra Microsoft (actualmente en instancia de apelación en el Juzgado de Primera Instancia de la Comunidad Europea), hemos escogido tres diferentes enfoques para la reingeniería de los bienes de alcance permitido a fin de impulsar el acceso.

En el caso de ASCAP, hemos redefinido el alcance al restarle alcance a la licencia global y haber impuesto una disposición de consistencia de precios entre la licencia global y las nuevas sub licencias requeridas con la esperanza de crear un acceso por medio de entidades de derechos de autor que compiten entre sí.

En el caso entre los EEUU y Microsoft, hemos reducido nuevamente el alcance de los bienes de alcance permitido otorgando a los compradores de computadoras el derecho de esconder los medios visibles de las aplicaciones de acceso de Windows, incluyendo, de manera más significativa, los reproductores multimedia de Windows (Windows Media Players -WMP). En el caso de la Unión Europea contra Microsoft hemos dado un paso adelante al solicitar a Microsoft que emplee lo que he llamado en otros documentos, el control obligatorio de versiones de software (*versioning*)⁶ solicitando a Microsoft crear versiones de Windows con y sin WMP. Nuevamente, esto se ha llevado a cabo reduciendo el alcance del producto con la esperanza de facilitar el ingreso en el mercado de los reproductores multimedia. Sin embargo, podríamos haber perdido la oportunidad de hacer algo mejor, esta vez mediante el replanteo del alcance, es decir, agregando en lugar de restar, al imponer a Microsoft la implementación obligatoria de un recurso.

I. El concepto de Bienes de Alcance Permitido

Para comprender la idea de un bien de alcance permitido, más conocido en su forma reducida como bien permitido, debemos dar una rápida revisión a la denominación de los bienes. Comparar bienes privados con bienes públicos. Los bienes privados se definen por el principio de competencia en el consumo: si yo como un bollo en el desayuno, tú no puedes hacerlo. Los bienes públicos, sin embargo, se definen por la ausencia de competencia en el consumo: poder yo disfrutar de nuestra protección de defensa nacional no impide que tú también puedas disfrutarla.

Se podría entonces hablar livianamente y a la vez con sentido, de bienes públicos "públicos" y de bienes públicos "privados". Queremos añadirle a la competencia una segunda dimensión en el análisis, es decir, la idea de exclusión (de aquellos usuarios que no pagan por los servicios contratados). Los bienes públicos públicos son bienes que no compiten puesto que es imposible

4 <http://www.3m.com/about3m/student/scotchbrand4/>.

5 324 F3d 141 (Tercer Distrito Judicial, 2003) (tribunal en pleno) (se revocó el veredicto del jurado en contra de 3M con relación al programa de descuentos por paquetes que ofrecía 3M), cert den 2004 US LEXIS 4768 (30 de junio de 2004); véase también el Resumen para los Estados Unidos como Amicus Curiae (disponible en <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f203900/203900.pdf>). Para mayor información sin tener que dejar las páginas de esta *Revista Jurídica*, véase *Monopoly Dominance or Level Playing Field? The New Antitrust Paradox* de Richard A. Epstein; y *Exclusion and the Sherman Act* de Herbert Hovenkamp.

6 Picker, 158 *Journal of Institutional and Theoretical Economics* en 115 (pie de página 3).

excluir a persona alguna del hecho de consumirlos. La defensa nacional continúa siendo un buen ejemplo: es imposible que se me proteja con un sistema de misiles antibalísticos sin que ese sistema de protección lo proteja a usted también. Tal como lo sugiere su nombre, considerando aparte los impulsos caritativos, no es de esperar que la inversión privada financie bienes públicos, en cambio, dependemos de los tributos que deben pagarse por ley para poder financiar el suministro de dichos bienes. En comparación, si añadimos el principio de exclusión al carácter de no rivalidad o competencia, tenemos la opción de bienes públicos privados, es decir, bienes públicos que serán suministrados y financiados de manera privada. Los servicios de televisión previa suscripción es un clásico ejemplo del bien público privado⁷.

Los bienes públicos privados se definen por el principio de consumo no competitivo más el principio de exclusión. Para comprender el concepto de bienes de alcance permitido, debemos tomar la anterior premisa y agregarle una idea más, a saber, la idea según la cual se le entrega a cada individuo exactamente el mismo bien aunque este bien se define por múltiples productos a través del alcance de acceso, a través del alcance permitido que el proveedor ofrece a cada consumidor. Una vez más, podríamos en lugar de ello determinar arbitrariamente el alcance de las diferentes versiones del producto y proporcionar a diferentes individuos diferentes productos. Tal como se discutirá líneas abajo, el atributo principal que hace posible los bienes de alcance permitido es que el costo marginal de crear y distribuir incrementos a los bienes en cuestión es cero. De este modo, la suma del principio de no rivalidad o competencia, más el principio de exclusión más el costo marginal cero constituye un bien de alcance permitido.

Para concretar esta idea consideraremos tres ejemplos.

Servicios de televisión previa suscripción. La misma señal de televisión satelital es distribuida a cada casa en todos los Estados Unidos. Aquí no se trata de la entrega del producto; por el contrario, la cuestión es cómo estructurar el acceso a la señal y el alcance permitido que se suministra. La televisión satelital se distribuye de manera codificada, de modo que el acceso se proporciona dando a cada usuario final una clave para acceder al contenido. Mediante la codificación se impide que este bien público privado se convierta en un bien público público⁸. La televisión por cable funciona de la misma manera. El mismo contenido es recibido en cada casa, pero el alcance permitido determina si el usuario va a obtener un paquete de cable completo, básico, mejorado o cualquiera de sus variantes.

Todo este revuelo en cable sobre precios a la carta gira precisamente en torno a quién debe definir cómo debe otorgarse este permiso. En el régimen de fijación de precios a la carta, los consumidores podrían adquirir canales individuales y ensamblar un paquete canal por canal. Se establecerían precios separados por canal y el consumidor pagaría únicamente la suma de los precios de los canales individuales. Algunos grupos de consumidores piensan que los precios a la carta reducirían los precios que pagan los consumidores por servicios de cable, en tanto que los conservadores apoyan los precios a la carta como una simple manera para que los consumidores obtengan buen "contenido" (por ejemplo el canal Disney) y evitar televisión basura (como el canal MTV)⁹.

Software: El software se distribuye usualmente dentro del marco del alcance permitido. El programa viene en dos versiones, una versión básica que puede ser incluso gratuita y una versión completa por un costo. Sin embargo, no estamos hablando de dos productos diferentes como si dijéramos que un pastel es diferente de una docena de pasteles. El software que se distribuye puede ser el mismo tanto para la versión básica como para la completa. El usuario final actualiza el programa a partir de la versión básica pagando una tarifa y recibe una clave secreta para acceder a las aplicaciones adicionales. Esta estrategia no debe confundirse con la estrategia del software de dos partes, como aquella usada por Adobe Acrobat. Adobe proporciona sin costo alguno el programa lector para generar ventas de su programa creador. El tamaño de la base instalada del programa lector afecta el valor del programa de autoría. En cambio, el software de alcance permitido es valioso independientemente de las opciones que escojan otros usuarios; la única cuestión es si el usuario tiene acceso a todas las aplicaciones del software o un acceso más limitado, a la versión más conocida como "versión mutilada" del software.

Obras con derechos de autor. Las obras con derechos de autor son la muestra por excelencia de los bienes de alcance permitido. Definimos algunos de los componentes de los derechos que configuran el *bundling* o agrupamiento de derechos vinculados a las obras con derechos de autor. Distinguimos el derecho de copiar una obra del derecho de distribuir tal obra; el derecho de interpretar una obra del derecho de representar una obra públicamente¹⁰. Distinguimos la venta de la manifestación física de la obra de la obra en sí misma: JK Rowling no transfiere su derecho de autor de su última novela de Harry Potter cuando vende una copia de su novela en tapa dura¹¹. Para obras con derechos de autor, lo que expongo en estas

7 Harold Demsetz, *The Private Production of Public Goods*, 13 *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 293 (1970).

8 Codificación y compilación de casos judiciales. Véase por ejemplo *DirectTV, Inc. vs. Treworgy*, 373 F3d 1124 (11th Cir 2004) (se rechaza el intento de Direct TV de hacer valer un derecho privado para ejercer una acción legal de conformidad con el Título 18 del Código de los Estados Unidos (USC) Sección § 2520(a) con relación a la posesión delictiva de hardware que hace posible capturar transmisiones satelitales de manera ilegal).

9 Consumer Groups Say Cable a la Carte will Ease Prices, Expand Choices for Customers, Unión de Consumidores, Nota de Prensa (18 de agosto de 2004) (http://www.consumersunion.org/pub/core_telecom_and_utilities/001314.html); PTC Asks Congress to Support A La Carte Cable Programming, Concejo de Padres de Familia sobre Programas de Televisión, Nota de Prensa (25 marzo de 2004) (<http://www.parentstv.org/ptc/publications/release/2004/0325.asp>).

10 Título 17 del Código de los Estados Unidos, Sección 106.

11 Título 17 del Código de los Estados Unidos, Sección 202.

líneas es crucial. Si la venta de un CD de música faculta al comprador a entrar al negocio de la distribución de música por concepto de tal CD, generando a partir de esa venta un verdadero competidor, las ventas musicales quedarían alteradas por siempre. Un sistema inteligente de derechos de autor separa estos derechos de manera que sea posible vender sólo una canción y no vender también el derecho para redistribuir dicha canción. Tal como describo líneas abajo, las licencias que emiten las entidades de derechos de autor como ASCAP y BMI también se ajustan a este marco.

El atributo clave que hace posible los bienes de alcance permitido es que los bienes en cuestión son bienes con costo marginal cero. Una vez que se crea un atributo, no hay costos marginales reales para agrupar en paquetes una gran cantidad de atributos. Esto significa que existen pocos límites naturales, de haberlos, en cuanto al alcance del producto. ¿Qué función no debería estar incluida en Windows? La pregunta no debe ser ¿por qué Microsoft agrupa tantas aplicaciones en Windows?, sino ¿por qué Microsoft agrupa tan pocas aplicaciones? ¿Por qué Microsoft Office es un producto distinto de Windows?

En comparación, consideremos cómo venderíamos fruta. Supongamos que tenemos cinco tipos de fruta: manzanas, naranjas, plátanos, peras y uvas. Los consumidores valoran la fruta adecuada a US\$ 5 y la fruta no adecuada a cero. Cada consumidor sólo quiere una fruta y cada una cuesta US\$ 1 producirla. Un vendedor que agrupa una canasta con cada una de las frutas tendría gastos por US\$ 5, y aun así podría vender la canasta en US\$ 5 con cero de utilidades. Cuatro frutas se perderían en cada transacción. El costo marginal de cada fruta apunta naturalmente a una definición del alcance del producto, en este caso la fruta individual.

Pero no existe un límite así para el software o para los canales de televisión. Sí, en efecto, esto lo exagera un poco. Los sistemas de servicios de televisión previa suscripción tienen restricciones de capacidad, un número máximo de canales que pueden transmitirse a través del cable o enviados a través del satélite. Las adiciones a la capacidad pueden resultar algo caras y presentadas como sumas globales. Pero para un diseño de sistema dado, hasta que se alcanza la restricción de capacidad, podemos distribuir otro canal a un costo muy bajo. Los CD de software están también sujetos a restricciones de capacidad, aunque se están volviendo cada vez menos importantes al enfocar nuestra atención hacia la distribución de software vía la red.

Existe otra razón importante para hacer “crecer” el alcance de los productos cuando el costo marginal de hacerlo es cero. El hecho de que los bienes puedan

ser añadidos a costo marginal cero significa que no necesitamos tratar de identificar la demanda del consumidor y adaptar el producto entregado a dicha demanda. En su lugar, podríamos simplemente ofrecer al consumidor todo y dejar que el consumidor elija lo que desee. Esta estrategia puede disminuir costos, ya que el vendedor no necesita ofrecer muchos productos diferenciados. Además (y ahora entramos brevemente al mundo de las matemáticas) como es probable que los consumidores le den valores diferentes a las diferentes partes del producto, cuanto mayor sea el número de atributos agrupados en un solo producto, mayor será la convergencia a un único valor de la demanda agregada de cada consumidor para el producto total¹². Si eso ocurre, un vendedor con poder de monopolio puede obtener mayor cantidad de dinero de los consumidores expandiendo el alcance del producto.

II. ASCAP: Restar de los Bienes de Alcance Permitido

La ley sobre derechos de autor de los Estados Unidos confiere un derecho exclusivo y separado a los autores para representar las obras con derecho de autor en público¹³. Véase Título 17 del Código de los Estados Unidos (USC), Sección 106 (4).

“El hecho de que los bienes puedan ser añadidos a costo marginal cero significa que no necesitamos tratar de identificar la demanda del consumidor y adaptar el producto entregado a dicha demanda.”

La Sociedad Americana de Compositores, Autores y Editores (ASCAP) fue constituida en octubre de 1913 para crear una manera por la cual los compositores puedan reivindicar sus derechos sobre la música que se interpretaba, en vivo por supuesto, en restaurantes, salones de baile y otros lugares afines ya que no existía otra alternativa. En sus inicios ASCAP se dedicó en gran medida a atender litigios: los restaurantes argüían que no se requería ningún pago cuando la música no se interpretada para obtener ingresos, y que además el pianista desde su esquina sólo estaba contribuyendo a dar ambiente al lugar tal cual como lo haría un florero¹⁴. En 1917, la Corte Suprema de los Estados Unidos, representada en la figura del Juez Holmes, rápidamente descartó esa idea – a través de un breve dictamen de tres páginas de extensión – y así comenzó la carrera de ASCAP¹⁵.

12 Yannis Bakos y Erik Brynjolfsson, *Bundling Information Goods: Pricing, Profits, and Efficiency*, 45 Management Science 1613 (1999).

14 Paul Goldstein, *Copyright's Highway: From Gutenberg to the Celestial Jukebox* 54-57 (Edición revisada por el Equipo de Prensa de la Universidad de Stanford 2003) (*Copyright's Highway*). Para mayor información sobre el tema de entidades gestoras de derechos de autor, véase Robert P. Merges, *Contracting Into Liability Rules: Intellectual Property Rights and Collective Rights Organizations*, Revista Jurídica No. 1293 de la Universidad de California p. 84 (1996); Stanley M. Besen, Sheila N. Kirby y Steven C. Salop, *An Economic Analysis of Copyright Collectives*, Revisión de la Ley de Virginia Vol. 78, 383 (1992).

15 *Herbert v Shanley Co*, 242 US 591 (1917).

Para el caso de las películas de cine, y luego para otras formas de entretenimiento de masas, tal como en 1922, dos tercios de los ingresos de ASCAP vinieron de las licencias otorgadas a los cines. Esto provino de la música en vivo interpretada para acompañar las películas mudas (p. ej. *The Jazz Singer* de Jolson, la primera versión hablada fue realizada recién en 1972)¹⁶. ASCAP le siguió los pasos a la música, desde las películas mudas hasta la era de películas habladas y luego en la radio.

ASCAP configuró el acceso a través de su política de emitir sólo licencias globales para la música que conformaba el repertorio de ASCAP. La licencia global le otorgaba al receptor el derecho de interpretar cualquier canción que se encontrara registrada en ASCAP. La tarifa de uso no dependía de las canciones ni de la frecuencia con la que se interpretaban. Sin embargo, durante los años anteriores a 1932, ASCAP estableció tarifas de licencia basadas en el número de horas de transmisión radial de las canciones musicales registradas en ASCAP. Después de 1932, ASCAP dejó de lado esa política y se centró en tarifas basadas en el porcentaje del ingreso anual de la estación de radio¹⁷.

Este nuevo enfoque es importante en cuanto al acceso. Bajo el antiguo esquema, una estación de radio podía dejar de transmitir por una hora las canciones de ASCAP completamente, reducir sus pagos a ASCAP y sustituirlas por otras canciones. Con tarifas basadas en los ingresos anuales, y totalmente independientes de su uso real, la estación de radio no recibía beneficios financieros por sustituir canciones que no pertenecieran al registro de ASCAP. En efecto, si el proveedor alternativo requería que se le pagara, las tarifas de la estación de radio subían.

Este punto quedó claro para el Departamento de Justicia de los Estados Unidos en 1935.

Si un propietario de derechos de autor que no es miembro de ASCAP se acerca a la estación de radio con la composición más hermosa del día con la intención de interpretarla allí, no conseguiría ni siquiera la oportunidad de intentarlo. Esto se debe a que no existe ningún incentivo para la estación de radio como resultado de los requerimientos de licencias ya que la estación debe pagar a ASCAP sea que utilice o no la música registrada en ASCAP y que los requerimientos musicales de la estación sean satisfechos o no en cuanto a la música de ASCAP¹⁸.

Entonces, ¿qué acceso se está obstaculizado exactamente? ¿Acceso al negocio de la composición musical? Quizás, pero no de manera obvia. ASCAP abrió sus brazos a todos los compositores. A pesar de que han existido reclamos de que la fórmula de ASCAP para distribuir sus ingresos favorecía a los socios más antiguos¹⁹, no queda claro que aquello era exacto en cuanto a los hechos, y no resultaría sorprendente si estos matices de regalía terminaban perdiéndose en músicos en ciernes. Sin embargo, la licencia global de ASCAP de ingresos anuales bloqueó el acceso a través de Organizaciones en Pro de los Derechos de Competencia en Interpretación (PRO por sus siglas en inglés). No era fácil para un nuevo participante de PRO intentar contratar compositores, ya que todos sabían que la estación de radio tenía que pagar la tarifa impuesta por ASCAP, a menos que la estación dejara de transmitir por completo la música de ASCAP.

Aún así, se pudo conseguir el acceso a través de una organización en pro de los derechos de competencia en 1939. ¿Cómo? Los empresarios de las estaciones de radio entraron en una ardua lucha con respecto a las tarifas de ASCAP al negociar nuevas licencias para reemplazar aquellas que estaban destinadas a caducar a fines de 1940²⁰. Los empresarios de radio estaban pagando a ASCAP 5% de sus ingresos netos por programas comerciales, no obstante, ASCAP quería aumentar la tarifa a 7.5%²¹. A su vez, los empresarios de radio no querían pagar por programas en los que la música de ASCAP no se transmitía, inclinándose a pensar en una licencia por programa²².

Para impulsar esta posición, en septiembre de 1939, los empresarios de radio se unieron y establecieron una organización en pro de los derechos de competencia denominada Broadcast Music, Inc. (BMI)²³. Obviamente, ASCAP se había asegurado para sí una gran cantidad de canciones considerada de interés del público estadounidense, por lo tanto BMI se vio obligada a buscar en la esfera pública (Mozart y Beethoven) y captar nuevos artistas y nueva música tradicionalmente rechazada por ASCAP, la música "country" y "negra"²⁴.

El surgimiento de un grupo de radio organizado significaba que dos grupos fuertes estaban negociando entre ellos un monopolio bilateral. La radio necesitaba música y ASCAP necesitaba el acceso a la radio. Cuando las licencias de radio de ASCAP vencieron el 1 de junio de 1941 y las canciones de ASCAP desaparecieron del aire, la cuestión era quién daría su brazo a torcer

16 John Ryan, *The Production of Culture in the Music Industry* p. 23-24 (Prensa Universitaria de los Estados Unidos 1985) (*Production of Culture*)

17 Id at 37.

18 Id at 46.

19 *Disharmony in the Air*, Revista New York Times 110 (11 de agosto de 1940).

20 T.R. Kennedy, *The Case of ASCAP v BMI*, Revista New York Times 158 (15 de diciembre de 1940) (*Case of ASCAP*).

21 *Public Seen As Judge*, Revista New York Times

22 (17 de diciembre de 1940).

22 Id.

23 Goldstein, *Copyright's Highway* en p. 59 (véase pie de página 14).

24 Caso ASCAP, Revista New York Times p. 158 (véase pie de página 20); Ryan, *Production of Culture* en 1-2 (véase pie de página 16).

primero. O en todo caso si el gobierno intervendría en el asunto, como en realidad finalmente lo hizo.

El 26 diciembre de 1940 el Departamento de Justicia, que venía acechando a ASCAP por más de seis años en busca de violaciones a la ley antimonopolio, anunció que lanzaría un nuevo procedimiento penal para casos de monopolio luego del primer día del año siguiente contra ASCAP, BMI, NBC y CBS. Es así que BMI, de apenas un año de constituida, fue incluida en el conflicto entre ASCAP y el Departamento de Justicia que duró seis años. NBC y CBS, propietarias de aproximadamente un sexto de BMI, fueron incluidas también²⁵.

Sin embargo BMI ciertamente se dio cuenta que podía sacar provecho de la amenaza de monopolio como una manera de aumentar los costos del rival. BMI resolvió rápidamente sus diferencias con el gobierno y acordó adherirse precisamente a la disposición que los locutores de radio habían estado buscando en sus negociaciones con ASCAP. La disposición de "pagar al transmitir" estipulaba que la tarifa de licencia por el uso de los derechos controlados por BMI no podía estar basada en las rentas provenientes de los programas en los que no se transmitía música de BMI, lo cual concordaba con el método básico principal de BMI de pagar a los compositores cuando su música se transmitía²⁶.

Y ya que BMI formaba parte de esto, casi no había razón para que el gobierno continuara persiguiendo a NBC y a CBS.

En comparación, ASCAP se encontraba en una difícil situación con respecto a sus canciones fuera del aire y ante un inminente proceso penal antimonopolio en su contra²⁷. Luego de otra ronda de infructuosas conversaciones para resolver diferencias²⁸, el Departamento de Justicia interpuso una denuncia fiscal ante la corte federal de Milwaukee el 5 de febrero de 1941, con orden de comparecencia ante el juez de fecha 5 de marzo del mismo año²⁹. Finalmente, con todo el peso del gobierno federal encima, ASCAP enfrentó el tema de la música (quién podría resistir) y aceptó la conciliación tomando como referencia la anterior resolución celebrada entre el gobierno y BMI³⁰. Más importante aún (por lo menos eso se podría haber pensado) ASCAP aceptó conceder licencia a las canciones por programa con tarifas basadas en los ingresos obtenidos por ese programa en particular.

Una vez establecido esto, el Presidente de ASCAP, Gene Back, pensó que la licencia global continuaría siendo muy usada debido al "ahorro en servicios de contabilidad"³¹. Asimismo, una vez resuelto su caso con el Gobierno a fines de julio de 1941, ASCAP y los empresarios de las estaciones de radio acordaron tarifas revisadas para conceder licencias. Los empresarios radiales habían estado pagando 5%, ASCAP pretendía el 7.5% y la negociación cerró en 2.75%³². Tras un arduo trabajo, incluyendo la creación de BMI y el retiro del aire de las canciones de ASCAP durante siete meses, los empresarios radiales ganaron (aunque los ingresos de ASCAP crecieron rápidamente en tanto la radio se expandía)³³.

Pero ¿qué fue lo que ganaron? Definitivamente ganaron con las tasas de regalías básicas. En cuanto a la licencia global, Gene Back estaba en lo cierto. Los decretos de consentimiento fueron adaptados en los años 50 y 60 pero la licencia global continuó siendo el medio imperante de concesión de licencias musicales. Cuando CBS demandó a ASCAP y BMI en 1975 alegando que las licencias globales ofrecidas por ASCAP e IBM eran violaciones *per se* de la Ley Sherman, CBS y otras cadenas de televisión ya habían estado adquiriendo licencias globales desde 1946³⁴.

CBS alegó fijaciones ilegales de precios, agrupamientos de productos ilícitos, una concertada negativa a negociar, y uso indebido de derechos de autor. ASCAP e IBM ganaron en primera instancia, pero al momento de apelar ante la Segunda Corte Federal de Apelaciones, la corte arguyó que la licencia global constituía *per se* una fijación ilegal de precios. ¿Qué recurso quería usar CBS? La Segunda Corte Federal de Apelaciones identificó un problema central relacionado a la licencia global y una posible solución:

Nuestra objeción a la licencia global es que reduce la competencia de precios entre los miembros y desincentiva la competencia. Creemos que estas objeciones pueden suprimirse si se solicita a ASCAP que brinde alguna modalidad de otorgamiento de licencias por uso que garantice la competencia entre los miembros individuales respecto a aquellas cadenas que quieran contratar bajo la modalidad de licencias por uso³⁵.

Ésta es una distinción entre control colectivo y fijación global de precios. Se podría considerar un gran mérito

25 Turner Catledge, *ASCAP, Radio Chains to be Prosecuted as Music "Trust"*, Revista New York Times (27 de diciembre de 1940).

26 *B.M.I. Averts Suit By Consent Decree*, Revista New York Times 22 (28 de enero de 1941); *United States vs. Broadcast Music, Inc, 1940-43 Casos Comerciales* 56,096 (Edición Wisconsin 1941); Jack Gould, *Radio Music Dispute Raises Complex Issues*, Revista New York Times E10 (9 de febrero de 1941).

27 *ASCAP Will Confer with US on Decree*, Revista New York Times 23 (4 de febrero de 1941).

28 *ASCAP Split Halts Washington Trip*, Revista New York Times 17 (5 de febrero de 1941).

29 *ASCAP is Accused in Anti-Trust Suit*, Revista New York Times 17 (6 de febrero de 1941).

30 *United States vs. American Society of Composers, Authors and Publishers, 1940-1943 Casos Comerciales* 56,104 (SDNY 1941); *ASCAP to Sign Pact Ending Trust Suits*, Revista New York Times 1 (20 de febrero de 1941).

31 *Id.*

32 *ASCAP Near Pact with NBC Chain*, Revista New York Times 19 (31 de julio de 1941).

33 Goldstein, *Copyright's Highway*, 60 (véase pie de página 14).

34 *Broadcast Music, Inc vs. Columbia Broadcasting System, Inc.* 441 US 1, 12 (1979).

35 *CBS vs. ASCAP*, 562 F2d 130, 140 (Segundo Distrito Judicial 1977) (pie de páginas omitidas).

hacer cumplir globalmente los derechos de autor, pero esto no queda aún claro, especialmente hoy en día, cuando la fijación global de precios debe ir unida a la idea de control colectivo³⁶, un punto que la Corte Suprema de los Estados Unidos debió tomar más en consideración al rechazar las demandas *per se* de CBS. No es que la Corte debió admitir dichas demandas: esto es claramente una situación compleja y no debemos dedicarnos a un análisis *per se* trunco. El razonamiento de nuevo producto planteado por la Corte resulta más central cuando justifica el cambio mediante el análisis basado en el principio de razonabilidad (“aquí, el todo es más que la suma de sus partes; es, en cierta medida, un producto diferente”³⁷) mientras toma muy poco en consideración la cantidad de nuevos productos que podrían haberse creado. La cuestión correcta aquí es cuáles son los productos creados y por qué.

Esto nos lleva de nuevo al marco de los bienes de alcance permitido y a la reciente repetición de la demanda de hace sesenta años interpuesta por el Gobierno de los Estados Unidos contra ASCAP. El tema central aquí siempre ha girado en torno a las licencias que ofrece ASCAP y si propone una alternativa significativa a la licencia global. Esto era lo que los empresarios de radio buscaban cuando constituyeron BMI en 1939 y lo que CBS continuó buscando cuando interpuso una demanda antimonopolio contra ASCAP y BMI en 1975.

El 11 de junio de 2001 se emitió una sentencia definitiva modificada y secundada por la Corte (SAFJ por sus siglas en inglés) con relación al caso ASCAP reemplazando el dictamen original del 4 de marzo de 1991 (con sus respectivas modificaciones en el período intermedio)³⁸. Según el Gobierno, la razón de ser del SAFJ es ofrecer “verdaderas alternativas a la licencia global” con la esperanza de “incentivar la competencia entre las PRO” e “incentivar la competencia entre ASCAP y sus miembros para autorizar las interpretaciones de las obras de los miembros ASCAP”³⁹. Ya que este era efectivamente el punto del dictamen definitivo original, es difícil saber si la vigencia en el tiempo de la licencia global es testimonio de su nivel de eficiencia, del poder de mercado de ASCAP, o de las dificultades de la norma implementada por la corte.

El SAFJ contiene una nueva disposición denominada con optimismo “Opción Genuina”, la cual prescribe una consistencia en la fijación de precios de licencias globales⁴⁰. Imagine una estación de radio que adopta la licencia global y paga las tarifas pertinentes a ASCAP. Suponga que dicha estación de radio adopta una licencia

por programa (una de las sub-licencias exigidas por la SAFJ) para *cada uno* de sus programas radiales. Desde el punto de vista de uso, eso equivaldría a tener una licencia global. La disposición de Opción Genuina requiere que todas las tarifas a pagar por el conjunto de licencias por programa se aproximen a aquellas tarifas de las licencias globales.

La idea central aquí es permitir que una estación de radio pueda reducir las tarifas que paga a ASCAP y BMI cuando reduce el uso de música de estas entidades, de manera que permita sustituir música al tomarla de otra fuente proveedora, y a la vez fomentar el acceso y la competencia en el suministro de música por parte de entidades de derechos de autor. La licencia global separa las decisiones de uso y precio, un beneficio dada la naturaleza de bien público de las composiciones musicales. Además, la licencia global excluye toda preocupación sobre la necesidad de controlar el uso para evitar posibles incumplimientos (aunque todavía existen razones para controlar y determinar de esa manera cómo dividirse la torta de ASCAP). Sin embargo, la licencia global bloquea el acceso a las entidades de derechos de autor y puede facilitar la confabulación entre los compositores musicales. Los beneficios de controlar las licencias globales podrían reducirse a través de una estructura de muestreo y penalidades (con un minucioso control de las infracciones y la imposición de fuertes multas). Si eso es correcto, la interrogante que queda por responder es si los costos de transacción relacionados con la definición de nuevas licencias justifican los beneficios competitivos relacionados con un nuevo acceso por parte de otras entidades de derechos de autor.

III. Microsoft y los Bienes de Alcance Permitido: ¿Restar en lugar de Sumar?

Los casos antimonopolio en los que Microsoft se encuentra involucrado enfatizan la forma cómo el acceso y el permiso están organizados. Por más de una década, Microsoft ha sido la Gran Ballena Blanca del antimonopolio. Para resumir esta historia rápidamente empezaremos señalando que en 1994 Microsoft celebró acuerdos con los Estados Unidos y la Comisión Europea con relación a las prácticas de licencia de Microsoft por el uso de su entonces imperante sistema operativo MS-DOS. Antes de los acuerdos, Microsoft otorgaba licencias globales y licencias por procesador⁴¹.

Bajo el sistema de licencias globales, Microsoft cobraba al fabricante de equipos originales una tarifa plana por acceso a DOS, independientemente del número

36 Ariel Katz, *The Potential Demise of another Natural Monopoly: New Technologies and the Future of Collective Administration of Copyrights* (documento de investigación, 2004) (disponible en: <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1034&context=alea>).

37 Broadcast Music, 441 US en 21-22 (véase pie de página).

38 *United States vs. American Society of Composers, Authors and Publishers*, 2001-02 Casos Comerciales 73,474 (SDNY 2001).

39 *United States vs. American Society of Composers, Authors and Publishers, Memorandum of the United States in Support of the Joint Motion to Enter Second Amended Final Judgment* (4 de setiembre de 2000) at 4 (a disposición en la siguiente dirección electrónica <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f6300/6395.htm>).

40 ASCAP, 2001-02 Casos Comerciales en 91,961-62 (véase pie de página 38).

41 *United States vs. Microsoft Corp*, 56 F3d 1448, 1451-52 (DC Cir 1995).

de copias que dicho fabricante instalaba en las computadoras que vendía. Bajo el sistema de licencias por procesador, el monto que el fabricante de equipos originales pagaba a Microsoft por el acceso a DOS era calculado sobre la base del número de computadoras que vendía el fabricante, independientemente también de si el fabricante instalaba en realidad una copia de DOS en la computadora vendida. Nótese que bajo ambos tipos de licencia, la tarifa que el fabricante de equipos originales pagaba era independiente de la manera cómo el fabricante empleaba el programa DOS en realidad.

La diferencia principal entre ambos enfoques radicaba en la forma cómo el riesgo de ventas era distribuido entre Microsoft y el fabricante de equipos originales. Bajo el sistema de licencias globales, el fabricante podía vender pocas computadoras y terminar efectivamente pagando un costo alto por cada copia de DOS; sin embargo, la licencia por procesador eliminaba ese riesgo.

Las licencias globales y por procesador son buenos ejemplos de los bienes de alcance permitido. Cada fabricante de equipos originales recibía el mismo "producto", una copia maestra de DOS: la única interrogante era cómo podría usarse dicha copia y cuál sería la forma de pago por dicho uso. La estructura central de las licencias globales y por procesador era simultáneamente positiva y negativa. Una vez que se creó DOS, no se gastaron recursos por cada uso adicional del producto. Y al amparo de las licencias, Microsoft no cobró ninguna tarifa adicional por cada copia adicional usada de DOS. La licencia global cobraba una tarifa plana, independiente del número de copias usadas, y la licencia por procesador fijaba la tarifa de pago en base al número de computadoras vendidas en lugar de fijarla basada en el número de copias de DOS que se distribuían.

Podríamos entonces pensar que Microsoft astutamente equiparó los costos sociales del uso siguiente, valor cero, con la tarifa impuesta sobre el uso siguiente, valor cero, y aún así logró un esquema para recuperar los costos fijos significativos del desarrollo del software. Entonces ¿cuál es el problema? El problema, quizás, es que existe un costo social adicional para esta estructura de concesión de licencias, concretamente, la creación de una significativa barrera de acceso, una barrera que no existiría en un esquema de concesión de licencias que requiriera un costo por copia por cada copia de DOS. Hay que considerarlo como un costo de competencia de la estructura de alcance permitido definido por las licencias globales y las licencias por procesador.

El acuerdo, celebrado sólo después de que la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia retirara al juez de primera instancia que veía el caso⁴², exigía que Microsoft cambiara el tipo de concesión de licencias a licencias por copia⁴³. El acuerdo también prohibió supeditar contractualmente los productos con el sistema operativo, agregando que "esta disposición por sí misma no se interpretará como una prohibición para Microsoft de desarrollar productos integrados"⁴⁴. Dicha cláusula fue intensamente negociada⁴⁵ y constituyó la base de la siguiente ronda de litigios en los Estados Unidos. Cuando la Internet emergió, Microsoft agregó al programa Windows su navegador en red, más conocido como Internet Explorer. Si Microsoft violó el acuerdo de 1994 con dicha implementación es una interrogante interesante –además del fallo (dos a favor, uno en contra) de la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia que sostuvo que no se había violado el acuerdo⁴⁶ – aunque es una interrogante que rápidamente se volvió irrelevante una vez que el gobierno de los Estados Unidos interpuso una nueva demanda antimonopolio contra Microsoft.

En el nuevo caso, el Juzgado de Primera Instancia declaró a Microsoft culpable por mantener prácticas de monopolio ilegales con relación a muchas acciones que realizó en contra de la amenaza que significaba el Navegador Netscape. El Juzgado también tipificó las mismas acciones como un intento de monopolizar el mercado de navegadores de red. Asimismo, se encontró que Microsoft había ilegalmente atado el Internet Explorer con Windows⁴⁷. La Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia concluyó que Microsoft debería dividirse en dos compañías independientes: una compañía de sistema operativo y otra compañía de aplicaciones (organizadas en función del programa Microsoft Office)⁴⁸.

En segunda instancia, la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia en pleno y por unanimidad, confirmó el fallo de mantenimiento de prácticas monopólicas pero anuló todo lo demás. La Corte declaró que la instancia inferior había errado al evaluar la demanda por atar o combinar productos bajo un análisis *per se* y en su lugar sostuvo que era necesario realizar un análisis bajo el principio de razonabilidad para los complicados temas de atar productos con software que se ventilaban en el caso en cuestión. La Corte también declaró que el Gobierno había fracasado al delimitar un mercado significativo de navegadores, y, *a fortiori*, no había por lo tanto sustentado la demanda por intento de monopolización de dicho mercado⁴⁹.

42 *United States vs. Microsoft Corp.*, 56 F3d 1448 (DC Cir 1995).

43 Para un análisis del acuerdo, véase Richard J. Gilbert, *Networks, Standards and the Use of Market Dominance: Microsoft (1995)* en John E. Kwoka, Jr. y Lawrence J. White, *The Antitrust Revolution: Economics, Competition and Policy* (3era. Edición, Oxford University Press 1999); véase también Ina Fried, *Microsoft's 1994 consent decree: Boon or bust?*, CNetNews.com (9 de julio de 2004) (disponible en: http://news.com.com/2100-1016_3-5262600.html).

44 *United States vs. Microsoft Corp.*, 1995-2 Casos Comerciales 71,096 (DDC 1994) (Sección IV (E)(ii)).

45 Wendy Goldman Rohm, *The Microsoft File: The Secret Case Against Bill Gates 191-95* (Random House 1998).

46 *United States vs. Microsoft Corp.*, 147 F3d 935 (DC Cir 1998)

47 *United States vs. Microsoft Corp.*, 87 FSupp2d 30, 35 (DDC 2000)

48 *United States vs. Microsoft Corp.*, 99 FSupp2d 59, 64 (DDC 2000)

49 *United Status vs. Microsoft Corp.*, 253 F3d 34 (DC Cir 2001).

Al ser el caso remitido a otra instancia inferior (ya que el juez federal del Juzgado de Primera Instancia, Thomas Jackson, fue retirado del caso por emitir declaraciones a la prensa cuando no debió hacerlo) la División Antimonopolio retiró la demanda por atar productos y prosiguió con el fin de encontrar un recurso para el dictamen sobre el mantenimiento de prácticas monopólicas. Microsoft, los Estados Unidos y algunos estados independientes lograron un recurso consensuado, y dicho recurso, que describo en parte líneas abajo, fue el argumento que sostuvo finalmente la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia el 30 de junio de 2004 en su Análisis de la Ley Tunney⁵⁰.

“Las características esenciales de los bienes de alcance permitido (...) convierten al bundling y al hecho de atar productos en dos objetivos particularmente difíciles de aprehender.”

Mientras que el caso en los EEUU seguía su curso en varias instancias del sistema judicial, la Comisión Europea llevaba a cabo una investigación paralela de las prácticas de Microsoft enfocada en el *bundling* o agrupamiento de Windows Media Player (WMP) con Windows y en la interacción entre Windows y los servidores. La Comisión anunció los resultados de su investigación el 24 de marzo de 2004 en la que se concluye que Microsoft había abusado de su posición hegemónica en el mercado de sistemas operativos en perjuicio del mercado de servidores y del mercado de reproductores multimedia⁵¹.

La interrogante sobre quién debe definir el producto es quizás la cuestión central en relación a los bienes de alcance permitido. La demanda por atar productos en el caso de los EEUU depende de la manera cómo Microsoft ha organizado la relación, tanto técnica como financiera, entre Windows e Internet Explorer. En el caso de la Unión Europea, el eje central eran las mismas interrogantes en cuanto a Windows y el reproductor multimedia de Windows. En otro documento de investigación he sostenido que las ideas de *bundling* o agrupar productos y de combinar o atar productos son muy rudimentarias como para ayudarnos a entender estas situaciones. Las características esenciales de los bienes de alcance permitido, es decir, de los bienes públicos privados con incrementos de costo marginal cero, convierten al *bundling* y al hecho de atar

productos en dos objetivos particularmente difíciles de aprehender⁵².

En lugar de ello, he sugerido que deberíamos concentrarnos en la *presencia, visibilidad y precio*⁵³. La presencia tiene que ver con la ubicación del software: ¿Está instalado en el CD de Windows, ha sido instalado previamente por el fabricante de equipos originales o se encuentra en otro lugar? Pongamos la pregunta de manera diferente, ¿Cómo se distribuye el software? Antes de la aparición de la Internet, Microsoft gozaba de una significativa ventaja de distribución al tener la capacidad de incorporar un nuevo software en Windows. La existencia de la Internet, por medio de la cual el software puede ser rápidamente descargado, debería disminuir esa ventaja, aunque, tal como lo discutiremos más adelante, los indicios en el caso de la Unión Europea sugieren que Microsoft sigue disfrutando de esa poderosa ventaja de distribución respecto de sus competidores de software. Microsoft puede fácilmente colocar y presentar un nuevo software tan sólo incorporándolo a Windows.

Visibilidad es diferente de Presencia. Un software puede estar presente pero ser invisible. A decir verdad, la mayoría de software de nuestra computadora encaja en esta categoría. Microsoft Word trae incorporados millones de caracteres pero el usuario promedio sólo utiliza unos cuantos. De hecho, la actual interfaz de Word reconoce esto y “desarrolla” un mecanismo de seguimiento de los patrones de uso del usuario simplemente presentando en los menús las aplicaciones de uso frecuente del usuario. Un software puede también ser visible pero no estar presente. Algunas aplicaciones del software se presentan como si estuvieran disponibles, pero en realidad necesitan instalarse cuando van a utilizarse por primera vez, ya sea mediante un CD o a través de la red.

Finalmente, el precio se centra en la pregunta de si es necesario pagar un precio adicional para poder usar un software. Windows ha sido diseñado como un producto de marca registrada que se vende por un precio. O algo así en realidad. Microsoft vende lo que ha denominado un “paquete de personalización” y un “paquete de ampliación” para Windows XP. En ese sentido Microsoft Plus! y Microsoft Plus! Digital Media Edition le añaden a Windows XP funcionalidad adicional y mayores opciones⁵⁴. Por ejemplo, compre una computadora vía online en la página Web de la compañía Dell y le ofrecerán la opción, por una tarifa, de agregar estas mejoras del sistema operativo a su compra. Microsoft por su parte está desarrollando una “edición de introducción” de Windows XP con aplicaciones reducidas para Tailandia y otros mercados en vías de desarrollo⁵⁵. De modo que

50 *Massachusetts vs. Microsoft Corp.*, 373 F3d 1199 (DC Cir 2004).

51 *Fallo de la Comisión de la Unión Europea* (véase pie de página 3).

52 Picker, 158 *Journal of Institutional and Theoretical Economics* en 158 (véase pie de página 3).

53 Id.

54 <http://www.microsoft.com/windows/plus/plushome.asp>.

55 Michael Kanellos, *Five countries to get cheap Windows XP*, CNet News.com (10 de agosto de 2004) (disponible en http://news.com.com/2100-1016_3-5304023.html).

aún para Windows la realidad resulta maleable, pero si una muestra contundente de que si usted paga un precio por Windows conseguirá un servicio de Windows, sea lo que fuere Microsoft haya considerado que eso sea. No podrá comprar Windows a la carta y pagar un precio rebajado si no desea imprimir nada.

La distinción entre visibilidad y presencia en cuanto al Windows Media Player es una de las líneas clave de distinción entre los casos de los Estados Unidos y la Unión Europea. En el caso de la UE, Microsoft argumentó que el recurso del caso era suficiente respecto al tema de los reproductores multimedia⁵⁶. Según el recurso presentado por los EEUU, los fabricantes de equipos originales podrían vender computadoras sin acceso visible a Windows Media Player y tener la posibilidad de instalar otros reproductores multimedia por defecto. Esto significaba fundamentalmente, por lo menos desde la perspectiva de la UE, que el código subyacente para el WMP continuaría estando *presente* en las computadoras embarcadas por los fabricantes de equipos originales⁵⁷.

En parte, la UE entendió que el recurso de los EEUU quedó delimitado por el modo en que la responsabilidad fue declarada en el caso de los EEUU. La Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia revocó el dictamen inicial de responsabilidad por atar Internet Explorer con Windows. El Juzgado de Primera Instancia procedió basado en un análisis de responsabilidad *per se*, sin embargo la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia creía en cambio que la demanda por atar productos necesitaba ser evaluada según un análisis basado en el principio de razonabilidad. El Gobierno de los Estados Unidos retiró dicha demanda debido a la incertidumbre del resultado probable y por el hecho de que un litigio por responsabilidad podría haber retrasado la imposición de un recurso.

Por lo tanto, el recurso de los Estados Unidos fue impuesto por mantener prácticas monopólicas ilegales y no por supuestamente atar el navegador con Windows. He argumentado a través de otro medio que no creo que se debió dictaminar que Microsoft había atado el navegador con Windows⁵⁸, más importante resulta ser la forma en que el marco de responsabilidad afectó los recursos. Al remitir el caso a una instancia inferior, el Juzgado de Primera Instancia notó que la eliminación del código, en comparación con la eliminación de los medios visibles de acceso a ese código, "podría probablemente reflejarse en la imposición de una responsabilidad por atar productos, en lugar de una responsabilidad por mantener prácticas monopólicas ilegales⁵⁹".

El enfoque de los EEUU limita la extensión con la que las cortes y juzgados se inmiscuyen en el diseño del producto. Microsoft tiene la libertad de cambiar el código del software a su discreción y de volver a usar partes del código para ofrecer diferentes funciones. Al mismo tiempo, el recurso controla la visibilidad de las partes del código. Este es un enfoque al marco de alcance permitido: el usuario tiene el derecho de usar el código que está presente pero los gastos de transacción por usarlo son mayores debido a que el código no es visible para el usuario final. Al permitirseles a los vendedores de computadoras reducir la visibilidad de las funciones del software, como el Internet Explorer, alentamos la habilidad de los competidores de navegadores para instalar su software en el escritorio de la computadora.

En el caso de la UE, la Comisión se centró en la cuestión de si Microsoft había atado inadmisiblemente el WMP a Windows infringiendo el Artículo 82 del Tratado de la Unión Europea. La norma de la UE con respecto a atar o combinar productos contemplada en el Artículo 82 se centra en una serie de temas que son comunes para los estudiantes de Derecho Antimonopolio de combinación de productos de los Estados Unidos, concretamente, cuando los dos bienes son productos independientes: si la compañía tiene una posición dominante en el mercado de productos atados o combinados; si la compañía no permite a los clientes obtener el producto que se combina o ata con el producto combinado; y si el hecho de atar o combinar productos impide la competencia⁶⁰.

Esto significa que empezamos a analizar el asunto con la interrogante de si Windows y WMP son dos productos separados. Microsoft arguye que fue "inapropiado considerar la funcionalidad del reproductor multimedia como un producto independiente del sistema operativo"⁶¹. Microsoft sostuvo que todas las computadoras se despacharían con los reproductores multimedia incluidos. Sin embargo, la UE rechazó adecuadamente este análisis. Así como en el destacado caso *Jefferson Parish* de los Estados Unidos basado en el principio del producto separado⁶², el hecho de que los consumidores usarían inevitablemente las funciones conjuntamente no es el punto. En *Jefferson Parish*, a algunos pacientes se les operaba sin anestesia, de hecho, se presume que a ninguno de ellos se les operaba sin anestesia. Y tal como lo sugiere la UE, la gran mayoría de los usuarios de computadoras usan también programas de procesamiento de textos, pero ninguno ha sugerido que el procesamiento de textos era parte del mercado para sistemas operativos⁶³.

56 Fallo de la Comisión de la UE 796 (véase pie de página 3).

57 Id at 798, 828 ("Es importante notar que el Acuerdo de los Estados Unidos con relación al mantenimiento de prácticas monopólicas no modifica esta evaluación. La eliminación del acceso al usuario final no restablece la opción de los clientes de Microsoft respecto a si desean adquirir el sistema Windows sin el reproductor WMP").

58 Picker, 158 *Journal of Institutional and Theoretical Economics* en 133 (véase pie de página 3).

59 *New York vs. Microsoft*, 231 FSupp2d 203, 237 n. 24 (DCC 2002), *aff'd*, 373 F3d 1199 (DC Cir 2004).

60 Fallo de la Comisión de la UE 794 (véase pie de página 3).

61 Id en 404.

62 *Jefferson Parish Hospital District No. 2 vs Hyde*, 466 US 2 (1984).

63 Fallo de la Comisión de la UE 405 (véase pie de página 3).

Tal como lo reconoció la UE, el punto aquí es quién dispone cuál anestesiólogo va a la sala de operaciones, o cuál reproductor multimedia va con el sistema operativo de Windows⁶⁴. ¿Acaso los consumidores agrupan ellos mismos los productos en paquetes? ¿Los fabricantes de equipos originales compiten al agrupar paquetes? ¿Microsoft garantiza que los WMP se incluyan en Windows? ¿Puede Microsoft tomar medidas para desalentar la inclusión de un segundo reproductor multimedia?

Estas son las preguntas que realmente deben hacerse; lo difícil son las respuestas. Pero cambiemos las perspectivas: ¿Qué es lo que Microsoft pretende al distribuir WMP como parte de, o con Windows? ¿Deberíamos preocuparnos por ello? Usualmente contamos una de las dos historias sobre atar o combinar productos⁶⁵. La primera historia trata del hecho de atar productos como un esfuerzo de aumentar las utilidades de una manera muy simple. El monopolista efectivamente cobra más a los consumidores cuando ata productos. El análisis estándar para este tipo de combinación de productos enfatiza la noción de “utilidad única de monopolio”, aplicable a situaciones de proporción fija donde el monopolista no puede aumentar sus utilidades a través de la venta de productos atados, y destaca también la opción de discriminación de precio en casos de proporciones variables en los que un monopolista puede incrementar utilidades a través de la venta de productos atados. Generalmente podemos decir poco sobre la discriminación de precios de este tipo, ya que la discriminación puede reducir como aumentar el bienestar social en su conjunto.

La segunda historia sobre productos atados o combinados es que el monopolista ata el segundo bien en un esfuerzo por proteger su monopolio original. Ésta debe haber sido la verdadera historia en el caso de monopolio de navegadores⁶⁶, aunque deben haber existido otras razones suficientes para la combinación de productos⁶⁷. Pero la infame historia es que Microsoft vio que Netscape Navigator significaba una amenaza para su monopolio de Windows, y en particular, el hecho de que los creadores que desarrollan software lo hacen basándose en la Interfaz de Programación de Aplicaciones (API por sus siglas en inglés) de Windows. Microsoft comprendió que esto podría neutralizar la amenaza que significaba

el navegador Netscape si simplemente fragmentaba el mercado de navegadores, y atar Internet Explorer representaría un gran avance para lograr la fragmentación del mercado de navegadores⁶⁸.

¿Creemos que alguna de nuestras teorías de productos atados se aplica en este caso? La UE concluyó, aunque someramente, que el reproductor multimedia sería la punta de lanza en una extendida campaña contra Windows. Los reproductores multimedia exponen sus propios Interfaces de Programación de Aplicaciones y las aplicaciones pueden desarrollarse basadas en dichos reproductores tal como AOL hizo con los reproductores multimedia RealNetwork⁶⁹. Incluso, aún si el reproductor multimedia se combina con otro software, como Java, estamos bastante lejos de las plataformas de banda ancha establecidas por Windows, el programa Mac OS o Linux.

Volvamos a la primera historia sobre productos atados, es decir, la idea de que Microsoft esté atando WMP a Windows para hacer que los clientes paguen, en promedio, más dinero. Tal como sugerí líneas arriba⁷⁰, la literatura sobre el *bundling* o agrupamiento de productos en un paquete y el alcance de los productos supone una buena razón para que un monopolista expanda dicho alcance, y agregar WMP a Windows sería la consecuencia de ello.

Sin embargo, creo que existe una historia más directa a este respecto, quizás una tercera historia práctica sobre el tema de productos atados, una historia que la Comisión considera⁷¹. El reproductor multimedia es el punto clave, quizás incluso el cuello de botella en este mercado bilateral⁷². El reproductor multimedia se encuentra ubicado entre los consumidores escuchas y los creadores satisfechos. Existen varios caminos para extraer el valor en estos mercados y ninguno de los pagos tiene que provenir de los consumidores. Es así que la transmisión por TV es “gratis” porque la estamos pagando al mirar los anuncios comerciales. Adobe Acrobat Reader es gratuito para los lectores, porque una plataforma lectora instalada hace posible que se venda software de autoría a los desarrolladores. Microsoft combina WMP con Windows no para obtener más dinero de los usuarios finales sino para obtener ese dinero de terceros. Distribuir plataformas “gratuitas” es

64 Id en 809 (“El alegato de Microsoft ... no toma en consideración las alternativas que podrían estar a disposición de los clientes en caso de que Microsoft no incorpora el WMP y es por esta razón que el alegato se declaró improcedente... Es probable que los fabricantes de equipos originales realicen un seguimiento de la demanda de consumo de reproductores multimedia preinstalados y ofrezcan un paquete que podría incluir un reproductor multimedia por encima de Windows, con la diferencia de que este reproductor no sería automáticamente —aún cuando podría serlo— un reproductor WMP”).

65 En efecto, ambas historias surgen a partir del caso de la UE como parte de la sección del servidor Windows. *Fallo de la Comisión de la UE 764-68* (véase pie de página 3).

66 Dennis W. Carlton y Michael Waldman, *The strategic use of tying to preserve and create market power in evolving industries*, p. 33 *Rand Journal of Economics* 194 (2002).

67 Tal como he argumentado en otra ocasión. Véase Picker, 158 *Journal of Institutional and Theoretical Economics* en p.133 (véase pie de página 3).

68 Id. en p.130.

69 Fallo de la Comisión de la UE 892, 966, 972 (véase pie de página 3).

70 Véase el pie de página 12 y el texto adjunto.

71 Fallo de la Comisión de la UE 975 (véase pie de página 3).

72 Tal como la UE reconoció. Véase id. en 904. Ha surgido una creciente literatura sobre mercados bilaterales. Para una introducción al tema véase Jean-Charles Rochet y Jean Tirole, *Two-Sided Markets: An Overview* (documento de investigación 2004) (disponible en: http://faculty-gsb.stanford.edu/wilson/E608_2004/pdf%20files/Game%20Theory-Models%20and%20Applications/Rochet,Tirole,Two-Sided%20Markets.pdf).

arduo, pero Microsoft lo hace simplemente atando la plataforma con Windows.

En efecto, la Comisión concluyó que Microsoft disfrutaba de una "omnipresencia" o ventaja de acceso en comparación con otros fabricantes de reproductores multimedia, y que dicha ventaja decisivamente inclinaría la balanza del mercado de reproductores multimedia a favor de Microsoft⁷³. El software del reproductor multimedia es un software de plataforma y el valor de la plataforma depende de la cantidad de contenido que se desarrolla para el software. Pero los desarrolladores de contenido deben elegir también: ¿Cuántas plataformas de soporte existen y cuáles son? Si el soporte de muchas plataformas resulta caro, tal como se probó en el caso de la UE⁷⁴, el proveedor de contenido elegiría sólo uno o dos plataformas y se centraría naturalmente en la plataforma con mayor alcance. Al atar WMP con Windows, Microsoft prácticamente garantiza que WMP es el reproductor multimedia con el mayor alcance.

¿Cómo debe la Comisión solucionar este problema? La Comisión buscaba crear competencia a nivel del vendedor de computadoras al requerir a Microsoft crear dos versiones diferentes de Windows, una con WMP y otra sin WMP. Como yo defendí exactamente este recurso previamente al que llamo control obligatorio de versiones, me veo doblemente forzado a decir que la Comisión no prestó atención a este asunto (o quizás ambos no estamos prestando atención)⁷⁵. Al amparo del recurso, a Microsoft no se le exigirá cobrar diferentes precios para las versiones con o sin WMP y se le permitirá negociar con los fabricantes de equipos originales para tener la versión "con" WMP instalado en los escritorios de las computadoras⁷⁶.

Ese es el punto: Microsoft tendrá que negociar para conseguir instalar WMP en el escritorio, tal como lo hizo Real, Apple y todas las demás compañías de reproductores multimedia que actualmente negocian para lograr que sus software se distribuyan.

Hagamos un balance de este punto. Windows no es solamente un software: es uno de los mejores vehículos de distribución posibles de software (Microsoft Office es otro). Antes de las recientes acciones antimonopolio, cuando Microsoft agregó software a Windows, se podía asegurar que dicho software se distribuiría ampliamente como la próxima versión de Windows. Microsoft disfrutaba de una enorme ventaja competitiva al poder incorporar WMP a Windows. Una medida de esto es el negocio acordado por RealNetwork con Compaq. La

Comisión de la UE definió esa negociación como "un modelo de ingresos de relevancia significativa"⁷⁷.

No obstante es importante comprender la naturaleza de la ventaja competitiva de Microsoft. La Comisión de la UE declaró que la participación en los beneficios de RealNetworks era un ejemplo del "costo adicional significativo que imponen los productos atados sobre los rivales de Microsoft"⁷⁸.

Eso no es correcto, o más precisamente, no se nos brinda suficiente información para determinar cuán correcto es. Consideremos la decisión de un fabricante de equipos originales para distribuir un segundo reproductor multimedia. Con un WMP ya instalado en el sistema, el fabricante de equipos originales se concentrará en los costos *incrementales* y en los beneficios de agregar un segundo reproductor multimedia. Los beneficios incrementales podrían producirse si el segundo reproductor multimedia tiene más aplicaciones que el WMP o aprovechan la música no emitida en un formato compatible con WMP. Los costos incrementales del segundo reproductor multimedia son básicamente costos de soporte y de capacitación adicional⁷⁹. Estos fueron los costos de los que se valió Microsoft para crear una barrera al acceso de Netscape Navigator⁸⁰. Sin un WMP instalado, agregar un RealPlayer sería ciertamente un ingreso positivo neto para el fabricante de equipos originales; sin un WMP instalado, agregar un RealPlayer podría muy bien representar un ingreso negativo neto.

La historia se vuelve aún peor. Si los consumidores no pagan un adicional por una computadora con un segundo reproductor multimedia instalado, el segundo reproductor representaría para el fabricante de equipos originales un producto negativo, y la compañía que produce ese segundo reproductor tendría que pagar a los fabricantes de equipos originales por lo menos los costos incrementales del soporte para agregar su producto. Pero no me parece probable que los pagos que efectúa RealNetworks a Compaq reflejen simplemente los costos de soporte adicionales. A decir verdad, no existe información suficiente en los registros públicos, aunque no se debe descartar que el poder de distribución es valioso, y a las compañías se le paga comúnmente por sus servicios de distribución. La negociación entre Real y Compaq se parece mucho a una negociación de transporte estándar.

Con Windows, Microsoft tiene su propio canal de distribución y no tiene que esforzarse por lograr negociaciones de distribución separada. La presencia

73 Fallo de la Comisión de la UE 842 (véase pie de página 3).

74 Id. en 883-84.

75 Picker, 158 *Journal of Institutional and Theoretical Economics* en p. 152 (véase pie de página 3).

76 Fallo de la Comisión de la UE 959 (véase pie de página 3).

77 Id en 856.

78 Id en 856.

79 Id en 852.

80 Microsoft, 253 F3d at 60-62 (véase pie de página 49).

de los WMP hace que el acceso sea algo más caro para el competidor de reproductores multimedia, aunque sería un error medir esa barrera de acceso por la cantidad de los pagos efectuados por las empresas de reproductores multimedia a los fabricantes de equipos originales. Los pagos sólo de distribución probablemente representan la mayor parte de pagos.

Sin embargo, este punto nos conduce al problema central relacionado con el recurso de control de versiones de la Comisión. Los pagos de distribución sugieren que el software de reproductor multimedia *se distribuye por debajo del promedio*. En un mercado competitivo, el precio de distribución debería reflejar el costo marginal de distribución. Si el espacio del disco duro es gratuito, y efectivamente debemos asumirlo de esa manera, el costo clave de distribución es el soporte adicional que se necesita cuando se tiene más de un reproductor multimedia instalado. Si estoy en lo cierto que los pagos que la compañía Real efectúa a Compaq exceden aquellos costos, y no tengo forma de corroborarlo aunque la Comisión debe haberlo hecho, se comprobaría entonces cómo se ejerce el poder del mercado al distribuir software "gratuitos" tales como reproductores multimedia, es decir, dicho software *estaría distribuyéndose por debajo del promedio*.

Existía una segunda alternativa para la Comisión. De hecho, una que la UE tenía presente como una alternativa al control obligatorio de versiones⁸¹: la implementación obligatoria de un recurso, lo que significa que Microsoft tendría que distribuir uno o más reproductores multimedia con Windows en caso Microsoft quisiera atar WMP con Windows. La implementación obligatoria de un recurso reduciría directamente la ventaja de omnipresencia que la Comisión pensó inclinaría la balanza a favor en la guerra de formato de plataforma multimedia. Así mismo, atenuaría el poder del mercado que los fabricantes de equipos originales estarían ejerciendo en las negociaciones que logran para distribuir software.

Tal como observé líneas arriba, anteriormente recomendé el recurso de control obligatorio de versiones del tipo implementado por la UE. ¿Por qué ahora la preferencia por la implementación obligatoria de un recurso? Dos puntos han de considerarse. Primero, mis observaciones estaban basadas en la idea de que con el incremento de la penetración de banda ancha en el mercado, la ventaja de una distribución centralizada en Windows o a través de los fabricantes de equipos originales estaba disminuyendo respecto de la distribución por la red. Creo que es lo correcto. Pero de lo que no estoy seguro es si este punto se volverá cuestionable. No obstante, el comportamiento de todos los participantes de la industria y la evidencia

presentada en el caso de la UE sugieren que la distribución centralizada sigue siendo una verdadera ventaja. Segundo, el punto del control obligatorio de versiones era para permitir la competencia a nivel de los fabricantes de equipos originales. Sin embargo, deberíamos preocuparnos si vemos que el poder del mercado se está ejercido a ese nivel y, nuevamente, la evidencia mostrada en el caso de la UE sobre las negociaciones de distribución suscritas con el fabricante de equipos originales sugiere que es muy probable que estemos presenciando el poder de mercado a ese nivel.

La desventaja principal de la implementación obligatoria de un recurso es la preocupación que existe sobre la ingeniería de mercado, una de las razones por las que dicha implementación obligatoria fue rechazada en el caso presentado por Estados Unidos⁸². El costo de poner en ejecución la ingeniería de mercado es una cuestión de diseño. No se debe elegir compañías y concederles derechos indefinidos de implementación obligatoria. Es mejor elegir un número de espacios de reproductores multimedia en Windows (se me ocurren cinco) y subastar los derechos a esos espacios. Podríamos asimismo exigir que Microsoft participe en la subasta si desea que el WMP siga incluido con Windows. ¿Quién recibe el dinero? Es casi seguro que terminaríamos compensando a los fabricantes de equipos originales por los gastos de soporte adicionales. Aparte de ello, los asuntos monetarios (sea en Dólares Americanos o en Euros) son puntos beligerantes, pero poco tienen que ver con la implementación de una competencia significativa en el negocio de los reproductores multimedia.

Existe también aquí una real ironía en cuanto a la elección de la Comisión de la UE del control obligatorio de versiones en vez de la implementación obligatoria de un recurso. En los Estados Unidos al amparo de la Ley de Telecomunicaciones de 1996, buscábamos crear una competencia basada en infraestructura propia, es decir, una competencia entre empresas de telecomunicaciones, cada una con su propio equipo y líneas. Está comprobado que es un trabajo difícil de realizar. Además, la mayor parte de la competencia surgida con infraestructura propia es una competencia *intermodal*, es decir, una competencia entre el operador de telefonía local y compañías de servicios de cable y los nuevos sistemas de servicios inalámbricos⁸³.

La implementación obligatoria de un recurso es un tipo de competencia con infraestructura propia más bien barata. No es exactamente gratis porque existirán gastos adicionales de soporte al tener múltiples reproductores multimedia instalados en una computadora, pero de acuerdo a los estándares de telecomunicaciones, es una competencia basada en infraestructura barata. Al com-

81 *Commission gives Microsoft last opportunity to comment before concluding its antitrust probe*, Nota de Prensa de la Comisión de la Unión Europea (6 de agosto de 2003) (disponible en: <http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/03/1150&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>).

82 Massachusetts, 373 F3d at 1239 (véase pie de página 50).

83 Véase el pie de página 1 y el texto adjunto.

binar otros reproductores multimedia con Windows, los competidores de WMP tendrían el mismo “alcance” que el WMP, además, se podría evitar el problema de las Interfases de Programación de Aplicaciones (API) faltantes. Esto es, si realmente queremos alentar a los creadores de software para que desarrollen reproductores multimedia, ya que éstos necesitan estar disponibles. El enfoque del control obligatorio de versiones fragmenta la base del reproductor multimedia, haciendo difícil que cualquier desarrollador confíe en una Interfaz de Programación de Aplicaciones. API. Ese era el argumento de la Comisión Europea, ya que mantiene un balance competitivo entre los reproductores multimedia, sin embargo, la implementación obligatoria de un recurso podría haber garantizado aquello a la vez que se evitaba el problema de fragmentación. Además, si la Comisión verdaderamente piensa que es posible que los reproductores multimedia puedan crecer incrementalmente hasta convertirse en un sistema operativo⁸⁴, la implementación obligatoria de un recurso aceleraría dicho proceso.

IV. Conclusión

Los bienes de alcance permitido son bienes de alcance arbitrario, donde el consumo del bien no tiene competencia, donde los usuarios pueden ser excluidos de consumir el bien, a través de la organización del mercado, la tecnología o la ley, y donde los incrementos del bien pueden agregarse una vez que hayan sido creados a costo marginal cero. Estos bienes han sido el punto central de algunos de nuestros casos más complicados sobre la ley antimonopolio y las políticas de competencia. Entre estos casos se incluye el extenso litigio antimonopolio relacionado a las licencias colectivas para el uso de obras con derecho de autor emitidas por ASCAP y BMI. También incluye el sistema operativo de Windows, sobretodo porque este sistema ha crecido con el tiempo, con la incorporación del Explorador de Internet y el reproductor Windows Media Player.

La cuestión central en los casos ASCAP y en las acciones antimonopolio interpuestas por los Estados Unidos y la Unión Europea contra la compañía Microsoft es hasta qué punto queremos ampliar el alcance permitido para poder promover el acceso. Durante la última revisión de los dictámenes de consentimiento de ASCAP de hace cuarenta años, presionamos nuevamente a esta entidad para que otorgue licencias de menor calibre, una necesaria disminución del alcance, con la esperanza de que podamos propiciar el acceso de entidades de derechos colectivos.

Los Estados Unidos y la Unión Europea han tomado diferentes caminos en sus acciones contra Microsoft. Ambos se han centrado en el alcance de los derechos otorgados a los usuarios finales de Windows. Los Estados Unidos han optado por limitar la visibilidad del Windows Media Player al permitir a los vendedores de computadoras ocultar los medios visibles de acceso a WMP. El reproductor WMP permanece presente para ser activado en caso lo solicite un consumidor entendido o un tercero. Por su parte, la Comisión de la Unión Europea ha exigido a Microsoft se dedique a ofrecer a los vendedores de computadoras versiones de Windows con y sin reproductores Windows Media Player.

El recurso de los Estados Unidos no se involucra tan directamente con el diseño del producto; el recurso de la Unión Europea, en cambio, es más eficaz para mantener la competencia con relación a los reproductores multimedia limitando el alcance de acceso que Microsoft mantiene al poder atar y distribuir los reproductores WMP con Windows. Sin embargo, nosotros teníamos una mejor alternativa disponible que fue rechazada por los Estados Unidos y la Unión Europea: Imponer la implementación obligatoria de un recurso (lo cual requiere que Microsoft distribuya otros reproductores multimedia en caso optara por distribuir reproductores WMP con Windows) podría haber neutralizado la capacidad de Microsoft para atar los reproductores WMP con Windows, a la vez que se evitaba la preocupación de fragmentar la infraestructura de programación disponible a terceros. Esto habría creado la posibilidad de una fuerte competencia, lo cual esta íntimamente relacionada con la competencia con infraestructura propia que hemos buscado crear en las telecomunicaciones de los Estados Unidos.

Al menos para el caso del software, debemos pensar que existen fuertes asimetrías entre los recursos de resta y adición. Restar interrumpe el flujo normal del desarrollo del producto y deja al productor del software con la difícil tarea de descifrar el código del mismo. Asimismo, genera el riesgo de fragmentar la base de programación disponible a terceros. Restar puede resultar una medida juiciosa cuando los bienes subyacentes son más definidos (podemos distinguir a Bach de los Beatles) pero en los casos Microsoft, en vez de restar el alcance, como lo hiciéramos con ASCAP y como lo han hecho los Estados Unidos y la Unión Europea con Microsoft, hemos debido expandir el alcance de Windows imponiendo la implementación obligatoria de un recurso 

84 Véase el pie de página 69 y el texto adjunto.