



**Conferencia de las
Naciones Unidas sobre
Comercio y Desarrollo**

Distr.
GENERAL

TD/B/COM.2/CLP/68
15 de mayo de 2008

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO
Comisión de la Inversión, la Tecnología
y las Cuestiones Financieras Conexas
Grupo Intergubernamental de Expertos en
Derecho y Política de la Competencia
Noveno período de sesiones
Ginebra, 15 a 18 de julio de 2008

Tema 3 *a*) del programa provisional

**LA POLÍTICA DE LA COMPETENCIA Y EL EJERCICIO DE
LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL**

Informe de la secretaría de la UNCTAD*

Resumen

La interrelación entre la política de la competencia y los derechos de propiedad intelectual (DPI) es fundamental para la dinámica económica, tanto de los países en desarrollo como de los países industrializados, que tratan de fomentar la innovación, la transferencia de tecnología, una oportunidad justa en los mercados para las empresas competitivas y productos asequibles y de buena calidad para los consumidores. Con respecto a los acuerdos de licencia, los principales problemas son la imposición de condiciones abusivas y la negativa a conceder licencias o a celebrar tratos. En la esfera de las fusiones y adquisiciones, la política de la competencia debe abordar cuidadosamente los efectos de esas transacciones en los mercados en lo que respecta a la innovación, así como sus consecuencias sobre la dinámica económica. Por lo tanto, la cuestión de si un determinado conjunto de DPI puede suscitar preocupaciones que pongan en entredicho la competitividad se debe analizar detenidamente en sí misma.

* El presente documento se presentó en la fecha indicada debido a demoras en su procesamiento.

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. ANTECEDENTES	1	3
II. INTRODUCCIÓN	2 - 14	3
A. Marco teórico	2 - 7	3
B. El marco internacional	8 - 9	6
C. La dimensión de desarrollo	10 - 14	8
III. ASPECTOS ESPECÍFICOS.....	15 - 39	10
A. La competencia y las patentes.....	16 - 21	10
B. La competencia y la concesión de licencias sobre los derechos de propiedad intelectual	22 - 29	13
C. Política de competencia, importaciones paralelas y agotamiento de los derechos de propiedad intelectual.....	30 - 32	16
D. Competencia y derechos de autor	33	17
E. Competencia y marcas comerciales	34 - 35	18
F. Competencia, propiedad intelectual y establecimiento de normas.....	36 - 37	19
G. Competencia y derechos sobre los datos de pruebas de productos farmacéuticos	38	20
H. Competencia e innovación en las fusiones	39	21
IV. PERSPECTIVAS: LA INTERRELACIÓN ENTRE LA POLÍTICA DE LA COMPETENCIA Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL, Y EL PAPEL DE LA UNCTAD.....	40	21

I. ANTECEDENTES

1. La interrelación entre los DPI y el derecho y la política de la competencia plantea importantes cuestiones económicas y jurídicas. Durante muchos años, la UNCTAD ha abordado regularmente este asunto. En las conclusiones convenidas aprobadas por el Grupo Intergubernamental de Expertos en su octavo período de sesiones se subrayaron las importantes funciones que desempeñan la política de la competencia y los derechos de propiedad intelectual en el logro de los objetivos de desarrollo y se pidió a la UNCTAD que preparase un informe sobre esta cuestión¹. El presente documento tiene tres objetivos principales: a) hacer una recapitulación del debate teórico; b) destacar determinados puntos de interés; y c) plantear cuestiones relativas a los futuros retos de la interrelación entre la política de la competencia y los DPI sobre las que los delegados podrían desear deliberar. Por consiguiente, ni la lista de la serie de cuestiones jurídicas examinadas en este informe ni las cuestiones adicionales planteadas pretenden ser exhaustivas.

II. INTRODUCCIÓN

A. Marco teórico

2. La propiedad intelectual se refiere a la información o el conocimiento que se puede incorporar a objetos tangibles en un número ilimitado de copias en diferentes lugares de cualquier parte del mundo². Los DPI son derechos exclusivos y temporales creados por la ley. Tienen por objetivo proporcionar incentivos para la inversión en innovaciones y su aplicación.

3. Muchas jurisdicciones nacionales tratan la propiedad intelectual como cualquier otra forma del derecho de propiedad³. En contraste con muchas otras formas de propiedad, la propiedad intelectual es susceptible de consumo simultáneo, es decir, que no hay un costo adicional para que cada persona se beneficie de ella. Sin embargo, si nadie paga por la propiedad intelectual, solo se podría crear una propiedad intelectual que no generase costos. Según la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea, "Los DPI se diferencian de los derechos de propiedad "normales" y por lo general son menos absolutos: a menudo tienen una duración limitada (patentes, derecho de autor), no están protegidos contra la creación paralela realizada

¹ UNCTAD (2007). Conclusiones convenidas aprobadas por el Grupo Intergubernamental de Expertos en su octavo período de sesiones, TD/B/COM.2/CLP/L.12, 24 de julio.

² Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (sin fecha), *Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos*, publicación de la OMPI N° 909 (S), que se puede consultar en http://www.wipo.int/freepublications/en/intproperty/909/wipo_pub_909.pdf.

³ Departamento de Justicia y Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos (1995), *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*; Comisión de la Competencia de Singapur (2006), *Guidelines on the Treatment of Intellectual Property Rights*.

por otros (derecho de autor, conocimientos técnicos) o pierden su valor cuando se convierten en públicos (conocimientos técnicos)"⁴.

4. Algunas de las controversias acerca de los DPI se originan en esta pregunta: "¿quién paga para estimular la actividad potencialmente innovadora cuando la reproducción de la propiedad intelectual, una vez creada, es gratuita o casi gratuita?" La legislación crea los DPI para permitir que los innovadores excluyan a otros y se beneficien de sus propias innovaciones. Por ejemplo, en el caso de las patentes, la legislación establece un equilibrio entre las pérdidas derivadas de la infrutilización de la patente durante su vigencia y los beneficios derivados de incentivar una actividad innovadora adicional. (Tanto la duración como su alcance son dimensiones importantes.) Se desconoce cuál es la duración o el alcance que permite lograr el "mejor" equilibrio, pero pese a ello las leyes deben escoger opciones y así lo hacen. Este equilibrio presenta variaciones en función del nivel de desarrollo de los países. Los países en desarrollo necesitan flexibilidad para determinar lo que consideran el equilibrio adecuado. En el mundo desarrollado, por ejemplo, la exclusión de algunos conocimientos -por ejemplo, la investigación básica- se considera en algunos casos inviable o no deseable.

5. Los regímenes de DPI desempeñan una función fundamental en la forma en que las empresas privadas y las instituciones dedicadas a la investigación adquieren y gestionan sus activos de conocimientos. Mediante su influencia en el ritmo, las pautas y la difusión del progreso tecnológico, así como en la competencia, los DPI tienen repercusiones sobre la capacidad de innovación y los resultados económicos de los países desarrollados y también de los países en desarrollo. Sin embargo, los regímenes de patentes más estrictos no necesariamente fomentan una mayor inversión en investigación y desarrollo, sino que más probablemente modifican la velocidad del despliegue nacional de la tecnología avanzada. La transición a una economía basada en los conocimientos, caracterizada por una importancia cada vez mayor de sectores que requieren un uso intensivo de tecnología, y la gestión eficiente de activos intelectuales ha generado cambios en las políticas gubernamentales en materia de DPI y en las estrategias de las empresas relativas a la gestión de los DPI.

Definiciones básicas

La propiedad intelectual consiste en información o conocimientos. Los derechos de propiedad intelectual (DPI) son derechos, establecidos en la legislación, que excluyen a los no titulares, durante una duración determinada y con un alcance específico, de explotar comercialmente la propiedad intelectual sin la autorización del titular. Los DPI se dividen en propiedad industrial y derecho de autor. La propiedad industrial incluye las patentes (que protegen las invenciones), los dibujos y modelos industriales (que protegen el aspecto de los productos industriales), "las marcas de comercio, las marcas de servicio, los esquemas de trazado de circuitos integrados, los nombres y designaciones comerciales y las indicaciones geográficas". Las patentes son el medio más difundido de proteger las invenciones. Una marca de fábrica o de comercio es un signo o una combinación de

⁴ Dirección General de Competencia de la Comisión Europea (2007), "Competition policy and the exercise of intellectual property rights", comunicación al octavo período de sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia.

signos que distingue las mercancías o los servicios de una empresa respecto de las demás empresas. El derecho de autor se utiliza para "[proteger] la forma de expresión de las ideas, y no las ideas propiamente dichas" en las obras artísticas o literarias. Los programas informáticos se incluyen en esta categoría.

Fuente: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (sin fecha). *Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos*. Publicación de la OMPI N° 909 (S), puede consultarse en http://www.wipo.int/freepublications/en/intproperty/909/wipo_pub_909.pdf.

6. El derecho y la política de la competencia y el derecho y la política de la propiedad intelectual a menudo son considerados en general como complementarios porque ambos procuran fomentar la innovación y el desarrollo de nuevas tecnologías y productos en beneficio de los consumidores⁵. Determinar la relación entre los dos regímenes no siempre resulta fácil, y algunos especialistas incluso dudan de que el derecho de la competencia sea adecuado para frenar los abusos en materia de DPI⁶.

7. La relación entre la competencia y la innovación (y, por tanto, la eficiencia dinámica) no resulta obvia en la teoría económica. Los que se adhieren a la opinión de Schumpeter sostienen que los monopolios pueden generar más fondos para la innovación y pueden captar mejor los rendimientos de la innovación y, por tanto, son los principales impulsores del progreso tecnológico e innovador en la sociedad⁷. Suelen considerar que las empresas compiten por

⁵ Estados Unidos (1995). "Durante las últimas décadas, los encargados de combatir los monopolios y los tribunales han reconocido que la legislación de propiedad intelectual y las leyes antitrust comparten los mismos objetivos fundamentales de mejorar el bienestar de los consumidores y fomentar la innovación." Contribuciones de Barbados, Bulgaria, Burkina Faso, Dinamarca, Francia, Indonesia, Italia, Japón, Perú, República Bolivariana de Venezuela, República Checa, Singapur, Turquía, Unión Europea, Viet Nam y Zimbabwe; Drexl, J. (2005), "The critical role of competition law in preserving public goods in conflict with intellectual property rights", en *Intellectual Public Goods and Transfer of Technology*, Cambridge; véase también Pakistán (2007). Contribución al octavo período de sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia: "Tanto la legislación sobre la competencia como la legislación sobre la propiedad intelectual estimulan la innovación y la eficiencia, pero tienen una naturaleza divergente porque abordan la misma cuestión de modo diferente".

⁶ Fox, E. (2005), "Can antitrust policy protect the global commons from the excess of IPRs?", en Carsten, F. (2005), *Intellectual Public Goods and Transfer of Technology*, Cambridge; "Competition law as a means of containing intellectual property", en *Intellectual Public Goods and Transfer of Technology*, Cambridge.

⁷ Peter, M. y Schumpeter, J. A. (1942), *Capitalism, Socialism and Democracy*. Véase también Curley, D. (2006), "Innovation, intellectual property and competition - a legal and policy perspective", en *The Stockholm Network Experts' Series on Intellectual Property and Competition*, Estocolmo; Comisión Europea, Dirección General de Competencia (2007);

monopolios sucesivos. Otros economistas, como Arrow, que sostiene la opinión opuesta, estiman que la competencia ofrece más incentivos para innovar. En un entorno competitivo, las empresas están constantemente incentivadas para invertir en investigación y desarrollo a fin de obtener o mantener una ventaja sobre sus rivales⁸. Quienes ejercen un monopolio pueden aplastar a los competidores innovadores, desalentando así la innovación⁹. Los estudios empíricos sobre la manera en que la estructura del mercado afecta a la innovación tampoco resulta clara: algunos sostienen que los datos corroboran la opinión de Arrow mientras que otros estiman que los mercados más innovadores no son demasiado competitivos ni tampoco demasiado monopolizados. En el mundo real, las tecnologías difieren y también difieren los mercados; por lo tanto, difiere también la forma en que funciona la competencia. Evans y Schmalensee, por ejemplo, señalan industrias tales como la de programas informáticos, las actividades comerciales basadas en Internet, las redes de comunicaciones, la telefonía móvil, la biotecnología y, en menor medida, la de productos farmacéuticos, como sectores que experimentan en nuestra época una competencia schumpeteriana¹⁰.

B. El marco internacional

8. Debido a la diversidad de las normas nacionales en materia de competencia, la armonización global de la interrelación entre la política de la competencia y los DPI parece improbable en el futuro próximo¹¹. Por ejemplo, en 2004 la Organización Mundial del Comercio (OMC) abandonó las negociaciones sobre la cuestión de la política de la competencia¹². De este modo, el Conjunto de Principios y Normas sobre Competencia de las Naciones Unidas¹³, aprobados en 1980 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, sigue siendo el único código multilateral oficial que trata la política de la competencia como tal. El Conjunto es un

Kenya (2007). "Competition policy and the exercise of intellectual property rights", contribución al octavo período de sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia. Escrito por Njoroge.

⁸ Dirección General de Competencia de la Comisión Europea (2007).

⁹ Stiglitz, J. (2005), "Intellectual property rights and wrongs". *Daily Times*, http://www.dailytimes.com.pk/default.asp?page=story_16-8-2005_pg5_12.

¹⁰ Citado en Comisión Europea, Dirección General de Competencia (2007).

¹¹ Heimler, A. (2007), "Competition law enforcement and intellectual property rights"; Rill, J. (2003). "International antitrust and intellectual property harmonization of the interface", en *Law and Policy in International Business*, verano, que se puede consultar en: http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3791/is_200307/ai_n9259838/pg_14.

¹² Decisión del Consejo General de la OMC, que se puede consultar en: http://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/draft_text_gc_dg_31july04_e.htm#invest_comp_gpa.

¹³ UNCTAD (2000), "Conjunto de Principios y Normas sobre Competencia de las Naciones Unidas", UNCTAD/RBP/CONF/10/Rev.2, que se puede consultar en: <http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=4106&lang=1>.

acuerdo multilateral que establece normas equitativas para el control de las prácticas contrarias a la competencia, reconoce la dimensión de desarrollo del derecho y la política de la competencia y proporciona un marco para la cooperación en el plano internacional. Uno de los objetivos del Conjunto es obtener una mayor eficiencia en el comercio internacional y el desarrollo mediante, entre otras cosas, el estímulo a la innovación. El Conjunto establece que las empresas deberían abstenerse de imponer restricciones a la importación de bienes que han sido legítimamente marcados en el extranjero con una marca comercial idéntica o similar a la marca comercial protegida en el país importador, cuando las marcas comerciales de que se trate sean del mismo origen y cuando esas restricciones limiten el acceso a los mercados o de otro modo limiten indebidamente la competencia. De este modo, el Conjunto aborda la cuestión de las importaciones paralelas, que han suscitado un creciente interés a lo largo de los años y se examinarán con mayor detalle en el capítulo III.

9. La protección de los DPI se aborda en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de la OMC. El Acuerdo sobre los ADPIC establece las normas mínimas de protección que se deben proporcionar en los principales sectores de los DPI y se establecen normas para su aplicación¹⁴. También concede ciertas flexibilidades para los países en desarrollo¹⁵. En algunas disposiciones se abordan explícitamente cuestiones relacionadas con la competencia, por ejemplo en el párrafo 1 del artículo 40, en el que se establece que "ciertas prácticas o condiciones relativas a la concesión de las licencias de los derechos de propiedad intelectual, que restringen la competencia, pueden tener efectos perjudiciales para el comercio y pueden impedir la transferencia y la divulgación de la tecnología" y, por lo tanto, pueden considerarse como ilícitas. El Acuerdo sobre los ADPIC reconoce las licencias obligatorias (su utilización por el gobierno o por un tercero autorizado por éste, mediante el pago de una remuneración adecuada, de la materia de una patente) con arreglo a la legislación nacional, y establece un procedimiento previo a la concesión de licencias obligatorias, así como excepciones. Se menciona específicamente, en un artículo separado, la salud pública y la nutrición de la población y el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico de los países miembros¹⁶. Las medidas destinadas a prevenir que los acuerdos de licencias restrictivos afecten negativamente a la competencia en el mercado interno es una cuestión que se deja a criterio de cada uno de los países miembros, aunque se alienta la celebración de consultas y la cooperación entre los miembros¹⁷. Además, en la Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública se aclaró que el Acuerdo no impide que los miembros adopten medidas para proteger la salud

¹⁴ UNCTAD (2004), Manual para la formulación y aplicación de las leyes de competencia, Nueva York y Ginebra.

¹⁵ Para más detalles acerca de las flexibilidades en materia de ADPIC, véase UNCTAD - ICTSD: Resource Book on TRIPS and Development.

¹⁶ Párrafo 1 del artículo 8 y apartado b) del artículo 31 del Acuerdo sobre los ADPIC, 15 de abril de 1994.

¹⁷ UNCTAD (2004).

pública, mencionándose específicamente las epidemias, ni adoptar medidas para poner término a arreglos de transición que hubiesen limitado el comercio de productos farmacéuticos¹⁸.

C. La dimensión de desarrollo

10. El Acuerdo sobre los ADPIC seguirá sin duda planteando serios retos a los regímenes de DPI de los países en desarrollo. No obstante, también autoriza algunas flexibilidades que estos países pueden utilizar para abordar las preocupaciones de determinados países en materia de desarrollo. Las principales inquietudes de los países en desarrollo en el contexto de la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC se centran, entre otras cosas, en tres cuestiones: a) el acceso a los medicamentos; b) la biotecnología y los conocimientos tradicionales; y c) la consecución de la transferencia de tecnología, que es sensible ante el clima que rodea a las inversiones extranjeras¹⁹. Los países en desarrollo se han centrado recientemente en la disponibilidad de excepciones en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC con respecto a la protección de la propiedad intelectual²⁰, especialmente para los productos farmacéuticos, por ejemplo en los casos de Sudáfrica²¹, Tailandia²², Brasil²³ y Rwanda²⁴. No obstante, la elaboración de políticas en materia de DPI en los países en desarrollo es una cuestión intersectorial y debe mantener un equilibrio entre las necesidades de proteger los DPI, fomentar la difusión tecnológica y desarrollar la industria nacional y la capacidad de innovación, teniendo en cuenta las

¹⁸ Cuarta sesión de la Conferencia Ministerial de la OMC, Doha, 14 de noviembre de 2001, que se puede consultar en: http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/trips_04_e.htm#declaration.

¹⁹ Janis, M. (2005), ""Minimal" standards for patent-related antitrust law under TRIPS", en *Intellectual Public Goods and Transfer of Technology*, Cambridge.

²⁰ En cuanto a la aplicación de las flexibilidades previstas en el Acuerdo sobre los ADPIC no solo para los países en desarrollo, véanse las contribuciones de Colombia, Dinamarca, Francia, India, Jamaica, Japón, Pakistán, Panamá, República Bolivariana de Venezuela, República Checa, Singapur, Suiza, Túnez y Turquía. Véase en particular el ejemplo de la República Bolivariana de Venezuela, donde el organismo encargado de la competencia aplicó el artículo 8 del Acuerdo sobre los ADPIC en casos concretos: Contribución de la República Bolivariana de Venezuela (2008). Contribución al noveno período de sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia.

²¹ La Decisión se puede consultar en: <http://www.compcom.co.za/resources/Media%20Releases/MediaReleases%202003/Jul/Med%20Rel%2034%200f16%20Dec%202003.asp>.

²² Flynn, S. (2007), "Thailand's lawful compulsory licensing and Abbott's anticompetitive response. Program on Information Justice and Intellectual Property", American University, Washington, D.C.

²³ Jack, A. y Lapper, R. (2007), "Brazil spurns patent on HIV drug", *Financial Times* (edición en línea).

²⁴ Rwanda (2007). IP/N/9/RWA/1, 19 de julio.

flexibilidades autorizadas por el Acuerdo sobre los ADPIC. Por otra parte, los países en desarrollo, que tienen un sistema de control de la competencia menos desarrollado, poseen escasa experiencia en la gestión de los casos de competencia relacionados con la propiedad intelectual²⁵.

11. Los regímenes de DPI difieren en los distintos países. Constituyen sólo uno de los componentes de una combinación amplia de políticas, que incluye la ciencia y la tecnología, la competencia y el comercio, lo que influye directa o indirectamente en su elaboración, aplicación y observancia. Desde la perspectiva del desarrollo, los retos consisten en identificar los componentes normativos básicos que se requieren para crear un sistema de DPI moderno, mejorar la coherencia de las políticas en materia de DPI y otras políticas pertinentes, y mejorar el diseño institucional para perfeccionar el funcionamiento del régimen de DPI, asegurando al mismo tiempo que el uso abusivo de los DPI no obstaculice la innovación y el crecimiento económico²⁶. Los países en desarrollo deberían estudiar las experiencias de algunos países desarrollados y países en desarrollo en el ajuste de sus políticas e instituciones para mejorar la protección de los DPI en el proceso de su transición a economías globalizadas e intensivas en conocimientos especializados²⁷.

12. El caso de Croacia muestra una manera interesante en que los países pequeños o en desarrollo pueden aprovechar los análisis y las facultades de jurisdicciones más grandes. A petición del organismo regulador de la competencia de Croacia, Microsoft se comprometió a respetar en Croacia las condiciones y obligaciones impuestas por la Comisión Europea en la decisión 2007/53/CE, de 24 de marzo de 2004, confirmada por el Tribunal de Primera Instancia el 17 de septiembre de 2007²⁸.

13. Las investigaciones del Banco Mundial ofrecen datos más matizados sobre la relación entre el desarrollo, la competencia y el progreso tecnológico. Dicho simplemente, en los países en desarrollo el progreso tecnológico se obtiene mediante la absorción o adaptación de tecnologías extranjeras. La capacidad de los países en desarrollo para lograrlo depende de su contacto con las tecnologías extranjeras, usualmente mediante inversión extranjera directa (IED), la voluntad de los empresarios nacionales de asumir riesgos con respecto a las tecnologías, y las aptitudes de la población. El Banco Mundial señala una tendencia según la cual en algunos

²⁵ En cuanto a la escasez de precedentes en casos de competencia relacionados con los DPI, no solo en los países en desarrollo, véanse las contribuciones de Albania, Barbados, Bhután, Bosnia y Herzegovina, Burkina Faso, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Eslovaquia, India, Indonesia, Jamaica, Letonia, Perú, República Bolivariana de Venezuela, República Checa, Singapur, Túnez, Turquía, Uruguay, Viet Nam y Zimbabwe.

²⁶ Commission on Intellectual Property Rights (2002), *Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy*, CIPR, Londres.

²⁷ Sobre las experiencias de los antecedentes legales de los Estados Unidos en este contexto, véase Janis (2005).

²⁸ Croacia (2008), *Contribución al noveno período de sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia*.

sectores los regímenes más sólidos en materia de DPI están asociados con mayores corrientes de conocimientos y de IED hacia los países en desarrollo de medianos y grandes ingresos, pero no hacia los países pobres²⁹.

14. No todo el mundo está convencido de que los DPI o el derecho de la competencia son beneficiosos. La comunicación de Indonesia al octavo período de sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia describía la opinión popular en ese país: a) los DPI son los derechos de los países adelantados; b) el derecho de la competencia pertenece únicamente a los países desarrollados; y c) la gente compra productos pirateados porque son mucho más baratos que los productos protegidos por licencias. En la comunicación de Kenya al octavo período de sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia se expresa la opinión de que "los derechos exclusivos pueden tender a favorecer a las empresas grandes o dominantes, con independencia de la situación jurídica de sus reclamaciones, porque los litigios [en materia de patentes] son costosos y lo probable es que su resultado favorezca a la parte que disponga de más fondos".

III. ASPECTOS ESPECÍFICOS

15. El presente informe se limita a algunos aspectos de la interrelación entre los DPI y la política de la competencia. Las prácticas contrarias a la competencia relacionadas con los DPI pueden incluir la colusión, la supresión de incentivos para innovar o la exclusión de competidores. Algunas restricciones específicas en los acuerdos de concesión de licencias pueden incluir restricciones territoriales o exclusividad, en violación de la legislación sobre la competencia de algunas jurisdicciones.

A. La competencia y las patentes

1. La interrelación entre patentes existentes

16. Un problema específico es la situación en la que se combinan varias patentes. Tales combinaciones son usadas cada vez más por las empresas y pueden ocasionar efectos contrarios a la competencia. Los casos de DPI que incluyan patentes combinadas casi no tienen precedentes en los países en desarrollo o los países en transición³⁰. Por consiguiente, podría ser

²⁹ Banco Mundial (2008), "Global Economic Prospects 2008: Technology Diffusion in the Developing World". Puede consultarse en <http://econ.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTDEC/EXTDECPROSPECTS/GEPEXT/EXTGEP2008/0,,contentMDK:21603882~menuPK:4503397~pagePK:64167689~piPK:64167673~theSitePK:4503324,00.html>.

³⁰ En cuanto a la escasez de precedentes en casos de DPI que involucren patentes combinadas, no solo en los países en desarrollo o los países en transición, véanse las contribuciones de Albania, Barbados, Bhután, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Burkina Faso, Colombia, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Federación de Rusia, Francia, India, Indonesia, Italia, Jamaica, Pakistán, Panamá, Perú, República Checa, Singapur, Suiza, Túnez, Turquía, Uruguay, Viet Nam y Zimbabwe.

útil que los expertos examinaran los posibles efectos contrarios a la competencia de esas prácticas y se preparasen para reaccionar cuando los primeros casos se presenten en sus países³¹.

17. Las "marañas de patentes" son conjuntos superpuestos de derechos de patente que obligan a quienes desean comercializar nuevas tecnologías a obtener licencias para usar múltiples patentes, lo que posiblemente eleva los costos de manera considerable³². La concesión recíproca de licencias tiene el efecto positivo de permitir que las empresas que trabajan con una maraña de patentes compuesta por patentes superpuestas puedan combinar el uso de diferentes patentes para desarrollar tecnologías. Sin embargo, pueden ayudar a crear una coordinación de precios (contraria a la competencia) y pueden establecer barreras al acceso a los mercados de otros competidores que podrían verse obligados a negociar con todas las empresas involucradas o podría imponer condiciones abusivas a quienes no son miembros³³. Los consorcios de patentes están constituidos por múltiples titulares de patentes que ponen en común sus patentes y, mediante una entidad conjunta, conceden licencias a terceros³⁴. Los consorcios de patentes pueden reducir los costos de transacción al hacer posible que una parte negocie simultáneamente múltiples licencias para utilizar diversas patentes.

18. ¿De qué manera el derecho y la política de la competencia podrían tratar estas prácticas empresariales? La acumulación de patentes en bloques generalmente reduce los costos de transacción y las incertidumbres, por lo que puede aumentar la eficiencia³⁵. Sin embargo, puede tener efectos contrarios a la competencia si, por ejemplo, se los utiliza para coordinar o fijar los precios, o bien para desalentar la innovación³⁶. Los consorcios de patentes integrados por simples patentes sustitutivas (las que abarcan tecnologías competidoras) son generalmente más problemáticas que las integradas por complementos (las que abarcan diferentes partes de la

³¹ Para ilustrar las preocupaciones relativas a prácticas contrarias a la competencia derivadas de las patentes combinadas, se puede examinar el razonamiento y los criterios aplicados por el Tribunal de Apelación para el Circuito Federal de los Estados Unidos en una causa reciente: *U.S. Philips Corp. v. International Trade Commission*, Tribunal de Apelación para el Circuito Federal de los Estados Unidos, 04-1361, analizado en Bhattacharyya, S. (2007). *U.S. Philips Corp. v. International Trade Commission: Seeking a Better Tie Between Antitrust Law and Package Licensing*, en *Columbia Journal of Law and Social Problems*, Nueva York.

³² Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos (2003), *To promote innovation: the proper balance of competition and patent law and policy*, informe.

³³ Jaffe, A. y Lerner, J. (2004), *Innovation and its discontents: how our broken patent system is endangering innovation and progress, and what to do about it*, Princeton University Press.

³⁴ Ullrich, H. (2005), "Patent pools: approaching a patent law problem via competition policy", en *European Competition Law Annual*.

³⁵ Estados Unidos (1995).

³⁶ Departamento de Justicia y Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos (2007), "Antitrust enforcement and intellectual property rights: promoting innovation and competition". Puede consultarse en: www.ftc.gov/reports/index.shtm.

misma tecnología)³⁷. La combinación de varios DPI puede plantear la cuestión de si la acumulación de regalías da lugar a regalías "abusivamente altas" que sean contrarias a la competencia³⁸.

19. Estas cuestiones también se reflejan en el hecho de que la Comisión Europea inició una investigación sobre el sector de la industria de productos farmacéuticos a comienzos de 2008 con respecto a problemas de competencia en las redes de patentes. La investigación responde a indicaciones de que la competencia en los mercados de productos farmacéuticos de Europa quizá no está funcionando bien, con un número menor de productos farmacéuticos nuevos que ingresan en el mercado y al parecer un ingreso retrasado de productos genéricos.

La investigación está examinando acuerdos entre empresas farmacéuticas, tales como transacciones en controversias sobre patentes, y la posible creación de barreras artificiales a la entrada mediante, entre otros medios, el uso indebido de derechos de patente o mediante litigios maliciosos³⁹.

2. Concesión de nuevas patentes

20. El proceso de concesión de nuevas patentes puede generar problemas de competencia. Una patente que tal vez sea inválida o excesivamente amplia (de "mala calidad") puede disuadir la innovación porque incita a los rivales a tomar medidas para evitar infringir la patente de mala calidad. Los competidores innovadores desisten por el temor a un pleito costoso en tiempo y dinero o por verse obligados a pagar regalías injustificadas. Puede ocurrir, por ejemplo, que los rivales abandonen ciertos proyectos de investigación. ¿Cómo puede la política de la competencia mejorar esa situación? Puesto que el proceso de concesión de patentes suele estar a cargo únicamente de las autoridades reguladoras de los derechos de propiedad intelectual, sería de desear que se debatiera sobre cómo podrían preverse y evitarse los posibles efectos contrarios a la libre competencia de las patentes de mala calidad.

21. Más adelante se mencionan algunos ejemplos de estrategias de concesión de patentes que podrían crear efectos contrarios a la libre competencia. La "perennidad" de las patentes consiste en adquirir patentes sobre una innovación posterior menor o trivial a fin de prorrogar la vigencia de los derechos exclusivos una vez vencido el plazo de la patente original. Un ejemplo de esto es el caso europeo de Astra Zeneca⁴⁰, en que se determinó que la empresa estaba abusando de su posición dominante al hacer un uso indebido de los procedimientos oficiales para excluir a los competidores genéricos⁴¹. Las técnicas de "cobertura general" (*blanketing*) (o de "avalancha"

³⁷ Estados Unidos (2007).

³⁸ Correa, C. (2007), "Intellectual property and competition law: exploration of some issues of relevance to developing countries", Universidad de Buenos Aires, julio.

³⁹ Comisión Europea (2008), comunicado de prensa IP/08/49, de 16 de enero de 2008, que se puede consultar en <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/49&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

⁴⁰ Decisión de la Comisión, caso COMP/A, 37.507/F3 Astra Zeneca, recurrida.

⁴¹ Dirección General de Competencia de la Comisión Europea (2007).

(*flooding*) o de "extracción" (*mining*)) consisten en transformar determinado sector en una maraña de patentes, es decir una "densa telaraña de derechos de propiedad intelectual superpuestos en que una empresa debe abrirse paso a machete para llegar efectivamente a comercializar una nueva tecnología"⁴². Hay quien dice que ha aumentado el riesgo de abusos estratégicos y prácticas contrarias a la libre competencia en relación con las patentes, ya que los Estados Unidos en particular han facilitado el procedimiento para obtener y hacer valer una patente, mientras han añadido dificultades al procedimiento de impugnación de su validez⁴³.

B. La competencia y la concesión de licencias sobre los derechos de propiedad intelectual

1. Acuerdos de concesión de licencias

22. Algunas condiciones frecuentes de los acuerdos de concesión de licencias podrían ser preocupantes en lo que se refiere a la competencia, pero se deberían evaluar determinando exhaustivamente los hechos y caso por caso. Las cláusulas no reivindicatorias "suelen disponer que una parte contratante no hará valer una patente ni otros derechos de propiedad intelectual contra la otra parte contratante, aunque la segunda realice un uso infractor"⁴⁴. Estas cláusulas permiten a las empresas evitar los pleitos, lo que reduce los costos de transacción, pero pueden desalentar la innovación porque limitan la capacidad del licenciataria de percibir los beneficios de su propiedad intelectual⁴⁵. Una cláusula de retrocesión es "un acuerdo en virtud del cual un licenciataria conviene en extender al licenciante del derecho de propiedad intelectual el derecho de usar los perfeccionamientos de la tecnología objeto de la licencia introducidos por el licenciataria"⁴⁶. Las condiciones de las cláusulas de retrocesión varían. Pueden facilitar las licencias posteriores porque permiten que ambas partes compartan el riesgo acerca del verdadero valor de la propiedad intelectual inicial y adicional. No obstante, pueden generar preocupación por los efectos negativos en la libre competencia, como establece explícitamente el párrafo 2 del artículo 40 del Acuerdo sobre los ADPIC, porque pueden redactarse de forma tal que el licenciante original coseche todos los beneficios de cualquier invención posterior (con lo que se desalentaría esa invención) y pueden ampliar indebidamente el poder de mercado de un licenciataria. Los acuerdos sobre regalías con cláusulas de utilidad eventual "conceden al propietario de una patente de las fases iniciales del proceso de un instrumento de investigación el derecho a cobrar una suma en proporción a las ventas o la utilización de un producto creado con ese instrumento en fases posteriores". Pueden ser eficientes si permiten que los investigadores

⁴² Shapiro, C. (2001), "Navigating the patent thicket: cross licenses, patent pools, and standard-setting", en *Innovation Policy and the Economy*, Adam Jaffe y otros, eds.

⁴³ Jaffe, A. y Lerner, J. (2004 y 2006), "Innovation and its discontents", en *The Wall Street Journal*.

⁴⁴ Estados Unidos (2007).

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*

de las fases siguientes compartan los riesgos de la innovación, pero también pueden desalentar la innovación consiguiente⁴⁷.

23. En algunas grandes jurisdicciones se delimita una determinada zona de seguridad en que los acuerdos de licencia no se pueden impugnar legalmente. Las autoridades reguladoras de la competencia de los Estados Unidos esperan que esas condiciones, en su conjunto, no perjudiquen la competencia. Los factores que se evaluarían en casos concretos serían los siguientes: a) si el titular de la patente tiene poder de mercado; b) si la práctica alienta la coordinación ilegal; c) si la práctica interpone barreras a la entrada; y d) si la práctica desalienta la futura innovación⁴⁸. El reglamento de exención por categorías de los acuerdos de transferencia de tecnología de la Comisión Europea (2004) (Reglamento (CE) N° 772/2004 de la Comisión de 27 de abril de 2004 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología) presenta una zona de seguridad para los acuerdos de concesión de licencia de DPI. Cuando un acuerdo no contenga restricciones seriamente contrarias a la competencia, y el licenciante y el licenciario son competidores, su cuota conjunta en el mercado debe ser inferior al 20% para tener derecho a la zona de seguridad, pero si no son competidores, cada uno debe tener una cuota de mercado inferior al 30% para tener ese derecho. En cuanto a las cláusulas contractuales descritas anteriormente, ni las obligaciones exclusivas de retrocesión ni las cláusulas no reivindicatorias reúnen esas condiciones.

24. En Indonesia se registró un caso relativo a licencias exclusivas. Un proveedor de programas de televisión de pago, ESPN Star Sport, tenía previsto rescindir su contrato con seis emisoras de Indonesia y ofrecer a una única emisora un contrato de exclusividad de las transmisiones. El organismo regulador de la competencia de Indonesia estimó que ese contrato violaría la Ley sobre la competencia. ESPN Star Sport convino en anular el plan de concesión de la licencia exclusiva⁴⁹.

2. Negativa a conceder licencias y licencias obligatorias

25. Aunque las condiciones jurídicas de las licencias obligatorias (el gobierno usa o autoriza a una persona a usar una materia protegida sin el consentimiento del titular del DPI) varían mucho de un país a otro, parece reconocerse en general que algunos casos de negativa a conceder una licencia podrían lesionar la libre competencia y podrían tratarse, en circunstancias adecuadas, como una violación de la libre competencia⁵⁰.

26. Cuando un único titular de DPI niega la concesión de una licencia, la primera pregunta es si los DPI confieren poder de mercado. En caso contrario, la negativa probablemente no

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Indonesia (2008), contribución al noveno período de sesiones de Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia.

⁵⁰ Contribuciones de Barbados, Croacia, Dinamarca, Francia, Japón, Perú, República Checa, Singapur, Túnez, Unión Europea y Zimbabwe; Estados Unidos (2007).

perjudique la libre competencia. Aunque los DPI confieran poder de mercado, la negativa a conceder la licencia puede no ser una violación del derecho de la competencia. Las distintas jurisdicciones valoran la situación de manera diferente. Tras las audiencias públicas celebradas recientemente y la decisión del Tribunal Supremo en la causa *Trinko*⁵¹, en los Estados Unidos hubo un consenso general en el sentido de que las negativas incondicionales a conceder licencias no violaban las leyes sobre la competencia. Sin embargo, las negativas condicionales a conceder licencias podían perjudicar la libre competencia y violar las leyes sobre la competencia⁵².

27. En cambio, el Tribunal Europeo de Primera Instancia, en su sentencia de 2007 en la causa *Microsoft*⁵³, ordenó a la empresa facilitar información sobre interoperabilidad. El Tribunal afirmó lo siguiente:

"[Una] simple negativa, incluso por parte de una empresa que ocupa una posición dominante, a conceder una licencia a un tercero no puede constituir en sí misma un abuso de la posición dominante en el sentido del artículo 82 CE. Sólo cuando se acompaña de circunstancias excepcionales como las previstas hasta la fecha en la jurisprudencia, esa negativa puede calificarse de abusiva y, por consiguiente es lícito, teniendo en cuenta el interés público de mantener la libre competencia efectiva en el mercado, inmiscuirse en el derecho exclusivo del titular del derecho de propiedad intelectual exigiéndole que conceda licencias a terceros que procuran entrar o mantenerse en el mercado" (párr. 691).

28. El documento de debate de la Comisión Europea sobre la aplicación del artículo 82 CE se refiere, entre otras cosas, a las licencias obligatorias. La negativa a suministrar un componente se analiza en función de las cinco condiciones siguientes: a) el comportamiento puede caracterizarse como una denegación de suministros; b) la empresa ocupa una posición dominante; c) el componente es indispensable; d) la negativa podría tener consecuencias negativas en la competencia; y e) no existe una justificación objetiva. En el caso de la negativa a conceder una licencia sobre un DPI debe cumplirse la condición adicional de que la licencia sea un componente indispensable para producir nuevos productos para los cuales hay una posible demanda de los consumidores⁵⁴.

29. En algunos casos, los países en desarrollo han utilizado las licencias obligatorias basándose en las flexibilidades del Acuerdo sobre los ADPIC, en especial para facilitar el acceso a los productos farmacéuticos⁵⁵, o instaron encarecidamente a conceder licencias sobre los productos

⁵¹ 540 U.S. 398 (2004).

⁵² Estados Unidos (2007).

⁵³ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 17 de septiembre de 2007, en la causa T-201/04, *Microsoft c. Comisión*.

⁵⁴ Dirección General de Competencia de la Comisión Europea (2007).

⁵⁵ Flynn (2007), Rwanda, véase el documento IP/N/9/RWA/1, de 19 de Julio de 2007; Brasil, véase Jack, A. y Lapper, R. (2007), "Brazil spurns patent on HIV drug", *Financial Times* (edición en línea). Para un caso de un país desarrollado, véase Coco, R. y Nebbia, P. (2007),

farmacéuticos⁵⁶. Lo hicieron a pesar de las numerosas advertencias para que las licencias obligatorias se gestionaran sobre todo restrictivamente⁵⁷.

C. Política de competencia, importaciones paralelas y agotamiento de los derechos de propiedad intelectual

30. La discriminación internacional en materia de precios puede mejorar el bienestar económico general, aunque puede atentar contra la equidad, porque algunos consumidores pagan más que otros por el mismo producto. El aspecto positivo de la discriminación en materia de precios es que algunos consumidores a quienes se ofrece un precio bajo con arreglo a una estrategia de discriminación tal vez no puedan permitirse adquirir ese producto si se cotiza a un precio único y uniforme. Además, la discriminación en materia de precios es en general más rentable que la fijación de precios uniformes. Aumentan los incentivos, entre otras cosas, para realizar actividades innovadoras. Por otro lado, es probable que la discriminación en materia de precios suscite preocupaciones por las actividades contrarias a la libre competencia si el fundamento de la discriminación en materia de precios no se justifica objetivamente.

31. La discriminación internacional en materia de precios puede ser apoyada por los derechos de propiedad intelectual. La venta y la reventa de bienes y servicios que comportan DPI pueden ser restringidas territorialmente por el titular de esos derechos. La aplicación de las normas contra las importaciones paralelas (importaciones no autorizadas por el productor) puede presentarse como la aplicación de los derechos de propiedad intelectual. Pero si los DPI se "agotan", lo que significa que el propietario de la patente ya no tiene derechos, no pueden constituir un fundamento para bloquear las importaciones paralelas. (Difiere totalmente de la piratería, en que el titular de los derechos de propiedad intelectual no autorizó el uso comercial ni fue remunerado). A menudo, los bienes y servicios que comportan derechos de propiedad intelectual no pueden comercializarse a través de las fronteras nacionales (los DPI no están "agotados"). Sin embargo, la Unión Europea aplica un sistema con arreglo al cual las patentes se agotan a nivel regional.

32. Un informe de una comisión de la Organización Mundial de la Salud (OMS) dice que "En cuanto al comercio paralelo entre los países desarrollados, considerados colectivamente, y

"Compulsory licensing and interim measures". En Merck: "A case for Italy or for antitrust law?", *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, Oxford.

⁵⁶ En Sudáfrica, GlaxoSmithKline y la Comisión reguladora de la Competencia convinieron en que GSK concedería la licencia sobre los medicamentos antirretrovirales a algunos fabricantes de medicamentos genéricos que se venderían en Sudáfrica y los países del África subsahariana, a cambio de que la Comisión no remitiera una queja sobre precios abusivos al Tribunal que entiende en asuntos de la competencia. Puede consultarse en <http://www.compcom.co.za/resources/Media%20Releases/MediaReleases%202003/Jul/Med%20Rel%2034%200f16%20Dec%202003.asp>

⁵⁷ Entre otros: Fox (2005), Ullrich, H. (2005), "Expansionist intellectual property protection and reductionist competition rules: a TRIPS perspective", en *Intellectual Public Goods and Transfer of Technology*, Cambridge.

los países en desarrollo, considerados colectivamente, es indudable que las restricciones de las importaciones paralelas, previstas en la legislación de la mayoría de los países desarrollados, son beneficiosas dado que ayudan a mantener las diferencias de precios gracias a una segmentación del mercado potencialmente favorable a los países en desarrollo, contribuyendo así a mantener unos precios inferiores en dichos países⁵⁸. Por otra parte, en los mercados donde no hay control de precios, las importaciones paralelas pueden favorecer la competencia, porque pueden ayudar a reducir las barreras a la entrada y desbaratar la colusión entre fabricantes⁵⁹. Los debates sobre el régimen de agotamiento adecuado despiertan mucha polémica⁶⁰.

D. Competencia y derechos de autor

33. Los posibles efectos contrarios a la libre competencia de la protección de los derechos de autor, en particular en el caso de los programas informáticos, han sido esenciales en algunas causas importantes. En particular se ha señalado que los derechos de autor sobre las interfaces pueden bloquear los mercados secundarios, con lo que niegan el acceso a lo que podría considerarse una estructura esencial necesaria para una competencia libre de distorsiones. Además, cabe destacar que, especialmente en el campo de los programas informáticos, son rasgos importantes las repercusiones de los efectos de las redes económicas y sus rendimientos de escala crecientes⁶¹. Por lo tanto, hay una tendencia hacia las estructuras monopólicas en

⁵⁸ Organización Mundial de la Salud, Comisión de Derechos de Propiedad Intelectual, Innovación y Salud Pública (2006). Salud pública, innovación y derechos de propiedad intelectual: informe de la Comisión de Derechos de Propiedad Intelectual, Innovación y Salud Pública.

⁵⁹ Heimler, A. (2007).

⁶⁰ Ganslandt, M. y Maskus, K. (2007), "Intellectual property rights, parallel imports and strategic behaviour", documento de trabajo IFN N° 704, Instituto de Investigación de Economía Industrial, Estocolmo; Fink (2005), Arfwedson, J. (2003), "Parallel trade in pharmaceuticals", en *International Policy Network*. Comité de Comercio e Industria de la Cámara de los Comunes del Reino Unido (1999), "Eighth report on trade marks fakes and consumers", Londres, citado en Kenny, P. y McNutt, P. (1999), "Competition, parallel imports and trademark exhaustion: two wrongs form trademark right", documento de debate del Organismo regulador de la Competencia, Dublín; véase para el caso de los productos farmacéuticos: Dubois, P-A. y Fernandez-Garnelo, F. (2007), "Parallel trading and European competition law", en *Intellectual Asset Magazine*, Londres; Heimler, A. (2007), Drexler, J. (2005), Kobak, J. (2005), "Exhaustion of intellectual property rights and international trade", en *Global Economy Journal*, Berkeley.

⁶¹ Schmalensee, R. y Evans, D. (2001), "Some economic aspects of antitrust analysis in dynamically competitive industries", documento de trabajo NBER, citado de: Comisión Europea (2007). La política de la competencia y el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual. Contribución al octavo período de sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia.

comparación con otros mercados⁶², sea en el caso de los sistemas operativos, las plataformas de subasta, los sitios web de redes sociales o los motores de búsqueda. La decisión de 2007 del Tribunal Europeo de Primera Instancia en la causa *Microsoft* ya se ha mencionado en relación con las licencias obligatorias. Otras dos decisiones europeas destacadas y controvertidas fueron las dictadas en la causa *Magill* (en relación con listas de programas de televisión que, a diferencia de lo que ocurre corrientemente, en Irlanda, país en que se originó el litigio, pueden protegerse mediante derechos de autor) e *IMS Health* (en relación con un método para organizar los datos sobre las ventas de productos farmacéuticos en Alemania, protegido por derechos de autor, que se había transformado en la norma *de facto*)⁶³. En algunas causas, como *Microsoft* e *IMS Health*, los efectos de red de las normas de los productos eran importantes y el material protegido por los derechos de autor llevaba en sí las normas.

E. Competencia y marcas comerciales

34. Las marcas comerciales suelen promover la competencia ya que son fundamentales para que los clientes distingan los productos de una empresa de los de otra. El uso ilícito de una marca ajena suele constituir un acto de competencia desleal. Los casos de competencia desleal vinculada a las marcas pueden constituir una gran proporción de los expedientes que tramitan las autoridades de la competencia que están dispuestas a dedicar recursos a los casos de competencia desleal. Por ejemplo, según se desprende de un estudio de 49 casos que la Comisión Preventiva Central de Chile resolvió en 2001, 14 eran casos de competencia desleal en relación con marcas comerciales⁶⁴. Las autoridades de la competencia podrían analizar si mediante la cesión de la jurisdicción sobre las controversias en materia de marcas comerciales a los juzgados comerciales ordinarios, preservando así los recursos de las autoridades de la competencia, se protegería el interés público.

35. La observancia de las marcas también puede usarse para bloquear las importaciones paralelas. Teniendo presente el objetivo específico de la integración de los mercados en la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declaró que el ámbito de protección del titular de las marcas no llegaba a impedir la importación de bienes que llevaban la marca que se habían comercializado legítimamente en un Estado miembro. En una serie de causas, el Tribunal estableció las condiciones en que los productos de marca reempaquetados podían revenderse en otro Estado miembro⁶⁵. Por lo tanto, las marcas también pueden ser objeto de debates sobre el comercio paralelo, aunque las patentes parecen atraer la atención principal.

⁶² Anderman, S. (2007), "The competition law/IP "interface": an introductory note", en *The interface between Intellectual Property Rights and Competition Policy*, Cambridge University Press.

⁶³ El Tribunal de Justicia Europeo agrupó las causas C-241/91 P y C-242/91 *Magill* [1995] ECR 743; causa C-418/01, *IMS Health* [2004] ECR I-5039.

⁶⁴ Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) (2004). Derecho y política de la competencia en Chile.

⁶⁵ *Centrafarm c. Winthrop*, BV causa 16/74 [1974] ECR 1183 y *Hoffmann-La Roche c. Centrafarm*, causa 102/77 [1987] ECR 1139. Esencialmente, debe haber una razón objetiva

F. Competencia, propiedad intelectual y establecimiento de normas

36. Ningún aspecto de la economía moderna escapa a las normas de la industria, que pueden establecerse mediante la competencia entre normas, como en la guerra entre los formatos de disco óptico de alta definición Blu-Ray y HD, o mediante la colaboración, como en la norma de teléfonos móviles GSM. No todos los mercados logran una norma única: por ejemplo, no se ha conseguido en el mercado de las consolas de juegos. Sin embargo, ya sea que se establezcan mediante la competencia o mediante la colaboración, las normas pueden referirse a patentes múltiples con titulares múltiples. Por ejemplo, el formato Blu-Ray, promovido por la Blu-Ray Disk Association, incorporó a varias patentes diferentes con diferentes titulares.

37. Los problemas de la competencia pueden aparecer en las organizaciones de normalización. Puede que resulte eficiente escoger una norma sobre la base de la colaboración, ya que reduce los retrasos y la incertidumbre de una guerra de normas. No obstante, las organizaciones de normalización pueden ser manipuladas por los participantes y la norma resultante puede usarse para excluir o poner escollos a los rivales. Un problema fundamental consiste en que los participantes en las organizaciones de normalización no conocen todas las patentes que pueden estar concernidas. Un participante puede "ocultar" su titularidad de una patente necesaria para una norma hasta después de concertado un acuerdo. Entonces, cuando ya resulte gravoso cambiar a otra norma, puede informar a los otros miembros de la existencia de la patente y exigir regalías elevadas. Para reducir el peligro de esas prácticas oportunistas, las organizaciones de normalización pueden exigir que sus miembros den a conocer todos los DPI que puedan ser necesarios para usar las normas propuestas, o exigirles que concedan licencias sobre todos los derechos de propiedad intelectual en condiciones "razonables y no discriminatorias" (en realidad, no queda claro a qué se refieren esas condiciones)⁶⁶. En la causa *Rambus* sobre las microplaquetas para DRAM, la Comisión Federal de Comercio (CFC) de los Estados Unidos concluyó que la empresa había falseado un proceso de normalización a escala de toda la industria para monopolizar ilegítimamente un mercado⁶⁷. El recurso interpuesto por Rambus está pendiente. En cuanto a la colaboración en las organizaciones de normalización, las autoridades de la competencia de los Estados Unidos han declarado que aplicarían un criterio razonable⁶⁸.

sólida para el reempaquetado; el reempaquetado no puede tener efectos perjudiciales en el producto, engañar al comprador ni lesionar la reputación del titular de la marca, y el fabricante debe recibir un aviso razonable y muestras del reempaquetado; Goyder, D. G. (2003), *European Commission Competition Law*, 4ª ed., Oxford University Press.

⁶⁶ Estados Unidos (2007).

⁶⁷ Dictamen de la Comisión, *Rambus Inc. (Rambus II)*, F.T.C., registro N° 9302, en 35 (2 de agosto de 2006), que se puede consultar en <http://www.ftc.gov/os/adjpro/d9302/060802commissionopinion.pdf>.

⁶⁸ Estados Unidos (2007).

G. Competencia y derechos sobre los datos de pruebas de productos farmacéuticos

38. El acceso a los datos de pruebas de productos farmacéuticos usados para obtener una autorización de comercialización de las autoridades nacionales de reglamentación farmacéutica es un tema polémico en relación con la competencia de los fabricantes de medicamentos genéricos. Los datos sobre el medicamento innovador o de referencia están protegidos durante un período definido en el derecho nacional. Una vez transcurrido ese período, los fabricantes de medicamentos genéricos competidores pueden solicitar la aprobación de la autoridad de reglamentación. Por lo tanto, la entrada al mercado de los competidores se relaciona con el criterio elegido sobre accesibilidad a la información, es decir, si la información está a disposición exclusivamente del primer usuario⁶⁹, si es posible alguna forma de participación en los gastos y de responsabilidad compensatoria⁷⁰ o si se aplica el llamado criterio de la apropiación indebida. Este último se refiere a una interpretación del párrafo 3 del artículo 39 del Acuerdo sobre los ADPIC según la cual sólo se debería impedir el uso comercial de los datos de pruebas obtenidos por medios comerciales desleales⁷¹. En la mayoría de los acuerdos de libre comercio prevalece el criterio de la exclusividad de los datos, aunque, recientemente, algunos prevén la posible participación en los gastos⁷². Para los países en desarrollo, es importante señalar que el criterio de la exclusividad de los datos puede hacer que demore años la comercialización de nuevos medicamentos. Cada país debe examinar detenidamente si esto es conveniente en el contexto nacional.

⁶⁹ Este criterio satisface, en la mayor medida posible, los intereses de los autores del producto/los datos, haciendo efectivamente imposible la entrada en el mercado de los competidores con medicamentos genéricos hasta que haya expirado el plazo de exclusividad. Véase: Federación Internacional de Asociaciones de Fabricantes de Productos Farmacéuticos (2004), "The pharmaceutical innovation platform - sustaining better health for patients worldwide", Ginebra.

⁷⁰ Con este criterio se procura garantizar una mayor aceptación de parte de los Gobiernos de la OCDE ofreciendo una compensación justa a los esfuerzos del autor. Véase: Weissman, R. (2006), "Data protection: options for implementation", en *Negotiating Health. Intellectual Property and Access to Medicines* (eds. Roffe, Tansey, Vivas-Eugui), Earthscan, Londres.

⁷¹ Correa, C. (2006), "Protecting test data for pharmaceutical and agrochemical products under free trade agreements", en *Negotiating Health. Intellectual Property and Access to Medicines* (eds. Roffe, Tansey, Vivas-Eugui), Earthscan, Londres.

⁷² Véase, por ejemplo, el anexo XIII (art. 3) del Acuerdo de Libre Comercio entre la Asociación Europea de Libre Comercio y Corea (http://secretariat.efta.int/Web/ExternalRelations/PartnerCountries/KR/KR_RUAP/annexes/KR_Annex_XIII_-_ipr.pdf): "En cambio, toda parte puede, en su legislación nacional, permitir que los solicitantes se basen en esos datos [de pruebas] si el primer solicitante recibe una remuneración adecuada".

H. Competencia e innovación en las fusiones

39. El examen de las fusiones, especialmente en los mercados en proceso de rápida innovación, requiere analizar cómo afecta la fusión a la innovación, además de elementos como los precios y la calidad. Puede ocurrir que, en ciertas circunstancias, incluso la concentración substancial no perjudique la competencia en la innovación y que, de hecho, una fusión permita que la investigación y el desarrollo tengan mayores posibilidades de éxito. Esa conclusión motivó el archivo de la investigación que realizó en 2004 la Comisión Federal de Comercio sobre la adquisición de Novazyme Pharmaceuticals por Genzyme⁷³. En encuestas recientes, un alto porcentaje de las empresas que se fusionan declaran que su principal objetivo es estimular su investigación y desarrollo técnico⁷⁴. A pesar de los posibles efectos positivos, las fusiones también pueden restringir o retrasar la innovación. Otro aspecto negativo es la posibilidad que da a las empresas de conocer los procesos de investigación y desarrollo en curso y, sobre esa base, identificar a los futuros competidores y absorberlos para librarse de la competencia.

IV. PERSPECTIVAS: LA INTERRELACIÓN ENTRE LA POLÍTICA DE LA COMPETENCIA Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL, Y EL PAPEL DE LA UNCTAD

40. El presente informe introdujo brevemente el debate sobre la política de la competencia y la protección de los derechos de propiedad intelectual, su marco internacional y su dimensión de desarrollo. Además, destacó algunos aspectos de la interrelación entre el derecho de la competencia y la protección de los derechos de propiedad intelectual. Con respecto a las características concretas de las economías de los países en desarrollo, el papel de la UNCTAD y los retos para el futuro de la interrelación, es preciso proseguir el análisis. Los elementos siguientes pueden merecer un examen más a fondo:

- a) Cómo hacer frente a la diversidad de enfoques nacionales de la política de la competencia dado el marco internacional de la protección de los DPI y cómo dar cuenta de los esfuerzos que los Estados Miembros ya han hecho a ese respecto;
- b) La elaboración adecuada de los acuerdos de libre comercio con respecto a la protección de los DPI, el acceso a los derechos sobre los datos de las pruebas, la doctrina del agotamiento y las cuestiones generales relativas a la cooperación entre

⁷³ Heimler, A. (2007), con cita de Muris, declaración del Presidente Timothy J. Muris en el asunto de Genzyme Corporation/Novazyme Pharmaceuticals, Inc., que se puede consultar en <http://www.ftc.gov/os/2004/01/murisgenzymestmt.pdf>.

⁷⁴ OCDE (2007), anexo del acta resumida de la 100ª sesión del comité de competencia, Dirección de asuntos financieros y empresariales, DAF/COMP/M(2007)2/ANN2, París.

los países en desarrollo y los países de origen de la mayoría de los titulares de los DPI⁷⁵;

- c) Evaluar los factores que limitan la intervención de las autoridades reguladoras de la competencia de algunos países en desarrollo en las situaciones en que están en juego los derechos de propiedad intelectual debido a las preocupaciones por el respeto de los derechos de propiedad intelectual o su escasa importancia, en vista del tamaño de la economía informal o la tendencia de los consumidores a preferir productos pirateados⁷⁶;
- d) Cómo podría darse a los innovadores otra compensación que no fueran los derechos de propiedad intelectual, teniendo en cuenta el efecto de las ventajas de ser el primero en el mercado o los subsidios adecuados a la investigación y el desarrollo, que podrían tener efectos menos perjudiciales en las estructuras de los mercados;
- e) La cuestión de cómo debería formularse una política de la competencia para los países en desarrollo en relación con un sistema adecuado de contrapesos y salvaguardias en el campo de los derechos de propiedad intelectual, la adecuada aplicación de las flexibilidades del Acuerdo sobre los ADPIC y, en este contexto, la protección de los bienes públicos mundiales⁷⁷;
- f) Cómo apoyar las soluciones regionales que regulan la interrelación entre el derecho de la competencia y los derechos de propiedad intelectual entre los países en desarrollo, ya que la cooperación entre los organismos reguladores de la competencia sigue estando poco desarrollada en muchas regiones⁷⁸;
- g) Si han de evitarse -y en su caso, de qué manera- las patentes de mala calidad y los efectos negativos de las diversas formas de patentes conjuntas mediante una mayor

⁷⁵ Drexl, J. (2007). *Responding to the challenges for development with a competition-oriented approach*. En Barton, J., Abbott, F., Correa, C., Drexl, J., Foray, D. y Marchant, R., *Views on the Future of the Intellectual Property System*, ICTSD, Ginebra.

⁷⁶ Indonesia (2007), contribución al octavo período de sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia.

⁷⁷ Drexl, J. (2005), "The critical role of competition law in preserving public goods in conflict with intellectual property rights", en *Intellectual Public Goods and Transfer of Technology*, Cambridge.

⁷⁸ Contribuciones de Albania, Bhután, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Burkina Faso, Colombia, Dinamarca, Eslovaquia, Federación de Rusia, Francia, India, Japón, Pakistán, Perú, Túnez, Uruguay y Viet Nam.

colaboración entre organismos, ya que las autoridades reguladoras de la competencia no suelen estar integradas en el proceso de concesión de patentes⁷⁹;

- h) La posible publicación de directrices sobre la manera de tratar los DPI por parte de las autoridades de la competencia, desde el punto de vista de la competencia y la creación de "refugios seguros" y "listas negras" para mejorar la previsibilidad y satisfacer las necesidades de seguridad jurídica de las empresas, como ya han hecho o al menos han considerado la posibilidad de hacerlo muchos países⁸⁰;
- i) El papel de la UNCTAD en la esfera de la política de la competencia, especialmente prestando asistencia técnica para superar la asimetría de la información y la falta de recursos humanos, impulsar la creación de capacidad y ayudar a establecer un marco institucional y jurídico adecuado en los países en desarrollo; y
- j) El papel de la UNCTAD como foro para la cooperación internacional mediante el apoyo a la elaboración de material adicional para el debate y la celebración de otras reuniones sobre la cuestión.

⁷⁹ Contribuciones de Barbados, Bulgaria, Burkina Faso, Colombia, Costa Rica, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Federación de Rusia, Francia, India, Indonesia, Italia, Jamaica, Japón, Letonia, Pakistán, Perú, República Checa, Singapur, Suiza, Túnez, Turquía, Uruguay, Viet Nam y Zimbabwe; Marruecos (2007). La política de la competencia y el ejercicio del derecho de propiedad intelectual, contribución al octavo período de sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia.

⁸⁰ Contribuciones de Bulgaria, Francia, Indonesia, la India, el Japón, Singapur, Suiza y Turquía; Comisión Europea (2004). Reglamento (CE) N° 772/2004 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología, DO 2004 L 123/11, Estados Unidos (1995). Directrices de Corea citadas en OCDE (2005), *Intellectual property rights*, DAF/COMP(2004)24; Canadá: Oficina de la competencia (2000): *Intellectual Property Enforcement Guidelines*.