



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

Distr.
GENERAL

TD/B/COM.2/CLP/10
30 de marzo de 1999

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO
Comisión de la Inversión, la Tecnología
y las Cuestiones Financieras Conexas
Grupo Intergubernamental de Expertos en
Derecho y Política de la Competencia
Ginebra, 7 de junio de 1999
Tema 3 i) del programa provisional

CONSULTAS SOBRE EL DERECHO Y LA POLÍTICA DE LA COMPETENCIA,
EN PARTICULAR LA LEY MODELO Y LOS ESTUDIOS RELACIONADOS
CON LAS DISPOSICIONES DEL CONJUNTO DE PRINCIPIOS Y NORMAS

Informe preliminar sobre las modalidades de aplicación
de la política de la competencia al ejercicio
de los derechos de propiedad intelectual

Resumen del informe preliminar

Los derechos de propiedad intelectual, dimanantes de patentes, derechos de autor, marcas de fábrica o de comercio, etc., contribuyen de manera importante a fomentar la innovación y a consolidar el crecimiento económico. Estos derechos confieren a sus titulares la posibilidad de excluir a otras partes, durante un lapso de tiempo limitado, de los beneficios derivados de nuevos conocimientos y, más concretamente, de la utilización comercial de los productos y métodos innovadores que estén basados en nuevos conocimientos. Con la atribución de la exclusividad jurídica, los derechos de propiedad intelectual pueden conferir también a sus titulares la capacidad de ocupar una posición de dominio sobre el mercado, por lo menos mientras no existan tecnologías y productos análogos que establezcan límites viables. El ejercicio de ese dominio puede dar lugar a insuficiencias en materia de distribución. Los beneficios que se derivan de los derechos de propiedad intelectual están directamente relacionados con la duración del alcance de esos derechos. Por lo común, determinar la duración y el alcance de los derechos de propiedad intelectual no es una de las funciones de los formuladores de la política de la competencia, pero esta política contribuye ciertamente de manera importante a limitar la amplitud del dominio relacionado con los derechos de propiedad intelectual y garantiza en particular que ese dominio no sea excesivamente amplio, ni sea utilizado como factor de influencia, ni se haga extensivo a otros mercados no conexos. De hecho, las patentes no confieren el derecho de impedir la competencia entre productos patentados. A este respecto, la política de la competencia contribuye a limitar los abusos monopolísticos relacionados con el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual. Desempeña esta función al impedir que las empresas titulares de derechos de propiedad intelectual hagan uso de prácticas que pongan trabas a la competencia.

ÍNDICE

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
1. Introducción	1	4
2. Contribución de los derechos de propiedad intelectual al fomento de la innovación	2 - 3	4
3. Los derechos de propiedad intelectual y el equilibrio entre la eficiencia distributiva y la eficiencia dinámica	4 - 7	5
4. La política de la competencia y el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual	8 - 26	6
5. El Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, la política de defensa de la competencia y los derechos de propiedad intelectual	27 - 28	13
6. Recomendaciones relativas a la labor futura	29 - 31	13

1. Introducción

1. En su primer período de sesiones celebrado del 29 al 31 de julio de 1998, el Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la competencia pidió a la secretaría de la UNCTAD que preparara, para la reunión subsiguiente, un informe preliminar sobre las modalidades de aplicación de la política de la competencia al ejercicio de los derechos de propiedad intelectual ¹ (apartado c) del párrafo 7 de las conclusiones convenidas aprobadas por el Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia (TD/B/COM.2/CLP/5)). Sobre la base del presente informe preliminar, las delegaciones quizás desearán dar a la secretaría orientaciones suplementarias sobre la manera de elaborar la versión definitiva del informe, además de proporcionarle informaciones sobre los regímenes y procedimientos nacionales relacionados con la aplicación de la política de la competencia al ejercicio de los derechos de propiedad intelectual.

2. Contribución de los derechos de propiedad intelectual al fomento de la innovación

2. Los derechos de propiedad intelectual, dimanantes de patentes ², derechos de autor ³, marcas de fábricas o de comercio ⁴, etc., contribuyen de manera importante a fomentar la innovación y a consolidar el crecimiento económico. Estos derechos confieren a sus titulares la posibilidad de excluir a otras partes, durante un lapso de tiempo limitado, de los beneficios derivados de nuevos conocimientos y, más concretamente, de la utilización comercial de los productos y métodos innovadores que estén basados en nuevos conocimientos. La capacidad de excluir temporalmente a otros del goce de los posibles beneficios derivados de la innovación puede estimular a individuos y a empresas a utilizar recursos financieros y humanos para actividades de investigación y desarrollo y costosas actividades que permiten obtener nuevos descubrimientos, productos innovadores y nuevos métodos de producción.

3. Cuando no exista la protección jurídica que representan los derechos de propiedad intelectual, las empresas rivales pueden aprovecharse de los resultados positivos de las inversiones en investigación y desarrollo e imitar y explotar comercialmente las nuevas invenciones ⁵. Los derechos de propiedad intelectual contribuyen también a promover la difusión y la aplicación comercial de la propiedad intelectual. De hecho, es de prever que las empresas se sentirán más inclinadas a transferir nuevas técnicas e inversiones cuando exista un grado suficiente de certeza jurídica en una actividad en la que se comparten valiosas ideas innovadoras. En algunos casos, incluso en ausencia de los derechos de propiedad intelectual, algunas empresas tienen también la posibilidad de impedir que las empresas competidoras tengan acceso a sus innovaciones. En estos casos, los derechos de propiedad intelectual no son necesarios para resarcirse de las inversiones realizadas. Ahora bien, no siempre es posible impedir que otras empresas compartan conocimientos técnicos. Además, las actividades destinadas a guardar secretos estos conocimientos pueden exigir un dispendio considerable de recursos. Cuando los derechos de propiedad intelectual no están

sólidamente basados, es de prever que exista cierta tendencia a asignar recursos a actividades innovadoras que puedan guardarse secretas con mayor facilidad.

3. Los derechos de propiedad intelectual y el equilibrio entre la eficiencia distributiva y la eficiencia dinámica

4. Al atribuir la exclusividad jurídica, los derechos de propiedad intelectual pueden conferir también a sus titulares la capacidad de ocupar una posición de dominio en el mercado ⁶, por lo menos cuando no existan técnicas y productos análogos que constituyan limitaciones viables. El ejercicio de una posición de dominio puede dar lugar a ineficiencias en materia de distribución: los propietarios de derechos exclusivos determinarán probablemente los volúmenes de producción teniendo en cuenta las situaciones más competitivas en los mercados de bienes y servicios en los que tengan reconocidos dichos derechos. Obrarán así a fin de conseguir los mayores beneficios posibles. Por consiguiente, si se aumenta el suministro de dichos bienes y servicios, se acrecentará el bienestar social gracias a una distribución más eficiente de los recursos. Ahora bien, se ha observado ⁷ que los derechos de propiedad intelectual, si bien hacen posible excluir a las empresas rivales de la explotación de las técnicas patentadas y de los productos y métodos derivados, no otorgan necesariamente a sus titulares una posición de dominio en el mercado ⁸. De hecho, las técnicas que se pueden considerar, por lo menos hasta cierto punto, como posibles técnicas de sustitución dan indicaciones efectivas acerca de la capacidad de los titulares de los derechos de propiedad intelectual para fijar los precios de sus productos por encima de niveles competitivos. Solamente cuando no se disponen de técnicas alternativas, puede decirse que los derechos de propiedad intelectual confieren a sus titulares posiciones de monopolio en los correspondientes mercados, apropiadamente definidos ⁹.

5. El ejercicio de derechos exclusivos de propiedad intelectual que confieren un poder de monopolio, factor de ineficiencia distributiva en ausencia de técnicas y productos competidores, está manifiestamente en pugna con lo que se considera en la mayoría de los casos como el objetivo principal de la política de la competencia: mantener una situación de competencia para conseguir una distribución eficiente de los recursos, precios más bajos y un surtido más amplio para el consumidor. Ahora bien, la política de la competencia reconoce que, en determinadas circunstancias, la sociedad puede beneficiarse de restricciones limitadas del mercado, de beneficios monopolísticos y de la ineficiencia distributiva a corto plazo cuando es posible probar que se da así impulso a una eficiencia dinámica y a un crecimiento económico a largo plazo ¹⁰. Este equilibrio, que los formuladores de la política de la competencia han de evaluar en múltiples sectores (fusiones, empresas mixtas, etc.), es evidentemente un aspecto capital de la relación entre la política de la competencia y la protección de la propiedad intelectual: la ineficiencia a corto plazo es el precio que la sociedad habrá de pagar para beneficiarse de los frutos del crecimiento económico a largo plazo ¹¹.

6. Si bien la necesidad de reconocer derechos exclusivos a fin de fomentar la innovación es un principio que goza de relativa aceptación, definir los límites de estos derechos plantea una cuestión más compleja y delicada. Se corre siempre el riesgo de reducir el bienestar social si se conceden exclusividades comerciales excesivas y se permiten beneficios extraordinarios en comparación con los que serían necesarios para resarcirse de las inversiones realizadas y tener estímulos suficientes.

7. Los beneficios que se derivan de los derechos de propiedad intelectual están directamente relacionados con la duración y el alcance de esos derechos. Por lo común, determinar la duración y el alcance de los derechos de propiedad intelectual no es una de las funciones de los formuladores de la política de la competencia ¹². Ahora bien, la política de la competencia tiene la importante función de limitar la amplitud de la posición de dominio relacionada con los derechos de propiedad intelectual y garantiza en particular que esta posición no sea excesivamente amplia ni sea utilizada como factor de influencia en mercados no conexos. En realidad, las patentes no confieren el derecho de excluir la competencia entre los diferentes productos patentados. A este respecto, la política de la competencia contribuye a limitar los abusos monopolísticos relacionados con el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual. Actúa así al impedir que las empresas titulares de derechos de propiedad intelectual concurrentes empleen tácticas anticompetitivas.

4. La política de la competencia y el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual

8. Muchas autoridades reguladoras de la competencia aplican al ejercicio de los derechos de propiedad intelectual un régimen análogo al de otras formas de propiedad. Sin embargo, median diferencias entre la consideración atribuida al mayor riesgo inherente al libre aprovechamiento de los derechos de propiedad intelectual y el hecho de que la propiedad intelectual pueda ser objeto de apropiación más fácil ¹³. Además, las prácticas anticompetitivas se evalúan en muchos casos teniendo en cuenta sus efectos tanto sobre los productos como sobre los mercados de tecnología. De hecho, limitar la competencia entre tecnologías rivales tiene efectos sociales reductores que son paralelos a los que producirían restricciones aplicadas a los mercados de productos.

9. Otro principio importante de la política de la competencia con relación al reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual, coherente con el criterio general adoptado en todos los demás sectores de aplicación, es el de establecer una distinción neta entre los efectos horizontales y los efectos verticales de los acuerdos de licencia. Es probable que las prácticas horizontales, que tienen como resultado la coordinación de actividades entre competidores efectivos o potenciales, tendrán efectos negativos sobre la competencia y el bienestar social. Existe un comportamiento anticompetitivo relacionado con el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual entre competidores directos, por ejemplo, cuando los titulares de técnicas sustituibles conciertan acuerdos de licencia recíproca que son acuerdos encubiertos de cartelización con objeto de fijar de común acuerdo precios

para los productos (competidores) y para los servicios que utilizan estas técnicas ¹⁴. Estos pactos son análogos a los acuerdos, que no están necesariamente circunscritos al sector de la propiedad intelectual, que son considerados por la mayoría de las jurisdicciones como las formas más perjudiciales del comportamiento anticompetitivo.

10. También pueden tener efectos perjudiciales sobre la competencia otros tipos de acuerdos horizontales entre titulares de tecnologías rivales, entre ellas las empresas mixtas. Sin embargo, es más probable que estos tipos de acuerdos guarden relación con la eficiencia (la obtención de economías de escala, la eliminación de duplicaciones en investigación y desarrollo, etc.), que tienen como resultado un beneficio social neto. Como lo hacen en relación con otras prácticas horizontales, las autoridades reguladoras de la competencia evalúan estos tipos de acuerdos teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada caso, analizando las condiciones básicas del mercado, entre ellas el grado de concentración y la intensidad relativa de los obstáculos que se oponen a la entrada en el mercado. Por lo común, la parte del mercado ocupada por las empresas que utilizan las licencias es un elemento particularmente importante del análisis. Cuando los titulares de las licencias ocupan pequeñas partes del mercado, es menos probable que se hagan sentir efectos negativos sobre la competencia.

11. Por lo demás, los acuerdos verticales (es decir, las restricciones entre los titulares de los derechos de propiedad intelectual y las empresas que utilizan estos derechos como elementos de su actividad) se consideran con frecuencia como instrumentos destinados a coordinar los estímulos a los concesionarios con el interés de los titulares de derechos de autor, a fin de reducir los costos de las transacciones, los comportamientos oportunistas y el aprovechamiento gratuito tanto por parte de los titulares de derechos de autor como por parte de los concesionarios ¹⁵. Una excepción general respecto de la posición generalmente más indulgente acerca de los acuerdos verticales de licencia se aplica, en casi todas las jurisdicciones, a las prácticas que tienen por objeto fijar el precio de reventa de los bienes o de los servicios con elementos de propiedad intelectual. La fijación vertical de los precios (mantenimiento del precio de reventa) está prohibida en casi todas las jurisdicciones, incluso en el marco de acuerdos de licencia de tecnología. Es de prever que los acuerdos verticales tendrán como resultado efectos anticompetitivos y socialmente reductores cuando se impongan a los concesionarios por empresas que ocupan en el mercado una posición sólida y sin rival. Es necesario que, para ser considerado como acuerdo vertical, las partes en un acuerdo de licencia sean empresas no competidoras efectiva o potencialmente. Es difícil en muchos casos hacer esta valoración pues los titulares tienen con frecuencia los medios necesarios para crear independientemente nuevas tecnologías y, por consiguiente, son competidores potenciales en realidad.

12. La función de control que la política de la competencia desempeña en relación con el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual reviste particular importancia en el examen de los efectos anticompetitivos de los contratos de licencia (relativos a la transferencia o el intercambio de derechos sobre la utilización de la propiedad intelectual) con cláusulas de

exclusividad o cláusulas restrictivas. Las opiniones coinciden en que transferir la propiedad intelectual mediante licencia tiene por lo general efectos benéficos. Se facilitan así la difusión de la innovación tecnológica y de los conocimientos técnicos y su explotación por empresas que pueden gozar de una mayor ventaja comparativa. La eficiencia de los métodos de producción puede aumentar y la calidad del producto puede mejorar cuando las tecnologías se utilizan de manera complementaria. Además, licenciar tecnología patentada acrecienta los beneficios obtenidos por los titulares de los derechos de la propiedad intelectual y estimula a las empresas a aumentar las inversiones en investigación y desarrollo. De hecho, se reducirá el beneficio social si se obliga a los innovadores y a los titulares de derechos de propiedad intelectual a realizar actividades directas de producción y comercialización y no se les permite transferir sus conocimientos técnicos a terceros que estén en mejores condiciones de fabricar y comercializar los bienes y servicios objeto de licencia.

13. Sin embargo, la transferencia de tecnología patentada puede suponer para la competencia restricciones excesivas e innecesarias, según las disposiciones contractuales que se hayan concertado y las condiciones reinantes en el mercado. A continuación se examinan someramente los efectos favorables o contrarios a la competencia de los cuatro tipos más frecuentemente utilizados de restricciones contractuales (en el informe definitivo se hará un análisis más completo de las restricciones de la concesión de licencias, entre ellas la negativa a concederlas, la fijación de precios excesivos, etc.). En virtud de estas restricciones se establece la exclusividad territorial, se negocia en exclusiva, se imponen exigencias de vinculación y se prevén prestaciones recíprocas. Se utilizan con frecuencia como instrumentos para facilitar la transferencia de tecnología, pero en determinadas circunstancias pueden tener también como resultado una restricción abusiva de la competencia.

14. Cuando se examinan las restricciones en la concesión de licencias, se evalúa en principio cuáles serían las consecuencias en cada uno de los mercados si se prohibieran las restricciones. Prohibir las restricciones contractuales puede tener como consecuencia elemental que los titulares decidan que no conviene autorizar el empleo de las tecnologías correspondientes y prefieran integrarse verticalmente en la producción directa o bien tomen la decisión de no explotarlas comercialmente. El otro resultado previsible, por ejemplo, obligar al titular a emprender actividades de aplicación, puede tener en definitiva como resultado una reducción del beneficio social. Como parte del análisis de las autoridades reguladoras de la competencia, se realiza en muchos casos una evaluación de las alternativas posibles en caso de prohibición de las restricciones contractuales.

Exclusividad territorial e importaciones paralelas

15. Cuando es posible dividir los mercados en territorios bien delimitados y bloquear o limitar suficientemente las corrientes comerciales a fin de mantener los precios al nivel más elevado que cada mercado puede soportar, los titulares de derechos prefieren atribuir la exclusividad a un solo beneficiario de cada zona (región, ciudad o todo el país). Existen dos

modalidades diferentes de exclusividad territorial: la versión "abierta" y la versión "cerrada". En virtud de la exclusividad territorial abierta, el derecho contractual se atribuye al titular exclusivo de una zona determinada, sin protección frente a la competencia ejercida por los importadores paralelos que obtienen sus productos de los titulares de otras zonas ¹⁶. La exclusividad territorial cerrada otorga el derecho exclusivo y completo de venta dentro de un territorio. En el caso de la exclusividad territorial cerrada, está prohibido realizar importaciones paralelas y éstas no son un factor de competencia para los productos distribuidos por el titular exclusivo local.

16. Se ha puesto de relieve ¹⁷ que el titular de derechos de propiedad intelectual que divide el mercado entre diferentes concesionarios, cada uno de los cuales tiene un territorio exclusivo, no crea un poder monopolístico suplementario. Ejerce ya derechos exclusivos en cada zona (o país) en que se han establecido zonas de exclusividad territorial. De hecho, las exclusividades territoriales pueden obedecer a razones distintas, algunas de ellas no relacionadas con un comportamiento anticompetitivo, y pueden favorecer la eficiencia y el bienestar del consumidor. Reducir la competencia entre distribuidores del mismo producto puede ser condición necesaria para intensificar la competencia entre marcas diferentes. Por ejemplo, es posible que los concesionarios locales deban efectuar inversiones sustanciales para promover productos que han sido introducidos recientemente en el mercado y que son desconocidos todavía por la mayoría de los consumidores. Pueden hacerlo, por ejemplo, mediante campañas de publicidad, la distribución de muestras gratuitas de los productos, la organización de exposiciones temporales, etc., o bien mediante el perfeccionamiento de los productos objeto de licencia a fin de adaptarlos a la demanda local. La exclusividad territorial puede impedir que otros concesionarios se aprovechen gratuitamente de estas inversiones ¹⁸.

17. En el caso de un número limitado de productos, la exclusividad territorial abierta puede dar como resultado un rendimiento suficiente de las inversiones realizadas por los concesionarios exclusivos locales. Sin embargo, cuando los obstáculos comerciales son limitados y los gastos de transporte no son importantes, los importadores paralelos pueden realizar un volumen considerable de ventas, lo que reduce la posibilidad para los concesionarios locales de resarcirse de los costos en el país. Por otra parte, la exclusividad territorial cerrada puede tener como resultado el establecimiento de márgenes dobles excesivos por los concesionarios, en perjuicio de los titulares de los derechos de propiedad intelectual. De hecho, los concesionarios que disponen de un poder monopolístico pueden reducir la producción y establecer precios excesivamente elevados, en detrimento de toda la estructura vertical: fijar precios más bajos gracias a una mayor coordinación vertical tendría como resultado mayores beneficios tanto para los titulares de las licencias como para los concesionarios. Con las importaciones paralelas, los concesionarios exclusivos ven limitada su capacidad de imponer márgenes excesivos. Si los precios son demasiado elevados, las importaciones paralelas pueden ejercer sobre los precios una influencia a la baja.

18. Otra consideración importante en favor del reconocimiento de la exclusividad territorial por los titulares de derechos de propiedad intelectual es la posibilidad de beneficiarse de la discriminación en materia de precios. En particular, cuando las regiones o países tienen elasticidades de demanda diferentes, fijar precios diferentes en zonas diferentes puede tener como resultado un aumento de la rentabilidad total. Más concretamente, los beneficios totales se acrecientan cuando se fijan precios más elevados en las zonas en las que la demanda es más inelástica. Ahora bien, con la discriminación en materia de precios internacionales, los objetivos nacionales de la política de la competencia, es decir, aumentar al máximo el bienestar de los ciudadanos de un país, pueden divergir del objetivo del bienestar global. Desde una perspectiva social internacional, las licencias exclusivas para diversos países se pueden utilizar, como ya se ha mencionado, para conseguir una discriminación en materia de precios y pueden estar asociadas, por consiguiente, a los efectos de intensificación de la eficiencia, a causa de la consiguiente expansión mundial de la producción. Sin embargo, desde la perspectiva del país de precios más elevados, la eliminación de la exclusividad territorial (o bien, como mínimo, de la prohibición de importaciones paralelas) puede tener como resultado beneficios netos, en particular cuando los titulares de los derechos de propiedad intelectual están domiciliados en el extranjero. De hecho, la competencia hará bajar los precios, con consecuencias beneficiosas para el conjunto de la sociedad, a la vez que los costos de menores estímulos para innovar se distribuirán entre todos los países. Esta observación se aplica en particular a los países que son importadores netos de tecnología, como lo es la mayoría de los países en desarrollo. Por consiguiente, puede ser una decisión totalmente racional la de prohibir las restricciones territoriales y otras formas de las restricciones de licencia.

19. Ahora bien, es importante tener en cuenta las consecuencias de los intentos destinados a impedir la discriminación internacional de precios: puede ocurrir que las empresas transnacionales prefieran abstenerse de conceder licencias para la explotación de sus tecnologías. Además, se ha afirmado ¹⁹ que la discriminación internacional de precios y la prohibición de realizar importaciones paralelas benefician sobre todo a los países en desarrollo porque las empresas de países más industrializados (y más ricos) pueden establecer precios más bajos en los mercados más pobres sin tener que reducir también sus precios en los mercados ricos. De este modo, las empresas transnacionales abastecen mercados que no habrían sido aprovisionados si los precios se hubieran fijado obligatoriamente de manera uniforme ²⁰.

20. Otra consecuencia de la exclusividad territorial es el hecho de que puede facilitar también la aplicación de acuerdos encubiertos de cartelización. Por ejemplo, empresas competidoras titulares de un número considerable de patentes relativas a una clase concreta de productos pueden ponerse de acuerdo para conceder licencias exclusivas a una empresa de propiedad conjunta, que repartirá luego el mercado entre las empresas asociadas según zonas de exclusividad territorial. Un acuerdo de esta índole tendrá claramente como resultado una reducción sustancial de la competencia porque se aplicará a empresas que de otro modo (en ausencia del acuerdo de licencia) habrían competido directamente entre sí y no se aplicará a empresas que operan en distintos planos de la estructura vertical de producción.

21. Crear zonas de exclusividad territorial puede ser también un instrumento directo para facilitar la colusión entre los titulares de licencia rivales y facilita la vigilancia de las violaciones de los acuerdos de cartelización. De hecho, para los titulares de licencia rivales puede ser difícil ponerse de acuerdo a fin de fijar los precios de los cánones relativos a las tecnologías objeto de licencia y ello puede facilitar un acuerdo sobre los precios de los productos definitivos suministrados por sus concesionarios. La exclusividad territorial hace posible una vigilancia más fácil de los precios definitivos de los concesionarios. La aplicación de las restricciones territoriales por los formuladores de la política de competencia depende claramente de la motivación efectiva de su uso en cada caso concreto y de su efecto probable. En particular cuando estos acuerdos no parecen tener como resultado una eficiencia apreciable, sino que forman más bien parte de un plan destinado a conseguir la cartelización del mercado, es de prever que sean negativos sus efectos sobre la competencia y el bienestar social. En cambio, si se utilizan para oponerse a la libre competencia, para corregir las asimetrías en materia de información entre titulares de derechos y concesionarios o para conseguir la discriminación de precios, sus efectos de carácter social son más inciertos y dependen en buena parte de la concentración del mercado y de los obstáculos que se opongan a la entrada.

Explotación en exclusiva

22. Los acuerdos de explotación en exclusiva impiden que los concesionarios fabriquen productos con el empleo de tecnologías suministradas por los competidores del titular. Esta disposición es análoga a la de los acuerdos de explotación en exclusiva consignada en los acuerdos de distribución, en virtud de la cual los minoristas no están autorizados a vender marcas competidoras. Los argumentos que justifican el establecimiento de restricciones para la explotación en exclusiva en la concesión de licencias de propiedad intelectual son análogos a los que se aplican a los mercados de productos: evitar las posibilidades de aprovechamiento gratuito por titulares de derechos rivales y promover el perfeccionamiento de las tecnologías gracias a una relación entre los titulares y los concesionarios ²¹.

23. Los titulares de derechos que transfieren conocimientos técnicos a concesionarios que fabrican también productos al amparo de licencias de otras empresas pueden sufrir perjuicios a causa de la transmisión de informaciones y el expolio de conocimientos patentados. El establecimiento de relaciones en régimen de exclusiva con los concesionarios tal vez permita reducir los posibles riesgos de perjuicio. Además, la relación en exclusiva puede aumentar el rendimiento de la inversión concreta porque se reducirá la posibilidad de que los concesionarios interrumpen una relación consolidada con el titular del derecho. Sin embargo, los acuerdos de relación en exclusiva pueden tener también como resultado efectos de cierre de mercado en detrimento de concesionarios rivales y limitar la competencia en el mercado, en particular cuando las empresas que conciertan dichos acuerdos ocupan ya una gran parte del mercado correspondiente. El efecto de cierre depende en gran medida de la posibilidad de que los titulares existentes o los nuevos titulares dispongan de una capacidad suplementaria de fabricación.

Vinculación de ventas

24. Se entiende por vinculación de ventas la obligación contractual en virtud de la cual un fabricante se compromete a vender un producto determinado únicamente a los compradores que se comprometan a comprar otros productos que no guarden relación con el anterior. La vinculación se puede utilizar con fines de carácter general, por ejemplo, para proteger el renombre de la tecnología objeto de licencia. Por ejemplo, el fabricante de un nuevo modelo de máquinas de fotocopia exigirá que los compradores del nuevo modelo adquieran del fabricante las piezas de repuesto y hagan uso de sus servicios de reparación. Esta exigencia puede tener por objeto conseguir que la calidad de la máquina reconocida por los usuarios no sufra menoscabo a causa de servicios de conservación o de repuestos de calidad inferior. La vinculación puede reducir también el riesgo inherente a la licencia de innovaciones cuyo valor comercial es todavía incierto. Se puede conseguir este objetivo mediante la fijación de un precio más bajo por la innovación y mediante la obligación de comprar un producto cuya demanda guarda relación con el empleo de la innovación.

25. Más generalmente, la vinculación se emplea para discriminar en materia de precios entre los consumidores que utilizan los productos o las tecnologías más o menos intensamente. Por ejemplo, se condiciona el alquiler de aparatos fotográficos a la adquisición por los clientes del compromiso de comprar la película al arrendador. Como se ha señalado más arriba, la discriminación en materia de precios puede tener efectos socialmente beneficiosos como resultado del aumento de la producción; pone al alcance de los usuarios que, de otro modo no habrían sido abastecidos, productos que habrían sido objeto de restricciones monopolísticas de la producción como consecuencia de la fijación de precios uniformes. Ahora bien, la vinculación puede tener también como resultado efectos socialmente reductores cuando se emplea como instrumento para cerrar otros mercados. Este resultado se puede conseguir si el titular del derecho ocupa una posición importante en el mercado del producto vinculado y si son considerables los efectos del cierre en los productos vinculados.

Prestaciones recíprocas en exclusiva

26. Esta modalidad de restricción se da cuando los titulares reclaman todos los derechos relacionados con las nuevas tecnologías que hayan sido obtenidos por los concesionarios mediante perfeccionamientos de la tecnología objeto de la licencia. Si bien puede facilitar la transferencia de tecnologías a los concesionarios, puede reducir también el interés de los concesionarios por las actividades de investigación y desarrollo. Es menos probable que las cláusulas sobre prestaciones recíprocas no exclusivas, en virtud de las cuales los concesionarios tienen la posibilidad de ofrecer a otros compradores sus invenciones de perfeccionamiento, reduzcan la competencia a la vez que se mantienen estímulos adecuados para la obtención de nuevas tecnologías.

5. El Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, la política de defensa de la competencia y los derechos de propiedad intelectual

27. El reconocimiento de la aportación de la protección de la propiedad intelectual al fomento del crecimiento económico es uno de los principales objetivos del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio que se negoció en la Ronda Uruguay. En virtud del Acuerdo se han establecido normas mínimas comunes de protección y aplicación de los derechos de propiedad intelectual en el sistema internacional de comercio que son obligatorias para todos los países miembros. Se dispone expresamente que la protección y la aplicación de los derechos de propiedad intelectual deben contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología (arts. 7 y 8). Los derechos de propiedad intelectual deben ejercerse en beneficio mutuo de los productores y los usuarios de conocimientos tecnológicos y de una manera que favorezca el bienestar social y económico y establezca un equilibrio entre los derechos y las obligaciones.

28. En el Acuerdo se enuncia expresamente la función de la política de la competencia para conseguir que los derechos de propiedad intelectual fomenten el crecimiento económico y la innovación: *"Ninguna disposición del presente Acuerdo impedirá que los miembros especifiquen en su legislación las prácticas o condiciones relativas a la concesión de licencias que puedan constituir en determinados casos un abuso de los derechos de propiedad intelectual que tenga un efecto negativo sobre la competencia en el mercado correspondiente"* (art. 40.2). Se reconoce a los países miembros la posibilidad de *"adoptar, de forma compatible con las restantes disposiciones del presente Acuerdo, medidas apropiadas para impedir o controlar dichas prácticas... a la luz de las leyes y reglamentos pertinentes de ese miembro"*. Por consiguiente, la represión de las prácticas contrarias a la competencia relacionadas con los derechos de propiedad intelectual se asigna a las leyes y políticas nacionales reguladoras de la competencia. Sin embargo, se pone también de relieve la necesidad de la cooperación internacional. En particular, se prevé la celebración de consultas entre los países miembros ²², entre otros procedimientos, mediante el suministro de informaciones no confidenciales de carácter público.

6. Recomendaciones relativas a la labor futura

29. En la Tercera Conferencia de Examen (1995) se atribuyó al Grupo Intergubernamental de Expertos la misión de delimitar con mayor precisión el terreno común entre los Estados en la esfera del derecho y la política de la competencia a fin de identificar las prácticas comerciales restrictivas que perturben el desarrollo económico de los países. "Las relaciones recíprocas entre el derecho y la política de la competencia, la innovación tecnológica y la eficiencia" y "la aplicación de la política de la competencia al ejercicio de los derechos de propiedad intelectual y de las licencias de los derechos de propiedad intelectual o de conocimientos técnicos" son los dos elementos en relación con los cuales se debe fomentar la formación de amplias analogías de criterio. Una mayor convergencia de los principios del derecho y la

política de la competencia en relación con el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual puede acrecentar el bienestar global al reducir las incoherencias y prevenir las diferencias en el sistema internacional de comercio. Para conseguir este objetivo a largo plazo, conviene en particular impulsar el fortalecimiento y la comprensión mutua de los criterios nacionales, tanto de los elementos comunes como de las divergencias. Este proceso de aprendizaje beneficiará en particular a los países que han creado recientemente instituciones encargadas de aplicar la política de defensa de la competencia y de proteger la propiedad intelectual ²³ y que carecen de experiencia en materia de aplicación.

30. Los problemas concretos con que se enfrentan los países en desarrollo en la aplicación de la política de defensa de la competencia al ejercicio de los derechos de propiedad intelectual -a causa de la escasez de personal especializado- quedaron expuestos en un informe elaborado por la UNCTAD en 1996 ²⁴ acerca de las consecuencias para los países en desarrollo del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio. La importancia para los países en desarrollo de contar con un número suficiente de expertos para la debida aplicación de los principios de la política de defensa de la competencia en la esfera de la propiedad intelectual está relacionada con el hecho de que la evaluación de los efectos anticompetitivos de las prácticas de licencia de los derechos de propiedad intelectual es muy compleja en muchos casos y se realiza con mayor eficacia cuando se tienen en cuenta todos los efectos, tanto los beneficiosos como los perjudiciales.

31. Por consiguiente, la versión definitiva del presente informe deberá contener un análisis detallado, basado en los informes nacionales que se transmitan a la secretaría, del marco analítico adoptado por las autoridades reguladoras de la competencia en las diversas jurisdicciones que han acumulado ya experiencia al respecto (entre ellas las de países en fases distintas de desarrollo económico). La secretaría dispone ya de un volumen considerable de informaciones sobre algunas jurisdicciones (los Estados Unidos, la Unión Europea, el Canadá y el Japón), pero será necesario reunir informaciones sobre un mayor número de países. En particular, en las diversas jurisdicciones, el informe definitivo versará sobre las cuestiones siguientes: la existencia de disposiciones sobre política de defensa de la competencia que se apliquen específicamente al sector de los derechos de propiedad intelectual; la función de las orientaciones utilizadas por los organismos reguladores de la competencia para evaluar las prácticas relacionadas con los derechos de propiedad intelectual; los sistemas nacionales de notificación de las prácticas relacionadas con los derechos de propiedad intelectual; los asuntos de interés en el sector de los derechos de propiedad intelectual; y la aportación hecha por las autoridades reguladoras de la competencia para la definición del alcance y la duración de las patentes. En una sección del informe definitivo se examinarán también las supuestas incompatibilidades entre el logro de los objetivos nacionales, por un lado, y el logro de los objetivos globales, por otro, así como los métodos que se puedan utilizar para conseguir que exista armonía entre estas incompatibilidades.

Notas

1. La Tercera Conferencia de las Naciones Unidas encargada de examinar todos los aspectos del Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas, celebrada en 1995, consideró que "la aplicación de la política de la competencia al ejercicio de los derechos de propiedad intelectual y de las licencias de los derechos de propiedad intelectual o de conocimientos técnicos" era uno de los principales temas que debían ser analizados más de cerca por el Grupo Intergubernamental de Expertos a fin de determinar y consolidar el terreno común entre los Estados miembros.

2. "Las patentes confieren al inventor derechos exclusivos sobre un producto, un método, una sustancia o un diseño nuevos y útiles. Entre los nuevos productos están las máquinas (mecanismos con piezas móviles) o los artículos manufacturados, entre ellos las herramientas, sin piezas móviles. Entre los nuevos procedimientos, o métodos, están los procedimientos químicos para trabajar metales o fabricar productos, los procedimientos mecánicos para fabricar objetos, o los procedimientos eléctricos. Entre las nuevas sustancias están las mezclas y los compuestos químicos: el concepto abarca la composición de la materia. Pueden quedar también abarcadas nuevas formas de plantas. Entre los nuevos diseños están las formas de productos cuando las formas tengan un objetivo funcional. Además, pueden ser patentados los perfeccionamientos introducidos en los productos, los procedimientos y las sustancias". Dennis W. Carlton y Jeffrey M. Perloff, Modern Industrial Organization, Nueva York, HarperCollins Publishers, 1989.

3. "Los derechos de autor confieren al creador derechos exclusivos sobre la producción, la publicación o la venta de obras artísticas, dramáticas, literarias o musicales. Cabe citar a título de ejemplo los artículos, los libros, los dibujos, los mapas, las composiciones musicales o las fotografías". Dennis W. Carlton y Jeffrey M. Perloff, Modern Industrial Organization, Nueva York, HarperCollins Publishers, 1989.

4. "Se entiende por marcas comerciales las palabras, los símbolos u otras marcas utilizados para distinguir entre una mercancía o un servicio proporcionados por una empresa y la mercancía o el servicio proporcionados por otras empresas". Dennis W. Carlton y Jeffrey M. Perloff, Modern Industrial Organization, Nueva York, HarperCollins Publishers, 1989.

5. Es posible aclarar con un ejemplo el problema del aprovechamiento gratuito en relación con la propiedad intelectual. Una vez que una empresa ha invertido sumas considerables en concepto de investigación y desarrollo para la obtención, por ejemplo, de un nuevo modelo, más potente, de aparato fotográfico submarino y una vez que se ha obtenido el primer prototipo, la empresa podrá fabricar y comercializar el aparato en gran escala a un costo relativamente bajo. Si los resultados de las actividades de investigación y

desarrollo no se pueden mantener secretos sino que se pueden conocer con facilidad, las empresas competidoras podrán utilizar con rapidez los resultados de las investigaciones, emprender la fabricación del modelo innovador de aparato fotográfico submarino y venderlo a un precio muy inferior. De hecho, las empresas rivales no han tenido a su cargo las costosas actividades de investigación y desarrollo. En cambio, la empresa innovadora tal vez no pueda resarcirse de todos los gastos realizados, pues es de prever que tendrá que fijar un precio más elevado. Si se permite que ello ocurra, ninguna empresa que prevea un aprovechamiento gratuito, se hará cargo de los gastos en que se deba incurrir por concepto de investigación y desarrollo. En cambio, si se respetan efectivamente los derechos de propiedad intelectual, la empresa innovadora podrá beneficiarse de la exclusividad temporal gracias a los resultados de las actividades de investigación y desarrollo y fabricar el nuevo modelo de aparato evitando las posibles prácticas de aprovechamiento gratuito de otras empresas.

6. Se entiende por posición de dominio sobre el mercado la capacidad de mantener los precios por encima de niveles competitivos durante un lapso de tiempo considerable y de beneficiarse así de la elevación de los precios.

7. Véase, por ejemplo, Competition Policy and Intellectual Property Rights, París, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), 1989.

8. Según un estudio realizado en 1981, los titulares de derechos comunicaron que sólo carecían de abastecedor rival en un 27% de los casos. Competition Policy and Intellectual Property Rights, París, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), 1989, págs. 16 y 17.

9. Para determinar los correspondientes mercados, se suele realizar una evaluación de todas las mercancías (o servicios) que los consumidores consideran como directamente intercambiables. Para verificar la posibilidad de reemplazamiento, se hace referencia en muchos casos a la doble elasticidad de la demanda: se considera que dos mercancías se destinan al mismo mercado cuando el aumento del precio de la primera causa un aumento no marginal de la cantidad pedida de la segunda. A causa de las limitaciones en materia de recursos y tiempo, las autoridades reguladoras de la competencia no tienen en muchos casos acceso a las estimaciones efectivas de doble elasticidad en la determinación de los correspondientes mercados. Por consiguiente, se recurre a otros tipos de información, entre ellos los estudios de mercado sobre las preferencias de los consumidores. La determinación del mercado tiene también una dimensión geográfica: el mercado está formado por todas las zonas en las que los consumidores interesados pueden y quieren reorientar sus compras.

10. *La economía interna sólo puede seguir expansionándose si consigue fabricar los nuevos productos que los consumidores desean adquirir o bien fabricar los productos existentes a costos más bajos. En la terminología de la economía del bienestar, una reducción del costo tiene típicamente una mayor consecuencia social que una reducción igual del precio. Una reducción del precio aumenta el bienestar económico total (es decir, la suma de los*

beneficios económicos para los consumidores y los productores) únicamente en la medida en que aumente la producción. La modificación del precio es por sí misma una transferencia de beneficios económicos entre los consumidores y los productores, sin efecto directo sobre el total. Una reducción del costo ejerce un beneficio directo al liberar recursos que se pueden utilizar en otros sectores de la economía". Richard J. Gilbert y Steven C. Sunshine, "Incorporating Dynamic Efficiency Concerns in Merger Analysis: the Use of Innovation Markets", Antitrust Law Journal, vol. 63, 1995.

11. Varios estudios han puesto de manifiesto la importante función que desempeña la innovación tecnológica para el aumento de la productividad y el fomento del crecimiento económico. Se hace referencia a algunos de estos estudios en la publicación de la UNCTAD: "Pruebas empíricas de las ventajas que se derivan de la aplicación de los principios del derecho y la política de la competencia al desarrollo económico a fin de conseguir mayor eficiencia en el comercio internacional y en el desarrollo" (TD/B/COM.2/EM/10/Rev.1).

12. En una reunión técnica celebrada recientemente en la OCDE, uno de los puntos subrayados por los participantes fue el hecho de que las autoridades reguladoras de la competencia deban utilizar también sus atribuciones en materia de defensa de la competencia para conseguir que las oficinas de patentes tengan conciencia de los efectos anticompetitivos de las patentes excesivamente amplias. Véase Competition Policy and Intellectual Property Rights (OCDE), 1998, resumen del documento, págs. 7 a 12.

13. Por ejemplo, en el documento titulado "Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property", publicado conjuntamente en 1995 por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos y la Comisión Federal de Comercio, se declara lo siguiente: "*Los organismos aplican a la actividad relacionada con la propiedad intelectual los mismos principios generales antimonopolio que se aplican a la actividad relacionada con cualquier otra forma de propiedad fungible o no fungible. Ello no quiere decir que la propiedad intelectual no sea igual en todos los aspectos a cualquier otra forma de propiedad. Ahora bien, estas características se pueden tener en cuenta en el análisis antimonopolio corriente y no requieren la aplicación de principios fundamentalmente diferentes*".

14. Los acuerdos en favor de compartir mercados y limitar la producción tienen efectos anticompetitivos análogos.

15. Véase el documento titulado "La política de defensa de la competencia y las restricciones verticales" (UNCTAD/ITCD/CLP/Misc.8), 1999.

16. Así ocurre, por ejemplo, en la Unión Europea, en la que está prohibido oponerse a la importación paralela de las mercancías y los servicios suministrados por fabricantes extranjeros. Se entiende por principio de agotamiento el hecho de permitir la exclusividad territorial abierta para impedir la exclusividad territorial.

17. Véase, por ejemplo, el artículo de Patrick Rey y Ralph A. Winter "Exclusivity restrictions and intellectual property" publicado en Competition Policy and Intellectual Property Rights in the Knowledge-Based Economy (bajo la dirección de Robert D. Anderson y Nancy T. Gallini), 1998.

18. De no reprimirse el aprovechamiento gratuito, los concesionarios no realizarían inversiones en los mercados locales y, en definitiva, los consumidores no tendrían acceso a sus mercancías.

19. Véase, por David A. Malueg y Maruis Schwartz, "Parallel imports, demand dispersion and international price discrimination", Economic Analysis Group Discussion Paper, Departamento de Justicia de los Estados Unidos, División Antimonopolio, 25 de agosto de 1993.

20. Se hace una crítica de los argumentos aducidos de Malueg y Schwartz, que ponen de relieve los beneficios para los países en desarrollo de la discriminación internacional de precios, en el trabajo de Frederick M. Abbott, "First Report (Final) to the Committee on International Trade Law of the International Law Association on the Subject of Parallel Importations", Journal of International Economic Law (1998). Este autor señala que "... (Malueg y Schwartz)... no toman en consideración el efecto de un sistema internacional de discriminación de precios en los productores de los países en desarrollo y los consumidores que actúan fuera de la esfera del producto del monopolista. Aspecto todavía más importante, no toman en consideración los efectos más amplios de un sistema internacional de discriminación de precios en la distribución internacional de los recursos. Si no se ejerce presión sobre los productores de los países desarrollados para que sean más eficientes como consecuencia de la competencia en materia de precios, ello perturbará la distribución eficiente de los recursos en los países desarrollados. Si los productores/concesionarios de los países en desarrollo consideran que se limita la rentabilidad de sus operaciones, ello reducirá las inversiones de los países en desarrollo en la esfera de la producción. Si se limita el rendimiento potencial de las inversiones de capital en los países en desarrollo, ello estimulará a los países a seguir dependiendo de las exportaciones de los países desarrollados que requieren una intensa inversión de capital...". Se hace notar también que "... una parte considerable del comercio internacional está formada por el intercambio de mercancías que no están protegidas por derechos de propiedad intelectual, particularmente en los sectores de los productos básicos y los productos no acabados. Los países en desarrollo no están privados de estos productos. Los compradores de los países en desarrollo pueden ser abastecidos con mercancías protegidas por derechos de propiedad intelectual y de precio inferior gracias a la diferenciación de los productos".

21. Véase el artículo de Patrick Rey y Ralph A. Winter, "Exclusivity restrictions and intellectual property" en Competition Policy and

Intellectual Property Rights in the Knowledge-Based Economy (bajo la dirección de Robert D. Anderson y Nancy T. Gallini), 1998.

22."Cada uno de los miembros celebrará consultas, previa solicitud, con cualquier otro miembro que tenga motivos para considerar que un titular de derechos de propiedad intelectual que es nacional del miembro al que se ha dirigido la solicitud de consultas o tiene su domicilio en él, realiza prácticas que infringen las leyes o reglamentos del miembro solicitante relativos a la materia de la presente sección, y desee conseguir que esa legislación se cumpla, sin perjuicio de las acciones que uno y otro miembro puedan entablar al amparo de la legislación ni de su plena libertad para adoptar una decisión definitiva." (Párrafo 3 del artículo 40 del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio.)

23.En algunos países, por ejemplo, en el Perú, las dos funciones (aplicar la política de defensa de la competencia y proteger la propiedad intelectual) están atribuidas a un solo organismo.

24.UNCTAD, The TRIPS Agreement and Developing Countries, Nueva York y Ginebra, 1996 (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: 96.II.D.10).
