

**SALIDAS A LA TENSIÓN ENTRE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA**



DIANA KATHERINE BELLO
HÉCTOR IVÁN GUTIÉRREZ
RAQUEL MURILLO ARIZA

**TRABAJO DE GRADO PRESENTADO COMO REQUISITO PARA
OPTAR POR EL TÍTULO DE ESPECIALISTAS EN DERECHO
COMERCIAL**

DIRECTOR: CAMILO GÓMEZ

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
Facultad de Ciencias Jurídicas
Departamento de Derecho Privado
Bogotá, Noviembre de 2015

Dedicatoria

A nuestros padres.

A nuestros hijos Cristina y Jerónimo.

Tabla de contenido

I. Introducción.....	4
II. Prácticas anticompetitivas que surgen a raíz de la adquisición y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual	7
III. Examen del uso de las licencias obligatorias destinadas a corregir prácticas anticompetitivas.	14
IV. La intervención del Estado: Una salida conciliada.....	20
V. Conclusiones	24
VI. Bibliografía	25

I. Introducción

En materia de Propiedad Intelectual (en adelante “PI”) la tendencia legislativa sugiere el sometimiento deliberado de un activo intelectual al control exclusivo de los titulares del derecho. Por su parte, el Derecho de la Competencia (en adelante “DC”) propende por la superación de las barreras del mercado en procura del mayor beneficio de los consumidores, incentivando la competencia entre los proveedores de bienes y servicios en el mercado. De allí la tensión entre la PI y el DC, que todos los días cobra más relevancia como consecuencia de su regulación masiva a escala mundial.

Atender esta relación impone desafíos importantes en materia de diseño de políticas públicas, en especial para los países en desarrollo, porque éstos tienen escasa tradición en la aplicación de políticas y leyes en materia de competencia. El análisis de la mencionada relación abarca el impacto de una serie de normas vinculadas con la adquisición y el ejercicio de los Derechos de Propiedad Intelectual e Industrial (en adelante “DPI”) que influyen de manera directa sobre la entrada al mercado y su correspondiente efecto en los consumidores. Este conjunto de normas, es lo que se conoce como la “política de competencia” de un país, las cuales consideran las diversas formas de intervención estatal que afectan la adquisición y utilización de los DPI.

“Se advierte así una primera dificultad en la relación entre propiedad intelectual y libre competencia: una protección excesivamente débil de aquélla frustra a uno de los principales instrumentos de competencia lícita y deseable, como es la creación intelectual y tecnológica; una protección demasiado fuerte opera como obstáculo a la utilización de tecnologías y otros

bienes inmateriales, por las empresas que compiten a través de tal uso, y crea zonas innecesariamente amplias de ausencia de competencia efectiva.”¹

Los países en desarrollo aplican de manera limitada su propio enfoque en materia de derecho de la competencia y DPI. Debido a la falta de legislación se limita la capacidad de corregir prácticas anticompetitivas vinculadas con la PI, su implementación, o incluso la creación de políticas que traten la relación PI-competencia.

Por lo anterior, considerar una política de competencia más amplia en los países de desarrollo, puede asegurar el uso pro-competitivo de los DPI, que dé cabida a criterios claros para el tratamiento de la adquisición y el uso anticompetitivo de los mismos.

Cuando se analiza la relación entre la legislación sobre PI y las políticas de competencia, deben tomarse en consideración elementos de orden territorial. Este es el caso de los países en desarrollo, que se ven abocados a asumir estándares de protección de PI de países desarrollados, como condición *sine qua non* para preservar su permanencia o acceder a mercados de mayor envergadura en el contexto de los Tratados de Libre Comercio.

Según Roffe², la política de competencia tiene importantes consecuencias para el análisis de su interacción con las políticas de PI. En primer lugar, los

¹ Obtenido de World Intellectual Property Organization. La propiedad intelectual y la libre competencia. Reunión Regional de Directores de Oficinas de Propiedad Industrial y de Oficinas de Derecho de Autor de América Latina- organizada por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), en el siguiente enlace: www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/OMPI_jpi.../OMPI_jpi_bue_06_8.doc

² Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia. Correa Castro, Carlos. Universidad de Buenos Aires. Argentina. Pp.12.

diferentes organismos estatales pueden asumir roles procompetitivos, con independencia de los organismos específicos de observancia de la legislación en materia de competencia. En segundo lugar, dichos roles son importantes no sólo con respecto a las prácticas privadas, sino a las distorsiones competitivas que introduzcan los diversos cuerpos gubernamentales. Por ejemplo, los defectos en los procedimientos de examen y otorgamiento de patentes han originado la proliferación de patentes triviales, lo cual surte efectos perjudiciales sobre la competencia. *“Si bien es posible que los tribunales corrijan algunas de las distorsiones originadas por tales fallas, su intervención puede ser demasiado costosa y tardía”*³.

En este punto, es menester resaltar lo señalado por el *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de la OMC* (en adelante “ADPIC”): *“Podrá ser necesario adoptar 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”*⁴. Es esta la disposición que reconoce el derecho del país miembro de someter el derecho de propiedad intelectual a leyes en materia de competencia.

En el presente documento se abordarán tres temas específicos: (i) Análisis de las prácticas anticompetitivas que surgen a raíz de la adquisición y ejercicio de

³ Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia. Correa Castro, Carlos. Universidad de Buenos Aires. Argentina. Pp.12.

⁴ Organización Mundial del Comercio. Acuerdo sobre los Aspectos sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. Artículo 8,2.

los derechos de propiedad intelectual, (ii) Examen del uso de las licencias obligatorias destinadas a corregir prácticas anticompetitivas, (iii) La intervención del Estado: Una salida conciliada y (iv) Conclusiones.

II. Prácticas anticompetitivas que surgen a raíz de la adquisición y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual

Un aspecto fundamental al momento de establecer la relación entre la propiedad intelectual y el derecho de la competencia, es la medida en la cual un tercero puede estar autorizado a utilizar el derecho inmaterial protegido, sin la anuencia del titular del mismo.

Generalmente, en los países que ostentan un gran avance legislativo en estos temas, se acepta que ser titular de DPI no confiere de manera automática poder de mercado en sí. El criterio que predomina es que la PI y las leyes de competencia son complementarias, es decir, que ambas están destinadas a promover la innovación y la competencia.

Sin embargo, el respeto de los DPI se condiciona a suponer que la PI se ha obtenido de manera adecuada. Los problemas surgen cuando la PI se ha obtenido de manera inapropiada o cuando no se merecen.

En el caso de las *patentes*, los efectos anticompetitivos que surgen del otorgamiento las mismas, ha sido objeto de preocupación creciente en los últimos tiempos. Por ejemplo, se observó que *“la creciente corriente de patentes biotecnológicas ha generado preocupación por estar siendo otorgadas con demasiada facilidad y amplitud. Demasiadas patentes que*

cubren demasiado terreno no sólo perjudican la competencia, sino que también reprimen la innovación, ya que toda investigación posterior se tornará más riesgosa, más difícil o más cara”⁵. Sin embargo, el problema no se limita a las patentes biotecnológicas, sino que se extiende a otros campos, como el farmacéutico y software.

De conformidad con lo previsto en el artículo 52 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones, *“la patente confiere a su titular el derecho de impedir a terceras personas que no tengan su consentimiento, realizar cualquiera de los siguientes actos: a) Cuando en la patente se reivindica un producto: i) Fabricar el producto; ii) Ofrecer en venta, vender o usar el producto; o importarlo para alguno de estos fines; y, b) Cuando en la patente se reivindica un procedimiento: i) Emplear el procedimiento; o ii) Ejecutar cualquiera de los actos indicados en el literal a) Respecto a un producto obtenido directamente mediante el procedimiento”*.

Las patentes y los derechos que estas otorgan, se han convertido en el escenario de prácticas anti-competitivas cada vez más frecuentes, que son abordadas con preocupación por países como Estados Unidos, *“porque, en ciertos aspectos, el sistema de patentes se encuentra desequilibrado con respecto a la política de la competencia. Patentes, estándares y procedimientos jurídicos de baja calidad que pueden surtir, de manera inadvertida, efectos anticompetitivos, pueden producir un poder de mercado injustificado, y aumentar los costos de manera irrazonable. Tales efectos*

⁵ Correa, Carlos M. Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia. Explorando algunos temas de Relevancia para los países en Desarrollo. Universidad de Buenos Aires, Argentina. Pp. 28.

pueden perjudicar la competencia que, de manera contraria, estimularía la innovación”⁶.

La situación en la Oficina de Patentes Estadounidense, demuestra la debilidad de los procesos de examen en materia de patentes, y los posibles abusos por parte de hábiles solicitantes que desean adquirir patentes como herramienta anticompetitiva, y no como recompensa de sus genuinas innovaciones. *“La FTC ha observado que las normas de la US Patent and Trademark Office (en adelante “USPTO”) incluyen presunciones que tienden a favorecer la emisión de una patente: si el examinador no produce un caso prima facie, el aspirante no tiene obligación alguna de presentar pruebas de no obviedad.”⁷*

La patente se otorga sobre la base de un examen que, a menudo, se limita a documentos de patentes previas, y que solo confiere una presunción de validez que puede ser objetada por terceros en las mismas oficinas de patentes o en los tribunales. En tal escenario, si ambas partes de un litigio producen pruebas de igual peso y relevancia, quien tenga la carga probatoria, pierde.⁸

El aumento del número de solicitudes de patentes y la laxitud de los estándares de patentabilidad han originado la proliferación de patentes de baja calidad en algunos países. Esto ha incentivado la presentación de solicitudes sobre desarrollos triviales, lo cual, por ejemplo, en la industria farmacéutica se conoce como “perpetuación de las patentes” o “Evergreening”. Esta última

⁶ Correa, Carlos M. Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia. Explorando algunos temas de Relevancia para los países en Desarrollo. Universidad de Buenos Aires, Argentina. Pp. 29.

⁷ Correa, Carlos M. Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia. Explorando algunos temas de Relevancia para los países en Desarrollo. Universidad de Buenos Aires, Argentina. Pp. 28. Pág 42.

⁸ Correa, Carlos M. Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia. Explorando algunos temas de Relevancia para los países en Desarrollo. Universidad de Buenos Aires, Argentina. Pp. 43

consiste en adquirir patentes sobre desarrollos menores o insignificantes, con el propósito de extender la duración de los derechos de exclusividad más allá del periodo original de veinte años.

Otro aspecto de gran impacto en la libre competencia, son las prácticas reiterativas de registro de “paquetes de patentes” efectuadas por las compañías, en torno a una tecnología o un producto dado. Por ejemplo en el campo farmacéutico se adquieren diez o más patentes sobre el mismo principio activo, aun luego de haber entrado en el dominio público. La acumulación de patentes puede ser el resultado de diversos incentivos, como por ejemplo:

1. Ampliar inadecuadamente el poder de mercado, a partir de reivindicaciones legítimas de patentes a patentes ilegítimas.
2. Forzar a una parte a conceder licencias sobre patentes que habría preferido evitar o alrededor de la que hubiera innovado.
3. Reducir el incentivo de un competidor para impugnar patentes individuales, pues dado (el costo de objetar patentes) aumenta con la cantidad de patentes incluidas, una firma puede verse incentivada a incluir patentes débiles en el paquete.
4. Uso indebido de patentes, si el paquete se utiliza para ampliar el poder monopólico de una firma desde el espacio cubierto por una patente fuerte al espacio que abarcan las patentes fuertes y débiles conjuntamente.

En los tribunales estadounidenses se ha considerado que los paquetes mandatorios de licencias son anticompetitivos, sin embargo, en algunos casos

podría decirse que pueden reducir los costos de transacción dado que no hay necesidad de negociar licencias individuales.

Los bajos estándares de patentabilidad y la expectativa de adquirir derechos de patentes para acosar a los competidores aumentan la posibilidad de “abusos de procedimientos”. El abuso de proceso es: “la situación bajo la cual una persona utiliza el procedimiento gubernamental, y no el resultado de ese proceso, como herramienta anticompetitiva..., por ejemplo, presentando un gran número de solicitudes de patentes que no están adecuadamente fundadas, que reivindican la tecnología de terceros, o que son frívolas”⁹.

La FTC ha presentado algunas propuestas para tratar los efectos anticompetitivos de las concesiones de patentes, y se han presentado en el Congreso de EE.UU proyectos de ley para reformar la ley de patentes y mejorar su calidad. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante la “OCDE”) ha sugerido una serie de medidas contra el patentamiento de invenciones triviales:

1. Exámenes más estrictos: Se rechazarían las solicitudes de patentes de baja calidad.
2. Reducción de aranceles una vez que se otorga una patente (no siendo así en caso de ser rechazada): Un descuento de esta naturaleza incentivaría a los beneficiarios de las patentes a realizar una auto-selección, de manera tal que el número de solicitudes de baja calidad disminuiría.

⁹ Correa, Carlos M. Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia. Explorando algunos temas de Relevancia para los países en Desarrollo. Universidad de Buenos Aires, Argentina. Pp. 31.

3. Protección de patentes de segundo nivel: Aumentar el uso de los sistemas denominados “modelos de utilidad” como alternativa a las patentes tradicionales para invenciones menores y menos novedosas.
4. Crear una alternativa creíble de dominio público: por ejemplo, incentivar a las compañías a publicar sus invenciones en sitios de internet específicos a bajo costo, cuando el único propósito del patentamiento es evitar que otros patenten primero.

Respecto al ejercicio abusivo de los derechos de propiedad intelectual, se evidencia en el ejercicio desmedido de los DPI ya que también pueden implicar una conducta anticompetitiva. En particular, es posible utilizar *medidas preliminares* para impedir, eficazmente, la legítima competencia. Por este motivo los tribunales estadounidenses y europeos han adoptado, por lo general, un perfil cauteloso al momento de otorgar medidas cautelares en causas sobre patentes. Es así que las medidas de observancia deben permitir la protección de intereses legítimos, pero, al mismo tiempo, deben brindar protección contra abusos que puedan distorsionar injustificadamente la competencia.

En Estados Unidos, el concepto de abuso de procedimientos se puede aplicar en los casos en que hay abuso de los procedimientos legales. Los abusos de procedimientos violan el art. 2º de la Ley Sherman, o el art. 1º de dicha Ley, si lo hacen conjuntamente. El art 2º de la Ley Sherman se puede aplicar cuando un juicio se basa en DPI adquiridos de manera fraudulenta, o sobre una teoría legal claramente incorrecta, sobre la base de derechos validos que, se conocen, son inaplicables, o cuando el demandante sabía que no existía infracción.

Como antecedente jurisprudencial en Estados Unidos, se tiene el caso “Professional Real Estate Investors, Inc., et al., vs. Columbia Pictures Industries, Inc., et al.”¹⁰, en el que la Corte Suprema fijó un estándar elevado al admitir la existencia de un abuso de poder. El juez Stevens sostuvo:

“La distinción entre un litigio “fraudulento” y uno genuino no es siempre, o exclusivamente, la diferencia entre una conducta legal o ilegal; litigios que son objetivamente razonables puede, aun así, violar la ley. Por ejemplo, la exitosa aplicación, por parte de un fabricante, de contratos de mantenimiento de precios de reventa, disposiciones restrictivas dentro de una licencia para el uso de una patente o marca, o el alquiler un equipo pueden evidenciar, o incluso constituir, violaciones a las leyes antimonopólicas. Por otro lado, el hecho de que un juicio fraudulento haya perjudicado gravemente a un competidor no significa necesariamente que haya violado la Ley Sherman... El inusual demandante que logra probar un abuso de procedimiento debe, aun así, satisfacer los rigurosos elementos de una demanda antimonopólica.”¹¹

¹⁰ Ibídem. Pág. 39.

¹¹ Ibídem. Pág. 39.

III. Examen del uso de las licencias obligatorias destinadas a corregir prácticas anticompetitivas.

Las prácticas anticompetitivas pueden corregirse o restringirse a través de las *licencias* que se reputan como obligatorias, ya sea en los DPI como en el derecho de la competencia. El art. 31 (k) del Acuerdo sobre los ADPIC, habla, de manera explícita, sobre el otorgamiento de dichas licencias.¹²

A diferencia de otras licencias obligatorias que el Acuerdo permite y siguiendo la práctica previas estadounidense en el caso de prácticas anticompetitivas: a) No es necesario negociar una licencia voluntaria previamente con el titular de la patente; b) Al determinar el monto de la remuneración, se puede tener en cuenta la necesidad de corregir prácticas anticompetitivas; c) El beneficiario de la licencia obligatoria no está sujeto a la limitación impuesta por el art. 31 (f), En cuanto a que la licencia se destinará, fundamentalmente, al abastecimiento del mercado local del miembro que la concede.

La existencia de prácticas anticompetitivas también se considera motivo para conceder licencias obligatorias bajo las leyes de Chile (1991), Argentina (1995) y los países del Grupo Andino (Decisión 486, 2000), entre otros. En

¹² Artículo 31 (k): los Miembros no estarán obligados a aplicar las condiciones establecidas en los apartados b) y f) cuando se hayan permitido esos usos para poner remedio a prácticas que, a resultas de un proceso judicial o administrativo, se haya determinado que son anticompetitivas. La necesidad de corregir las prácticas anticompetitivas se podrá tener en cuenta al determinar el importe de la remuneración en esos casos. Las autoridades competentes tendrán facultades para denegar la revocación de la autorización si resulta probable que las condiciones que dieron lugar a esa autorización se repitan.

particular, existe una larga experiencia en la aplicación de tal recurso en los Estados Unidos¹³.

“Estados Unidos ha liderado el mundo en la concesión de licencias obligatorias para restaurar la competencia cuando se han encontrado violaciones de las leyes antimonopólicas o cuando se han negociado conciliaciones en causas por prácticas antimonopólicas con anterioridad a la emisión de un fallo”¹⁴.

En los Estados Unidos, las causas para otorgar licencias obligatorias bajo el derecho de la competencia han incluido el uso de las patentes como base para fijar precios o para la formación de carteles que limitan la entrada de productos, la consumación de fusiones que se concentran el mercado (en los cuales las patentes tienen un rol importante), y prácticas que extienden el alcance de las restricciones de las patentes más allá de los límites de la materia patentada. Recientemente, dicho país ha concedido licencias obligatorias como parte del proceso de análisis de fusiones y para tratar otras situaciones anticompetitivas.

A pesar de la amplia experiencia de los Estados Unidos en el uso de licencias obligatorias como recurso anticompetitivos, *Reichman* observa que la interfase entre el derecho antimonopólico y el derecho sobre la propiedad intelectual es más rígido en ese país que en la Comunidad Europea, en parte, porque aquél

¹³ Así lo indicaron Scherer y Watal (2002) a quienes Correa, Carlos M. Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia cita en: Explorando algunos temas de Relevancia para los países en Desarrollo. Universidad de Buenos Aires, Argentina. Pp.41

¹⁴ Correa, Carlos M. Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia. Explorando algunos temas de Relevancia para los países en Desarrollo. Universidad de Buenos Aires, Argentina. Pp. 28. Pág. 41

no ha adoptado la doctrina europea de abuso de posición dominante¹⁵. En la CE, las licencias obligatorias se han otorgado en casos vinculados con patentes y derechos de autor, como se observó anteriormente.

Cabe destacar que el efecto que surte sobre la competencia el otorgamiento de una o más licencias obligatorias depende de la estructura del mercado y de las condiciones de competencia en particular. *“En algunos casos, la participación en el mercado que los titulares de las licencias pueden obtener puede ser pequeña e, incluso, insignificante, en vista de la reputación y la presencia dominante del titular de la patente en el mercado”*¹⁶. Por lo tanto, el otorgamiento de licencias obligatorias debe estar acompañado de otras medidas para que pueda promover la competencia de manera eficaz.

*“En el caso de las patentes (tanto de invención como de modelo de utilidad) el Estado concede un monopolio de explotación en contraprestación de la divulgación del contenido técnico de la invención. El Estado se interesa también por que la invención beneficie, de la mejor manera posible, a la sociedad, y es por eso que impone la obligación de explotar la patente que ha concedido (...)”*¹⁷

Durante cierto tiempo en algunos países la falta de explotación se sancionaba con la pérdida del derecho. La tendencia actual consiste en que la falta de

¹⁵ Correa, Carlos M. Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia. Explorando algunos temas de Relevancia para los países en Desarrollo. Universidad de Buenos Aires, Argentina. Pp. 28. Pág. 42

¹⁶ Correa, Carlos M. Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia. Explorando algunos temas de Relevancia para los países en Desarrollo. Universidad de Buenos Aires, Argentina. Pp. 28. Pág. 44

¹⁷ Castro García, Juan David. La propiedad industrial- ed. Universidad Externado de Colombia-2009. Colombia.

explotación se sancione con la imposición de una licencia forzada de explotación a favor de terceros.

La Decisión 486 de 2000, prevé en el artículo 59 que *“el titular de la patente está obligado a explotar la invención patentada en cualquier País Miembro, directamente o a través de alguna persona autorizada por él”*. A su vez, el artículo 60 de esta misma Decisión, define la explotación como *“la producción industrial del producto objeto de la patente o el uso integral del procedimiento patentado junto con la distribución y comercialización de los resultados obtenidos, de forma suficiente para satisfacer la demanda del mercado. También se entenderá por explotación la importación, junto con la distribución y comercialización del producto patentado, cuando ésta se haga de forma suficiente para satisfacer la demanda del mercado.”*

*“Las licencias obligatorias son, principalmente, cuatro: la licencia por falta de uso, la licencia por razones de salud pública, la licencia por razones de desarrollo económico y la licencia por dependencia.”*¹⁸

Específicamente la licencia obligatoria en razón de prácticas contrarias a la libre competencia constituye una respuesta del Estado a aquellos titulares de derechos de patente que realizan conductas que, sin estar relacionadas directamente con el ejercicio natural del derecho de propiedad industrial, atentan contra la libre competencia. En particular, las vinculadas con el abuso de posición dominante.

¹⁸ Castro García, Juan David. La propiedad industrial- ed. Universidad Externado de Colombia-2009. Colombia. Pp. 314.

El otorgamiento de este tipo de licencia será posible luego de que se produzca la calificación oficial sobre el atentado contra la libre competencia que constituye la conducta del titular de la patente que desea sancionar.

En la fijación de la indemnización que se deberá pagar en contrapartida del otorgamiento de la licencia, la administración tiene en cuenta que, en el fondo, este tipo de licencia constituye una sanción contra una persona que ha atentado contra el normal desarrollo de la economía. De la misma manera, la administración está en condiciones de denegar la revocación de la licencia si existen razones para creer que las conductas que originaron la licencia se pueden repetir¹⁹.

El artículo 61 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina dispone:

Artículo 61.- Vencido el plazo de tres años contados a partir de la concesión de la patente o de cuatro años contados a partir de la solicitud de la misma, el que resulte mayor, la oficina nacional competente, a solicitud de cualquier interesado, otorgará una licencia obligatoria principalmente para la producción industrial del producto objeto de la patente o el uso integral del procedimiento patentado, sólo si en el momento de su petición la patente no se hubiere explotado en los términos que establecen los artículos 59 y 60, en el País Miembro donde se solicite la licencia, o si la explotación de la invención hubiere estado suspendida por más de un año.

¹⁹ Castro García, Juan David. La propiedad industrial- ed. Universidad Externado de Colombia-2009. Colombia. Pp. 318.

Es decir que la licencia obligatoria no será concedida si el titular de la patente justifica su inacción con excusas legítimas, incluyendo razones de fuerza mayor o caso fortuito, de acuerdo con las normas internas de cada País Miembro.

Ahora bien, establece tal decisión de la Comunidad Andina de Naciones que, solo se concederá licencia obligatoria cuando quien la solicite hubiere intentado previamente obtener una licencia contractual del titular de la patente, en términos y condiciones comerciales razonables y este intento no hubiere tenido efectos en un plazo prudencial.

Las licencias obligatorias se pueden utilizar en los casos de *licencias cruzadas*, que limitan indebidamente la competencia, en particular cuando involucran tecnologías sustitutas (es decir, tecnologías que, real o potencialmente, compiten entre sí) independientemente de sus características intrínsecas. Los efectos anticompetitivos del licenciamiento cruzado pueden surgir de la connivencia tacita entre rivales o de la determinación de los niveles de pagos de regalías, aun en ausencia de una coordinación tacita o explicita, dado que “*el acuerdo de licenciamiento cruzado simplemente modifica los incentivos de las compañías de manera tal que se asegure que el equilibrio no coordinado es menos competitiva que antes*”²⁰.

Finalmente, es posible que no se necesite una licencia obligatoria para tratar una situación anticompetitiva cuando se admiten *importaciones paralelas* (cuando un producto es importado a un país sin la autorización del titular del

²⁰ Correa, Carlos M. Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia. Explorando algunos temas de Relevancia para los países en Desarrollo. Universidad de Buenos Aires, Argentina. Pp. 28. Pág. 44

derecho o de sus licenciarios), siempre y cuando el titular del derecho, su licenciario u otra persona autorizada, hayan puesto legítimamente en el mercado de otro país.

IV. La intervención del Estado: Una salida conciliada.

La intervención del Estado adopta gran importancia en el conflicto entre la propiedad intelectual y la libre competencia, no en forma de intervencionismo limitante de la libre dinámica del mercado, sino como sendero para su tránsito. El estado actual de las cosas sugiere la necesidad de ponderar las prácticas de libre competencia con el acceso de terceros actores al mercado. El sistema estatal deberá proteger los derechos e incentivos de quienes inyectan a la industria desarrollos técnicos de alto nivel inventivo, otorgando las correspondientes recompensas temporales de exclusividad para su explotación económica.

Así entonces, sin que signifique el decaimiento de la motivación del inventor, menester es que el Estado propenda por la participación controlada de terceros en mercados que antes eran monopólicos, o a lo menos oligopólicos.

No puede ser la negativa a tratar de agentes aislados, un obstáculo para la libertad del mercado. Allí es donde debe recaer la tarea fundamental de las autoridades de competencia, en la labor de identificar las denominadas *instalaciones esenciales* y no esenciales, donde el tercero competidor ingrese a la práctica competitiva, v.gr. a través de licencias obligatorias que le permitan competir con quien en algún momento ostentaba su exclusividad.

Países en vía de desarrollo, como Colombia, ambicionan el acrecimiento de nuevas tecnologías que lo acerquen al primer mundo. Para ello, debe abrirse campo a la lucha bien remunerada de la capacidad inventiva nacional, así como a la promoción de la inversión extranjera directa que permita la transferencia de tecnología a nuestro país.

Sobresalen dos vías conducentes para su logro efectivo: i) El estudio pormenorizado y estricto de las especies registrables por parte de las autoridades de propiedad intelectual, en particular en materia de patentes; y (ii) Mantener la exclusividad -en el tiempo- de la invención, para su explotación económica, sin perjuicio de las licencias obligatorias bien remuneradas para el inventor primigenio.

Por estudio pormenorizado, nos referimos al análisis detallado de las especies cuyo registro se pretende, ello con el objeto de asegurar su innovación, su nivel inventivo, especificidad y aplicabilidad industrial. Deben impedirse los registros de invenciones amplias y triviales, pues aquellas abarcan gran parte del mercado sin reportarle verdadera utilidad a sus destinatarios.

De otro lado, debe mantenerse la exclusividad relativa de su explotación económica, propendiendo por el acceso de terceros con capacidad calificada de efectuar un verdadero desarrollo del estado del arte existente, quienes deberán pagar una cuota de acceso a las instalaciones existentes y el desarrollo técnico-científico de sus competidores.

En este punto, a fin de evitar el aprovechamiento indiscriminado de los denominados -en materia económica- *free riders*, o “gorreros”, quienes

podrían pretender acceder al estado del arte de otros sin asumir costo alguno, ora económico o por su escaso desarrollo de la técnica, deberá demostrar ante la autoridad de patentes correspondiente, la capacidad inventiva y vanguardista de sus creaciones, con virtualidad para competir con los registrantes prístinos.

Por lo anterior, no basta asegurar el cobro de una cuota para el levantamiento de las barreras de entrada, sino que es tarea primordial el estudio de las calidades de patentabilidad de determinada especie.

Valga traer a colación en este punto las reflexiones de la OCDE , que ha sugerido una serie de medidas contra el patentamiento de invenciones triviales: i) Examen más estricto: se desalentarían las solicitudes de patentes de calidad pobre, existiendo una baja probabilidad de ser concedidas; ii) Reducción de aranceles una vez se otorga una patente (no siendo así en caso de ser rechazada): un descuento de esta naturaleza incentivaría a los beneficiarios de las patentes a realizar una autoselección, de manera tal que el número de solicitudes de baja calidad disminuiría; iii) Protección de patentes de segundo nivel: aumentar el uso de los sistemas denominados “modelos de utilidad” como alternativa a las patentes tradicionales para invenciones menores y menos novedosas (ese tipo de sistema ha estado funcionando por mucho tiempo en muchos países; recientemente fue modernizado en Australia); iv) Crear una alternativa creíble de dominio público: por ejemplo, incentivar a las compañías a publicar sus invenciones en sitios de Internet específicos a bajo costo, cuando el único propósito del patentamiento es evitar

que otros patenten primero (práctica conocida como patentamiento defensivo)²¹.

Como lo sugiere tal organización, cuando no sea dable la competencia cabeza a cabeza entre patentes de invención, podrán concederse a lo menos el acceso a modelos de utilidad que permitan aprovechar el avance en el estado del arte de determinada técnica.

Así entonces, la intervención del Estado no debe entenderse *per se* como proteccionismo o garantismo exacerbado, pero tampoco como una contravención a las máximas constitucionales del libre mercado, de la libre concurrencia y la competencia, pues quien inventa ya goza de la exclusividad (relativa) para su explotación económica, y ahora, de implementarse en forma masiva el modelo antes descrito, contará también con los pagos de terceros para el aprovechamiento de sus *instalaciones* y su desarrollo inventivo.

²¹ Correa, Carlos M. Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia. Explorando algunos temas de Relevancia para los países en Desarrollo. Universidad de Buenos Aires, Argentina. Pp. 28. Pág. 43

V. Conclusiones

1. En punto al vértice de la tensión entre la defensa de los derechos inherentes a la Propiedad Intelectual y el Derecho de la Competencia, es deber del Estado intervenir, de manera apenas necesaria, en la definición de los derechos propios del derecho inmaterial adquirido por su creador.
2. Los mecanismos de intervención implican más que una tarea regulatoria. Implican acoger la experiencia del caso por caso (por vía jurisprudencial), y medios alternativos de nivelación de cargas y derechos a través de las licencias obligatorias (bien remuneradas para el creador), importaciones paralelas, patentes de segundo uso, etc..
3. Deben establecerse criterios estrictos para el registro de las invenciones, de tal forma que pueda evitarse el registro de invenciones triviales, derivaciones simples de patentes, bloqueo de la competencia mediante el registro de “paquetes de patentes”, etc.
4. La nivelación de cargas debe partir del plano de la desigualdad, pues quien es titular de los derechos de invención, siempre deberá contar con privilegios particulares que incentiven la creación la capacidad inventiva de los competidores.

VI. Bibliografía

Libros

- Antequera Parilli, Ricardo. Estudios de Derechos de Autor y Derechos Afines. Editorial Reus S.A. 2007.
- Bello Martín Crespo, María del Pilar. Hernández Rodríguez, Francisco. Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español. Editorial Aranzadi S.A. 2009.
- Cárdenas Pérez, Pablo Emilio. Comentarios sobre Propiedad Intelectual. Editorial Cosmos J.P.A. 2003.
- Castro García, Juan David. La propiedad Industrial. Editorial Universidad Externado de Colombia. 2009.
- Correa Carlos. Patentes y Competencia. Editorial Rubinzal – Culzoni. 1996.
- Correa, Carlos M. Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia. Explorando algunos temas de Relevancia para los países en Desarrollo. Universidad de Buenos Aires, Argentina, 2007.
- Genovesi, Mariano. Propiedad Intelectual, Competencia y Aspectos Regulatorios del Medicamento. Determinantes internacionales y política pública. Editorial Pontificia Universidad Javeriana. 2013.
- Gerber, David J. Competencia Global: Derecho, Mercados y Globalización. Editorial Temis S.A. 2012.
- Herrera Osorio, Fredy Andrei. Derecho de Autor y Derechos Conexos en Colombia. Panamericana Formas e impresos S.A. 2004.
- Roca, Santiago. Propiedad Intelectual y Comercio en el Perú. Editorial Esan. 2007.

- Sanchez Aristi, Rafael. La propiedad intelectual sobre las obras musicales. Editorial Comares.2005.
- Vega Vega, José Antonio. Protección de la Propiedad Intelectual. Editorial Reus. 2002.

Tratados Internacionales:

- Comunidad Andina. Decisión 486 del año 2000. Régimen Común sobre Propiedad Industrial.

Referencias electrónicas

- La propiedad intelectual y la libre competencia. Reunión regional de directores de oficinas de propiedad industrial y de oficinas de derecho de autor de américa latina- organizada por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi_jpi.../ompi_jpi_bue_06_8.doc -

