

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
Colegio de Jurisprudencia

**La Propiedad Intelectual como Elemento Coadyuvante de la Libre
Competencia: Necesidad de regular esta materia dentro del Reglamento
a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Un
enfoque centrado en el sistema de Patentes**

Renato Sebastián Coronel Altamirano
Directora de Tesis: Dra. Sophia Espinosa Coloma

Tesina de grado como requisito para la obtención del título de Abogado

Quito, mayo de 2014

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

“La Propiedad Intelectual como Elemento Coadyuvante de la Libre Competencia: Necesidad de regular esta materia dentro del Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Un enfoque centrado en el sistema de Patentes”

Renato Coronel Altamirano

Dr. Vladimir Villalba
Presidente del Tribunal e Informante

p- Dra. Sophia Espinosa
Directora de Tesis

Dr. Juan Manuel Marchán
Informante

Dr. Luis Parraguez
Decano del Colegio de Jurisprudencia

The image shows three handwritten signatures in blue ink, each placed over a horizontal dotted line. The top signature is the most legible and appears to be 'Renato Coronel Altamirano'. The middle signature is more stylized and less legible. The bottom signature is also stylized and less legible.

Quito, 15 de Mayo de 2014

“La Dra. Sophia Espinosa interviene vía Skype en la defensa de la Tesina. Por consiguiente y a ruego suyo suscribe en su nombre la presente hoja de Aprobación el Dr. Luis Parraguez, Decano del Colegio”

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TITULO: Las Propiedad Intelectual como Elemento Coadyuvante de la Libre Competencia: Necesidad de regular esta materia dentro del Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Un enfoque centrado en el sistema de Patentes.

ALUMNO: Renato Sebastián Coronel

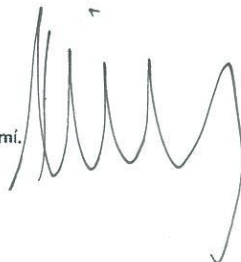
E VALUACIÓN:

- a) Importancia del problema presentado: El Derecho de Competencia es una rama naciente en el Ecuador, por lo que se requiere profundizar en el estudio y análisis de la norma, con el fin de que su aplicación no transgreda el fin para el que fue creada, es decir proteger la libre competencia. Asimismo, tenemos que considerar la importancia e impacto económico de los derechos de propiedad intelectual, los que persiguen como principal objetivo la promoción de la innovación en todas las áreas del intelecto humano. Algunas corrientes consideran que estos derechos son opuestos, por utilizar mecanismos contradictorios. De ahí que sea fundamental el tener parámetros claros que establezcan la interrelación de estos dos derechos, de forma que ambos coadyuven al desarrollo del mercado.
- b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador: La hipótesis planteada en este estudio es sin dudas interesante y trascendente. El estudiante plantea que el derecho de la propiedad intelectual, específicamente los derechos de patentes, son elementos complementarios y coadyuvantes con el derecho de la competencia. No obstante, existen ciertas áreas que requieren ser reguladas para evitar conflictos. Esta hipótesis sin duda constituye un aporte a nuestro derecho de competencia, pues nos permite identificar las áreas grises del sistema de patentes que podrían generar distorsiones en el mercado y por tanto afectar a la libre competencia.
- c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados: Los documentos empleados son suficientes y pertinentes. El estudiante ha realizado una investigación adecuada, haciendo de ésta un estudio de calidad.
- d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada): La investigación sigue una estructura consistente y sólida. Los argumentos han sido planteados con claridad y suficiencia necesaria, además de ser respaldados con adecuada literatura. El estudiante ha identificado cuatro áreas del sistema de patentes que tienen que ser atendidas de forma inmediata, con el fin de evitar que se afecte la libre competencia. De esta manera, el estudio establece parámetros claros y viables para el juzgamiento de conductas que podrían afectar la competencia, materia que al ser nueva en nuestro ordenamiento requiere de ardua investigación técnica para su correcta administración por parte del órgano regulador.

FIRMA DIRECTOR:

SOPHIA ESPINOSA COLOMA, J.S.D.

Autorizo al Dr. Farith Simon a firmar por mí.



© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación, quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley de Educación Superior.

Firma: -----

Nombre: Renato Sebastián Coronel Altamirano

C.I.: 1716182686

Fecha: Quito, mayo de 2014

A mi familia por su apoyo y cariño.

RESUMEN

Con la expedición de la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado en octubre de 2011, se consolidó por primera vez en el Ecuador un conjunto de normas especialmente encaminadas a regular la competencia económica y las posiciones de poder de ciertos sectores y empresas frente al resto de competidores en el mercado. Dentro de los aspectos económicos que conciernen al derecho de competencia, se encuentra la Propiedad Industrial como un elemento clave para el desarrollo de las actividades económicas sujetas al control de esta Ley. Esta tesina se centra en el análisis de las Patentes como elemento coadyuvante de la Libre Competencia, considerando que los Derechos de Propiedad Industrial promueven la innovación y desarrollo tecnológico en beneficio de los consumidores y promoviendo el crecimiento económico de los países.

ABSTRACT

With the promulgation of the Antitrust Law (Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado), on October 2011, for the first time in Ecuador a law attempted to regulate economic competition, as well as the market power of certain economic groups and companies in comparison to other competitors in the market. Among the economic aspects concerning competition law, Intellectual Property is a key element for the development of economic activities subject of this Law's control. This graduate work focuses on the analysis of Patents as a coadjuvant element of free competition, taking into account the fact that Industrial Property Rights promote innovation and technological development for the benefit of consumers and promoting the economic growth of nations.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	10
1. CONCEPTOS GENERALES.	12
1.1 Libre Competencia	13
1.2 Teorías anti monopólicas.	18
1.2.1 Teoría Populista.	24
1.2.2 Teoría Proteccionista de Pequeñas empresas.	26
1.2.3 Teoría Moderna.	28
1.3 Naturaleza de los derechos de Propiedad Intelectual.	30
1.3.1 Origen	31
1.3.2 Estructura económica de los Derechos de PI	33
2. INTERACCIÓN ENTRE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y EL DERECHO DE COMPETENCIA	43
2.1 Derechos de Propiedad Intelectual y Derecho a la Competencia: ¿Leyes en Conflicto?	43
2.1.1 Derechos de Propiedad Intelectual y Monopolio	44
2.1.2 Patentes y Monopolios	47
2.2 Derechos de Propiedad Intelectual y Derecho a la Competencia: Leyes Complementarias	52
2.2.1 Posición Doctrinaria	52
2.2.2 Patentes y Competencia	58
2.3 Abuso de los Derechos de Propiedad Intelectual	65
3. MARCO NORMATIVO Y LINEAMIENTOS DE REGULACIÓN	71
3.1 Constitución de la República del Ecuador	71
3.2 ADPIC y Ley de Propiedad Intelectual	75
3.3 Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado	80
3.4 Recomendaciones para regular apropiadamente a la Propiedad Intelectual dentro del marco de la normativa de competencia	84
3.4.1 Licenciamiento	85
3.4.2 Concentraciones en materia de Propiedad Industrial	93
3.4.3 Patent Misuse	97
3.4.4 Patent Pooling	100
4. CONCLUSIONES	105
5. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA	111

INTRODUCCIÓN

Con la expedición de la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado en octubre de 2011, se consolidó por primera vez en el Ecuador un conjunto de normas especialmente encaminadas a regular la competencia económica en el mercado y las posiciones de poder de ciertos sectores y empresas frente al resto de competidores en el mercado. Este conjunto de normas tiene la función de reglar, en general, la actividad económica privada y pública dentro del país y, en casos extraordinarios, actividades económicas desarrolladas en el extranjero que tengan injerencia en el mercado nacional. Dentro de los aspectos económicos que conciernen al derecho de competencia, se encuentra la propiedad industrial como un elemento clave para el desarrollo de las actividades económicas sujetas al control de esta Ley.

Tanto el derecho de competencia como el derecho de propiedad intelectual, por la naturaleza de los derechos y actividades que protegen y regulan, cumplen una función principalmente económica. Lo lógico e ideal sería que ambas ramas del derecho trabajen conjuntamente, tirando hacia una misma dirección, con objetivos comunes y en armonía conceptual y práctica para que éstas puedan cumplir su función jurídica y económica. Dentro del ámbito de protección de la propiedad industrial, se encuentra contenida la figura de la patente de invención, que por la naturaleza económica de los derechos que encierra, genera un gran debate desde el punto de vista de la libre competencia.

En relación a la coexistencia de estas ramas del derecho, existen dos maneras de abordar el tema. Por un lado se puede mirar al sistema de otorgamiento y protección de patentes como la creación de un monopolio a favor de los titulares de estos derechos, por lo tanto tal sistema sería opuesto a la meta de las leyes de competencia que es restringir los monopolios. Por tanto, bajo esta visión el establecimiento de regímenes fuertes de Propiedad Intelectual afectaría al mercado.

Por el contrario, podemos estudiar al sistema de patentes como el reconocimiento de derechos de propiedad privada y su facultad de uso exclusivo, en razón de que esta protección incentiva la generación de nuevos productos y el desarrollo de nuevas tecnologías brindando un sistema de incentivos y recompensas que fomentan la actividad inventiva de los titulares de patentes y de sus competidores, que deberán

invertir recursos en investigación para el desarrollo de nuevas y mejores tecnologías de tal manera que puedan ser competitivos en el mercado. De esta manera podemos ver como los derechos protegidos por una patente no solo son complementarios al derecho de competencia, sino que también son un elemento coadyuvante de la libre competencia.

Al ser la primera vez que se expide una ley de esta naturaleza en el Ecuador con el fin de regular la libre competencia dentro de los mercados ecuatorianos, previniendo la práctica de conductas monopólicas, anticompetitivas y el abuso de posiciones de dominio, podemos observar que este cuerpo legal trata el tema de la propiedad industrial de manera muy general, por lo que resultaría prudente regular más a fondo la interrelación entre el sistema de patentes y la libre competencia en normativa de inferior jerarquía, pues el ejercicio abusivo de los derechos derivados de las patentes no se encuentra adecuadamente desarrollado en la normativa nacional.

Esta tesina se centra en el análisis de la propiedad intelectual como elemento coadyuvante de la libre competencia, específicamente enfocándonos en el área de patentes, considerando que éstas deben estar reguladas de tal manera que el ejercicio de los derechos protegidos por esta figura se mantenga dentro de los límites de la legalidad y la legitimidad, respetando la naturaleza económica y jurídica de los mismos en un ambiente de libre competencia.

El problema jurídico de la presente investigación se resume en la siguiente pregunta: ¿La propiedad intelectual es o no complementaria al derecho de competencia, especialmente en lo referente al sistema de patentes?

Nuestra postura frente al problema jurídico planteado es que los derechos de propiedad industrial son un elemento esencial de la libre competencia y la protección que se otorga mediante el registro de patentes más específicamente, coadyuvan y promueven la libre competencia del mercado. Sin embargo, existen ciertos escenarios que requieren de regulación para evitar un posible conflicto de estos dos cuerpos normativos. Resulta ilógico pensar que la protección a los derechos derivados de las patentes puedan ser proporcionalmente contrarios a la libre competencia debido a que se está protegiendo creaciones del intelecto humano e intangibles que han adquirido un valor, reconocimiento y el posicionamiento en el mercado fruto del trabajo y de la excelencia de determinada procedencia empresarial.

El derecho de propiedad intelectual no es únicamente una herramienta de protección de los derechos derivados del proceso creativo del intelecto humano, sino que también incentiva la investigación y el desarrollo de nuevas tecnologías y productos que cada vez se van modernizando y van resolviendo nuevos problemas industriales lo que conduce al desarrollo socioeconómico de las naciones y de los individuos que se desenvuelven en ellas.

La investigación del presente trabajo está conformada de 3 capítulos. El primer capítulo desarrolla conceptos básicos generales del derecho de competencia y la microeconomía como la libre competencia, los monopolios en sentido económico y las posibles posiciones que pueden adoptar los Estados frente a la regulación de normas y políticas de competencia económica y de la actividad económica privada. De igual manera estudiaremos, en el primer capítulo, la naturaleza de los derechos de propiedad intelectual, su origen y su estructura económica.

El segundo capítulo trata la interacción que existe entre la propiedad intelectual y el derecho de competencia. Revisaremos algunos conceptos básicos como patentes y monopolios, la estructura económica de las patentes y su elemento de exclusividad. Asimismo revisaremos aquellos ámbitos en los que las patentes y la libre competencia persiguen fines comunes e interactúan de forma complementaria. Por otro lado, estudiaremos algunas visiones distintas acerca de cuáles constituyen actos contrarios a la libre competencia y cómo se distinguen las actuaciones que atentan contra las políticas antimonopolio y la libertad de mercado. Dentro de éstas, analizaremos el abuso de derechos de propiedad industrial y la manera en la que este ejercicio abusivo se aleja de la naturaleza mismo de este tipo de derechos.

El tercer capítulo presentará el marco normativo en el que se desarrolla la interacción entre el derecho de propiedad intelectual y el derecho de competencia. Las normas que revisaremos específicamente son el Acuerdo ADPIC, la Ley de Propiedad Intelectual, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y la Constitución de la República del Ecuador. Por otro lado revisaremos algunas prácticas relativas al ejercicio de derechos de propiedad industrial derivados de patentes que generan una evidente fricción con la libre competencia por lo que plantearémos algunas recomendaciones para identificar estas prácticas y para regularlas a través de criterios técnicos y objetivos que permitan llegar a un equilibrio práctico entre la protección de los derechos de patentes y la libre competencia.

CAPITULO I: CONCEPTOS GENERALES.

1.1 LIBRE COMPETENCIA.

La libre competencia es un término complejo que abarca muchas dimensiones, por lo que no existe una definición uniforme de la misma. Los autores que tratan a la Libre Competencia, y que revisaremos enseguida, resaltan la importancia de ésta en el mercado para que éste último sea eficiente y exista una verdadera competencia efectiva. Si no existe libertad de competencia, se verían limitados los derechos de competidores y consumidores alterando la naturaleza misma del mercado. Por este motivo es tan importante que el derecho presente mecanismos para la protección y prosecución de este bien jurídico. A continuación, revisaremos algunas definiciones de libre competencia, sus aspectos generales, sus elementos principales y buscaremos llegar a una definición completa en base a varias definiciones que revisaremos a continuación. En este sentido, Alfonso Miranda considera que:

Se entiende por libertad de competencia económica, la posibilidad efectiva que tienen los participantes en un mercado, de concurrir a él en contienda con los demás, con el objetivo de ofrecer y vender bienes o servicios a los consumidores, y de formar y mantener una clientela.¹

Por otro lado, la Comisión Nacional de la Competencia de España considera que:

Cuando existe una situación de competencia efectiva en un mercado, los vendedores de un producto o servicio luchan de forma independiente para alcanzar los objetivos de unos beneficios, unas ventas o una mayor cuota de mercado. La rivalidad competitiva se manifiesta en diferencias en los precios, en la calidad, en el servicio o bien a una combinación de estos factores y ha de poder ser valorada por los clientes.²

Para la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, competencia es “el conjunto de esfuerzos que desarrollan los agentes económicos que actuando independientemente rivalizan buscando la participación efectiva de sus bienes y servicios en un mercado determinado”.³ A su vez, el Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia, presenta la siguiente definición de competencia.

¹ Alfonso Miranda; citado por Arias García, Fernando. *Derecho de la competencia económica y derecho de marcas: ¿Una auténtica tensión jurídica?* <http://vlex.com/vid/competencia-marcas-autentica-tension-223723313> (acceso: 16/10/2013).

² Comisión Nacional de la Competencia de España. *Glosario: Competencia*. <http://www.cncompetencia.es/Inicio/FAQ/Glosario/tabid/101/Default.aspx?item=176#176> (acceso: 16/10/2013).

³ La Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. *Qué es la libre competencia*. www.sic.go.co/libre-competencia (acceso: 15/01/2013).

Situación de Mercado en el que las empresas o vendedores, que actúan con total independencia, se esfuerzan para atraer clientes para alcanzar un objetivo comercial preciso y expresado en términos de beneficios, de volumen de ventas o de cuotas de mercado... Puede referirse a los precios, a la calidad, a los servicios o a varias de estos factores simultáneamente, así como a otros elementos diversos que son determinantes para la elección de los compradores.⁴

Podemos observar en este último concepto de competencia, que ya se habla intrínsecamente de la necesidad de la existencia de libertad en una determinada situación del mercado. Al mencionar la actuación de los agentes de un mercado con total independencia, se incluye a la libertad como elemento necesario para la existencia de competencia. De igual manera, sucede con la variación de precio, de calidad y otros factores que llevarán a los consumidores a tomar decisiones informadas y más importante aún, a decidir libremente qué productos o servicios prefieren. En este sentido, Pinkas Flint define a la libre competencia en los siguientes términos:

La libre competencia resulta de la concurrencia libre en el mercado de ofertantes que producen bienes o servicios similares y, a su vez, consumidores que toman decisiones libres sobre sus compras en el mercado con información suficiente sobre las características de precio y calidad de los productos sin que en estas decisiones intervengan fuerzas distintas a las del mercado mismo.⁵

En cuanto a la Libre Competencia definida más brevemente, Joaquín Garrigues considera que " libre competencia, en sentido jurídico significa, igualdad jurídica de los competidores".⁶ De igual manera, Bauche García define a la libre competencia como "libre ejercicio de la actividad del empresario, encaminada a la producción de bienes y servicios para el mercado".⁷ En cuanto a la definición presentada por Joaquín Garrigues, puede resultar ingenuo pretender que 2 o más competidores en un mercado sean "jurídicamente iguales" es por un lado contrario a la naturaleza misma de la libre competencia y por otro lado no es una definición precisa acerca de las condiciones de la Libre Competencia.

⁴ Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia. Citado por Pinkas Flint. *Tratado de Defensa de la Libre Competencia: Estudio Exegético del D.L. 701. Legislación Doctrina y Jurisprudencia Regulatoria de la Libre Competencia*. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, p. 45.

⁵ Pinkas Flint. *Tratado de Defensa de la Libre Competencia: Estudio Exegético del D.L. 701. Legislación Doctrina y Jurisprudencia Regulatoria de la Libre Competencia*. *Óp.cit.*, p. 28

⁶ Joaquín Garrigues. *Curso de Derecho Mercantil*. Bogotá: Editorial Temis; 1987, pp. 218-219. Citado por Pinkas Flint. *Tratado de Defensa de la Libre Competencia: Estudio Exegético del D.L. 701. Legislación Doctrina y Jurisprudencia Regulatoria de la Libre Competencia*. *Óp. cit.*, p. 45.

⁷ Diego Bauche García. *La Empresa*. México: Editorial Porrúas S.A; 1983, p. 61. Citado por Pinkas Flint. *Tratado de Defensa de la Libre Competencia: Estudio Exegético del D.L. 701. Legislación Doctrina y Jurisprudencia Regulatoria de la Libre Competencia*. *Óp. cit.*, p. 45.

A nuestro entender, y tomando elementos importantes de cada una de las definiciones que hemos presentado, podemos concluir que la libre competencia es la situación de mercado en la que los competidores (es decir oferentes) tienen la facultad de desarrollar su actividad empresarial libremente dentro de un determinado mercado relevante⁸, con libertad de entrada, bajo condiciones y reglas comunes a todos ellos, en el que los consumidores gozan de la libertad de tener acceso a variada oferta de productos y servicios a precios variados a fin de elegir el que más les convenga según su escala de valor personal (libertad de escogencia)⁹, lo que genera la eficiencia del aparato productivo nacional.¹⁰

Lo que se debe procurar en protección de la libre competencia, es brindar una protección al mercado, de forma que éste actúe en función de las fuerzas de la oferta y la demanda, así el Estado actuaría, únicamente, para arreglar los fallos de mercado de una manera más expedita;¹¹ sin embargo estas normas no deben ser intromisivas en la actividad empresarial privada, simplemente deben presentar normas y reglas comunes y aplicables a todos los competidores, que sirvan como pautas para la buena coexistencia y convivencia de los oferentes en un mercado.

Por esta necesidad que existe de proteger la libre competencia, ha surgido el derecho de la competencia. Belisario Betancur¹² define al derecho de la competencia como, “el conjunto de normas jurídicas que regulan la rivalidad entre los distintos agentes económicos para la búsqueda y conservación de una clientela”. Como acabamos de mencionar hace un momento, es muy importante que el derecho de competencia se enfoque en regular únicamente los fallos del mercado procurando una intervención

⁸ “(...) Queda de manifiesto que al derecho lo que le interesa es velar por la libre competencia. Esta última debe ser estudiada bajo dos perspectivas: una en relación con el denominado “mercado relevante”, y otra en relación con la “competencia eficaz” o “indicadores de competencia”.” Juan Antonio Alvarez Avendaño y Claudio Lizana Anguita. *Dumping y Competencia Desleal Internacional*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Chile. 1995, p. 248.

⁹ “Los objetivos explícitos o implícitos que guardan alguna relación la libre competencia mas no necesariamente con la eficiencia económica, pueden incluir (...) la preservación de la libertad de elección por parte del consumidor (...)”. Banco Interamericano de Desarrollo, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. “Derecho y Política de la Competencia en América Latina”. *Exámenes Inter-Pares en Argentina, Brasil, Chile, México y Perú*. OCDE/BID, 2007, pp. 236-237.

¹⁰ Marcelo Celani y Leonardo Stanley. *Política de Competencia en América Latina*. Santiago de Chile: Naciones Unidas, 2003, p. 22.

¹¹ Rosario Medero. “¿Cómo la regulación en competencia de los servicios públicos puede aumentar el bienestar de los uruguayos?” *Servicios públicos: aportes hacia una política de Estado*. Mario Bergara y Rafael Sanseviero (coords.). Montevideo: Proyecto Agenda Uruguay *et al.*, 2001, p. 91.

¹² Belisario Betancur. “Aproximaciones al Derecho de Competencia”. *Derecho de la Competencia*. Bogotá: El Navegante Editores, 1998, p. 27.

mínima del Estado en las actividades económicas de los particulares. Estas normas deben estar dirigidas a salvaguardar la libre competencia y debe proteger la voluntad libre de los consumidores.

Para mirar si existe libre competencia o no, debemos considerar al Mercado como elemento clave para la determinación de la existencia de ésta. Para Mauricio Velandia, "Mercado es el lugar territorial en donde se cruzan las empresas interesadas en ofrecer un producto, con los sujetos económicos interesados en satisfacer sus necesidades con la adquisición de ese bien o servicio".¹³ Debido a la relevancia de la delimitación del mercado relevante para determinar la existencia o no de la libre competencia, debemos definir este término y estudiar sus elementos.

El estudio del mercado relevante es de vital importancia para la legislación y regulación normativa del derecho de competencia. El mercado relevante es completamente necesario para determinar el poder de una empresa en un mercado determinado y la posición dominante que ésta pueda llegar a tener. Así lo considera la economista Joan Robinson, quien planteó la delimitación del mercado relevante desde la perspectiva del producto. Esta autora considera que tomando un producto, podemos observar los productos sustitutos cercanos hasta encontrar una brecha en ellos.¹⁴

Este criterio es compartido por el Horizontal Merger Guidelines (HMG) del Departamento de Justicia Americano promulgado en 1992, que define al mercado relevante como "un producto o conjunto de productos producidos o vendidos, tal que una empresa hipotética, que es la única establecida en dicha área, que produce o vende dichos productos, está en capacidad de imponer un incremento pequeño pero significativo y no transitorio de sus precios".¹⁵ Las siglas en Inglés son SSNIP (small but significant non- transitory increase in price) y en Estados Unidos y en algunos países a nivel mundial se realiza este "test" para determinar los bienes sustitutos que tiene un producto determinado. Asimismo, este examen sirve para determinar la "dominancia" o posición dominante de un oferente dentro de un mercado.

¹³ Mauricio Velandia. *Derecho de la Competencia y del Consumo Competencia Desleal; abuso de la posición de dominio; carteles restrictivos; actos restrictivos; integraciones económicas y protección al consumidor*. Bogotá: Editorial Universidad Externo, 2011, p. 34.

¹⁴ Joan Robinson, citado por Pinkas Flint. *Tratado de Defensa de la Libre Competencia: Estudio Exegético del D.L. 701. Legislación Doctrina y Jurisprudencia Regulatoria de la Libre Competencia*. *Óp. cit.*, p. 45.

¹⁵ *Ibíd.*

A manera de ejemplo, Gonzalo Ruiz presenta un caso en el que existe consumo de una cerveza X, y los productores de esta cerveza incrementan levemente el precio del producto. Si una parte de consumidores desplaza su consumo a una cerveza Y, éste último producto será un sustituto a la cerveza X. Lo mismo sucederá si un segmento de consumidores desplaza su consumo hacia una marca específica de Pisco; de no ser así, el Pisco no sería un bien sustituto.¹⁶

Para Mauricio Velandia la importancia de definir el mercado relevante yace en los "asuntos relativos a acuerdos o carteles de la competencia, para definir si la conducta es significativa, es decir si dañó el interés tutelado".¹⁷ Asimismo, considera que es relevante para determinar "los casos de abuso de posición de dominio, a fin de encontrar si dentro de ese segmento, el señalado como responsable, sobrepasó sus límites comerciales abusando".¹⁸ Por último, considera que es relevante definir el mercado relevante "en el entorno de la concentración empresarial, a fin de definir dónde tiene incidencia la unión, y cómo quedarán las estructuras del mercado en la oferta y en la demanda".¹⁹

Así lo considera nuestra Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado en su artículo 5 que dispone lo siguiente:

A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado. El mercado del producto o servicio comprende, al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos... El mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante... La determinación del mercado relevante considerará las características particulares de los vendedores y compradores que participan en dicho mercado.²⁰

¹⁶ Gonzalo Ruiz. *Definición de Mercado Relevante y Políticas de Competencia*. Themis. Revista de Derecho No. 41. Lima, Perú, pp. 299-303

¹⁷ Mauricio Velandia. *Derecho de la Competencia y del Consumo Competencia Desleal; abuso de la posición de dominio; carteles restrictivos; actos restrictivos; integraciones económicas y protección al consumidor*. *Óp. cit.*, p. 45

¹⁸ *Ibíd*

¹⁹ *Ibíd*

²⁰ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 5. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2001.

Para esta tesina es fundamental definir a los Mercados Relevantes, ya que para que la autoridad administrativa y los jueces puedan determinar la participación de un competidor, la posible posición dominante que este pueda tener y sobre todo los efectos, ya sean estos positivos o negativos, de sus prácticas comerciales; es necesario determinar el mercado relevante donde se desarrolla la actividad económica en estudio. En el caso específico de la propiedad industrial, como veremos más adelante, muchos autores consideran que los derechos de propiedad intelectual generan monopolios o por lo menos una posición dominante, por lo que se vuelve vital para la determinación de una posible posición de dominio, la determinación del mercado relevante. Para este trabajo, nos concentraremos en el mercado relevante para determinar la posición de dominio de un titular de derechos de propiedad intelectual y los bienes sustitutos de aquellos protegidos mediante figuras de propiedad intelectual.

1.2. TEORÍAS ANTI- MONOPÓLICAS.

A través de los años, hemos observado cómo los Estados adoptan políticas y normativa de competencia que reflejan una cierta ideología y sobre todo una posición marcada frente a la regulación de monopolios y eficiencias. Algunos Gobiernos de turno han buscado regular muy estrictamente las prácticas comerciales y económicas entre particulares, procurando la inexistencia de empresas que concentren poder de mercado, sin importar la licitud o legitimidad de los motivos que han llevado a esas empresas a gozar de esta calidad.

Asimismo, han existido otras posiciones que buscan “proteger” a los pequeños empresarios de aquellas empresas que gozan de una posición más ventajosa frente al resto de sus competidores, de tal manera que imponen algunas obligaciones y sanciones claramente parcializadas en beneficio de aquellos pequeños competidores a los que pretenden proteger, sin tomar en cuenta los perjuicios que ocasionan estas medidas a los mercados y sobre todo a los consumidores. Por último, concepciones más modernas buscan disminuir la excesiva regulación estatal en las prácticas económicas privadas. Como criterio base de regulación se considera a los efectos causados por las prácticas comerciales analizadas, de tal manera que si una práctica resulta anticompetitiva o abusiva y genera efectos negativos en el mercado causándole un detrimento a consumidores y a la libre competencia, solo entonces será necesaria la intervención estatal para procurar regular una aparente falla en el mercado.

Los monopolios y el poder de mercado son situaciones totalmente relevantes para determinar cualquier tipo de práctica anticompetitiva por parte de un juez o de la autoridad administrativa correspondiente. Así lo consideran Krattenmaker, Lande y Salop, quienes consideran que “Virtually any summary of the relevant factors in a case to be judged under the 'rule of reason' will include the presence or absence of 'market power' as a key factor”²¹. Es importante mencionar que hoy en día parece existir un creciente consenso en relación a la interacción entre el derecho de competencia y los monopolios y posiciones de dominio. Así, podemos considerar que:

(...) Antitrust should be viewed as a consumer welfare prescription. Under this interpretation, a practice restrains trade, monopolizes, is unfair, or tends to lessen competition if it harms consumers by reducing the value or welfare they would have obtained from the market-place absent the practice.²²

De igual manera es importante entender la satanizada relación que existe entre la Propiedad Intelectual y los monopolios. Durante muchos años ha existido una discusión acerca de la naturaleza económica de los derechos de propiedad y sobre todo se ha discutido el hecho de que este tipo de propiedad (la industrial) genera o no monopolios. Más adelante trataremos un poco más a profundidad la delicada relación que existe entre el derecho de Propiedad Intelectual y los monopolios, sin embargo considero importante recalcar 4 errores típicos en el análisis de la propiedad intelectual:

The literature, by many different authors from a number of different fields and with different perspectives, has over a long period of time not infrequently (1) analyzed intellectual property rights on the assumption that they confer an economic monopoly on their owner, (2) analyzed intellectual property rights one at a time, rather than as part of a system, (3) analyzed the rights as issued and ignored the recontracting possibilities, and (4) tended to consider only a limited number of the possible policy variables available in the design of intellectual property rights.²³

Por estos motivos es importante desarrollar brevemente estas teorías de monopolio con el fin de determinar posteriormente la complementariedad que existe entre el derecho de competencia y la propiedad intelectual. Tal como los analizaremos, podremos ver como inicialmente se buscó sancionar la existencia misma de cualquier

²¹ Thomas G. Krattenmaker, Robert H. Lande y Steven C. Salop. “Monopoly and Market Power in Antitrust Law”. *Georgetown Law Journal*, (1987), p. 241.

²² *Ibíd.*

²³ Edmund W. Kitch. “Elementary and Persistent Errors in the Economic Analysis of Intellectual Property”. *Vanderbilt Law Review*, (2000), p. 1729.

tipo de monopolio o de concentración de mercado, sin embargo presentaremos argumentos que nos permitirán entender que lo que se debe sancionar no es la existencia de monopolios, sino el abuso de esa posición monopólica o dominante. Empezaremos revisando algunas definiciones de monopolio para posteriormente pasar a revisar las teorías anti-monopólicas.

Para Walter Nicholson, “Monopolio es el único oferente en un mercado. Esta empresa puede optar por producir en un punto cualquiera de la curva de la demanda del mercado”.²⁴ Asimismo, según la Real Academia Española de la Lengua, "es una situación de mercado en que la oferta de un producto se reduce a un solo vendedor".²⁵ Es decir que un monopolio, tiene lugar cuando existe un solo oferente enfrentando a toda la demanda con discrecionalidad de fijar precios, y condiciones del mercado.

El Diccionario de Derecho Comercial de Valletta Ediciones define al monopolio como:

Termino económico que significa que en un mercado, un solo sujeto –vendedor o productor- controla la oferta de un producto, en contraposición a varios demandantes del mismo. El monopolio puede ser natural o legal. Es natural cuando la naturaleza otorga a un solo sujeto la disposición exclusiva de un producto (por ejemplo, minerales y salinas), y es legal cuando, mediante una ley, el Estado brinda tal beneficio a un solo sujeto...²⁶

A continuación revisaremos brevemente a los monopolios naturales y legales tomando las definiciones que presentan algunos autores y la justificación lógica que sostienen algunos de estos para la existencia de los mismos. Nicholson considera que:

La razón que explica la existencia de los monopolios es que otras empresas consideran que ese mercado no es rentable o que les resulta imposible entrar a él. Las barreras de entrada son, por tanto la fuente de todo el poder del monopolio.(...) Hay dos tipos generales de barreras a la entrada: las barreras tecnológicas (o naturales) y las barreras legales.²⁷

Así, en razón de esas barreras de entrada, existen monopolios legales y naturales. Por un lado, el monopolio natural es el resultado de eficiencia y excelencia empresarial; mientras que los monopolios legales son aquellos que gozan de elementos

²⁴ Walter Nicholson. *Teoría Microeconómica: Principios Básicos y Ampliaciones*. México D.F: Cengage Learning Editores. S.A., 2007, p. 385

²⁵ Diccionario de la Real Academia de la Lengua. <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?val=monopolios> (acceso: 01/11/2013).

²⁶ *Diccionario de Derecho Comercial*. Buenos Aires: Valletta Ediciones, 2000, p. 284

²⁷ Walter Nicholson. *Teoría Microeconómica: Principios Básicos y Ampliaciones*. Óp. cit., p. 385

artificiales legales para que ciertas personas (naturales o jurídicas) gocen del control del mercado. En relación al monopolio natural, Velandia considera que:

Existe un monopolio natural cuando las empresas grandes ya establecidas resultan más rentables, eficientes y productivas que las pequeñas que entran; de esta suerte, no existen condiciones favorables para competir con la ya establecida, lo cual no estimula la entrada o permanencia.²⁸

De esta definición de monopolio natural, considero que es importante entender que la empresa grande, rentable y eficiente no necesariamente fue siempre "grande" (es más, muy pocas veces empiezan siendo empresas con grandes capitales y gran participación de mercado); como lo dice Velandia, y como es lógico, siempre será más duro competir contra un competidor fuerte siendo un competidor débil. En efecto el hecho de que exista un competidor fuerte (empresa que ostenta una posición monopólica o de dominio), siempre presentará un reto para un nuevo competidor que quiera entrar a ese mercado, o para aquel competidor que no ha sido tan exitoso (eficiente) como el competidor que ostenta un monopolio natural.

En cuanto al monopolio legal, Velandia considera que éste tiene lugar cuando "la regulación interna de un país adjudica un mercado a una empresa en especial, de modo que esta es la única que puede ofrecer productos, y los consumidores se ven obligados a comprarlos solo a ella."²⁹ Este fenómeno presenta un problema más complejo debido a que en este caso sí existe una barrera de entrada real y sin posibilidades reales de superación, a menos que por medio de Lobbying se logre incentivar a los poderes del Estado que favorezcan a una empresa en particular. En relación al monopolio, es imprescindible saber diferenciar al monopolio legal con otras figuras legales que juegan un papel muy importante en el estudio de la relación entre la propiedad intelectual y el derecho de competencia. Más adelante trataremos esta distinción más a profundidad.

La Comisión de Derecho Comercial Internacional de las Naciones Unidas considera que se puede clasificar a los monopolios en naturales, legales y de facto, en los siguientes términos:

²⁸ Mauricio Velandia. *Derecho de la Competencia y del Consumo Competencia Desleal; abuso de la posición de dominio; carteles restrictivos; actos restrictivos; integraciones económicas y protección al consumidor*. *Op. Cit.*, p. 33.

²⁹ *Id.*, 109.

Natural monopolies are economic activities that allow a single provider to supply the whole market at lower cost than two or more providers. This situation is typical for economic activities that entail large investments and high fixed costs, but decreasing costs of producing an additional unit of service to attend an increase in demand.

Legal monopolies are established by law and may cover sectors or activities that are or are not natural monopolies. In the latter category (legal monopolies), monopolies exist solely because competition is prohibited.

De facto monopolies may not necessarily be the result of economic fundamentals or of legal provisions, but simply of the absence of competition.³⁰

Estas definiciones presentadas por la Comisión de Derecho Comercial Internacional nos dan un primera noción de la distinción importantísima que debe hacerse acerca del monopolio definido en términos literales y el monopolio en sentido del mercado. Podemos ver que existen más factores que deben considerarse a nivel de mercado para determinar una posible posición monopolística. Algunos de estos factores son: la existencia de una solo empresa productora de un bien determinado, varios pequeños consumidores sin capacidad de influir sobre la política de precios, que el oferente monopolístico esté en condiciones de fijar precios y cantidades de producción³¹, entre otras. Para el estudio de esta tesina será relevante la definición de monopolio en términos económicos debido a que el derecho de competencia se centra en el estudio de la microeconomía.³²

La concepción moderna y las legislaciones nacionales hoy en día tienden a ya no considerar a los monopolios, malos intrínsecamente a pesar de que sí existe un trato diferenciado con aquellas empresas que por su excelencia empresarial han logrado ostentar una posición dominante en un determinado mercado, ya que la autoridad administrativa encargada de regular los temas de competencia siempre medirá con una mayor rigidez a una empresa con posición dominante. La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 335, inciso segundo, establece la posición del Estado frente a los monopolios y a las empresas que ostentan posición de dominio de la siguiente manera:

El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de

³⁰ United Nations Commission on International Trade Law Yearbook. Vol. 31. 2000, p. 76.

³¹ José Toro Hardy. *Fundamentos de la teoría económica: Conceptos de micro y macroeconomía*. Cognitio, 2012, p. 11.

³² *Ibíd.*

monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.³³

Esta norma debe interpretarse en conjunto con el resto de normas a nivel constitucional y debe mirarse el desarrollo que se da a esta idea en la LORCPM. Lo prohibido no es llegar a ser un monopolio u oligopolio, sino el abuso de esta posición al igual que el abuso de posición dominante. Cabanellas, tomando la definición de La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de Argentina, plantea que Poder de Mercado es:

La capacidad de un agente económico individual (o de un grupo de agentes que actúan coordinadamente) de influir sobre los precios del mercado, y en este sentido representa la contracara del supuesto de la competencia perfecta por el cual los agentes son tomadores de precios.³⁴

Por otro lado en la obra Código de Derecho de la Competencia, se describe como el Tribunal de la Competencia de España entiende a la posición de dominio, citando sus resoluciones R 362/99, Bacardi del 30 de noviembre de 1999 y R 423/00 del 27 de diciembre de 1999, en las que declara que:

Una empresa disfruta de posición de dominio en un mercado cuando tuviera en éste poder económico e independencia de comportamiento suficientes como para poder actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores o los consumidores y, de esta manera ser capaz de modificar en su provecho el precio u otra característica del producto.³⁵

Como mencionamos anteriormente, las empresas que ostentan una posición dominante sean estas monopolios o no, se encuentran en una posición de mayor vigilancia por parte de las Autoridades Administrativas. Dentro de las principales actividades y objetivos de la autoridad en materia de derecho de competencia, se encuentra el control del abuso de la posición dominante y asimismo la sanción correspondiente por la realización de prácticas restrictivas sancionadas por la ley, independientemente del grado de participación e injerencia en un mercado que pueda llegar a tener la empresa o competidor en cuestión.

³³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 335. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

³⁴ Guillermo Cabanellas. *Derecho Antimonopólico y Defensa de la Competencia*. Bs. As: Editorial Heliasta S.R.L., 2005.

³⁵ Antonio Creus, et al. *Código de Derecho de la Competencia*. Madrid: La Ley, grupo Wolters Kluwer, España, S.A., 2006, p. 37.

Existen diversas posiciones con respecto a la Teoría Antimonopólica. Cabe recalcar que esta discusión lleva más 100 años en Estado Unidos desde la publicación de la primera Ley Antimonopolio. En un principio el Congreso de Estados Unidos, por la influencia que tenían los "Populistas" al momento, tenía la errónea concepción que "las empresas grandes eran malas"³⁶, sin embargo a través de los años se discute por qué es malo ser una empresa grande y cuándo es malo serlo. De esta discusión se derivan 3 teorías o posiciones que revisaremos y estudiaremos a continuación. Es importante mencionar que hemos considerado a estas tres visiones (provenientes del sistema legal norteamericano) como guías para comprender las distintas formas de plantear la regulación estatal sobre la actividad económica privada. Para efectos de esta tesina, se entenderán a las teorías antimonopólicas como las políticas o posición que adopta un determinado estado para tratar y regular el derecho de competencia.

1.2.1 Teoría o Visión Populista:

La primera, es la Teoría o Visión Populista de ver las políticas antimonopolio. Los Populistas (entendido como movimiento político en el congreso de los Estados Unidos y aquellas personas que concuerdan con su visión), tienen la visión de que lo grande es "intrínsecamente malo", consideran que es malo ser una empresa grande porque "concentran o acaparan riqueza, porque genera una reducción de la diversificación de productos, o porque pueden concentrar poder político".³⁷ Las Cortes de Estados Unidos que estaban de acuerdo con esta línea de pensamiento, juzgaban todos los casos que llegaban a su conocimiento con lo que se conoce como "Per Se Rule".

Hoy en día existen muy pocas cortes y jueces dentro de los Estados Unidos que aplican esta regla. La Per Se Rule proviene de la Teoría Restrictiva o Concepción Populista, acerca de los acuerdos restrictivos; que básicamente considera a ciertos acuerdos malos per se, y para imponer una sanción solo se debe confirmar la existencia de una conducta tipificada y se deja de lado el análisis del efecto que esta práctica tiene en el mercado.³⁸ El uso de esta Regla Per Se, puede llegar a ser bastante peligroso

³⁶ Walter Adams. *"The Bigness Complex"*. Washington. 1986. Citado por Robert Merges, Meter Menell y Mark Lemley. *Intellectual Property in the New Technological Age*. 4ta ed.. New York: Aspen Publishers, 2006, p. 1088.

³⁷ Robert Merges, Meter Menell y Mark Lemley. *Intellectual Property in the New Technological Age*. Óp. Cit., pp. 1097-1098.

³⁸ Robert Bork. "The Rule of Reason and the Per se Concept: Price Fixing and Market Division". *74 Yale Law Journal*. (1965), pp. 776-785.

debido a que si solo se debe verificar la existencia de la práctica tipificada, sin más, se podría sancionar una práctica que no necesariamente es contraria a la libre competencia. Esto sucedía en los Estados Unidos cuando el Congreso aprobó el Sherman Act que básicamente buscaba sancionar a los acuerdos en restricción del mercado, las fusiones en todas sus formas y a la monopolización o intento de monopolización, en los siguientes términos.

Section 1 [15 U.S.C. ss1]. Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with a foreign nation, is declares to be illegal.

Section 2 [15 U.S.C. ss2]. Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony.

Esta fue el arma principal de los Populistas al final del siglo 19 en los Estados Unidos como se describe en el libro *Intellectual Property in the New Technological Age*, en el que se narra como "populist take the position that big is intrinsically bad... Populists would use the antitrust law as a weapon against all monopolies, and against oligopolies as well... Populists can find substantial support for their position in the legislative history of the Sherman Act (...)"³⁹ En la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado, en el artículo 11, se establecen cuales son los acuerdos y prácticas prohibidas en nuestro ordenamiento jurídico y podemos observar que para el legislador es más importante la antijuricidad que la tipicidad, distanciándose de la visión populista. De igual manera podemos observar que el artículo 3 de la misma ley establece el principio de primacía de la realidad que si bien fue pensado para sancionar prácticas permitidas con fines anticompetitivos, también sirve de soporte para mirar los efectos de una práctica en el mercado y no solo restringir el ilícito a la tipicidad.

Bajo los términos del Sherman Act, el concepto per se, se utiliza en los casos de Acuerdos de Precios y División de Mercado, también consideradas como ofensas "hard core" o también per se ilegales.⁴⁰ En el caso "Northern Pacific Ry., 356 U.S. at 5", la Corte Suprema de los Estados Unidos dice acerca de las prácticas que se busca sancionar que, "among practices which the courts have heretofore deemed to be

³⁹ Walter Adams. *"The Bigness Complex"*. Washington. 1986. Citado por Robert Merges, Meter Menell y Mark Lemley. *Intellectual Property in the New Technological. Óp. Cit.*, p 93.

⁴⁰ Robert Bork. "The Rule of Reason and the Per se Concept: Price Fixing and Market Division". *74 Yale law Journal. Óp. Cit.*, p. 18.

unlawful in and of themselves are price fixing, division of markets, group boycotts, and tying arrangements”.⁴¹ En esta consideración se evidencia la base del concepto Per Se en el que al verificarse la conducta tipificada, es suficiente para incurrir en una falta al derecho de competencia, sin consideración alguna del efecto que estas prácticas o acuerdos puedan tener en el mercado.

Alfredo Bullard identifica cómo ha venido funcionando históricamente esta visión acerca de las políticas de competencia y ha puesto de relevancia el erróneo entendimiento que ha existido acerca de los monopolios, en los siguientes términos:

Históricamente, las regulaciones antimonopólicas han sido una suerte de pariente cercano del intervencionismo estatal. Es más: gran parte del discurso ideológico del socialismo se ha basado en la necesidad de destruir los monopolios privados, que son una suerte de “creación natural” del sistema de mercado. Por ello, muchas legislaciones y la jurisprudencia de diversos países han considerado que las regulaciones antimonopólicas son un mecanismo para destruir a las empresas grandes. Ello llevaba a considerar que era el Estado el que mejor podía decidir cuál era el tamaño óptimo de una empresa y que, en consecuencia, el mercado era incapaz de llevar a cabo esta misión.

El gran problema con esta aproximación es que aquello que llamamos “tamaño” suele ser el nombre lego que le damos a un concepto más técnico: el de eficiencia. Las empresas crecen normalmente cuando son más eficientes que sus competidores y no pueden mantener su tamaño cuando se tornan más ineficientes. El estado debía, entonces, discriminar entre situaciones en que el tamaño obedecía a la eficiencia de la empresa y las extrañas excepciones en que ello no era así, labor prácticamente imposible de cumplir con precisión.⁴²

A nuestro parecer, esta es una brillante explicación del fundamento de la visión populista, que con el tiempo fue desapareciendo en los Estados Unidos (donde se creó) y en algunos otros países del mundo por enfrentar estos problemas técnicos al momento de definir conceptos con falta de técnica y precisión.

1.2.2 Teoría Proteccionista de las Pequeñas Empresas.

La segunda posición, es decir la Teoría Proteccionista de las Pequeñas Empresas, considera que las políticas y leyes antimonopolio están diseñadas para proteger a las pequeñas empresas de ser obligadas a salir del mercado. Esta teoría es similar a la teoría populista ya que ambas visiones se oponen a los monopolios y a la concentración de

⁴¹ *Íd.*, 1157

⁴² Alfredo Bullard Gonzales. *Derecho y Economía. El análisis económico de las situaciones legales*. 2da edición. Lima: Palestra Editores S.A.C., 2009, p. 926.

poder en una industria. La forma particular en la que los defensores de esta tesis atacan a los monopolios es a través de lo que ellos llaman "unfair competition" o competencia desleal que para los propulsores de esta visión, debería ser utilizada para condenar los actos que puedan perjudicar a las pequeñas empresas independientemente del hecho de que estas prácticas resulten favorables para los consumidores.⁴³

Un claro ejemplo son las rebajas que hacen ciertos almacenes de ropa por cambio de temporada o a causa de feriados importantes a nivel nacional en Estados Unidos y que los defensores de esta teoría consideran que es perjudicial para las pequeñas empresas locales (a nivel de ciudades y estados) ya que éstas no podrán competir con aquellos precios. Bajo esta teoría, estas rebajas constituirían una práctica de competencia desleal. La mayor inconsistencia que se encuentra en esta visión es que tal vez pueda proteger a los pequeños empresarios pero no vela por los intereses de los consumidores. No se protege el bien jurídico protegido que es la libre competencia.

Esta posición, muy parecida a la populista, nos presenta una satanización de las empresas que ostentan una posición dominante en un mercado o que puede llegar a gozar de una situación monopólica. A nuestro parecer, no se debe atacar a los Monopolios, sino que se debe evitar el abuso de la posición dominante o monopólica que pueda tener una determinada empresa en un mercado. A diferencia de la visión populista, el arma utilizada por los defensores de esta corriente es la competencia desleal como herramienta de sanción de aquellas prácticas que afectan a algunos competidores (sin ser necesariamente ilícitas) pero que son favorables para los consumidores.

Alfredo Bullard, explica la postura defendida por esta visión del derecho de competencia de la siguiente manera: “Las prohibiciones a la existencia de monopolios o de oligopolios, se fundamentan en la idea que el Estado debe proteger a la empresa pequeña, sin perjuicio de que ello implique mayores costos de producción en perjuicio del consumidor”.⁴⁴

⁴³ Cfr. Robert Merges, Meter Menell y Mark Lemley. *Intellectual Property in the New Technological Age*. 4ta ed.. New York: Aspen Publishers, 2006, p. 1100.

⁴⁴ Alfredo Bullard Gonzales. *Derecho y Economía. El análisis económico de las situaciones legales*. Óp. Cit. p. 963.

En la obra *Intellectual Property in the New Technological Age*, se presenta una cita de una sentencia en Estados Unidos, muy efectiva para desestabilizar el argumento de la teoría proteccionista. En el caso "Brown Shoe Co. v. United States, 370 U.S. 294 (1962), muy brevemente, pero a la vez con mucha precisión se afirma que "a fundamental maxim of modern antitrust law is that it "protects competition, not competitors".⁴⁵ En otras palabras, no nos debemos olvidar que el bien jurídico protegido por el derecho de competencia es la libre competencia, no los competidores, por más chicos e "indefensos" que estos sean. Como mencionamos anteriormente, "la finalidad superior de la competencia desleal es la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado".⁴⁶

1.2.3 Teoría o Análisis Moderno de la Competencia.

La última visión que plantearemos, es la que ha dominado el análisis moderno de la competencia; es el modelo económico o de bienestar social.⁴⁷ Lo que esta corriente busca es que la competencia y los mercados se manejen libremente y sin interferencia. "Esta corriente básicamente ataca las prácticas que corrompen los mercados o que usurpan su funcionalidad".⁴⁸ Esta visión nos presenta una propuesta bastante más cautelosa respecto de la libertad de los particulares para auto determinarse en sus actividades comerciales privadas. Así lo consideran Mergers, Menell y Lemley al afirmar que "this approach sees the purpose of the antitrust laws as promoting social welfare by ensuring that markets work freely and without interference." Claramente esta visión busca limar cualquier tipo de traba y de intromisión estatal que pueda entorpecer el manejo de un mercado con respeto al bien jurídico protegido, libre competencia.

Actualmente, según consideran Mergers, Menell y Lemley, existen muchos expertos en materia de competencia que prefieren utilizar como metodología, para la determinación de la existencia de una violación a la competencia, los efectos de una

⁴⁵ Robert Merges, Meter Menell y Mark Lemley. *Intellectual Property in the New Technological Age*. New York: Aspen Publishers, 2006, *Óp. Cit.*, p. 35.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Id.*, p. 38.

⁴⁸ Richard Posner. *Antitrust Law: an Economic Perspective*. Chicago: University of Chicago Press. 1976.

práctica aparentemente restrictiva como base para su análisis, aunque aún existen discrepancias en cómo analizar estos efectos.⁴⁹

El artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, plantea el objeto de la norma en mención en el que en un principio parece, la ley, estar acorde con esta concepción moderna del derecho de competencia, ya que se busca evitar que exista un daño o distorsión del mercado, sin embargo se sigue protegiendo, en cierta medida al competidor, cuando se debería proteger la libre competencia.⁵⁰

Al respecto, Alfredo Bullard ha identificado algunas características de la visión moderna o de bienestar general que parten de una elocuente analogía para identificar la función que debe cumplir el derecho de competencia en el mercado:

El derecho de competencia es al mercado lo que el sistema electoral es a la democracia... Mientras que los procesos de reforma política democrática requieren, entre otras cosas, del desarrollo de un sistema electoral confiable y transparente que garantice que la voluntad de los ciudadanos va a reflejarse en la elección de las autoridades políticas deseadas por la mayoría, los procesos de reforma económica requieren del desarrollo de un sistema que garantice la confiabilidad y la transparencia de las elecciones económicas de los ciudadanos, tanto empresas como consumidores, es decir que garantice su posibilidad de hacer lo mejor posible para ellos mismos.⁵¹

De esta manera, este autor nos da una pauta de que el derecho de competencia debe estar encaminado a “proteger el proceso y no el resultado”.⁵² En base a la analogía presentada, Bullard llega a encontrar la finalidad que deben perseguir las normas y políticas de competencia:

Los sistemas que confían en el mercado como asignador de recursos escasos parten del presupuesto de que es la decisión individual la que debe ser asegurada como medio para lograr el bienestar general. La “democracia del mercado” requiere por tanto de una garantía de que las “elecciones” de productos y servicios nos van a llevar a resultados que reflejan la “voluntad popular” de los consumidores.⁵³

A nuestro parecer, esta última afirmación es un argumento muy fuerte para desestabilizar la teoría proteccionista a la pequeña empresa. Esta teoría pierde la

⁴⁹ Robert Merges, Meter Menell y Mark Lemley. *Intellectual Property in the New Technological Age*. Óp. cit., p 40.

⁵⁰ Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Artículo 1. Registro Oficial Suplemento No. 55 de 13 de octubre de 2011.

⁵¹ Alfredo Bullard Gonzales. *Derecho y Economía. El análisis económico de las situaciones legales*. Óp. cit., p. 924.

⁵² *Ibíd.*

⁵³ *Ibíd.*

perspectiva del objetivo final del derecho de competencia con tal de “defender” a los pequeños empresarios. La idea presentada por Bullard nos reubica en la función que el Estado debe cumplir en el mercado y los objetivos que éste debe perseguir. El Estado debe proteger las decisiones de los consumidores en un ambiente pro competitivo, ya que si se busca proteger a una empresa pequeña que no ha sido eficiente en el mercado, sería el Estado el que distorsione el mercado, desnaturalizando el derecho de competencia y perjudicando a los consumidores.

1.3. Naturaleza de los Derechos de Propiedad Intelectual.

Para entender la naturaleza de los Derechos de Propiedad Intelectual, empezaremos revisando algunas definiciones de propiedad intelectual, las categorías en las que se divide este derecho y las diferentes figuras mediante las cuales se protegen estos derechos.

Para la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, o WIPO en inglés, el objeto de esta rama del derecho es "toda creación del intelecto humano", asimismo considera que la propiedad intelectual "se refiere a las creaciones de la mente: invenciones, obras literarias y artísticas, así como símbolos, nombres e imágenes utilizadas en el comercio".⁵⁴ De igual manera, la WIPO, clasifica en dos partes de estudio a la Propiedad Intelectual; en Derechos de Autor y en Propiedad Industrial. Para el tema de esta tesina, nos será relevante, principalmente, el área de propiedad industrial; más precisamente las patentes. En cuanto a esta última área, la Organización Mundial de Propiedad Intelectual la ha definido como aquella forma de propiedad que incluye "las patentes de invenciones, las marcas, los diseños industriales y las indicaciones geográficas".⁵⁵

Por otro lado, para Robert Sherwood "la Propiedad Intelectual es un compuesto de dos cosas. Primero, ideas, invenciones y expresión creativa. Son esencialmente el resultado de la actividad privada (producto de la mente). Segundo, la disposición pública a otorgar el carácter de propiedad a esas invenciones y expresiones".⁵⁶ De este concepto me quedan algunas dudas, sobre todo acerca del segundo elemento del que se

⁵⁴ World Intellectual Property Organization. *¿Qué es la Propiedad Intelectual?* www.wipo.int/freepublications/es/inproperty. (acceso: 10/01/2013).

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Robert Sherwood. *Propiedad Intelectual de Desarrollo Económico*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.;1992, p. 27

habla que hace referencia a la "disposición pública" para otorgar el carácter de propiedad. Debemos entender que algunos derechos de propiedad intelectual nacen con la creación de la obra o invención y el registro es meramente declarativo. De esta inquietud trataremos más adelante en este capítulo.

1.3.1 Origen

En cuanto al origen de la propiedad intelectual, debemos empezar revisando algo de historia acerca de la evolución de este derecho y sobre todo, como empiezan a evidenciarse las distintas formas de propiedad intelectual y con qué fines.

Robert Sherwood nota que "la voluntad pública de conferir el carácter de propiedad a los productos de la mente es muy antigua".⁵⁷ Sobre esta afirmación, consideramos que se debe tener cuidado al referirse a la "voluntad pública" debido a que como veremos a continuación, es por iniciativa privada de artesanos, orfebres, alfareros y picapedras, que se comienza a distinguir una cierta procedencia artesanal (procedencia empresarial actualmente), con fines de conocimiento general. Por este motivo debe entenderse como "voluntad pública" la voluntad general, de la sociedad, mas no una expresión de voluntad del Soberano, llámese Príncipe, Rey o Estado. Este análisis presenta el desarrollo y evolución histórica de la Teoría de la Propiedad.

Como menciona el autor, hace muchos siglos atrás, ya existía un "impulso a permitir y honrar las expresiones creativas, los diseños y las innovaciones".⁵⁸ Como mencionábamos anteriormente, eran los alfareros y picapedras quienes a través de marcas individuales identificaban sus trabajos y obras que eran reconocidas por sus comunidades y permitan a los miembros de éstas, reconocer quién había realizado el trabajo u obra.

De igual manera sucedía con los artesanos que mediante otra figura (que se asimila a las actuales patentes de procedimiento o secretos industriales), la del secreto, protegían su trabajo por lo que el autor llama "simple expediente de disciplina familiar dentro del negocio de la familia".⁵⁹ Más tarde, en el medioevo europeo, los artesanos protegían sus obras, métodos y técnicas, con la aceptación de la comunidad. Asimismo sucedió más

⁵⁷ Robert Sherwood. *Propiedad Intelectual de Desarrollo Económico. Óp. cit.*, p.23.

⁵⁸ *Ibid*

⁵⁹ *Ibid*.

tarde en Florencia y Venecia, donde antes del 1500, se concedieron derechos exclusivos para poner en práctica invenciones; lo que ha derivado en los derechos otorgados mediante una patente de invención.

En cuanto a la figura de las patentes, la gran mayoría de críticos de este tipo de propiedad industrial parte de un momento histórico en el que Inglaterra expidió el “Statute of Monopolies” en 1624. Esta Ley marca el antecedente histórico del que parten aquellos detractores del sistema de patentes que en palabras de Harold G. Fox:

(...) have persisted in painting the picture of an English citizenry groaning under the grievous weight of monopolies dispensed with a lavish hand by the Tudor and Stuart sovereigns to greedy and avaricious courtiers and favourites who milked the populace dry with their monopolistic exactions.⁶⁰

Este mismo autor reflexiona acerca de la percepción popular y la aceptación que tenía el Statute of Monopolies entre los ciudadanos ingleses en ese momento. Fox resalta el hecho de que el otorgamiento de patentes no estaba mal visto por la sociedad inglesa, por el contrario, si se otorgaba una patente a una invención que trajera el bien común a la sociedad o que representara el inicio de un nuevo negocio o producto, nadie cuestionaba ese derecho de propiedad reconocido por la corona o el parlamento. Asimismo el autor comenta cómo de esa visión se desarrolla la idea de que una invención es una cosa admirable y digna de merito y que el otorgamiento de un derecho exclusivo no va en contra de los principios del common law que considera ilegales y anticompetitivos cualquier “monopolio” que restrinja el libre comercio o alguna libertad disfrutada por el público antes del reconocimiento del derecho exclusivo del inventor.⁶¹

Lo cierto es que a consecuencia del otorgamiento de estos derechos exclusivos varios empresarios ingleses e inventores de todas partes de Europa establecieron en Inglaterra nuevas compañías y fábricas, lo que permitió a esta nación vivir una drástica transformación de una economía basada en la importación a una de producción de bienes finales o acabados producidos domésticamente.⁶²

Posteriormente, de la necesidad de regular de mejor manera la protección de los derechos de propiedad intelectual, nace la Convención Internacional para la Protección

⁶⁰ Harold G. Fox. *Patents in Relation to Monopoly*. <http://www.jstor.org/stable/137287> (acceso: 27/02/2014).

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Ibid.*

de la Propiedad Industrial, conocida como la Convención de París que se redactó en 1883 y ha sido revisada varias veces hasta la última vez que se revisó en 1967.⁶³ El autor rescata dos principios primordiales recogidos en este instrumento internacional. El uno es el principio de "tratamiento nacional" que como su nombre lo indica es el tratamiento de un extranjero como si fuera nacional del país donde se encuentre; y el segundo principio es el "tratamiento unionista" que garantiza al titular de un derecho de propiedad industrial, el derecho de prioridad en el extranjero. Estos principios los trataremos oportunamente más adelante.

1.3.2 Estructura Económica de los Derechos de Propiedad Intelectual.

Para entender la estructura económica de los derechos de propiedad intelectual, empezaremos estudiando el concepto de derecho exclusivo; concepto básico para posteriormente estudiar otros elementos que definen la relevancia económica de los derechos de propiedad intelectual.

El derecho de exclusividad es el núcleo de los derechos de propiedad intelectual. Tanto Robert Sherwood como Nuno Pires de Carvalho coinciden en el hecho de que muchos autores confunden o asocian incorrectamente los conceptos de propiedad intelectual con monopolios, justamente por el elemento de la exclusividad de estos derechos. Para Sherwood, la exclusividad es "la facultad condicional de excluir a otros del uso de un producto particular de la mente".⁶⁴ Por otro lado, para Pires de Carvalho, la naturaleza intrínseca de la propiedad intelectual yace en el objetivo de "excluir" como lo expresa en los siguientes términos: "to exclude others from the use of the intangible assets that businesses use to differentiate themselves from their competitors".⁶⁵

Es muy importante este concepto presentado por Pires de Carvalho debido a dos temas esenciales que toca. El primero con respecto a la naturaleza de los bienes con los que estamos tratando y que se encuentran bajo la protección de la propiedad intelectual, es decir los bienes intangibles; y segundo, la función diferenciadora de la propiedad intelectual en los mercados. En cuanto a la naturaleza intangible de los bienes, a diferencia de los bienes tangibles o corporales, no solo hace falta que la ley proteja los

⁶³ Robert Sherwood. "Propiedad Intelectual de...". *Op. Cit.*, p. 29.

⁶⁴ *Íd.* pp. 39-40

⁶⁵ Nuno Pires de Carvalho. *The TRIPS regime of Antitrust and undisclosed information*. Netherlands: Editorial Kluwer Law International; 2008. p. 19

derechos de propiedad sobre estos intangibles, sino que también hace falta que se proteja el derecho a excluir a terceros del uso y la explotación patrimonial de estos bienes, debido a que la posesión en este tipo de bienes no es suficiente para ejercer el derecho de exclusividad.⁶⁶

Para entender la naturaleza económica de los derechos de propiedad intelectual, se deben realizar algunas consideraciones en relación a los derechos de propiedad sobre los bienes intangibles. En Estado Unidos, la Federal Trade Commission y el Department of Justice, publicaron en conjunto el Antitrust Guidelines for the licensing of Intellectual Property, donde se reflexiona acerca de la diferencia de los derechos de propiedad sobre bienes tangibles e intangibles, así como las características que permiten que el tratamiento de ambos tipos de propiedad sea casi el mismo; en este documento se afirma que:

Las agencias aplican los mismos principios sobre libre competencia tanto a conductas en las que se encuentren implicados derechos de propiedad intelectual como aquellas en las que se vea afectada cualquier otro tipo de propiedad, tangible o intangible... La propiedad intelectual presenta características específicas de gran importancia, como, por ejemplo, la facilidad de su apropiación ilícita, que permiten distinguirlas de otras formas de propiedad. Estos rasgos distintivos pueden ser tenidos en consideración en la valoración de la anticompetitividad de las conductas empresariales, pero no justifican la aplicación de principios o criterios de análisis radicalmente distintos.⁶⁷

En cuanto al elemento diferenciador de la propiedad intelectual, que se encuentra estrechamente ligado a la naturaleza intangible de los bienes, Pires de Carvalho define a la Propiedad Intelectual en este sentido de la siguiente manera: "Intellectual Property is a set of principles and rules that discipline the acquisition, the use and the loss of rights and interests in differentiating intangible assets susceptible of being used in competition between businesses".⁶⁸ Con respecto al elemento diferenciador de la propiedad intelectual, este autor nos presenta un muy buen ejemplo para entender la importancia de la diferenciación.

El ejemplo se centra en un préstamo que hace un banco a una persona. Ambos bancos podrían prestar la misma cantidad de dinero; ambos bancos cuentan con la misma maquinaria legal y con las mismas acciones legales en caso de incumplimiento

⁶⁶ *Íd.*, pp. 12-13

⁶⁷ IPLG, sección 2.1., citado por Luis Ortiz Blanco y Álvaro Ramos Gómez. *Derecho de la Competencia europeo y español: curso de iniciación. Volumen VI*. Madrid: Editorial Dykinson, 2005, p. 67

⁶⁸ Nuno Pires de Carvalho. *The TRIPS regime of Antitrust and undisclosed information*. *Óp. Cit.* p. 4.

por parte del cliente y el objeto de la transacción es el mismo. La diferenciación viene dada por el nombre del banco. El nombre comercial que permite diferenciar e identificar un banco determinado; el conocimiento del banco y su experiencia en banca e inversiones con los fondos de sus clientes y hasta con la confianza que le da un banco a sus clientes.⁶⁹

Ahora, en cuanto a las patentes, que la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual define como “un derecho exclusivo concedido a una invención, es decir, un producto o procedimiento que aporta, en general, una nueva manera de hacer algo o una nueva solución técnica a un problema”;⁷⁰ el concepto de exclusividad consiste en el hecho de que un inventor, o dueño de los derechos de una patente, puede excluir a terceros de fabricar, vender, importar, y de explotar patrimonialmente la invención susceptible de protección. La exclusividad en el caso de las marcas y signos distintivos es bastante más sencilla debido a que la prohibición es bastante más general y consiste en el uso de la marca o signo distintivo. Nadie puede utilizar una marca sin autorización expresa del titular de los derechos de propiedad intelectual sobre esa marca.⁷¹

Parte importante de la estructura económica de los derechos de propiedad industrial es la función estimulante para el desarrollo de nueva tecnología. Al respecto, Alfredo Morales Hernández considera que:

La regulación del otorgamiento de patentes tiene como propósito impulsar el progreso tecnológico en un mercado de libre competencia. Las legislaciones modernas sobre patentes de invención parten del supuesto de que la protección de los derechos de los inventores por un tiempo limitado, antes de que el invento se haga de dominio público, estimula a los propios inventores y, simultáneamente, fomenta el desarrollo de la industria y la inversión de capitales en nuevas manufacturas.⁷²

A su vez Patricio Sáiz, al momento de entender la naturaleza económica de las patentes, toma en consideración dos elementos claves de la estructura de los derechos de los titulares de patentes. Por un lado resalta la protección de los derechos de propiedad privada; y, por otro lado, los derechos temporalmente exclusivos que tiene todo inventor

⁶⁹ *Ibíd.*

⁷⁰ OMPI. ¿Qué es un patente? http://www.wipo.int/patentscope/es/patents_faq.html#patent (acceso: 02/02/2014).

⁷¹ Robert Sherwood. *Propiedad Intelectual de Desarrollo Económico. Óp. Cit.*, p. 35.

⁷² Alfredo Morales Hernández. *Compendio de Derecho Mercantil I: introducción, empresa, empresario, auxiliares del empresario*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2004, p. 114.

producto de su actividad intelectual inventiva.⁷³ Este autor nota que en un sistema económico capitalista, se suele acudir al mercado y a la propiedad privada para resolver los conflictos que puedan suscitarse entorno al uso de recursos escasos. Más adelante revisaremos como la temporalidad surge como una especie de contraprestación del derecho de exclusión de la explotación de un bien escaso. Respecto a la invención, éste considera que se “ha acudido al derecho que tiene el inventor a ser reconocido como el autor de su invento y a ser su propietario en exclusiva durante un corto período de tiempo”.⁷⁴ Sáiz concluye que la mayoría de países avanzados han llegado a optar por el reconocimiento del elemento de la exclusividad de este tipo particular de derechos de propiedad privada (patentes) por el hecho de que:

Un derecho de propiedad no exclusivo, o dejar que se sólo el Mercado el que remunere la actividad del inventor, resulta en la práctica los mismo que asegurar derechos comunales sobre la idea. Sin poder de exclusión se trasladarán recursos hacia el espionaje industrial y no hacia la investigación, lo que retraerá esta actividad; o en caso de producirse investigación, se desviarán recursos hacia la protección del secreto. Y es que sin derecho a excluir cualquiera tiene derecho a copiar.⁷⁵

Otro beneficio de la propiedad intelectual en los mercados y el derecho de competencia, es la reducción de los costos de transacción. Al respecto, Pires de Carvalho nos presenta una definición de costos de transacción que tienen lugar "when two persons interact with the goal of obtaining from each other a certain economic contribution, economic costs (called transaction costs) are generated".⁷⁶ En términos jurídicos, podemos afirmar que los negocios jurídicos y las relaciones contractuales entre dos partes, generan ciertos costos para su realización, lo que se conoce como costos de transacción. Como bien afirma el autor, los costos de transacción serán más altos o más bajos dependiendo de la seguridad jurídica que exista en la transacción. Estos costos de transacción, básicamente se derivan de la evaluación previa que debe realizar una de las partes de la transacción acerca de la otra, la evaluación de los bienes y servicios objetos de la transacción, los costos que pueden existir para exigir el cumplimiento de una obligación en caso de incumplimiento de la otra parte, entre otros.

⁷³ J. Patricio Sáiz Gonzales. *Propiedad Industrial y Revolución Liberal: Historia del sistema español de patentes (1759-1929)*. Madrid: Oficina Española de Patentes y Marcas, 1995, p. 24.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Id.* pp. 28-29.

⁷⁶ Nuno Pires de Carvalho. *The TRIPS regime of Antitrust and undisclosed information*. Netherlands: Editorial Kluwer Law International. *Óp. Cit.*, p. 18.

Así sucede con la propiedad industrial que cumple esta función de reducción de costos de producción mientras cumple su función diferenciadora. La propiedad industrial, busca diferenciar a los competidores de un mercado, dándoles protección no solo a éstos, sino que también previene que el consumidor se vea engañado por prácticas fraudulentas desde el lado de la oferta. Una marca o un nombre comercial, tienen detrás de ellos una reputación, un know how, experiencia, materias primas de una determinada calidad y mecanismos de producción más o menos sofisticados que otros. Por esto es importante la propiedad intelectual y su función diferenciadora, promoviendo no solo seguridad jurídica e incentivos económicos (como por ejemplo la reducción de costos de transacción), sino que también recompensa a los competidores que mediante la eficiencia y excelencia empresarial, han logrado ser competitivos en el mercado con productos de buena calidad y con variedad de precios competitivos.

Un excelente ejemplo presentado por Pires de Carvalho, es el de la venta de hamacas en un mercado artesanal en el caribe. Este ejemplo supone que existe un productor de hamacas llamado José que estaba altamente recomendado por consumidores de sus productos, debido al uso de sus técnicas artesanales, su trabajo hecho a mano, la calidad de la materia prima y los buenos precios de sus productos, que a pesar de ser mucho mejores que los de sus competidores, eran ligeramente más altos que los de la competencia. Si otro productor de hamacas, iniciara rumores falsos acerca de la calidad de la materia prima utilizada, o si afirmara que en su local también se venden las hamacas de José, no solo estaría perjudicando el nombre de José y de sus productos, sino que también estaría perjudicando a los consumidores que se encontrarían expuestos a mentiras y hasta podrían comprar productos de una calidad inferior a otro competidor pensando que eran las hamacas de José.⁷⁷

Es importante resaltar que parte esencial de la estructura económica de los derechos de propiedad intelectual yace en su naturaleza pro competitiva. Así lo consideran Daniel Zuccherino y Carlos Mitelman, cuando afirman que las marcas cumplen algunas funciones comunes a los fines que persigue la libre competencia; entre ellas las principales son “la función distintiva, de identificación de origen, función publicitaria, función de garantía de calidad y la función de competencia”.⁷⁸

⁷⁷ *Id.*, p. 19.

⁷⁸ Daniel R. Zuccherino y Carlos O. Mitelman. *Marcas y Patentes en el GATT*. Abeledo-Perrot S.A.. Buenos Aires, 1997, p. 80.

Así sucede con la propiedad intelectual y los intangibles protegidos por esta. El nombre comercial, las marcas, slogans o lemas comerciales, patentes, secretos empresariales, y demás intangibles protegidos por la propiedad industrial, tienen un cierto valor económico y moral producto de la eficiencia, innovación y competitividad; que a su vez permiten a un consumidor diferenciar la naturaleza de los servicios y productos que necesita permitiéndole identificar su procedencia empresarial y así reducir sus costos de transacción, debido a que en un primer lugar no voy a ser engañado por un competidor desleal, sabré que los productos que necesito son producidos por un oferente específico; además sabré exactamente a dónde dirigirme y cómo llegar al productor del bien que necesito.

Ahora debemos entender el desarrollo de la propiedad intelectual dentro del campo de la propiedad privada. En los artículos 600 y 601 del Código Civil ecuatoriano, se define a la propiedad sobre las cosas incorpóreas y a la propiedad intelectual.

Art. 600: Sobre las cosas incorpóreas hay también una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo.

Art. 601: las producciones de talento o de ingenio son propiedad de sus autores. Esta propiedad de regirá por leyes especiales.⁷⁹

A nuestro entender, el término "especie de propiedad", no se refiere a un dominio limitado, sino a un tipo de propiedad distinto, la propiedad intelectual. Como mencionábamos anteriormente, la ley debe proteger el usufructo o explotación patrimonial de los derechos de propiedad intelectual, así como permitir el ejercicio del derecho de exclusividad frente a terceros. Con respecto a este tema, Vladimir García-Huidrobo, reflexiona sobre las leyes civiles chilenas acerca de la propiedad. Este autor, analiza las normas contenidas en los artículos 583 y 584 del Código Civil chileno.

Art. 583: sobre las cosas incorpóreas, existe también una especie de propiedad, como la que tiene el usufructuario sobre su derecho de usufructo.

Art. 584: las producciones del talento o del ingenio, son propiedad de sus autores.⁸⁰

En análisis de estas leyes, García- Huidrobo considera que estas normas denotan la intención del legislador de darle un tratamiento especial a este tipo de derecho sobre bienes incorpóreas mediante leyes especiales. Debemos recordar que la similitud entre

⁷⁹ Código Civil. Artículos 600 y 601. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

⁸⁰ Vladimir García-Huidrobo. *Legislación sobre Propiedad Industrial: Análisis Jurisprudencia y Guía Práctica*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Chile, 1992, p. 29

ambas leyes se debe a que ambos códigos son copias casi exactas del código de Andrés Bello.

Para entender la diferencia que existe entre la propiedad sobre bienes corporales e incorporeales, acudiremos a un ejemplo presentado por Aboites y Soria:

El conocimiento tecnológico es *no-rival* en el consumo porque múltiples agentes los pueden utilizar al mismo tiempo y en diferentes lugares sin conflicto de posesión y sin deterioro (por ejemplo el software libre). Una pieza de pan es un bien *rival* porque sólo permite un consumidor en un solo lugar y se deteriora con el uso y (o) tiempo.⁸¹

Como hemos venido mencionando anteriormente, esta facilidad de consumo múltiple y de apropiación ilícita es la que fundamenta la diferenciación entre la propiedad intelectual y otros tipos de propiedad. Sin embargo esta distinción presentada doctrinariamente y legalmente no debe entenderse como una exclusión de la propiedad intelectual del régimen de propiedad privada, sino que obliga al sistema legal a brindar mayor protección a este tipo de bienes intangibles.

Los derechos de propiedad intelectual son por su naturaleza derechos de propiedad privada. Horacio Specto al tratar la estructura económica de los derechos de propiedad intelectual, hace referencia a la Teoría Lockean del Trabajo.⁸² Esta conocida teoría de la apropiación por trabajo de John Locke puede servir para demostrar la lógica detrás de la clasificación de los derechos de propiedad intelectual como derechos de propiedad privada y la defensa de este tipo de propiedad. Specto ha identificado dos partes relevantes al tema en la teoría de Locke: la primera es que, “aunque la tierra y todas las criaturas inferiores son comunes a todos los hombres, todo hombre tiene una propiedad en su propia persona. A esto nadie tiene derecho sino él mismo. El trabajo de su cuerpo y de sus manos son, puede decirse, suyos en sentido estricto”.⁸³ La segunda tesis que identifica Specto es que:

La apropiación de un objeto mostrenco se efectúa a través de la aplicación de trabajo humano a ese objeto... Locke estipula asimismo una condición para que tenga lugar la adquisición de propiedad privada sobre una cosa mostrenca; luego de la

⁸¹ Jaime Aboites y Manuel Soria. *Economía del Conocimiento y propiedad intelectual. Lecciones para la economía mexicana*. México: Siglo XXI Editores S.A., 2008, p. 21.

⁸² Horacio Specto. *Derechos Intelectuales. Lineamientos de una teoría justificatoria de los derechos de Propiedad Intelectual e Industrial*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1988, p. 24

⁸³ John Locke citado por, Horacio Specto. *Derechos Intelectuales. Lineamientos de una teoría justificatoria de los derechos de Propiedad Intelectual e Industrial*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1988, p. 24.

adquisición tienen que haber quedado cosas de similar calidad y en cantidad suficiente... entonces la apropiación no ha empeorado la situación de nadie.⁸⁴

Una vez presentada la propuesta de Locke de defensa de la propiedad privada, revisaremos la aplicación de la misma a los derechos de propiedad intelectual. Robert Nozick citado por Horacio Specto presenta el siguiente ejemplo de apropiación por trabajo:

Alguien encuentra una nueva sustancia en un lugar no transitado, descubre que trata eficazmente una cierta enfermedad y se apropia de la existencia total... esta persona no empeora la situación de los demás, ya que si él no hubiera tropezado con la sustancia, nadie más lo habría hecho y todos se habrían quedado sin ella. Sin embargo, a medida que el tiempo pasa, aumenta la probabilidad de que otros hubieran encontrado la sustancia. Este hecho podría justificar un límite temporal al derecho de propiedad sobre la sustancia, de modo que la apropiación no viole el proviso lockeano.⁸⁵

Este ejemplo no solo refleja cómo la propiedad intelectual puede ser considerada como propiedad privada debido a que encaja perfectamente en los términos presentados por la teoría de John Locke, sino que también presenta una justificación de la temporalidad del sistema actual de patentes. En relación a esta condición o “proviso” que ha planteado Locke de que la apropiación de una cosa mostrenca o “bien común” está justificado cuando quede cosa de similar calidad y en cantidad suficiente, la autora Wendy Gordon considera que es la justificación de la propiedad privada de la actividad creativa del intelecto humano. Gordon considera que:

The proviso that "enough and as good [be] left" lies at the center of this Article's thesis: that creators should have property in their original works, only provided that such grant of property does no harm to other persons' equal abilities to create or to draw upon the preexisting cultural matrix and scientific heritage. All persons are equal and have an equal right to the common.⁸⁶

Por la naturaleza misma de la propiedad intelectual, la protección a los derechos derivados de este tipo de propiedad, no perjudica el “bien común” como un bien jurídico protegido. La consecuencia principal de la protección a la propiedad intelectual es el incentivo a seguir creando y desarrollando nuevas tecnologías. Como bien

⁸⁴ *Ibid.*, p. 24.

⁸⁵ Robert Nozick citado por, Specto, Horacio. *Derechos Intelectuales. Lineamientos de una teoría justificatoria de los derechos de Propiedad Intelectual e Industrial*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1988, p. 25.

⁸⁶ Wendy J. Gordon. “A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property”. *The Yale Law Journal*, Vol. 102, No. 7. (1993), p. 1563.

menciona Gordon, mientras la propiedad intelectual no cause un daño a un tercero, no tiene porque no protegerse.

Cuando se solicita el otorgamiento de una patente, existe una exigencia de revelar la invención al público como una especie de contraprestación al derecho de excluir a terceros del uso y explotación patrimonial del invento por un período de tiempo.⁸⁷ Debemos entender que cuando hablamos del uso del invento, hacemos referencia al usufructo del invento. Esta revelación tiene lugar al momento de la solicitud de registro y otorgamiento de la patente; lo cual presenta una ventaja para los competidores que podrán beneficiarse de esos conocimientos e investigación para desarrollar nuevas y mejores tecnologías; además que una vez que transcurre el tiempo de protección de la patente (20 años en nuestro sistema), este invento pasa a ser de propiedad y conocimiento público.

Consideramos relevante enfatizar un punto en el que algunos autores concuerdan y que nos permite entender de mejor manera la estructura económica de los derechos de propiedad industrial, especialmente de las patentes. Como mencionamos hace un momento, Horacio Specto tomando las ideas de John Locke considera que la apropiación de un bien mostrenco debe tener como condición el hecho de que quede suficiente de la cosa y de similar calidad de tal manera que nadie (ningún tercero) se vea afectado.⁸⁸ En este sentido Peter Meinhardt observa que: “The patent monopoly, however, is quite different in that it constitutes an addition to and not a subtraction from public wealth”.⁸⁹ Este autor hace este reparo diferenciando a los monopolios en sentido económico con aquellos mal llamados monopolios derivados de patentes. Asimismo Meinhardt cita dos sentencias americanas que establecen que un inventor no debe ser considerado un monopolista que perjudica a terceros, sino una persona que contribuye con la sociedad.

It was held in *Parker v. Haworth* that "It is not a monopoly the inventor receives. Instead of taking anything from the public, he confers on it the greatest benefits "; and in the earlier case, *Brooks v. Jenkins*, it was held that "when we consider the inestimable advantages which result to the world from the 'labor, ingenuity, and expense' of inventors, so far from classing them with monopolizers, they should be regarded as public benefactors".⁹⁰

⁸⁷ Robert Sherwood. *Propiedad Intelectual de Desarrollo Económico. Óp. Cit.*, p. 66.

⁸⁸ John Locke citado por, Horacio Specto. “*Derechos Intelectuales...*”. *Óp. Cit.*, p. 24.

⁸⁹ Anthony William Deller. *Patents and Monopolies by Peter Meinhardt. Book Review.*

<http://www.jstor.org/stable/1335315> (acceso: 08/03/2014).

⁹⁰ *Ibid.*

En esta misma línea, como lo mencionamos anteriormente, Harold G. Fox resaltaba los beneficios que trajo a Inglaterra el sistema de otorgamiento de patentes y el impacto positivo que tuvo este sistema en el desarrollo industrial y económico de este país; además de destacar el hecho de que el otorgamiento de un derecho exclusivo sobre una invención no es ilegal ni ilegítimo si no se causa un detrimento al libre comercio o a las libertades gozadas por la sociedad antes del otorgamiento de dicho derecho.⁹¹

Estos autores a los que hemos hecho referencia, logran identificar la naturaleza económica de los derechos de propiedad industrial a través de un análisis lógico, filosófico, histórico y práctico, mediante el cual nos llevan a concluir que el derecho de propiedad sobre una creación intelectual es por naturaleza exclusivo sin que ello signifique un detrimento a las libertades y derechos de terceros, sean estos consumidores o competidores; sino que por el contrario generan un beneficio a la sociedad, promoviendo la innovación y desarrollo de nuevas tecnologías a través de unos incentivos morales y sobre todo económicos que tienen algunos límites razonables que evitan la distorsión del ejercicio de estos derechos.

⁹¹ Harold G. Fox. *Patents in Relation to Monopoly*. <http://www.jstor.org/stable/137287> (acceso: 27/02/2014).

CAPÍTULO II: INTERACCIÓN ENTRE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y EL DERECHO DE COMPETENCIA

2.1. DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y DERECHO A LA COMPETENCIA: ¿LEYES EN CONFLICTO?

Desde hace muchos años ha existido una discusión acerca de la relación e interacción que existe entre la Propiedad Intelectual y el Derecho de Competencia. Tanto a nivel legislativo, jurisprudencialmente y doctrinariamente, se ha tratado la interacción entre ambas ramas del derecho con la finalidad de determinar si existe una tensión o conflicto entre leyes y regulaciones de ambas materias, y de ser este el caso, lograr resolver los conflictos entre estas para que puedan coexistir sin contraponerse.

Una gran cantidad de tratadistas considera que la tensión que existe entre la propiedad intelectual y el derecho de competencia yace en el elemento de la Exclusividad que contienen los derechos de propiedad intelectual. Fernando Arias García en su artículo “Derecho de la competencia económica y derecho de marcas: ¿Una auténtica tensión jurídica?”, afirma que “el derecho de marcas tiende a la protección de la propiedad industrial de su creador imprimiendo unos derechos exclusivos de explotación económica sobre la marca”.⁹² Asimismo, y como lo mencionamos en el anterior capítulo, para Sherwood, la exclusividad es "la facultad condicional de excluir a otros del uso de un producto particular de la mente".⁹³ Este mismo autor reflexiona acerca de constantes errores conceptuales en cuanto a la propiedad intelectual y los monopolios por cuanto:

A veces se oye que los economistas caracterizan a la propiedad intelectual como un monopolio, que implica sub-optimización. Generalmente se refieren a las patentes, que no son sino un elemento de la propiedad intelectual. Con rapidez se asocia la palabra monopolio con la política anticartel, facilitando el rechazo de la propiedad intelectual como un factor por lo menos tenuemente negativo en la actividad económica, cuando no como una influencia perniciosa.⁹⁴

De igual manera, Nuno Pires de Carvalho, en cuanto a la exclusividad como parte intrínseca de la naturaleza de los derechos de propiedad intelectual, sostiene que este elemento tiene como objetivo “to exclude others from the use of the intangible assets

⁹² Fernando Arias García. *Derecho de la competencia económica y derecho de marcas: ¿Una auténtica tensión jurídica?*. *Óp. cit.*, p. 1.

⁹³ *Íd.*, pp. 39-40

⁹⁴ Robert Sherwood. *Propiedad Intelectual de Desarrollo Económico. Óp. Cit.*, p. 74.

that businesses use to differentiate themselves from their competitors”⁹⁵ Es justamente por este elemento de explotación patrimonial exclusiva que contienen los derechos de propiedad intelectual que algunos autores tienden a confundir algunos conceptos de propiedad intelectual con monopolios.

Fernando Arias, en su artículo antes mencionado, identifica muy claramente el argumento principal utilizado por aquellos autores que consideran que la Propiedad Intelectual y el Derecho de Competencia se encuentran en permanente conflicto. Dice este autor, que “puede afirmarse que a mayor derecho marcario, existe menos derecho de la competencia y viceversa, lo que advierte una presunta tensión entre un derecho de la competencia que implica libertad en la producción de bienes y servicios y un derecho marcario que envuelve una exclusiva de explotación económica”⁹⁶

Dentro de la misma línea de pensamiento, Robert Hall y Marc Lieberman, consideran que “casi todos los mercados de una propiedad intelectual específica son monopolios: una empresa o individuo es dueño de la propiedad y es el único que puede vender el derecho a usarla”⁹⁷ Con respecto a esta afirmación, consideramos que es importante mencionar que no se debe confundir a los monopolios con el derecho de exclusividad contenido en los derechos de propiedad intelectual. Por otro lado, es correcto afirmar que una persona jurídica o natural es “dueño de la propiedad” (es decir, el titular de los derechos) y como titular del derecho de dominio, los propietarios gozan de todas las facultades que éste derecho encierra. El derecho de dominio encierra el elemento de la exclusividad del que decíamos antes algunos autores confunden con monopolio; de ser así, cabe afirmar que el dueño de una casa posee el monopolio de la misma? A nuestro parecer el término monopolio no cabría en una situación de propiedad privada.

2.1.1. Derechos de Propiedad Intelectual y Monopolio

Es importante saber distinguir algunos conceptos básicos como, derecho de exclusividad, derechos de propiedad intelectual y las distintas acepciones que puede

⁹⁵ Nuno Pires de Carvalho. *The TRIPS regime of Antitrust and undisclosed information*. Netherlands: Editorial Kluwer Law International, 2008, p. 19

⁹⁶ Fernando Arias García. *Derecho de la competencia económica y derecho de marcas: ¿Una auténtica tensión jurídica?*. *Óp. Cit.*, p. 1.

⁹⁷ Robert Hall y Marc Lieberman. *Microeconomía: Principios y Aplicaciones*. South Western/Thomson Editores S.A., 2005, p. 274

llegar a tener la palabra “Monopolio”. Esta última distinción, sobre todo, consideramos es la más importante en este momento debido a que debemos analizar a los monopolios desde un punto de vista meramente económico puesto que analizaremos a la libre competencia dentro del ámbito de la microeconomía y su interrelación con los derechos de propiedad intelectual. Como lo dijimos anteriormente, una primera distinción relevante a la discusión acerca del supuesto carácter monopólico de los derechos de propiedad intelectual, es aquella que debe hacerse en relación a la exclusividad frente al monopolio económico para efectos de determinar una posible vulneración a la libre competencia.

Asimismo, debemos analizar a los monopolios desde el punto de vista de la economía con vistas a la libre competencia y no confundir el término con derechos y facultades así como con las características inherentes a estos derechos que suelen malinterpretarse como una supuesta “monopolización” de la propiedad sobre los derechos de propiedad intelectual. Encontramos como un ejemplo claro de esta confusión a la siguiente afirmación de Mankiw Gregory:

Quando un novelista acaba un libro, puede solicitar los derechos de propiedad intelectual, que son garantía del Estado, de que nadie puede imprimir y vender el libro sin previa autorización del autor. En lo que respecta a la venta de su novela, los derechos de propiedad intelectual convierten al novelista en un monopolio.⁹⁸

Sobre esta afirmación es importante analizar algunas inconsistencias e imprecisiones para entender mejor el concepto de propiedad como tal para después entender a la propiedad intelectual. En primer lugar debemos reparar en el hecho de que el autor de una obra literaria pueda solicitar los derechos de propiedad intelectual al estado. Esta afirmación es incorrecta debido a que los derechos de autor nacen con la creación de la obra producto del intelecto humano. Así lo reconoce nuestra Ley de Propiedad Intelectual en su artículo 5.

Ahora, volviendo al tema principal de nuestro análisis y a manera de analogía con la propiedad industrial, debemos entender que la propiedad de los derechos del novelista sobre la obra le pertenecen por haber sido él quien escribió dicha novela (inscrita en el órgano administrativo regulador de la propiedad intelectual). Como propietario de este bien u objeto jurídico intangible (derechos de propiedad), el novelista se encuentra en

⁹⁸ Gregory Mankiw. *Principios de Economía*. Madrid: Cengage Learning Editores S.A., 2009, p. 313.

todo el derecho de desplegar los efectos y facultades que se derivan de sus derechos de propiedad; más específicamente, el autor puede excluir de la explotación patrimonial y reproducción de la obra a terceros. Significa esto que el novelista se encuentra en una situación monopolística en un determinado mercado relevante? En nuestra opinión la respuesta será no. Existen miles de novelas de las cuales cualquier lector puede elegir, no existe por ningún motivo un solo oferente enfrentando a toda la demanda y la determinación del mercado relevante será muy difícil debido a toda la oferta, demanda, el carácter sustituible de los bienes (la obra materializada en libros u otra forma) y sobre todo el espacio geográfico donde le es indiferente al consumidor trasladarse para conseguir el producto..

Para Xavier Gómez Velasco “los derechos de propiedad intelectual no son monopolios -o por lo menos, no en el sentido económico del término- y, aún cuando lo fuesen, no por ello están prohibidos, como no lo están los monopolios o las posiciones dominantes en general”.⁹⁹ En nuestro ordenamiento jurídico, esta última idea guarda concordancia con la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado debido a que esta norma de competencia en el Ecuador prohíbe y sanciona el abuso de una empresa que ostenta posición dominante o de una empresa en situación de monopolio, mas estos son perfectamente legales.¹⁰⁰

El concepto presentado por Gómez Velasco es interesante analizarlo desde la hipótesis central del presente trabajo. En primer lugar es importante resaltar el hecho de que los derechos de propiedad intelectual no son monopolios y sobre todo, que en el supuesto no consentido de que lo fueran, éstos no están prohibidos así como no lo están las posiciones dominantes. Esta idea no solo sirve de argumento para refutar la idea presentada por Fernando Arias con respecto a una supuesta tensión entre la propiedad intelectual y el derecho de competencia, sino que también nos sirve para comenzar a entender que la propiedad intelectual no atenta contra la libre competencia, sino que es un elemento coadyuvante que persigue fines comunes.

⁹⁹ Xavier Gómez Velasco. *Patentes de invención y derecho de la competencia económica*. Abya-Yala; 2003, p. 11

¹⁰⁰ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 1. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

2.1.2. Patentes y Monopolio:

Como hemos venido observando a lo largo de la presente investigación, muchos autores tienden a confundir algunos conceptos relativos a la interacción entre la propiedad intelectual y el derecho de competencia. De esta manera hemos podido identificar errores que creemos importante resaltar y estudiar para aclarar ciertas confusiones entre los derechos de propiedad industrial, derechos exclusivos y monopolios económicos.

Para analizar esta relación entre patentes y monopolios, partiremos por definir brevemente a las primeras. La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual define a la patente como:

Un derecho exclusivo concedido a una invención, es decir, un producto o procedimiento que aporta, en general, una nueva manera de hacer algo o una nueva solución técnica a un problema. Para que sea patentable, la invención debe satisfacer determinados requisitos(...) Una invención debe, por lo general, satisfacer las siguientes condiciones para ser protegida por una patente: debe tener uso práctico; debe presentar asimismo un elemento de novedad; es decir, alguna característica nueva que no se conozca en el cuerpo de conocimiento existente en su ámbito técnico. Este cuerpo de conocimiento existente se llama "estado de la técnica". La invención debe presentar un paso inventivo que no podría ser deducido por una persona con un conocimiento medio del ámbito técnico.¹⁰¹

En este sentido, nuestra Ley de Propiedad Intelectual establece los siguientes requisitos para que una invención de producto o de procedimiento sea susceptible de protección:

Art. 121: Se otorgará patente para toda invención, sea de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología, siempre que sea nueva, tenga nivel inventivo y sea susceptible de aplicación industrial.¹⁰²

Por su particular estructura, la figura que más recurrentemente se asocia con los monopolios es la patente.¹⁰³ Edmund W. Kitch, a nuestro parecer, ha logrado identificar el error fundamental en el que recurrentemente varios autores inciden al momento de analizar a la propiedad intelectual en términos económicos. Así, este autor comenta que:

¹⁰¹ OMPI Patenscope. ¿Qué es una patente? http://www.wipo.int/patentscope/es/patents_faq.html#patent (acceso 26/02/2014)

¹⁰² Ley de Propiedad Intelectual. Artículo 121. Registro Oficial Suplemento No. 426 de 28 de diciembre de 2006.

¹⁰³ Edmund W. Kitch. "Elementary and Persistent Errors in the Economic Analysis of Intellectual Property". *Vanderbilt Law Review* (2000), p. 1730.

Numerous authors begin their analysis of intellectual property rights with the assumption that the important case for analysis is the one in which the owner of an intellectual property right possesses an economic monopoly. Not just a monopoly in the sense of an exclusive right -an intellectual property right, like all property rights, is an exclusive right which enables the owner to exclude others from the use of the subject matter of the right- but a monopoly in the sense that the owner of an intellectual property right is protected from competition and able to sell into a market with a downward sloping demand curve.¹⁰⁴

Este autor presenta dos ideas importantes que debemos resaltar. En primer lugar existe una tendencia a confundir al derecho exclusivo que se deriva de los derechos de propiedad intelectual (al igual que de todos los derechos de propiedad) con los monopolios económicos; y en segundo lugar, se tiende a pensar que el titular de un derecho de propiedad intelectual se encuentra protegido de competencia económica. Con respecto a esta última idea, no debemos olvidar que el derecho de competencia, en principio, sanciona toda práctica restrictiva de la libre competencia, por lo tanto el hecho de ser titular de un derecho de propiedad intelectual no es un eximente de participar en los procesos competitivos dentro de un mercado frente a otros oferentes y mucho menos de la aplicación de la normativa de competencia vigente. Un claro ejemplo del alcance del derecho de competencia en relación al régimen de patentes es la disposición contenida en el artículo 155 de la Ley de Propiedad Intelectual que establece que:

(...) La Dirección Nacional de Propiedad Industrial podrá otorgar licencias obligatorias cuando se presenten prácticas que hayan sido declaradas mediante resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, como contrarias a la libre competencia, en particular cuando constituyan un abuso de poder de mercado por parte del titular de la patente.¹⁰⁵

Por otro lado, el derecho a excluir erga omnes del uso de una creación objeto de un derecho de propiedad intelectual, por definición, no otorga un monopolio económico ya que no garantiza una situación en la que el titular de dicho derecho enfrente toda la demanda de un determinado mercado.¹⁰⁶ Asimismo, existen algunos autores que consideran a la patente como una excepción al régimen de Competencia. Guillermo Cabanellas por ejemplo, de manera equivocada a nuestro entender, considera a las patentes como una excepción al régimen de libre competencia. Este autor fundamenta

¹⁰⁴ *Íd.*, pp. 1729-1730.

¹⁰⁵ Ley de Propiedad Intelectual. *Óp. cit.*, Artículo 155.

¹⁰⁶ Edmund W. Kitch. *Elementary and Persistent Errors in the Economic Analysis of Intellectual Property*. *Óp. cit.*, p. 1730.

su posición en la facultad única que tiene el Estado, dentro del marco de la constitucionalidad y la legalidad, para impedir el ejercicio de la libertad de comercio e industria, prerrogativa de la cual no gozan los particulares pero que al ser titulares de un derecho subjetivo, de carácter privado (que se deriva de una patente), se encuentran facultados a impedir la explotación de aquellas invenciones patentadas por ellos.¹⁰⁷

Para Cabanellas existen dos justificaciones, una jurídica y otra práctica, para que opere esta supuesta excepción al régimen de libre competencia a través del otorgamiento de patentes. Por un lado hace referencia a la Constitución argentina y la legislación en materia de patentes en esta nación, que reconocen el “derecho exclusivo del inventor sobre sus creaciones”, hecho que valida la existencia de una excepción a la regla general de libre competencia. Por otro lado, este autor supone que esta excepción de la que él habla está “elaborada de manera de crear incentivos para el desarrollo de tecnología, para el cual un régimen de competencia no brindaría protección suficiente”.¹⁰⁸

Para entender mejor la naturaleza de las patentes, debemos aclarar algunos conceptos que a nuestro parecer Guillermo Cabanellas confunde. En primer lugar, este autor confunde el derecho exclusivo que faculta al titular de un derecho de propiedad industrial (patente en este caso) a impedir a terceros la explotación de aquellas invenciones protegidas, con la capacidad para impedir el ejercicio de la libertad de comercio entendida como libre competencia. En nada afecta a la libre competencia el hecho de que se proteja el derecho de una persona, natural o jurídica, a excluir a terceros del uso y explotación de su propiedad privada.¹⁰⁹

Un producto que ha resultado de una invención protegida mediante una patente y llega a colocarse en un mercado relevante no genera ningún menoscabo a otros competidores que quieran entrar o que ya se encuentren compitiendo en el mismo mercado, es más, dentro de éste pueden coexistir varios productos patentados detrás de los cuales se encuentran unos inventores con el derecho de excluir a terceros de explotar

¹⁰⁷ Guillermo Cabanellas. *Derecho de las patentes de invención*. 2da. ed. Buenos Aires: Heliasta, 2004, p. 249.

¹⁰⁸ *Íbid.*

¹⁰⁹ José Luis Aguilar Gorrondona. *Cosas, bienes y derechos reales*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2007, p. 224

sus invenciones.¹¹⁰ No nos resulta lógico pensar que una persona aprovechándose de la propiedad privada de otra sea una situación de libre competencia, mucho menos si tomamos en cuenta el hecho de que más competitivo resultaría desarrollar y explotar su propia propiedad privada, valga la redundancia.

Bajo nuestro criterio, otro error conceptual presentado por Cabanellas es el de confundir el incentivo real que representa la protección de la propiedad industrial. Una supuesta excepción al régimen de libre competencia no es el incentivo real de la propiedad industrial, el verdadero incentivo está en el reconocimiento de la autoría de una invención, de la inversión realizada, del trabajo que tomó el desarrollo de dicha invención y sobre todo el reconocimiento de un derecho de propiedad privada; lo que genera como consecuencia nueva inversión en investigación y desarrollo de nuevas tecnologías.¹¹¹

Por último consideramos que un régimen puro de competencia, a diferencia de lo que piensa Cabanellas, es el escenario adecuado para una patente u otros derechos de propiedad intelectual protegidos. Por un lado, el derecho de competencia y la propiedad intelectual persiguen algunos fines en común; entre ellos los más evidentes son el bienestar del consumidor y la promoción de la innovación tecnológica.¹¹² En este sentido, Alfredo Morales Hernández considera que “la regulación del otorgamiento de patentes tiene como propósito impulsar el progreso tecnológico en un mercado de libre competencia”.¹¹³ Por otro lado el Acuerdo ADPIC reconoce la importancia de la propiedad intelectual para el desarrollo de la actividad económica en un ambiente de libre competencia. El artículo 7 de este cuerpo normativo restablece como objetivo del mismo:

La protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de

¹¹⁰ Jesús García. *Un Juez obliga a retirar los genéricos de Viagra por vulnerar la patente*. http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/02/29/actualidad/1330545746_582694.html (acceso: 15/03/2014). Vid. Guillermo Cabanellas de las Cuevas. *Derecho antimonopólico y defensa de la competencia* /2. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2005, p. 252.

¹¹¹ Anthony William Deller. *Patents and Monopolies by Peter Meinhardt*. Book Review. <http://www.jstor.org/stable/1335315> (acceso: 08/03/2014).

¹¹² Xavier Gómez Velasco. *Patentes de invención y derecho de la competencia económica*. *Óp. cit.*, pp. 26-32.

¹¹³ Alfredo Morales Hernández. *Compendio de Derecho Mercantil I: introducción, empresa, empresario, auxiliares del empresario*. Caracas: Universidad Andrés Bello, 2004, p. 114.

conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones.¹¹⁴

Creemos importante recalcar una reflexión muy sincera y elocuente que nos recuerda que toda regla tiene su excepción, sin embargo esto no significa que esa excepción deba determinar la naturaleza de lo general. Con esto nos referimos a la clasificación de las patentes como monopolios. Si bien es cierto que pueden existir casos en los que algunos factores, incluyendo los derechos de propiedad industrial pueden contribuir a la construcción de un monopolio, debemos mirar si eso es lo común, lo natural; o por el contrario, si es un caso aislado que se aleja de lo regular. Esta determinación nos ayudará a entender mejor a la figura de las patentes y de los monopolios.

To argue that the monopoly case is not the appropriate one to use when analyzing intellectual property rights generally is not to argue that no intellectual property rights confer an economic monopoly. Whether a particular right, or combination of rights, confers an economic monopoly is an empirical question. To take examples from the current news, the trial judge in the Microsoft antitrust case has found that the copyright on the Windows operating system confers a monopoly. And critics charge that the Unocal patent on the method of making gasoline that complies with environmental regulations gives Unocal a monopoly. The issue is whether the monopoly case is the exceptional case, and thus not appropriate for the basic analysis of intellectual property rights in general, or whether the monopoly case is the general case, and thus the one on which an analyst should focus.¹¹⁵

Creemos importante entender que toda excepción tiene su regla, pero la naturaleza misma de los derechos derivados de las patentes no es por ningún motivo monopolizar un mercado (a pesar de que el monopolio no es malo per se), sino proteger la propiedad privada de quien a través de un proceso del intelecto humano ha desarrollado una invención susceptible de protección mediante la figura de la patente. Julio Delicado Montero-Ríos, quien en su momento fuera Director del Registro de la Propiedad Industrial de España, ha resumido bastante bien la naturaleza y sobre todo la finalidad de las patentes en el siguiente sentido:

La existencia de patentes actúa como un estimulante de la competitividad y de la actividad inventiva, permitiendo la explotación exclusiva del objeto de la patente con lo cual el titular podrá resarcirse de los gastos ocasionados por la investigación y el desarrollo de los nuevos productos. Pero a su vez, la documentación contenida en las patentes proporciona una amplia información sobre el estado de la técnica en sectores

¹¹⁴ Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. (1994). Artículo 7 y Preámbulo.

¹¹⁵ *Íd.* p. 1731.

determinados, pudiendo las empresas competidoras acceder a la misma a los efectos de utilizar lícitamente tal información en su propio interés, para muy diversos fines.¹¹⁶

Por otro lado, consideramos indudablemente pertinente incluir una cita que de manera muy frontal castiga a aquellos detractores de las patentes, quienes mientras critican tan brutalmente al sistema de patentes en general, sacan provecho de otras figuras de propiedad intelectual que persiguen el mismo fin de promover la actividad creativa y de igual manera reconocen el derecho exclusivo contenido en todo derecho de propiedad privada.

It is a striking commentary that those deleterious and harmful qualities which the social reformer claims to be inherent in monopolies are all related to patents and not to any of the other forms of industrial and intellectual property, as for example, copyright. As between patent and copyright the exclusive privilege conferred by the former is comparatively short: it endures only for seventeen years. Copyright, on the other hand, endures, in those countries which are signatories to the International Convention, for the life of the author and fifty years after his death. And yet, no social reformers cry darkly of copyright monopoly and scream of prejudice to the public. No royal commissions are appointed to bring out reports which speak in minatory tones of exploitation, restriction of production, and abuse. The reason is, of course, apparent. The social reformer is no inventor capable of obtaining a patent. But he is very often an author and copyright is attractive and royalties have their appeal. To me, the most damning condemnation of the social reformers who publish works attacking patents and monopolies is that they always take every precaution to ensure that their works are protected by copyright and that they will reap their reward in the form of royalties.¹¹⁷

2.2. DERECHOS DE PI Y DERECHO A LA COMPETENCIA: LEYES COMPLEMENTARIAS

2.2.1. Posición Doctrinaria:

Frente a las afirmaciones expuestas hace un momento, existen autores que analizan el tema de otro punto de vista, considerando que la propiedad intelectual y el derecho de competencia son ramas que persiguen un mismo fin y que por tanto los derechos de propiedad intelectual no constituyen monopolios, sino que la propiedad intelectual es un elemento coadyuvante de la libre competencia. Xavier Gómez, en su obra antes mencionada, identifica algunos objetivos comunes que persiguen las leyes de ambas ramas del derecho en análisis. Este autor considera que “las leyes de propiedad

¹¹⁶ Paloma Pérez Sánchez y Asunción Sobredo Galanes. *Industria Farmacéutica y Patentes*. Madrid: Registro de la Propiedad Industrial. 1990. prólogo.

¹¹⁷ Harold G. Fox. *Patents in Relation to Monopoly*. <http://www.jstor.org/stable/137287> (acceso: 27/02/2014).

intelectual y las de antimonopolio, comparten el propósito común de promover la innovación e incrementar el bienestar del consumidor”.¹¹⁸

Tomando en cuenta estas ideas, podemos observar que en principio estas ramas del derecho no se encuentran en conflicto; más bien podría llegar a considerarse que la propiedad intelectual y el derecho de competencia son ramas del derecho complementarias. La propiedad intelectual y su espectro de protección, incluido el elemento de la exclusividad, es un motor que promueve la innovación y desarrollo tecnológico, protege al consumidor permitiéndole distinguir los productos y servicios que consume y a su vez, permite identificar su procedencia empresarial, incentivando a nuevos empresarios y emprendedores a invertir trabajo, tiempo y capital para crear nuevos productos y servicios, generando plazas de empleo y promoviendo la eficiencia del aparato productivo nacional. Con respecto a esta última idea, José Gómez Segado considera que:

Más fatídicamente, podemos decir que no proteger las creaciones industriales o los signos distintivos arruinaría la competencia, porque no se estimularía la innovación y la consiguiente producción, ni se facilitarían la distribución en el mercado de los productos o servicios fabricados.¹¹⁹

Este análisis es importante porque se concentra en el punto de vista de la empresa o competidor oferente en un mercado pero con vistas al consumidor. Estas ideas, guardan armonía con nuestra Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado que en su artículo uno, establece como parte del objeto de la norma: “...buscar la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible”.¹²⁰ De esta manera vemos que se busca proteger al consumidor y a la libre competencia, así como también se busca promover el desarrollo, la producción y la innovación como lo establece el artículo 4, numeral 9 de la LORCPM:

En concordancia con la Constitución de la República y el ordenamiento jurídico vigente, los siguientes lineamientos se aplicarán para la regulación y formulación de política en la materia de esta ley:

¹¹⁸ *Antitrust guidelines for the licensing of Intellectual Property. U.S. Department of Justice and The Federal Trade Commission.* Citado por Xavier Gómez Velasco. *Patentes de invención y derecho de la competencia económica.* Abya-Yala; 2003, p. 31

¹¹⁹ José Gómez Segado. Citado por Xavier Gómez Velasco. *Patentes de invención y derecho de la competencia económica. Óp. cit.*, p. 30

¹²⁰ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 1. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

9) La distribución equitativa de los beneficios de desarrollo, incentivar la producción, la productividad, la competitividad, desarrollar el conocimiento científico y tecnológico (...)¹²¹

Como podemos ver, el derecho de la competencia y la propiedad intelectual son complementarios en varias áreas debido a que comparten varios objetivos comunes y de manera muy general las normas jurídicas de ambas ramas han tratado estos temas. Para Sherwood, como lo mencionamos anteriormente, la propiedad intelectual es una fuerza propulsora de la innovación y el desarrollo tecnológico; es por esto que cita a Schumpeter en su afirmación de que “la innovación y la difusión de la tecnología son fuerzas conductoras en el avance industrial”.¹²²

Por otro lado, varios autores consideran que la propiedad industrial se encuentra enmarcada dentro de la regulación del derecho de competencia. En este sentido, Jorge Alberto Kors considera que la relación entre ambas ramas del derecho, es de género y especie; es decir, que debe considerarse al “Derecho de la Competencia como el marco general dentro del cual se regulan entre otros, los derechos industriales relacionados con el campo de la tecnología y la comercialización”.¹²³

Al respecto Gustavo Piva de Andrade considera que:

Los sistemas de propiedad intelectual y defensa de la competencia no son antagónicos. Los derechos de propiedad intelectual, en realidad, promueven la competencia, estimulándola a través del desarrollo de nuevas tecnologías, que resultan en opciones adicionales y mejores para el consumidor. Como en cualquier otra propiedad, la conducta de los titulares de propiedad intelectual puede caer bajo la legislación antimonopólica.¹²⁴

En Europa, existe una interesante concepción acerca de la interacción de estas ramas del derecho en estudio. A través de la doctrina hemos podido observar que existe una complementariedad con respecto al derecho de la competencia y su ámbito de regulación, con respecto de la propiedad intelectual y su espectro de protección. Como mencionamos en el anterior capítulo, en la obra “Derecho de la Competencia europeo y

¹²¹ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. *Óp. cit.*, Artículo 4.

¹²² Joseph Schumpeter., citado por Robert Sherwood. *Propiedad Intelectual de Desarrollo Económico. Óp. Cit.*, p. 78

¹²³ Jorge Alberto Kors. “La Marca: Una Herramienta del Derecho de la Competencia”, en *Temas de Derecho Industrial y de la Competencia: Derecho de Marcas*. Buenos Aires: Editorial de Ciencia y Cultura, 1999, p. 156.

¹²⁴ Gustavo Piva de Andrade. *Derechos Intelectuales. Propiedad Intelectual y Derecho Antitrust*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007, p. 225.

español”, se plantean ciertas ideas acerca de la interacción de la propiedad intelectual con el derecho de competencia.

En primer lugar cabe observar que “la titularidad de un derecho de propiedad intelectual no confiere inmunidad frente a la aplicación de las leyes antimonopolio”.¹²⁵ Este es un punto importante de topar debido a que una de las principales preocupaciones de aquellos autores que consideran que existe conflicto entre la propiedad intelectual y el derecho de competencia es que bajo ningún concepto se debe permitir la inmunidad frente al derecho de la competencia. Si bien los derechos de propiedad intelectual confieren derechos exclusivos, esto no significa que su titular, sea este una persona natural o una empresa, se encuentra exento de la aplicación del régimen de competencia.

Con respecto a la naturaleza de los derechos de propiedad intelectual frente al resto de derechos de propiedad, la obra antes citada, hace referencia a las directrices IPLG del U.S. Department of Justice y la Federal Trade Commission, en las cuales se plantea que:

Las agencias aplican los mismos principios sobre libre competencia tanto a conductas en las que se encuentren implicados derechos de propiedad intelectual como aquellas en las que se vea afectada cualquier otro tipo de propiedad, tangible o intangible... La propiedad intelectual presenta características específicas de gran importancia, como, por ejemplo, la facilidad de su apropiación ilícita, que permiten distinguirlas de otras formas de propiedad. Estos rasgos distintivos pueden ser tenidos en consideración en la valoración de la anticompetitividad de las conductas empresariales, pero no justifican la aplicación de principios o criterios de análisis radicalmente distintos.¹²⁶

Este es un concepto que permite la convivencia de la propiedad intelectual con la libre competencia ya que visto desde el punto de vista de la propiedad intelectual, se reconoce que los derechos en esta materia son en primer lugar derechos de propiedad con todas sus facultades y características inherentes a estos derechos, como por ejemplo la exclusión erga omnes; además que se reconoce la naturaleza especial que estos derechos poseen que los vuelven más susceptibles de apropiación ilícita por lo que se debe dar un trato más específico a este tipo de derechos.

¹²⁵ Luis Ortiz Blanco y Álvaro Ramos Gómez. *Derecho de la Competencia europeo y español: curso de iniciación. Volumen VI*. Madrid: Editorial Dykinson, 2005. *Óp. Cit.*, p. 67

¹²⁶ IPLG, sección 2.1., citado por Luis Ortiz Blanco y Álvaro Ramos Gómez. *Derecho de la Competencia europeo y español: Óp. cit.*, 2005, p. 67.

Por otro lado, desde el punto de vista del derecho de la competencia, se reconoce que ningún titular de un derecho de propiedad intelectual puede justificar una exoneración de la “lupa” de control del derecho de la competencia, alegando la titularidad de un derecho de propiedad intelectual. A esta última reflexión, cabe agregar que ambas ramas del derecho deben trabajar en armonía para que exista un control eficiente de la promoción de la libre competencia; sin embargo es importante resaltar que los derechos de propiedad intelectual “per se” no constituyen monopolios ni atentan contra la libre competencia, sino que como acabamos de reflexionar promueven la consecución de esta.

La OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) ha logrado identificar la clave (teórica) para lograr una convivencia equilibrada entre la propiedad intelectual y el derecho de competencia.

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.¹²⁷

Como hemos podido observar, la doctrina tiene posiciones encontradas con respecto a algunos ejes de interacción entre la propiedad intelectual y el derecho de competencia. Uno de los puntos más debatidos por los tratadistas, en su mayoría economistas, es la relación que existe entre la competencia y la innovación y la existencia de una dinámica eficiente. Este debate se encuentra resumido en cierta parte en el reporte de la secretaría de la UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development) del 15 de mayo del 2008 que analizaremos a continuación.

Por un lado, y como lo mencionamos brevemente hace un momento, Schumpeter es un economista que sostiene que la protección de la propiedad intelectual mediante el otorgamiento de patentes y otras formas de protección de derechos de esta naturaleza es

¹²⁷ OMPI Servicios. *La competencia y las patentes*. <http://www.wipo.int/patent-law/es/developments/competition.html>. (acceso: 19/06/2013).

la mejor forma de incentivar la inversión en investigación y desarrollo de nuevas tecnologías, debido a que quienes han asumido un riesgo en invertir su capital y su tiempo en innovación, tendrán un mecanismo de captar los retornos de la innovación.

En este sentido Schumpeter sostiene que mediante la innovación no solo se promueve el desarrollo económico, sino que también se genera competencia en la creación y producción de nuevos bienes y servicios y en obtener la protección de los derechos de propiedad intelectual en juego. Por otro lado existe otra corriente encabezada por el economista Kenneth Joseph Arrow que considera que la competencia, sola, presenta incentivos suficientes para promover la innovación. La explicación que presenta este economista es que la competencia incentiva a invertir en investigación y desarrollo para mantener una ventaja competitiva frente al resto de competidores dentro de un mercado.

Este mismo informe de la UNCTAD reconoce que todavía existen posiciones encontradas. Mientras unos alegan que las cifras favorecen el punto de vista de Arrow, otros alegan que los países con mayor innovación no son ni muy protectivos de la propiedad intelectual ni muy dependientes únicamente de la competencia sola. Al respecto, autores como Evan y Schmalense afirman que actualmente algunas industrias muy importantes como la de telefonía móvil, negocios con base en internet, software para computadoras, telecomunicaciones, biotecnología, entre otras, están experimentando competencia Schumpeteriana.¹²⁸

Lo cierto es que como hemos visto anteriormente, lo ideal debe ser buscar un equilibrio entre ambas ramas del derecho que por su naturaleza están encaminadas a la consecución de varios fines comunes. Por un lado es muy importante brindar protección a la propiedad intelectual mediante el otorgamiento de patentes, registros de signos distintivos y demás productos del intelecto humano, incluyendo el derecho de exclusividad; y por otro lado es igualmente importante promover la libre competencia sin permitir abusos justificados en derechos de propiedad intelectual para escapar a las regulaciones del derecho de la competencia.

¹²⁸ UNCTAD. *Competition Policy and the exercise of Intellectual Property Rights*. http://unctad.org/en/docs/c2clpd68_en.pdf. (acceso: 20/06/2013).

Si bien la doctrina considera que debe lograrse un equilibrio, que debe evitarse el abuso de derechos y que deben existir mecanismos más o menos eficientes para lograr la convivencia de ambas ramas del derecho para conseguir un fin común (la libre competencia), en gran parte esta (la doctrina) se ha visto positiva en cuanto a la más que posible convivencia entre la propiedad intelectual y el derecho de competencia.

2.2.2 Patentes y Competencia:

Las Patentes, como lo hemos venido mencionando constantemente, ha sido incuestionablemente la forma de protección de propiedad intelectual más controvertida dentro de este debate acerca de la interacción del derecho de competencia con la propiedad intelectual. Aquellos tratadistas que argumentan en contra de la propiedad intelectual como elemento coadyuvante de la libre competencia, suelen atacar, casi como por regla general, al sistema de patentes y su espectro de protección. Para comenzar el análisis del sistema de patentes en la relación a la libre competencia, debemos recordar lo que hemos mencionado anteriormente en este trabajo acerca de los detractores de la protección y otorgamiento de patentes. La conclusión a la que han llegado éstos es, a breves rasgos, que las patentes generan monopolios y eliminan la competencia. A continuación procuraremos analizar el mundo de las patentes en el ámbito jurídico y económico para llegar a nuestras propias conclusiones.

El jurista argentino Marcelo Urbano Salerno considera que “el reconocimiento de que la propiedad intelectual es una especie de derecho de propiedad y, como tal, un derecho humano fundamental, forma parte esencial de nuestra civilización”.¹²⁹ La importancia de este reconocimiento del que habla Urbano Salerno nos servirá de antecedente para el desarrollo de la defensa del sistema de patentes, que será complementado con algunos efectos que producen las patentes en el desarrollo económico tanto a nivel micro como a nivel internacional.

Para Guillermo Cabanellas, “el ejercicio de los derechos de propiedad industrial es lícito, en tanto no tienda a extender el monopolio, poder de mercado o exclusividad derivados de tales derechos a actividades o materias no protegidas por la legislación que

¹²⁹ Marcelo Urbano Salerno. *Las Patentes de Invención como instrumento jurídico para la Innovación. Derecho Intelectuales*. Tomo 6. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994, p. 32.

da origen a tales derechos” .¹³⁰ En este sentido Cabanellas considera que “el titular de una patente sobre un procedimiento A es el único autorizado para utilizarlo, pero puede enfrentar la competencia de otros procedimientos B y C, de similar valor económico y funciones, pudiendo dar lugar a una situación de competencia efectiva”¹³¹. Este autor presenta dos ideas claves para el análisis del derecho de patentes frente al derecho de competencia.

En primer lugar reflexiona acerca de la legalidad del ejercicio de los derechos de propiedad industrial con todas sus facultades, siempre y cuando no exista un abuso de poder de mercado o una práctica tipificada y sancionada. Esta afirmación, resulta del más simple análisis del derecho de propiedad intelectual. Al igual que cualquier otro tipo de derecho, su legítimo ejercicio se verá limitado por el abuso en su ejercicio y por aquellas prácticas que se encuentran tipificadas, en este caso, en la Ley de Regulación y Control de Poder de Mercado. En este sentido podemos decir que la propiedad industrial no causa un detrimento a la libre competencia per se, sino que su ejercicio abusivo y por tanto ilícito será lo que debe castigarse.

Por otro lado, Cabanellas analiza de manera muy simple pero muy ejemplificativa la coexistencia entre el titular de una patente con otros dos titulares de patentes en un mercado en el que a pesar de que cada uno de ellos es el único autorizado para utilizarlas respectivamente, pueden coexistir perfectamente debido a que poseen similar valor económico y funciones lo que da lugar a lo que él llama competencia efectiva.¹³²

Habiendo analizado estas primeras consideraciones acerca de las patentes como formas de protección a las creaciones del intelecto humano, como derecho humano fundamental (como cualquier otra forma de propiedad privada), y las limitaciones lógicas y legales al ejercicio de estos derechos; ahora estudiaremos la justificación doctrinaria acerca de la existencia de patentes y los fines últimos que éstas persiguen.

Para Daniel Zuccherino, “las patentes de invención reconocen como finalidad el proteger las nuevas invenciones con el objetivo fundamental de fomentar la actividad

¹³⁰ Guillermo Cabanellas de las Cuevas. *Derecho antimonopólico y defensa de la competencia* /2. *Óp. cit.*, p. 252.

¹³¹ *Ibíd.*

¹³² *Ibíd.*

creativa aplicable a los procesos industriales”.¹³³ En este sentido, el autor reconoce la importancia de la justa remuneración a favor del inventor, así como la armonía de las patentes con el interés público debido a que éstas contribuyen de manera decisiva al progreso tecnológico y económico de los países.

Piva de Andrade presenta una idea similar a la brindada por Zuccherino con respecto a la finalidad del sistema de patentes. Este autor considera que

Las patentes son el principal estímulo para que una empresa libere esfuerzos en determinada tecnología o producto, y efectivamente los inserte en el mercado. Sin las patentes, las empresas no tendrían cómo recuperar sus costos en investigación y desarrollo, lo que, en última instancia, extinguiría las propias inversiones y desestimularía a las empresas a divulgar sus invenciones.¹³⁴

En este sentido la Corte Distrital de Colorado en Estados Unidos considera que “a patent is not a certificate of merit but rather an incentive to disclosure”.¹³⁵ Como hemos visto al revisar las ideas de Zuccherino, Piva de Andrade y en la opinión de la Corte del estado de Colorado en los Estados Unidos, la propiedad intelectual presenta un incentivo para compartir un bien intangible producto del proceso creativo del intelecto humano. La lógica detrás de la protección de los derechos de propiedad intelectual es incentivar la creación de nuevos productos y tecnologías, no otorgar un premio meritorio al creador de estos intangibles.

Ascarelli por otro lado, se concentra en la relevancia de la protección de la propiedad intelectual con vistas al progreso de los países. Este autor cree que “la protección de la creación intelectual no se funda en la compensación por la realización de un trabajo, sino en el interés de promover, por este camino, el progreso cultural o técnico del país”.¹³⁶ Ahora, para entrar a analizar más a profundidad la interacción entre las patentes y el derecho de competencia, presentaremos algunas ideas importantes de analizar en relación a la propiedad privada, el derecho exclusivo y los monopolios. Para efectos de aterrizar estos conceptos en la discusión central de este trabajo, nos

¹³³ Daniel Zuccherino, con colaboración de Carlos Mitelman. *Patentes de Invención. Introducción al Estudio de su Régimen Legal*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1998, p. 29.

¹³⁴ Gustavo Piva de Andrade. *Derechos Intelectuales. Propiedad Intelectual y Derecho Antitrust*. Buenos Aires Editorial Astrea, 2007, p. 229.

¹³⁵ 296 F.Supp. 1291 (1969) VALMONT INDUSTRIES, INC v. YUMA MANUFACTURING COMPANY. United States District Court D. Colorado, March 6, 1969.

¹³⁶ Tulio Ascarelli, citado por Daniel Zuccherino. *Patentes de Invención. Introducción al Estudio de su Régimen Legal. Op. cit.*, p. 29.

concentraremos por un momento en el campo de las patentes de medicamentos y farmacéuticos.

En relación a las patentes de los medicamentos, Krugman y Wells consideran que:

Quando una empresa desarrolla un nuevo medicamento, es normal que obtenga una patente; es decir, un monopolio legal que da a esta empresa el derecho exclusivo a vender este medicamento durante 20 años desde la fecha de su registro. Cuando expira la patente, se abre la competencia para que otras empresas vendan sus propias versiones de esa medicina; son medicamentos comercializados como genéricos y vendidos con la denominación del principio activo de esa medicina en lugar de la marca comercial utilizada por el productor original.¹³⁷

Con respecto a esta afirmación, es importante realizar algunas aclaraciones claves para el entendimiento del sistema de patentes y los efectos que estas surten en el mercado. El primer error conceptual que presenta esta idea, es el hecho de confundir el “monopolio legal” con el derecho exclusivo que posee el dueño de una patente. Esta distinción la hemos venido revisando a lo largo del presente trabajo, sin embargo se debe reiterar en la misma para continuar con otros puntos del análisis que se pretende dar al mundo de las patentes de medicamentos.

Un monopolio tiene lugar cuando “en un mercado, un solo sujeto –vendedor o productor- controla la oferta de un producto, en contraposición a varios demandantes del mismo; y es legal cuando, mediante una ley, el Estado brinda tal beneficio a un solo sujeto”¹³⁸. Este fenómeno no tiene lugar cuando se otorga una patente, debido a que no existe un solo oferente dentro de un mercado enfrentando toda la demanda, simplemente se reconoce el derecho de propiedad sobre un invento y la facultad de explotación exclusiva del titular de este derecho sobre esta invención.

Por otro lado, la expiración de la patente no trae como consecuencia natural la “apertura de la competencia”, sino que da lugar a la explotación del producto en versiones genéricas que por lo general son comercializadas con el nombre del principio activo como bien anota este autor. No debemos olvidar que estamos hablando de un solo producto patentado, mas no del resto de productos que coexisten en un determinado mercado, por lo tanto el otorgamiento de una patente no constituye la configuración un monopolio debido a que pueden existir otros bienes sustitutos de

¹³⁷ Paul Krugman y Robin Wells. *Microeconomía: introducción a la economía*. Traducida por Benito Muela, Sonia... et al. Barcelona: Editorial Reverté, 2007, p. 209.

¹³⁸ *Diccionario de Derecho Comercial*. Valleta Ediciones, Buenos Aires, 2000, p. 284.

características y valor económico similares. En el caso de los farmacéuticos podemos encontrar algunos ejemplos de productos patentados que pueden interactuar en un mercado como bienes sustitutos.

Tal es el caso de los medicamentos que tratan la disfunción eréctil. Pfizer, ha patentado en varios países alrededor del mundo el principio activo “sildenafil” (que en realidad es citrato de sildenafil) como producto y el procedimiento para la obtención del mismo.¹³⁹ A pesar de que el gigante farmacéutico Pfizer tenía patentado el principio activo en España y lo comercializaba como Viagra para tratar la disfunción eréctil y como Revatio para tratar la hipertensión arterial pulmonar, dentro del mismo mercado de medicinas para tratar la disfunción eréctil en el espacio geográfico español, se patentaron 2 principios activos distintos al sildenafil (Viagra) que interactúan hasta hoy en este mercado relevante, el “vardenafil” mejor conocido como Levitra y el “tadalafil” comercializado como Cialis.¹⁴⁰ Este es un claro ejemplo de cómo pueden coexistir varios bienes patentados en un mismo mercado relevante sin que uno de ellos excluya al resto de participar en el mercado.

Para explicar la posibilidad de existencia de bienes sustitutos en un mismo mercado donde existe un producto patentado, Xavier Gómez Velasco cita un interesante ejemplo presentado en la obra “Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property”, en el que se recalca que:

Pese a que el derecho de propiedad intelectual confiere el poder de exclusión con respecto al producto, proceso u obra en cuestión específica, a menudo existen suficientes sustitutos cercanos reales o potenciales para dicho producto, proceso u obra que previenen el ejercicio del poder de mercado (...). Por ejemplo, el titular de un proceso para producir un bien específico puede encontrar limitaciones en su conducta con respecto a ese proceso, no solo por otros procesos para fabricar ese bien, sino también por otros bienes que compiten con el bien producido y por los procesos usados para producir esos bienes.¹⁴¹

En este sentido, otro ejemplo interesante es el presentado por Robin Feldman quien afirma que:

A patent, however, does not necessarily result in market power. No one may be interested in the patented invention or there may be sufficient substitutes such that the

¹³⁹ WIPO. Patentscope. <http://patentscope.wipo.int/search/en/result.jsf>. (acceso: 10/10/2013).

¹⁴⁰ Jesús García. Un juez obliga a retirar los genéricos de Viagra por vulnerar la patente. http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/02/29/actualidad/1330545746_582694.html (acceso: 10/10/2013).

¹⁴¹ Antitrust Guidelines for the Licensing for Intellectual Property, citado por, Xavier Gómez Velasco. *Patentes de invención y derecho de la competencia económica. Op. cit.*, p. 50

patent holder does not have power in a properly defined market. One who holds a patent on a process for making margarine, for example, must still compete with those who use other processes.¹⁴²

Para continuar el análisis de las patentes de medicamentos en el que nos hemos detenido por un momento, vamos a revisar los argumentos principales en los que se basan los detractores del sistema de otorgamiento de patentes. Ernesto O'Farrel resume de manera muy clara estos tres puntos: “precios, abastecimiento de medicamentos y protección del capital nacional”.¹⁴³ Este autor analiza cada uno de estos puntos que revisaremos muy brevemente con el fin de superar estos miedos en relación al sistema de patentes. En cuanto a los precios, O'Farrel se ocupa de dos factores que son determinantes para la fijación de precios, la competencia y los costos de producción.

El autor hace énfasis en el hecho de que “los precios que fijan los competidores son muchas veces un factor que impide la fijación de precios excesivos y es ésta, sin duda, una de las grandes ventajas de que exista una sana competencia en el mercado”.¹⁴⁴ Asimismo el autor repara acerca de este factor en el mundo de los medicamentos debido a la fidelidad y confianza que tienen médicos y consumidores con ciertos productos. En cuanto a los costos de producción, O'Farrel analiza dos factores de la exclusividad que permiten la reducción de costos considerablemente: mayor cantidad de unidades vendidas y menos esfuerzo promocional.¹⁴⁵ En relación a la injerencia del otorgamiento de patentes en cuanto a los costos generales, este autor cita la sentencia No. 20/1978 de la Corte Constitucional Italiana que establece en sus considerandos de hecho que:

El sistema de patentes es adecuado para causar una distribución igual de costos entre compañías. Tendrá efectos beneficiosos ulteriores, estimulando una reducción del costo de publicidad actualmente excesivo porque es imposible distinguir el producto propio de los otros excepto por una marca y permitirá a las compañías que desarrollan con éxito investigaciones científicas, ampliar su producción y reducir así la incidencia de los costos generales.¹⁴⁶

En cuanto al abastecimiento de medicamentos, actualmente hemos superado ese miedo debido a que los ordenamientos jurídicos de la mayoría de países donde existe un

¹⁴² Robin C. Feldman. *The Insufficiency of Antitrust Analysis for Patent Misuse*. http://repository.uchastings.edu/faculty_scholarship/162 (acceso: 30/03/2014).

¹⁴³ Ernesto O'Farrel. *Derechos Intelectuales. Patentes y Medicamentos*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1988, pp. 39-42.

¹⁴⁴ *Ibíd.*

¹⁴⁵ *Ibíd.*

¹⁴⁶ Sentencia No. 20 de la Corte Constitucional italiana. *Derechos Intelectuales, tomo 2*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 201.

sistema de patentes y varios tratados internacionales, incluyen normas que controlan el abastecimiento de medicamentos protegidos mediante patentes. Un claro ejemplo en nuestra legislación son los artículos 53 y 59 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina que imponen ciertas limitaciones y obligaciones al ejercicio de los derechos de los titulares de derechos de patentes, incluyendo la obligación de explotación con fines comerciales y no en el ámbito privado.¹⁴⁷ La misma consideración hace O'Farrel con respecto al análisis del derecho de las patentes visto dentro de un ordenamiento jurídico que prohíbe este tipo de conductas.¹⁴⁸

Por último en cuanto a la protección del capital nacional, este autor hace referencia al caso específico de Argentina, donde existe una resistencia al otorgamiento de patentes de compañías extranjeras. La reflexión es bastante objetiva porque si bien se habla del beneficio que han tenido ciertas empresas de capital nacional, también se habla de la ventaja que estas tienen por beneficiarse de una “costosa investigación sufragada por otros”.¹⁴⁹ Se debe rescatar que la experiencia prueba que los beneficiados de estas limitaciones de entrada de capitales son un grupo minoritario de empresas o individuos que se aprovechan de la inversión en tecnología realizados por terceros y el consumidor no se ve beneficiado, más bien puede verse perjudicado por no tener acceso a ciertos medicamentos.

En el caso ecuatoriano, donde poco o nada se produce a nivel tecnológico y sobre todo en el área de medicinas, debemos entender que se debe proteger a la competencia, no a los competidores. ¿Qué, acaso los consumidores no podemos elegir entre una serie de productos (medicinas) extranjeros y uno o dos ecuatorianos para que los productores de éstos últimos se vean protegidos? ¿Acaso los poquísimos productores ecuatorianos de medicinas no pueden competir con medicinas extranjeras, a pesar de que la mayoría de medicamentos producidos a nivel nacional son genéricos,¹⁵⁰ lo que significa que no incurrieron en costos de investigación e innovación por lo que sus precios deberían ser bastante competitivos?

¹⁴⁷ Decisión del Acuerdo de Cartagena 486. Artículos 53 y 59. Registro Oficial No. 258 de 02 de febrero de 2001.

¹⁴⁸ Ernesto O'Farrel. *Derechos Intelectuales. Patentes y Medicamentos. Óp. cit.*, pp. 40-41

¹⁴⁹ *Íd.* p. 41

¹⁵⁰ María Cecilia Pérez. *Tribunal de Justicia de la CAN, propiedad intelectual y salud pública.*

http://books.google.com.ec/books?id=HeCk4ZEE6S8C&pg=PA43&dq=abuso+de+derechos+de+propiedad+intelectual&hl=en&sa=X&ei=vvI5U5i0Ms_QsQTwrIC4Cw&redir_esc=y#v=onepage&q=abuso%20de%20derechos%20de%20propiedad%20intelectual&f=false (acceso: 29/03/2014)

2.3 ABUSO DE LOS DERECHOS DE PI

Como hemos venido advirtiendo a lo largo del presente trabajo, es importante comprender que la propiedad intelectual se encuentra regulada por normas especializadas en la materia, sin embargo el ejercicio de estos derechos se encuentra regulado por todo el ordenamiento jurídico. Para determinar la existencia de un abuso de derechos de propiedad intelectual se debe examinar los efectos que el ejercicio de estos derechos tienen en un determinado mercado y sobre todo comprender que hoy en día, las leyes e instrumentos internacionales han tipificado varias conductas que podrían ser consideradas abusivas, por lo tanto no cabría utilizar el término abuso.

Para tratar al abuso de los derechos de propiedad intelectual, debemos partir de la definición de abuso de derecho para pasar a definir este abuso en el ejercicio aparentemente legítimo de los derechos de propiedad intelectual. Para Figueroa Yáñez, el abuso del derecho es equiparable a “dolo, culpa o negligencia, irracionalidad en su ejercicio (el del derecho), intención perjudicial del agente, etc”.¹⁵¹ Asimismo, este autor considera que, “para que éste se produzca debe existir de parte de quien ejerce abusivamente su derecho, un ánimo manifiesto de perjudicar o una evidente falta de interés o necesidad de lo que promueva o un actuar motivado por el afán de causar un perjuicio a su contraparte o cocontratante”.¹⁵²

Por otro lado, Hernán Larrain Ríos ha identificado tres doctrinas que definen al abuso del derecho: la subjetiva que consiste en el ejercicio de un derecho con la intención de causar daño a un tercero; la objetiva que consiste en causar daño a un tercero mediante el ejercicio de un derecho, sin la intención de ocasionarlo; y, la doctrina ecléctica que consiste en causar daño a un tercero con dolo o culpa, mediante el ejercicio de un derecho. Este mismo autor nota que la visión ecléctica del abuso del derecho es hoy en día la más aceptada por la doctrina internacional¹⁵³. Lo cierto es que con la creciente positivización de varias normas consuetudinarias y con la tipificación de tantas conductas que ahora se encuentran previstas en leyes domésticas y en

¹⁵¹ Gonzalo Figueroa Yáñez et al. *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas. Código Civil y Leyes Complementarias*. Tomo X. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, segunda edición, 1998, p. 39.

¹⁵² *Ibíd.*

¹⁵³ Hernán Larrain Ríos. *Lecciones de Derecho Civil*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1994, p. 124.

instrumentos internacionales, es muy difícil encontrarnos frente a un supuesto de Abuso de Derecho.

Asimismo, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Propiedad Intelectual del INDECOPI de Perú, mediante resolución 104-96-TDC del 23 de diciembre de 1996, estableció las siguientes “notas características” del abuso de derecho:

Para que un acto se encuentre dentro del supuesto de una abuso de derecho es necesario que: (i) el derecho esté formalmente reconocido en el ordenamiento jurídico; (ii) que su ejercicio vulnere un interés causando un perjuicio; (iii) que, al causar tal perjuicio, el interés que se está viendo afectado no esté protegido por una específica prerrogativa jurídica; (iv) que se desvirtúe manifiestamente los fines económicos y sociales para los cuales el ordenamiento reconoció el derecho que se ejerce dentro del marco impuesto por el principio de buena fe.¹⁵⁴

En el caso del Abuso de los Derechos de Propiedad Intelectual debemos partir de un supuesto similar al del resto de derechos. Para que exista un abuso, debe haber un ejercicio aparentemente legítimo con la intención de causar daño a un tercero, o en este caso de limitar la competencia. La importancia del estudio del abuso de los derechos de PI en este trabajo, yace en el detrimento que este abuso puede causar a la libre competencia. Es por este motivo que las normas locales e instrumentos internacionales que regulan la materia de abuso de derechos de propiedad intelectual, lo hacen desde un ámbito preventivo que supone que la conducta sancionada como abuso debe realizarse fuera de la esfera natural del ejercicio de un derecho de propiedad intelectual. Así lo entiende Larrain Ríos al resumir la posición de algunos autores que consideran que “si del ejercicio del derecho absoluto resulta un daño para un tercero, el autor del perjuicio de nada respondería porque nadie es responsable si se limita a ejercer las facultades legales”.¹⁵⁵

Para tener una mejor idea de lo que se entiende por abuso de los derechos de propiedad intelectual revisaremos a continuación algunas normas contenidas en instrumentos internacionales a fin de entender el significado e importancia de abuso de derechos de esta naturaleza. Una norma que nos acerca al entendimiento del abuso de derechos de propiedad industrial, es el prototipo o modelo de Tratado Bilateral de

¹⁵⁴ Juan Espinoza Espinoza. *Los Principios contenidos en el título preliminar del Código Civil peruano de 1984*. 2da. ed. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, p. 129.

¹⁵⁵ *Íd.* p. 124

Inversión entre la República de Chile y otros estados en relación a la Protección y Promoción de Inversiones, que como mencionamos antes, busca tomar medidas para “prevenir el abuso de los derechos de propiedad intelectual por sus titulares o el recurso a prácticas que limiten de manera injustificable el comercio o redunden en detrimento de la transferencia de tecnología”¹⁵⁶. De esta norma se desprende que el ejercicio abusivo de un derecho de propiedad intelectual consiste en limitar de manera injustificable el comercio o en realizar prácticas en detrimento de la transferencia de tecnologías.

En este sentido, Ricardo Antequera considera que:

Las medidas de prevención (como las licencias obligatorias en el caso de patentes), se fundamentan en evitar las distorsiones que en el mercado y en la lucha concurrencial pueden ocurrir a través de prácticas abusivas en el ejercicio de un derecho sobre la invención, bien sea por acción o por omisión.¹⁵⁷

Visto de otra manera, el abuso de derechos de propiedad intelectual consiste en el ejercicio de estos derechos con el fin de crear distorsiones en el mercado y en la lucha concurrencial a través de prácticas abusivas. Cabe recalcar que será el ente regulador estatal o un tribunal de justicia el que decida, debiendo observar los efectos de estas prácticas en el mercado, si en efecto ha existido o no un abuso de derecho.

Otra norma legal que prevé la necesidad de prevenir un posible abuso de derechos es el Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial. En este caso en particular se habla de la necesidad de conceder licencias obligatorias para la explotación de invenciones patentadas. El artículo 5. A. de la Convención de París establece que se podrá establecer un sistema de patentes obligatorias a fin de “prevenir los abusos que podrían resultar del ejercicio del derecho exclusivo conferido por la patente, por ejemplo, falta de explotación”.

En el campo de la patentes, como revisamos previamente, existen algunos miedos que poco a poco se han ido superando por los resultados de la protección a través de patentes y por la creciente tipificación de conductas que desnaturalizan a los derechos otorgados mediante una patente. La falta de explotación es un claro ejemplo de una

¹⁵⁶ UNCTAD. *International Investment Instruments: A Compendium, Volume 13*. United Nations Publication, Geneva. 2005, p. 149.

¹⁵⁷ Rafael Badell Madrid. *Congreso Internacional de Derecho Administrativo en Homenaje al Prof. Luis H Farías Mata*. Primera edición. Caracas: Editorial Texto C.A., 2006, p. 193.

conducta que resultaba abusiva, que sin embargo ya se encuentra tipificada y sancionada, por lo que la conducta se transforma en un ilícito mas no en un abuso. En nuestro ordenamiento jurídico, por ejemplo, se encuentra vigente la Decisión 486 de la Comunidad Andina que a través de los artículos 53 y 59 imponen ciertas limitaciones y obligaciones al ejercicio de los derechos de los titulares de derechos de patentes, incluyendo la obligación de explotación con fines comerciales y no en el ámbito privado.¹⁵⁸

El artículo 8 del ADPIC o TRIPS en inglés, trae una norma casi idéntica a la revisada hace un instante del Convenio de París que plantea que:

Podrá ser necesario aplicar medidas apropiadas, siempre que sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo, para prevenir el abuso de los derechos de propiedad intelectual por sus titulares o el recurso a prácticas que limiten de manera injustificable el comercio o redunden en detrimento de la transferencia internacional de tecnología.¹⁵⁹

Es importante recordar que estas normas preventivas parten del supuesto de un ejercicio anormal del derecho de propiedad intelectual, podemos decir que regulan el mundo patológico de la propiedad industrial.

Por lo revisado anteriormente, podemos observar que el abuso de derechos de propiedad intelectual se encuentra bastante regulado en algunos cuerpos legales que al tipificar estas conductas, las convierten en ilícitos. Del tratamiento de este ejercicio patológico de los derechos de propiedad intelectual podemos llegar a varias conclusiones que nos permiten acercarnos al entendimiento de la propiedad intelectual como elemento coadyuvante de la libre competencia. En primer lugar, como bien lo nota Rafael Pérez Miranda, “el reconocimiento de un derecho de propiedad sobre bienes inmateriales (creaciones artísticas, invenciones) supone por analogía, la aplicación supletoria de los principios generales del derecho de propiedad, que contempla su propio sistema de restricciones para casos de abusos”¹⁶⁰ De tal manera que el ejercicio de los derechos protegidos a través de una patente, se encuentra sujeto al control de la normativa de competencia.

¹⁵⁸ Decisión del Acuerdo de Cartagena 486. *Óp. cit.*, Artículos 53 y 59.

¹⁵⁹ Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. (1994). *Óp. cit.*, Artículo 8.

¹⁶⁰ Pérez Miranda Rafael, citado por Xavier Gómez Velasco. *Patentes de Invención de Derecho de la Competencia Económica. Óp. cit.*, p. 35.

En la sentencia estadounidense *ILLINOIS TOOL WORKS v. INDEPENDENT INK*,¹⁶¹ se recalca como “the presumption that a patent confers market power arose outside the antitrust context as part of the patent misuse doctrine, and migrated to antitrust law in *International Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 392, 68 S.Ct. 12, 92 L.Ed. 20”. De esta manera se reafirma nuestra opinión acerca de la teoría del abuso del derecho como la regulación del ejercicio anormal de un derecho de propiedad intelectual. Como podemos observar en esta sentencia, la idea de que una patente otorgaba, ipso facto, poder de mercado, nace de la teoría del “mal uso” de la patente, como mencionamos hace un momento, no es una consecuencia natural del otorgamiento de una patente.

En relación a la teoría del “Patent Misuse”, Robin Feldman resalta que “Patent misuse is generally defined as an impermissible attempt to extend the time or scope of the patent grant”.¹⁶² Este autor resalta el carácter abusivo que conlleva el ejercicio de un derecho protegido por una patente cuando se pretende extender injustificadamente el espectro y tiempo de protección de este derecho. El sistema de patentes, como lo hemos venido estudiando, tiene como su fin principal el incentivo a la innovación y la protección de unos derechos de propiedad privada sobre creaciones intelectuales, por este motivo, si el ejercicio de estos derechos resulta en un detrimento del mercado y de la libre competencia, éste deberá ser considerado como abusivo. De esta manera se desarrolla esta teoría del “patent misuse” mediante la cual un infractor de una patente puede excepcionarse alegando el hecho de que el titular de la patente venía ejerciendo sus derechos protegidos de manera abusiva y de manera contraria a la naturaleza misma de estos derechos.¹⁶³ En el tercer capítulo estudiaremos más a profundidad el tema.

Como lo mencionamos al inicio del tratamiento del abuso de derechos de propiedad intelectual, esta rama del derecho se encuentra incluida en un ordenamiento jurídico y se encuentra regulada por algunas leyes de mayor jerarquía en nuestro sistema, incluyendo la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. En segundo lugar, el supuesto mismo de que existe un abuso al realizar conductas contrarias a la libre competencia, a la difusión de la tecnología, a la innovación, entre otros; reconoce el hecho de que la naturaleza intrínseca de la propiedad intelectual es la consecución y

¹⁶¹ 126 S.Ct. 1281 (2006). *ILLINOIS TOOL WORKS v. INDEPENDENT INK*

¹⁶² Robin C. Feldman. *The Insufficiency of Antitrust Analysis for Patent Misuse*. http://repository.uchastings.edu/faculty_scholarship/162 (acceso: 30/03/2014).

¹⁶³ *Ibid.*

protección de estos bienes jurídicos que se pretenden proteger no solo mediante el derecho de competencia, sino también con la propiedad intelectual misma.

Podemos decir, entonces, que los fines naturales del derecho de propiedad intelectual son comunes a los que persigue el derecho de la competencia. El ejercicio de las facultades legales y naturales de los derechos de propiedad intelectual no se contraponen a la libre competencia, por el contrario, el ejercicio anormal y patológico de estos derechos será el que pueda llegar a ocasionar un detrimento a la libre competencia.

Por último podemos decir que para los casos de abuso se han establecido varias normas preventivas y sancionadoras que tipifican varias conductas y sobre todo que proponen cláusulas generales que regulan el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual, por lo que primeramente se transforma en un supuesto de ilícito y no de abuso; y segundo, se minimiza casi a cero la posibilidad de utilizar como instrumento anticompetitivo a la propiedad intelectual.

CAPÍTULO III: MARCO NORMATIVO Y LINEAMIENTOS DE REGULACIÓN.

Para nuestro tema de estudio, consideramos importante realizar un análisis normativo que nos permita entender la manera en la que se está regulando la relación entre la propiedad intelectual y el derecho de competencia hoy en día. De esta manera empezaremos analizando la Constitución de la República del Ecuador para continuar con el resto de normas nacionales e internacionales que nos permitan estudiar la interacción entre estas dos ramas del derecho.

3.1 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR:

Nuestra Carta Magna presenta directrices para el desarrollo económico, la protección a la propiedad privada y la defensa del mercado sin distorsiones. A continuación revisaremos las normas que regulan a la interacción entre la Propiedad Intelectual y la Libre Competencia. Consideramos prudente partir del reconocimiento del antropocentrismo recogido en la norma suprema. El artículo 283 de la Constitución plantea que :

El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir.¹⁶⁴

De esta manera podemos observar que el hombre es el centro de nuestro sistema económico, por lo tanto es menester del ordenamiento jurídico desarrollar normas que permitan alcanzar el equilibrio entre sociedad, Estado y mercado, de tal manera que el ser humano pueda alcanzar los medios (económicos) que le permitan alcanzar lo que nuestra Constitución llama Buen Vivir. En relación a este último concepto, el preámbulo de esta norma, recoge la voluntad del constituyente en cuanto a la decisión de construir “una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir”.¹⁶⁵

Debido a que la Constitución no brinda una definición concreta de lo que es el buen vivir, hemos acudido a un autor boliviano para tratar de definir este concepto. En este sentido, Giuseppe De Marzo considera que el buen vivir es “una matriz de valores centrados en la justicia ambiental y social, el respeto y la valorización de cada

¹⁶⁴ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 283. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹⁶⁵ Constitución de la República del Ecuador. *Óp. cit.*, Preámbulo.

diversidad, la conservación del patrimonio natural y la responsabilidad hacia las generaciones futuras”.¹⁶⁶ Por otro lado, el economista ecuatoriano Alberto Acosta considera que:

La propuesta del “buen vivir” no significa sustituir al mercado por el Estado. Por el contrario, se apuesta por establecer “una relación dinámica y constructiva entre mercado, Estado y sociedad”. En términos específicos, se intenta asegurar el acceso a la propiedad, de los sectores más postergados, y al mismo tiempo evitar la formación de grandes monopolios.¹⁶⁷

Asimismo, observando el capítulo segundo de la Constitución, podemos concluir que el buen vivir es el acceso a: agua, alimentación, ambiente sano, comunicación, información, cultura, ciencia, educación, vivienda, salud, trabajo y seguridad social.¹⁶⁸

Dentro de los Derechos de libertad que consagra la Constitución, el numeral 26 del artículo 66 reconoce y garantiza a las personas el derecho a la propiedad privada en los siguientes términos:

Se reconoce y garantizará a las personas: El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas¹⁶⁹.

Ampliando la protección a esta libertad, la Carta Magna reconoce los derechos de los administrados a la propiedad privada en sus distintas formas, incluida la Propiedad Intelectual. Los artículos 321 y 322 así lo establecen como veremos a continuación.

Art. 321.- El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental.¹⁷⁰

Art. 322.- Se reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señale la ley (...).¹⁷¹

De esta manera podemos observar cómo se reconoce el derecho a la Propiedad Intelectual que será regulada por una Ley especializada en la materia (Ley de Propiedad

¹⁶⁶ Giuseppe De Marzo. *Buen Vivir. Para una democracia de la tierra*. La Paz: Plural Editores, 2010. p. 159.

¹⁶⁷ Alberto Acosta y Esperanza Martínez (comp.). *El Buen Vivir: Una vía para el desarrollo*. Quito: Abya-Yala, 2009, prólogo.

¹⁶⁸ Constitución de la República del Ecuador. Capítulo II. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹⁶⁹ *Íd.* Artículo 66.

¹⁷⁰ Constitución de la República del Ecuador. *Óp. cit.*, Artículo 321.

¹⁷¹ *Íd.* Artículo 322.

Intelectual). Estos derechos deben ejercerse en respeto de la Constitución (que es la norma que los consagra) y del resto de normas que regulan el ejercicio de éstos.

Por otro lado, en cuanto a la política económica planteada en nuestra Carta Magna, a fin de ubicarnos en los puntos relevantes al derecho de competencia económica, trataremos dos políticas en particular:

Art. 284.- La política económica tendrá los siguientes objetivos:

2. Incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional.

8. Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes.¹⁷²

¿Qué mejor forma para incentivar la producción nacional, la productividad, la competitividad y la acumulación del conocimiento científico y tecnológico que la protección a la propiedad intelectual?¹⁷³ Asimismo, el artículo 304 en sus numerales 5 y 6 establece como objetivos de la política comercial: “impulsar el desarrollo de las economías de escala y del comercio justo; y, evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados”.¹⁷⁴ Para alcanzar estos objetivos se ha expedido la Ley de Regulación de Control del Poder de Mercado que analizaremos en un momento.

El segundo inciso del artículo 335 y el artículo 336 son el fundamento legal para la expedición de la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado. El artículo 335 en su segundo inciso establece en primer lugar la facultad de estatal de regular la política de precios.¹⁷⁵ Se debe tener cuidado con la forma que la que se planteará la “política de precios” para proteger la producción nacional de la que habla el artículo 335 ya que se puede caer en lo que Alfredo Bullard llama el espiral del intervencionismo. El principio es simple, mientras más regulaciones impone el Estado, más variables seguirán apareciendo y éste no tendrá más remedio que seguir regulando estas situaciones, lo que llevará a una intromisión estatal no deseada en ninguna democracia.¹⁷⁶

¹⁷² *Íd.* Artículo 284.

¹⁷³ Paloma Pérez Sánchez y Asunción Sobredo Galanes. *Industria Farmacéutica y Patentes*. Madrid: Registro de la Propiedad Industrial España, 1990, prólogo.

¹⁷⁴ Constitución de la República del Ecuador. *Óp. cit.*; Artículo 304.

¹⁷⁵ *Íd.* Artículo. 335.

¹⁷⁶ Alfredo Bullard Gonzales. *Derecho y Economía. El análisis económico de las situaciones legales...* *Óp. Cit.* pp. 923-924.

Ahora, por otro lado, el mismo artículo 335 dispone que el Estado “establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal”.¹⁷⁷

En el mismo sentido, y de manera más puntal, el artículo 336 prevé que la regulación del derecho de competencia en una ley especializada de la siguiente manera:

El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad. El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.

Podemos concluir entonces, que la norma constitucional por un lado reconoce al ser humano como el objeto y fin del sistema económico, para lo cual se le reconocen ciertos derechos y garantías que le permitan el desarrollo económico y personal en una economía dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado. Asimismo la Constitución reconoce los derechos de propiedad privada de los particulares en todas sus formas, incluida la propiedad intelectual. En complemento con esta consagración al derecho de propiedad privada, incluida la propiedad intelectual, el artículo 26 de la carta magna reconoce como un derecho de libertad el derecho a la propiedad privada y el acceso a ella. Por lo tanto se reconoce a la propiedad privada como un derecho esencial para el desarrollo humano y económico. En complemento con la protección a la propiedad en todas sus formas, la constitución busca eliminar las distorsiones del mercado a través de políticas económicas que deben desarrollarse en normas inferiores propendiendo la libre competencia, el comercio justo y el desarrollo y acumulación del conocimiento científico y tecnológico. Como hemos revisado en el texto constitucional, esta norma protege tanto al mercado y a la libre competencia como a los derechos de propiedad intelectual, estableciendo la obligación del Estado de Desarrollar estas ramas del derecho en normas especializadas.

3.2 ACUERDO SOBRE LOS ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO (ADPIC) Y CONCORDANCIAS CON LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL:

¹⁷⁷ Constitución de la República del Ecuador. *Óp. cit.*; Artículo 335.

El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), es un instrumento internacional que nace en el seno de la Organización Mundial del Comercio. Este Acuerdo sobre los ADPIC es el Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, firmado en Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994. Entró en vigencia el 01 de enero de 1995 y es hasta la fecha el acuerdo multilateral más completo sobre propiedad intelectual.¹⁷⁸ El ADPIC tiene vigencia en el Ecuador con base en el Protocolo de Adhesión de la República del Ecuador al Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial de Comercio publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 853, de 2 de enero de 1996.¹⁷⁹ Al haber transcurrido el plazo de reserva establecido en el artículo 65 del ADPIC,¹⁸⁰ este acuerdo se encuentra vigente en el territorio nacional.

Este instrumento es de vital importancia para el entendimiento de la relación que existe entre el Derecho de Propiedad Intelectual con la Competencia. Al ser un instrumento proveniente de la Organización Mundial de Comercio, éste nos da una muy buena idea acerca de la postura que tienen los países miembros en relación a la Propiedad Intelectual frente al comercio y la libre competencia. Cabe recalcar que el texto del ADPIC presenta normas generales, principios claves y estándares mínimos para la protección de la Propiedad Intelectual para que posteriormente, cada país miembro adapte sus normas locales a estos principios con libertad suficiente para plantear sus propias condiciones, siempre que no alteren el contenido del Acuerdo.¹⁸¹

En este sentido, Pires de Carvalho considera que en el preámbulo de este acuerdo y en el artículo 8, se identifican las dos principales funciones y la naturaleza del ADPIC: a) la de reducir las distorsiones del comercio internacional y los obstáculos al mismo; y, b) la de reconocer que los derechos de propiedad intelectual son derechos privados.¹⁸² El Acuerdo ADPIC se complementará con disposiciones contenidas en el Convenio de

¹⁷⁸ Organización Mundial del Comercio. *Acuerdo de la Ronda Uruguay*.

http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_01_s.htm (acceso: 24/10/2013).

¹⁷⁹ Protocolo de Adhesión del Ecuador al Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio. Registro Oficial No. 853 de 02 de enero de 1996.

¹⁸⁰ Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. (1994). Registro Oficial No. 853 de 02 de enero de 1996

¹⁸¹ Nuno Pires de Carvalho. *The TRIPS Regime of Patent Rights*. Third Edition. New York: Kluwer Law International, 2010, pp. 108, *vid.* Carlos María Correa. *Trade related Aspects of Intellectual Property Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 24.

¹⁸² Nuno Pires de Carvalho. *The TRIPS Regime of Trademarks and Designs*. *Óp. cit.*, pp. 65-72.

París de 1967, el Convenio de Berna de 1971, la Convención de Roma de 1961 y el Tratado IPIC.¹⁸³

A continuación revisaremos las normas más relevantes, con el objetivo de realizar un análisis crítico en función de su alcance y de los objetivos que persiguen. Este análisis nos permitirá evidenciar de mejor manera la interrelación existente entre la propiedad intelectual y el derecho de la competencia, comprobando así su complementariedad. Al igual que en los primeros capítulos, nos centraremos principalmente en el área de la propiedad industrial, más específicamente en las patentes.

El artículo 7 del ADPIC, presenta los objetivos generales de este acuerdo, que como revisaremos a continuación, evidencia la importancia de la propiedad industrial como elemento fundamental de la libre competencia, en los siguientes términos:

Art. 7: La protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones.¹⁸⁴

Esta norma, reconoce textualmente la importancia de la protección de los derechos de propiedad intelectual por su función promotora de la innovación tecnológica. Asimismo, esta norma reconoce el hecho de que tanto la propiedad intelectual como el derecho de competencia, deben procurar el beneficio recíproco de productores y consumidores, buscando un equilibrio entre la protección de los derechos de propiedad intelectual y la libre competencia, de tal manera que no existan abusos por parte de los particulares en ejercicio de sus derechos de propiedad intelectual ni abusos por parte del estado en sus regulaciones a los mercados y a la competencia (equilibrio de derechos y obligaciones).

El artículo 8 del Acuerdo ADPIC presenta el principio de que los países miembros podrán tomar medidas para proteger bienes jurídicos superiores a los intereses privados, siempre que estas sean compatibles con el instrumento. El numeral segundo de este artículo busca prevenir el abuso de derechos de propiedad intelectual. Esta norma está

¹⁸³ Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. (1994). *Óp. cit.*, Preámbulo.

¹⁸⁴ Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. (1994). *Óp. cit.*; Artículo 7.

redactada del tal forma que se entiende que el ejercicio natural de los derechos de propiedad intelectual es el que está previsto y protegido en el acuerdo y que se podrá limitar el abuso de estos derechos con el fin de salvaguardar el comercio. Esta norma no solo da lugar a la regulación de abusos, sino que reconoce que mientras no existan prácticas que limiten injustificadamente la competencia o dañen la transferencia de tecnología, la propiedad intelectual y la competencia no se oponen por ningún concepto.¹⁸⁵

El artículo 28 del ADPIC reconoce la naturaleza exclusiva de los derechos de patente con la finalidad de proteger este tipo de propiedad privada. No debemos olvidar que la protección a la Propiedad Intelectual siempre debe mirarse como elemento coadyuvante a la libre competencia, por lo que no solo se debe procurar la protección del titular de un derecho de propiedad intelectual sino que también se debe proteger a los consumidores y como objetivo final a la libre competencia.¹⁸⁶

Así como el ADPIC plantea unas normas de protección a los derechos de propiedad intelectual, este acuerdo también establece unas limitaciones al ejercicio de estos derechos, partiendo del hecho que debe existir equilibrio entre la protección de la propiedad intelectual y el libre comercio.

Como mencionamos en el segundo capítulo al tratar este tema, las patentes son la forma de propiedad intelectual que más críticas ha generado en relación a su función dentro de los mercados. Es por este motivo que es un avance importante el hecho de que la Organización Mundial del Comercio haya reconocido la importancia que tienen las patentes dentro del comercio y promueva su protección a través de un instrumento internacional que reconoce la importancia de la propiedad intelectual para promover el libre comercio y los procesos competitivos.

El artículo 27 introduce el tratamiento de las patentes, recogiendo los requisitos de patentabilidad de invenciones ya sea de productos o procedimientos. Los tres requisitos de patentabilidad que recoge esta norma son los que han sido aceptados por la doctrina internacional y que han recogido la mayoría de sistemas legales del mundo. Estos requisitos son: la novedad, altura inventiva y la aplicación industrial. El artículo 121 de

¹⁸⁵ Xavier Gómez Velasco. *Patentes de invención y derecho de la competencia económica*. Óp. cit., pp. 30-31.

¹⁸⁶ *Ibid.*

nuestra Ley de Propiedad Intelectual recoge los mismo requisitos de patentabilidad que el artículo 27.¹⁸⁷

Los derechos conferidos por las patentes se tratan en el artículo 28 del ADPIC. Esta norma distingue entre 2 tipos de derechos que se obtienen a través del otorgamiento de una patente. Los primeros son lo derechos exclusivos que consisten en:

- a) cuando la materia de la patente sea un producto, el de impedir que terceros, sin su consentimiento, realicen actos de: fabricación, uso, oferta para la venta, venta o importación para estos fines del producto objeto de la patente;
- b) cuando la materia de la patente sea un procedimiento, el de impedir que terceros, sin su consentimiento, realicen el acto de utilización del procedimiento y los actos de: uso, oferta para la venta, venta o importación para estos fines de, por lo menos, el producto obtenido directamente por medio de dicho procedimiento.¹⁸⁸

El segundo tipo de derechos son aquellos que tienen los titulares de patentes para “cederlas o transferirlas por sucesión y de concertar contratos de licencia”. Hemos considerado relevante esta norma contenida en el artículo 28 del ADPIC por dos motivos importantes. El primero es que la OMC reconoce de manera reiterada la protección que se debe brindar a los derechos exclusivos a través del otorgamiento de patentes, y segundo; por respetar la libertad contractual entre particulares en cuanto a la propiedad privada.

Los artículos 30 y 31 del ADPIC plantean excepciones a los derechos conferidos a los titulares de patentes y la posibilidad de usos sin autorización del titular de estos derechos. Estas normas de carácter general fueron redactadas de tal forma que las legislaciones nacionales de cada país miembro pueda adaptarlas a su propio ordenamiento jurídico. El principio general que rige a estas excepciones es que éstas tengan lugar siempre que “no atente de manera injustificable contra la explotación normal de la patente, ni causen un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular de la patente, teniendo en cuenta los intereses legítimos de terceros”.¹⁸⁹

El artículo 31 particularmente, da oportunidad a los países miembros de establecer en su normativa local la posibilidad de usos sin autorización del titular de estos

¹⁸⁷ Ley de Propiedad Intelectual. *Óp. cit.*, Artículo 121.

¹⁸⁸ Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. (1994). *Óp. cit.*; Artículo 28.

¹⁸⁹ Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. (1994). *Óp. cit.*; Artículo 30.

derechos.¹⁹⁰ El artículo 154 de nuestra Ley de Propiedad Intelectual, regula el régimen de licencia obligatorias y establece las condiciones bajo las que se registrará. El artículo 31 del ADPIC plantea situaciones muy generales por las que se pueden solicitar una licencia obligatoria (a petición de parte, o de oficio por razones de emergencia o seguridad nacional). El artículo 155 de la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador, establece las circunstancias bajo las cuales se puede solicitar una licencia obligatoria a petición de parte.

Art. 155.- A petición de parte, la Dirección Nacional de Propiedad Industrial podrá otorgar licencias obligatorias cuando se presenten prácticas que hayan sido declaradas mediante resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, como contrarias a la libre competencia, en particular cuando constituyan un abuso de poder de mercado por parte del titular de la patente.¹⁹¹

Esta norma es un poco más prudente en el sentido de la protección al derecho del titular de la patente debido a que impone como condición para la solicitud de una licencia obligatoria, una resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado que sancione una práctica contraria a la libre competencia. Este es un claro ejemplo de los límites impuestos a la propiedad intelectual en respeto de la libre competencia. El peligro que identificamos en esta norma se encuentra en la discrecionalidad de la que gozan los funcionarios de la Superintendencia. Por este motivo planteamos la necesidad de regular la interacción entre estas ramas del derecho.

El artículo 40 presenta un concepto que estudiaremos más adelante cuando analicemos algunas prácticas que consideramos que deben ser reguladas para evitar un abuso de derechos de propiedad intelectual que puedan afectar a la libre competencia. Por un lado, este artículo del ADPIC reconoce que ciertas prácticas en el licenciamiento de derechos de patentes pueden llegar a restringir la competencia, tener efectos perjudiciales en el comercio e impedir la transferencia y divulgación de tecnología. Por otro lado, esta norma da lugar a cada país miembro para que éstos adopten normas que presenten criterios bajo los cuales se puedan identificar este tipo de prácticas.¹⁹² Para no dar lugar a interpretaciones ampliamente discrecionales y arbitrarias, es de vital importancia para aplicar el ADPIC, que se expidan normas que desarrollen más a profundidad los temas abarcados en este acuerdo. Más adelante revisaremos algunas

¹⁹⁰ Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. (1994). *Óp. cit.*; Artículo 31.

¹⁹¹ Ley de Propiedad Intelectual. *Óp. cit.*, Artículo 155.

¹⁹² Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. (1994). *Óp. cit.*; Artículo 40.

prácticas que consideramos deben ser reguladas a través de normas que presenten unos criterios técnicos con el fin de identificar la anti competitividad de las mismas.

3.3 LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO:

A continuación revisaremos cómo se ha regulado el derecho de competencia en nuestra nación. Empezaremos revisando el objeto de esta Ley para posteriormente concentrarnos en el tratamiento que da ésta a la interacción entre el Derecho de Competencia y la Propiedad Industrial. El artículo uno de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM) define el objetivo de la misma en los siguientes términos:

El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.¹⁹³

En principio, el objeto de la Ley parece promover la libre competencia debido a que el artículo uno es cuidadoso en distinguir entre las prácticas que serán sancionadas de aquellas que estarán simplemente sujetas al control de la autoridad competente. De esta norma se desprenden algunos principios prometedores con respecto al tratamiento que busca darle al Derecho de Competencia. En primer lugar se reconoce que los monopolios, oligopolios, posiciones dominantes y otras figuras que reflejan poder de mercado, no están prohibidos ni sancionados; es el abuso del poder de mercado lo que está sancionado. En segundo lugar las operaciones de concentración económica no están prohibidas ni sancionadas, simplemente serán reguladas a través de una autoridad administrativa en materia de competencia; facultad que ahora ejerce la Superintendencia de Control de Poder de Mercado. Bien nota Marcelo Marín Sevilla en relación al objeto de la Ley que:

La LORCPM es en realidad una ley de competencia económica que reúne dos grandes grupos de normas que en el derecho comparado generalmente se han sancionado en cuerpos legales separados: las normas de defensa de la competencia y las normas sancionadoras de la competencia desleal. En ambos casos el bien jurídico

¹⁹³ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. *Óp. cit.*, Artículo 1.

protegido es la competencia.¹⁹⁴

En relación al ámbito de la presente Ley, analizaremos el espectro de regulación que tiene la LORCPM frente a quienes están sometidos a sus disposiciones y regulación. Revisando al artículo 2 de la LORCPM, podemos observar que todas las personas jurídicas o naturales, con o sin fines de lucro que realicen actividades económicas dentro del territorio nacional, se encuentran bajo el control de la LORCPM. Por otro lado también se verán sometidas todas los operadores económicos que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida que sus actividades produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional.¹⁹⁵ Marín Sevilla define a esta consagración como “la teoría de los efectos”. Esto quiere decir que si una práctica económica en el extranjero puede surtir efectos perjudiciales en el mercado nacional, esta se someterá a la Ley nacional de competencia.¹⁹⁶

Como se desprende de los artículos uno y siete de la LORCPM, será necesario determinar el mercado relevante para determinar la posición de dominio.¹⁹⁷ El mercado relevante se determinará según lo establecido en el artículo 5 de la LORCPM.¹⁹⁸ Como puntualizamos en el primer capítulo, la determinación del mercado relevante será esencial para realizar un análisis de una posible afectación a la libre competencia.¹⁹⁹ Esta norma considera que para determinar el mercado relevante se deberá mirar al mercado producto, al mercado geográfico y a las características de vendedores y compradores. En este último punto el artículo 5 considera relevante observar las características de los vendedores debido a que los competidores deben ser equiparables. De esta manera, podemos observar que se mirará la interacción entre un producto y sus bienes sustitutos, el espacio geográfico donde compiten estos bienes sustitutos en relación al desplazamiento voluntario de consumidores para conseguirlos y las características equiparables entre competidores ofertantes.²⁰⁰

Como hemos venido sosteniendo a lo largo de esta tesina, consideramos que el otorgamiento y protección de los derechos de propiedad intelectual no crean

¹⁹⁴ Marcelo Marín Sevilla; Julio Durand Carrión; et al. *Régimen de Competencia. Digesto ecuatoriano. Toda la regulación de competencia, con comentarios a las principales normas (...)* Óp. Cit. p. 179.

¹⁹⁵ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Óp. cit.; Artículo 5.

¹⁹⁶ Marcelo Marín Sevilla; Julio Durand Carrión; et al. *Régimen de Competencia. Digesto ecuatoriano. Toda la regulación de competencia, con comentarios a las principales normas (...)* Óp. Cit p. 185.

¹⁹⁷ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Óp. cit.; Artículos 1 y 7.

¹⁹⁸ Íd. Artículo 5.

¹⁹⁹ Pinkas Flint. *Tratado de defensa de la libre competencia (...)* Óp. cit. pp. 88.

²⁰⁰ *Id.* pp. 88-89

monopolios y en el supuesto no consentido de que así lo fuera, los monopolios no están prohibidos ni sancionados.²⁰¹ A pesar de esta última consideración, para determinar si el titular de un derecho de propiedad intelectual, por ejemplo de una patente, goza de un monopolio u ostenta una posición dominante, será indispensable determinar el mercado relevante; solo entonces se podrá observar si existe una práctica abusiva.²⁰²

En cuanto a nuestra afirmación de que la posición dominante no se encuentra sancionada, el artículo 7 de la LORCPM así lo dispone en los siguientes términos:

Poder de mercado es la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado. Dicha capacidad se puede alcanzar de manera individual o colectiva. Tienen poder de mercado u ostentan posición de dominio los operadores económicos que, por cualquier medio, sean capaces de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado.

La obtención o el reforzamiento del poder de mercado no atentan contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general. Sin embargo, el obtener o reforzar el poder de mercado, de manera que impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia, atente contra la eficiencia económica o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, constituirá una conducta sujeta a control, regulación y, de ser el caso, a las sanciones establecidas en esta Ley.²⁰³

En cuanto al abuso de poder de mercado el artículo 9 de la LORCPM lo define en los siguientes términos:

Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.²⁰⁴

Enseguida esta norma presenta un lista taxativa de varias conductas que pueden ser consideradas como prácticas de abuso de poder de mercado. Entre las principales prácticas enumeradas en el artículo 9 se encuentran los precios predatorios, las ventas atadas, descuentos condicionales, entre otras que atentan contra la libre competencia. Por el momento nos detendremos a analizar el numeral 17 de esta norma que califica como abuso de posición dominante al ejercicio abusivo de derechos de propiedad

²⁰¹ Xavier Gómez Velasco. *Patentes de invención y derecho de la competencia económica*. Óp. Cit., p. 9.

²⁰² “En el Derecho de competencia, se determina caso por caso cuál es el mercado relevante al que afecta la concentración analizada”. Alberto Pérez Gómez. *El Control de las Concentraciones de Medios de Comunicación: Derecho Español y Comparado*. Madrid: Dykinson S. L., 2002, p. 43.

²⁰³ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Óp. cit.; Artículo 7.

²⁰⁴ Íd. Artículo 9.

intelectual. El texto de la norma califica como abuso de posición dominante al “abuso de un derecho de propiedad intelectual, según las disposiciones contenidas en instrumentos internacionales, convenios y tratados celebrados y ratificados por el Ecuador y en la ley que rige la materia”.

En esta disposición del artículo 9, numeral 17, observamos un primer acercamiento literal del derecho de competencia regulando a la propiedad intelectual. Podemos observar en primera instancia que el ejercicio natural de un derecho de propiedad intelectual no es contrario a las regulaciones de competencia, por lo tanto se reconoce que no existe conflicto entre la propiedad intelectual y el derecho de competencia. La norma, en este caso, no hace más que sancionar el ejercicio abusivo y por lo tanto desnaturalizado de los derechos de propiedad intelectual. Los artículos 8 y 40 del Acuerdo ADPIC equiparan al abuso de derechos de propiedad intelectual con las “prácticas que limiten de manera injustificable el comercio o redunden en detrimento de la transferencia internacional de tecnología”, así como aquellas “que tenga un efecto negativo sobre la competencia en el mercado correspondiente”.²⁰⁵

El segundo inciso del artículo 26 plantea una interesante regla en relación a los conflictos de propiedad intelectual entre particulares: “Los asuntos en que se discutan cuestiones relativas a la propiedad intelectual entre pares, públicos o privados, sin que exista afectación al interés general o al bienestar de los consumidores, serán conocidos y resueltos por la autoridad nacional competente en la materia”. De esta disposición es importante resaltar el hecho de que la Ley de Competencia no considera necesario intervenir en los conflictos de propiedad intelectual entre pares, siempre que no exista afectación al interés general o al bienestar de los consumidores. De esta norma se desprende que solo cuando exista una vulneración de esta naturaleza, será necesario regular a la propiedad intelectual. Como veremos más adelante, de no existir una vulneración a la libre competencia, la LORCPM propende la protección de la propiedad intelectual.

Hasta aquí el análisis de las normas relevantes de la propiedad intelectual en el campo del derecho de la competencia. El resto de normas contenidas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado consisten en disposiciones más de

²⁰⁵ Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. (1994). *Óp. cit.*; Artículos 8 y 40.

organización administrativa y de regulación procesal de los procesos de investigación, de regulación y sanción en sede administrativa y/o judicial. El artículo 36 y siguientes facultan a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado como la autoridad administrativa competente que regulará la competencia. Lo cierto es que ambas normas conviven dentro de un mismo ordenamiento jurídico por lo que éstas deben ser aplicadas de manera “integradora” como recomienda Marín Sevilla.²⁰⁶ Por naturaleza, estas ramas del derecho no son contrarias; y, aplicadas de manera complementaria, pueden ser muy beneficiosas a la libre competencia.

3.4 RECOMENDACIONES PARA REGULAR APROPIADAMENTE A LA PROPIEDAD INTELECTUAL DENTRO DEL MARCO DE LA NORMATIVA DE COMPETENCIA:

El 07 de mayo de 2012 se publicó el Reglamento para la aplicación de la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado en nuestro país. Como es lógico, el artículo 1 del Reglamento plantea como objeto del mismo establecer disposiciones reglamentarias para la aplicación de la LORCPM. Por definición, el Reglamento es:

El conjunto de normas administrativas subordinadas a la ley, obligatorias, generales e impersonales... Ese conjunto de normas en número superior al de las leyes son creadoras de una situación jurídica general, abstracta, que en ningún caso regula una situación jurídica concreta y son dictadas para la atención pormenorizada de los servicios públicos para la ejecución de la ley.²⁰⁷

De esta manera podemos observar que la naturaleza jurídica del reglamento es presentar un conjunto de normas que posibiliten la aplicación práctica de aquellas normas contenidas en la Ley. Al revisar el texto del Reglamento de la LORCPM, es evidente que este cuerpo normativo no regula casi ningún tema de Propiedad Intelectual ni su relación con la Libre Competencia. El único tratamiento que se da a la Propiedad Intelectual se encuentra recogido en los artículos 30 y 31 que hacen referencia a denuncias por prácticas desleales relacionadas con derechos de propiedad intelectual.²⁰⁸

²⁰⁶ Marcelo Marín Sevilla; Julio Durand Carrión; et al. *Régimen de Competencia. Digesto ecuatoriano. Toda la regulación de competencia, con comentarios a las principales normas (...)* Óp. Cit. p. 179.

²⁰⁷ Diccionario Jurídico. <http://www.diccionariojuridico.mx/?pag=vertermino&id=1678> (acceso: 29/10/2013).

²⁰⁸ Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículos 30 y 31. Registro Oficial No. 697 de 07 de mayo de 2012.

Como hemos venido observando a lo largo de esta tesina, las normas de competencia, las autoridades en esta materia y la comunidad internacional (por medio de instrumentos internacionales), en buena parte reconocen la complementariedad entre el derecho de competencia y la propiedad intelectual. También hemos tenido la oportunidad de leer a aquellos autores que todavía consideran que existe una tensión entre ambas ramas del derechos debido a que la protección a una de ellas puede causar un perjuicio a la otra. Lo cierto es que consideramos que nuestra LORCPM, el acuerdo ADPIC, la misma OMC, entre otras normal nacionales, autoridades administrativas y organismos internacionales, reconocen la importancia de proteger a la propiedad intelectual para alcanzar fines comunes al derecho de competencia.

A pesar de haber revisado buena parte de la doctrina internacional que ha reconocido la complementariedad entre la libre competencia y la propiedad intelectual²⁰⁹, consideramos que a nivel normativo es necesario regular ciertas áreas en las que todavía pueden existir ciertas fricciones. Por este motivo analizaremos 4 áreas específicas en las que creemos que existen o pueden existir conflictos en la aplicación de la LORCPM, reconociendo la necesidad de tratar estos temas en el Reglamento para la aplicación de la Ley. Las 4 áreas que analizaremos son: el Licenciamiento de Patentes, las Concentraciones en materia de Propiedad Industrial, la doctrina del Patent Misuse y el Patent Pooling.

3.4.1 Licenciamiento de Patentes

En primer lugar, revisaremos algunas definiciones de licencias en materia de propiedad industrial para pasar a analizar la importancia de regular el otorgamiento de estas dentro del ámbito de la competencia y presentaremos algunas recomendaciones para su regulación. El otorgamiento de licencias se hace a través de un acuerdo o contrato, que la OMPI define como: “una asociación entre un titular de derechos de propiedad intelectual (licenciante) y otra persona que recibe la autorización de utilizar dichos derechos (licenciataria) a cambio de un pago convenido de antemano (tasa o

²⁰⁹ *Antitrust guidelines for the licensing of Intellectual Property. U.S. Department of Justice and The Federal Trade Commission.* Citado por Xavier Gómez Velasco. *Patentes de invención y derecho de la competencia económica. Óp. Cit.*, pp. 31, *vid.* CNFed. Civ. y Com., Sala III, 11-XII-1984, “Destiladora Internacional Otard Dupuy c/ Dufour y Cía, S.A.”, *E.D.*, 116-641, citado por Daniel R. Zuccherino y Carlos O. Mitelman. *Marcas y Patentes en el GATT.* Abeledo-Perrot S.A.. Buenos Aires, 1997. pp. 85.; y, Gustavo Piva de Andrade. *Derechos Intelectuales. Propiedad Intelectual y Derecho Antitrust.* Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007. p. 225.

regalía)”²¹⁰ Asimismo, Manuel Fernández de Córdoba define a las licencias de patente como “un mecanismo de autorización de explotación que puede surgir de la voluntad del licenciante en convenio con el licenciataro o bien puede originarse de un acto de la Administración Pública”.²¹¹ Este autor, de igual manera, presenta un concepto en el que se incluye el elemento de limitación en el otorgamiento de licencias que conlleva:

(...) una transmisión limitada del goce de la exclusiva. Es una autorización de explotación en la que el licenciante retiene la titularidad de la patente. La limitación de la transmisión (la licencia) puede radicar en el tiempo (período inferior al que reste de vida legal de la exclusiva), en el modo de empleo (para una aplicación concreta de la invención), en el sector industrial para el que se otorga...²¹²

Al respecto, David Burge analiza al sistema de otorgamiento de licencias de patentes en los siguientes términos:

The owner of a patent may grant licenses to other that permit them to use some or all of those rights, Since the owner of a patent has the right to exclude other from making, using, offering for sale, selling, or importing the invention, no one else may do these things without his or her permission. A patent license is a grant of permission; in essence, an agreement by the licensor not to sue the licensee if certain terms and conditions are met.²¹³

Por otro lado nuestra Ley de Propiedad Intelectual en su artículo 7 define a las licencias como una “Autorización o permiso que concede el titular de los derechos al usuario de la obra u otra producción protegida, para utilizarla en la forma determinada y de conformidad con las condiciones convenidas en el contrato. No transfiere la titularidad de los derechos”.²¹⁴ En concordancia con esta norma, el primer inciso del artículo 280 del mismo cuerpo normativo presenta la siguiente regulación al otorgamiento de licencias en materia de propiedad industrial sujetándolo a la regulación en materia de competencia.

Los titulares de derechos de propiedad industrial y de obtenciones vegetales podrán otorgar licencias a terceros para su explotación o uso, mediante contratos escritos. Tales contratos no podrán contener cláusulas restrictivas del comercio o crear

²¹⁰ OMPI. *La concesión de licencias sobre derechos de P.I.*

http://www.wipo.int/sme/es/ip_business/licensing/licensing.htm (acceso: 4/11/2013).

²¹¹ Manuel Fernández de Córdoba. *Las licencias obligatorias de patentes en el Ecuador. Una breve referencia al caso de los medicamentos y al decreto presidencial 118.*

http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_15/iurisdictio_015_011.pdf (acceso: 01/04/2014).

²¹² *Ibid.*

²¹³ David A. Burge. *Patent and Trademark Tactics and Practice*. 3ra. ed. New York: John Wiley & Sons, 1999, p. 124.

²¹⁴ Ley de Propiedad Intelectual. *Óp. cit.*, Artículo 7.

competencia desleal. Caso contrario se estará a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y se aplicarán las sanciones previstas en la misma.²¹⁵

Como hemos recalado a lo largo de este trabajo, el derecho de competencia busca regular y limitar a la propiedad intelectual cuando esta afecte o potencialmente pueda afectar la libre competencia. Siguiendo esta línea de regulación, nuestra normativa de derecho de la competencia procura proteger a la propiedad intelectual en la medida en que ésta no genere un perjuicio a la libre competencia. Por este motivo, deben existir unas condiciones regulatorias que exijan el cumplimiento de ciertos requisitos pro competitivos para permitir aquellas prácticas comerciales basadas en derechos de propiedad intelectual. Así consideramos que deben regularse los criterios de licenciamiento en nuestro ordenamiento. A continuación tomaremos algunos criterios que plantea la Federal Trade Commission (FTC) de los Estados Unidos para determinar la naturaleza pro competitiva de un acuerdo de otorgamiento de licencias.

En primer lugar debe existir una justificación pro competitiva para el acuerdo de licencia. Esto quiere decir que el acuerdo debe hacerse con la intención de beneficiar a las partes del contrato así como debe surtir efectos positivos en el mercado. Una manera de medir esta justificación pro competitiva puede ser la combinación entre los derechos de propiedad intelectual del titular con los medios de producción del producto protegido que puede tener el licenciatario. Otra manera de medir el efecto pro competitivo de un acuerdo de licencia es que las limitaciones contenidas en éste promuevan el desarrollo y comercialización del producto, o que reduzcan los costos de transacción. Como medida complementaria a las que acabamos de mencionar, es importante revisar que las condiciones pactadas tengan una justificación pro competitiva, que no restrinja de manera injustificada la competencia y en caso de así hacerlo, que esta restricción sea razonable para alcanzar algún efecto pro competitivo.²¹⁶

Como hemos mencionado anteriormente, la propiedad industrial cumple una importante labor de desarrollo tecnológico e innovación. Para alcanzar esta misión, es importante que existan mecanismos legales que permitan la difusión de la tecnología protegida a través de patentes, tales como las licencias.

²¹⁵ Ley de Propiedad Intelectual. *Óp. cit.*, Artículo 280.

²¹⁶ Sheila F. Anthony. *Antitrust and Intellectual Property Law: From Adversaries to Partners*. <http://www.ftc.gov/speeches/other/aipia.shtm#B.%20Mergers> (acceso: 4 de octubre, 2013). *Óp. Cit.*

There are three basic channels through which dissemination takes place: patent licensing, research joint ventures, and imitation. Licensing is a voluntary form of dissemination whereby an inventor can enjoy at least some of the gains to trade from spreading the use of his superior technology.²¹⁷

Muchas veces, el patentar una invención no es suficiente para que ésta sea susceptible de explotación patrimonial o para que un producto final entre en un mercado, muchas veces hace falta más desarrollo tecnológico e inversión.²¹⁸ Por este motivo es importante que exista un mecanismo que permita desarrollar y explotar una invención protegida por una patente; por este motivo las licencias son alternativas pro competitivas que permiten cumplir la finalidad comercial de las invenciones protegidas. Al respecto, Robert Pitofsky plantea el siguiente criterio de regulación en relación a las licencias: “When competitors control patents that include legitimate conflicting claims, so that each patent holder is blocked from bringing a superior, non-infringing product to the market, the courts consistently have allowed cross-licenses”.²¹⁹

En la obra *Intellectual Property Licensing*, se define al cross-licensing como: “the mutual sharing of patents between patent holders (generally companies) that grant each the right to practice the other’s patents”.²²⁰ Con base en esta definición podemos presentar algunas condiciones para mantener una complementariedad entre este tipo de licencias y la libre competencia.

En primer lugar las patentes a “compartirse” a través de este tipo de acuerdos deben bloquearse entre sí y no deben competir la una con la otra u otras. Esto quiere decir que será más eficiente el aprovechamiento “cruzado” que el aprovechamiento de una limitando la otra. Por otro lado, deben existir compensaciones justas entre las partes de un acuerdo de cross-licensing o se puede incurrir en una falta de incentivo para innovar. En estos acuerdos de licencias cruzadas, por el hecho de que las partes comparten las patentes y su explotación, por lo general existe una renuncia expresa o tácita a presentar acciones legales por violación de las patentes objeto del acuerdo. La motivación detrás del acuerdo debe ser analizada ya que si se busca minimizar la competencia a través de

²¹⁷ Carl Shapiro. *Patent Licensing and R & D Rivalry*. <http://www.jstor.org/stable/1805565> (acceso: 02 de abril de 2014).

²¹⁸ Peter Meinhart. *Patents and Monopolies*. <http://www.jstor.org/stable/1335315> (acceso: 02 de abril de 2014)

²¹⁹ Robert Pitofsky. “Challenges of the New Economy: Issues at the Intersection of Antitrust and Intellectual Property.” *Antitrust Law Journal*. Vol 68, 2001, p. 911.

²²⁰ Richard Raysman et al. *Intellectual Property Licensing: Forms and Analysis*. ALM Media, Inc. New York. 1999, pp. 6-24.

la figura del cross-licensing, se entenderá que este contrato será anticompetitivo.²²¹ Volveremos sobre la figura del cross-licensing más tarde.

La justificación competitiva de la figura de las Licencias debe mirarse desde el desarrollo tecnológico, la innovación y el beneficio que este acuerdo (el de licenciamiento) trae al mercado y a los consumidores. Por lo general, las licencias sirven para desarrollar bienes complementarios o mejoras a productos patentados que el titular de la patente no podría hacerlo sin la colaboración de un licenciataria. Así lo consideran el Department of Justice y la Federal Trade Commission de Estados Unidos que en términos de investigación y desarrollo plantean que:

Most Agreements are pro-competitive, and typically are analyzed under the rule of reason. Through the combination of complementary assets, technology, or know-how, an R&D collaboration may enable participants more quickly or more efficiently to research and develop new or improve goods, services, or production processes.²²²

Debemos recordar que los derechos de propiedad industrial, al igual que otros tipos de propiedad, encierran algunas facultades inherentes a la propiedad privada, entre ellas se encuentra el derecho de exclusividad.²²³ Xavier Gómez Velasco resalta el hecho de que “cualquiera que sea la concepción asumida respecto de la naturaleza del derecho de patente de invención –es decir, si éste es un monopolio de explotación o un derecho de propiedad-, su rasgo definitorio es la exclusividad que confiere a su titular”.²²⁴ Parte fundamental de este derecho exclusivo inherente a los derechos otorgados por las patentes, es el derecho de autorizar a terceros el uso de una invención protegida y de igual manera la negativa a brindar esta autorización siempre y cuando la libre competencia no se vea afectada. Como bien nota Gómez Velasco, “conceder licencias o no es un derecho del patentado” y los principios que sirven de cimientos para este derecho es la libertad de contratación y la autonomía de la voluntad.²²⁵

En 1970 el Antitrust Division del Department of Justice de los Estados Unidos emitió una lista de prácticas relacionadas con el otorgamiento de licencias que eran

²²¹ Samuel R. Miller. *Antitrust Pitfalls in Intellectual Property Licensing*.

http://www.law.berkeley.edu/files/Antitrust_Pitfalls_in_Intellectual_Property_Licensing.pdf (acceso: 10/11/2013).

²²² Robert Pitofsky. *Challenges of the New Economy: Issues at the Intersection of Antitrust and Intellectual Property (...)*. *Óp. Cit.*, p. 918.

²²³ Xavier Gómez Velasco. *Patentes de invención y derecho de la competencia económica*. *Óp. Cit.*, p. 68.

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ *Ibid.*

consideradas como anticompetitivas.²²⁶ Esta lista llamada The Nine No No's, hace referencia a 9 prácticas relacionadas con el otorgamiento de licencias que consideramos relevante analizar para entender los límites en el ejercicio de los derechos de propiedad industrial en función de la libre competencia. Nos concentraremos en las tres prácticas más relevantes para nuestro tema de estudio y que consideramos que encierran en gran parte al resto.

La primera práctica considerada como anticompetitiva que revisaremos es la licencia de patente atada o condicionada a la compra de materiales o bienes no patentados. Al respecto es importante considerar que deben concurrir algunos factores determinantes en la identificación del carácter anticompetitivo de la práctica, del licenciamiento.

Antitrust law will prevent a tie of unpatented goods to a patent license only when the licensor has market power in the patented product or patented process. In earlier years, a patent was presumed to bestow market power, facilitating the illegal tie-in. Now, just possessing a patent doesn't prove market power – it proves only that you have a patent. See, e.g., *Illinois Tool Works Inc. v. Independent Ink, Inc.*, 547 U.S. 28 (2006).²²⁷

Este análisis presentado por Coston resalta por un lado el hecho de que una empresa que ostenta una posición de dominio tiene un mayor grado de responsabilidad frente a las autoridades de competencia que regulan la actividad económica de los particulares. Por este motivo, la normativa de patentes de Estados Unidos establece la condición de que el titular de una patente goce de una posición dominante en el mercado relevante del bien patentado sobre el cual se está negociando la licencia. Por otro lado es importante resaltar el hecho de que anteriormente existía la concepción de que ser titular de una patente significaba automáticamente ostentar un monopolio o por lo menos una posición dominante. Hoy en día, como nota este autor al analizar la sentencia *Illinois Tool Works Inc. V. Independent Ink, Inc.*, el hecho de tener una patente no es prueba de la existencia de una posición dominante, simplemente es prueba de tener una patente.²²⁸

La segunda práctica que revisaremos dentro de los denominados Nine No No's, es el Grant-Back. Coston, entiende que un “grant-back obligates the licensee to provide the

²²⁶ R. Hewitt Pate. *Antitrust and Intellectual Property*.

<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/200701.htm> (acceso: 05/04/2014).

²²⁷ William D. Coston. *The Patent-Antitrust Interface: Are There Any No-No's Today?*

<http://www.venable.com/the-patent-antitrust-interface--are-there-any-no-nos-today/> (acceso: 05/04/2014), *vid.* *Illinois Tool Works Inc. v. Independent Ink, Inc.*, 547 U.S. 28 (2006).

²²⁸ *Ibid.*

licensor with rights to the licensee's intellectual property, often improvements that are related to the patent rights that are the subject of the license".²²⁹ Al respecto es importante estar conscientes que en primer lugar no existiría mejoras de no ser porque se otorgó una licencia del primer producto o procedimiento patentado. Carl Shapiro y Richard Gilbert consideran que esta práctica, "grantbacks, often serves pro-competitive purposes but can in theory stifle innovation, especially if the grantbacks are exclusive".²³⁰ La importancia de estudiar esta práctica en el otorgamiento de licencias de patentes yace en la identificación de los elementos que deben concurrir y ser analizados para que se configure o no una práctica restrictiva. Antes de que la Antitrust Division redactara los nueve No-No's, la Corte Suprema de los Estados Unidos planteó unos criterios objetivos para determinar el nivel competitivo de un grant-back. Estos criterios, a nuestro parecer, podrían utilizarse en nuestro sistema siempre que se pongan en práctica bajo la rule of reason y que se limite la discrecionalidad de las autoridades de competencia. Los elementos que a nuestro parecer se deberían tomar en cuenta son: 1) determinar el poder de mercado de las partes; 2) determinar si las partes del contrato de licencia son o no competidores; 3) determinar si el grant-back es exclusivo o no; 4) determinar qué derechos, de ser el caso, el licenciataria conserva o retiene para poder usar las mejoras; y, 5) determinar si el grant-back tiene relación con el ámbito de la patente original.²³¹

La tercera práctica que analizaremos dentro del licenciamiento de patentes hace referencia a las licencias exclusivas. Este tipo de licencias conlleva una promesa en la que el licenciante se compromete a no otorgar otras licencias a otra persona que no sea el licenciataria original. En Estados Unidos, existen opiniones divididas acerca del carácter anticompetitivo de este tipo de práctica. Por un lado se encuentran quienes consideran que para que una licencia exclusiva pueda ser considerada anticompetitiva, debe el licenciante tener una posición de dominio en el mercado de la invención patentada, de no ser así, este tipo de licencia no debe ser considerada como

²²⁹ William D. Coston. *The Patent-Antitrust Interface: Are There Any No-No's Today?* *Óp. cit.*, (acceso: 05/04/2014).

²³⁰ Richard Gilbert y Carl Shapiro. *Antitrust Issues in the Licensing of Intellectual Property: The Nine No-No's Meet the Nineties*. http://www.brookings.edu/~media/Projects/BPEA/1997%20micro/1997_bpeamicro_gilbert.PDF (acceso: 05/04/2014).

²³¹ William D. Coston. *The Patent-Antitrust Interface: Are There Any No-No's Today?* *Óp. cit.*, (acceso: 05/04/2014).

anticompetitiva.²³² Por otro lado, la Federal Trade Commission de los Estados Unidos considera que una licencia exclusiva debe levantar necesariamente sospechas de anti competitividad y prohíbe transigir o transar con los derechos exclusivos otorgados por una patente. William Coston resalta el hecho de que la FTC considera que el reverse-payment o pago a cambio de una abstención en el ejercicio del derecho de exclusividad es el elemento clave para determinar la anti- competitividad de este tipo de licencias.²³³

Como una nota final en el análisis de los nueve No No's al momento de licenciar derechos de propiedad industrial, consideramos oportuno revisar lo que Gilbert y Shapiro entienden de los No No's. "Briefly, most of the Nine No-No's involve attempts by patent holders to extend their patent monopolies to unpatented supplies, to gain control over improvements of their innovations, to determine prices for resale of their patented products, or to engage in market allocations".²³⁴ De igual manera estos autores resaltan el hecho de que en los ochentas el Antitrust Division comenzó a cuestionarse los nueve No No's basándose en el principio de que "unconstrained patent licensing increases the value of patents and encourages licensing and innovation", razón por la cual se emitió el IP Guidelines.²³⁵

Por lo tanto recomendamos que el Reglamento para la aplicación de la LORCPM establezca unos criterios objetivos de evaluación pro-competitiva de las prácticas de licenciamiento estudiando cada caso bajo la regla de la razón de tal manera que exista un análisis de los efectos reales producidos en el mercado por la práctica de licenciamiento en estudio. Es importante que en sistemas como el nuestro, en el que se acaba de legislar por primera vez una Ley destinada exclusivamente al tratamiento del derecho de competencia, se tome como referencia el desarrollo histórico de la normativa y jurisprudencia de otros países con más experiencia en el tratamiento y regulación de la competencia económica. Estado Unidos, que sin lugar a dudas ha sido uno de los países que más ha desarrollado normas, jurisprudencia y doctrina referente al tratamiento del

²³² "In Packard Motor Car Co. v. Webster Car Co., 243 F.2d 418 (D.C. Cir. 1957), the court upheld Packard's termination of dealers in order to maintain an exclusive dealership with a third, concluding that, despite the strength of the Packard brand, Packard did not possess market power in the overall automobile market and thus an exclusive dealership was not anti-competitive". William D. Coston. *The Patent-Antitrust Interface: Are There Any No-No's Today?* *Óp. cit.*, (acceso: 05/04/2014).

²³³ "The development suggests that this "No-No" banning exclusivity may still have life, at least in a context of a reverse payment settlement". William D. Coston. *The Patent-Antitrust Interface: Are There Any No-No's Today?* *Óp. cit.*, (acceso: 05/04/2014).

²³⁴ Richard Gilbert y Carl Shapiro. *Antitrust Issues in the Licensing of Intellectual Property: The Nine No-No's Meet the Nineties.* *Óp. cit.*, (acceso: 05/04/2014).

²³⁵ *Ibid.*

régimen de patentes y licencias, ha pasado de los Nine No No's a los IP Guidelines del DOJ y la FTC dejando de lado una lista de prácticas consideradas como per-se ilegales por un análisis bajo la regla de la razón de los efectos reales de las prácticas de licenciamiento en revisión.

3.4.2 Concentraciones en materia de Propiedad Industrial.

Un segundo tema que consideramos importante tratar a nivel reglamentario es el de las Concentraciones Económicas. Nuestra Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en su artículo 14, define a las concentraciones económicas de la siguiente manera:

A los efectos de esta ley se entiende por concentración económica al cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos, a través de la realización de... un acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de un operador económico o le otorgue el control o influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de un operador económico.²³⁶

Para llegar a esta definición hemos tomado la introducción del artículo y la cláusula general o paraguas que éste presenta para entender las conductas consideradas como concentraciones, ya que la norma establece una lista ejemplificativa de concentraciones. Otra definición importante de revisar es la que presentan Rippe y Rivanera de Pais tomada de un memorándum de 1966 del Consejo del Mercado Común del Mercosur, en la que se establece que “hay concentración cuando se produce la adquisición de propiedad o cambio de titularidad, de modo permanente, que tiene por resultado el surgimiento de una única unidad económica, bajo una sola dirección en lugar de dos o más empresas independientes que existieran previamente” .²³⁷ A su vez, en la obra *Corporate Finance; Mergers & Acquisitions*, se define a las concentraciones como:

In its broadest definition, a merger can refer to any takeover of one company by another, when the business of each company are brought together as one. A more narrow definition is the coming together of two companies of roughly equal size, pooling their resources into a single business.²³⁸

²³⁶ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. *Óp. cit.*, Artículo 14.

²³⁷ Siegbert Rippe y Elsa Rivanera de Pais. “Los mercados integrados, la libre competencia y la lucha contra las concentraciones en la jurisprudencia europea”. *Chile y el Mercosur en América Latina: VI Encuentro Internacional de América del Sur*. Universidad de Chile y Editorial Jurídica de Chile. (1999). p. 595.

²³⁸ Glenlake/ Fitzroy Dearborn. *Corporate Finance. Mergers & Acquisitions*. Chicago: Fitzroy Dearborn Publishers, 2000, p. 2.

Al igual que el resto de activos que pertenecen a 2 o más empresas independientes que pasan a ser una sola unidad económica mediante una concentración económica, se encuentran comprendidos los bienes intangibles. Dentro de estos, los que nos interesa estudiar, son los derechos de propiedad industrial. En relación a la importancia de los bienes intangibles en las Concentraciones Económicas, Robert Boyden resalta el hecho de que:

For 15 years, the prime cause of the majority of mergers has been many firms urgent desire to acquire valuable technological assets that were being developed by the fastest growing companies. In many cases, these assets are ground-breaking technologies, unique know-how, trade secrets, patents, trademarks (...) which collectively are know as intangible assets and intellectual properties.²³⁹

Este autor resalta la importancia de los derechos de propiedad intelectual en las concentraciones económicas y el creciente valor comercial de éstos en los últimos años. Como veremos a continuación, por esta relevancia que han adquirido los bienes intangibles en las actividades económicas, es sumamente importante presentar ciertos criterios de regulación que equilibren la protección de los derechos de propiedad industrial frente a la libre competencia.

Por una lado, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, reconoce el importantísimo rol que cumple la propiedad industrial en las concentraciones económicas; y, en relación a las patentes, ha identificado dos criterios que las autoridades de los Estados Unidos han utilizado para determinar la anti competitividad en la adquisición de patentes. En primer lugar se debe mirar si la parte compradora tiene o no una posición dominante en el mercado; y, en segundo lugar, y más importante aún, se debe analizar la intención con la que se hace la adquisición y los efectos que esta transacción causan en el mercado.²⁴⁰

El Department of Justice y la Federal Trade Commission de los Estados Unidos, consideran que la mayoría de colaboraciones en temas de investigación y desarrollo, no solo son pro competitivas por los efectos beneficiosos que tienen éstas en el desarrollo de nuevas y mejores tecnologías, sino porque sus efectos en el mercado pueden llegar a

²³⁹ Robert Boyden Lamb. "The Role of Intellectual Property and Intangible Assets in Mergers and Acquisitions". *Intellectual Property Assets in Mergers and Acquisitions*. Lanning Bryer y Melvin Simensky (eds.). New York: John Wiley & Sons, Inc., 2002. pp. 2-3

²⁴⁰ Lanning G. Bryer y Scott J. Lebson. *Intellectual Property Assets in Mergers & Acquisitions*. <http://www.wipo.int/export/sites/www/sme/en/documents/pdf/mergers.pdf> (acceso: 08/04/2014).

ser pro competitivas, por lo que consideran que estas colaboraciones deben ser analizadas mediante la regla de la razón.²⁴¹ Nuestro ordenamiento jurídico, también da lugar a concentraciones económicas, bajo ciertas condiciones, por lo tanto pueden existir casos en los que se vean envueltos derechos de propiedad intelectual.

Los dos principales factores que se deben analizar bajo nuestra normativa de competencia son la posición dominante existente o posible posición de dominio derivada de la concentración, y los efectos de esta práctica en el mercado. Por un lado, se permite la concentración económica y se establecen unas condiciones para que nazca la obligación de notificar a la autoridad administrativa la noticia de esta concentración. Por otro lado, se reconoce la facultad de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado para regular este tipo de prácticas. Por último, se establecen unos criterios que la autoridad debe considerar para resolver acerca de aquellas concentraciones que cumplen las condiciones bajo las cuales están sujetas al control de la Superintendencia, entre ellas se encuentra el fomento al avance tecnológico y económico del país.²⁴²

Siguiendo la línea de regulación gubernamental de las concentraciones, la Federal Trade Commission de los Estados Unidos, en un análisis de la fusión entre las farmacéuticas Ciba y Sandoz para crear Novartis, resalta la posición que anteriormente sostenían las autoridades en materia de competencia con relación a las concentraciones y cómo se ha logrado sobrepasar los problemas que existían enfocándose en los derechos de propiedad intelectual. La posición inicial de la FTC frente a esta concentración para crear Novartis era que como Ciba y Sandoz tenían básicamente todos los derechos de propiedad intelectual para la comercialización de productos de terapia genética debido a que estas dos empresas eran las líderes en este tipo de investigación, se vería afectado el mercado a través de una concentración perjudicial para la libre competencia. Además de que las dos empresas eran líderes en este mercado, la entrada al mercado era de por sí difícil por que se necesitaban derechos de patentes, recursos humanos y económicos altos y permisos del FDA.²⁴³

²⁴¹ Robert S. Schlossberg. *Mergers and Acquisitions. Understanding the Antitrust Issues*. http://books.google.com.ec/books?id=yKFqO5PH7hkC&pg=PA346&dq=intellectual+property+in+mergers+and+acquisitions&hl=en&sa=X&ei=SLpIU_SrJO7gsATN-IKQAw&redir_esc=y#v=onepage&q=intellectual%20property%20in%20mergers%20and%20acquisition&f=false (acceso: 10/04/2014).

²⁴² Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. *Óp. cit.*, Artículos 14, 15, 16, 21 y 22.

²⁴³ Sheila F. Anthony. *Antitrust and Intellectual Property Law: From Adversaries to Partners*. *Óp. cit.*, (acceso: 4/10/2013).

La solución que encontró la FTC en relación a los peligros que esta fusión podría traer para la libre competencia se enfocó en los derechos de propiedad intelectual. La manera en la que se pudo equilibrar esta concentración en particular fue a través del otorgamiento de licencias para el desarrollo de ciertas tecnologías necesarias para la creación y comercialización de productos de terapia genética. Asimismo se obligó a Novartis a otorgar una licencia a una comisión especializada de la FTC a fin de desarrollar terapias en contra del cáncer, hemofilia, entre otras enfermedades tratables con productos de terapia genética. En esta propuesta de la FTC encontramos nuestros dos primeros lineamientos para regular las concentraciones.²⁴⁴

Por un lado, se permite la fusión de estas empresas que poseen casi todos los derechos de propiedad intelectual en el campo de los productos de terapia genética a cambio de la imposición de la obligación de conceder licencias necesarias para el desarrollo tecnológico y comercialización de algunos productos de terapia genética. Para imponer esta obligación se debe realizar un análisis exhaustivo del mercado relevante y no se debe vulnerar la esencia de los derechos de propiedad intelectual protegidos ni se debe distorsionar el mercado por medio de estas imposiciones. Por otro lado existe una limitación a los derechos de propiedad intelectual en razón del interés público, por lo que se obliga al agente de mercado a colaborar con la autoridad administrativa en materia de competencia para desarrollar tratamientos médicos contra enfermedades como el cáncer, hemofilia, entre otras. Debe limitarse mucho la discrecionalidad de las autoridades competentes que deberán fundamentar sus decisiones muy detallada y objetivamente y debe existir la posibilidad de recurrir a estas decisiones.

De igual manera se plantearon 3 formas de recompensar a la empresa por el otorgamiento de licencias, un pago adelantado, pago periódico de regalías y licencias cruzadas en el caso de la licencia otorgada a la FTC.²⁴⁵ A nuestro parecer, estas recompensas son un incentivo a la protección de los derechos de propiedad intelectual en un ambiente de libre competencia. Es importante que exista un análisis previo de la situación general que envuelve la concentración económica para posteriormente recurrir a ciertas herramientas reglamentarias que nos permitan encontrar un equilibrio entre propiedad intelectual y competencia. Como podemos apreciar en este ejemplo, es

²⁴⁴ *Ibid.*

²⁴⁵ *Ibid.*

importante analizar cada caso concreto bajo la regla de la razón, de tal manera que se puedan tomar medidas correctivas que se ajusten a la realidad competitiva del mercado que se verá afectado positiva o negativamente por la práctica en estudio. Si bien es primordial velar por la libre competencia, debe reconocerse los derechos de propiedad privada y los principios de libertad de contratación y autonomía de la voluntad de los particulares.

3.4.3 Patent Misuse.

El tercer tema que hemos considerado importante incluir en el Reglamento para la aplicación de la LORCPM, es el Patent Misuse. Esta es una doctrina que en palabras de Mark Lemley, “bars infringement suits by patentees who have “misused” their patent grant, either by using the patent to violate the antitrust laws or by extending their patent monopoly in some other way”.²⁴⁶ Por otro lado, para Arnold Silverman “in general, misuse exists when the patentee has either engaged in conduct involving the patent that amounts to a violation of the antitrust laws or has improperly sought to expand the scope of the patent”.²⁴⁷ Para complementar estas ideas, revisaremos el concepto presentado por Feldman quien manifiesta que “patent misuse is generally defined as impermissible attempt to extend the time or scope of the patent grant. It is an affirmative defense to patent infringement”.²⁴⁸ Evidentemente existe una cierta unanimidad en la definición del patent misuse; y, los elementos comunes en estas definiciones son la violación del derecho de competencia y el ejercicio de un derecho de propiedad industrial fuera de su ámbito de protección.

En complemento con estas ideas, debemos revisar una definición que presenta estos dos elementos que acabamos de mencionar (la violación de un derecho de propiedad intelectual y el ejercicio de un derecho de patente fuera de su espectro de protección) y además resalta la función de los tribunales y autoridades administrativas para remediar los daños ocasionados por este “mal uso” o abuso de derecho de patente.

In its most general terms, the patent misuse doctrine has come to mean that "if a

²⁴⁶ Mark A. Lemley. *The Economic Irrationality of the Patent Misuse Doctrine*. California Law Review. Vol. 78, No. 6 (1990), pp. 1599-1632.

²⁴⁷ Arnold B. Silverman. *Patent Misuse: Limitations on a Patentee's Rights*. Journal JOM, 44 (8) (1992), p. 54.

²⁴⁸ Robin C. Feldman. *Patent Misuse: From Inception to Modern Case Law. Intellectual Property and Information Wealth: Issues and Practices*. Peter K. Yu (ed). Westport: Praeger Publishers, 2007, p. 137.

patent owner exploits his patent in an improper manner by violating the antitrust laws or extending the patent beyond its lawful scope, the courts will withhold any remedy for infringement- even against an infringer who is not harmed by the abusive practice”. The misuse doctrine originated in the equitable notion that only those patent holders having "clean hands" should gain the courts' assistance to enforce their patent rights.²⁴⁹

Como podemos observar, esta doctrina nace de la jurisprudencia americana que en un principio se consolidó como un argumento de defensa dentro de un juicio por violación de derechos de patentes²⁵⁰. Esta consideró que quien demande una violación a su patente protegida deberá encontrarse ejercitando sus derechos derivados de la patente de manera legal y legítima, caso contrario no podrá alegar una violación de patente. Por este motivo podemos afirmar que la doctrina del “mal uso” de las patentes nace como una prerrogativa de defensa mediante la cual el demandado puede alegar un “mal uso” de la patente por parte de su titular y de esta manera no solo se le eximiría de culpa, sino que también se sancionaría al titular de la patente suprimiendo la protección de la que goza la patente.

Este es uno de los puntos en los que consideramos que pueden existir problemas de aplicación complementaria entre la propiedad intelectual y el derecho de competencia. Es muy importante regular esta materia en el Reglamento para la aplicación de la LORCPM debido a que las pocas normas de competencia que tratan temas de propiedad intelectual en nuestra legislación buscan prevenir y sancionar la violación o el abuso de un derecho de propiedad intelectual. Como hemos venido mencionando anteriormente, el abuso del derecho se encuentra dentro del mundo patológico del ejercicio de los derechos de propiedad intelectual.

El abuso del derecho nace del “mal uso” como lo han llamado los anglosajones y éste debe ser regulado de tal manera que no se afecte injustificadamente ni la protección a la propiedad intelectual ni la libre competencia. Mark Lemley ha identificado tres puntos problemáticos que deben ser regulados por padecer de lo que él llama irracionalidad económica: “the level of sanction is unrelated to the injury caused; the sanction duplicates antitrust remedies, leading to excessive recoveries; and the sanction is awarded as a windfall to the patent infringer even if that party was not injured by the

²⁴⁹ Donald S. Chisum, citado por The Harvard Law Review Association. *Is the Patent Misuse Doctrine Obsolete?* <http://www.jstor.org/stable/1342051> (acceso: 10/04/2014).

²⁵⁰ “There is a general equitable standard employed by the courts that the plaintiff cannot come into the court with unclean hands”. Arnold B. Silverman. *Patent Misuse: Limitations on a Patentee's Rights*. *Óp. cit.*, p. 54.

misuse”.²⁵¹ Por estas inconsistencias que hemos identificado que por un lado se debe prevenir y sancionar el ejercicio abusivo o el “mal uso” de los derechos derivados de una patente; y por el otro lado, nadie puede beneficiarse de su propio dolo y alegar mal uso de una patente por parte de su propietario para justificar una violación de derechos de propiedad intelectual.

Para evitar esta distorsión en la regulación y sanción del patent misuse, se requiere incluir parámetros que permitan a la autoridad de control determinar cuándo se produce un patent misuse, con el fin de eliminar la discrecionalidad y por tanto optar por un criterio técnico que no de lugar a una “exoneración” a un infractor de una patente a pesar de que éste no se haya visto afectado por el ejercicio abusivo de los derechos de patente.

Algunos autores notan que la regulación de las prácticas relativas al ejercicio de los derechos de propiedad industrial, deben tener como referente esencial a la eficiencia económica:

From an economic efficiency perspective, the patent misuse doctrine is one tool that courts can use to maximize net social welfare by invalidating inefficient restrictions, through which patent holders earn rewards that are excessive. However, applying the misuse doctrine in this fashion would appear to be beyond the ability of the courts. More importantly, there is no reason why the courts cannot use the rule of reason from the antitrust laws to achieve this same end (...).²⁵²

Siguiendo esta línea de pensamiento, que confía en el derecho de competencia como un mecanismo más apropiado para regular el patent misuse, presentaremos otros motivos por los cuales consideramos que se debe establecer unos criterios objetivos para la regulación del abuso de derechos derivados de patentes. Por un lado, el patent misuse solo tiene lugar, a manera de defensa, cuando se ha iniciado una acción por infringir una patente o por incumplimiento de un contrato de licencia. En segundo lugar, un infractor utilizando el patent misuse como un medio de defensa, no necesariamente tiene que verse perjudicado por la conducta abusiva del titular de la patente, mientras que mediante la regulación de unos criterios objetivos para determinar el abuso de derechos industriales en la normativa de competencia, los demandantes o denunciantes

²⁵¹ Mark A Lemley. *The Economic Irrationality of the Patent Misuse Doctrine*. *Óp. cit.*, p. 1599.

²⁵² Mallinckrodt, Inc. v. Medipart, Inc., citada en The Harvard Law Review Association. *Is the Patent Misuse Doctrine Obsolete?* <http://www.jstor.org/stable/1342051> (acceso: 10/04/2014).

deben, entre otras cosas, demostrar que efectivamente han sufrido un daño, lesión o perjuicio.²⁵³

Por los elementos que acabamos de analizar, creemos importante que el Reglamento a la LORCPM presente unos parámetros objetivos que permitan identificar las circunstancias en las que en efecto se puede vulnerar la libre competencia a través de un ejercicio abusivo de los derechos de patente. Los criterios que recomendamos para regular la doctrina del Patent Misuse o en su defecto el Abuso de Derechos de patentes, deben partir de una postura disuasoria por un lado, para evitar la reiteración de las prácticas abusivas y por otro lado deben ser objetivas en relación a los efectos de la práctica en el mercado. A manera de ejemplo, entre otras regulaciones, recomendamos: 1) Establecer parámetros en el Reglamento para medir el ejercicio abusivo del derecho de patente tanto subjetiva como objetivamente para determinar la intención de causar daño a un tercero y/o detrimento a la libre competencia; y, de igual manera medir los alcances reales del daño efectuado con la práctica mediante un estudio exhaustivo de los elementos de hecho y de derecho en cada caso específico. 2) Se debe regular al ejercicio abusivo de los derechos de patentes desde una postura distinta a la del misuse, es decir que los demandantes o denunciadores de dicha práctica, entre otras cosas, deban demostrar que efectivamente han sufrido un daño y que la libre competencia se ha visto afectada. Sí el ejercicio de un derecho de patente no es abusivo ni genera un detrimento a la libre competencia, no tiene por qué ser sancionado; 3) Se debe regular las denuncias en temas de abusos de derechos de patentes para evitar abusos del derecho de acción y el florecimiento de demandas infundadas y temerarias.²⁵⁴ Mientras que para que las investigaciones de oficio tengan lugar, la autoridad administrativa debe regirse por parámetros objetivos establecidos mediante normas reglamentarias.

3.4.4 Patent Pooling

Por último, revisaremos la importancia de regular al Patent Pooling en el Reglamento para la aplicación de la LORCPM. Para entender el concepto de Patent Pooling o Consorcio de Patentes, revisaremos algunas definiciones de esta práctica. En la obra *Intellectual Property Damages* se dice que “a patent pool covers a variety of arrangements in which patent owners combine patents. Regardless of structure, the

²⁵³ The Harvard Law Review Association. *Is the Patent Misuse Doctrine Obsolete?* <http://www.jstor.org/stable/1342051> (acceso: 10/04/2014).

²⁵⁴ Rafael Badell Madrid. *Congreso Internacional de Derecho Administrativo (...)* *Óp. cit.*, p. 193, *vid.* Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relevantes al Comercio. (1994). *Óp. cit.*, Artículos 52 y 53.

patent owners typically agree to jointly exercise rights under the pooled patents”.²⁵⁵ Por otro lado, Jorge Goldstein presenta un concepto bastante básico que plantea que “a patent pool is an arrangement in which two or more patent owners agree to license certain of their patents to one another and/or to third parties”.²⁵⁶

La United States Patent Office ha expedido la siguiente definición de patent pool:

A “patent pool” is an agreement between two or more patent owners to license one or more of their patent to one another or third parties. Alternatively, a patent pool may also be defined as “the aggregation of intellectual property rights which are the subject of cross-licensing, whether they are transferred directly by patentee to licensee or through some medium, such as joint venture, set up specifically to administer the patent pool”.²⁵⁷

Partiendo de estas definiciones que hemos revisado, podemos concluir que un patent pool es un acuerdo mediante el cual 2 o más titulares de patentes permiten el uso de su propiedad industrial a los otros miembros del acuerdo o a terceras personas con el fin de superar obstáculos innecesarios para el desarrollo de nuevas tecnologías. Carl Shapiro habla de estos obstáculos que frenan el desarrollo tecnológico y económico y se refiere a ellos como un “patent thicket”. Este autor básicamente hace referencia al problema que se genera cuando existe un excesivo número de patentes otorgadas sin mayor rigurosidad en el análisis previo de patentabilidad, sumado a la tendencia negativa del derecho de competencia para permitir acuerdos horizontales, lo que dificulta la innovación generando un efecto contrario a los fines que persiguen tanto la propiedad intelectual como el derecho de competencia.²⁵⁸

Este autor hace referencia a la Teoría de Complementos estudiada inicialmente por Cournot en 1838 para entender la figura del patent pool como una solución a los obstáculos presentados por patentes que se bloquean entre sí y la postura negativa del derecho de competencia frente a los acuerdos horizontales. Shapiro nos presenta un ejemplo en el que un productor de tecnología desarrolla un chip o tarjeta de gráficos, cuyo diseño vulnera algunas patentes y por otro lado, el procedimiento de producción

²⁵⁵ Mark A. Glick, Lara A. Reymann y Richard Hoffman. *Intellectual Property Damages. Guidelines and Analysis*. New Jersey: John Wiley & Sons, Inc., 2003, p. 213.

²⁵⁶ Jorge A. Goldstein. “Biotechnology, patent pools and standards setting”. *Patent Law and Theory: A Handbook of Contemporary Research*. Toshiko Takenak (ed). Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2008, p. 714.

²⁵⁷ Eric M. Dobrusin y Ronald A. Krasnow. *Intellectual Property Culture: Strategies to Foster Successful Patent and Trade Secret Practices in Everyday Business*. 2da. ed. New York: Oxford University Press Inc., 2012, p. 189.

²⁵⁸ Carl Shapiro. Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools, and Standard Setting. <http://www.jstor.org/stable/25056143> (acceso: 06/04/2014).

vulnera otras. En este caso el productor de la tarjeta de gráficos se encuentra en una encrucijada debido a que debe respetar los derechos privados de los titulares de las patentes y por otro lado está cerca de comercializar un producto que presenta algunas mejoras en relación a los que ya existen en el mercado. En este tipo de situaciones, es necesario que existan mecanismos que permitan el desarrollo de nuevas tecnologías con expectativas reales de ser introducidas en el mercado sin vulnerar derechos de propiedad industrial. Como una posible solución a este problema, este autor considera que un “Desirability Package Licensing for complementary patents but not for substitute patents” es la solución adecuada. De esta manera dos tecnologías complementarias pueden ser ofrecidas en paquete de licencias (a un precio atractivo) a terceros o los titulares de los derechos de estas dos tecnologías pueden producir un nuevo producto final ellos mismo reduciendo los costos de transacción.²⁵⁹

Cabe recalcar que Cournot, con base en sus estudios de la producción de latón, que es un metal resultante de la aleación del cobre y el zinc, llegó a la conclusión que para el productor de esta aleación era más caro comprar la materia prima por separado, es decir a los titulares del monopolio de zinc por un lado y de cobre por el otro, que adquirir estos metales ofrecidos de manera conjunta en paquete. Lo mismo sucedía desde el lado de la oferta, ya que las ganancias percibidas por la venta de ambos metales en paquete eran mayores que las recibidas por la venta individual de cada insumo.²⁶⁰

Por este motivo, Shapiro considera que esta teoría de complementos “used in fixed proportions, gives strong support for business to adopt, and for competition authorities to welcome, either cross licenses, package licenses, or patent pools to clear such blocking position”²⁶¹. En esta consideración, es importante resaltar el hecho de que figuras como el patent pool o el cross licensing deben usarse en una medida proporcionada, es decir dentro de ciertos parámetros de regulación.

La FTC ha identificado 4 efectos pro competitivos del patent pooling: “1) clearing blocking positions; 2) avoiding costly infringement litigation; 3) integrating complementary technologies; and 4) reducing transaction costs”.²⁶² A pesar de traer estos efectos positivos, tanto la FTC, como el Department of Justice de los Estados

²⁵⁹ *Íbid.*

²⁶⁰ *Íbid.*

²⁶¹ *Íbid.*

²⁶² ABA Section for Antitrust Law. *The Federal Antitrust Guidelines for the licensing of Intellectual Property Origins and Applications*. 2da. ed. Chicago: ABA, 2002, p. 84.

Unidos (DOJ), han determinado que este tipo de acuerdos puede llegar a ser perjudicial para la libre competencia cuando se realiza entre competidores directos o posibles competidores²⁶³. Por este motivo es importante que se establezcan criterios técnicos que permitan identificar qué tipo de patent pooling puede generar una distorsión al mercado que transgreda el derecho de la competencia.

El caso del MPEG-2 es un claro ejemplo de un patent pool con efectos positivos en el mercado que nos permite identificar los puntos importantes de regulación en este tipo de práctica o acuerdo. Este es un consorcio de patentes dentro del campo de memoria y compresión de información en DVD's.

El DOJ de Estados Unidos decidió no tomar acciones en contra del MPEG-2 por las siguientes razones: 1) las patentes dentro del consorcio son complementarias y no compiten entre si; 2) las patentes seguirían estando disponibles de manera individual en el mercado, sin dar posibilidades a ventas atadas; 3) un experto será el que decida que patentes serán esenciales para incluir en el consorcio o patent pool, evitando ser muy permisivo en el ingreso de patentes; 4) debe existir igualdad en el acceso al patent pool e igualdad de condiciones y términos a todos los miembros del consorcio; 5) cualquiera de los miembros del consorcio puede desarrollar tecnologías alternativas y competir individualmente, de esta manera no existe restricción a la innovación; y por último, 6) el consorcio debe traer ventajas significativas, como una reducción en tiempo y gastos para el desarrollo de las tecnologías. Estos son elementos que el DOJ de los Estados Unidos logró identificar en el acuerdo constitutivo del MPEG-2.²⁶⁴

Con los antecedentes expuestos y tomando en cuenta el caso del patent pool MPEG-2 analizado por la FTC, creemos importante que nuestra normativa de competencia de lugar a este tipo de figuras, siempre que se cumplan los siguientes criterios técnicos: 1) Solo las patentes esenciales para el desarrollo de la nueva tecnología que se busca crear o producir pueden ser aportadas a un patent pool; 2) Las patentes aportadas a un patent pool deben ser útiles solo en conjunción entre si dentro del área tecnológica para la que fue creado el pool. Ese decir que exista complementariedad obligatoria entre las patentes; 3) Los titulares de patentes no deben aportar tecnologías que compitan, con el resto de patentes dentro del pool, por el contrario deben aportar elementos

²⁶³ Sheila F. Anthony. *Antitrust and Intellectual Property Law: From Adversaries to Partners*. Óp. cit., (acceso: 4 de octubre, 2013)

²⁶⁴ *Ibid.*

complementarios para la creación de una sola tecnología; 4) Las patentes del patent pool no deben ser exclusivas; es decir que cada titular de una patente aportada pueda licenciar su patente a terceros que no formen parte del pool; 5) En cada caso debe nombrarse un experto independiente que determine si las patentes aportadas sean esenciales para desarrollar la tecnología objeto del pool; 6) El acceso debe ser igualitario a terceras personas, lo que significa que el pool ofrezca licencias a terceros de forma indiscriminada y la negativa a licenciar debe fundarse en criterios objetivos y dentro de los márgenes de la libre competencia; 7) Por último, la eficiencia del patent pool debe ser mayor al riesgo anticompetitivo.²⁶⁵

4. CONCLUSIONES

²⁶⁵ ABA Section for Antitrust Law. *The Federal Antitrust Guidelines for the licensing of Intellectual Property Origins and Applications*. Óp. cit., pp. 84-85.

El Derecho de Competencia regula las actividades económicas y comerciales, procurando que no existan distorsiones en el mercado con el fin de promover la libre competencia. Esta rama del derecho debe estar encaminada a alcanzar una situación de mercado eficiente, donde deben existir unas normas básicas comunes a todos quienes participan en éste, que permitan llevar a cabo actividades económicas libremente, dando lugar a que las personas jurídicas y naturales que deseen competir en el mercado tengan acceso a ofertar sus productos y servicios sin trabas que restrinjan su entrada al mercado, dándoles a los consumidores la libertad de escoger entre varios productos y servicios con distintos precios y de calidades variadas.

Dependiendo de la forma en la que se aborde el tratamiento del derecho de competencia, podemos ver que históricamente han existido Estados que han optado por regular de manera muy estricta las actividades empresariales y económicas. Estos, plantean normas intromisivas e inquisitivas que generan trabas y distorsiones en el mercado. En base a esta postura ha existido un ataque regulatorio por parte de este tipo de Estados que está dirigido a los monopolios, oligopolios y a las empresas con posición de dominio en general, que por el simple hecho de ser “grandes”, o como nosotros preferimos llamarlas, eficientes, son sujetos de sanción y de acciones estatales para terminar con esa posición privilegiada y hasta pueden ser forzados a salir del mercado.

Asimismo, han existido otros Estados que cuando perciben que una empresa destaca más que el resto en un determinado mercado, buscan proteger a los pequeños competidores, no sabemos de qué, restringiendo y sancionando prácticas comerciales que pueden ser perfectamente competitivas y que pueden beneficiar al consumidor. Estas dos visiones acerca de las políticas de estado frente al derecho de competencia, atacan a las empresas grandes por el simple hecho de gozar de esta situación, sin tomar en consideración el bienestar del consumidor y mucho menos la libre competencia.

Actualmente, y después de un largo proceso de evolución social y jurídica, buena parte de los Estados actuales plantean sus políticas de competencia de manera menos estricta, volcándose hacia la objetividad y el análisis profundo de las condiciones de los mercados y la naturaleza de las prácticas comerciales sujetas al control del derecho de competencia. Estas regulaciones brindan seguridad jurídica a competidores y consumidores en un mercado donde siempre se procura la libre competencia económica.

Dentro de los aspectos económicos que conciernen al derecho de competencia, se encuentra la propiedad intelectual y dentro de ésta la propiedad industrial como un elemento clave para el desarrollo de las actividades económicas sujetas al control de esta rama del derecho. La propiedad intelectual es un conjunto de derechos de propiedad privada que protegen las creaciones que resultan del proceso creativo del intelecto humano. La propiedad industrial, en particular, protege a estos derechos en el ámbito industrial y comercial. Estos derechos se encuentran protegidos por varias normas principalmente de propiedad intelectual, de competencia y a nivel constitucional.

La Propiedad Industrial, por la naturaleza y estructura de los derechos que protege, cumple una función principalmente económica. Como todo derecho de propiedad, los derechos de propiedad industrial tienen unas facultades intrínsecas que permiten el ejercicio natural de los mismos. El núcleo de todo derecho de propiedad industrial es el elemento de la exclusividad. Esta es una facultad que se deriva de todo derecho de propiedad privada que permite al titular de estos derechos a excluir a terceros del uso y aprovechamiento de los bienes intangibles que le pertenecen. En este sentido, el Estado y el ordenamiento jurídico reconocen el derecho de exclusión erga omnes que se presenta en los derechos de propiedad intelectual y por ende de los derechos de propiedad industrial.

Por la naturaleza exclusiva de este tipo de derechos, muchas veces se tiende a confundir a esta forma de propiedad privada con los monopolios. El sistema de patentes ha sido el principal blanco de esta errónea concepción que tiende a equiparar a las patentes con monopolios. Esta concepción está equivocada debido a que los monopolios en sentido económico son situaciones de mercado en las que un solo oferente monopolista enfrenta toda la demanda sin la existencia de bienes sustitutos lo que puede llevar a una manipulación de precios y de cantidades de producción. Este no es el caso de las patentes debido a que el ejercicio natural de los derechos derivados de este tipo de propiedad no otorgan a sus titulares una posición monopolística en un mercado.

Se ha demostrado en la práctica que dentro de un mercado relevante pueden existir varios bienes sustitutos protegidos por figuras de propiedad intelectual como las patentes que compiten entre sí. Basta con observar por un momento el mercado de productos electrónicos en el que miles de productos patentados compiten entre sí a un ritmo inexplicable, o el de los farmacéuticos en el que existen varios productos o

procedimientos patentados que son sustitutos unos de otros dentro de un mismo mercado relevante.

Los derechos exclusivos derivados de las patentes, por su naturaleza, no tienen la finalidad de facultar a los titulares de estos derechos a excluir a terceros de la participación o concurrencia en un determinado mercado relevante. Sería absurdo pensar que un derecho de propiedad privada genera un monopolio frente a un mercado. Todo titular de un derecho de propiedad tiene un derecho de exclusión sobre su bien frente a terceros, lo que no significa que otros, a su vez, no tengan derechos de propiedad privada sobre otros bienes tangibles o intangibles, que además gozan de la misma facultad de exclusión erga omnes. Por definición, la exclusividad de los derechos de propiedad intelectual nunca podrá ser considerada un monopolio de mercado.

Por el contrario, la Propiedad Industrial y particularmente el sistema de patentes, cumple su función competitiva promoviendo la innovación tecnológica, a través de un sistema de incentivos con fundamento en la propiedad intelectual y su espectro de protección, incluido el elemento de la exclusividad, que es un motor que promueve la innovación y desarrollo tecnológico, incentivando a nuevos empresarios y emprendedores a invertir tiempo y capital en el desarrollo de nuevos productos y servicios, generando trabajo y promoviendo la eficiencia del aparato productivo nacional. El sistema de patentes, reconoce unos derechos de propiedad privada y su facultad de uso exclusivo que nacen del esfuerzo e inversión de una determinada procedencia empresarial, incentivando la innovación a través de investigación y desarrollo de nuevas tecnologías para lo que es necesario que tanto los titulares de las patentes como sus competidores, inviertan recursos para el desarrollo de nuevas y mejores tecnologías de tal manera que puedan ser competitivos en el mercado.

La figura de las Patentes es la que más ataques recibe por parte de los detractores de la propiedad industrial como elemento coadyuvante de la libre competencia. Esto se debe a una terrible incompreensión de la naturaleza de los derechos derivados de las patentes y de conceptos básicos de derecho y economía. Esta visión recelosa del sistema de patentes considera que el hecho de otorgar una patente constituye un monopolio que distorsiona el mercado e impide a otros competidores a participar en éste. En este caso, existe un error conceptual grave, debido a que la patente imprime unos derechos de uso y explotación patrimonial exclusivos que incentivan la investigación y desarrollo de

nuevas tecnologías, fomentando la actividad inventiva aplicable a la solución de problemas industriales.

Por un lado, el otorgamiento de una patente no constituye un monopolio debido a que esta figura de propiedad industrial tiene el objetivo de proteger el derecho exclusivo de uso y explotación patrimonial del intangible protegido, mas no la exclusión de competidores del mercado relevante donde se ofertarán los productos derivados de esta patente. Por otro lado, el hecho de que exista un producto o procedimiento patentado, no significa que no puedan existir otros procedimientos o productos alternativos que igualmente gocen de la protección de una patente y actúen como sustitutos entre sí. Es inadmisibles confundir los derechos exclusivos sobre unos bienes intangibles con una posición monopólica en un mercado relevante. De todos modos, en el supuesto no consentido de que la propiedad intelectual genere monopolios, éstos no están prohibidos por el derecho de competencia.

La concepción de que las patentes generan un detrimento a la libre competencia, nace en gran parte del abuso de los derechos que se derivan de este tipo de propiedad. Este abuso consiste en el ejercicio aparentemente legítimo de un derecho de patente con la intención de causar daño a un tercero. En relación a las actividades económicas reguladas por el derecho de competencia, este abuso de derechos de patentes en efecto causa un detrimento a la libre competencia, debido a que se está desnaturalizando al ejercicio regular de los derechos de propiedad intelectual. La teoría del abuso del derecho, por lo tanto, reconoce el hecho de que el ejercicio natural de los derechos de propiedad intelectual no atenta contra la libre competencia. Actualmente las normas de derecho de la competencia tipifican al abuso de derechos de propiedad intelectual como una práctica anticompetitiva y desleal.

Hoy en día la mayoría de normas que regulan al derecho de competencia, reconocen la importancia de la protección de la propiedad intelectual, incluidas las patentes, para la consecución de la libre competencia en el mercado. El Acuerdo ADPIC, nos permite identificar la postura de los países miembros de la OMC frente a la propiedad industrial en las relaciones comerciales internacionales, a través de unos estándares mínimos de protección. En primer lugar se reconoce la importancia de la protección de la propiedad intelectual para que ésta, a través de su función económica y competitiva, permita el desarrollo de actividades comerciales en un ambiente de competencia efectiva.

Asimismo se reconoce la necesidad de propiciar un equilibrio entre el derecho de competencia y la propiedad intelectual para evitar el abuso de derechos en perjuicio de la libre competencia. Será deber de cada país miembro desarrollar la normativa necesaria para la aplicación de estos estándares mínimos.

En relación a la posición que ha adoptado el Estado ecuatoriano frente a las políticas y regulaciones en materia de competencia económica, nuestra Constitución ha planteado una normas generales que procuran el intercambio justo de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes. Si bien no se sanciona a las empresas grandes per se, la Constitución prohíbe las prácticas de monopolios y oligopolios privados, así como el abuso de poder de mercado y otras prácticas de competencia desleal.

En cuanto a la propiedad intelectual, si bien está reconocida y protegida por la Constitución, nada se ha dicho acerca de la relación de esta con el derecho de competencia. Esto se debe a que el artículo 336 de la Carta Magna establece un desarrollo más profundo del derecho de competencia a través de una Ley Especial.

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado es la ley especializada en materia de derecho de competencia en el Ecuador. El objeto de esta ley es prevenir y sancionar el abuso de poder de mercado y otras prácticas restrictivas de la libre competencia. Esta norma se ocupa de la regulación de la propiedad intelectual a través de la competencia desleal. Por un lado sanciona cualquier violación que exista de un derecho de propiedad intelectual, así como también sanciona el abuso de este tipo de derechos. Sin embargo, el tratamiento de la propiedad industrial sigue siendo insuficiente en nuestro ordenamiento jurídico, sobre todo en relación al sistema de patentes que tiene ciertas particularidades que deben regularse para asegurar la protección de los derechos de los titulares de patentes y sobre todo para promover la libre competencia.

Así como hemos podido identificar muy fácilmente la naturaleza complementaria de varias figuras de propiedad intelectual frente a la libre competencia, también existen otras que presentan un mayor grado de complejidad en la intersección entre ambas ramas del derecho. Es por este motivo que hemos identificado la necesidad de regular estos temas en el Reglamento para la aplicación de la LORCPM para evitar posibles conflictos entre los derechos de propiedad intelectual y la libre competencia. Las cuatro

áreas que hemos identificado que requieren una regulación más específica son: el licenciamiento exclusivo, las concentraciones en materia de propiedad industrial, la doctrina del patent misuse y la figura del patent pooling.

Para la regulación de estos cuatros aspectos que acabamos de mencionar, consideramos sumamente importante establecer unos criterios objetivos y técnicos que permitan a las autoridades administrativas encargadas de la regulación de estas materias, llevar a cabo un examen minucioso caso por caso de tal manera que se identifiquen los elementos anti competitivos que puedan existir, así como llegar a determinar los efectos reales de estas prácticas en el mercado. De esta manera se limita el ejercicio de los derechos de propiedad industrial dentro de su ámbito natural de protección, se limita la discrecionalidad de las autoridades administrativas y se puede determinar los efectos reales de estas prácticas en el mercado.

Con los criterios de análisis presentados en esta tesina podemos concluir que la propiedad industrial, principalmente las patentes, no atentan contra la libre competencia ni generan distorsiones en el mercado, por el contrario promueven los procesos competitivos incentivando la investigación y desarrollo de nuevas tecnologías, brindando herramientas efectivas para compartir conocimientos y aportes tecnológicos, permitiéndoles a los titulares de derechos de propiedad industrial percibir los frutos de sus esfuerzos, inversión y trabajo. Estas mismas herramientas trabajan a favor de los consumidores que tienen acceso a nuevos y mejores productos, que a su vez son creados a través de mecanismos que permiten el uso de patentes protegidas sin causar un detrimento a los derechos de los titulares de estas patentes, equilibrando la protección de los derechos de propiedad privada con los intereses generales de la libre competencia a través de procesos regulados de cooperación, propiciando el desarrollo socioeconómico de las naciones y de los individuos que se desarrollan en ellas.

5. BIBLIOGRAFÍA

ABA Section for Antitrust Law. *The Federal Antitrust Guidelines for the licensing of Intellectual Property Origins and Applications*. 2da. ed. Chicago: ABA, 2002.

Aboites, Jaime y Soria, Manuel. *Economía del Conocimiento y propiedad intelectual. Lecciones para la economía mexicana*. México: Siglo XXI Editores S.A., 2008.

Acosta, Alberto y Martínez, Esperanza (comp.). *El Buen Vivir: Una vía para el desarrollo*. Quito: Abya-Yala, 2009.

Adams, Walter. *The Bigness Complex*. 2da ed. Washington: Pantheon, 1986.

Aguilar Gorrondona, José Luis. *Cosas, bienes y derechos reales*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2007.

Álvarez Avendaño, Juan Antonio y Lizana Anguita, Claudio. *Dumping y Competencia Desleal Internacional*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Chile, 1995.

Anthony, Sheila F. *Antitrust And Intellectual Property Law: From Adversaries To Partners*. <http://www.ftc.gov/speeches/other/aipla.shtm#B.%20Mergers>. (acceso: 4/10/2013).

Arias García, Fernando. *Derecho de la competencia económica y derecho de marcas: ¿Una auténtica tensión jurídica?* <http://vlex.com/vid/competencia-marcas-autentica-tension-223723313> (acceso: 25/01/2013).

Badell Madrid, Rafael. *Congreso Internacional de Derecho Administrativo en Homenaje al Prof. Luis H Farías Mata*. Primera Edición. Caracas: Editorial Texto C.A., 2006.

Bauche García, Diego. *La empresa*. México: Editorial Porrúas S.A., 1983

Betancur, Belisario. “Aproximaciones al Derecho de Competencia”. *Derecho de la Competencia*. Bogotá: El Navegante Editores. 1998.

- Banco Interamericano de Desarrollo, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. “Derecho y Política de la competencia en América Latina”. *Exámenes Inter pares en Argentina, Brasil, Chile, México y Perú*. OCDE/BID, 2007.
- Bork, Robert. “The Rule of Reason and the Per se Concept: Price Fixing and Market Division”. *74 Yale law Journal*, (1965).
- Bouchoux, Deborah. *Intellectual Property. The law of trademarks, copyrights, patents, and trade secrets*. New York: Editorial Delmar Cengage Learning, 2004
- Bork, Robert. H. *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*. New Haven: Free Press.1978.
- Boyden Lamb, Robert. “The Role of Intellectual Property and Intangible Assets in Mergers and Acquisitions”. *Intellectual Property Assets in Mergers and Acquisitions*. Lanning Bryer y Melvin Simensky (eds.). New York: John Wiley & Sons, Inc., 2002.
- Bryer, Lanning G. y Lebson, Scott J. *Intellectual Property Assets in Mergers & Acquisitions*.
<http://www.wipo.int/export/sites/www/sme/en/documents/pdf/mergers.pdf> (acceso: 08/04/2014).
- Bugallo Montaña, Beatriz. *La interacción de los derechos de marcas y otros signos distintivos con el derecho de competencia en el sector de los bienes de consumo*. www.wipo.int/edocs/mdocs/...pi.../ompi_pi_mvd_11_ref_bugallo.pp. (acceso: 2106/2013).
- Bullard Gonzales, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las situaciones legales*. 2da edición. Lima: Palestra Editores S.A.C., 2009.
- Burge, David A. *Patent and Trademark Tactics and Practice*. 3ra. ed. New York: John Wiley & Sons, 1999.

- Cabanellas, Guillermo. *Derecho Antimonopólico y Defensa de la Competencia*. Bs. As: Editorial Heliasta S.R.L., 2005.
- Cabanellas, Guillermo. *Derecho de las patentes de invención*. 2da. ed. Buenos Aires: Heliasta, 2004.
- Celani, Marcelo y Stanley, Leonardo. *Política de competencia en América Latina*. Santiago de Chile: Naciones Unidas, 2003.
- Comisión Nacional de la Competencia de España. *Glosario: Competencia*. <http://www.cncompetencia.es/Inicio/FAQ/Glosario/tabid/101/Default.aspx?item=176#176> (acceso: 16/10/2013).
- Coston, William D. *The Patent-Antitrust Interface: Are There Any No-No's Today?* <http://www.venable.com/the-patent-antitrust-interface--are-there-any-no-nos-today/> (acceso: 05/04/2014).
- Cramer, Victor H. "The Supreme Court and Tying Arrangements: Antitrust as History". *Minnesota: L. Rev.* 1013. (1985).
- Creus, Antonio, et al. *Código de Derecho de la Competencia*. Madrid: La Ley, grupo Wolters Kluwer, 2006.
- Deller, Anthony William. *Patents and Monopolies by Peter Meinhardt. Book Review*. <http://www.jstor.org/stable/1335315> (acceso: 08/03/2014).
- De Marzo, Giuseppe. *Buen Vivir. Para una democracia de la tierra*. La Paz: Plural Editores, 2010.
- Diccionario de Derecho Comercial. Buenos Aires: Valleta Ediciones, 2000.
- Diccionario Jurídico.mx
(<http://www.diccionariojuridico.mx/?pag=vertermino&id=1678>) (acceso: 29/10/2013).

- Diccionario de la Real Academia de la Lengua.
<http://buscon.rae.es/drae/srv/search?val=monopolios> (acceso: 01/11/2013).
- Dobrusin, Eric M. y Krasnow, Ronald A. *Intellectual Property Culture: Strategies to Foster Successful Patent and Trade Secret Practices in Everyday Business*. 2da. ed. New York: Oxford University Press Inc., 2012.
- Esnaola, Maria. *Protección de la Libre Competencia. Tema 10/ D. Mercantil UNED*.
http://www.uned.es/cabergara/ppropias/derecho/m_esnaola/Mercantil_Turis/T10.Derecho%20de%20la%20Competencia.pdf. (acceso: 21/06/2013).
- Espinoza Espinoza, Juan. *Los Principios contenidos en el título preliminar del Código Civil peruano de 1984*. 2da. ed. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005.
- Feldman, Robin C. "Patent Misuse: From Inception to Modern Case Law". *Intellectual Property and Information Wealth: Issues and Practices*. Peter K. Yu (ed). Westport: Praeger Publishers, 2007.
- Feldman, Robin C. *The Insufficiency of Antitrust Analysis for Patent Misuse*.
http://repository.uchastings.edu/faculty_scholarship/162 (acceso: 30/03/2014).
- Fernández de Córdoba, Manuel. *Las licencias obligatorias de patentes en el Ecuador. Una breve referencia al caso de los medicamentos y al decreto presidencial 118*.
http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_15/iurisdiccion_015_011.pdf (acceso: 01/04/2014).
- Figuroa Yáñez, Gonzalo et al. *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas. Código Civil y Leyes Complementarias*. Tomo X. Segunda Edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- Flint, Pinkas. *Tratado de Defensa de la Libre Competencia: Estudio Exegético del D.L. 701. Legislación Doctrina y Jurisprudencia Regulatoria de la Libre Competencia*. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.

- Fox, Harold G. *Patents in Relation to Monopoly*. <http://www.jstor.org/stable/137287> (acceso: 27/02/2014).
- García Cuadrado, Antonio María. *El Ordenamiento Constitucional. Un enfoque histórico y formal de la teoría de la constitución y de las fuentes de derecho*. Alicante: Editorial Club Universitario, 2002.
- Gacía-Huidrobo, Vladimir. *Legislación sobre Propiedad Industrial: Análisis Jurisprudencia y Guía Práctica*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Chile, 1992.
- García, Jesús. *Un Juez obliga a retirar los genéricos de Viagra por vulnerar la patente*. http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/02/29/actualidad/1330545746_582694.html (acceso: 15/03/2014).
- García Pérez, Rafael. *Ley de Competencia Desleal. Jurisprudencia Comentada*. Pamplona, Editorial Aranzadi, SA., 2008.
- Garrigues, Joaquín. *Curso de derecho Mercantil*. Bogota: Editorial Temis, 1987.
- Ghidini, Gustavo. *Intellectual Property and Competition Law: the Innovation Nexus*. 2nd ed. Vol. 1. Cheltenham: Edwar Elgar Limited, 2006.
- Gilbert, Richard y Shapiro, Carl. *Antitrust Issues in the Licensing of Intellectual Property: The Nine No-No's Meet the Nineties*. http://www.brookings.edu/~media/Projects/BPEA/1997%20micro/1997_bpeamicr_o_gilbert.PDF (acceso: 05/04/2014).
- Glenlake/ Fitzroy Dearborn. *Corporate Finance. Mergers & Acquisitions*. Chicago: Fitzroy Dearborn Publishers, 2000.
- Glick, Mark, Lara A. Reymann y Richard Hoffman. *Intellectual Property Damages. Guidelines and Analysis*. New Jersey: John Wiley & Sons, Inc., 2003.
- Gómez Velasco, Xavier. *Patentes de invención y derecho de la competencia económica*. Abya-Yala; 2003.

- Gonzales, Zelva. *La Importancia De La Propiedad Intelectual*.
www.derechoecuador.com/zelva/gonzales/importancia_65436_000.856.html
(acceso: 12/09/2012).
- Goldstein, Paul. *The competitive Mandate: From Sears to Lear*.
<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol59/iss4/1> (acceso: 11/10/2013).
- Goldstein, Jorge A. "Biotechnology, patent pools and standards setting". *Patent Law and Theory: A Handbook of Contemporary Research*. Toshiko Takenak (ed).
Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2008.
- Gordon, Wendy J. "A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property". *New Heaven: The Yale Law Journal*, Vol. 102, No. 7, (1993).
- Grandy. C. "Original Intent and The Sherman Act: A Re-examination of the Consumer-Welfare Hypothesis". *Journal of Economic History*. (1993).
- Hall, Robert y Lieberman, Mark. *Microeconomía: Principios y Aplicaciones*. South Western/Thomson Editores S.A., 2005.
- Hewitt Pate R. *Antitrust and Intellectual Property*.
<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/200701.htm> (acceso: 05/04/2014).
- Journal of Libertarian Studies. "Against Intellectual Property".
http://mises.org/journals/jls/15_2/15_2_1.pdf. (acceso: 09/10/2013).
- Kaplow, Louis. "The Patent- Antitrust Intersection: A Reappraisal". *Boston: Harvard L. Rev.* (1984).
- Kinsella, Stephan. *Against Intellectual Property*. www.mises.org. (acceso: 01/04/2014).
- Kitch, Edmund W. "Elementary and Persistent errors in the economic analysis of intellectual property". *Vandebilt Law Review*, (2000).

- Kors, Jorge Alberto. “La Marca: Una Herramienta del Derecho de la Competencia”. *Temas de Derecho Industrial y de la Competencia: Derecho de Marcas*. Buenos Aires: Editorial de Ciencia y Cultura, 1999.
- Krattenmaker, Thomas G; Lande, Robert H. y Salop, Steven C. “Monopoly and market power in antitrust law”. *Georgetown Law Journal*, (1987).
- Krugman, Paul y Robin Wells. *Microeconomía: introducción a la economía*. Traducida por Sonia Benito Muela et al. Barcelona: Editorial Reverté, 2007.
- Larrain Ríos, Hernán. *Lecciones de Derecho Civil*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile., 1994.
- Lemley, Mark A. “The Economic Irrationality of the Patent Misuse Doctrine”. *California Law Review*. Vol. 78, No. 6 (1990).
- Letwin, William. *Law and Economic Policy in America: The Evolution of the Sherman Antitrust Law*. Chicago: University of Chicago Press. 1965.
- Luis Ortiz Blanco y Álvaro Ramos Gómez. *Derecho de la Competencia europeo y español: curso de iniciación*. Volumen VI. Madrid: Editorial Dykinson, 2005.
- Mankiw, Gregory. *Principios de Economía*. Madrid: Cengage Learning Editores S.A., 2009.
- Marín Sevilla, Marcelo, Julio Durand Carrión et al. *Régimen de Competencia. Digesto ecuatoriano. Toda la regulación de competencia, con comentarios a las principales normas*. Primera Edición. Quito: Universidad de los Hemisferios y Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Medero, Rosario. “Cómo la regulación en competencia de los servicios públicos puede aumentar el bienestar de los uruguayos”. *Servicios Públicos: Aportes hacia una política de Estado*. Vergara, Mario y Sanseviero Rafael (COORDS). Montevideo: Proyecto Agenda Uruguay, 2001.

- Meinhart, Peter. *Patents and Monopolies*. <http://www.jstor.org/stable/1335315> (acceso: 02 de abril de 2014)
- Merges, Robert; Menell, Meter y Lemley, Mark. *Intellectual Property in the New Technological Age*. 4ta ed. New York: Aspen Publisehers, 2006.
- Miller, Samuel R. *Antitrust Pitfalls in Intellectual Property Licensing*. [http://www.law.berkeley.edu/files/Antitrust Pitfalls in Intellectual Property Licensing.pdf](http://www.law.berkeley.edu/files/Antitrust_Pitfalls_in_Intellectual_Property_Licensing.pdf) (acceso: 10/11/ 2013).
- Miranda, Alfonso; citado por Arias García, Fernando. *Derecho de la competencia económica y derecho de marcas: ¿Una auténtica tensión jurídica?* Principia Iuris- Núm. 11, Enero 2009.
- Morales Hernández, Alfredo. *Compendio de Derecho Mercantil I: introducción, empresa, empresario, auxiliares del empresario*. Caracas: Universidad Andrés Bello, 2004.
- Morales Hernández, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil. Tomo 1*. 9na Edición. Caracas: Editorial Texto, C.A. Universidad Andrés Bello, 2004.
- Nicholson, Walter. *Teoría Microeconómica: Principios Básicos y Ampliaciones*. México D.F.: Cengage Learning Editores. S.A., 2007.
- Núñez, Javier. *Las patentes de reválida: estado de situación jurisprudencial ante el fallo Unilever*. <http://www.inpi.gov.ar/pdf/comentario%20a%20unilever.pdf>. (acceso: 26/10/2013).
- Organización Mundial del Comercio. *Acuerdo de la Ronda Uruguay*. http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_01_s.htm (acceso: 24/10/2013).
- OMPI. *La competencia y las patentes*. OMPI Servicios. <http://www.wipo.int/patent-law/es/developments/competition.html>. (Acceso: 19/06/2013).

- OMPI. *La concesión de licencias sobre derechos de P.I.* http://www.wipo.int/sme/es/ip_business/licensing/licensing.htm. (acceso: 4/11/2013).
- OMPI Patenscope. *¿Qué es una patente?* http://www.wipo.int/patentscope/es/patents_faq.html#patent (acceso 26/02/2014)
- O'Farrel, Miguel y Bensadon, Martín. *Derechos Intelectuales: Jurisprudencia Argentina por la Aplicación del ADPIC*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2001.
- O'Farrel, Ernesto. *Derechos Intelectuales. Patentes y Medicamentos*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1988.
- Ortiz Blanco, Luis y Ramos Gómez, Álvaro. *Derecho de la Competencia europeo y español: curso de iniciación. Volumen VI*. Madrid: Editorial Dykinson, 2005.
- Otamendi, Jorge. *Derecho de Marcas*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. S.A., 1999.
- Pachón, Fernando. *La Marca y la Apariencia Distintiva*. [www.derechoecuador.com /index.php?option=com_content&view=article&id=2455:la-marca-y-la-apariencia-distintiva&catid=27:derecho-de-autor-y-propiedad-intelectual&Itemid=420](http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=2455:la-marca-y-la-apariencia-distintiva&catid=27:derecho-de-autor-y-propiedad-intelectual&Itemid=420). (Acceso: 12/08/11).
- Parkin, Michael. *Economía*. Sexta Edición. Mexico: Pearson Educación, 2004
- Pérez, María Cecilia. *Tribunal de Justicia de la CAN, propiedad intelectual y salud pública*. Quito: Editorial ABYA- YALA.
- Pérez Gómez, Alberto. *El Control de las Concentraciones de Medios de Comunicación: Derecho Español y Comparado*. Madrid: Dykinson S. L., 2002.
- Pérez Sánchez, Paloma y Sobredo Galanes, Asunción. *Industria Farmacéutica y Patentes*. Madrid: Registro de la Propiedad Industrial. 1990.

- Pires de Carvalho, Nuno. *The TRIPS Regime of Patent Rights*. Third Edition. New York: Kluwer Law International, 2010.
- Pires de Carvalho, Nuno. *The TRIPS Regime of Trademarks and Designs*. Second Edition. New York: Kluwer Law International, 2011.
- Pires De Carvalho, Nuno. *The TRIPS Regime of Antitrust and Undisclosed Information*. 1st ed. Vol. 1. The Hague: Kluwer Law International, 2008.
- Pitofsky, Robert. “Challenges of the New Economy: Issues at the Intersection of Antitrust and Intellectual Property.” *Antitrust Law Journal*. Vol 68, (2001).
- Piva de Andrade, Gustavo. *Derechos Intelectuales. Propiedad Intelectual y Derecho Antitrust*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007.
- Posner, Richard. *Antitrust Law: an Economic Perspective*. Chicago: University of Chicago Press 1976.
- PUCE Perú. *Jurisprudencia Regulatoria de la Libre Competencia*. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.
- Raysman, Richard, et al. *Intellectual Property Licensing: Forms and Analysis*. New York: ALM Media, Inc, 1999.
- Recondo, Ricardo Gustavo. *Tercer Seminario Regional sobre Propiedad Intelectual para Jueces y Fiscales de América Latina. Tendencia de la Jurisprudencia en Argentina*. Antigua: OMPI, 25 a 29 de octubre, 2004.
- Rippe, Siegbert y Elsa Rivanera de Pais. “Los mercados integrados, la libre competencia y la lucha contra las concentraciones en la jurisprudencia europea”. *Chile y el Mercosur en América Latina: VI Encuentro Internacional de América del Sur*. Santiago: Universidad de Chile y Editorial Jurídica de Chile, 1999.
- Roldán Xopa y Mena Labarthe. *Competencia Económica, Estudios de Derecho, Economía y Política*. Mexico: Editorial Porrúa, 2007.

Ruiz, Gonzalo. "Definición de Mercado Relevante y Políticas de Competencia". *Themis. Revista de Derecho No. 41* (2000).

Sáiz Gonzales, J. Patricio. *Propiedad Industrial y revolución Liberal: Historia del sistema español de patentes (1759-1929)*. Madrid: Oficina española de patentes y marcas, 1995.

Schlossberg, Robert S. *Mergers and Acquisitions. Understanding the Antitrust Issues*. http://books.google.com.ec/books?id=yKFqO5PH7hkC&pg=PA346&dq=intellectual+property+in+mergers+and+acquisitions&hl=en&sa=X&ei=SLpIU_SrJO7gsATN-IKQAw&redir_esc=y#v=onepage&q=intellectual%20property%20in%20mergers%20and%20acquisitions&f=false (acceso: 10/04/2014).

Senplades. *El Buen Vivir en la Constitución del Ecuador*. <http://plan.senplades.gob.ec/3.3-el-buen-vivir-en-la-constitucion-del-ecuador>. (acceso: 27/10/2013).

Silverman, Arnold B. Patent Misuse: Limitations on a Patentee's Rights. *Journal JOM*, 44 (8). (1992).

Shapiro, Carl. *Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools, and Standard Setting*. <http://www.jstor.org/stable/25056143> (acceso: 06/04/2014).

Shapiro, Carl. *Patent Licensing and R & D Rivalry*. <http://www.jstor.org/stable/1805565> (acceso: 02 de abril de 2014).

Sherwood, Robert. *Propiedad Intelectual de Desarrollo Económico*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L, 1992.

Specto, Horacio. *Derechos Intelectuales. Lineamientos de una teoría justificatoria de los derechos de Propiedad Intelectual e Industrial*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1988.

- Suñol Lucea, Aurea. *El Secreto Empresarial. Un estudio del artículo 13 de la ley de competencia desleal*. Pamplona: Editorial Arazandi, 2009.
- Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. *Qué es la libre competencia*. www.sic.go.co/libre-competencia (acceso: 15/01/2013).
- The Harvard Law Review Association. *Is the Patent Misuse Doctrine Obsolete?* <http://www.jstor.org/stable/1342051> (acceso: 10/04/2014).
- Toro Hardy, José. *Fundamentos de la teoría económica: Conceptos de micro y macroeconomía*. Caracas: Editorial Cognition, 2012.
- UNCTAD. *Competition Policy and the exercise of Intellectual Property Rights*. http://unctad.org/en/docs/c2clpd68_en.pdf. (acceso: 20/06/2013).
- UNCTAD. *International Investment Instruments: A Compendium, Volume 13*. Geneva: United Nations Publication, 2005. Pág. 149.
- United Nations Commission on International Trade Law. *Yearbook. Vol. 31*. (2000).
- Urbano Salerno, Marcelo. *Las Patentes de Invención como instrumento jurídico para la Innovación. Derecho Intelectuales*. Tomo 6. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994.
- Velandia, Mauricio. *Derecho de la Competencia y del Consumo Competencia Desleal; abuso de la posición de dominio; carteles restrictivos; actos restrictivos; integraciones económicas y protección al consumidor*. Bogotá: Editorial Universidad Externo. 2011.
- Veleiro Reboredo, Belén. *Mercado y Competencia*. Madrid: El Derecho Editores, 2010.
- Vera, Luis Alberto. *Recursos Administrativos Y Propiedad Intelectual En El Ecuador*. Quito: Corporación De Estudios Y Corporaciones. 2004.

Wipo. *Compulsory licensing of pharmaceuticals and TRIPS*.
http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/public_health_faq_e.htm. (acceso:
25/10/2013).

WIPO. *Patentscope*. (<http://patentscope.wipo.int/search/en/result.jsf>). (acceso:
10/10/2013).

World Intellectual Property Organization. *¿Qué es la Propiedad Intelectual?*
www.wipo.int/freepublications/es/inproperty. (acceso: 10/01/2013)

Zuccherino, Daniel R. y Mitelman, Carlos O. *Marcas y Patentes en el GATT*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot S.A., 1997.

Zuccherino, Daniel, con colaboración de Carlos Mitelman. *Patentes de Invención. Introducción al Estudio de su Régimen Legal*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1998.

Jurisprudencia:

Extranjera:

CNFed. Civ. y Com. Sala III, *Caso Televideo Systems Inc. c/ DNPI”, L.L.*, Causa No. 1994-C-326, de 17 de marzo de 1994, citado por Daniel R. Zuccherino y Carlos O. Mitelman. *Marcas y Patentes en el GATT*. Abeledo-Perrot S.A.. Buenos Aires

CNFed. Civ. y Com., *Destiladora Internacional Otard Dupuy c/ Dufour y Cía, S.A.*, Causa No. *E.D.*, 116-641, Sala III, de 11 de diciembre de 1984, citado por Daniel R. Zuccherino y Carlos O. Mitelman. *Marcas y Patentes en el GATT*. Abeledo-Perrot S.A.. Buenos Aires.

United States District Court D. Colorado, *Caso Valmont Industries, Inc V. Yuma Manufacturing Company*, Causa No. 296 F.Supp. 1291 (1969), de 06 de marzo 6 de 1969.

Sentencia No. 20 de la Corte Constitucional italiana. *Derechos Intelectuales, tomo 2*. Editorial Astrea, Buenos Aires.

Illinois Tool Works Inc. v. Independent Ink, Inc., 547 U.S. 28 (2006).

Plexo normativo

Constitución de la República del Ecuador. Preámbulo. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

Ley de Propiedad Intelectual. Registro Oficial Suplemento 426 de 28 de diciembre de 2006.

Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículos. Registro Oficial No. 697 de 07 de mayo de 2012.

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. (1994). Registro Oficial No. 853 de 02 de enero de 1996.

Protocolo de Adhesión del Ecuador al Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio. Registro Oficial No. 853 de 02 de enero de 1996.

Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones. Registro Oficial No. 258 de 02 de febrero de 2001.

Sherman Act. de los Estados Unidos de América 1. (15 U.S.C. ss1).

Sherman Act. de los Estados Unidos de América 2. (15 U.S.C. ss2).