



Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

Distr. general
17 de agosto de 2016
Español
Original: inglés

Junta de Comercio y Desarrollo

Comisión de Comercio y Desarrollo

Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho
y Política de la Competencia

15º período de sesiones

Ginebra, 19 a 21 de octubre de 2016

Tema 3 a) del programa provisional

**Consultas y conversaciones relativas a los exámenes entre
homólogos sobre derecho y política de la competencia,
examen de la Ley Tipo y estudios relacionados con las
disposiciones del Conjunto de Principios y Normas**

Examen de la interfaz entre los objetivos de la política de la competencia y la propiedad intelectual

Nota de la secretaría de la UNCTAD

Resumen

La protección de la propiedad intelectual tiene como principal objetivo alentar e incentivar la innovación, ofreciendo protección temporal a los inventores, mientras que la política de defensa de la competencia tiene por objetivo promover la eficiencia económica y garantizar que los mercados funcionen de manera eficaz en beneficio de los consumidores, corrigiendo los fallos del mercado. El objetivo final de la protección de la propiedad intelectual y la política de defensa de la competencia es aumentar el crecimiento económico y el bienestar del consumidor. Ahora bien, el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual en determinadas circunstancias puede plantear problemas de competencia. Por consiguiente, es preciso adoptar un enfoque equilibrado para asegurar la innovación y la protección de la competencia en el mercado.

En la presente nota¹ se analiza la relación entre los derechos de propiedad intelectual y la competencia; se exponen las prácticas empresariales relativas al ejercicio de los derechos que crean problemas de competencia, y se aborda la manera de afrontar las prácticas anticompetitivas relacionadas con los derechos de propiedad intelectual.

¹ Este documento no ha sido objeto de revisión editorial oficial.



I. Introducción

1. El derecho de la propiedad intelectual tiene como principal objetivo alentar e incentivar la innovación, ofreciendo protección a los inventores, de manera que puedan recuperar la inversión realizada en investigación y desarrollo y obtener beneficios de sus invenciones durante un plazo determinado. Las leyes de defensa de la competencia tienen por objetivo promover la eficiencia y aumentar el crecimiento económico y el bienestar del consumidor. La competencia entre empresas rivales propicia un entorno favorable a la innovación, la creación de nuevos productos y una mayor calidad, favoreciendo así la competitividad.

2. En la presente nota se analiza la interfaz entre los objetivos de la política de la competencia y los derechos de propiedad intelectual. Se considera de qué forma el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual por parte de las empresas entra en conflicto con las políticas de defensa de la competencia, y se analizan los medios de que disponen las autoridades de defensa de la competencia para solucionar esos casos. Se ofrecen ejemplos concretos de las intersecciones o las consecuencias que el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual puede producir en el ámbito de la competencia y la innovación en los mercados.

3. En la presente nota, el término “derechos de propiedad intelectual” se refiere a las patentes, las marcas registradas, los derechos de autor y los diseños, registrados o no, los conocimientos técnicos y prácticos (*know-how*), la información comercial confidencial y otras informaciones o procedimientos comerciales de orden práctico, no patentados.

4. El reconocimiento o la concesión de derechos de propiedad intelectual a una empresa confiere a esta el derecho exclusivo de producir un bien patentado o de ejercer derechos de propiedad sobre un procedimiento o conocimiento técnico protegido durante un plazo determinado (por ejemplo, 20 años en el caso de un producto patentado). La empresa adquiere así poder de mercado, incluso de monopolio, o bien cierta inmunidad frente a las rivalidades propias del mercado. El ejercicio de los derechos de propiedad intelectual y la protección que le brinda la legislación correspondiente dan al titular del derecho la posibilidad de adoptar una conducta que cabría considerar anticompetitiva, tendiente a eliminar la competencia, aumentar los precios y reducir la producción y la calidad. Sin embargo, el derecho y la política de la competencia, sobre todo en el mundo en desarrollo, pretenden lograr la exposición de los mercados a la libre competencia, con el objetivo de potenciar el bienestar del consumidor.

5. Habida cuenta de que la propiedad intelectual proporciona a los innovadores poder de mercado y de que la política de la competencia, entre otras cosas, procura prevenir o eliminar los abusos de poder de mercado, los objetivos de una y otra pueden entrar en conflicto, si los titulares de derechos de propiedad intelectual adoptan prácticas comerciales abusivas que restringen la competencia e impiden la rivalidad y la entrada de competidores en el mercado. Ahora bien, tanto las políticas de protección de la propiedad intelectual como las de defensa de la competencia pretenden aumentar el crecimiento económico y el bienestar del consumidor por medio de la innovación y la competencia. Los problemas surgen si la innovación y la competencia se ven afectadas por una forma de ejercer los derechos de la propiedad intelectual que tenga consecuencias lesivas para los consumidores.

6. Además, en los países en desarrollo no siempre se conocen los tipos de tecnología que pueden obtener una protección similar a la que ofrecen las normas sobre patentes o marcas. Por ejemplo, algunos procedimientos de fabricación reconocibles, conocimientos de fondo o prácticos en materia agropecuaria u otros conocimientos tradicionales utilizados en los países en desarrollo podrían obtener el mismo tipo de protección de la propiedad

intelectual que una patente o marca registradas. Por consiguiente, los conocimientos técnicos y prácticos, como los relativos a la genética vegetal y la producción agropecuaria, deberían obtener protección como propiedad intelectual y estar regulados por las autoridades de la competencia.

II. Relación entre los derechos de propiedad intelectual y el derecho y la política de la competencia

7. La interfaz entre los derechos de propiedad intelectual y el derecho de la competencia puede producir dos resultados distintos, por lo que las autoridades de defensa de la competencia deben procurar equilibrar sus consecuencias.

8. En primer lugar, el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual da lugar a distintos grados de exclusividad. El propietario de una patente (titular) puede tomar la decisión de producir y vender un producto patentado, excluyendo todos los demás productos, lo que dará lugar a un monopolio. En otra hipótesis, el titular de una patente, que carezca de recursos para la producción tiene la posibilidad de conceder a otra empresa o comerciante (licenciataria) derechos de producción y venta en condiciones que pueden conllevar una restricción de la competencia. Así pues, por ejemplo, cuando, al conceder una licencia, el titular de la patente o licenciante, accede a no vender el producto patentado en el territorio del licenciataria, o bien imponer una prohibición de exportar a otras regiones, prevé una cláusula que limite la producción a determinada cantidad máxima, fija un precio de venta mínimo, incluye una cláusula de penalización con el fin de reducir la demanda de los competidores, o bien exige al licenciataria que, además de la licencia, se comprometa a comprar al titular otra tecnología o productos que no guardan relación con la patente objeto de la licencia. Además, si el licenciataria es una empresa importante tendrá un gran poder de negociación, mientras que el titular de la patente posiblemente sea un inventor individual, como se observa en los casos en que Google o Microsoft imponen condiciones estrictas a un desarrollador de *software* o inventor de una aplicación tecnológica, que se encuentra en peor posición para negociar. Esos acuerdos exclusivos pueden cerrar el mercado a la competencia, lo que entraña efectos anticompetitivos. Otras hipótesis plantean la posibilidad de que los titulares de derechos de propiedad intelectual cometan abusos mediante prácticas destinadas a prolongar el período de protección inicial que otorga la patente. Las situaciones en que la propia existencia de derechos de propiedad intelectual representa un obstáculo insalvable para acceder al mercado, podrían llevar al cuestionamiento de la propiedad intelectual en sí misma. Tales prácticas pueden dificultar la competencia y disuadir de entrar en el mercado a nuevos agentes que, aunque innovadores, sean demasiado pequeños para enfrentarse a las grandes multinacionales propietarias de patentes. El ejercicio abusivo de los derechos de propiedad intelectual se opone diametralmente al objetivo más evidente del derecho y la política de competencia, que es el de fomentar la rivalidad, el acceso a los mercados, el uso abierto y la apertura de los mercados.

9. En segundo lugar, el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual puede favorecer la creación de procedimientos y productos innovadores que a su vez generen nuevos productos y abran nuevos mercados. Los beneficios obtenidos gracias a la concesión de derechos de propiedad intelectual y al ejercicio de estos podrían propiciar nuevas inversiones en mercados de productos nuevos o complementarios, e incluso otras innovaciones y la generación de eficiencias dinámicas. Por ejemplo, la creación de la tecnología celular y de Internet ha impulsado el crecimiento de distintos productos y servicios de consumo, como M-Pesa en Kenya. Esa manera de ejercer los derechos de propiedad intelectual promueve el bienestar del consumidor, ya que se crean nuevos productos que amplían la oferta a disposición de los consumidores, a precios y en

cantidades razonables, proporcionándoles nuevos productos y servicios, así como un acceso más amplio a una mayor variedad de productos y precios.

10. No se debe subestimar la tensión entre las políticas de protección de la propiedad intelectual y las de defensa de la competencia ni sus efectos en el desarrollo económico. La Organización Internacional de la Propiedad Intelectual (2016) afirma:

Los derechos de patente y la competencia están estrechamente vinculados, y esa relación podría caracterizarse sencillamente por dos factores: por una parte, la legislación sobre patentes persigue luchar contra las copias o imitaciones de productos patentados, por lo que complementa las políticas de competencia promoviendo comportamientos equitativos en el mercado; por otra, las normas sobre competencia pueden limitar los derechos de patente al impedir que los titulares de patentes abusen de dichos derechos. En suma, la experiencia demuestra que una protección excesiva o insuficiente de las patentes y de la competencia puede provocar distorsiones al comercio. De ahí que sea necesario lograr un equilibrio entre las políticas de competencia y los derechos de patente, con el fin de evitar los abusos de los derechos de patente, sin por ello poner fin a las compensaciones que ofrece el sistema de patentes cuando se usa de manera adecuada.

Es fundamental establecer el debido equilibrio entre la protección de la propiedad intelectual y la defensa de la competencia, para velar por que se promueva el funcionamiento equitativo del mercado y la innovación. A tal fin, los organismos encargados de la propiedad intelectual y de la competencia deben adoptar un enfoque equilibrado de la protección de la propiedad intelectual y la competencia tanto en su marco legislativo como al aplicar las leyes pertinentes.

III. Prácticas relativas a los derechos de propiedad intelectual que afectan a la competencia

11. En este capítulo se analizan las prácticas comerciales en materia de adquisición o uso de derechos de propiedad intelectual, prestando particular atención a las patentes y a las prácticas relativas a la concesión de licencias que plantean problemas de competencia, tales como las restricciones de la competencia intratecnología, los acuerdos establecidos entre productores farmacéuticos con el fin de bloquear o retrasar la comercialización de medicamentos genéricos, y la conducta anticompetitiva en los procesos de elaboración de normas por parte de empresas propietarias de patentes esenciales para su cumplimiento. Las concentraciones y adquisiciones en las que intervienen grandes empresas de sectores intensivos en derechos de propiedad intelectual, como el farmacéutico, el aeroespacial, el químico y el informático, también pueden suscitar problemas de competencia que requieren la adopción de medidas adecuadas.

A. Restricciones de la competencia intratecnología

12. Una restricción intratecnología es impuesta por el titular de la patente o el licenciatario en un acuerdo con el fin de reducir la rivalidad o el parasitismo. Los propietarios de las patentes pretenden recuperar los costos elevados de investigación y desarrollo mediante esas restricciones, que pueden limitar especialmente a las empresas con escasa capacidad de negociación. Por lo general, son los licenciatarios quienes imponen las restricciones intratecnología porque no vale la pena pagar por la licencia si no se les garantiza protección contra la competencia tecnológica, es decir, la de otros licenciatarios competidores. Algunas restricciones intratecnología ocasionan restricciones del comercio o circunscriben las operaciones de un licenciatario a una región o un grupo de clientes

determinados, o a un proveedor único. Las restricciones intratecnología que imponen al licenciatarario o titular de la patente ciertas condiciones sin limitar por ello la competencia no plantean problemas a las autoridades de la competencia, mientras que las restricciones que suscitan problemas de competencia pueden consistir en la inclusión en el contrato de licencia de alguna de las siguientes condiciones:

- a) Obligación de suscribir un contrato de largo plazo que haga económicamente inviable la conclusión de acuerdos similares con los titulares de licencias de tecnologías competidoras;
- b) Cláusula de no competencia que prohíbe al licenciatarario competir o utilizar productos competidores con el del dueño de la patente;
- c) Imposición al licenciatarario de una restricción geográfica o territorial o una prohibición de la venta localizada o destinada a la región, la zona o el territorio geográfico previsto en la licencia;
- d) Cláusula sobre cantidades máximas, que limita la cantidad que se puede producir bajo licencia ajustándola al nivel de la demanda prevista en una región, zona o territorio;
- e) Requisito de pago de regalías antes de comenzar la producción o de continuar el pago después de la expiración de la patente, u obligación de pago de regalías sin relación con la licencia y al producto;
- f) Cláusula de uso limitado, que circunscribe el uso de la patente a un ámbito científico determinado: por ejemplo, se permite que el licenciatarario utilice la patente para desarrollar procedimientos y productos médicos o farmacéuticos;
- g) Imposición de un precio mínimo de venta al público, fijando condiciones que podrían influir directamente en el precio de venta del producto o servicio;
- h) Concesión al licenciatarario del poder de veto con respecto a la concesión de futuras licencias;
- i) Imposición de cláusulas de penalización, que obligan al titular de la patente o licencia a asumir un costo adicional si comercia con otra empresa;
- j) Imposición de cláusulas de retrocesión, por las que el licenciatarario debe ceder al licenciante el derecho de utilizar cualquier mejora patentada que el primero aporte a la invención patentada original;
- k) Cláusulas de retrocesión exclusiva, que otorgan al licenciante el derecho exclusivo de utilizar o conceder sublicencias para las mejoras patentadas que se hayan introducido, mientras que el licenciatarario conserva un derecho no exclusivo a utilizar las mejoras patentadas;
- l) Cláusula de vinculación y compra exclusiva, que obliga al licenciatarario a comprar la totalidad de la tecnología y los productos únicamente al propietario de la patente, incluidos materiales no patentados, en el marco de la concesión de licencias conjuntas obligatorias.

13. En relación con los incisos k) y l), el artículo 40 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de la Organización Mundial del Comercio hace referencia a las condiciones de retrocesión exclusiva y las licencias conjuntas obligatorias como ejemplos de prácticas que pueden tener efectos anticompetitivos en el mercado relevante. Los acuerdos de retrocesión exclusiva pueden tener efectos anticompetitivos ya que permiten que el dueño de la patente original acumule las distintas mejoras introducidas por los licenciatararios en determinada tecnología, y adquiera así un poder de mercado del que puede abusar.

B. Denegación de licencias

14. A pesar de que los titulares de derechos de propiedad intelectual no tienen la obligación legal de conceder licencias de uso de sus patentes, la negativa a concederlas puede constituir un abuso si el ejercicio de esos derechos conlleva una conducta abusiva, lo que equivale a la negativa a comerciar en un caso de competencia. En aplicación de la normativa sobre competencia de la Unión Europea, por ejemplo, la negativa unilateral a conceder licencias se considera una práctica abusiva en circunstancias excepcionales en las que el acceso resulta indispensable y la denegación de la licencia impide la creación de nuevos productos para los que existe demanda potencial de los consumidores (como en el caso Magill) y además excluye cualquier competencia en los mercados secundarios. En casos recientes, la jurisprudencia de la Unión Europea ha tenido en cuenta otro factor, el perjuicio que podría haber ocasionado a los consumidores la denegación de la licencia. En un caso relativo a Microsoft, la Comisión Europea consideró que la negativa a la información necesaria para la interoperabilidad proporcionar a sus competidores había disminuido los incentivos de estos para innovar, limitando la posibilidad de elección de los consumidores. El antiguo Tribunal de Primera Instancia confirmó la decisión de la Comisión en 2007, en el sentido de que los consumidores pueden sufrir perjuicio no solo cuando se limita la fabricación de nuevos productos sino también cuando se restringe el desarrollo técnico. El Tribunal interpretó el perjuicio ocasionado a los consumidores en sentido amplio y señaló que la oferta a disposición de los consumidores se vería afectada si no se permitía que productos rivales compitieran en el mercado en igualdad de condiciones. Lianos y Dreyfuss (2013) señalan que la ley antimonopolio de los Estados Unidos permite conductas que suponen la denegación de licencias, incluso cuando el propietario de la patente goza de una posición de dominio en el mercado relevante.

C. Patentes, elaboración de normas técnicas y competencia

15. Una norma técnica es una norma o requisito aprobado aplicable a un sistema técnico que establece criterios, métodos, procedimientos y prácticas uniformes relativos a la ingeniería o la técnica. No cabe duda de que las normas técnicas, aportan beneficios, especialmente a los consumidores. Además de promover la salud y la seguridad públicas, gracias a ellas es posible aumentar la eficiencia, la innovación y las posibilidades de elección de los consumidores. También aseguran la interoperabilidad de distintos productos, haciéndolos más valiosos para los consumidores. Las empresas pueden colaborar en la elaboración de normas industriales a través de los organismos de normalización. Es posible que surjan problemas cuando se aprueban normas que afectan a derechos de propiedad intelectual, como una patente.

16. Las empresas generalmente desean que se reconozca el carácter esencial de sus tecnologías para el cumplimiento de las normas, porque ello posibilita un aumento de la demanda. El riesgo desde el punto de vista de la competencia es que el precio de la concesión de licencias de uso de las tecnologías esenciales no sea acorde con su valor de mercado, ya que se benefician del hecho de ser consideradas esenciales. El propietario de una patente esencial puede tratar de aprovecharse de su situación fijando regalías más elevadas o imponiendo a las empresas que pretenden cumplir la norma unas condiciones que le resulten más favorables que las que hubiera podido obtener antes de la inclusión de la patente en una norma aprobada; en el lenguaje de la competencia, esto se denomina cautividad (*hold-up*). El problema de la cautividad puede poner en riesgo la difusión de normas válidas y socavar el proceso de elaboración de normas, distorsionar los incentivos a la innovación y, para los consumidores, puede suponer precios más elevados y una oferta menor. A fin de evitar esos abusos, muchos organismos de normalización exigen que quienes participan en su labor revelen si son titulares de derechos de propiedad intelectual

que se podrían infringir al cumplir una norma, y que se comprometían a conceder licencias en condiciones justas, razonables y no discriminatorias. En el recuadro 1 se presenta un caso de conducta oportunista.

Recuadro 1

Decisión de la Comisión Nacional de Desarrollo y Reforma de China en el caso Qualcomm

En marzo de 2015, la Comisión Nacional de Desarrollo y Reforma de China publicó su decisión relativa al caso Qualcomm, en virtud de la que se impuso a esta una multa de 975 millones de dólares de los Estados Unidos por vulnerar la ley antimonopolio. La decisión recoge la opinión de la Comisión acerca de las prácticas de concesión de licencias de propiedad intelectual en relación con las patentes esenciales.

La Comisión determinó que Qualcomm tenía una posición de dominio del mercado al ser propietaria de patentes esenciales relativas al acceso múltiple por división de código (CDMA, por sus siglas en inglés), al CDMA de banda ancha y a la evolución a largo plazo (LTE) de las comunicaciones inalámbricas. Además de la posición dominante que le conferían sus patentes, diversos obstáculos dificultaban la entrada de otros actores al mercado, como los costos asociados al cambio de proveedor. Asimismo, la Comisión determinó que Qualcomm gozaba igualmente de una posición de dominio en tres mercados de chips de banda base: el de chips de CDMA de banda de base, de chips de CDMA de banda ancha y de chips de banda base LTE. La Comisión determinó que Qualcomm había abusado de su posición dominante en esos mercados al haber incurrido en algunas de las prácticas enumeradas en el capítulo III A) de la presente nota, por ejemplo, facturando regalías excesivas. Además, Qualcomm había concedido carteras de licencias, que incluían algunas caducadas, y había exigido que algunos licenciarios retrocedieran sin cobrar regalías licencias de patentes de tecnología de comunicación inalámbrica que no eran esenciales para el cumplimiento de normas. La Comisión señaló la posibilidad de que esas retrocesiones disuadieran a los licenciarios de buscar la innovación técnica y de que eliminaran la competencia del mercado. Por último, Qualcomm había incluido en su cartera de licencias algunas patentes no esenciales que algunos licenciarios no deseaban obtener. Qualcomm, sin motivo justificado, había vendido patentes que no eran esenciales para el cumplimiento de las normas, agrupándolas con patentes esenciales a un precio constante. Según la Comisión, el agrupamiento de las licencias limitaba la competencia en el mercado de patentes no esenciales, creaba trabas a la innovación y perjudicaba a los consumidores. Qualcomm también había impuesto una cláusula de no impugnación para la venta de chips de banda de base, que obligaba a los compradores a comprometerse a no denunciar el acuerdo de licencia.

La Comisión decidió que Qualcomm debía poner término a esas prácticas y proporcionar listas de patentes, no agrupar injustificadamente patentes no esenciales y esenciales, ni exigir regalías por patentes expiradas o retrocesiones sin la debida compensación, ni imponer cláusulas de no impugnación como condiciones para suministrar chips de banda de base. La Comisión impuso una multa equivalente al 8% de los ingresos de Qualcomm en China en 2013 (6.088 millones de yuan (975 millones de dólares de los Estados Unidos)).

Fuente: Mondaq (2015).

17. El pago de regalías por patentes esenciales que no tienen validez o no se utilizan, entraña un aumento indebido de los costos de producción, lo que a su vez conduce a un aumento de los precios que pagan los consumidores. Por ejemplo, Motorola solicitó que se aplicaran medidas cautelares, lo que hizo que Apple renunciara a sus derechos legítimos de

denunciar la validez y la infracción de patentes esenciales de Motorola. La Comisión Europea determinó que la solicitud y la ejecución de medidas cautelares por Motorola contra un licenciataria de buena voluntad, como era Apple, en relación con una de sus patentes esenciales, constituía una vulneración de la normativa europea en materia de competencia, y llegó a una conclusión similar en un caso concerniente a Samsung. En ambos casos, la Comisión determinó que, si los titulares de patentes esenciales se habían comprometido a conceder licencias en condiciones justas, razonables y no discriminatorias, era contrario a las leyes de defensa de la competencia intentar excluir del mercado a los competidores solicitando la aplicación de medidas cautelares en relación con patentes esenciales cuando el licenciataria estaba dispuesto a adquirir la licencia en condiciones justas, razonables y no discriminatorias. En esas situaciones, la solicitud de medidas cautelares podía distorsionar las negociaciones para la concesión de la licencia y permitir que se concediera en condiciones injustas, lo que afectaría a los precios y a la posibilidad de elección de los consumidores (Comisión Europea, 2014a).

18. No obstante, estudios recientes indican posibles comportamientos oportunistas de los futuros licenciarios. Si no existe la posibilidad de obtener la aplicación de medidas cautelares, el posible licenciario puede aprovecharse del titular de la patente, quien no puede solicitar que se apliquen medidas ni denegar la licencia sin infringir las normas de la competencia; este fenómeno se conoce como cautividad inversa (*reverse hold-up*), por la que un posible licenciario puede reducir la regalía a niveles inferiores al valor que tendría en condiciones justas, razonables y no discriminatorias.

D. Normalización, consorcios de patentes y competencia

19. Muchas normas técnicas se basan en tecnologías complementarias, a menudo desarrolladas por distintas empresas. Por consiguiente, existe una relación entre la normalización y los consorcios de patentes. Las normas pueden ser importantes para que el mercado adopte nuevas tecnologías, pero también pueden ser un obstáculo para la entrada en el mercado relevante, al ser imposible el cambio de norma o bien entrañar un coste excesivo. El consorcio de patentes es un medio que responde a la necesidad de normalización cuando las patentes necesarias para cumplir una norma son propiedad de varias entidades. El consorcio permite a los participantes titulares de patentes usar las patentes mancomunadas y establece una licencia tipo para uso de quienes no forman parte del consorcio. Además se prevé la distribución de los derechos de licencia a los miembros del consorcio según las modalidades que hayan acordado. Las autoridades encargadas de la competencia han investigado muchos casos relativos a la normalización y, en la mayoría de ellos, no constataron vulneraciones de la legislación en materia de competencia. Según el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, el examen de los consorcios de patentes en el marco del derecho de la competencia engloba los criterios siguientes:

- a) La definición clara de las patentes y la posibilidad de obtener licencias individuales, o bien agrupadas, como elija el posible licenciario;
- b) La validez y la vigencia de las patentes;
- c) La limitación a patentes técnicamente esenciales y que, por definición, no compiten, y la intervención de un experto independiente para evaluar si la patente es esencial;
- d) El consorcio se establece por una duración limitada;
- e) Las regalías previstas en los acuerdos son razonables;
- f) La disponibilidad de licencias no exclusivas a nivel mundial;

- g) La libertad de los licenciarios para desarrollar y utilizar otras patentes;
- h) El requisito de que los licenciarios retrocedan licencias no exclusivas y no discriminatorias para el uso de patentes tecnológicamente esenciales;
- i) El requisito de que los miembros del consorcio no establezcan acuerdos de precios fuera del ámbito de las patentes mancomunadas, como los de productos transformados.

20. Por ejemplo, la Comisión Europea investigó y aprobó un caso relativo a la normalización de DVD, al concluir que el consorcio de patentes había promovido el avance técnico y económico al permitir la introducción de nueva tecnología de manera eficiente. En su análisis, la Comisión consideró el hecho de que el consorcio abarcaba patentes esenciales y que el acuerdo de concesión de licencias preveía condiciones no exclusivas y no discriminatorias.

E. Acuerdos de pago por demora y competencia

21. Los acuerdos de pago por demora son habituales en la industria farmacéutica, en la que existe un nivel de competencia considerable, y en la que la rivalidad con los productores de medicamentos genéricos pone en riesgo las elevadas ganancias de los productores de la marca original. Con arreglo a esos acuerdos, los fabricantes del medicamento de marca pagan a los productores del medicamento genérico que han impugnado sus patentes para que estos retrasen la introducción en el mercado de productos genéricos más baratos. Esos acuerdos prorrogan la protección concedida a los productores de la marca original, retrasando la competencia y perjudicando a los consumidores que han de soportar durante más tiempo los precios más elevados de los medicamentos de marca. Muchas autoridades de defensa de la competencia tratan de poner fin a esta práctica anticompetitiva. Una decisión histórica del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en 2013 abrió la vía para que se investigaran los acuerdos de pago por demora en la industria farmacéutica de ese país y constituye un ejemplo para otras jurisdicciones (véase el recuadro 2).

Recuadro 2

Tribunal Supremo de los Estados Unidos: Comisión Federal de Comercio contra Actavis, 2013

En 2009, la Comisión Federal de Comercio presentó una demanda en la que denunciaba que Solvay Pharmaceuticals y dos fabricantes de medicamentos genéricos habían acordado que Solvay pagara por retrasar la comercialización de los equivalentes genéricos de uno de sus medicamentos de marca. La Comisión declaró que Solvay había pagado a las empresas a fin de evitar que adquirieran patentes para producir medicamentos genéricos competidores y para que retrasaran su comercialización durante nueve años, hasta 2015. El Tribunal de Apelación del Undécimo Distrito desestimó la demanda y falló que los efectos anticompetitivos en el ámbito de la protección de patentes eran legales *per se* en virtud del derecho de defensa de la competencia. En 2012, la Comisión presentó recurso de apelación ante el Tribunal Supremo, el cual revocó la decisión del tribunal de distrito y falló que los acuerdos de pago por demora entre esta rama de producción y los fabricantes de medicamentos genéricos estaban sujetos al control antitrust.

En cuanto a la decisión del Tribunal Supremo, el Presidente de la Comisión afirmó que era una victoria importante para los consumidores y los contribuyentes de los Estados Unidos, así como para la libertad del mercado. El Tribunal dictaminó inequívocamente que los acuerdos de pago por demora entre los fabricantes de medicamentos de marca y los

productores de genéricos estaban sujetos al control antitrust, y rechazó el intento de los fabricantes de medicamentos de marca originarios y los de medicamentos genéricos de lograr que esos acuerdos fueran inmunes a la legislación antimonopolio. Mediante ese dictamen, el Tribunal dio un gran paso hacia la solución de un problema que para los habitantes de los Estados Unidos suponía un costo de 3.500 millones de dólares anuales debido al sobreprecio de los medicamentos.

Fuentes: Comisión Federal de Comercio (2013a); Comisión Federal de Comercio (2013b).

F. Acuerdos no monetarios sobre patentes y competencia

22. Los acuerdos no monetarios sobre patentes, llamados también pagos compensatorios, han sido objeto de debate en el mundo de la competencia, especialmente desde que se promulgó la Ley sobre la Competencia de Precios de los Fármacos y la Restauración del Plazo de las Patentes en los Estados Unidos de América, Ley Hatch-Waxman, en 1984. La Ley establece incentivos económicos a fin de que los fabricantes de medicamentos genéricos impugnen las patentes de medicamentos originales. Proporciona una base normativa para que la Administración de Alimentos y Medicamentos acelere el proceso de aprobación de los medicamentos genéricos.

23. La jurisprudencia en este ámbito está evolucionando, a raíz del caso Actavis. Con el tiempo, la cuestión de los pagos compensatorios, ha acrecentado las divergencias entre las jurisdicciones de apelación, pero el fallo del Tribunal Supremo ha validado la aplicación del criterio de razonabilidad. El Tribunal Supremo de California aplicó ese principio en sus decisiones relativas a los casos Cipro I y II, siguiendo sus propios métodos de análisis. El Tribunal confirmó que los pagos compensatorios estaban sujetos a fiscalización en materia de competencia para impedir las prácticas colusorias entre los fabricantes del medicamento original y los del genérico, y para poder analizar sus efectos en la competencia en los mercados. El Tribunal detalló la estructura del criterio de razonabilidad en relación con los acuerdos sobre patentes y enumeró cuatro criterios necesarios para impugnar un acuerdo de pago compensatorio, a saber: que en este se fije un límite para la entrada del competidor genérico en el mercado; que se prevea que el fabricante del genérico competidor reciba dinero, u otra compensación económica equivalente, del fabricante de la marca original; y que la compensación sea de un valor superior al de los bienes y servicios proporcionados por el fabricante del genérico al del producto originario, si se excluye el retraso de la entrada en el mercado, así como a los costos procesales estimados que debería pagar la marca en caso de no haber acuerdo. En su análisis, en el que también examinó la necesidad de considerar los aspectos relativos a la competencia en los casos de pagos compensatorios, el Tribunal observó que los pagos no se limitaban a las simples transferencias de efectivo, sino que podían consistir en otras formas de intercambio de activos no cuantificables que podían tender a la eliminación de la competencia, por lo que llamó a la precaución al evaluar esos acuerdos (Wallace, 2015).

G. Operaciones de concentración y adquisición de empresas que incluyen aspectos relativos a la propiedad intelectual

24. Las concentraciones y adquisiciones son un área transversal en la aplicación del derecho de la competencia que afecta a muchos aspectos de las transacciones comerciales. Asimismo, los avances tecnológicos han dado lugar a operaciones de concentración y adquisición que incluyen aspectos relativos a la propiedad intelectual. En esas operaciones, especialmente en el sector tecnológico, es muy frecuente que las cuestiones de propiedad intelectual sean un factor importante a la hora de decidir si se lleva a cabo una

concentración o se adquiere una participación en otra empresa. Por consiguiente, es necesario que la parte adquirente examine las patentes, los derechos de autor, las licencias y las marcas y demás derechos de propiedad intelectual relacionados con la transacción.

25. Por su parte, los organismos de defensa de la competencia, deben aprobar los aspectos de la concentración o adquisición relacionados con la propiedad intelectual, al tiempo que se espera que los expertos jurídicos comprendan los derechos de propiedad intelectual considerados en cada caso. Por ese motivo puede ser necesario impartir formación a los expertos, especialmente en los organismos más pequeños, que tendrán menos posibilidades de contratar a especialistas externos, para que puedan ocuparse con diligencia de los casos relativos a los derechos de propiedad intelectual. Esta esfera de la aplicación de la ley de la competencia ha dado lugar a casos importantes tanto en las economías desarrolladas como en las economías en desarrollo, como el caso Google-Motorola Mobility que examinó la Comisión Europea, presentado en el recuadro 3.

Recuadro 3

Decisión de la Comisión Europea en el caso Google-Motorola Mobility, 2012

Este caso, basado en el artículo 6, párrafo 1 b) del Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, se refiere a la notificación por Google a la Comisión de que la adquisición del control exclusivo de Motorola Mobility mediante la compra de acciones. La notificación se efectuó habida cuenta de la presencia significativa que ambas partes en la transacción tenían en el mercado común europeo, con un volumen de negocio superior a los 250 millones de euros cada una. Google es proveedor de búsquedas por Internet y publicidad en línea, así como de una serie de servicios adicionales en línea y de productos de *software*; sus ingresos proceden principalmente de los servicios de publicidad en línea y los servicios móviles en línea, por ese orden. Google también desarrolla y pone a disposición de los fabricantes originales de dispositivos móviles inteligentes el sistema operativo móvil de código abierto Android. Motorola suministra decodificadores de televisión, sistemas de transmisión de vídeo de extremo a extremo, soluciones de acceso de banda ancha por cable y dispositivos móviles, incluidos teléfonos inteligentes.

La Comisión examinó la transacción desde distintos puntos de vista, incluida la definición del mercado relevante. No se constataron efectos horizontales en los mercados, mientras que se consideró que se debían analizar las relaciones verticales entre Google, como proveedor del sistema operativo de código abierto Android y de servicios en línea, y Motorola, proveedor de dispositivos móviles y titular de derechos de propiedad intelectual esenciales para los dispositivos móviles. Acerca de las patentes esenciales para el cumplimiento de las normas, la Comisión opinó que las patentes relativas a los dispositivos móviles eran necesarias y en este caso no podían quedar excluidas a efectos de adaptación a la norma. Cuando en los sistemas operativos móviles se utilizaban patentes no esenciales que podían generar valor adicional, estas, por definición, no eran esenciales para el cumplimiento de una norma, por lo que podían examinarse caso por caso. La Comisión concluyó que no había problemas significativos de exclusión del mercado, ya que este era competitivo y estaba creciendo, y los fabricantes de equipo original disponían de alternativas. La Comisión señaló que Google había transmitido a varios organismos de normalización una carta jurídicamente vinculante e irrevocable en relación con la adquisición de las patentes esenciales de Motorola. En ella se comprometía a aplicar condiciones justas, razonables y no discriminatorias en el contexto de la normalización y cumplir los compromisos preexistentes de Motorola de conceder licencias de sus patentes esenciales con una regalía máxima por unidad del 2,25% del precio neto de venta del producto final de referencia, con sujeción a las deducciones correspondientes a licencias cruzadas u otras consideraciones. La Comisión excluyó la posibilidad de que Google utilizara las patentes esenciales de Motorola para obstaculizar significativamente la

competencia en el mercado dado que existían muchos otros participantes en el mercado que tenían licencias cruzadas con Motorola. El derecho contractual prohibiría que Google interfiriera en el mercado en relación con las condiciones de las licencias de Motorola. Por último, la Comisión consideró que la transacción no “planteaba dudas graves en cuanto a su compatibilidad con los mercados internos de sistemas operativos para dispositivos móviles utilizados como componentes esenciales de los dispositivos móviles inteligentes”.

Fuente: Comisión Europea (2012).

IV. Lucha contra las prácticas contrarias a la competencia relacionadas con los derechos de la propiedad intelectual

26. Como se ha indicado, a fin de promover la competencia y la innovación, es preciso conciliar la protección de la propiedad intelectual y la defensa de la competencia, y existen varios medios para conseguirlo. Los gobiernos pueden establecer desde el comienzo, o mediante reformas, legislación relativa a los derechos de propiedad intelectual y sistemas de patentes para reducir al mínimo la posibilidad de que los titulares de esos derechos cometan abusos que excluyan del mercado o impidan que accedan a estas empresas competidoras y, en última instancia, desalienten la innovación y perjudiquen a los consumidores. En el plano internacional, los derechos de propiedad intelectual se rigen por el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de la Organización Mundial del Comercio, cuyo artículo 40 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”. Esta disposición permite que los miembros especifiquen en su legislación las prácticas o condiciones que tengan un efecto negativo sobre la competencia en el mercado correspondiente. Así pues, las autoridades pueden adoptar medidas apropiadas para impedir o controlar dichas prácticas.

A. Propiedad intelectual y políticas de defensa de la competencia

27. Los países en desarrollo podrían adoptar políticas basadas en un enfoque equilibrado, que permitan a las empresas recuperar las inversiones realizadas en investigación y desarrollo al tiempo que garantizan que el mercado siga estando expuesto a la libre competencia. Una prioridad política debería ser la de garantizar que los derechos de propiedad intelectual no se ejerzan de manera abusiva y que su ejercicio tampoco impida el desarrollo de mercados de productos complementarios o sustitutivos. Además, los países deben velar por que sus sistemas de patentes sean equilibrados y excluyan la posibilidad de que se cometan abusos en la adquisición de patentes o mediante la extensión de la protección de estas más allá de los plazos legítimos desde el punto de vista legal y económico.

B. Aplicación del derecho de la competencia a los derechos de propiedad intelectual

28. Otra manera de combatir el ejercicio abusivo de los derechos de propiedad intelectual, que posiblemente resulte más clara para los titulares, consiste en incluir en la legislación de la competencia disposiciones adicionales explícitas que regulen el ejercicio de esos derechos. Estas disposiciones podrían articularse en la ley de defensa de la competencia o en las normas subsidiarias, e incluir los puntos siguientes:

a) *Ámbito de aplicación.* La ley de defensa de la competencia puede establecer expresamente que las normas en materia de competencia previstas o derivadas de la ley son aplicables en su integridad al ejercicio de los derechos de propiedad intelectual.

b) *Definición.* La ley de defensa de la competencia puede ampliar la definición de los derechos de propiedad intelectual con el fin de permitir la aplicación de la misma ley a los conocimientos técnicos y prácticos y a ciertos procedimientos comerciales no patentados, y no solo a los derechos de autor y derechos conexos, las marcas, las indicaciones geográficas, los diseños industriales y las patentes. La ley puede disponer expresamente en sus definiciones que los acuerdos contemplados en la ley deberían abarcar cualquier acuerdo formal o informal que establezca las condiciones en que el titular de los derechos de propiedad intelectual puede conceder una licencia de patente, diseño o procedimiento patentado, u otro conocimiento técnico o práctico.

c) *Las prohibiciones.* La ley de defensa de la competencia puede incluir expresamente una lista de condiciones que, de cumplirse, probarían que una restricción intratecnología excede los límites de la protección jurídica. Como alternativa, la legislación puede establecer en qué condiciones las modalidades de concesión de licencia pueden perjudicar los insumos de producción, la oferta, la producción, los precios y la calidad de los productos. Los titulares de patentes y otros derechos de propiedad intelectual han adoptado la práctica de denunciar de manera fraudulenta o infundada la violación de patentes para disuadir a los propietarios de tecnologías competidoras de entrar en el mercado y para facilitar arreglos colusorios entre competidores en materia de derechos de propiedad intelectual. Las leyes de defensa de la competencia pueden usarse para prohibir totalmente la utilización de acuerdos de concesión de licencias de propiedad intelectual entre competidores como medio de resolución de litigios o como disuasión para evitar el acceso a un mercado.

29. Las autoridades de defensa de la competencia pueden elaborar directrices para resolver los asuntos de competencia que afectan a la propiedad intelectual, en las que se podrían detallar las circunstancias en que las restricciones intratecnología se considerarían contrarias a la competencia y aclarar desde un principio que el ejercicio legítimo de los derechos de propiedad intelectual no constituye por sí mismo un abuso de posición dominante. Ahora bien, si el titular de una patente intenta extender su posición de dominio fuera de los límites de la protección que le otorga la ley, utilizando medios anticompetitivos, dicha práctica podrá ser objeto de un expediente sancionador por parte de la autoridad de defensa de la competencia. Por ejemplo, en las directrices se podrían detallar las circunstancias en que una restricción excluiría el acceso a insumos de producción, aumentaría los costos de los competidores, ocasionaría una reducción de la producción, excluiría del mercado a potenciales inversores en derechos de propiedad intelectual existentes o sustitutivos, o aumentaría los precios. Las directrices también podrían especificar cuándo se considera que las restricciones intratecnología se consideran favorables a la competencia.

30. Dado que la concesión de derechos de propiedad intelectual puede propiciar el logro de ciertas eficiencias dinámicas, como la innovación y los adelantos tecnológicos, las directrices deberían reconocer el derecho de quienes invierten en tecnología y de los propietarios de patentes a ser retribuidos por sus inversiones, así como la necesidad de alentar nuevas actividades de investigación y desarrollo. Las directrices podrían explicar además en qué condiciones se consideraría que un acuerdo de licencia puede favorecer la inversión en la innovación y el acceso a la tecnología y la difusión de su uso; promover la creación de nuevos mercados y la entrada en estos; o reducir la incertidumbre relativa a la demanda. También pueden precisar los casos en que la retrocesión, los consorcios de patentes, las licencias recíprocas o los acuerdos de intercambio de licencias sin cobro de regalías pueden considerarse como promoción.

31. Además, una autoridad de defensa de la competencia puede establecer normas en las que prevea una lista no exhaustiva de exenciones para determinados acuerdos o conductas unilaterales en materia de propiedad intelectual. Por ejemplo, puede prever exenciones relativas a los arreglos o acuerdos de venta o transferencia de derechos de propiedad intelectual que no entrañen el riesgo de crear, mantener o potenciar una posición de dominio o de eliminar a competidores potenciales e impedir el desarrollo de nueva tecnología. Esas normas impondrían al titular de la patente y al licenciataria (las partes en el acuerdo) la obligación de probar o demostrar que se han tomado disposiciones para excluir el riesgo, cuando soliciten una exención a la autoridad de la competencia. También se pueden aplicar exenciones a los arreglos de concesión de licencias de propiedad intelectual que alienten la innovación y promuevan las eficiencias dinámicas y el desarrollo técnico y económico. La responsabilidad de probar que un acuerdo reúne esas características debe recaer en quienes soliciten la exención. En el recuadro 4 se presenta un ejemplo de reglamentación de la concesión de licencias.

Recuadro 4

Ley Antimonopolio y examen de la concesión de licencias del Japón

El Japón aprobó su ley de defensa de la competencia, la Ley Antimonopolio, en 1947. En el artículo 6, la Ley establece que una empresa no debe concertar un acuerdo o contrato internacional que incluya disposiciones que constituyan una restricción injustificada del comercio o prácticas comerciales desleales. Hasta 1997 la reglamentación japonesa sobre concesión de licencias se basaba en esta disposición y la Comisión de Comercio Leal del Japón examinaba y regulaba los contratos de concesión internacional de licencias entre empresas extranjeras y nacionales, fluctuando entre controles ex-ante y un enfoque de examen ex-post. La Comisión se centraba principalmente en el control de las cláusulas de retrocesión, con el fin de fomentar la innovación local. Hasta el decenio de 1990 uno de los objetivos de las políticas era utilizar la ley de defensa de la competencia para fortalecer la posición negociadora de los licenciataria con respecto a las empresas licenciantes, y alentar la innovación nacional y la introducción por las empresas japonesas de mejoras basadas en la tecnología original.

Fuente: Hiroko (2015).

C. Aplicación de la legislación de defensa de la competencia

32. Las autoridades de defensa de la competencia pueden impedir el ejercicio abusivo de los derechos de propiedad intelectual aplicando normas de competencia que garanticen la exposición de los mercados a la libre competencia. Si una empresa con dominio en el mercado impone de manera unilateral o mediante un acuerdo restricciones intratecnología, la autoridad puede aplicar las normas relativas a la competencia que prohíben el abuso de una posición dominante o los acuerdos contrarios a la competencia. El mismo criterio de evaluación y análisis que se aplica a la conducta unilateral o coordinada sería aplicable en los casos relativos a los derechos de propiedad intelectual.

33. Las autoridades de defensa de la competencia pueden y deberían cumplir, en primer lugar, la función de minimizar los posibles conflictos entre los derechos de propiedad intelectual y la ley de defensa de la competencia, con el fin de garantizar que el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual no conduzca al cierre total del mercado ni resulte lesivo para los consumidores. En este sentido, podría ser necesario que las autoridades se centraran en garantizar que las restricciones intratecnología, impuestas por el propietario de la patente o bien por el licenciataria, no provoquen en una restricción de la competencia en el mercado o, aún peor, mermas o retrasos en cuanto al nivel de bienestar de los

consumidores. Del mismo modo, prácticas tales como la denegación de una licencia deberían ser objeto de una estrecha vigilancia desde el punto de vista de la competencia para evitar que esta resulte perjudicada, si ello se puede evitar. En segundo lugar, las autoridades deben investigar los acuerdos de pago por demora o de pagos no monetarios con el fin de disuadir a las empresas que producen medicamentos de marca y a las que producen genéricos de establecer acuerdos colusorios que obstaculicen la competencia, al retrasar la comercialización de medicamentos genéricos más baratos, obligando así a los consumidores y a los contribuyentes a pagar precios más elevados por los medicamentos de marca. En tercer lugar, las autoridades deben analizar los posibles efectos anticompetitivos de las concentraciones y adquisiciones que afectan a la propiedad intelectual. Por último, deben idear medidas de reparación adecuadas, que pueden imponer la concesión obligatoria de licencias de patentes o marcas para que no desaparezca o se debilite la competencia.

34. En general, las autoridades de defensa de la competencia deberían adoptar un enfoque equilibrado, que concilie la aplicación de la ley de defensa de la competencia y la protección de la propiedad intelectual. Deben tener presente que, incluso cuando el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual del propietario de una patente produzca un monopolio, aún puede existir la posibilidad de crear nuevos mercados o productos y de innovar.

D. Regulación de los conocimientos técnicos y prácticos

35. Además de regular los derechos de propiedad intelectual *de jure*, las autoridades de defensa de la competencia podrían optar por reconocer que, sobre todo en el mundo en desarrollo, se hace un uso considerable de conocimientos y procedimientos, no divulgados pero identificables, relativos a la agricultura, la medicina, la genética vegetal y las prácticas agropecuarias, que podrían gozar de protección de la propiedad intelectual y deberían estar incluidos en el ámbito de aplicación de la ley de defensa de la competencia. Esos conocimientos o técnicas y prácticas tradicionales también pueden estar sujetos a condiciones y restricciones contractuales impuestas por empresas, aunque se hayan acordado de manera informal. En tales situaciones, los curanderos, cultivadores o agricultores pueden ser inventores o propietarios de conocimientos técnicos y prácticos, aunque operen en el marco de grandes corporaciones capaces de imponer contratos de largo plazo con límites y condiciones muy restrictivas. En la práctica, esas restricciones pueden tener los mismos efectos que han tenido, por ejemplo, los contratos de Microsoft en relación con los programadores individuales, por lo que deben ser fiscalizados por las autoridades de defensa de la competencia. El uso exclusivo y excluyente de los conocimientos técnicos podría limitar la competencia en el mercado. Así pues, en esos casos debe examinarse el uso de los conocimientos técnicos y prácticos del mismo modo que el de los demás derechos de propiedad intelectual. Es necesario que las autoridades de defensa de la competencia examinen los arreglos que restrinjan la venta, la transferencia o la concesión de licencias de uso de los conocimientos técnicos y prácticos en modos que limiten la competencia en los mercados. Por consiguiente, en la legislación de defensa de la competencia de los países en desarrollo se debería determinar que los conocimientos técnicos y prácticos y otras formas de propiedad intelectual atípicas son objeto de protección de la propiedad intelectual y de concesión de licencias, por lo que entran en el ámbito de aplicación de la ley de defensa de la competencia.

E. Otras medidas legislativas

36. Además de la ley de defensa de la competencia, los gobiernos pueden adoptar otras leyes y normas adecuadas para conciliar la protección de la propiedad intelectual y la

defensa de la competencia. En los Estados Unidos, se aprobó la Ley Hatch-Waxman con miras a garantizar ese equilibrio. La legislación de los Estados Unidos ofrece otro ejemplo, en el proyecto de ley para poner fin a los acuerdos de pago por demora en la industria farmacéutica (que retrasan la comercialización de medicamentos genéricos baratos que compitan con los medicamentos de marca de precio más elevado) que, si se aprueba, prohibirá esos acuerdos (véase el recuadro 5).

Recuadro 5

Estados Unidos: Proyecto de ley para poner fin a los acuerdos de pago por demora en la industria farmacéutica

En un informe de la Comisión Federal de Comercio, de diciembre de 2014, se señalan 29 posibles casos en que se hicieron pagos para retrasar la comercialización de productos competidores de 21 medicamentos de marca cuyas ventas totales en el mercado de los Estados Unidos ascendían a unos 4.300 millones de dólares. El informe concluyó que los acuerdos sobre patentes que preveían un pago retrasaban la comercialización de un medicamento genérico en promedio 17 meses, con respecto a los que no incluían pago. Según la Comisión, los pactos de pago por demora, al retrasar la comercialización de medicamentos genéricos más baratos, supusieron para los consumidores de los Estados Unidos un costo adicional anual de 3.500 millones de dólares, aumentando así el déficit federal. La Oficina de Presupuestos del Congreso estimó que una legislación que restringiera tales acuerdos reduciría la deuda en casi 5.000 millones de dólares en el siguiente decenio.

Con miras a poner fin a los acuerdos de pago por demora en la industria farmacéutica, en septiembre de 2015 se volvió a presentar al Congreso una Ley de Garantía del Acceso a Medicamentos Genéricos Asequibles. La ley original se había aprobado en 2009. La legislación declarararía ilegal el uso por las empresas farmacéuticas productoras de medicamentos de marca de pagos anticompetitivos para retrasar la entrada en el mercado de medicamentos genéricos. La legislación permitiría que los productores de medicamentos demostraran que sus acuerdos no eran anticompetitivos, y autorizaría a la Comisión Federal de Comercio a incoar un procedimiento de sanción contra las partes en un acuerdo de resolución o un arreglo de un litigio por infracción de uso de patente relativa a la venta de medicamentos. Las sanciones incluirían multas y la pérdida del período de 180 días de exclusividad para la comercialización de un medicamento genérico.

Fuentes: Comisión Federal de Comercio (2012); Iniciativa relativa a los medicamentos genéricos y biosimilares (2015).

F. Coordinación de los organismos públicos para la regulación de los derechos de propiedad intelectual

37. Las autoridades de defensa de la competencia deberían propugnar la conciliación entre la protección de la propiedad intelectual y la defensa de la competencia por los organismos públicos competentes. Podría llevarse a cabo mediante la coordinación y la cooperación entre los organismos y, por ejemplo, sobre la base de acuerdos como memorandos de entendimiento con otros reguladores o departamentos estatales encargados de la regulación de la propiedad intelectual, como las oficinas de registro de patentes, los organismos nacionales de normalización y las agencias encargadas de la aprobación de alimentos y fármacos. Junto con las autoridades de la competencia, esos organismos podrían elaborar nuevas políticas, leyes y directrices para la regulación y la aplicación de los derechos de propiedad intelectual, a fin de impedir el registro improcedente, temerario o de patentes demasiado amplias u otro registro injustificado o desleal de diseños.

V. Conclusión

38. Para lograr los objetivos de innovación, competencia de los mercados y, finalmente, crecimiento económico, es necesario conciliar la protección de la propiedad intelectual y la defensa de la competencia. Las autoridades reguladoras deberían velar por que el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual no obstaculice la innovación, restrinja la competencia ni deteriore el bienestar del consumidor.

39. Las autoridades de defensa de la competencia cumplen la importante función de velar por que el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual no resulte abusivo ni produzca efectos contrarios a la competencia. Las autoridades disponen de varios medios para afrontar las prácticas anticompetitivas en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual. En primer lugar, el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual debe estar contemplado en la legislación de defensa de la competencia. Ello requiere que la ley de la competencia sea íntegramente aplicable a tales prácticas. La ley debería incluir disposiciones explícitas en cuanto a su ámbito de aplicación. En segundo lugar, los asuntos relativos a la competencia que conciernen a la propiedad intelectual deben abordarse mediante disposiciones de prohibición y exención en ciertos acuerdos o arreglos relativos a la propiedad intelectual. En tercer lugar, las autoridades pueden elaborar directrices suplementarias en las que se indiquen las circunstancias en que los acuerdos de concesión de licencias se considerarían ser anticompetitivos. La aplicación de la ley de defensa de la competencia puede ser una herramienta sumamente útil para afrontar los abusos en el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual, la denegación de licencias, los acuerdos de pago por demora y la imposición de condiciones contrarias a la competencia por parte de los titulares de patentes o los licenciarios en los acuerdos de concesión de licencias. Por último, no hay que olvidar que las autoridades pueden promover y coordinar con otros organismos competentes políticas en materia de derechos de propiedad intelectual para evitar la concesión indebida de protección de la propiedad intelectual.

Referencias

- American Bar Association (Colegio de Abogados de los Estados Unidos) (2007). *Intellectual Property and Antitrust Handbook*.
- Drexel J., ed. (2008). *Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law*. Edward Elgar.
- Correa C. (2007). Propiedad intelectual y derecho de la competencia, Explorando algunos temas de Relevancia para los Países en Desarrollo. Issue Paper No. 21. Centro Internacional de Comercio y Desarrollo Sostenible.
- Comisión Europea (2012). Decision in case No. COMP/M.6381 Google-Motorola Mobility, pursuant to article 6 (1) (b) of Council Regulation No. 139/2004. Puede consultarse en: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6381_20120213_20310_2277480_EN.pdf.
- Comisión Europea (2014a). Competition policy brief: Standard-essential patents. Available at http://ec.europa.eu/competition/publications/cpb/2014/008_en.pdf.
- Comisión Europea (2014b). Guidelines on the application of article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements. Puede consultarse en [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52014XC0328\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52014XC0328(01)).
- Comisión Federal de Comercio (2012). Puede consultarse en <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2013/01/ftc-study-fy-2012-branded-drug-firms-significantly-increased>.
- Comisión Federal de Comercio (2013a). Puede consultarse en <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/071-0060/watson-pharmaceuticals-inc-et-al>.
- Comisión Federal de Comercio (2013b). Puede consultarse en <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2013/06/statement-ftc-chairwoman-edith-ramirez-us-supreme-courts-decision>.
- Comisión Federal de Comercio (2016). Research, enforcement and advocacy at the intersection of antitrust and intellectual property. Presented at the third annual Intellectual Property and Antitrust Conference. Washington, D.C. 20 April.
- Generics and Biosimilars Initiative (2015). Puede consultarse en <http://www.gabionline.net/Policies-Legislation/Pay-for-delay-bill-reintroduced>.
- Ghidini G. (2006). *Intellectual Property and Competition Law: The Innovation Nexus*. Edward Elgar.
- Hiroko Y. (2015). Competition analyses of licensing agreements: Considerations for developing countries. Issue Paper No. 40. Centro Internacional de Comercio y Desarrollo Sostenible.
- Khor M. (2005). *Intellectual Property, Competition and Development*. Red del Tercer Mundo.
- Korah V. (2006). *Intellectual Property Rights and the European Commission Competition Rule*. Hart Publishing.

Kovacic W.E. (2007). The importance of history to the design of competition policy strategy: The Federal Trade Commission and intellectual property. *Seattle University Law Review*. 30:319–347.

Lianos I. y Dreyfuss R.C. (2013). New challenges in the intersection of intellectual property rights with competition law – a view from Europe and the United States. Working Paper Series. Centre for Law, Economics and Society.

Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law (2013). Copyright, competition and development report.

Mondaq (2015). Puede consultarse en <http://www.mondaq.com/x/392946/Cartels%20Monopolies/Chinas%20NDRC%20Provides%20Guidance%20Regarding%20Licensing%20of%20StandardEssential%20Patents%20in%20Qualcomm%20Decision=>.

Santa Cruz Scantlebury M. y Trivelli P. (2015). Interaction between intellectual property and competition laws. E15 Initiative. Centro Internacional de Comercio y Desarrollo Sostenible y Foro Económico Mundial.

UNCTAD (2004). *Competition, Competitiveness and Development: Lessons from Developing Countries*. United Nations publication. New York and Geneva.

UNCTAD (2008). Competition policy and the exercise of intellectual property rights. TD/B/COM.2/CLP/68. 15 de mayo.

UNCTAD (2015). The role of competition in the pharmaceutical sector and its benefits for consumers. TD/RBP/CONF.8/3. 27 de abril.

Wallace J. (2015). In re Cipro: California Supreme Court’s structured approach to applying the Actavis standard to state antitrust claims. Puede consultarse en http://www.schiffhardin.com/Templates/media/files/publications/PDF/IP_20150601.pdf.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (2007). Intellectual property and competition as complementary policies: A test using an ordered probit model. Puede consultarse en http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-competition/en/studies/study_ip_competition_oliveira.pdf.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (2011). Survey on compulsory licences granted by member States to address anti-competitive uses of intellectual property rights. Puede consultarse en: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/cdip_4/cdip_4_4_rev_study_inf_5.pdf.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (2014). Patent pools and antitrust. Puede consultarse en http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-competition/en/studies/patent_pools_report.pdf.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (2016). Competition and patents. Puede consultarse en <http://www.wipo.int/patent-law/en/developments/competition.html>.