

# Los derechos de propiedad intelectual y la libre competencia



Ernesto Rengifo García / DIRECTOR  
Francisco E. Beneke Ávila / COORDINADOR



Max Planck Institute  
for Innovation and Competition

Universidad  
**Externado**  
de Colombia

135  
Años

LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL  
Y LA LIBRE COMPETENCIA

ERNESTO  
RENGIFO GARCÍA  
(DIRECTOR)

FRANCISCO E.  
BENEKE ÁVILA  
(COORDINADOR)

# LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y LA LIBRE COMPETENCIA

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA  
INSTITUTO MAX PLANCK PARA LA INNOVACIÓN Y COMPETENCIA

*Los derechos de propiedad intelectual y la libre competencia* / Diego Acosta [y otros]; Ernesto Rengifo García (director); Francisco E. Beneke Ávila (coordinador). — Bogotá : Universidad Externado de Colombia : Instituto Max Planck para la Innovación y Competencia. 2021.

642 : gráficos ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9789587906721

1. Marcas de fábrica 2. Licencias para marcas de fábrica 3. Propiedad industrial — Aspectos jurídicos 4. Derecho comercial 5. Derecho industrial 6. Regulación del comercio I. Rengifo García, Ernesto, director II. Beneke Ávila, Francisco E., coordinador III. Universidad Externado de Colombia IV. Instituto Max Planck para la Innovación y Competencia V. Título

346.0482 SCDD 15

Catalogación en la fuente — Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP.

septiembre de 2021

ISBN 978-958-790-672-1

© 2021, ERNESTO RENGIFO GARCÍA (DIRECTOR)  
© 2021, INSTITUTO MAX PLANCK PARA LA INNOVACIÓN Y COMPETENCIA  
© 2021, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA  
Calle 12 n.º 1-17 Este  
Teléfono (601) 342 0288  
publicaciones@uexternado.edu.co  
www.uexternado.edu.co

Primera edición: septiembre de 2021

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones  
Corrección de estilo: José Ignacio Curcio Penen  
Composición: Álvaro Rodríguez  
Impresión y encuadernación: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.S. - Xpress Kimpres  
Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia  
*Printed in Colombia*

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

DIEGO ACOSTA      DIEGO GUZMÁN  
FRANCISCO E. BENEKE ÁVILA      LUISA FERNANDA HERRERA SIERRA  
CARLOS AUGUSTO CONDE      GONZALO NAZAR DE LA VEGA  
JUAN I. CORREA      RUBIELA PACANCHIQUE VARGAS  
LINA MARÍA DÍAZ VERA      ERNESTO RENGIFO GARCÍA  
MANUEL GUERRERO GAITÁN      BRENDA SALAS P.  
MARTÍN URIBE ARBELÁEZ

## CONTENIDO

Prólogo	11
<i>Ernesto Rengifo García</i>	

Introducción	17
<i>Francisco E. Beneke Ávila</i>	

### SECCIÓN 1

#### EL DERECHO DE AUTOR, LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y LA LIBRE COMPETENCIA

La negativa a licenciar un derecho de autor y el derecho de la competencia	35
<i>Ernesto Rengifo García</i>	

El mercado de las sociedades de gestión colectiva: mecanismos regulatorios sobre precios	91
<i>Gonzalo Nazar de la Vega</i>	

La gestión de los derechos de autor y el abuso de la posición de dominio	117
<i>Diego Guzmán</i>	

Gestión de datos en la economía digital moderna y derecho de la competencia	193
<i>Diego Acosta</i>	

La estandarización en los mercados con efectos de red	255
<i>Lina María Díaz Vera</i>	

### SECCIÓN 2

#### LAS PATENTES Y LA LIBRE COMPETENCIA

Relación entre el ciclo de vida de las patentes y el derecho de la competencia: en la búsqueda de un equilibrio en la práctica	319
<i>Carlos Augusto Conde</i>	

El derecho de la competencia y la gestión contractual de las patentes: un balance necesario para el acceso a invenciones 349  
*Luisa Fernanda Herrera Sierra*

Patentes farmacéuticas y abuso de posición dominante 421  
*Rubiela Pacanchique Vargas y Martín Uribe Arbeláez*

### SECCIÓN 3

#### LA BIOTECNOLOGÍA Y LA LIBRE COMPETENCIA

Propiedad intelectual en el sector de las semillas bajo la óptica de las normas de competencia en Latinoamérica 467  
*Juan I. Correa*

### SECCIÓN 4

#### LOS DISEÑOS Y LA LIBRE COMPETENCIA

Los diseños industriales y la libre competencia en el marco de los mercados derivados 519  
*Brenda Salas P.*

### SECCIÓN 5

#### LOS SIGNOS DISTINTIVOS Y LA LIBRE COMPETENCIA

Los signos distintivos y sus efectos en la libre competencia. especial referencia a las marcas notorias y renombradas, y acuerdos de coexistencia 583  
*Manuel Guerrero Gaitán*

Los autores 639

FRANCISCO E. BENEKE ÁVILA\*

*Introducción*

El estudio de la relación entre el derecho de la competencia y la propiedad intelectual es un campo antiguo y prolífico. Regímenes de competencia alrededor del mundo han tenido que considerar desde etapas muy tempranas cómo lograr un balance entre estas dos ramas del derecho<sup>1</sup>. La riqueza de tipos de transacciones que surgen en los mercados para el goce de los derechos de propiedad intelectual, así como la evolución de ambas ramas del derecho en mención, obligan a que la literatura sobre la relación que nos ocupa se actualice constantemente. A la vez, es difícil sobreestimar la importancia de este estudio a la luz de los efectos socio-económicos asociados a distintas opciones sobre el balance entre competencia y protección de la propiedad intelectual.

En un nivel muy fundamental la relación económica entre el derecho de competencia y la propiedad intelectual puede describirse de la siguiente manera: las normas sobre competencia están diseñadas para promover el funcionamiento eficiente de los mercados, mientras que las normas sobre propiedad intelectual crean derechos sobre la creación de conocimiento productivo, obras y signos distintivos, los cuales pueden ser transados y explotados en mercados nacionales e internacionales. La sabiduría convencional es que los propósitos de las leyes de competencia y de propiedad intelectual son complementarios. La eficiencia y el bienestar del consumidor, fin comúnmente plasmado en legislaciones de competencia, se benefician de mayor innovación y creatividad, fenómenos que a su vez las leyes de propiedad intelectual buscan promover. Comúnmente se acepta que a pesar de ello, en la práctica se dan episodios en los que existe tensión entre ambos marcos jurídicos, por ejemplo, cuando un

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Escuela Superior de Economía y Negocios de El Salvador. Master en leyes de la Universidad de California en Berkeley y doctor en derecho por la Ludwig-Maximilians-Universität de Múnich. Es actualmente investigador senior del Instituto Max Planck para la Innovación y la Competencia, y miembro de la iniciativa Smart IP for Latin America. Asimismo, es editor ejecutivo de GRUR International, revista académica sujeta a revisión de pares enfocada en temas de propiedad intelectual y competencia a nivel internacional. Correo-e: francisco.beneke@ip.mpg.de.

1 En la Unión Europea se puede encontrar el primer precedente en los asuntos acumulados 56 y 58/64 *Consten and Grundig vs. Commission*, donde se determinó que acuerdos intra-marca pueden ser sancionados de acuerdo con el artículo 101 TFUE; en Estados Unidos encontramos un caso que se remonta a 1902, poco más de una década después de haberse emitido el Sherman Act: *Bement vs. National Harrow Co.*, 186 U.S. 70 (1902), donde se estableció que una conducta puede ser anticompetitiva solo si se va más allá del objeto de protección de la patente.

titular de un derecho de PI lo ejerce de forma abusiva. Esto es parcialmente correcto. Si bien los marcos legales que nos ocupan tienen propósitos complementarios, lo cierto es que efectivamente existe tensión entre los mismos en un nivel fundamental y no solo en su aplicación en casos concretos.

El poder de mercado es el concepto más central en el derecho de competencia<sup>2</sup>, lo cual es la fuente principal de tensión entre el análisis de competencia y el análisis económico de la innovación y creatividad. El poder de mercado es un fenómeno que describe un problema estático, i.e., en un punto en el tiempo<sup>3</sup>. La innovación y la creatividad, por su parte, son conceptos que se usan para estudiar aspectos dinámicos de la economía, es decir, para describir la transición entre estados o puntos en el tiempo<sup>4</sup>. El marco de análisis para determinar de forma indirecta si una conducta es anticompetitiva con el cual están más familiarizadas las autoridades de competencia –definición de mercado relevante, participaciones de mercado, barreras de entrada, posibles efectos y eficiencias– son *proxies* de conceptos estáticos basados en la teoría neoclásica de precios.

La aplicación de este método analítico en casos en que la innovación y creatividad son importantes lleva a resultados inconsistentes. En casos concernientes a mercados tecnológicos, el análisis se ha centrado muchas veces en la volatilidad de participaciones de mercado como un *proxy* de las condiciones de competencia<sup>5</sup>. Esta herramienta analítica es inadecuada porque no identifica características específicas que determinan el dinamismo de un mercado, sino que se limita meramente a observar su existencia o ausencia.

---

2 PHILIPP E. AREEDA; JOHN L. SOLOW y HERBERT HOVENKAMP. *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, vol. II B, Aspen, 2007, p. 107; WILLIAM M. LANDES y RICHARD A. POSNER. “Market power in antitrust cases”, 94 *Harvard Law Review*, 1980, 937-938.

3 DENNIS W. CARLTON y JEFFREY M. PERLOFF. *Modern Industrial Organization*, Cap. 4, Pearson, 2015.

4 Para un resumen de algunos de los enfoques del estudio de la competencia e innovación como un proceso y no como una comparación entre equilibrios estáticos, cfr. MARIATERESA MAGGIOLINO. “The economics of antitrust and intellectual property rights” en A. EZRACHI y S. ANDERMAN (eds.). *Intellectual Property and Competition Law: New Frontiers*, Part C, OUP, 2011.

5 Cfr., por ejemplo, la decisión de la Comisión Europea en el Caso n.º COMP/M.7217, Facebook/WhatsApp, para. 99, citando e Case T-79/12 Cisco Systems Inc vs. Commission (2013), para. 69.

El problema en la práctica es que en algunos casos este dinamismo se ve interrumpido. Un ejemplo claro es el mercado de búsquedas multipropósito en internet. En una etapa temprana existían muchas opciones y los líderes del mercado no alcanzaban a cementar de forma duradera su posición. Esto no parece ser el caso en la actualidad<sup>6</sup>. Es necesario realizar un estudio exhaustivo de las causas de esta falta de dinamismo puesto que en muchos casos las autoridades de competencia hacen un análisis a futuro. Una mejor comprensión de los cambios estructurales que afectan la innovación es fundamental para predecir si un mercado mantendrá un determinado nivel de dinamismo medido por entrada y salida de competidores u otras variables relevantes. Lo descrito en este párrafo se puede ilustrar mejor con un ejercicio mental. Si la Comisión hubiera considerado la posición en el mercado de Google en 2005, hubiera visto hacia atrás y determinado que se estaba en presencia de un mercado dinámico sin saber que pocos años más tarde nos encontraríamos con una empresa establemente dominante.

Otra incompatibilidad en un nivel fundamental es que los procesos de innovación son comúnmente estudiados dentro de un marco holístico conocido como sistemas de innovación<sup>7</sup>. Por el contrario, en casos de competencia y propiedad intelectual se tiende a reducir los procesos de innovación bajo la lupa de incentivos financieros, i.e., la persecución de ganancias y su apropiabilidad estimulan la actividad inventiva de las empresas<sup>8</sup>. Por el contrario, el incentivo que presentan las oportunidades de negocios rentables es solamente uno de los factores en la literatura sobre sistemas de innovación.

La innovación –y en general el crecimiento de las compañías– es también estudiada como un fenómeno estocástico, es decir, sujeto a resultados aleatorios. Esto pone siempre a la autoridad administrativa o judicial encargada de aplicar la ley de competencia en una posición incómoda, pues se ve forzada a

---

6 Cfr. la decisión de la Comisión Europea en el Caso n.º AT.39740 – Google Search (Shopping), para. 274, donde el análisis de la Comisión evidenció que la participación de Google en el mercado de búsquedas ha sido consistentemente alta en la Unión Europea desde 2008.

7 Para una visión general del tema cfr. JORGE NIOSI (ed.). *Innovation Systems, Policy and Management*, CUP 2018.

8 Esta tendencia es muy probablemente una consecuencia de la gran confianza puesta en la teoría de precios para analizar los efectos de conductas empresariales en casos de competencia.

hacer un balance entre eficiencia estática y escenarios futuros inciertos. En el caso de la eficiencia estática, se cuenta con herramientas de análisis que, aun siendo complejas, permiten cuantificar de forma directa los efectos de una conducta sobre la cantidad producida de un bien en el corto y largo plazo. En cambio, es mucho más difícil cuantificar los efectos sobre la innovación, puesto que el éxito está sujeto a incertidumbre. La aleatoriedad imposibilita un cálculo preciso del retorno esperado de inversiones en I+D<sup>9</sup>. En consecuencia, los jueces y las autoridades administrativas suelen encontrarse con un pájaro en mano –la eficiencia estática– y cien volando –consideraciones dinámicas–, y es difícil saber qué vale más.

En relación con lo anterior, otro factor que añade complejidad al tema es la literatura creciente sobre los efectos de la PI en la creación de obras y en la innovación. Cada vez se cuestiona más si el funcionamiento actual del sistema de patentes y derechos de autor alrededor del mundo promueve estos objetivos<sup>10</sup>. Con base en ello, el ejercicio de balance que debe hacer una autoridad entre eficiencia estática y consideraciones dinámicas en el contexto de un caso de competencia se torna aún más incierto. Esto se puede ilustrar utilizando como ejemplo licencias exclusivas. Si el titular de una patente sobre un producto licencia su tecnología a una empresa en Colombia, en la cual se pacta la prohibición de importaciones paralelas y ventas pasivas, es más fácil saber a qué se está renunciando en el corto plazo. Si se tiene la información necesaria, un economista puede emitir en un informe pericial una cuantificación de los efectos de estas restricciones sobre el precio. Por otro lado, el efecto económico sobre los incentivos a innovar puede ser en general más ambiguo. ¿Cómo entonces sopesarlos en comparación con los efectos sobre el precio en el corto plazo?

Otro factor fundamental que dificulta la compatibilización entre las leyes de competencia y la propiedad intelectual es la utilización de un marco de análisis común para estudiar los procesos de innovación tecnológica, creación de obras, e inversiones en reputación. La justificación de la exclusividad es que, al evitar el *free riding* en las inversiones de los competidores, se incentiva

---

9 IOANNIS KOKKORIS y TOMMASO VALLETTI. “Innovation Considerations in Horizontal Merger Control”, 16 *Journal of Competition Law & Economics*, 2020, pp. 220, 244.

10 Para una revisión exhaustiva de la literatura sobre los efectos en la innovación y creación de obras de los distintos tipos de derechos de PI, cfr. JOSEF DREXL y ANSELM KAMPERMANN-SANDERS (eds.). *The Innovation Society and Intellectual Property*, Edward Elgar, 2019.

incurrir en ellas. Aun cuando dichos procesos tienen este factor en común<sup>11</sup>, existen algunas diferencias cualitativas y cuantitativas que normalmente no son tomadas en cuenta al momento de aplicar leyes de competencia en contextos de ejercicios de derechos de PI. Por ejemplo, la creación de obras artísticas está sujeta a un conjunto de motivaciones distintas a la invención tecnológica que pueden afectar la sensibilidad a incentivos financieros.

En esta línea, el derecho de competencia puede servir como herramienta refinadora de los incentivos a innovar y crear obras que ofrecen los derechos de propiedad intelectual. El derecho de patentes y el derecho de autor ofrecen plazos fijos de exclusividad. Esta generalización puede ser útil en términos de costos de administración del sistema. Si, por ejemplo, las oficinas de patentes tuvieran que decidir entre distintos límites temporales de protección los costos serían mayores. Por otro lado, al haber una generalización el sistema acepta necesariamente casos en los que la protección puede exceder lo necesario para incentivar la innovación en una industria concreta<sup>12</sup>. La intervención *ex post* en el derecho de competencia puede ser un correctivo por el elemental hecho de que el análisis se hace caso por caso. En industrias donde la invención es menos intensiva en costos hundidos, la pérdida de incentivos a innovar puede tener un peso menor en la balanza de efectos que hace una autoridad de competencia.

Como se puede ver, es difícil sobreestimar la complejidad del tema. Por eso es necesario que el sector académico pueda ofrecer pautas a tener en cuenta aprovechando el acervo de casos y de experiencia a nivel internacional. En el caso de Latinoamérica ello es muy importante, puesto que las autoridades de competencia tienen poca experiencia en casos que involucran derechos de PI. No obstante, la falta de experiencia no significa necesariamente una falta de capacidad institucional para analizar escenarios complejos. Esto se puede ver en aquellos casos en los que autoridades de competencia en la región han emitido decisiones muy bien fundamentadas sobre temas nuevos<sup>13</sup>. Además, si bien no hay muchos casos de competencia específicamente sobre propiedad intelectual, Colombia y otros países tienen mucha experiencia en la aplicación

---

11 DENNIS W. CARLTON y JEFFREY M. PERLOFF. *Modern Industrial Organization*, Cap. 16, Pearson, 2015.

12 Ídem.

13 Cfr., por ejemplo, la aprobación de la fusión entre Uber y Cornershop por la Fiscalía Nacional Económica en Chile.

de leyes de competencia a mercados regulados, donde algunas de las consideraciones importantes son muy similares<sup>14</sup>, principalmente la interacción entre distintas regulaciones dirigidas a aumentar la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores.

Por supuesto, el aprendizaje de la experiencia internacional se debe hacer teniendo en cuenta las particularidades de la región en cuanto al funcionamiento particular que los distintos sistemas de PI han tenido en la práctica, por ejemplo, los niveles de patentamiento de empresas y científicos nacionales<sup>15</sup>, y el funcionamiento de las entidades de gestión colectiva de derechos de autor. También se deben tener en cuenta otras condiciones estructurales que afectan la difusión de tecnologías existentes y la invención de nuevas.

Comúnmente se dice que en la región los regímenes de competencia son jóvenes. En algunos casos no por la fecha de emisión de la legislación pertinente, sino porque estas cobraron una mayor relevancia durante la ola de liberalizaciones de los años noventa. En el Cono Sur se encuentran los regímenes más antiguos: Colombia y Chile, mientras que los regímenes más jóvenes se remontan a la década pasada, como es el caso de Uruguay, Bolivia y Paraguay<sup>16</sup>. A excepción de estos regímenes más recientes, es difícil argumentar que las políticas de competencia en Latinoamérica no han alcanzado por lo menos un cierto grado de madurez, por lo que no se debe subestimar la capacidad de analizar casos más complejos.

Por todas estas razones es que el estudio de la relación entre el derecho de competencia y la propiedad intelectual tiene mucho campo que explorar y esclarecer. En ese sentido, el presente libro es un esfuerzo conjunto entre la Universidad Externado de Colombia y el Instituto Max Planck para la Innovación y Competencia para realizar un análisis que se adecue a los contextos legales y socio-económicos específicos en Latinoamérica. Este esfuerzo, por

---

14 Para el caso de México, El Salvador, Chile y Colombia, cfr. FRANCISCO E. BENEKE ÁVILA. *Market Entry and Competition Law in Latin America: The Role of Economic Development in Antitrust Analysis*, Cap. 8, Springer, 2021.

15 Cfr. al respecto, JUAN I. CORREA y CARLOS M. CORREA. “Impact of the Patent Cooperation Treaty in Latin America”, 69 *GRUR International*, p. 803.

16 Para mayor información cfr. FRANCISCO E. BENEKE ÁVILA. “The adoption of modern competition policies in Latin America”, Part II: “South America”, 2015, disponible en [<https://dwantitrust.com/2015/07/07/the-adoption-of-modern-competition-policies-in-latin-america-part-ii-south-america/>], consultada el 8 de marzo de 2021.

el lado del Instituto, surge en el contexto de su iniciativa Smart IP for Latin America, la cual busca promover regímenes de propiedad y competencia que estén al servicio de las necesidades de desarrollo de los países en la región<sup>17</sup>.

En este marco, el libro recoge contribuciones en las que se analiza la interacción entre el derecho de competencia y los derechos de propiedad intelectual en la región, principalmente en Colombia y la Comunidad Andina de Naciones, realizando un análisis comparativo con casos y legislaciones influyentes como las de la Unión Europea y de Estados Unidos. El libro se divide en cinco secciones.

En la primera se encuentran las contribuciones que estudian los riesgos de la competencia que se pueden dar en mercados en los que se comercializan y explotan derechos de autor, así como en mercados de nuevas tecnologías. En el primer capítulo, Ernesto Rengifo se enfoca en el caso especial de la negativa del titular del derecho de autor a licenciar cuando gestiona los derechos patrimoniales de forma directa y no a través de intermediarios, como las entidades de gestión colectiva. El capítulo contiene un análisis exhaustivo del tratamiento de dichas prácticas en la Unión Europea con el fin de identificar lecciones para el derecho en Colombia, en la Comunidad Andina, y en Latinoamérica en general. Aun cuando el capítulo se centra en los derechos de autor, es de utilidad para juristas que estudian en general la aplicabilidad de la doctrina de facilidades esenciales a derechos de propiedad intelectual.

En el segundo capítulo Gonzalo Nazar de la Vega analiza la interacción entre los marcos regulatorios de las sociedades de gestión colectiva y la regulación de precios excesivos en el derecho de competencia. Con base en el análisis económico de la gestión colectiva, Nazar de la Vega realiza un estudio de las ventajas y desventajas de la regulación *ex ante* y *ex post* de los precios cobrados por dichas entidades a los usuarios. La contribución expone los principales casos de competencia en los que se evaluó el carácter excesivo de las tasas cobradas por entidades de gestión colectiva a nivel tanto de la Unión como de algunas autoridades locales (España, Grecia, Bélgica y Letonia). Asimismo, describe dos casos recientes en la región: Argentina y Chile.

En el tercer capítulo, Diego Guzmán continúa con el estudio de la gestión colectiva de derechos de autor, enfocándose en las demás conductas que

---

17 Para mayor información cfr. [<https://sipla.ip.mpg.de/en/>], consultada el 8 de marzo de 2021.

entidades intermediarias pueden utilizar para restringir la competencia en el mercado. Guzmán analiza la naturaleza económica de las sociedades de gestión colectiva y las características de su regulación en algunos países –por ejemplo, la legitimación presunta y las licencias colectivas ampliadas– que influyen en el poder de mercado de estos agentes. Adicionalmente, el capítulo ofrece los factores a tener en cuenta al momento de definir mercados relevantes en esta actividad económica para luego pasar al análisis de conductas como la venta atada y otras que pueden generar barreras a la entrada a nuevos competidores. En ese sentido se analizan casos representativos en Estados Unidos, la Unión Europea y Colombia.

En el cuarto capítulo, “Gestión de datos en la economía digital moderna y derecho de la competencia”, Diego Acosta analiza los cambios drásticos en la economía que han sido causados por innovaciones digitales como el *big data*, inteligencia artificial e internet de las cosas. A la luz del rol central que juega la recolección de datos personales en los modelos de negocios, el capítulo resume los riesgos y oportunidades que ello representa en términos de innovación y competencia, y describe los principales casos en la Unión Europea y Estados Unidos, en los que el control de datos personales jugó o pudo haber jugado un rol en el análisis de los efectos de operaciones de concentración y conductas anticompetitivas. De esa manera el autor pone en evidencia las tensiones entre distintas posturas de autoridades administrativas y judiciales, y dentro del sector académico. Un ejemplo muy interesante expuesto en el capítulo es el caso de Facebook en Alemania, en el que dicha empresa fue sancionada por la autoridad de competencia por un abuso de posición de dominio consistente en condiciones desfavorables de manejo de datos personales de usuarios. Asimismo, el capítulo aborda el tema de acceso a datos y riesgos de colusión tácita por medio del uso de algoritmos, los cuales son temas centrales en la discusión sobre competencia y la economía digital a nivel mundial.

Por último, en esta sección se ubica el capítulo de Lina María Díaz, enfocado en la estandarización en mercados con efectos de red. En él la autora presenta una visión general de los principales modelos económicos utilizados para analizar el comportamiento en mercados de red, las características que incentivan la compatibilización de las tecnologías competidoras, y el rol que juegan los derechos de PI y el derecho de competencia en estos procesos. Sobre esa base, el capítulo analiza la aplicación de la doctrina de facilidades esenciales a conductas que afectan industrias sujetas a estandarización *de facto* o formal, mostrando dos ejemplos importantes en la Unión Europea: Microsoft *vs.*

Commission, decidido por la Corte de Justicia, y el caso Motorola decidido por la Comisión, el cual fue un precedente importante al caso decidido por la Corte en *Huawei vs. ZTE*. En ese marco, el capítulo estudia la estandarización formal o de derecho, y los incentivos de las empresas participantes en un estándar para que sus tecnologías sean declaradas esenciales y poder así extraer regalías de cualquier compañía que implemente el estándar. A la luz de este análisis, Díaz expone la relevancia de la problemática para países en vías de desarrollo que son normalmente importadores de tecnología. La autora expone el caso de Corea y los estándares adoptados para la tecnología 2G como un ejemplo de políticas que se pueden utilizar para impulsar el desarrollo tecnológico de un país. El capítulo termina con el estudio de un caso reciente en Colombia en el que la Superintendencia de Industria y Comercio tuvo la oportunidad de analizar problemas relacionados con los efectos de red y la compatibilidad de servicios.

La segunda sección se ocupa de la relación entre el derecho de la competencia y las patentes. En su primer capítulo, Carlos Augusto Conde aborda la relación entre las mencionadas ramas del derecho desde una perspectiva temporal holística del sistema de patentes, es decir, desde el momento de la aplicación hasta su expiración. El capítulo comienza con un aspecto relativamente menos explorado: el de las prácticas anticompetitivas en la fase de aplicación de patentes. Al respecto el autor expone los aspectos de la regulación que muchas compañías utilizan para excluir competidores usando de forma abusiva las prerrogativas que algunas legislaciones otorgan al solicitante de una patente durante el examen de la solicitud. Luego analiza las prácticas anticompetitivas más comunes realizadas durante la vida de la patente: el abuso de procesos judiciales por las *non-practicing entities*, coloquialmente conocidas como *patent trolls*; los abusos que pueden darse dentro de las marañas de patentes, y los riesgos colusorios dentro de un *patent pool* que pueden mermar las eficiencias que esta figura contractual ofrece. Por último, Conde describe la problemática alrededor de acuerdos extrajudiciales entre titulares de patentes y fabricantes de genéricos que retrasan el ingreso al mercado de estos últimos evitando fallos judiciales que pueden dar fin a la vigencia de la patente.

En el segundo capítulo de esta sección, Luisa Herrera examina las distintas herramientas del derecho de competencia que se pueden utilizar para garantizar un mayor acceso a conocimientos tecnológicos. La autora hace un repaso de las disposiciones del Acuerdo ADPIC que otorgan a los Estados miembros una gran latitud para implementar medidas encaminadas a preve-

nir y sancionar prácticas que restrinjan de manera injustificable el comercio y la transferencia de tecnología. Además, describe un problema de interés: el uso estratégico de patentes y su concesión excesiva. Sobre esta base analiza los regímenes relativos a la transferencia de tecnología en la Unión Europea, Estados Unidos, la Comunidad Andina de Naciones y Colombia. Asimismo, describe casos representativos en estas jurisdicciones en los que dicha normativa ha sido aplicada.

El último capítulo de esta sección se enfoca en la corrección y prevención de prácticas anticompetitivas en la industria farmacéutica, al tratarse de bienes relacionados con los derechos fundamentales a la vida y a la salud, lo cual da un nivel adicional de complejidad al balance entre innovación y acceso a las invenciones. El capítulo describe brevemente algunos abusos a los derechos de PI sobre productos farmacéuticos, para luego pasar a describir las herramientas legales que permiten mejorar el acceso a medicamentos patentados. En ese sentido, la contribución sienta las bases para una mirada mucho más completa de las soluciones disponibles, siendo el derecho de competencia solamente una de ellas. Las medidas descritas para el caso de Colombia, en adición a la sanción de conductas anticompetitivas, son las siguientes: licencias obligatorias; implementación de la Denominación Común Internacional en la solicitud de patentes para facilitar el conocimiento acerca de la titularidad de derechos; intervención de las autoridades sanitarias en el proceso de concesión de patentes; rigurosidad en el examen de patentabilidad y exclusión de polimorfos; control de precios; importaciones paralelas; compras centralizadas para lograr mejores precios; uso de procesos de nulidad y revocatoria de patentes, y la utilización de la oposición dentro del proceso de concesión de la patente. El capítulo finaliza con ejemplos de casos de competencia y propiedad intelectual en la industria farmacéutica en la Unión Europea y Brasil. Uno de los casos analizados es la sanción de la Comisión Europea a Servier, en el que se revela la complejidad de estrategias que pueden seguir empresas para mantener precios elevados de los medicamentos más allá de los propósitos previstos por el derecho de patentes. Esto es un fundamento adicional que señala la importancia del enfoque holístico de soluciones de este capítulo.

La tercera sección del libro se centra en el derecho de competencia y la biotecnología, tema central para el desarrollo de la agricultura en los países de la región. En su único capítulo, Juan Correa se enfoca en el mercado de las semillas, comenzando con una descripción de la evolución histórica de este mercado, que se pasó de un modelo simple en el que los agricultores guar-

daban semillas de la cosecha para sembrar y comercializar, a la situación actual en la que los derechos de propiedad intelectual han introducido una mayor complejidad al comercio de las semillas. Asimismo, el autor describe el proceso de concentración sufrido recientemente por la industria y analiza las distintas opciones para proteger la propiedad intelectual relacionada con las semillas: patentes y protección de derechos de obtentor. Luego pasa a desarrollar consideraciones contextuales, tales como las generalidades de los regímenes de competencia en los países de la región y el examen de ejemplos específicos de contratos de licencia de biotecnología agrícola, y con ello sienta el contexto para el análisis de casos de abuso de posición de dominio en mercados de semillas en la Unión Europea, Estados Unidos, Brasil y Argentina. Los hechos de los casos sirven para mostrar la sensibilidad socio-económica del tema y, por ende, la necesidad de lograr un balance adecuado entre el acceso a la biotecnología y la innovación.

La cuarta sección contiene el capítulo en el que Brenda Salas desarrolla lo relativo a la aplicación de las leyes de competencia en casos de ejercicio de diseños industriales, analizando las prácticas colusorias y unilaterales relacionadas con este derecho de PI, y cómo han sido abordadas en la Unión Europea, Estados Unidos y Colombia. Describe la evolución jurisprudencial de la Corte de Justicia de la Unión Europea en los casos en que una negativa a licenciar un diseño industrial puede constituir excepcionalmente un abuso de posición dominante. El análisis de las líneas jurisprudenciales le sirve de contexto para estudiar la solución legislativa adoptada en la UE con el fin de introducir mayor competencia en el mercado de diseños: la cláusula de reparación contemplada en el Reglamento n.º 6 de 2002, por medio de la cual se impone a los titulares el deber de licenciar diseños para la producción de partes de productos complejos con el objeto de devolverle su apariencia inicial. Luego pasa a exponer los fallos de la Corte de Justicia de la UE en los que se esclarecieron los límites de dicha cláusula, inclinando la balanza hacia los titulares de diseños, a la vez que analiza la evolución jurisprudencial en Estados Unidos sobre casos de competencia en mercados que involucran diseños industriales. La exposición se centra en ejemplos que muestran la postura jurisprudencial sobre restricciones en mercados secundarios, y las diferencias cuando los productos se encuentran o no protegidos por diseños industriales. La autora descubre también las diferentes maneras en que los titulares de derechos han intentado ejercerlos para extender su poder de mercado a servicios complementarios como los de mantenimiento, y analiza el agotamiento

del derecho como límite intrínseco en el régimen de diseños para introducir mayor competencia. El capítulo finaliza con una exposición del régimen de diseños industriales en la Comunidad Andina y en Colombia, describiendo las características que afectan la competencia en el mercado.

Por último, en la quinta sección Manuel Guerrero analiza lo referente a la relación del derecho de la competencia, los signos distintivos y los acuerdos de coexistencia, y pone como ejemplos marcas notorias y renombradas. El autor resalta la interrelación entre el concepto de posición dominante y la titularidad de las marcas clasificadas como notorias o renombradas. Estas últimas tienen un mayor riesgo de ser catalogadas como dominantes, de acuerdo con criterios plasmados en legislaciones sobre competencia. Seguidamente, Guerrero describe algunos escenarios en los que puede haber un abuso de posición dominante de marcas renombradas, enfocándose en las prácticas comunes en los contratos de franquicia. Para finalizar el capítulo aborda el tema de los acuerdos de coexistencia, por medio de los cuales se resuelven disputas sobre signos distintivos similares, y analiza las eficiencias de estos acuerdos y sus posibles riesgos anticompetitivos, lo cual proporciona una guía de análisis para autoridades que se enfrenten a casos en la materia.

En resumen, el libro aborda temas que son de gran relevancia para la región. En general, los países latinoamericanos están rezagados en términos de adopción de tecnologías en la frontera del conocimiento productivo, aunque, por otro lado, producen contenido creativo consumido alrededor del mundo. Asimismo, las inversiones en reputación pueden ser un motor importante para incentivar el comercio internacional de productos producidos en Latinoamérica. Los límites que el derecho de competencia puede imponer al ejercicio de derechos de propiedad intelectual se deben de analizar en este contexto.

#### BIBLIOGRAFÍA

AREEDA, PHILIPP E.; JOHN L. SOLOW y HERBERT HOVENKAMP. *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, vol. II B, Aspen, 2007.

BENEKE ÁVILA, FRANCISCO E. *Market Entry and Competition Law in Latin America: The Role of Economic Development in Antitrust Analysis*, Springer, 2021.

BENEKE ÁVILA, FRANCISCO E. “The adoption of modern competition policies in Latin America”, Part II: “South America”, disponible en [<https://dwantitrust.com/2015/07/07/the-adoption-of-modern-competition-policies-in-latin-america-part-ii-south-america/>], consultada el 8 de marzo de 2021.

- CARLTON, DENNIS W. y JEFFREY M. PERLOFF. *Modern Industrial Organization*, Pearson, 2015.
- CORREA JUAN I. y CARLOS M. CORREA. “Impact of the Patent Cooperation Treaty in Latin America”, 69 *GRUR International*, 803.
- DREXL, JOSEF y ANSELM KAMPERMANN-SANDERS (eds.). *The Innovation Society and Intellectual Property*, Edward Elgar, 2019.
- KOKKORIS, IOANNIS y TOMMASO VALLETTI. “Innovation Considerations in Horizontal Merger Control”, 16 *Journal of Competition Law & Economics*, 2020.
- LANDES, WILLIAM M. y RICHARD A. POSNER. “Market power in antitrust cases”, 94 *Harvard Law Review*, 937.
- MAGGIOLINO, MARIATERESA. “The economics of antitrust and intellectual property rights”, en A EZRACHI y S. ANDERMAN (eds.). *Intellectual Property and Competition Law: New Frontiers*, OUP, 2011.
- NIOSI, JORGE (ed.). *Innovation Systems, Policy and Management*, CUP, 2018.