

LA CONVERGENCIA ENTRE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL[†]

HEBERT TASSANO VELA OCHAGA¹

Resumen

Indecopi ejerce entre sus funciones tanto la defensa de la libre competencia como la protección de la propiedad intelectual. Este diseño institucional ofrece la ventaja de apreciar con mayor claridad cuáles son los puntos de convergencia entre ambas materias, armonizarlos y conseguir los objetivos que tienen en común. En ese sentido, debe trabajarse en el estudio y elaboración de políticas públicas, así como en la elaboración de guías y/o directrices, que definan con claridad qué debemos entender por interés público, emergencia y seguridad nacional para el otorgamiento de licencias obligatorias. Además, trabajar en el diseño de un procedimiento que dote al sistema de mayor confianza y predictibilidad frente a la ciudadanía.

Keywords: competencia, propiedad intelectual, patentes, licencias obligatorias, abuso de posición dominante

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho de Propiedad Intelectual protege diversos derechos exclusivos otorgados por la normativa, entre los que se cuentan las patentes, modelos, diseños industriales, derechos de autor y marcas. Estos derechos son reconocidos y protegidos con la finalidad de permitir a los creadores su explotación económica, por ejemplo como signos distintivos, con la finalidad de proveer incentivos a la creatividad y la innovación. También se orientan a que las empresas que los comercializan inviertan en la calidad y buena reputación de sus productos. De otro lado, la principal función del derecho de la

[†] Las opiniones vertidas en este artículo representan la visión exclusiva del autor sobre las diferentes materias abordadas y no comprometen en modo alguno la posición de los órganos resolutivos y otras áreas de la institución. Este artículo fue preparado por Hebert Tassano Vela ochaga, presidente de Indecopi, como contribución a la *Research Partnership Platform* organizada por UNCTAD en Ginebra. Contó con la colaboración de Patricia Sarria, asesora de la Presidencia del Consejo Directivo de Indecopi.

¹ Abogado graduado en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Máster en Regulación de Servicios Públicos en la UPC e IEDE Business School, Universidad Europea de Madrid (energía – telecomunicaciones, infraestructura y competencia). Estudios de Maestría en Ciencia Política en la PUCP. Posgrados en Regulación del Sector Eléctrico en la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Derecho de la Energía en la UPC, Regulación de Servicios Públicos en la PUCP, Instituciones Jurídicas del Mercado en la UPC, Gobernabilidad y Gobierno Local en CEDDET – España, Derecho de las Concesiones y la Infraestructura en la UPC, Derecho Administrativo en la PUCP, PEE en Organización y Administración en ESAN, Curso de Negociaciones Comerciales y Taller de Formación de Equipos de Trabajo en la UPC.

competencia es fomentar la eficiencia económica y el bienestar general de la población, promoviendo la competencia en el mercado como el mecanismo más eficiente de asignación de los recursos para el logro de tales objetivos.²

Teniendo en cuenta que los derechos de propiedad intelectual actualmente resultan muy importantes para el desarrollo y la competitividad de un país, se necesita un sistema de protección de la propiedad intelectual sólido que proteja estos derechos y brinde el soporte necesario para la innovación tecnológica, considerando como premisa básica que el progreso técnico incentiva la competencia en el ámbito de la investigación y el desarrollo. De acuerdo con este punto de vista, la propiedad intelectual y la promoción y defensa de la libre competencia deben ser consideradas como elementos complementarios y necesarios de un sistema jurídico orientado a facilitar el desarrollo económico dinámico, a pesar de que en ciertos elementos de su interacción puedan aparecer algunas aparentes controversias.

La finalidad y el aporte de este artículo es explorar los diversos aspectos de orden normativo en los que interactúan las políticas de competencia y las políticas de propiedad intelectual. Nuestro interés se centra, no obstante, en el estudio de la convergencia de los enfoques y el ámbito de aplicación del derecho de propiedad intelectual relativo a la protección de invenciones mediante el sistema de patentes y el derecho orientado a la defensa de la libre competencia.

Estudiaremos escenarios potenciales en los que el titular del derecho de patente abusa de su posición de dominio con el objetivo de distorsionar la competencia. Asimismo, analizaremos en qué casos se discute el otorgamiento de licencias obligatorias y propondremos mejoras que se podrían incluir en el sistema para que el otorgamiento de estas flexibilidades sea eficiente y se aplique en armonía con el objetivo de promover la competencia en el mercado, respetando los incentivos necesarios para la innovación.

II. LA INTERACCIÓN ENTRE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

En relación a los ámbitos de interacción entre el derecho de la competencia y el derecho orientado a la protección de la propiedad intelectual, no parece existir un criterio uniforme para abordar esta cuestión. Se verifica la existencia de grandes diferencias en la doctrina legal respecto de cuáles deben ser los criterios generales para

² Ver por ejemplo una discusión en CABANELLAS, G. (2006). *Propiedad intelectual y libre competencia*. Buenos Aires: INPI/ONPI.

la resolución de conflictos entre estas dos áreas. En términos muy generales, la ausencia de uniformidad en estos criterios puede provocar que agentes económicos interesados en la suscripción de contratos para la transferencia de tecnología mediante la concesión de licencias, no tengan las reglas claras y enfrenten, por lo tanto, potenciales costos de transacción muy elevados que dificulten la materialización de transacciones eficientes desde el punto de vista económico.

Por una parte, algunos enfoques conceptuales señalan que no hay conflicto entre las normas de la competencia y los derechos de propiedad intelectual. Por el contrario, ambas son parte de un sistema legal cuyo objetivo común es alcanzar la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores. Esta es la posición de las autoridades estadounidenses, que en las Directrices de Defensa de la Competencia para las Licencias de Propiedad Intelectual observan:

“(...) la ley de la propiedad intelectual y la de competencia comparten el objetivo común de promover la innovación y mejorar el bienestar de los consumidores.”³

En efecto, en nuestra opinión las leyes de defensa de la competencia y las de protección de la propiedad intelectual 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. Esto nos ha llevado a formular una nueva visión de la relación entre ambas disciplinas teniendo en cuenta que, si bien pueden existir algunos aparentes conflictos en el corto plazo, en el largo plazo sus objetivos se encuentran en armonía.

Son precisamente los conflictos de corto plazo los que han llamado más la atención en los últimos años, ya que en nuestros días, debido a los continuos avances tecnológicos, los derechos de propiedad intelectual han adquirido importancia en la economía, como también lo ha hecho la protección jurídica de la competencia en tanto mecanismo de asignación e innovación en los mercados de productos y servicios.

Estos conflictos son más evidentes en países en desarrollo como el Perú, con una gran necesidad de perfeccionamiento e innovación, lo cual estimula el deseo de que la tecnología – protegida por derechos de propiedad intelectual- pase tan pronto como sea posible al dominio público y, por lo tanto, se permita su difusión lo antes posible de modo que la promesa de mejoras en la eficiencia productiva (reducciones de costos) se traslade también de forma inmediata al consumidor final. En respuesta a ello, el incentivo natural de los titulares de derechos de propiedad intelectual será

³ Ver: U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission (1995). *The Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*. Disponible en: <http://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/competition-policy-guidance/0558.pdf>

retrasar la transferencia de estos derechos al dominio público para obtener mayores ganancias, utilizando posiblemente prácticas que pueden ser consideradas reñidas con el derecho de la libre competencia.

A continuación veremos algunos casos en los que los derechos de propiedad intelectual y el derecho de la competencia interactúan, con la finalidad de identificar, a grandes rasgos, la forma en la que pueden generarse algunos conflictos que deben prevenirse a fin de evitar que se materialicen en los mercados.

III. SINERGIAS EN LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL PERÚ

En el caso peruano, el análisis de la convergencia entre las políticas de defensa de la competencia y de la protección de la propiedad intelectual es, sin lugar a dudas, relativamente fácil de abordar, ya que la autoridad en ambos campos del derecho recae sobre la misma institución.

En efecto, el Indecopi es un organismo público especializado con capacidad jurídica de derecho público interno que, de acuerdo con el Decreto Legislativo N° 1033, Ley de Organización y Funciones, cuenta entre sus funciones con ser la Agencia Nacional de la Competencia y a la vez la Autoridad de Protección de la Propiedad Intelectual.⁴

El diseño institucional peruano que asigna a una misma entidad las funciones administrativas en ambas disciplinas, permite a la autoridad observar muy de cerca los puntos de interacción que existen entre estas. Además, identificar con una visión preventiva y más precisa las áreas concretas donde pueden aparecer conflictos, con la finalidad de evitarlos o mitigar sus potenciales efectos.

Otra ventaja importante que aporta esta posición privilegiada, es que permite a la autoridad diseñar y proponer las políticas públicas apropiadas para armonizar los objetivos de promover la innovación y defender la competencia, con una visión de conjunto orientada a maximizar la eficiencia social y mejorar el bienestar del consumidor final.

Respecto de esta segunda ventaja, en lo que resta del presente artículo pondremos énfasis en el análisis relativo a algunos aspectos prácticos en los cuales los objetivos del derecho de la competencia y el derecho de la protección de la propiedad intelectual convergen.

⁴ El Indecopi es un organismo público especializado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros del Perú. Cuenta con autonomía funcional, técnica, económica, presupuestaria y administrativa.

3.1 Abuso de posición dominante por parte del titular de un derecho de propiedad intelectual. Casos antimonopolio que involucran derechos de propiedad intelectual

Conceptualmente, una potencial circunstancia de abuso de posición dominante por parte del titular de un derecho de propiedad intelectual se origina como consecuencia de la posición de exclusividad que la empresa mantiene sobre un mercado relevante. En primer término, se debe analizar en qué medida la exclusividad del derecho de propiedad efectivamente se materializa en una posición dominante del mercado en cuestión.

En particular, cuando una empresa ejerce una posición dominante por ser titular de un derecho de propiedad intelectual, como por ejemplo una patente, y ante una solicitud de licencia por parte de algún competidor se niega a concederla, haciendo uso de su derecho, claramente entran en conflicto dos aspectos económicos muy relevantes. De un lado, el alcance del derecho de protección de la patente en términos de los incentivos a la creación, en primera instancia, de la innovación en cuestión. Y de otro, la afectación del acceso de otros proveedores a un recurso que, con la negativa a transferir por parte del derechohabiente, puede distorsionar la competencia en el mercado.

Al respecto, el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, establece sanciones para el abuso de la posición de dominio cuando el titular de un derecho de propiedad intelectual se niega a conceder una licencia y restringe indebidamente la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a los competidores reales. La ley establece la necesidad de demostrar que los efectos restrictivos de la competencia son mayores a los efectos positivos de dicha conducta en el mercado. La autoridad competente encargada de investigar e imponer una eventual sanción es la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi (en adelante, Comisión de Libre Competencia).

Si bien el marco normativo peruano establece la facultad de la Comisión de Libre Competencia para sancionar este tipo de práctica anticompetitiva, hasta la fecha no se ha presentado un solo caso con estas características, lo cual ha limitado el estudio en profundidad del tema desde el punto de vista práctico.

Sin embargo, es importante indicar que sí se han presentado algunos casos relevantes de presuntas prácticas anticompetitivas que han involucrado derechos de propiedad intelectual, como por ejemplo *Telecable vs. Telefónica del Perú y Telefónica Multimedia*⁵

⁵ La empresa Telecable presentó una denuncia contra Telefónica del Perú y Telefónica Multimedia por presuntas prácticas anticompetitivas en la suscripción de acuerdos exclusivos de radiodifusión, indicando que dichas empresas se negaron a conceder licencias de propiedad intelectual. El pronunciamiento favoreció a la denunciante y se ordenó la anulación de todas las cláusulas que implicaban la concesión de transmisión y/o distribución de programación exclusiva. Sin embargo, dos de los cinco miembros del órgano colegiado se opusieron a la decisión de la mayoría, argumentando que el buen funcionamiento de los mercados se basa en la protección de los derechos de propiedad.

y Ambev vs. Backus y otros.⁶

3.2 Las licencias obligatorias como remedios

El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de la Organización Mundial del Comercio (OMC), en adelante el Acuerdo, menciona que los Estados miembro pueden prever en su legislación excepciones limitadas a los derechos exclusivos del titular de una patente. Las autoridades nacionales podrán, dentro de los términos que establece el Acuerdo, expedir licencias obligatorias contra la voluntad del propietario de la patente cuando el interés público lo justifique.

En el artículo 31 literal b) del Acuerdo, se establece que solo podrá permitirse el uso de la patente sin la autorización del titular, si antes de hacerlo el potencial usuario intentó obtener la autorización del titular de los derechos en términos y condiciones comerciales razonables, y que en un plazo prudencial esos intentos no surtieron efecto. Los miembros podrán eximir de esta obligación en situaciones de emergencia nacional, otras circunstancias de extrema urgencia o en los casos de uso público no comercial.

Las licencias obligatorias, en la práctica, habilitan a un tercero no titular de la patente a utilizar y explotar un producto patentado sin la autorización de su titular en casos muy específicos y debidamente determinados por el marco legal. Es importante resaltar que otorgar una licencia obligatoria ante el hallazgo de una negativa abusiva de la licencia, no persigue reducir la protección concedida a las empresas titulares de estos derechos de propiedad intelectual. Por el contrario, la autoridad administrativa deberá intervenir únicamente cuando se demuestre que la negativa a conceder licencias perjudica el bienestar del consumidor a corto y largo plazo. En ese sentido, queda claro que se trata de una medida excepcional y que, por tanto, debe ser debidamente sustentada.

Es por estas razones que el mecanismo de intervención debe ser abordado desde el punto de vista económico, con la ayuda del análisis costo-beneficio que permita ponderar

En su opinión, cualquier limitación de los derechos de propiedad debe estar basada en la creencia de que el bienestar del consumidor se está viendo afectado en el largo plazo sin justificación. Este caso nos enseña que la concesión de derechos de propiedad intelectual y la transmisión/distribución de una señal pueden limitar la competencia en el mercado. Ver Resolución N° 062-CCO-2000/Osiptel.

⁶ La empresa Ambev presentó una denuncia contra Backus y otros por abuso de posición dominante, indicando que estaban impidiendo su acceso al sistema de intercambio de envases (SIE) y que Backus y otras empresas minoristas habían celebrado contratos de exclusividad con el fin de impedir el acceso a los principales canales de venta al por menor de cerveza. De manera paralela, Backus solicitó el registro del envase que contenía un símbolo triangular ante la Dirección de Signos Distintivos del Indecopi como marca tridimensional. En diciembre de 2005, el Indecopi denegó el registro de la marca tridimensional. Con respecto a la denuncia por presuntas prácticas anticompetitivas, Ambev desistió; sin embargo, se analizó el caso y se concluyó que no se había restringido la competencia ya que con el impedimento de ingreso al SIE no hubo un impacto en el costo de entrada al mercado por parte de Ambev. Ver: Resolución N° 045-2009/CLC-Indecopi.

las ventajas y desventajas derivadas de una solicitud de licencia obligatoria desde el punto de vista del bien común. Sin embargo, como señalamos en el párrafo anterior, no se debe perder de vista que se trata de una medida excepcional, pues la regla es que una patente otorga a su titular el derecho de propiedad exclusivo por tiempo determinado, para garantizar que pueda apropiarse de los beneficios económicos de la explotación de su invento y de esa manera incentivar la innovación y el desarrollo. Eventualmente, culminado el periodo de protección, la invención pasará a dominio público y facilitará el avance del conocimiento para el desarrollo de otros productos que puedan nutrirse de ella.

Asimismo, de manera más amplia, se entiende que el mecanismo de licencias obligatorias ha sido concebido para ser aplicado de manera excepcional, cuando se determine que el titular de un derecho de propiedad intelectual no hecho uso del mismo durante un tiempo determinado, ha incurrido en abuso de su posición dominante o existe una situación de interés público, emergencia o amenaza a la seguridad nacional.

Pese a ello, existen diversas razones por las que el mecanismo ha sido discutido, con opiniones tanto a favor como en contra. Dichas posiciones y argumentaciones deben ser tomadas en consideración cuando se evalúe otorgar una licencia obligatoria:

- Los incentivos para innovar podrían disminuir.
- La negativa de otorgar una licencia perjudica el bienestar del consumidor a corto y largo plazo.
- El abuso de posición de dominio se ha realizado mediante un derecho de propiedad o el principio de libertad de contratar.⁷

Con relación a estas posiciones, debemos enfatizar nuevamente que la finalidad de otorgar licencias obligatorias es corregir una práctica anticompetitiva o brindar una solución a la población en caso de interés público, emergencia o seguridad nacional. Es decir, el efecto que se busca alcanzar es justamente mejorar la eficiencia del mercado y por tanto estimular la innovación y la competencia.

En el caso del argumento a favor de las licencias obligatorias en situaciones de abuso de posición dominante, es necesario fortalecer las labores de *enforcement* de la autoridad de competencia, en campos tan específicos como los relativos a las innovaciones tecnológicas. De esa manera se podrá detectar si una empresa comete una infracción

⁷ EZRACHI, A. y MAGGIOLINO, M. (2012). *European Competition Law, Compulsory Licensing and Innovation*. Oxford: Journal of Competition Law & Economic.

en la modalidad de abuso de posición de dominio, que eventualmente le otorgue un derecho de propiedad intelectual y, si el caso lo amerita, conceder una licencia obligatoria.

Es interesante rescatar lo señalado por Scott Morton et al. (2012), quienes señalan que en algunos países el objetivo original de los mecanismos de licencia obligatoria fue crear una industria nacional del medicamento competitiva, que permita la producción de modalidades genéricas de productos protegidos bajo patente. Si bien parece ser que esta política se remonta a mediados de la década de 1980, no debe perderse de vista que en la actualidad podría resultar contraproducente intentar promover una industria local poniendo en riesgo la solidez del sistema de patentes.

A propósito de lo expuesto, específicamente para el caso de los medicamentos, es pertinente volver a las situaciones previstas para el otorgamiento de licencias obligatorias y la necesidad de introducir un enfoque de eficiencia y bienestar. Este enfoque debe condicionar las decisiones de intervención pública en la búsqueda de eliminar distorsiones que reducen la eficiencia social, algo que parece más evidente en el caso del otorgamiento de licencias obligatorias por falta de uso de una patente. En efecto, si bien no hemos perdido de vista que estamos hablando de un derecho de propiedad otorgado por la ley, teniendo en cuenta en sentido amplio que la innovación es necesaria para el desarrollo del país, la autoridad competente debe contar con un mecanismo que le permita dinamizar el mercado cuando algún agente quiera hacer uso directo del producto patentado o explorar la introducción de mejoras sobre la base de dicho producto, cuando el producto en cuestión no está siendo explotado de manera efectiva por el titular de la patente y los intentos de adquirir sus derechos por la vía contractual han fracasado.

Asimismo, ya que las patentes tienen como objetivo que el titular disponga de derechos exclusivos sobre su invento, el otorgamiento de una licencia obligatoria siempre debe ser la excepción a la regla, es decir que su fundamento sea la corrección de una práctica anticompetitiva o cuando ocurra una circunstancia de interés público, emergencia o seguridad nacional. En ambos casos debe acreditarse de manera fehaciente que de no otorgarse la licencia obligatoria, disminuiría el bienestar del consumidor a corto, mediano y largo plazo.

En el Perú, la norma que aborda el tema corresponde a la Decisión 486 de la Comunidad Andina – CAN,⁸ Régimen Común sobre Propiedad Industrial. Esta norma señala que puede concederse una licencia obligatoria en los siguientes casos:

⁸ La CAN es una comunidad de países conformada por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú que se han reunido voluntariamente para promover el desarrollo.

- i. Por falta de uso durante más de tres años de concedida la patente o cuatro desde que se presentó su solicitud de registro. Además, se indica como condición que la licencia obligatoria solo será otorgada cuando el solicitante haya intentado previamente obtener una licencia contractual del titular de la patente.⁹
- ii. Previa solicitud de un país miembro por la existencia de razones de interés público, emergencia o seguridad nacional y solo durante el tiempo en que estas razones permanezcan. Señala además que la licencia en cuestión será otorgada por la oficina nacional competente. En el caso peruano, la autoridad recae sobre la Dirección de Invenciones y Nuevas Tecnologías del Indecopi (en adelante, Dirección de Invenciones), la que deberá establecer el alcance o extensión de la licencia, debiendo especificar el periodo por el que se concede y su objeto.

De acuerdo con algunos autores, el mecanismo de licencia obligatoria puede ser de utilidad en el caso de la industria farmacéutica, ya que ésta se basa en la protección de los sistemas de patentes, pero además se caracteriza por un régimen regulatorio complicado que hace que estas empresas se involucren en una serie de actividades que buscan extender sus beneficios.¹⁰ Naturalmente, estas actividades pueden generar una elevada sensibilidad social, en la medida que los productos farmacéuticos involucran a la salud pública, siendo precisamente este último elemento una de las razones por las que un gobierno puede valorar favorablemente la concesión una licencia obligatoria.

Por esa razón es muy importante que la autoridad tenga claro, al momento de evaluar la pertinencia de otorgar o no una licencia obligatoria, cuáles son los alcances de los términos: interés público, emergencia y seguridad nacional. Lamentablemente, hasta la fecha no existe en nuestra región una guía y/o directrices donde se definan estos conceptos y se desarrolle un procedimiento para su otorgamiento.

- iii. De oficio o a petición de parte, la oficina nacional competente puede otorgar licencias obligatorias cuando la autoridad en materia de competencia haya determinado que el derechohabiente ha desarrollado conductas de abuso de posición dominante en el mercado.

En el caso peruano, el modelo institucional de Indecopi permite una mayor coordinación entre la propiedad intelectual y la defensa de la competencia, para

⁹ El tiempo de duración de las patentes debe determinarse de manera adecuada, considerando que tratándose de un producto sin sustitutos, el costo social se incrementará a medida que la duración de la patente sea mayor. Al respecto, existen países como Alemania que toman en cuenta esta lógica económica, que requiere que los poseedores de patentes paguen una cuota anual para mantenerla, moderada durante los primeros años de vida de la patente pero que luego va aumentando hasta que expira su periodo de duración. Esto trae como consecuencia que un buen número de inventos pasan al dominio público antes de la fecha de vencimiento del derecho de patente.

¹⁰ Ver CARRIER, M. (2010). *Competition Law and Enforcement in the Pharmaceutical Industry* en DREXL, J. *Research Handbook on International Competition Law*.

que la Comisión de Defensa de la Libre Competencia determine que el titular de una patente ha abusado de su eventual posición de dominio. La Dirección de Invenciones y Nuevas Tecnologías podrá tomar conocimiento de este hecho de manera inmediata y evaluar la conveniencia de otorgar una licencia obligatoria.

Independientemente de las circunstancias que deriven en el otorgamiento de una licencia obligatoria, la normativa prevé que se debe pagar una compensación económica al titular de la patente.

La normativa andina también señala siete condiciones que deberán cumplir las licencias obligatorias:

- i. No serán exclusivas y no podrán concederse sub-licencias.
- ii. Solo podrán transferirse con la parte de la empresa o de su activo intangible que permite su explotación industrial y deben registrarse. En caso contrario, no surtirá efectos.
- iii. Podrán revocarse cuando las circunstancias que les dieron origen hayan desaparecido y no sea probable que vuelvan a surgir.
- iv. Su alcance y duración se limitarán en función de los fines para los que se concedieron.
- v. En el caso de patentes de invención que protegen tecnología de semiconductores, la licencia obligatoria solo se autorizará para uso público o para remediar una práctica declarada contraria a la libre competencia.
- vi. Contemplará una remuneración adecuada.
- vii. Deberán orientarse a abastecer principalmente el mercado interno.

Como hemos visto, la Decisión 486 establece específicamente en qué supuestos los países miembros de la Comunidad Andina pueden otorgar licencias obligatorias y además señala cuáles son las condiciones que deben cumplir.

Sin embargo, no desarrolla los conceptos de interés público, emergencia y seguridad nacional que consideramos fundamentales para delimitar con transparencia y predictibilidad cuándo se deben otorgar licencias obligatorias y de esa manera fortalecer su carácter excepcional. Adicionalmente, es necesario que las autoridades competentes cuenten con un procedimiento para otorgar este tipo de flexibilidades, que aporte claridad y predictibilidad a los agentes económicos involucrados.

Ante esta necesidad, consideramos oportuno realizar una propuesta de estudio y trabajo que nos ayudará a abordar el tema de manera especializada.

IV. PROPUESTA PARA INDECOPI

4.1 Desarrollar políticas públicas para la interacción entre el derecho de la competencia y la protección de la propiedad intelectual

Como hemos mencionado, el diseño institucional del Indecopi, por el cual una misma institución es la agencia de competencia y además la autoridad nacional de protección de la propiedad intelectual, permite que se puedan apreciar con mayor claridad los puntos de convergencia de los derechos de propiedad intelectual que aparentemente entran en discusión con los objetivos de la libre competencia en el mercado.

Nuestra visión es que ambas materias comparten objetivos comunes ya que, por un lado, en el marco más general de cautelar los derechos de propiedad intelectual, el sistema de patentes resulta un elemento clave para el desarrollo del país en la medida que fomenta el desarrollo de la tecnología e incentiva a los competidores a invertir en investigación. Por otro lado, la Agencia Nacional de la Competencia es la encargada de la vigilancia del comportamiento de los titulares de estos derechos y de que no desarrollen prácticas que limiten substancialmente la competencia en los mercados. En ese sentido, debe tomarse en cuenta que en el caso peruano la autoridad de competencia tiene la ventaja de cubrir de forma centralizada objetivos comunes de las políticas de competencia y defensa de la propiedad intelectual, que son el fomento de la eficiencia en los mercados, la innovación como herramienta fundamental para el proceso competitivo y el bienestar de consumidor como finalidad esencial.

En este escenario, es importante el intercambio de conocimientos y experiencias que servirán como insumos para la elaboración de políticas públicas que establezcan la hoja de ruta para las autoridades competentes en estas materias, capaces de armonizar la relación de los derechos de propiedad intelectual y la protección de la libre competencia. Estas políticas públicas deben tener en cuenta factores como la educación, la cultura empresarial de las compañías que invierten en innovación y desarrollo, la política de ciencia del país e inclusive asuntos que atañen a las políticas fiscales del Gobierno, esencialmente aquellas relacionadas a la fijación de impuestos y subsidios.¹¹

En este punto, como primera propuesta consideramos que es necesario que los países miembros de UNCTAD profundicen el estudio de los puntos de convergencia entre el derecho de la competencia y la propiedad intelectual. De esa manera, se podrá entender mejor la dinámica de ambas materias y sacar conclusiones que nos sirvan como insumos

¹¹ Ver ANDERMAN, S. (2010). *Innovation, IPR'S and EU competition Law: Cross Currents in the EU/US Debate* en DREXL, J. *Research Handbook on International Competition Law*.

para proponer al Estado las políticas públicas pertinentes que permitan armonizar el sistema. Finalmente, se logrará así estimular la innovación en un mercado de libre competencia, con mayor eficiencia para el bienestar de los consumidores.

4.2 Elaborar directrices para el otorgamiento de licencias obligatorias

Como hemos mencionado, según la normativa aplicable a nuestro país es posible otorgar licencias obligatorias en circunstancias excepcionales. Sin embargo, para ello es necesario que se establezcan de manera clara cuáles deben ser los parámetros que la autoridad competente deberá considerar para decidir si la otorga o no. Es de gran importancia que las autoridades sectoriales establezcan guías y/o directrices que precisen los alcances de los conceptos de interés público, emergencia y seguridad nacional.

De otro lado, es fundamental establecer de manera formal cuál será el procedimiento que deberá seguir la autoridad competente cuando deba evaluar una solicitud de licencia obligatoria y su eventual otorgamiento. Por ejemplo, es muy recomendable determinar los principios que guiarán los cálculos de la compensación económica al derechohabiente.

Todo ello deberá garantizar la previsibilidad del proceso de concesión de una licencia obligatoria en el Perú, y afectar lo menos posible los incentivos derivados del sistema de patentes.

Es importante acotar que hay antecedentes en otros países de la región, en los que se ha otorgado licencias obligatorias. Entre los más destacados podemos mencionar los siguientes:

- Brasil negoció desde 2006 con el laboratorio Merck & Co. para reducir el precio del antirretroviral efavirenz, producto que era adquirido por el Estado para tratar el SIDA a casi un millón de ciudadanos. Ante la negativa del laboratorio de reducir el precio un 60%, en el año 2007 el presidente Lula Da Silva decidió conceder una licencia obligatoria de la patente de Merck & Co. para el producto. Esta licencia se justifica en el caso de un evento de emergencia nacional y necesidad pública, ya que el Estado no contaba con recursos para financiar el tratamiento de la población (en aumento) con esta enfermedad.
- En Ecuador, en el año 2009 el presidente Rafael Correa emitió un decreto que declaró de interés público el acceso a los medicamentos esenciales (más tarde emitió otro en la misma dirección para los agroquímicos) y estableció las bases para el otorgamiento de licencias obligatorias. En virtud de esta declaración de utilidad pública, determinados importadores de productos genéricos solicitaron la licencia obligatoria para el antirretroviral ritonavir del laboratorio Abbott. En abril del 2010 se otorgó la primera licencia obligatoria para este medicamento.

Sin embargo, ni de estas experiencias ni de la exploración adicional realizada a nivel internacional se han identificado procedimientos o guías que hayan definido la situación de interés nacional o sirvan como insumo para hacerlo.

Tampoco se han identificado documentos oficiales de los Estados Unidos o la Unión Europea, cuyo objetivo sea orientar el uso del mecanismo de licencias obligatorias, siendo que además no se tiene conocimiento de la aplicación del mecanismo en dichas jurisdicciones. Naturalmente, en la medida que se trata de economías que cuentan con industrias farmacéuticas y de biotecnología de gran importancia a nivel global (los laboratorios de investigación principalmente son de los Estados Unidos, Francia, Alemania y Suiza), en dichos ámbitos no existiría una propensión a la concesión de estas licencias, debido a que las empresas titulares de las patentes de medicamentos que se comercializan a nivel internacional son más bien la parte afectada por su eventual otorgamiento en otros territorios.

Por lo tanto, como se puede advertir, nuestra propuesta es el desarrollo de guías y/o directrices que definan de manera específica qué debemos entender por interés público, emergencia o seguridad nacional, de qué manera podemos ejercer estas flexibilidades en la práctica, cuáles serían sus alcances, y cómo debe establecerse el procedimiento para conceder una licencia obligatoria.

V. REFLEXIONES FINALES

Si bien existen áreas de convergencia entre el derecho de la competencia y la protección de la propiedad intelectual, estamos convencidos de que no significa que sean derechos contrapuestos o en situación de conflicto. Por el contrario, son materias con el objetivo común de incentivar la innovación, lo que originará que la competencia en el mercado sea más eficiente y los consumidores se vean beneficiados. Si bien pueden existir algunas disputas, como por ejemplo cuando se decide otorgar una licencia obligatoria, debe quedar claramente establecido que se trata de una medida de carácter excepcional cuyos objetivos son corregir prácticas anticompetitivas y hacer frente a situaciones donde el interés público, una emergencia o la seguridad pública ameriten una decisión de esas características.

Al respecto, Indecopi ocupa una posición privilegiada pues su diseño institucional le permite hacerse cargo tanto de la defensa de la competencia como de la protección de los derechos intelectuales. En ese sentido, cuenta con la ventaja de poder apreciar con mayor claridad cuáles son los puntos de convergencia y de qué manera se puede fortalecer el sistema para que el otorgamiento de licencias obligatorias mantenga su carácter excepcional y cumpla con el objetivo por el cual ha sido contemplado en nuestra legislación.

En esa línea, nuestra propuesta es que se trabaje en el estudio y elaboración de políticas públicas que permitan armonizar el derecho de la competencia y la protección de los derechos intelectuales, para de esa manera conseguir los objetivos que tienen en común. Lo más importante será trazar la hoja de ruta de las autoridades competentes para el cumplimiento de sus funciones y el logro de sus objetivos.

Asimismo, igual importancia merece la elaboración de guías y/o directrices que definan con claridad qué debemos entender por interés público, emergencia y seguridad nacional, pues únicamente teniendo en cuenta qué situaciones involucran estos conceptos se podrá garantizar el carácter excepcional de este tipo de medidas. Otro punto importante es diseñar un procedimiento a seguir, ya sea cuando se presentan solicitudes de licencias obligatorias como también cuando el Gobierno considere conveniente otorgarlas, dado que cuando se utilizan procedimientos debidamente estructurados se dota al sistema de mayor confianza y predictibilidad frente a la ciudadanía.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ANDERMAN, S. (2010). *Innovation, IPR's and EU Competition Law: Cross Currents in the EU/US Debate*, en DREXL, J. *Research Handbook on International Competition Law*.

CABANELLAS, G. (2006). *Propiedad intelectual y libre competencia*. Buenos Aires: INPI/ONPI.

CARRIER, M. (2010). *Competition Law and Enforcement in the Pharmaceutical Industry*, en DREXL, J. *Research Handbook on International Competition Law*.

EZRACHI, A. y MAGGIOLINO, M. (2012). *European Competition Law, Compulsory Licensing and Innovation*. *Journal of Competition Law & Economic*.

SCOTT, F. y KYLE, M. (2012). *Markets for Pharmaceutical Products*. *Handbook of Health Economics*, Volume 2, Elsevier.

THE U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND THE FEDERAL TRADE COMMISSION (1995). *The Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*. Disponible en: <<http://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/competition-policy-guidance/0558.pdf>>