

La Convergencia entre la Propiedad Intelectual y el Derecho de Competencia al amparo de la legislación ecuatoriana

Luis Marín Tobar¹

Resumen: El artículo que se presenta a continuación desarrolla la convergencia existente entre la Propiedad Intelectual y el Derecho de Competencia. Analiza los ámbitos en los que puede existir una sobreposición entre ambos Derechos, los efectos nocivos de esta concurrencia y, por último, expone el equilibrio que se debe alcanzar para la harmónica coexistencia de los dos regímenes.

Palabras clave: Propiedad Intelectual, Competencia, Ecuador, antitrust, control de concentraciones

Abstract: The following article develops the convergence between Intellectual Property and Competition Law. Analyses the areas in which there can be an overlap between both Rights, the harmful effects of this concurrence and, finally, the balance that must be reached for the harmonic coexistence of the two regimes.

Key words: Intellectual Property, Competition Law, Ecuador, antitrust, merger control

El Derecho de competencia y la Propiedad Intelectual, pese a tener intereses aparentemente contrapuestos, son dos materias íntimamente relacionadas. La institución de la Propiedad Intelectual está fundada sobre la base de retribuir la inventiva y creación del intelecto humano a través de las diversas figuras de la propiedad intelectual e industrial. Esta retribución se constituye como un incentivo para fomentar la creatividad en todas las áreas del intelecto, particularmente en las industrias de innovación y desarrollo donde estas creaciones pueden derivar en invenciones cuya divulgación generaría beneficios para toda la sociedad. Las creaciones del intelecto pueden variar desde una fotografía, un diseño, una invención, una marca, entre varias otras. Estas creaciones, por el aporte que pueden constituir para la sociedad, y por el valor que tienen para su creador, reciben protección desde la institución de la Propiedad Intelectual.

¹ Luis Marín Tobar es Asociado Senior del estudio Pérez Bustamante & Ponce en Quito, Ecuador. Cuenta con estudios de posgrado (LL.M) en Georgetown University Law Center, y un diplomado superior en Economía para Derecho de la competencia de Kings College London. Fue asociado internacional de White & Case LLP en Bruselas en el año 2010.

Como punto de partida, tomamos la definición de “propiedad intelectual” de Ricardo Antequera: “*propiedad intelectual*” es un “*espacio jurídico*” dentro del cual caben diferentes sistemas normativos que tienen por objeto la protección de bienes inmateriales de diferentes órdenes: industriales, comerciales, técnicos, artísticos, científicos y literarios. Ese amplio campo normativo tiene como particularidad el otorgamiento de derechos exclusivos y excluyentes sobre bienes inmateriales que reúnan como característica, bien sea la originalidad, la distintividad o la novedad, según los casos”². Este conjunto de sistemas normativos que protegen estos bienes inmateriales, crean la base para la discusión sobre los límites de estos territorios de exclusividad que otorga la propiedad intelectual frente al derecho a la libre competencia.

En algunos casos, estos territorios de exclusividad pueden constituir un bien cuya importancia para la sociedad entra en conflicto pleno con el Derecho de la competencia, principalmente en el área de las patentes, donde podríamos encontrarnos frente a una nueva tecnología protegida por patente, cuyo acceso sería esencial para la derivación de nuevas subsiguientes tecnologías. Por la propia naturaleza de la Propiedad Intelectual, la demanda del mercado llevaría naturalmente a que su titular busque explotar dicho intangible de la forma más amplia y así maximizar sus ingresos como retorno y compensación a la inversión realizada para alcanzar dicha invención. Si, por el contrario, existirían motivaciones de otra índole para negar el acceso a estos, entraría en juego las medidas previstas por la legislación de competencia.

La delgada línea que debe primar en estos casos es muy delicada, pues el Derecho de competencia debe entrar en juego contra la Propiedad Intelectual solamente en casos excepcionales donde se ha comprobado ya sea un uso insuficiente de la invención, por un uso abusivo de estos derechos como medida restrictiva a la libre competencia o por los presupuestos que justifican la imposición de una licencia obligatoria. Por ello, su campo de “intervención [debe establecerse] como límite frente a específicos comportamientos desarrollados por titulares de Derechos de Propiedad intelectual que generan conflictos con los objetivos últimos del Derecho de la competencia entendido *lato sensu*”³. Un exceso o la intromisión injustificada

² Ricardo ANTEQUERA PARILLI. *Manual para la enseñanza del Derecho de Autor y los Derechos Conexos*. Tomo I. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura de la República Dominicana, 2001, p. 3.

³ Carlos Andrés URIBE y Fernando CARBAJO CASCÓN. *Regulación “ex ante” y control “ex post”*: La difícil relación entre Propiedad Intelectual y Derecho de la competencia. https://app.vlex.com/#WW/search/content_type:4/Regulaci%C3%B3n+%E2%80%9Cex+ante%E2%80%9D+y+control+%E2%80%9Cex+post%E2%80%9D%3A+La+dif%C3%ADcil+relaci%C3%B3n+entre+Propiedad+Intelectual+y+Derecho+de+la+competencia./WW/vid/575905762/graphical_version

del régimen del Derecho de la competencia contra la Propiedad Intelectual podría tener efectos nocivos para la industria de la innovación y desarrollo, si es que estos comunican al mercado una invasión desmedida a las fronteras de la Propiedad Intelectual por parte del Derecho de la competencia⁴. Estos efectos nocivos se podrían manifestar en: (i) una excesiva sanción de parte de los tribunales por violaciones a la competencia o práctica anticompetitiva cuando no eran anticompetitivas en lo absoluto⁵ y, (ii) el desestimulo a la innovación que benefician al consumidor en el corto y largo plazo. Un ejemplo de aquello es el caso SCM Corp. c. Xerox Corp en el que se determinó que, *“se origina un conflicto entre el antitrust y el derecho de patentes cuando adoptan métodos para alcanzar objetivos recíprocos. Mientras que las leyes anticompetitivas proscriben restricciones irrazonables a la competencia, la legislación sobre patentes premia al inventor con un monopolio temporal que lo aísla de la explotación competitiva de su obra patentada”*⁶.

En el Ecuador, la Propiedad Intelectual envuelve tanto a los derechos de autor y derechos conexos como a la Propiedad Industrial, bajo cuyo manto se protegen entre otras, a las invenciones, marcas y las obtenciones vegetales⁷. Nuestra legislación de propiedad intelectual local está regulada por el recientemente promulgado Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación⁸ (“Código Ingenios”), que derogó a la Ley de Propiedad Intelectual vigente en el Ecuador desde al año 1998. El Ecuador es también suscriptor de una serie de tratados y convenios internacionales entre los que destacan el Convenio de Paris para la protección de la Propiedad Industrial, la Decisión Andina 486 en materia de propiedad industrial y la Decisión 351 en materia de derechos de autor y derechos conexos. En términos generales, la legislación nacional guarda una concordancia con los tratados y convenios internacionales en cuanto a los estándares mínimos de protección y principios fundamentales de aplicación

⁴ “La interdependencia entre propiedad intelectual y competencia obra económica y tecnológicamente en dos sentidos. La competencia requiere de la existencia de un sistema moderno, eficaz y adecuado de protección de la propiedad intelectual. El funcionamiento efectivo de tal sistema depende asimismo de una eficiente observancia de políticas sobre competencia que aseguren tanto un clima adecuado de competencia comercial en general como un control de los abusos de los derechos de propiedad intelectual”. Pedro ROFFE. *El Acuerdo TRIPs y sus efectos: el caso de los países en desarrollo*, en Propiedad intelectual en el GA1T. Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997, p. 354.

⁵ Herbert J. HOVENKAMP. *The Intellectual Property-Antitrust Interface*. University of Iowa Legal Studies Research Paper. 2008, p. 1980.

⁶ Herbert J. HOVENKAMP. Óp. cit. p. 1979. (traducción libre)

⁷ Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1883).

⁸ Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. Registro Oficial Suplemento No. 899 de 9 de diciembre de 2016

universal en la materia. Sin perjuicio de lo anterior, las creaciones del intelecto, en un mundo globalizado como el de hoy en día, requieren de una constante evolución normativa para tomar en cuenta el desarrollo intelectual de la humanidad, y los mecanismos, particularmente tecnológicos, por los cuales se difunden y consecuentemente pueden vulnerar estos mismos derechos.

Por su parte, el Derecho de Competencia en cuanto a su relación con la Propiedad Intelectual, debe buscar brindar un soporte y equilibrio, pues *"comparten el objetivo común de promover las innovaciones y mejorar el bienestar de los consumidores debido a la inclusión del progreso técnico como un proceso esencial de la competencia"*⁹. En este sentido, el Derecho de Competencia interviene únicamente en los casos en que la propiedad intelectual es usada contraria a su propio espíritu y naturaleza, como un medio para restringir la competencia¹⁰. Considerando los constantes cambios tecnológicos y la importancia que cada día recobran estas nuevas tecnologías en nuestras vidas, la protección de la Propiedad Intelectual entra en constante conflicto con el Derecho de Competencia cuando la propiedad intelectual efectivamente restringe la competencia. En este caso se debe buscar un equilibrio entre el sistema de retribución al titular por su creación, el interés de la sociedad por acceder a nuevos conocimientos y desarrollo tecnológico sin vulnerar directamente la competencia.

El régimen de competencia en sus cuatro áreas de aplicación encuentra fronteras con la Propiedad Intelectual. En el área de las conductas de abuso de posición dominante, un proceso de este tipo puede llevar a una declaración judicial de desinversión en activos de Propiedad Intelectual o la imposición de licencias obligatorias sobre patentes. En el área de carteles o acuerdos restrictivos a la competencia, también se puede ver que estos pueden tomar la forma de defensa o re potenciamiento de patentes cuyo plazo de expiración se acerca. En relación a esta área, sonados casos investigados tras la indagación al sector farmacéutico en Europa en el año 2008 llevaron a investigaciones y recientes decisiones de primera instancia de la Comisión Europea. Varias empresas farmacéuticas, titulares de patentes, habrían llegado a distintos acuerdos con empresas fabricantes de

⁹ Hebert TASSANO VELAUCHAGA. "La convergencia entre el derecho de la competencia y los derechos de propiedad intelectual". Revista de la Facultad de Derecho PUCP. (2015), p.

¹⁰ "Las leyes de propiedad intelectual y las de competencia comparten el propósito común de promover la innovación y acrecentar el bienestar del consumidor". ["The intellectual property laws and the antitrust laws share the common purpose of promoting innovation and enhancing consumer welfare"]. DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS Y COMISIÓN FEDERAL DE COMERCIO. *Antitrust Guidelines For the Licensing of Intellectual Property*, April 6, 1995, § 1.0. Traducción del autor. En Xavier GÓMEZ VELASCO. "Los derechos de propiedad intelectual como restricción a la competencia económica". UASB- Ecuador (2003), p. 94.

medicamentos genéricos, según la Comisión¹¹, potenciales competidores, con el efecto real o potencial de dilatar la entrada de competidores genéricos a la caducidad de la protección de la patente. También pueden existir acuerdos que tomen la forma de licencias cruzadas dentro de complejos esquemas de portafolios de patentes entre empresas competidoras, que pueden ser considerados restrictivos a la competencia si buscan, o tienen el efecto real o potencial de limitar el acceso a un competidor a estas tecnologías. En un caso reciente en Chile, luego de una investigación de competencia, se ordenó la venta de varias marcas de una empresa cervecera, por considerar que una serie de marcas habrían sido adquiridas para restringir el acceso a un competidor al mercado. En el área de control de concentraciones, la Propiedad Intelectual recobra una importancia fundamental en casos en que la concentración entre dos agentes económicos se fortalecerá principalmente por los aspectos intangibles de la transacción, como por ejemplo el potenciamiento en nuevas tecnologías inaccesibles a terceros, que fortalecerían al nuevo operador concentrado. En el Ecuador recientemente se condicionó una renombrada transacción mundial en el mercado cervecero a la venta de varias marcas y acuerdos de licenciamiento de otras.

En estas materias tan aparentemente contrapuestas, surge una fundamental colaboración entre las autoridades del país, por un parte la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y dentro de ella especialmente la Intendencia de Control de Concentraciones y el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, al momento de evaluar casos de competencia, tales como un uso abusivo de acciones judiciales o administrativas, o una concentración económica que implica un alto componente de intangibles. La colaboración entre estas dos instituciones es necesaria para corroborar la información suministrada por las partes dentro de sus notificaciones de concentración, frente a los registros dentro de Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual.

*"No se trata de proponer el derecho de la competencia como la herramienta por excelencia que solucione los conflictos entre el acceso y los derechos de propiedad. Por el contrario, sólo se consideran un conjunto de escenarios donde el derecho de la competencia puede intervenir sin producir alteraciones graves en el derecho de la propiedad intelectual. Como extensión, se hace un llamamiento al legislador para que consagre en la legislación de propiedad intelectual, de forma más amplia, reglas procompetitivas que faciliten un mayor acceso a los bienes inmateriales protegidos"*¹². Es fundamental que la práctica de la Autoridad de competencia

¹¹ EUROPEAN COMMISSION. *Antitrust: Commission enforcement action in pharmaceutical sector following sector inquiry*. http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-593_en.htm

¹² Carlos Andrés URIBE y Fernando CARBAJO CASCÓN. Óp. cit. p. 307

encuentre este anhelado equilibrio que permita la plena coexistencia de los dos regímenes con un respeto mutuo de sus límites.

Pese a ser escasos, hay precedentes en el Ecuador donde se ha incursionado ya en esta discusión, particularmente dentro de un caso de supuesto ejercicio abusivo de derechos sobre una patente, en la que la autoridad que aplicaba la normativa de competencia comunitaria en el Ecuador entre el año 2009-2011 realizó una valoración de estos dos sistemas y determino que había existido un abuso del derecho de patente para restringir el acceso a competidores al mercado. Será fundamental que los funcionarios de la Autoridad de competencia, al momento de tomar conocimiento de casos en que se discutan aspectos de propiedad intelectual con efectos en el interés general, obtengan todas las herramientas a su alcance para formar un criterio técnico sobre los aspectos de propiedad intelectual, pudiendo incluso llegar a solicitar dictámenes técnicos de la Autoridad nacional competente en derechos intelectuales, para fortalecer sus insumos de investigación.