

Los derechos de propiedad intelectual como restricción a la competencia económica

Xavier Gómez Velasco

Este trabajo explora, de manera introductoria, una de las temáticas de mayor vigencia: la intersección entre los regímenes de propiedad intelectual y competencia económica. Los temas que trata son: el fundamento de la existencia de los derechos de propiedad intelectual según los objetivos perseguidos por el derecho de la competencia, la naturaleza jurídica de estos derechos vista asimismo desde el régimen de la concurrencia, las particularidades que la presencia de estos derechos introduce en los análisis que la aplicación de la legislación de la competencia requiere, las prácticas anti-concurrenciales que pueden realizarse a través del ejercicio de estos derechos y, por último, las medidas frente a este ejercicio.

FORO

INTRODUCCIÓN

La importancia contemporánea de los derechos de propiedad intelectual junto con la expansión y consolidación de legislaciones que tutelan la competencia económica exige la realización de estudios sobre las intersecciones que pueden presentarse entre estas ramas del Derecho. Si bien el régimen de propiedad intelectual –a través de las diferentes categorías o títulos que él contiene– ofrece aspectos a favor y en contra de la competencia, es nuestra intención examinar esta última faceta, sin perjuicio de recurrir a la otra para justificar la existencia y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual.

Planteado ese objetivo, en el segundo acápite, nos ocuparemos de conciliar los objetivos perseguidos por los regímenes de propiedad intelectual y competencia económica a fin de desestimar la aparente antinomia existente entre ellos. Allí ponemos de relieve la consecución del desarrollo tecnológico y el bienestar del consumidor como objetivos comunes a ambos regímenes.

nes. En línea con ese acercamiento, en el tercer acápite, tratamos la naturaleza jurídica de los derechos de propiedad intelectual desde el régimen de la concurrencia, donde distinguimos monopolios legales y monopolios en sentido económico, a fin de demostrar que la exclusividad legalmente garantizada por la mayoría de los derechos de propiedad intelectual no conduce, inevitablemente, a una posición monopolística o dominante a favor de su titular. No obstante, en razón de la posibilidad de que los derechos de propiedad intelectual sí confieran a su titular esa posición, en el acápite cuarto, reseñamos características generales de los derechos de propiedad intelectual y otras peculiares de varias categorías de ellos que deben ser tenidas en cuenta en la determinación del mercado relevante en que el titular ejerce su derecho.

El estudio continúa, en el quinto acápite, con la señalización de las prácticas anticompetitivas que pueden cometerse a través del ejercicio de derechos de propiedad intelectual. Debido a la imposibilidad de formular tipos de conductas así como también principios generales más detallados, sentamos que el ejercicio de cualesquiera facultades que los derechos de propiedad intelectual confieren a su titular puede resultar anticompetitivo si alcanzan objetivos contrarios al régimen de competencia económica. Con todo, enumeramos ciertas conductas anticompetitivas que consideramos relevantes. Para concluir el análisis, en el sexto acápite, exponemos dos remedios al ejercicio anticompetitivo de los derechos de propiedad intelectual: el principio del agotamiento de los derechos y la concesión de licencias obligatorias. Por último, sentaremos sendas conclusiones en el séptimo y último acápite.

Es importante destacar que el presente trabajo está limitado por la complejidad de una temática que no puede ser desarrollada en un estudio tan breve sino solo de manera introductoria. En tal virtud, únicamente podemos realizar un análisis general de lo que deben ser puntos centrales de la cuestión debatida, que no pretendemos agotarla. Con todo, esperamos que estas páginas sirvan de orientación en la realización de posteriores trabajos.

LOS OBJETIVOS DE LOS RÉGIMENES DE PROPIEDAD INTELLECTUAL Y COMPETENCIA ECONÓMICA

Un primer paso, ineludible para la temática aquí desarrollada, es descartar la antinomia que, en apariencia, podría pensarse que existe entre los regímenes de propiedad intelectual y competencia económica. A tal efecto,

debemos partir del fundamento de la existencia de los derechos de propiedad intelectual, para luego confrontarla con los postulados de la legislación de la competencia. En este punto, como veremos más adelante, deberemos recurrir a la dimensión *pro competitiva* de los derechos de propiedad intelectual.

En cuanto a ese fundamento, pese a las diferencias existentes entre las varias categorías o títulos de derechos de propiedad intelectual –que tornan a este régimen un conjunto de instituciones de muy variada naturaleza–,¹ intentaremos en este acápite realizar un análisis útil para todas ellas. A efecto de la exposición, en términos muy generales, consideramos que el régimen de propiedad intelectual comprende derechos de autor, de propiedad industrial (tanto las nuevas creaciones como los signos distintivos) y de obtenciones vegetales.² También realizamos una distinción, transversal a la anterior agrupación, entre derechos que entrañan un resultado creativo (fundamentalmente, derechos de autor, de patente de invención y de obtenciones vegetales³) y aquellos otros de función diferenciadora en el mercado (signos distintivos, principalmente, marcas).⁴ Son estos títulos mencionados aquellos

1. Cfr. Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho de las patentes de invención*, tomo I, Buenos Aires, Heliasta, 2001, p. 563.

Atiéndase a la amplitud con que es definido el concepto de *propiedad intelectual* por el art. 2.VIII del Convenio por el que se establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (R.O. No. 885 de 3 de marzo de 1988).

2. María Yolanda Álvarez y Luz María Restrepo, *El derecho de autor y el software*, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 1997, pp. 25-37. Las autoras distinguen, además, una especie híbrida de derechos de propiedad intelectual a la que denominan *campos fronterizos*. También es de indicar que excluyen a las disciplinas de *competencia desleal* y *bienestar del consumidor* –pese a sus conexiones con los derechos de propiedad intelectual– debido a la autonomía alcanzada por ellas.

3. En este punto es pertinente aclarar que aun cuando del Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV), en su versión de 1991 (R.O. No. 109 de 16 de julio de 1997), por la redacción de su art. 1.IV, puede desprenderse la protección de descubrimientos, ello no es así en la Decisión 345 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, *Régimen común de protección a los derechos de los obtenedores de variedades vegetales* (R.O. No. 327 de 30 de noviembre de 1993), debido a que su art. 4 exige “la aplicación de conocimientos científicos al mejoramiento heredable de plantas” para acceder a la protección conferida por dicho régimen.

4. “Bajo esa rúbrica común –*derechos de propiedad intelectual*– se hace referencia a un amplio espectro de derechos de distinta naturaleza: mientras algunos se originan en un acto de creación intelectual y son reconocidos para estimular y recompensar la creación intelectual, otros, medie o no creación intelectual, se otorgan con la finalidad de regular la competencia entre productores (...) Entre los derechos de propiedad industrial, solo el de patentes y el de dibujos y modelos industriales tienen en común con el derecho de autor la finalidad de proteger la manifestación externa de un acto de creación intelectual y asegurar la obtención de un beneficio económico por su explotación (...) En cambio, la justificación del derecho marcarío no se encuentra en la tutela de un acto de creación: la marca es un distintivo, un símbolo destinado a indicar quién es el responsable de los productos y servicios puestos a disposición del público. Otro tanto ocurre con los nombres y denominaciones co-

sobre los que centraremos el presente estudio.⁵

Por parte de aquellos derechos de propiedad intelectual relacionados con actividades creativas, desde una primera aproximación, esencialmente jurídica, se ha sostenido –mayoritariamente– que constituyen un mecanismo por el que, a la vez que se garantiza una retribución –moral y económica– a los creadores intelectuales, se incentiva el desarrollo de actividades literarias y artísticas, y de investigación y desarrollo.⁶ Ello ha sido así, principalmente, con relación a los derechos de autor,⁷ de patente de invención⁸ y de obtenciones vegetales.⁹ En otras palabras, la retribución a los creadores (medio) posibilita el mayor desarrollo en las áreas en que los derechos de

merciales y con las denominaciones de origen”. Delia Lipszyc, *Derechos de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, Zavalla, 1993, pp. 12-13 y 15, cursivas en el texto original.

5. Efectivamente, trataremos, sobre todo, de patentes de invención, título de propiedad intelectual que ha recibido la mayor atención por parte de la legislación y doctrina de competencia económica. También realizaremos puntualizaciones sobre derechos de autor, especialmente, programas computacionales, y obtenciones vegetales. En cuanto a los signos distintivos, centraremos nuestra atención, exclusivamente, en marcas. Lo que se establece, en este estudio, con relación a estos derechos de propiedad intelectual puede considerarse, *mutatis mutandi* y con las limitaciones de cada derecho, a los demás que no son tratados individual y expresamente, pero que comparten similitudes con los ya señalados.
6. Alberto Bercovitz nos recuerda que “en todos los países, tanto los más desarrollados como los que lo están menos, se ha comprendido que las instituciones de la propiedad intelectual constituyen valiosos instrumentos para impulsar el desarrollo tecnológico e industrial”. (“Tendencias actuales en la propiedad intelectual”, en *Tendencias actuales del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 57).
En esa misma línea de argumentación, la vigente Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador (R.O. No. 320 de 19 de mayo de 1998) considera que “la protección de la propiedad intelectual es vital para el desarrollo tecnológico y económico del país, fomenta inversión en investigación y desarrollo, estimula la producción tecnológica nacional” (tercer considerando).
7. Atendiendo a la exclusividad que confieren los derechos de autor, en el campo del aprovechamiento económico de la obra, se ha dicho que “[l]os privilegios en el Estado moderno, pregonador de la igualdad, se confieren con la finalidad de incentivar la producción intelectual y de permitir que el creador reciba una remuneración económica por la utilización, divulgación o reproducción que otros hagan de su creación”. María Yolanda Álvarez y Luz María Restrepo, *El derecho de autor y el software*, p. 58.
8. Conforme a las teorías de la remuneración y de los incentivos, “la patente está destinada a proporcionar al inventor una remuneración por la mejora tecnológica que éste ha proporcionado a la sociedad”, y además, “las patentes obran como un incentivo para asignar los recursos de la comunidad a actividades inventivas que en caso contrario sería abandonadas por su falta de rentabilidad privada, pese al interés de la sociedad en las mismas”, Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho de las patentes de invención*, tomo I, pp. 40-42.
9. “El objetivo principal de la legislación que establece la protección a las obtenciones vegetales, consiste en garantizar el reconocimiento del trabajo intelectual, científico y económico de una persona natural o jurídica que ha obtenido una nueva variedad vegetal”. María Isabel Patiño, *Los derechos de obtentores de nuevas variedades vegetales*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998, p. 15.

propiedad intelectual inciden (fin). Esta fórmula, de gran simplicidad, se vincula con la competencia económica, precisamente, porque esa retribución —necesaria a los fines propuestos— se asegura mediante la concesión de derechos exclusivos¹⁰ —en el orden patrimonial,¹¹ característica de la mayoría de los derechos de propiedad intelectual—. ¹² A manera de compensar este fin con las necesidades del acceso a la cultura y el desarrollo científico y tecnológico, la exclusividad conferida por estos derechos tiene vigencia *temporal*. Sin perjuicio de los varios reparos que caben frente a este fundamento,¹³ es uno de los de mayor vigencia.

-
10. “Solo la *exclusividad* de la facultad para el uso les asegura al autor y al inventor plenamente la retribución material por su obra, y es, precisamente, esta exclusividad la que debe garantizar la ley”. Philipp Allfeld, *Del derecho de autor y del derecho del inventor*, traducción de Ernesto Volkening, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1999, p. 5, cursivas en el texto original.

Dicho de otro modo, “[l]a recompensa aparece como un derecho de monopolio temporario otorgado al titular de la patente, quien puede entonces explotar los derechos exclusivos y obtener los retornos de inversión en I&D”. Biswajit Dhar y C. Niranjana Rao, “La vinculación de los derechos de propiedad intelectual con el comercio”, en *Propiedad intelectual en el GATT*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1997, p. 141.

En esa misma línea, Carlos M. Correa (“Propiedad intelectual y competencia: el papel de las licencias obligatorias”, en *El Estado y el derecho económico actual*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, p. 52) señala que, con excepción de la protección de los secretos industriales y algunos supuestos en materia de derechos de autor en los que el titular solo obtiene el derecho a una compensación, “la concesión de un *ius excludendi* en el marco de distintos regímenes de propiedad intelectual tiene por fin deliberado el eliminar o restringir la competencia, a fin de asegurar que los beneficios económicos generados sean apropiados por el autor o inventor. No se trata, por ende, de un efecto secundario o inatendido, sino del medio de que se vale del derecho para alcanzar el fin propuesto”.

11. Recuérdese que los derechos de autor y de patente de invención tienen también un contenido *moral*.
12. La notable excepción la constituye el régimen de secretos industriales o información no divulgada. “El secreto industrial, a diferencia de lo que sucede con las patentes de invención, no crea un derecho que permita excluir a los terceros del empleo del conocimiento, su titular dispone de lo que la doctrina llama un monopolio de facto, que dura mientras el conocimiento se mantenga secreto”. Manuel Pachón y Zoraida Sánchez Ávila, *El régimen andino de la propiedad industrial*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995, p. 186.
13. Los reparos que podemos realizar son tres. En primer lugar, la *tesis schumpeteriana* de la aptitud innovadora de los monopolios (que esta sustentación parece reivindicar) está referida a las grandes empresas capitalistas, no a meros derechos de exclusividad legalmente garantizada. Respecto de esa tesis, se puede consultar Paul A. Samuelson y William D. Nordhaus, *Economía*, Madrid, McGraw-Hill, 1999, pp. 183-186.

Por otra parte, estos argumentos han sido rebatidos, especialmente, por el *análisis económico*, sobre todo, en materia de patentes de invención, que son los derechos de propiedad intelectual que se los considera de mayor relevancia. Al respecto, se puede consultar el resumido, pero valioso, trabajo de Pedro Portellano Díez. “La valoración del sistema de patentes: una enseñanza para el derecho de la competencia desleal”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*. Separata, s.l., s.e., s.a., pp. 969-981. En él, al refutar la aptitud promotora de la actividad innovadora del

A ese –insuficiente– basamento jurídico de la existencia de los derechos de propiedad intelectual, se suma ahora valoraciones que han sido introducidas por la ciencia económica. Los rasgos peculiares de la información como *bien* –que la acercan a la noción de bien público,¹⁴ en sentido económico– asociados a la circunstancia de que es costosa de producir, pero barata de reproducir, determinan que los mercados de la información tengan graves fallos.¹⁵ De este modo, la información tiene un alto grado de *inapropiabilidad*, lo que significa que el titular no puede apropiarse de todo el valor social que produce, verbigracia, una patente de invención.¹⁶ Así las cosas, los derechos exclusivos conferidos por el Estado, vía legislación de propiedad intelectual, tienen como objetivo aumentar ese grado de apropiabilidad¹⁷ mediante la suspensión de la concurrencia.¹⁸ Este fundamento económico es el que, hoy por hoy, soporta a los derechos de propiedad intelectual vinculados con actividades creativas.

En cuanto a los signos distintivos, la sustentación ha sido diferente. Con relación a las marcas, tradicionalmente, se les había asignado una función

sistema de patentes, se afirma que: “Sin embargo, ha de indicarse que, en contra de lo que probablemente es una idea muy extendida en el ámbito jurídico, los economistas que han estudiado en profundidad la actividad innovatoria y el peso que realmente tiene en ella el Derecho de Patentes han señalado que es muy difícil acreditar que el sistema de patentes resulte indispensable para el avance tecnológico”. Más aún, ese mismo *análisis económico* ha puesto de relieve los costes sociales del régimen de patentes de invención. Otras críticas a estos argumentos pueden encontrarse en Sigrid Sterckx. “El patentamiento de invenciones tecnológicas”, en *Perspectivas Bioéticas* 7/8, Barcelona, Gedisa y Área de Bioética de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 1999, pp. 57-59.

14. “Consideremos la conexión existente entre la imposibilidad de la apropiación y los bienes públicos. La información contiene ideas. El hecho de que una persona use una idea no disminuye su disponibilidad para el uso de otros. Por lo tanto, la información es *no rival*. Puede resultar caro excluir a algunas personas del contacto con una idea nueva, porque la transmisión de ideas es muy barata. Por lo tanto, la información es *no excluible*. Éstas son las dos características de los bienes públicos (...) Así pues, el problema de la imposibilidad de la apropiación es esencialmente el mismo para la información y para los bienes públicos”. Robert Cooter y Thomas Ulen, *Derecho y economía*, traducción de Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 165 y 167.
15. Paul A. Samuelson y William D. Nordhaus, *Economía*, p. 184.
16. “Según los estudios realizados por Edwin Mansfield y otros autores, el rendimiento social de la invención (es decir, el valor de los inventos para todos los consumidores y los productores) constituye alrededor del triple del rendimiento privado apropiable para el inventor (es decir, el valor monetario de la invención para el inventor)”. *Ibid.*, p. 184.
17. “El otorgamiento de derechos de propiedad exclusiva para el creador de una idea le permite apropiarse de gran parte de su valor social”, Robert Cooter y Thomas Ulen, *Derecho y economía*, p. 169.
18. “En definitiva, los diferentes tipos de derechos intelectuales coartan la libertad de industria y comercio con respecto a un bien determinado (la concepción protegida) y a una actividad económica concreta (la obtención de ganancias mediante su reproducción o multiplicación)”, Hermenegildo Baylos Corroza, *Tratado de derecho industrial*, Madrid, Civitas, 1993, p. 241.

tutelar de los intereses del fabricante en la identificación del origen de sus productos o servicios en el mercado. Sin embargo, en la actualidad, se considera que lo que verdaderamente distingue una marca es un producto o servicio de otro¹⁹ en procura del bienestar del consumidor.²⁰ Así es como se justifica la exclusividad, no sujeta a limitaciones temporarias, en su uso otorgada a su titular.²¹

Como vemos, el régimen de propiedad intelectual cuenta con múltiples argumentos justificativos que deben ahora ser enrostrados con los objetivos del régimen de defensa de la competencia económica. Esos objetivos son de la más variada índole. Sin embargo, esa multiplicidad es provechosa en la medida en que nos permiten realizar la siguiente disgregación.

En efecto, bajo una primera aproximación, el objetivo de las normas reguladoras de la competencia puede ser —como lo fue en ciertas legislaciones pioneras en la materia— la defensa del *derecho de concurrir al mercado*, como encarnación de la *libertad de empresa*.²² Esto es lo que denominamos criterio *subjetivo* de la competencia.²³ Bajo esta premisa, surge la contradicción entre los derechos de propiedad intelectual, excluyentes por naturaleza en la explotación o utilización de lo que constituye su objeto, y la tutela de

-
19. Jorge Otamendi, *Derecho de marcas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, pp. 8-12. El citado autor expone también funciones adicionales y secundarias a esa función distintiva.
 20. Estas dos dimensiones que desempeñan los signos marcarios corresponden a los conceptos de *objeto específico* y *función esencial* de las marcas elaborados por la jurisprudencia comunitaria europea. “Objeto específico y función esencial son dos términos acuñados por el Tribunal de Justicia para hacer referencia a dos objetivos primordiales de las marcas, la protección del fondo de comercio del titular (objeto específico del derecho) y evitación de que el consumidor sea confundido y engañado (función esencial)”. Carlos Fernández-Lerga Garralda, *Derecho de la competencia*, Pamplona, Aranzadi, 1994, p. 299.
 21. En esta sustentación también subyace un sustrato económico. Se ha señalado que “[e]l propósito económico de la legislación de marcas no es en general fomentar la innovación y creatividad, sino en lugar de ello reducir los costos de búsqueda del consumidor a través de la identificación de la fuente de los bienes, y de ese modo incidentalmente fomentar la calidad mediante la protección de la reputación”. [“The economic purpose of trademark law is not in general to encourage innovation and creativity, but instead to reduce consumer search costs by identifying the source of goods, and thereby incidentally to encourage quality by protecting reputation”]. Robert Pitofsky, *Antitrust and Intellectual Property: Unresolved Issues at the Heart of the New Economy*. Speech before the Berkeley Center for Law and Technology, University of California, March 2, 2001, nota al final No. 6. Este documento puede ser consultado en [<http://www.ftc.gov/speeches/pitofsky/ipf301.htm>]. Traducción del autor.
 22. Delio Gómez Leyva, “Las prácticas restrictivas de la competencia, acuerdos y prácticas concertadas”, en *Derecho de la competencia*, Santafé de Bogotá, El Navegante, 1998, p. 129.
 23. Las denominaciones *criterio subjetivo e institucional* de la competencia corresponden a Javier Viciano Pastor, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 62 y ss.

la competencia como derecho subjetivo. Empero, la evolución del derecho de la competencia ha determinado el ensanchamiento del abanico de objetivos propuestos. De este modo, opera un tránsito hacia el criterio denominado *institucional* de la competencia, que propugna el carácter instrumental de ésta²⁴ —entendida como situación fáctica que se desenvuelve en el mercado—. En tal virtud, se propugna la defensa de otros objetivos.²⁵ Frente a la consecución de tales objetivos, la competencia como derecho subjetivo debe ceder bajo ciertos respectos.²⁶ Este último criterio es el imperante.²⁷ Es en estos contextos como entendemos las nociones de *libre competencia* y *competencia económica*, respectivamente.

Dar cabida a objetivos que rebasen la defensa del derecho de los competidores a acceder al mercado es muy importante a la hora de sustentar la existencia de los derechos de propiedad intelectual, con su cúmulo de facultades excluyentes, y valorar las consecuencias de su ejercicio —punto este último sobre el que trataremos en el acápite quinto—. De esos objetivos, en lo que aquí interesa, conviene destacar la eficiencia económica —traducida en mayor desarrollo tecnológico— y el bienestar de los consumidores.²⁸

24. Como bien ha sido sostenido, “la competencia no es un fin en sí misma, sino un medio para alcanzar el bienestar y el progreso económico de las naciones y de los consumidores”, Marco Velilla, “Una aproximación al concepto de abuso de posición dominante”, en *Derecho de la competencia*, Santafé de Bogotá, El Navegante, 1998, p. 179.

Casi con idénticas palabras, ha sido indicado que “la competencia no es un fin en sí misma, sino que está destinada a cumplir una función en el andamiaje jurídico del orden económico, que tiene que estar en línea con la finalidad del bienestar general, de bien común que lo inspira y justifica”. Roberto Dromi, *Competencia y monopolio. Argentina, Mercosur y OMC*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1999, p. 20.

25. “La razón de ser de la *institucionalización* de la *competencia económica* como objeto de protección radica en la *dimensión social* que en los últimos años ha adquirido el Derecho de la competencia que ha pasado de ser un *Derecho de clase* a ser un *Derecho de la ordenación del mercado (Marktrecht)*, que defiende la competencia como sistema en el que se garantizan no sólo los intereses de los competidores, sino también los de los consumidores y los del interés público”. Javier Viciano Pastor, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, p. 83, cursivas constan en el texto original.

Una relación de los diversos objetivos perseguidos por la legislación de competencia económica puede hallarse en The World Bank and Organization for Economic Co-operation and Development, *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, s.l., 1999, pp. 2-4.

26. “La competencia como objeto de protección no implica necesariamente el rechazo de los ataques contra la libertad de comercio, sino que, al contrario, en algunas ocasiones supondrá la promoción de una actuación restrictiva”. Javier Viciano Pastor, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, p. 75.

27. The World Bank and Organization for Economic Co-operation and Development, *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, p. 4.

28. En América Latina, “la eficiencia económica y el bienestar del consumidor son los principales ob-

En cuanto a la eficiencia de la economía,²⁹ uno de los múltiples objetivos perseguidos por la legislación de competencia es, precisamente, el desarrollo tecnológico.³⁰ Si, conforme vimos anteriormente, pese a las objeciones existentes, los derechos de propiedad intelectual que tutelan creaciones intelectuales tienen por finalidad el estímulo de las actividades literarias y artísticas,³¹ y de investigación y desarrollo –vía la concesión de derechos exclusivos temporarios– forzoso es concluir que, por lo menos en el plano de los objetivos, no existe contradicción entre el establecimiento de estos derechos y el régimen que tutela la competencia económica, sino interdependencia.³²

Con respecto al bienestar del consumidor, es éste otro de los objetivos –quizá el más señalado³³– atribuidos a la legislación de competencia econó-

jetivos de la legislación sobre competencia”, Banco Mundial y Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *La política de competencia en la economía global: una perspectiva latinoamericana. Resumen interpretativo de la conferencia Foro de las Economías Emergentes del Mercado*, Buenos Aires, 28 al 30 de octubre de 1996, p. 32.

29. El concepto de eficiencia económica incluye tanto a la eficiencia en la asignación –o estática– (*allocative efficiency*) como a la dinámica (*dynamic efficiency*). Esta última tiene relación con el cambio tecnológico y la innovación. Cfr. The World Bank and Organization for Economic Co-operation and Development, *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, p. 1, y Organization for Economic Co-operation and Development, *Competition Policy and Intellectual Property Rights*, p. 10. Este documento puede ser consultado en [<http://www.oecd.org/daf/clp/Publications/IPR.PDF>].
30. Javier Viciano Pastor, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, p. 67.
31. Podría pensarse que las obras protegidas por derechos de autor no tienen incidencia en el plano tecnológico. Sin embargo, ello no es así debido a que, en el actual estado de esta categoría, se encuentra la protección a los programas computacionales.
32. Los regímenes de competencia económica y de propiedad intelectual poseen efectos favorables tratándose de la actividad innovadora, no solo en sus etapas iniciales, sino también en cuanto a su continuidad. En efecto, en cuanto a la innovación inicial, se considera que la legislación de competencia promueve estructuras de mercado que la favorecen en razón de que las empresas no innovadoras quedan rezagadas y que el derecho de la propiedad intelectual también la alienta debido al atractivo que constituye la exclusividad legalmente garantizada. La continuidad de la innovación es, asimismo, materia de preocupación tanto del derecho de la competencia que regula el ejercicio de esos derechos y del de la propiedad intelectual en tanto posibilita la divulgación los conocimientos. Cfr. Debra A. Valentine, *Abuse of Dominance in Relation to Intellectual Property: U.S. Perspectives and the Intel Cases*. Speech before the Israel International Antitrust Conference, Tel Aviv. November 15, 1999, acápite II. Este documento puede ser consultado en [<http://www.ftc.gov/speeches/other/dvis-raefin.htm>].
33. En efecto, tiende a asignársele un notable peso relativo a la protección del bienestar del consumidor como objetivo del derecho de la competencia frente a los demás. En tal virtud, se ha dicho que “[e]l principal objetivo de una política eficaz de competencia es, entonces, el mantenimiento del proceso competitivo, proceso que obliga a las empresas a volverse eficientes, con el objeto de ofrecer a sus compradores unos mayores niveles de satisfacción. En este orden de ideas, puede afirmarse que el destinatario y beneficiario final de las normas sobre competencia es el consumidor de bienes y ser-

mica.³⁴ Aun cuando, según vimos, el bienestar del consumidor es el fundamento vigente del régimen de signos distintivos, dicho objetivo no escapa de la atención de aquellos derechos de propiedad intelectual que tutelan creaciones intelectuales.³⁵

Como vemos, pueden destacarse puntos coincidentes entre los objetivos de los regímenes de propiedad intelectual y de competencia económica.³⁶ Es, precisamente, la introducción del criterio *institucional* sobre la competencia lo que permite esa coincidencia.³⁷ Más todavía, se reconoce que los derechos de propiedad intelectual desempeñan una función ordenadora de la competencia en el ámbito de los derechos inmateriales. Ello es así tanto con relación a aquellos derechos que tutelan creaciones intelectuales³⁸ como también aquellos que protegen signos distintivos.³⁹ Entonces, no se trata de

vicios”. Marco Aurelio Zuloaga, “La perspectiva colombiana de la promoción de la competencia”, en *Derecho de la competencia*, Santafé de Bogotá, El Navegante, 1998, p. 32.

34. “Típicamente, los consumidores se benefician de la competencia en al menos dos maneras: 1. la competencia trae precios más bajos; y 2. la competencia es un poderoso acicate para el desarrollo de nuevos, mejores y más diversos productos y procesos”. [“Typically, consumers benefit from competition in at least two ways: 1. competition brings lower prices; and 2. competition is a powerful spur to the development of new, better and more diverse products and processes”]. J. Sheila F. Anthony, *Antitrust and Intellectual Property Law: from Adversaries to Partners*, AIPLA Quarterly Journal, vol. 28, number 1, page 1, Winter 2000, acápite IV. Este documento puede ser consultado en [<http://www.ftc.gov/speeches/other/aipla.htm>]. Traducción del autor.

Por parte de la libertad del consumidor, “los acuerdos entre empresas, la existencia de mercados oligopólicos o monopólicos, y la posición dominante de algunas empresas contribuyen a desnaturalizar la oferta de bienes y servicios y por lo tanto a limitar el derecho del consumidor a elegir”, Roberto Dromi, Miguel Ángel Ekmekdjian y Julio Rivera, *Derecho comunitario*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996, p. 336.

35. En efecto, se argumenta que, a través de esta tutela jurídica, existe una mayor disponibilidad de bienes y servicios, así como un incremento en la difusión de los conocimientos que posibilita un mayor avance de la tecnología, todo ello en beneficio del consumidor.

36. “Las leyes de propiedad intelectual y las de competencia comparten el propósito común de promover la innovación y acrecentar el bienestar del consumidor”. [“The intellectual property laws and the antitrust laws share the common purpose of promoting innovation and enhancing consumer welfare”]. Departamento de Justicia de los Estados Unidos y Comisión Federal de Comercio, *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, April 6, 1995, § 1.0, traducción del autor.

37. Cabe condecir con Guillermo Cabanellas de las Cuevas que “[e]l reconocimiento de derechos sobre bienes inmateriales debe ser así considerado no como una contradicción con los principios básicos del Derecho de la Competencia –entendido éste en sentido amplio [o como un criterio *institucional*, en nuestra terminología]–, sino como un aspecto o técnica jurídica de esa rama del Derecho”. (*Derecho de las patentes de invención*, tomo I, p. 576).

38. “Si esos derechos exclusivos no se otorgan, no existiría competencia sobre bienes inmateriales, o estaría muy restringida, porque nadie se interesaría en invertir y hacer innovaciones que podrían ser inmediatamente copiadas por los competidores”. Alberto Bercovitz, “Tendencias actuales en la propiedad intelectual”, p. 61.

39. Tampoco existiría interés en forjar la reputación y el prestigio de una marca a través de instrumentos como publicidad y calidad de los productos si cualquiera pudiera apropiarse de los beneficios re-

regímenes contrapuestos, sino interdependientes.⁴⁰

Con todo, no podemos desconocer la potencialidad restrictiva de la competencia que encierran los derechos de propiedad intelectual⁴¹ y la complejidad que, en consecuencia, tiene su tratamiento para el derecho de la competencia.⁴²

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL A LA LUZ DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Desde el punto de vista jurídico, los derechos de propiedad intelectual (especialmente desde la doctrina en la materia), tradicionalmente, han sido definidos como *monopolios*.⁴³ En efecto, una de las teorías explicativas so-

sultantes de esos esfuerzos de su titular, como bien ha señalado Jorge Otamendi, *la marca es el vehículo de la competencia* (*Derecho de marcas*, p. 7).

40. “La interdependencia entre propiedad intelectual y competencia obra económica y tecnológicamente en dos sentidos. La competencia requiere de la existencia de un sistema moderno, eficaz y adecuado de protección de la propiedad intelectual. El funcionamiento efectivo de tal sistema depende asimismo de una eficiente observancia de políticas sobre competencia que aseguren tanto un clima adecuado de competencia comercial en general como un control de los abusos de los derechos de propiedad intelectual”. Pedro Roffe, “El Acuerdo TRIPs y sus efectos: el caso de los países en desarrollo”, en *Propiedad intelectual en el GATT*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1997, p. 354.
41. En esa línea, Rafael Pérez Miranda ha indicado que “[e]s difícil escindir la problemática monopólica de los derechos [privilegios] derivados de la protección legal (patentes, secreto industrial, marcas, derechos de autor), de la posibilidad de controlar el mercado...”. (*Propiedad industrial y competencia en México*, México, Porrúa, 1999, p. 301).
42. “Uno de los campos de mayor complejidad del Derecho de la competencia es el correspondiente a la relación entre las norma que protegen la libre concurrencia y las que establecen derechos de propiedad industrial”. Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, Buenos Aires, Heliasta, 1983, p. 689.
43. Como ejemplo, puede consultarse las siguientes posiciones. Se ha señalado que “constituyen verdaderos monopolios, por cuanto obstruyen y restringen la competencia sobre un producto o un sector económico determinado”. Ernesto Rengifo García, *El moderno derecho de autor*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 33.

En idéntico sentido, y con relación a los derechos de patente de invención, “el titular de la patente tiene un monopolio sobre el objeto patentado que permite excluir a los terceros de la fabricación y venta del objeto patentado”. Manuel Pachón y Zoraida Sánchez Ávila, *El régimen andino de la propiedad industrial*, pp. 120-121.

Desde el punto de vista de su licitud, Rafael Pérez Miranda sostiene que los derechos de los autores, artistas o inventores son monopolios, pero de aquellos que no están prohibidos (*Propiedad industrial y competencia en México*, p. 298).

Incluso, desde el análisis económico, han surgido voces que asumen igual calificación. Entre dichos autores, Santos Pastor (*Sistema jurídico y economía: una introducción al análisis económico del de-*

bre la naturaleza de estos derechos los considera como *monopolios de explotación*, por contraposición a aquella otra que propugna que son una especie de *propiedad*. El debate entre estas dos posiciones obedece a circunstancias ideológicas.⁴⁴

La definición de los derechos de propiedad intelectual como *monopolios* no es, enteramente, errada. Lo que sucede es que no se realiza una distinción, fundamental en la concatenación de los regímenes de propiedad intelectual y de competencia económica, entre *monopolios legales* y *monopolios en sentido económico*.⁴⁵ Los primeros son los que, como la gran mayoría de los derechos de propiedad intelectual, surgen de la exclusividad legalmente otorgada y garantizada respecto de determinadas actividades.⁴⁶ Los segundos, sean o no *monopolios legales*, son los que se presentan, efectivamente, en el mercado. A estos nos referiremos en los siguientes párrafos.

La noción de *monopolio*, propia de la Economía clásica, encuentra su parangón en la de *posición dominante*, concepto este último que hacen suyo la mayor parte de legislaciones sobre competencia económica.⁴⁷ Más que no-

recho, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 75-76 y 80-81) considera a los derechos de propiedad industrial (sobre todo, patentes de invención) como *monopolios naturales* surgidos de una concesión administrativa.

44. Así enseña Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho de las patentes de invención*, tomo I, p. 543.

La definición de los derechos de propiedad intelectual como *monopolios* está íntimamente vinculada con la figura de los *privilegios*, que fue la que estos derechos asumieron (sobre todo, en tratándose de derechos para la publicación de obras literarias y de patente de invención) bajo los auspicios del mercantilismo. Cfr. Javier Viciano Pastor, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, p. 41.

En respuesta a ello, como bien han señalado Machlup y Penrose, “aquellos que comenzaron usando la palabra propiedad en conexión con las invenciones tenían un propósito definitivo en la cabeza: querían sustituir una palabra con una connotación respetable “propiedad”, por una palabra con un toque desagradable “privilegio”. Cita tomada de Pedro Portellano Díez, “La valoración del sistema de patentes: una enseñanza para el derecho de la competencia desleal”, p. 972, nota 9 *in fine*.

45. Cfr. Edward Hastings Chamberlin, *Teoría de la competencia monopolística*, traducción de Cristóbal Lara y Víctor Urquidí, México, Fondo de Cultura Económica, 1956, pp. 66-73.

Además, Guillermo Cabanellas de las Cuevas (*Derecho antimonopolístico y de defensa de la competencia*, p. 691), quien afirma que “[l]a legislación de patentes y de marcas otorgan monopolios sobre determinados inventos o signos, desde el punto de vista jurídico. Tales derechos exclusivos pueden o no reflejarse en monopolios sobre determinados mercados, en el sentido económico de tal concepto, utilizado por la legislación regulatoria de la competencia y por la jurisprudencia y doctrina a ella referida”.

46. Piénsese, por ejemplo, en las concesiones de servicios conferidas por la administración pública con carácter de exclusividad.

47. En una de las definiciones más citadas, proferida por la justicia comunitaria europea en el caso *Hoffmann-La Roche*, se sentó que “la posición dominante contemplada en el art. 86 del Tratado se refiere a una situación de fuerza económica de la que disfruta una empresa que le da el poder de obsta-

ciones contrarias, *monopolio* y *posición dominante* deben sus diferencias a su origen en distintos orbes.⁴⁸ Sea que se pretenda catalogar a los derechos de propiedad intelectual, ora como *monopolios*,⁴⁹ ora como *posiciones de dominio*,⁵⁰ es imprescindible el recurso a los análisis pertinentes que requiere la aplicación de las normas reguladoras de la competencia.

Uno de los primeros pasos que la aplicación del régimen de la competencia precisa es la definición de lo que constituye el *mercado relevante*, acotado en términos de producto y territorio.⁵¹ A través de esta figura, y mediante el empleo de los criterios de *sustituibilidad de demanda* y *de oferta*, lo que se persigue es determinar los productos o servicios que, efectivamente, compiten en el mercado e identificar la presencia de potenciales competidores.⁵² Efectuada dicha acotación, corresponde, luego, determinar el *poder de mercado* de que goza una empresa —o titular del derecho, en la terminología que venimos empleando— en ese mercado relevante. A este efecto, uno de los principales factores es la *cuota de mercado*. A él se suma otro, que es el de las *barreras de entrada* al mercado.⁵³ Es en este punto donde

culizar el mantenimiento de una competencia efectiva sobre el mercado en causa y le permite actuar con una considerable independencia frente a sus competidores, sus clientes y por último, frente a los consumidores”. Carlos Fernández-Lerga Garralda, *Derecho de la competencia*, p. 182.

48. En términos muy generales, el concepto de *monopolio*, propio de la legislación norteamericana, atiende a la estructura del mercado, y el de *posición dominante*, correspondiente al derecho comunitario europeo, busca controlar las conductas de ciertas empresas. Cfr. William Leguizamón Acosta, *Derecho constitucional económico*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000, p. 63, y Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, pp. 645-646.

En razón de ello, en la determinación de lo que se considera contrario a la competencia, la *Sherman Act* (una de las principales leyes reguladoras de la competencia en la economía norteamericana), en su sección 2a., recurre al vocablo *monopolization*, en tanto que el art. 86 del Tratado de Roma (que, en la vigente numeración corresponde al art. 82) enumera una serie de conductas que considera anticompetitivas.

49. Ver nota 43.

50. “Los titulares de derechos de propiedad intelectual ocupan una posición dominante en el mercado nacional, pero lo que prohíbe el art. 333 de la Constitución [colombiana] es el abuso de la posición y no la posición misma”. Ernesto Rengifo García, *El moderno derecho de autor*, p. 34.

51. Sobre la determinación de un *mercado relevante* y *cuotas de mercado*, ver el capítulo II, *Market Definition and Assignment of Market Shares*, del trabajo preparado por The World Bank and Organization for Economic Co-operation and Development, *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, pp. 10-18.

52. Para un estudio de estos conceptos, puede consultarse Gustavo Saldarriaga Lopera, “Instrumentos de análisis económico para el estudio de la competencia”, en *Derecho de la competencia*, Santafé de Bogotá, El Navegante, 1998, pp. 83-105.

53. Recuérdese que la ciencia económica apunta a la inexistencia de barreras de entrada al mercado como uno de los presupuestos de la competencia perfecta. Cfr. Paul A. Samuelson y William D. Nordhaus, *Economía*, pp. 164-166.

juegan un rol cardinal los derechos de propiedad intelectual erigiéndose como verdaderos obstáculos para el ingreso de competidores.⁵⁴ Con todo, no debe sobre valorarse este rol, pues los derechos de propiedad intelectual son solo uno de tantos factores a que hay que atender.⁵⁵ Este es el mecanismo a través del cual debe analizarse el papel de los derechos de propiedad intelectual como fuentes de posiciones monopolísticas o dominantes.

Sentados estos criterios, podemos realizar una afirmación general en el sentido de que los derechos de propiedad intelectual no confieren siempre a su titular el *poder de mercado* suficiente para configurar una posición monopolística o dominante en un determinado mercado relevante. Ello obedece, precisamente, a los análisis de *sustituibilidad de demanda y de oferta*, necesarios en la determinación de un mercado relevante,⁵⁶ debido a que, por lo general, existirán sustitutos para los productos protegidos o identificados a través de derechos de propiedad intelectual. Estos tópicos los expondremos brevemente en el acápite posterior. Con todo, por el rasgo de exclusividad que, en su gran mayoría, los derechos de propiedad intelectual confieren a su titular, existe la posibilidad de que sí configuren esa posición.⁵⁷

54. “Una barrera con poder casi absoluto es la que deriva del derecho de explotación exclusiva que otorgan las leyes de propiedad industrial y de derechos de autor a los titulares, privilegio que puede ser cedido total o parcialmente, se puede licenciar e, inclusive, arrendar”. Rafael Pérez Miranda, *Propiedad industrial y competencia en México*, p. 349.

Ver además Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, pp. 656-657.

55. Una enumeración de esos factores puede encontrarse en Carlos Fernández-Lerga Garralda, *Derecho de la competencia*, pp. 193-198.

56. “La creación de derechos legales exclusivos, sin embargo, no necesariamente establece la habilidad para ejercitar poder de mercado. Esto es verdad con respecto a la propiedad intelectual como lo es para la propiedad física. Los derechos de propiedad generalmente crean exclusividad pero el poder de mercado proviene de la naturaleza de la demanda por la propiedad. Esta demanda a su vez depende de la disponibilidad de sustitutos y de la elasticidad cruzada de demanda entre estos sustitutos posibles, y también de la elasticidad cruzada de demanda entre el artículo patentado y los bienes complementarios”. [“The creation of exclusive legal rights, however, does not necessarily establish the ability to exercise market power. This is as true with respect to intellectual property as it is for physical property. Property rights generally create exclusivity but market power stems from the nature of the demand for the property. This demands depends in turn on the availability of substitutes and the cross-elasticity of demand between these possible substitutes, and also on cross-elasticity of demand between the patented item and complementary goods”]. Organization for Economic Co-operation and Development, *Competition Policy and Intellectual Property Rights*, p. 15, traducción del autor.

57. “El dominio sobre derechos de propiedad intelectual a menudo provee una posición dominante en un producto cubierto por los derechos pertinentes”. [“The ownership of intellectual property rights often provides a dominant position in a product covered by the relevant rights”]. D. G. Goyder. *EC Competition Law*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 323, traducción del autor.

En abono de lo anterior, también se ha dicho que “[l]a protección al uso de patentes, marcas o de-

Por último, es necesario precisar que, aun cuando un derecho de propiedad intelectual confiera una posición monopolística o dominante a su titular, ello *per se* no es reprochable por parte de la legislación de competencia económica,⁵⁸ sino solamente el abuso de esa posición.⁵⁹

LOS DIFERENTES DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL MERCADO

Es en este punto donde se impone la necesidad de un análisis particularizado respecto de cada título de propiedad intelectual.⁶⁰ Empero, en línea con la orientación introductoria de este estudio, sentaremos algunos criterios generales.

De acuerdo con lo argumentado en precedencia, los derechos de propiedad intelectual no se traducen, irremediamente, en posiciones monopolísticas o dominantes. Ello se debe a los análisis de *sustituibilidad de demanda* y *de oferta* que requiere la aplicación del régimen tutelar de la competencia económica. Dichos análisis determinan que, según los casos, en mayor o menor medida puedan encontrarse sustitutos para los productos⁶¹

rechos de propiedad industrial o intelectual puede ser un factor importante para obtener una posición dominante en el mercado por el carácter de 'monopolio' que tendría la producción del producto", Gustavo Saldarriaga Lopera, "Instrumentos de análisis económico para el estudio de la competencia", p. 102.

58. "Impedir legalmente la posición dominante sería suponer, a veces, prohibir situaciones de hecho que resultan de factores exógenos a la empresa o, incluso, sancionar la eficiencia de las empresas", ver Carlos Fernández-Lerga Garralda, *Derecho de la competencia*, p. 176.
59. En palabras del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, "... declarar que una empresa tiene posición dominante no es por sí mismo un reproche sino que simplemente significa que, sin tener en cuenta las razones por las que tiene tal posición dominante, la empresa de que se trata tiene una responsabilidad especial de no permitir que su conducta impida una competencia genuina y no falseada en el Mercado Común". Caso Michelin. Cita de Marco Velilla, "Una aproximación al concepto de abuso de posición dominante", p. 194.
60. "Los estudios del tipo mencionado [esto es, la relación entre los regímenes de propiedad intelectual y competencia económica] deberían distinguir los efectos de diferentes tipos de títulos de propiedad intelectual, según el haz de derechos exclusivos que ellos confieren. Claramente, las patentes proveen los derechos más comprensivos, y por tanto, los riesgos de la creación de monopolios y el abuso de posiciones dominantes es mayor que en otros campos, a menos que se prevean las medidas apropiadas. En el caso de los derechos de autor, la dicotomía idea / expresión limita los alcances de los derechos exclusivos. Ello se expresa, por ejemplo, en el caso del *software*. Con la admisión de la ingeniería inversa. Igualmente, la 'exención del agricultor' y la 'exención del fitomejorador' actúa (sic) como limitante del poder de mercado del titular de derechos de obtentor". Carlos María Coorea, "Propiedad intelectual y competencia: el papel de las licencias obligatorias", en *El Estado y el derecho económico actual*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1996, p. 51.
61. "En la mayoría de los casos es posible encontrar varios sustitutos en el mercado también para pro-

protegidos o identificados a través de derechos de propiedad intelectual.⁶² En esos análisis debe tenerse en cuenta características generales que ofrecen todos estos derechos y otras peculiares de la categoría de que se trate a fin de determinar —conforme vimos en el acápite anterior— el *mercado relevante* en que el titular ejerce su derecho.

Son tres esas características generales. En primer lugar, la *exclusividad* en la explotación de lo que constituye el objeto protegido por el derecho. Sin perjuicio de que esta característica no conduzca, inevitablemente, a una posición monopolística o dominante, es un indicio útil a la hora de determinarla.⁶³ En segundo lugar, es necesario enfatizar que los derechos de propiedad intelectual, en mayor o menor medida, son elementos que diferencian los productos, y, en consecuencia, reducen el grado en que estos pueden ser sustituidos por otros.⁶⁴ Otras características, íntimamente vinculadas entre sí,

ductos que están protegidos por derechos de propiedad intelectual”. [“In most cases it is possible to find a number of substitutes in the market also for products that are protected by intellectual property rights”.]. The World Bank and Organization for Economic Co-operation and Development, *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, p. 80, traducción del autor.

Más concretamente, “[a] pesar de que el derecho de propiedad intelectual confiere el poder de excluir respecto al específico producto, proceso u obra en cuestión, frecuentemente habrán suficientes sustitutos cercanos actuales o potenciales para tal producto, proceso u obra para prevenir el ejercicio de poder de mercado”. [“Although the intellectual property right confers the power to exclude with respect to the *specific* product, process, or work in question, there will often be sufficient actual or potential close substitutes for such product, process, or work to prevent the exercise of market power”.]. Departamento de Justicia de los Estados Unidos y Comisión Federal de Comercio, *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, § 2.2, traducción del autor.

62. Dada la brevedad de este trabajo, nos remitiremos únicamente al mercado de los productos. Sin embargo, es pertinente destacar que existe otro mercado en que los derechos de propiedad intelectual son objeto de negociación. Ese mercado, en tratándose de títulos de propiedad intelectual que permiten la apropiación de conocimientos tecnológicos o técnicos, tal el caso de las patentes, modelos de utilidad, secretos industriales (cfr. Rafael Pérez Miranda, *Propiedad industrial y competencia en México*, pp. 71-75) y obtenciones vegetales, corresponde a uno de *tecnología*. También puede distinguirse, en el caso de estos mismos títulos, un tercer mercado, de *innovación*, consistente de las actividades de investigación y desarrollo (cfr. Departamento de Justicia de los Estados Unidos y Comisión Federal de Comercio, *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, § 3.2). Por otra parte, tampoco consideramos el mercado de servicios, sobre el que ciertos títulos de propiedad intelectual pueden tener efectos debido a que los productos protegidos a través de esos títulos son requeridos en la prestación de servicios.
63. Cfr. Carlos Fernández-Lerga Garralda, *Derecho de la competencia*, pp. 198-199.
64. Hágase hincapié que la *sustituibilidad* es la otra cara de la *diferenciación*, apuntada esta última por la ciencia económica como uno de los presupuestos del monopolio. Al respecto es importante destacar que se ha señalado que la diferenciación de un producto puede residir en derechos de propiedad intelectual, como marcas y patentes de invención. Cfr. Edward Hastings Chamberlin, *Teoría de la competencia monopólica*, p. 65. La aptitud de la patente de invención como elemento de esa diferenciación también ha sido puesta de relieve por Hermenegildo Baylos Corroza, *Tratado de derecho industrial*, p. 276.

que ofrecen ciertos derechos de propiedad intelectual –particularmente los relativos a derechos de autor sobre programas computacionales y de patente de invención– son los denominados *efectos de redes y estandarización*. El primero significa –como su nombre lo indica– la formación de *redes* que dificultan, e incluso imposibilitan, el acceso al mercado del competidor que no se acopla a ellas.⁶⁵ El segundo, por su parte, implica la constitución de patrones a que los competidores deben sujetarse.⁶⁶ En su conjunto, estos dos efectos determinan la dependencia –característica de una posición monopolística o dominante– de los competidores frente al titular de un derecho de propiedad intelectual.⁶⁷

Para el análisis de las características peculiares de cada título de propiedad intelectual,⁶⁸ debemos retomar el fraccionamiento realizado al inicio del acápite segundo, en que distinguimos entre derechos que tutelan *creaciones intelectuales*, por una parte, y, por otra, derechos protectores de *signos mercantiles*. En los primeros, a diferencia de los segundos, encontramos una ac-

65. Con mayor detalle, se puede decir que “los productos y servicios basados en propiedad intelectual más frecuentemente exhiben ‘efectos de red’, por ejemplo, la demanda de cada individuo por el producto o servicio de una compañía en particular está positivamente relacionada con su extendido uso por otros. Este fenómeno puede más claramente ser visto con relación a equipo de comunicaciones (teléfono local, fax, mensajería instantánea) que se vuelve más valioso para los usuarios mientras más personas utilizan el servicio. Existen también efectos de red indirectos –situaciones en que los productores de productos complementarios diseñan y fabrican esos complementos para trabajar con los productos de la única empresa dominante, dejando de este modo a los potenciales retadores de esa empresa dominante sin acceso a los productos complementarios o con la carga de producir ellos mismos los productos complementarios”. [“Products and services based on intellectual property more frequently exhibit ‘network effects’, *i.e.* each individual’s demand for a particular company’s product or service is positively related to its widespread use by others. This phenomenon can most clearly be seen with respect to communications equipment (local telephone, fax, instant messaging) which becomes more valuable to users as more people use the service. There are also indirect network effects –situations in which producers of complementary products design and manufacture those complements to work with the products of the single dominant firm, thereby leaving potential challengers of that dominant firm without access to the complementary products or with the burden of producing the complementary products themselves”.]. Robert Pitofsky, *Antitrust and Intellectual Property: Unresolved Issues at the Heart of the New Economy*, acápite B.1, traducción del autor.
66. En tal virtud, “la formación de estándares presenta problemas antimonopolio cuando el dueño o inventor de propiedad intelectual crea un estándar que otros deben licenciar o adherir de otra manera para competir”. [“Standardization raises antitrust issues when the owner or inventor of IP creates a standard that others must license or otherwise adhere to in order to compete”.]. John Bagby, *Antitrust Aspects of Intellectual Property*, 2000, § VII. Este documento puede ser consultado en <http://www.smeal.psu.edu/courses/blaw445.bagby/lpmissuse.htm>., traducción del autor.
67. Ejemplos de estos efectos son el computador personal de IBM y el Microsoft Disk Operating System que constituyeron estándares para la industria computacional desde su aparición en 1981, ver María Yolanda Álvarez y Luz María Restrepo, *El derecho de autor y el software*, p. 241.
68. En este punto, por las limitaciones de este trabajo, no podemos sino dejar sentadas ideas centrales –que consideramos las más de mayor importancia– y en términos muy generales.

tividad económica, circunscrita dentro de los límites de cada derecho, reservada a la explotación exclusiva del titular. De la explotación de esa actividad se obtiene *productos protegidos* por el derecho,⁶⁹ a contrario de *productos identificados* en el caso de los signos mercantiles —estos sí protegidos—. Por ello, la potencialidad anticompetitiva de los primeros es mayor que la de los segundos.⁷⁰ Respecto de aquellos derechos que tutelan creaciones intelectuales, a fin de determinar su influencia en los análisis de *sustituibilidad de demanda y de oferta*, debe tenerse presente el objeto protegido por el derecho, la extensión de las facultades conferidas al titular y las limitaciones impuestas a éstas. Sobre la base de estas premisas, hacemos las siguientes consideraciones.

Tratándose de derechos de patente de invención, su objeto protegido, esto es, la *invención*,⁷¹ puede consistir en un *producto* o *procedimiento*.⁷² Este último tipo de patentes ofrecen derechos más amplios que el primero, pues, a más de la fabricación y comercialización del producto, incluyen

69. Ello es así en el caso de las patentes de invención, pues solo el titular del derecho puede explotar la invención (sea de producto o procedimiento) y obtener, de ese modo, los productos que llegarán al mercado. Lo es también con relación a derechos de autor, donde únicamente el titular puede explotar la obra, en las diferentes formas que el derecho comprende (por ejemplo, publicación de la que se obtienen ejemplares que, asimismo, son llevados al mercado). Por último, igual situación se presenta en el caso de obtenciones vegetales, en que el titular es el único facultado para explotar la variedad protegida, obteniendo, de ese modo, el material de reproducción, propagación o multiplicación.

70. Piénsese en los ejemplos siguientes. El titular de un derecho de patente de invención sobre un aditivo para combustible puede impedir que cualquiera otra persona fabrique ese aditivo. En cambio, el titular de una marca que distingue calculadoras no puede impedir que sus competidores fabriquen también calculadoras.

71. En esta exposición, consideramos que “la invención o, lo que es lo mismo, el objeto de la patente, consiste esencialmente en una regla para el obrar humano que contiene la solución a un problema técnico hasta entonces no resuelto o resuelto de manera insatisfactoria”. José Manuel Otero Lastres, “La invención y las excepciones a la patentabilidad en la Decisión 486 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena”, intervención en el Seminario sobre Patentes en la Comunidad Andina, realizado en Quito los días 9 y 10 de mayo de 2001. Materiales suministrados por los organizadores del evento, p. 7.

72. Art. 14 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, *Régimen común sobre propiedad industrial* (R.O. No. 258 de 2 de febrero de 2001). “Por invención de producto se suele entender la regla técnica consistente en las características peculiares de un cuerpo cierto perteneciente al mundo de la materia o de la energía, determinado por su configuración o por su composición. Y por invención de procedimiento, se entiende una regla técnica consistente en la indicación de una serie o sucesión de operaciones que inciden sobre una materia (sólida, líquida o gaseosa) que se encaminan a la obtención de una cosa o de un resultado”. José Manuel Otero Lastres, “La invención y las excepciones a la patentabilidad en la Decisión 486 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena”, p. 9.

también el empleo del procedimiento.⁷³ Por lo general⁷⁴ existirán sustitutos tanto para los productos protegidos⁷⁵ como también para el procedimiento tutelado.⁷⁶ Debe resaltarse, además, que, si bien el régimen de patentes acepta como una limitación a los derechos del titular la realización de actividades de investigación respecto de la invención protegida,⁷⁷ la exigencia de *altura inventiva* constituye un óbice para que competidores desarrollen productos o tecnologías alternativas.⁷⁸ En el mismo sentido opera la inexistencia del principio de *creación independiente*.⁷⁹

73. Art. 52, *ibid.*

74. “Un significativo poder de mercado derivado de la concesión de una patente es visto como la excepción antes que la regla, ese poder de mercado está además restringido por el riesgo de que recoger altos retornos simplemente proporcionará a los competidores incentivos para tratar de ‘inventar alrededor’ de la patente, limitando su valor”. [“Significant market power from a patent grant is seen as the exception rather than the rule, that market power is further restrained by the risk that reaping high returns will simply add to competitors incentives to seek to ‘invent around’ the patent, limiting its value”.]. Organization for Economic Co-operation and Development, *Competition Policy and Intellectual Property Rights*, p. 15, traducción del autor.

75. “Cada artículo patentado está sujeto a la competencia de sustitutos más o menos imperfectos”, Edward Hastings Chamberlin, *Teoría de la competencia monopólica*, p. 68.

Con mayor profundidad, se ha advertido que “[el titular del derecho es, pues, un monopolista, cuya posición dominante dependerá en un cierto grado de las posibilidades de que deba o no soportar una competencia de sustitución, ya que las necesidades a que sirva el nuevo objeto probablemente serán también satisfechas, en otra medida y de otro modo, por otros objetos ya conocidos. Hay algo, sin embargo, que el invento ha de tener de insustituible, que es su propia novedad, valorada como un bien autónomo en la moderna sociedad de consumo”. Hermenegildo Baylos Corroza, *Tratado de derecho industrial*, pp. 243-244.

76. “La vinculación entre derechos de propiedad industrial y posiciones dominantes es particularmente intensa en el caso de patentes, dependiendo en tales supuestos del grado en que otras tecnologías puedan dar lugar a resultados comparables a los de la protegida por derechos exclusivos”. Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, p. 696.

77. Art. 53 literal c) de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina.

78. En efecto, la altura o nivel inventivo es un requisito de patentabilidad que exige que, para una persona del oficio normalmente versada en la materia técnica correspondiente, una invención no sea obvia ni se derive de manera evidente del estado de la técnica (ver art. 18, *ibid.*). De ese modo, “el requisito de nivel inventivo en el caso de patentes garantiza la extensión del derecho del titular a cualquier resultado que utilice el objeto o método protegido y que no cumpla con este requisito”, María Isabel Patiño, *Los derechos de obtentores de nuevas variedades vegetales*, p. 18.

79. A diferencia de lo que sucede en materia de derechos de autor, “[en el régimen de patentes el inventor, una vez que ha obtenido el correspondiente título, tiene un control total sobre la invención patentada. La patente confiere al titular el derecho absoluto de impedir que terceros exploten la invención sin su consentimiento, incluso contra aquellos que han producido la misma invención trabajando de manera independiente, es decir, sin haber tomado en consideración la invención del titular. El monopolio es absoluto y el infractor no podrá esgrimir en su defensa la circunstancia de haber trabajado solo y de no tener conocimiento de la invención patentada”, Ernesto Rengifo García, *El moderno derecho de autor*, pp. 91-92.

Similar principio se aplica en cuanto a secretos industriales, pues “[s]i bien el preservar un secreto implica un monopolio de hecho sobre éste, nada impide a un tercero llegar por sus propios medios

En cuanto a los derechos de obtenciones vegetales, su objeto está constituido por la variedad creada.⁸⁰ Sus derechos se extienden sobre la explotación comercial —en variadas formas— del *material* de reproducción, propagación o multiplicación, sin perjuicio de que, bajo ciertos respectos, comprendan el producto obtenido de la cosecha.⁸¹ Nos atreveríamos a sostener la existencia de sustitutos para ese material tutelado.⁸² Por otro lado, debido a la permisibilidad de actividades de investigación con respecto a la variedad protegida, la denominada *excepción del fitomejorador*⁸³ actúa como un criterio que posibilita el desarrollo de productos competidores —siempre que el resultado no sea una *variedad esencialmente derivada*.⁸⁴ No podría decirse lo mismo del llamado *privilegio del agricultor*.⁸⁵

En segundo lugar, asimismo, al interior de aquella categoría de derechos tutelares de actividades creativas, encontramos los derechos de autor. Su objeto protegido lo constituye una *obra*,⁸⁶ para cuyo aprovechamiento el titular cuenta con una variada gama de derechos exclusivos —cuya enumeración es *numerus apertus*⁸⁷—. Bajo este rubro, en ciertos casos, resulta casi impo-

al 'secreto' y explotarlo libremente". Begoña Venero Aguirre, "La protección legal de las invenciones", en *Los retos de la Propiedad Industrial en el siglo XXI*, Lima, INDECOPI / OMPI, 1996, p. 155.

80. Arts. 3 y 4 de la Decisión 345 de la Comunidad Andina de Naciones, ver, además, la n. 3.

81. Art. 24, *ibid.*

82. A diferencia de las patentes de invención, no existen estudios en el tema a los que podríamos remitirnos. Empero, nuestra afirmación parece ser acertada si se considera la proximidad entre los regímenes de patentes de invención y obtenciones vegetales.

83. Art. 25 literal c) de la Decisión 345 de la Comisión de la Comunidad Andina. A través de esta excepción, se "establece que la variedad protegida podrá ser utilizada sin consentimiento del obtentor para fines no comerciales, a título experimental y para la explotación y obtención de una nueva variedad", María Isabel Patiño, *Los derechos de obtentores de nuevas variedades vegetales*, pp. 42-43.

84. Arts. 3 y 24 penúltimo inciso de la Decisión 345 de la Comisión de la Comunidad Andina. En términos generales, una variedad esencialmente derivada es aquella que se origina de una variedad protegida, aun cuando pueda distinguirse de ésta si concuerda con ella en la expresión de los caracteres esenciales resultantes del genotipo o de la combinación de genotipos de la primera variedad.

85. Art. 26, *ibid.* Esta excepción a los derechos del titular de la variedad vegetal "establece que no lesiona el derecho del obtentor quien reserve y siempre para su propio uso o venta como materia prima o alimento el producto obtenido del cultivo de la variedad protegida. El privilegio tiene una expresa excepción para el material de multiplicación, reproducción o propagación, incluyendo plantas enteras y sus partes, de las especies frutícolas, ornamentales y forestales cuando este se utilice comercialmente". No obstante, se reconoce que esta excepción a los derechos del obtentor es una utilización en el ámbito privado dirigida a pequeños agricultores. Cfr. María Isabel Patiño, *Los derechos de obtentores de nuevas variedades vegetales*, pp. 18 y 43-44.

86. Arts. 3 y 4 de la Decisión 351 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, *Régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos* (R.O. No. 366 de 25 de enero de 1994).

87. Art. 13, *ibid.*

sible la presencia de sustitutos para la obra de que se trate.⁸⁸ Por otra parte, sin embargo de que este instituto, movido por necesidades de educación y acceso a la información y cultura, admite excepciones a los derechos del titular,⁸⁹ el desarrollo de productos competidores descansa –más bien y para ciertos casos– en la dicotomía entre *idea* y *expresión*.⁹⁰

Finalmente, tratándose de signos distintivos, la posibilidad de que establezcan una posición monopolística o dominante es muy excepcional debido a su mismo objeto protegido.⁹¹ Ello determina, en principio, la absoluta existencia de sustitutos para los productos identificados por un signo mar-

88. “[C]uando se trata de obras intelectuales o artísticas el efecto suspensivo de la concurrencia no se encuentra paliado por ningún tipo de competencia eventual, ni siquiera de sustitución, porque el monopolio se refiere a un bien único –la creación tutelada–, frente al que no tendría sentido hablar de sucedáneos. [Elo se debe a que] el disfrute de una obra concreta y determinada no puede considerarse en ningún caso sustituible por el goce de la obra de otro autor...”. Hermenegildo Baylos Corroza, *Tratado de Derecho Industrial*, p. 242. No obstante, parece adecuado enfrentar el problema de la falta de sustitutos en este campo desde el punto de vista de la *elasticidad de demanda* (entendida como el “grado en que la cantidad demandada responde a una variación del precio”, Paul A. Samuelson y William D. Nordhaus, *Economía*, p. 727) para prevenir posibles abusos del titular.

Además, debe indicarse que la ausencia de sustitutos parece inaplicable a los programas computacionales (sobre todo, los de tipo aplicativo) que, relativamente, prestan la misma utilidad a los usuarios. Cfr. María Yolanda Álvarez y Luz María Restrepo, *El derecho de autor y el software*, p. 240.

89. Art. 22 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones. No obstante, las limitaciones están referidas a un aprovechamiento privado de la obra y sin ánimo de lucro y, en tal virtud, restringidas por el concepto de *usos honrados*, bajo el que cabe entender los “que no interfieren con explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor”, cfr. arts. 3 y 21 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones. En consecuencia, al amparo de estas excepciones no podría practicarse competencia alguna frente al titular.

90. Es un principio del derecho autoral que la protección conferida se extiende al modo en que las ideas son expresadas, mas no a estas mismas (art. 7 de la Decisión 351 de la Comisión de la Comunidad Andina). Si, conforme vimos en la n. 87, existen obras intelectuales o artísticas que son insustituibles, este principio no juega rol alguno con relación a ellas. Sin embargo, tiene particular relevancia en otro tipo de obras, como, los programas de computador en la medida que no protege las *interfaces* (de usuario o de comunicación) y permite la práctica de *ingeniería inversa*, que posibilita no solo el desarrollo de equipos o programas inter operables, sino también de productos alternativos. Respecto de estos temas, consultar María Yolanda Álvarez y Luz María Restrepo, *El derecho de autor y el software*, pp. 236-258.

91. Respecto de las marcas, principal signo distintivo, se ha puesto de manifiesto que “[l]as marcas registradas, como las patentes, son monopolios porque en un sentido estrictamente legal nadie más puede usarlas; pero, al contrario que las patentes, no conducen al monopolio en sentido económico de conceder un control exclusivo sobre una clase de negocios (...) Evidentemente, el poseedor de una marca registrada no ejerce ningún grado de monopolio sobre el campo de actividad económica en el cual esa marca está en competencia con otras”. Edward Hastings Chamberlin, *Teoría de la competencia monopolística*, pp. 69 y 73. En abono de ello, se ha puesto de relieve que “[s]in perjuicio del poder de mercado que pueda derivarse de determinados signos, poder no que no deriva de la naturaleza de estos, sino de la publicidad que los acompaña y de los productos que identifican, las marcas no otorgan exclusividad alguna sobre determinadas líneas de mercaderías”. Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, p. 744.

cario, por ejemplo. Por lo tanto, una posición monopolística o dominante nacida de estos signos dependerá de factores tales como publicidad del signo y calidad y prestigio del producto por él identificado⁹² —que, bajo ciertas circunstancias, pueden reducir el grado de sustituibilidad entre productos—.

Consecuentemente, la posibilidad de que un título de propiedad intelectual confiera a su titular una posición monopolística o dominante parece no ser la regla general.⁹³ Sin embargo, esa posibilidad aumenta a medida en que, en un mismo titular, radican varios derechos.⁹⁴ En ese sentido, no debe perderse de vista que la *integración de los derechos de propiedad intelectual*

92. Ver la cita a Guillermo Cabanellas de las Cuevas en la nota anterior. El caso United Brands, resuelto por la jurisprudencia comunitaria europea, se destacó que una posición dominante puede originarse en el prestigio de una marca conocida y apreciada por los consumidores. Ver Carlos Fernández-Lerga Garralda, *Derecho de la competencia*, p. 215.

Con relación a los signos mercantiles en general, se ha indicado que “como ha puesto de manifiesto la doctrina, el empleo de nombres comerciales, de marcas y demás signos de identificación introduce en la competencia económica elementos monopolísticos, en cuanto que la alejan de la imagen ideal de la competencia perfecta, que supondría la absoluta indiferenciación de los concurrentes. Cualquier elemento de distinción que se incorpora a ella, origina que el mercado se desarrolle en régimen de competencia imperfecta o monopolística. En este aspecto, la posición del titular de una marca prestigiosa, sobre la que el esfuerzo del empresario y la moderna publicidad comercial han acumulado valores atrayentes para amplios sectores de la clientela, es verdaderamente la de un monopolio restringido: un monopolio de opinión...”. Hermenegildo Baylos Corroza, *Tratado de derecho industrial*, pp. 244-245.

93. Una situación excepcional la constituye la doctrina de las *facilidades esenciales*. En virtud de ella, “[ciertos tipos de infraestructura, como la red nacional de distribución de electricidad o sistemas computacionales de reservación, puede considerarse que constituyen una facilidad esencial, tal que el acceso es esencial para que la competencia se desenvuelva, y la negativa a permitir el acceso a la facilidad puede significar un comportamiento abusivo”. [“Certain types of infrastructure, such as national electricity grid or computer reservation systems, may be considered to constitute an essential facility, such that access is essential for competition to develop, and the refusal to allow access to the facility may amount to abusive behaviour”.]. Barry J. Rodger y Angus MacCulloch, *Competition Law and Policy in the EC and UK*, London, Cavendish, 1999, pp. 300-301, traducción del autor. Lo importante es destacar que el objeto protegido por un derecho de propiedad intelectual puede constituir una facilidad esencial, sobre todo, en los denominados sectores de alta tecnología, como programas y equipos computacionales e innovaciones en comunicación. Cfr. John Bagby, *Anti-trust Aspects of Intellectual Property*, § VII.

94. Eso ha sido señalado con relación a los derechos de patente de invención. “De allí que la posibilidad de que una patente otorgue un monopolio, en el sentido económico del término, es por lo menos improbable y, en la práctica relativamente excepcional. Más común es la posibilidad de que un conjunto de patentes permita establecer o preservan un monopolio, pero aun ello es excepcional, según lo demuestra el examen de la jurisprudencia estadounidense en esta materia”, Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho de las patentes de invención*, tomo I, p. 572.

De manera más amplia, cabe pensar que una misma empresa puede ser titular de derechos de patente de invención sobre sus productos, de derechos de autor sobre los programas computacionales necesarios para la prestación de servicios de reparación y mantenimiento de esos productos, y, finalmente, de una prestigiosa marca. Esa conjugación de derechos de propiedad intelectual es más probable que configure una posición monopolística o dominante en el mercado.

tual, que permite una protección cumulativa y concurrente a través de varios títulos,⁹⁵ aumenta la posibilidad de configurar una posición dominante.

Finalmente, es necesario destacar que, en razón de todas las consideraciones reseñadas hasta aquí, se aconseja que, a efecto de la convivencia de los regímenes de propiedad intelectual y competencia económica, los derechos conferidos por el primero se sujeten a interpretaciones restrictivas.⁹⁶

PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS COMETIDAS A TRAVÉS DEL EJERCICIO DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Es ampliamente reconocido que el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual puede ser contrario al régimen regulador de la competencia económica.⁹⁷ Surge, luego, la necesidad de poner límites a ese ejercicio.

95. Sobre esta corriente, ver Karl F. Jorda, “Derechos de propiedad intelectual. Reflexiones sobre su naturaleza e importancia”, intervención en el Seminario sobre Patentes en la Comunidad Andina, realizado en Quito los días 9 y 10 de mayo de 2001, materiales suministrados por los organizadores del evento, pp. 191, 193 y ss.

96. Del alcance que se dé a los derechos de propiedad intelectual dependerá, entre otras cosas, la estructura del mercado. Cfr. Andrés Moncayo von Hase, “El nuevo régimen de patentes de invención: extensión y límites a los derechos”, en *Derecho de patentes*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996, pp. 115-116.

Esta clase de interpretación es relevante también al efecto de lo que se considere imitación, bajo la óptica del derecho de la competencia desleal, pues “[a corto plazo, ese fortalecimiento de los monopolios existentes amenaza la actividad económica propiamente dicha. Pues hacer la competencia no es ni más ni menos que proponer un producto similar al propuesto por otro. Ahora bien, si ese producto, todas sus variantes o declinaciones y todos sus componentes están protegidos por un derecho de propiedad intelectual, la copia, es decir en definitiva la oferta competidora, pasa a ser un ejercicio sumamente peligroso. Si el monopolio limitado –instaurado con el propósito original de la propiedad intelectual– protege al empresario frene a la copia ilícita, el monopolio desmesurado atenta lisa y llanamente contra la competencia misma”, Mireille Buydens, “Uso y abuso de la propiedad intelectual”, en *El Correo de la Unesco*, septiembre de 1999, p. 39.

97. “La utilización de derechos de propiedad industrial como medio de prácticas comerciales restrictivas no cambia en nada el carácter infractor de dichas prácticas...”: esto se dijo en el V Informe de Política de Competencia elaborado por la Comisión de las Comunidades Europeas. Tomado de Carlos Fernández-Lerga Garralda, *Derecho de la competencia*, p. 273.

También la doctrina participa del mismo criterio. A manera de ejemplo, consultar el capítulo IV, “Licencias obligatorias por abuso de posición dominante”, de Carlos M. Correa y Salvador D. Bergel, *Patentes y competencia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1996, pp. 89-109.

El mismo principio está presente en el plano legislativo. En el continente americano, la explotación exclusiva de los derechos de propiedad intelectual está exceptuada del ámbito de aplicación del régimen de concurrencia. “No obstante, es igualmente reconocido que a pesar de su naturaleza, estos monopolios están sujetos a las leyes de competencia en la medida en que se produzcan situaciones de abuso de posición dominante o prácticas monopólicas...”. Grupo de Trabajo sobre Políticas de

Si, conforme vimos en el acápite segundo, el régimen de la *competencia económica* instrumentaliza al mercado, con la consiguiente afectación a las libertades de empresa y de competencia, en aras de la consecución de ciertos objetivos, que, en lo que es materia de nuestro estudio, comprenden la eficiencia económica (desarrollo tecnológico) y el bienestar del consumidor, debemos concluir que el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual tiene en estos dos objetivos sus primeras y más generales acotaciones desde el punto de vista de la legislación de competencia. Es decir, el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual no puede atentar contra ni impedir el logro de esos objetivos. Pero, por otro lado, importante también, ciertas conductas restrictivas realizadas a través de derechos de propiedad intelectual serán toleradas por el régimen de la concurrencia en la medida que permitan conseguir esos objetivos.⁹⁸

Ahora bien, el abanico de posibilidades de ejercicio anticompetitivo de los derechos de propiedad intelectual es muy extenso.⁹⁹ En este punto, valga una aclaración. Aun cuando vimos –acápite tercero– que la exclusividad

Competencia del Área de Libre Comercio de las Américas. Reunión celebrada en Lima, el 16 y 17 de mayo de 1996. *Inventario sobre leyes y normas nacionales referidas a las políticas sobre competencia en el hemisferio occidental*, § III. Este documento puede ser consultado en http://www.alca-ftaa.oas.org/p_comp/spanishdlr/dlr_sums.asp.

98. Es interesante ver que, aun cuando los acuerdos horizontales –es decir, los llevados a cabo entre competidores– no admiten, por lo general, excepción alguna (por ello han sido el campo preferente de aplicación del enfoque *per se*), se ha considerado que es preferible aplicar el de *razonamiento* (en que entra en juego un estudio de la relación costo y beneficio para la sociedad en su conjunto) a los acuerdos horizontales que promueven la investigación y el desarrollo. Cfr. Banco Mundial y Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *La política de competencia en la economía global: una perspectiva latinoamericana*, p. 33.

En torno de este punto, quizá no exista mejor ejemplo que las normas comunitarias europeas. En efecto, el art. 85 del Tratado de Roma (que corresponde, en la vigente codificación, al art. 81), luego de sentar la prohibición general de acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones entre empresas y prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los estados miembros, señala que: “3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declarados inaplicables a: –cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas; –cualquier decisión o categoría de decisiones entre asociaciones de empresas; –cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que: a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean las indispensables para alcanzar tales objetivos; b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate”. (Tomado de Carlos Fernández-Lerga Garralda, *Derecho de la competencia*, p. 549). Al amparo de esta disposición, la Comisión de la Unión Europea ha expedido varios reglamentos de exención, que pueden ser objeto de consulta para una mayor referencia.

99. Más todavía, en razón de la complejidad de esta temática, no se pueden formular principios generales, sino que es imprescindible el examen de cada caso particular. Cfr. Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho antimonopolístico y de defensa de la competencia*, p. 693.

en el aprovechamiento que confieren los derechos de propiedad intelectual parecería acercarlos, tratándose de conductas anticoncurrenciales, al abuso de posición dominante, nada obsta a que también sean materia de otras prácticas contrarias a la competencia económica.¹⁰⁰

Uno de los mayores esfuerzos en torno de la determinación de lo que constituye un ejercicio anticoncurrencial es la dicotomía *existencia y ejercicio* de los derechos de propiedad intelectual.¹⁰¹ Dicha dicotomía, enarbolada por la jurisprudencia comunitaria europea, pese a obedecer a necesidades concretas de ese sistema de integración económica¹⁰² en cuanto a la *libre circulación de mercaderías*, íntimamente asociada al régimen de competencia económica, constituye un avance en la regulación del ejercicio de los derechos de propiedad intelectual, pese a los reparos que se le han hecho.¹⁰³ En tal virtud, el ejercicio de estos derechos, aun cuando correspon-

100. Los tres tipos principales de conductas anticompetitivas son: abuso de posición dominante, concentraciones y acuerdos restrictivos. Cfr. Banco Mundial y Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *La política de competencia en la economía global: una perspectiva latinoamericana*, p. 29.

Al respecto, piénsese, por ejemplo, que los contratos de licencia pueden ser fuente de acuerdos horizontales o verticales, o, que la adquisición de patentes competidoras puede tener similares efectos a los de una concentración.

101. “La Corte de Justicia Europea ha resuelto una manera de subordinar los intereses de los titulares de derechos de propiedad intelectual a los intereses mayores de la Unión Europea: la dicotomía Existencia / Ejercicio (...) De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte de Justicia Europea, los términos del Tratado de la Comunidad Europea protegen solamente la existencia de los derechos de propiedad intelectual. Nada de lo realizado por cualquiera de las instituciones de la Unión Europea puede interferir con o disminuir la existencia de esos derechos. Sin embargo, la Corte de Justicia Europea distingue el ejercicio de derechos de su existencia. A pesar de sostener que el mero uso de esos derechos, en ausencia de algo adicional, nunca puede significar su abuso, la Corte de Justicia Europea ha sido muy voluntariosa para encontrar ese ‘algo adicional’ que constituye abuso. En tales casos, la corte no ha dudado en restringir lo que considera ejercicio abusivo de derechos de propiedad intelectual”. [“The ECJ has in fact figured out a way to subordinate the interests of IPR holders to the larger interests of the European Union: the Existence/Exercise dichotomy (...) According to the case law of the ECJ, the terms of the EC Treaty protect only the existence of intellectual property rights. Nothing done by any of the EU institutions may interfere with or diminish the existence of those rights. However, the ECJ distinguishes the exercise of rights from their existence. Though holding that the mere use of those rights, absent something more, can never amount to their abuse, the ECJ has been quite willing to find that ‘something more’ which constitutes abuse. In such cases, the court has not hesitated to restrict what it considers the abusive exercise of IPRs”]. Mercer H. Harz, *Dominance and Duty in the European Union: a Look through Microsoft Windows at the Essential Facilities Doctrine*, § II.D. Este documento puede ser consultado en <http://www.law.emory.edu/EILR/volumes/spg97/HARZ.html>.

102. Ello obedece a que el Tratado de Roma, en el art. 222, deja a las legislaciones nacionales el establecimiento de los derechos de propiedad, donde se incluye la propiedad intelectual.

103. Se ha señalado que constituye una tarea dialéctica grosera, pues pretende ignorar que los derechos de propiedad industrial, al igual que cualesquiera otros, no tienen otra existencia que no sea su ejer-

da a su *objeto específico*, puede ser juzgado si rebasa su *función esencial*, como cuando a través de dicho ejercicio se realizan prácticas contrarias a la competencia.¹⁰⁴

Por nuestra parte, en aras de introducir cierta claridad sobre esta temática, proponemos que el ejercicio de cualesquiera derechos conferidos al titular de un derecho de propiedad intelectual –por el ordenamiento jurídico de que se trate– puede ser contrario a la competencia. En términos generales, únicamente por requerirlo así la exposición, consideramos que ese cúmulo de facultades puede agruparse en *explotar* el objeto protegido por el derecho, *autorizar* la explotación a terceros y *defender* el derecho. Cada una de estas facultades puede engendrar una conducta anticoncurrencial, conforme pasamos a demostrar.¹⁰⁵

En cuanto a la *explotación* del objeto protegido, debido a la exclusividad que la mayoría de los derechos de propiedad intelectual ofrecen a su titular, éste puede llevar a cabo conductas abusivas como la imposición de *precios*

cicio. Cfr. Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho de las patentes de invención*, tomo II, p. 364.

104. “La Corte Europea en varios casos ha dado atención tanto al contenido central de los derechos de propiedad individual bajo el derecho nacional, para indagar sus límites, y a los criterios por los cuales el ejercicio de esos derechos debe ser juzgado. Estos derechos y criterios son referidos usualmente, de manera respectiva, como el ‘objeto específico’ y la ‘función esencial’ de particulares formas de propiedad intelectual bajo los derechos nacionales. En principio el uso excesivo aun de un derecho dentro del objeto específico puede ser restringido bajo el derecho de la Comunidad si podría conducir a una discriminación artificial o una restricción encubierta del comercio entre los estados miembros o podría en circunstancias especiales posibilitar el abuso de posición dominante”. [“The European court has in a number of cases given attention both to the core content of individual property rights under national law, in order to ascertain their boundaries, and to the criteria by which the exercise of those rights are to be judged. These rights and criteria are usually referred to respectively as the ‘specific subject matter’ and the ‘essential function’ of particular forms of intellectual property under national laws. In principle the excessive use even of a right falling within the specific subject matter can be restricted under Community law if it would lead to an artificial discrimination or disguised restriction on trade between Member States or it would in special circumstances enable abuse of dominant position”.]. Tomado de D. G. Goyder, *EC Competition L.*, p. 300, traducción del autor.

105. En este punto, solo realizamos una enunciación de las principales conductas anticompetitivas que han sido señaladas por los tribunales u otros estudios. No pretendemos, bajo respecto alguno, agotar la variedad de conductas que podrían presentarse.

excesivos,¹⁰⁶ *ventas atadas*,¹⁰⁷ *extensión de su poder hacia otros mercados*,¹⁰⁸ entre otras.

De otro lado, en relación con la *autorización* de la explotación a terceros, es un derecho del titular otorgar licencias o no.¹⁰⁹ En el primer caso, surgirá una de las preocupaciones fundamentales del derecho de la competencia,¹¹⁰ esto es, la inclusión de cláusulas restrictivas en los contratos de licencia.¹¹¹ Dichos contratos son, fundamentalmente, fuente de acuerdos horizontales¹¹² o verticales,¹¹³ sin perjuicio de que resulten del abuso de una po-

106. Carlos M. Correa, "Propiedad intelectual y competencia: el papel de las licencias obligatorias", p. 58.

Sin embargo, esta es una materia compleja, debido a que la exclusividad que garantizan los derechos de propiedad intelectual tiene por fin permitir la recuperación de los costos de investigación y desarrollo llevados a cabo por el titular. Conforme fue resuelto en el caso *Renault*, "[con referencia más particularmente a la diferencia de precios entre los componentes vendidos por el fabricante y aquellos vendidos por los productores independientes, debería anotarse que la Corte ha sostenido (...) que un precio más alto por el primero que por estos últimos no necesariamente constituye un abuso, porque el propietario de derechos protectores con respecto a un diseño ornamental puede legalmente requerir una ganancia sobre las cantidades que él ha invertido para perfeccionar el diseño protegido". ["With reference more particularly to the difference in prices between components sold by the manufacturer and those sold by the independent producers, it should be noted that the Court has held (...) that a higher price for the former than for the latter does not necessarily constitute an abuse, since the proprietor of protective rights in respect of an ornamental design may lawfully call for a return on the amounts which he has invested in order to perfect the protected design"]. Tomado de George A. Bermann, *et al.*, *Cases and Materials on European Community Law*, St. Paul, West Publishing, 1993, pp. 821-822.

107. Cfr. Organization for Economic Co-operation and Development, *Competition Policy and Intellectual Property Rights*, p. 23.

108. Existe "el principio de que el ejercicio de derechos de propiedad industrial es lícito, en tanto no tienda a extender el monopolio, poder de mercado o exclusividad derivados de tales derechos a actividades o materias no protegidas por la legislación que da origen a tales derechos". Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, p. 691.

109. Con relación a las patentes de invención, claramente, se ha puesto de manifiesto que "[u]no de los efectos principales de las patentes es que su titular es el único facultado para decidir si realiza la fabricación, utilización o comercialización del producto patentado por sí o autoriza a llevar a cabo todas o algunas de estas actividades a terceros". Andrés Moncayo von Hase, *El nuevo régimen de patentes de invención: extensión y límites a los derechos*, p. 127.

110. Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho de las patentes de invención*, tomo II, p. 471.

111. Sobre este tema, se recomienda consultar Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, pp. 715-746.

No obstante, debe tenerse presente que los acuerdos de distribución contentivos de cláusulas de exclusividad territorial han sido señalados, frecuentemente, como pro competitivos.

112. Esto es lo que se conoce como *cartelización* –formación de carteles– mediante contratos de licencia entre actuales o potenciales competidores a fin de fijar precios, limitar la producción o dividir los mercados, sea a nivel de licenciante o licenciados. Cfr. Organization for Economic Co-operation and Development, *Competition Policy and Intellectual Property Right*, p. 22.

113. Tal el caso de restricciones verticales en las que un nuevo competidor, precisamente por la existencia de la práctica, requiere entrar en varios niveles del mercado de manera simultánea. Lo mismo

sición de dominio en el mercado.¹¹⁴ En el segundo, en cambio, la negativa a conceder licencias voluntarias por parte del titular de un derecho de propiedad intelectual, puede ser, bajo ciertos respectos, una conducta anticoncurrencial.¹¹⁵

Por último, la misma defensa de los derechos de propiedad intelectual cuando es infundada es reconocida como una práctica contraria a la competencia.¹¹⁶

puede decirse de los casos en que, vía licencia, se impone a los licenciados la exclusividad en el uso de la tecnología del licenciador, eliminando –de esa forma– las posibilidades de emplear tecnología de otros potenciales licenciadores. Cfr. *ibid.*, pp. 22-23.

114. A manera de ejemplo, el art. 14 de la Decisión 291 de la Comisión de la Comunidad Andina, *Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías*, con relación a los contratos de transferencia de tecnología externa dispone que: “Para efectos del registro de contratos sobre transferencia de tecnología externa, marcas o sobre patentes, los Países Miembros podrán tener en cuenta que dichos contratos no contengan lo siguiente:

- a) Cláusulas en virtud de las cuales el suministro de tecnología o el uso de una marca, lleve consigo la obligación para el país o la empresa receptora de adquirir, de una fuente determinada, bienes de capital, productos intermedios, materias primas u otras tecnologías o de utilizar permanentemente personal señalado por la empresa proveedora de tecnología;
- b) Cláusulas conforme a las cuales la empresa vendedora de tecnología o concedente del uso de una marca se reserve el derecho de fijar los precios de venta o reventa de los productos que se elaboren con base en la tecnología respectiva;
- c) Cláusulas que contengan restricciones referentes al volumen y estructura de la producción;
- d) Cláusulas que prohíban el uso de tecnologías competidoras;
- e) Cláusulas que establezcan opción de compra, total o parcial, en favor del proveedor de la tecnología;
- f) Cláusulas que obliguen al comprador de tecnología a transferir al proveedor, los inventos o mejoras que se obtengan en virtud del uso de dicha tecnología;
- g) Cláusulas que obliguen a pagar regalías a los titulares de las patentes o de las marcas, por patentes o marcas no utilizadas o vencidas; y
- h) Otras cláusulas de efecto equivalente...”.

Considérese también como práctica abusiva la *adquisición de patentes* para eliminar tecnologías competidoras. Cfr. Banco Mundial y Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *La política de competencia en la economía global: una perspectiva latinoamericana*, p. 38. Un análisis detallado de esta conducta puede encontrarse en Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, pp. 702-710, y *Derecho de las patentes de invención*, tomo II, pp. 475 y ss.

115. Ver la referencia al caso *Magill*, en que la justicia comunitaria europea resolvió que la negativa a conceder licencias de derechos de *copyright* sobre avances de listas de programación era una conducta abusiva, en D. G. Goyder, *EC Competition Law*, pp. 355-359. Dicho pronunciamiento se lo considera extensivo, incluso, a derechos de patente de invención. Cfr. Andrés Moncayo von Hase, *El nuevo régimen de patentes de invención: extensión y límites a los derechos*, p. 187.

116. Por último, la *defensa* de los derechos de propiedad intelectual puede constituir una *práctica predatoria* –distinta de la realizada a través de precios–. Por ello, de mala fe, se promueven litigios con miras a excluir rivales. Así, se consigue que nuevos competidores no puedan afrontar los costos –derivados de esos procedimientos– frente a los ya establecidos. Cfr. “Organization for Economic Cooperation and Development”, *Competition Policy and Intellectual Property Rights*, pp. 24-25.

Todas estas hipótesis deben entenderse sin perjuicio de que el mismo ejercicio de los derechos de propiedad intelectual sea una *farsa*, una mera cobertura, para la realización de prácticas anticompetitivas que son las que subyacen en realidad.¹¹⁷

A manera de conclusión, parece adecuado afirmar que el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual es lícito en la medida en que no desborde los objetivos perseguidos por la legislación de esa materia, en tanto que, en el evento contrario, de perseguir objetivos contrarios a la competencia económica, podrá ser calificado de anticoncurrencial.¹¹⁸ Pese a la laxitud y obviedad de esta conclusión, debido a la complejidad de esta temática, que impide la formulación de principios generales más detallados, es éste el único resultado al que podemos arribar.

EL AGOTAMIENTO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y LA CONCESIÓN DE LICENCIAS OBLIGATORIAS COMO REMEDIOS A LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS

Frente a la realización de conductas anticompetitivas, el régimen tutelar de la concurrencia busca, a través de diferentes tipos de medidas, la restauración de ésta.¹¹⁹ En el caso de conductas anticoncurrenciales realizadas mediante el ejercicio de derechos de propiedad intelectual, son dos los remedios principales que buscan mantener o restablecer la competencia.¹²⁰

117. Por ejemplo, es reconocido que los acuerdos de licencia pueden ser *simulados*, en cuyo caso es un claro indicio el poco interés de las partes en la transferencia de los derechos de propiedad intelectual en relación con el que tienen respecto de los fines anticompetitivos —ya señalados— en mercados distintos a los de esos derechos. Cfr. “Organization for Economic Co-operation and Development”, *Competition Policy and Intellectual Property Rights*, p. 22.

118. Ello ha sido señalado con relación a los derechos de patente de invención en los siguientes términos: “Esta coexistencia de los derechos subjetivos del patentado con el principio general de libre competencia requiere que esos derechos subjetivos se ejerzan dentro de un marco determinado, que es el previsto por la propia legislación de patentes”, Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho de las patentes de invención*, tomo II, p. 251.

Parece ser esa la orientación de la legislación de patentes Argentina que, en su art. 44, luego de enumerar tres conductas específicas contrarias a la competencia, sienta como criterio general que será, asimismo considerada anticoncurrencial, cualquier otro acto que encuadre en las conductas consideradas punibles por la ley que tutela la competencia. El texto de esta ley puede consultarse en *ibíd.*, pp. 859 y ss.

119. Cfr. Carlos Fernández-Lerga Garralda, *Derecho de la competencia*, pp. 46-47.

120. Carlos M. Correa, “Propiedad intelectual y competencia: el papel de las licencias obligatorias”, p. 51.

En primer lugar,¹²¹ tenemos el principio del *agotamiento de los derechos*.¹²² La perspectiva más sobresaliente al respecto es la que nos ofrecen los sistemas de integración económica,¹²³ pues una de las esenciales libertades que los impregnan es la de movimiento de bienes.¹²⁴ Fuera de las barreras tarifarias que pueden restringir esa circulación, existen otras que pueden producir similares efectos. Tal es el caso del ejercicio de los derechos de propiedad intelectual y, en general, de las prácticas anticoncurrenciales. En este entorno, se ha formulado el principio de *agotamiento de los derechos de propiedad intelectual*, en virtud del cual, las facultades impositivas del titular de un derecho de propiedad intelectual se agotan respecto de los productos protegidos que han sido puestos en el comercio por el propio titular o un tercero autorizado por él.¹²⁵ De este modo, el titular se encuentra inhabilitado para prohibir la importación de esos productos en el territorio en que su derecho se encuentra protegido. Estas son las llamadas *importaciones paralelas*.

Conviene resaltar, además, que la doctrina del agotamiento de los derechos, se ha dicho, es aplicable a todos los derechos de propiedad intelectual que otorgan exclusividad a su titular¹²⁶ y, en la actualidad, ha adquirido con-

121. Pese a que este principio se originó como remedio a prácticas anticompetitivas en el comercio internacional, en el estado actual, debido a su amplia recepción normativa, operarla —más bien— como un límite al ejercicio de los derechos.

122. En este punto, es importante tener presente que el art. 6 del Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio deja en libertad a los estados para la adopción del régimen de agotamiento de derechos.

123. La formulación de este principio, fruto del derecho comunitario europeo, obedeció, principalmente, a la coexistencia de diversos titulares, cada cual con protección territorial en su país, respecto de un mismo derecho de propiedad intelectual. Sobre el desarrollo jurisprudencial de este principio, y sus excepciones, ver D. G. Goyder, *EC Competition Law*, pp. 301-315.

124. “En términos generales, las reglas sobre competencia y mercado libre tienen objetivos similares: la liberalización del comercio entre los estados miembros de restricciones impuestas sea por fuentes privadas o públicas”. [“In general terms, competition and free market rules have similar objectives: the freeing of trade between Member States from restraints imposed by either private or public sources”]. *Ibid.*, p. 316, traducción del autor.

Desde otra perspectiva, se ha manifestado que las normas sobre competencia protegen también la libre circulación de mercaderías y servicios. Cfr. Carlos Fernández-Lerga Garralda, *Derecho de la competencia*, p. 39.

125. Respecto de los derechos de patente de invención y de marcas, ver los arts. 54 y 158 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina. Para el caso de derechos de autor, este principio surge de la interpretación *contrario sensu* del art. 13 literal d) de la Decisión 351. Por último, en tratándose de obtenciones vegetales, ver el art. 27 de la Decisión 345.

126. Carlos M. Correa, “Propiedad intelectual y competencia: el papel de las licencias obligatorias”, p. 51, n. 7.

notación para el comercio internacional en general.¹²⁷

El otro remedio¹²⁸ que se nos ofrece es la concesión de *licencias obligatorias*.¹²⁹ Éste cuenta con amplio respaldo normativo.¹³⁰ Debe indicarse que este remedio es pertinente no solo en el caso de abusos de posiciones de dominio,¹³¹ sino también de otras prácticas anticompetitivas. Es necesario considerar, asimismo, que una licencia obligatoria no tiene efecto solo luego de perpetrada una conducta anticompetitiva, pues el solo riesgo de su concesión sirve también como elemento disuasivo.¹³² En ciertas situaciones de

127. Pese a que su origen vincula esta doctrina con los sistemas de integración económica, debido a su inclusión en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, tiene perspectiva de aplicarse a todo el comercio internacional. Cfr. Carlos Correa, *El Acuerdo TRIPs y el comercio internacional: efectos sobre América Latina y el Caribe*. Este documento puede ser consultado en <http://lanic.utexas.edu/sela/docs/tripdt2.htm>.

128. “Un principio general destinado a evitar el abuso del monopolio que otorga la ley es el otorgamiento de licencias compulsivas”, Rafael Pérez Miranda, *Propiedad industrial y competencia en México*, p. 215.

129. “La licencia obligatoria ha sido definida por Máthely como la licencia decidida por la autoridad competente, sin recurrir al consentimiento del propietario de la patente, que otorga a un tercero, bajo condiciones determinadas, el derecho a explotar la invención patentada”. Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho de las patentes de invención*, tomo II, p. 421.

130. Con respecto a derechos de patente de invención, la concesión de licencias obligatorias está respaldada en el art. 40 numeral segundo del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio. También en el art. 66 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina relativo, específicamente, a prácticas contrarias a la competencia.

En materia de derechos de autor, el art. 21 de la Decisión 351 deja en libertad a los países miembros para la adopción de este régimen. Sin embargo, “[e]l sistema llamado de *licencias no voluntarias* es excepcional. Constituye una solución de compromiso que se acepta únicamente cuando es imprescindible para preservar el acceso a las obras y su difusión adecuada”. (Delia Lipszyc, *Derechos de autor y derechos conexos*, p. 238), no así en tratándose de conductas anticompetitivas.

Para el caso de variedades vegetales, podría establecerse un parangón entre el licenciamiento obligatorio y la declaratoria de *libre disponibilidad*. Más todavía si se considera que los arts. 30 a 32 de la Decisión 345, que tratan sobre dicha declaratoria, están comprendidos en el capítulo VI de dicho cuerpo de normas, intitulado “Del Régimen de Licencias”. No obstante, es necesario reconocer esta declaratoria procede, según las citadas normas, en casos excepcionales de seguridad nacional o de interés público, no prácticas anticoncurrenciales.

Por último, en tratándose de signos marcarios, si bien la legislación de propiedad intelectual no prevé, como en las categorías anteriores, la concesión de licencias obligatorias en los casos de prácticas anticoncurrenciales, ello no obsta la aplicación de este remedio desde el régimen de la competencia económica. Sin embargo, en dichos casos, quizá la marca no sea suficiente para que el competidor desarrolle su actividad, sino que se requerirá de la concesión obligatoria de una *franquicia*, contentiva, a más de derechos sobre signos distintivos, de otros sobre patentes de invención y secretos industriales, por ejemplo.

131. Carlos M. Correa, “Propiedad intelectual y competencia: el papel de las licencias obligatorias”, p. 54.

132. Organization for Economic Co-operation and Development, *Competition Policy and Intellectual Property Rights*, p. 11, y Carlos M. Correa, “Propiedad intelectual y competencia: el papel de las licencias obligatorias”, p. 56.

abusos de posiciones monopolísticas o dominantes, se aconseja recurrir a las licencias de importación¹³³ o el otorgamiento de más de una licencia obligatoria sobre una misma invención.¹³⁴ Sin embargo, la efectividad de este instituto ha sido objeto de varios cuestionamientos,¹³⁵ principalmente debido a la falta de arraigo de sistemas reguladores de la competencia.¹³⁶

Lo importante es indicar que las medidas ofrecidas por los regímenes de propiedad intelectual y de competencia económica para remediar conductas anticompetitivas no son exclusivas¹³⁷ ni excluyentes entre sí,¹³⁸ por lo que el abanico de remedios es amplio y dependerá de cada situación y conducta particulares.

CONCLUSIONES

Los regímenes de propiedad intelectual y competencia económica (entendida ésta según el criterio *institucional*, que dejamos expresado) comparten objetivos comunes en la consecución del desarrollo tecnológico y el bienestar del consumidor. De ese modo se puede justificar la exclusividad que confieren —la mayoría de— los derechos de propiedad intelectual a su titular.

Los derechos de propiedad intelectual son monopolios legales. No se traducen, indefectiblemente, en monopolios en sentido económico. Con todo, pueden ser fuente de una posición monopolística o dominante en un determinado mercado relevante si confieren a su titular el poder de mercado necesario para configurarla.

A efecto de determinar la existencia de una posición monopolística o do-

133. *Ibid.*, p. 67.

134. *Ibid.*, p. 68.

135. En dicha inefectividad, cuentan condiciones como la dimensión del mercado doméstico y la insuficiente descripción de la tecnología que dificultan —si no inhiben— la explotación por parte del titular de una licencia obligatoria, ver *ibid.*, p. 56.

136. Cfr. Manuel Pachón y Zoraida Sánchez Ávila, *El régimen andino de la propiedad industrial*, p. 123.

137. Ello es, particularmente, importante en tratándose de derechos de autor y obtenciones vegetales, en que las normas aplicables (en nuestra exposición, las Decisiones de la Comunidad Andina) no prevén la concesión de licencias obligatorias por prácticas contrarias a la competencia —sin perjuicio de que estas prácticas puedan subsumirse en los supuestos sí previstos—.

138. “Los remedios contra práctica anticompetitivas pueden basarse en la legislación de defensa de la competencia, o en normas específicas de la propia legislación de propiedad intelectual. En los países industrializados se ha seguido, en general, el primer modelo, si bien en el marco de la propiedad intelectual se han desarrollado también principios específicos (como los de la doctrina del ‘patent misuse’ en los Estados Unidos)”. Carlos Correa, “Licencias obligatorias”, en *Derecho de patentes*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996, p. 186.

minante soportada sobre derechos de propiedad intelectual, dentro de los análisis de sustituibilidad de demanda y de oferta necesarios en la delimitación de lo que constituye un mercado relevante, debe considerarse características generales que ofrece el conjunto de aquellos derechos y otras peculiares de cada título o categoría. Como características generales, podemos mencionar la exclusividad legalmente garantizada por el derecho, la diferenciación de productos que esos derechos permiten y los efectos de redes y estandarización que algunos posibilitan. En cuanto a las características peculiares, hay que atender al objeto protegido por el derecho, al conjunto de facultades conferidas al titular y a las excepciones impuestas a éstas. Resultado de ello, podemos apreciar que los derechos de propiedad intelectual que protegen creaciones intelectuales tienen una aptitud anticompetitiva mayor que los que tutelan signos distintivos, pues aquellos confieren a su titular exclusividad respecto de una determinada actividad económica.

El espectro de prácticas anticompetitivas que pueden tener lugar mediante el ejercicio de derechos de propiedad intelectual es muy amplio. No existe tipificación o enunciación de principios generales detallados que pueda realizarse. Únicamente podemos adherir a la conclusión de que el ejercicio de derechos de propiedad intelectual, mediante cualesquiera de las facultades que confieren a su titular, será anticoncurrencial en la medida que con él se alcance objetivos contrarios al régimen de la competencia.

Frente al ejercicio contrario a la competencia económica de los derechos de propiedad intelectual, se erigen como remedios el principio del agotamiento de los derechos y la concesión de licencias obligatorias.

BIBLIOGRAFÍA

- Allfeld, Philipp, *Del derecho de autor y del derecho del inventor*, traducción de Ernesto Volkening, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1999.
- Álvarez, María Yolanda; Restrepo, Luz María, *El derecho de autor y el software*, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 1997.
- Anthony, Sheila F. *Antitrust and Intellectual Property Law: from Adversaries to Partners*, AIPLA Quarterly Journal, Vol. 28, Number 1, Page 1, Winter. Este documento puede ser consultado en <http://www.ftc.gov/speeches/other/aipla.htm>.
- Bagby, John, *Antitrust Aspects of Intellectual Property*, 2000. Este documento puede ser consultado en <http://www.smeal.psu.edu/courses/blaw445.bagby/Ipmisuse.htm>.
- Banco Mundial / Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *La política de competencia en la economía global: una perspectiva latinoamericana*.

- na. Resumen interpretativo de la conferencia Foro de las Economías Emergentes del Mercado*, Buenos Aires, 28 al 30 de octubre de 1996.
- Baylos, Corroza, Hermenegildo, *Tratado de derecho industrial*, Madrid, Civitas, 1993.
- Bercovitz, Alberto, “Tendencias actuales en la propiedad intelectual”, en *Tendencias actuales del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- Bermann, George A., *et al.*, *Cases and Materials on European Community Law*, St. Paul, West Publishing, 1993.
- Buydens, Mireille, “Uso y abuso de la propiedad intelectual”, en *El Correo de la Unesco*, 1999.
- Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, Buenos Aires, Heliasta, 2001.
- *Derecho de las patentes de invención*, Buenos Aires, Heliasta, 2001.
- Chamberlin, Edward H., *Teoría de la competencia monopólica*, traducción de Cristóbal Lara y Víctor Urquidi, México, Fondo de Cultura Económica, 1956.
- Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, R.O. No. 109 de 16 de julio de 1997.
- Convenio por el que se establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, R.O. No. 885 de 3 de marzo de 1998.
- Cooter, Robert; Ulen, Thomas, *Derecho y economía*, traducción de Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- Correa, Carlos María, *El Acuerdo TRIPs y el comercio internacional: efectos sobre América Latina y el Caribe*. Este documento puede ser consultado en <http://lanic.utexas.edu/~sela/docs/tripdt2.htm>.
- “Licencias obligatorias”, en *Derecho de patentes*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996.
- “Propiedad intelectual y competencia: el papel de las licencias obligatorias”, en *El Estado y el derecho económico actual*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1996.
- Correa, Carlos María; Bergel, Salvador Darío, *Patentes y competencia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1996.
- Decisión 345 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, *Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales*, R.O. No. 327 de 30 de noviembre de 1993.
- Decisión 351 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, *Régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos*, R.O. No. 366 de 25 de enero de 1994.
- Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, *Régimen común sobre propiedad industrial*, R.O. No. 258 de 2 de febrero de 2001.

- Departamento de Justicia de los Estados Unidos y Comisión Federal de Comercio, *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, abril 6, 1995.
- Dhar, Biswajit; Rao C., Niranján, “La vinculación de los derechos de propiedad intelectual con el comercio”, en *Propiedad intelectual en el GATT*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996.
- Dromi, Roberto, *Competencia y monopolio, Argentina, Mercosur y OMC*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996.
- Dromi, Roberto; Ekmekdjian, Miguel Ángel; Rivera, Julio, *Derecho comunitario*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996.
- Fernández-Lerga, Carlos, *Derecho de la competencia*, Pamplona, Aranzadi, 1994.
- Gómez Leyva, Delio, “Las prácticas restrictivas de la competencia, acuerdos y prácticas concertadas”, en *Derecho de la competencia*, Santafé de Bogotá, El Navegante, 1998.
- Goyder, D. G., *EC Competition Law*, Oxford, Clarendon Press, 1996.
- Grupo de trabajo sobre políticas de competencia del área de libre comercio de las Américas. Reunión celebrada en Lima, el 16 y 17 de mayo de 1996, *Inventario sobre leyes normas nacionales referidas a las políticas sobre competencia en el hemisferio occidental*. § III. Este documento puede ser consultado en http://www.alca-ftaa.oas.org/cp_comp/spanishdlr/dlr_sums.asp.
- Harz, Mercer H., *Dominance and Duty in the European Union: a Look through Microsoft Windows at the Essential Facilities Doctrine*. Este documento puede ser consultado en <http://www.law.emory.edu/EILR/volumes/spg97/HARZ.html>.
- Jorda, Karl F., “Derechos de propiedad intelectual. Reflexiones sobre su naturaleza e importancia”, intervención en el Seminario sobre Patentes en la Comunidad Andina, realizado en Quito los días 9 y 10 de mayo de 2001, materiales suministrados por los organizadores del evento.
- Leguizamón Acosta, William, *Derecho constitucional económico*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000.
- Ley de Propiedad Intelectual, R.O. No. 320 de 19 de mayo de 1998.
- Lipszyc, Delia, *Derechos de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, Zavalía, 1993.
- Moncayo von Hase, Andrés, “El nuevo régimen de patentes de invención: extensión y límites a los derechos”, en *Derecho de patentes*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996.
- Organization For Economic Co-Operation And Development, *Competition Policy and Intellectual Property Rights*. Este documento puede ser consultado en <http://www.oecd.org/daf/clp/Publications/IPR.PDF>.
- Otamendi, Jorge, *Derecho de marcas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.
- Otero Lastres, José Manuel, “La invención y las excepciones a la patentabilidad en

- la Decisión 486 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena”, intervención en el Seminario sobre Patentes en la Comunidad Andina, realizado en Quito los días 9 y 10 de mayo de 2001, materiales suministrados por los organizadores del evento.
- Pachón, Manuel; Sánchez Ávila, Zoraida, *El régimen andino de la propiedad industrial*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999.
- Pastor, Santos, *Sistema jurídico y economía: una introducción al análisis económico del derecho*, Madrid, Tecnos, 1999.
- Patiño, María Isabel, *Los derechos de obtentores de nuevas variedades vegetales*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998.
- Pérez Miranda, Rafael, *Propiedad industrial y competencia en México*, México, Porrúa, 1999.
- Pitofsky, Robert, *Antitrust and Intellectual Property: Unresolved Issues at the Heart of the New Economy*. Speech before the Berkeley Center for Law and Technology, University of California. March 2, 2001. Este documento puede ser consultado en <http://www.ftc.gov/speeches/pitofsky/ipf301.htm>.
- Portellano Díez, Pedro, “La valoración del sistema de patentes: una enseñanza para el derecho de la competencia desleal”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, separata, s.l., s.e., s.a.
- Rengifo García, Ernesto, *El moderno derecho de autor*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- Rodger, Barry J.; MacCulloch, Angus, *Competition Law and Policy in the EC and UK*, London, Cavendish Publishing, 1999.
- Roffe, Pedro, El Acuerdo TRIPs y sus efectos: el caso de los países en desarrollo”, en *Propiedad intelectual en el GATT*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1997.
- Saldarriaga Lopera, Gustavo, “Instrumentos de análisis económico para el estudio de la competencia”, en *Derecho de la competencia*, Santafé de Bogotá, El Navegante, 1998.
- Samuelson, Paul A.; Nordhaus, William D., *Economía*, Madrid, McGraw-Hill, 1999.
- Sterckx, Sigrid, “El patentamiento de invenciones tecnológicas”, en *Perspectivas Bioéticas 7/8*, Barcelona, Gedisa y Área de Bioética de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 1999.
- The World Bank And Organization For Economic Co-Operation And Development, *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, s.l., 1999.
- Valentine, Debra A., “Abuse of Dominance in relation to Intellectual Property: U.S. Perspectives and the Intel Cases”. Speech before the Israel International Anti-

trust Conference, Tel Aviv, November 15, 1999. Este documento puede ser consultado en <http://www.ftc.gov.speeches/other/dvisraelin.htm>.

Velilla, Marco, “Una aproximación al concepto de abuso de posición dominante”, en *Derecho de la competencia*, Santafé de Bogotá, El Navegante, 1998.

Venero Aguirre, Begofía, “La protección legal de las invenciones”, en *Los retos de la propiedad industrial en el siglo XXI*, Lima, INDECOPI / OMPI, 1996.

Viciano Pastor, Javier, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

Zuloaga, Marco Aurelio, “La perspectiva colombiana de la promoción de la competencia”, en *Derecho de la competencia*, Santafé de Bogotá, El Navegante, 1998.